5/2010
15. 10. 2010 41. Jahrgang PVSt 7997

BRAK Mitteilungen

Herausgeber
BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

www.brak-mitteilungen.de

Aus dem Inhalt

Beirat

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender, Karlsruhe
RA Dr. Matthias Kilian, Köln
RA Dr. Ulrich Scharf, Celle
RA JR Heinz Weil, Paris

DATEV
Zukunft gestalten. Gemeinsam.
Der Partner für erfolgreiche Rechtsanwälte
www.datev.de

Akzente

So wenig Regulierung wie möglich …
(RA Axel C. Filges) 189

Aufsätze

Einige Bemerkungen zur Nachkriegsgeschichte der deutschen Anwaltschaft
(RA Felix Busse) 190

Zwischen Effizienz und Akzeptanz – zur Reform der Berufungszurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO
(Prof. Dr. Christian Wolf) 194

Die notarielle Fachprüfung – das Kernstück des neugeregelten Zugangs zum Anwaltsnotariat
(RiKG Dirk Kupfernagel) 197

Amtliche Bekanntmachungen

Beschluss der 3. Sitzung der 4. Satzungsversammlung 207

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil *(RAin Antje Jungk)*

Schaden bei Scheidungsfolgesachen
(BGH v. 15.4.2010) 207

Haftung

Nachhaftung ausgeschiedener Sozien
(LG Bonn v. 13.4.2010) 209

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Keine Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber einem Datenschutzbeauftragten
(KG v. 20.8.2010) 224

Steuerliche Behandlung der Einkünfte von anwaltlichen Berufsbetreuern
(m. Anm. *RAuN Wolfgang Arens*)
(BFH v. 15.6.2010) 228

BRAKMagazin
Anwaltsstimme in Brüssel – 50 Jahre CCBE

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

QUALITÄT DURCH FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der Bundesrechtsanwaltskammer

FÜR IHRE ÜBERSICHT, ALLES AUF EINEN BLICK:

DHL VERSANDHELFER

www.dhl.de/versandhelfer

Der DHL Versandhelfer bietet alle Versandservices für Privat- und Gewerbekunden mit höherem Versandaufkommen. Die einzelnen Funktionen dieses Tools – Portorechner, Ausfüllhilfe, DHL Online Frankierung, Sendungsverfolgung, Postfinder und Adressbuch – sind intelligent miteinander verknüpft, z. B. können die Daten nach der Portoermittlung in die DHL Online Frankierung übergeben und der Versandstatus des Pakets über die DHL Sendungsverfolgung abgerufen werden.

EINFACH. IMMER. ÜBERALL.

DHL PAKET

5/2010

Inhalt

BRAK Mitteilungen

Akzente

So wenig Regulierung wie möglich …
(A. C. Filges) 189

Aufsätze

Einige Bemerkungen zur Nachkriegsgeschichte der deutschen Anwaltschaft
(F. Busse) 190

Zwischen Effizienz und Akzeptanz – zur Reform der Berufungszurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO
(Chr. Wolf) 194

Die notarielle Fachprüfung – das Kernstück des neugeregelten Zugangs zum Anwaltsnotariat
(D. Kupfernagel) 197

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahmen. 200

Presseerklärungen 206

Amtliche Bekanntmachungen

Beschluss der 3. Sitzung der 4. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 15. Juni 2009 in Berlin 207

6. Sitzung der 4. Satzungsversammlung in Berlin. 207

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil *(A. Jungk)*

Schaden bei Scheidungsfolgesachen
(BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 223/07). 207

Rechtsprechungsleitsätze *(B. Chab/H. Grams/A. Jungk)*

Haftung

Entstehung des Regressanspruchs und Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB
(OLG Stuttgart, Urt. v. 13.4.2010 – 12 U 189/09) 208

Nachhaftung ausgeschiedener Sozien
(LG Bonn, Urt. v. 13.4.2010 – 15 O 451/09) 209

Pflicht zum Gleichlauf von Anwaltsmandat und Beiordnung bei PKH
(BGH, Urt. v. 15.7.2010 – IX ZR 227/09). 210

Beratungspflichten bei Rechtsschutzversicherung
(OLG Celle, Beschl. v. 5.7.2010 – 3 U 83/10) 210

Keine Pflicht zur mehrfachen Verjährungshemmung
(BGH, Beschl. v. 1.7.2010 – IX ZR 40/07) 211

Fristen

Wiedereinsetzungsfrist § 18 FamFG
(BGH, Beschl. v. 4.3.2010 – V ZB 222/09). 211

Fristeintragung bei Zustellung mittels Postzustellungsurkunde
(BGH, Beschl. v. 22.6.2010 – VIII ZB 12/10) 212

Kontrolle bei Übermittlung des PKH-Antrags per Fax
(BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – VI ZA 3/09) 212

Postausgangskontrolle
(BGH, Beschl. v. 16.2.2010 – VIII ZB 76/09) 212

ANWÄLTE
MIT RECHT
IM MARKT
WWW.ANWAELTE-IM-MARKT.DE

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

BGH	3.8.2010	AnwZ (B) 100/09	Zur Anwendung des § 16 Abs. 6 Satz 2 a.F. (LS)	213
BGH	12.7.2010	AnwZ (B) 74/09	Entscheidung in Abwesenheit (LS)	213
BGH	10.5.2010	AnwZ (B) 30/09	Pflicht zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung auch bei Kanzlei im Ausland	213
BGH	10.5.2010	AnwZ (B) 43/09	Zulassung – Sperrfrist nach Zulassungswiderruf (LS)	214
BGH	10.5.2010	AnwZ (B) 67/09	Zulassung – Versagung der Wiederzulassung wegen Unwürdigkeit (LS)	214
BGH	10.5.2010	AnwZ (B) 117/09	Zulassung – Versagung der Wiederzulassung wegen Unwürdigkeit (LS)	214
Bayerischer AGH	25.2.2010	BayAGH I – 25/2009 (n.r.)	Rechtsanwaltsgesellschaft – Zum Mehrheitserfordernis bezüglich Geschäftsanteilen und Stimmrechten	214
AGH Nordrhein-Westfalen	22.1.2010	1 AGH 12/09 (n.r.)	Zulassung – Zulässigkeit einer Gutachtenanordnung (LS)	219
Niedersächsischer AGH	18.1.2010	AGH 18/09	Fachanwalt – Voraussetzungen für die Mindergewichtung einzelner Fälle	219
AnwG Frankfurt a.M.	5.5.2010	IV AG 22/10	Pflichtverletzung – Verstoß gegen ein Tätigkeitsverbot	223
AnwG Frankfurt a.M.	17.3.2010	IV AG 01/09 – 4 EV 335/08	Zur Herausgabe von Handakten	223

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

KG	20.8.2010	1 Ws (B) 51/07	Keine Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber einem Datenschutzbeauftragten	224
LG Köln	7.7.2010	28 O 721/09	Zur Zulässigkeit der Veröffentlichung eines Anwaltsschriftsatzes im Internet (LS)	226
BGH	1.7.2010	IX ZR 198/09	Vergütung – Terminsgebühr für die Teilnahme an einer Besprechung mit dem Ziel einer außergerichtlichen Erledigung des Verfahrens (LS)	226
LG Erfurt	23.6.2010	7 O 2036/09 (n.r.)	Kennzeichnung eines weiteren Standorts	226
BFH	15.6.2010	VIII R 10/09	Steuerliche Behandlung der Einkünfte von anwaltlichen Berufsbetreuern (m. Anm. *RAuN Wolfgang Arens*)	228
BGH	31.5.2010	II ZR 29/09	Zur Angemessenheit der Auseinandersetzung einer Freiberuflersozietät	232

Beilagenhinweis

Teilen dieser Auflage liegen Prospekte des Instituts für angewandtes Recht sowie der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH bei. Der Gesamtauflage liegen Prospekte der Bundesrechtsanwaltskammer, der Fachseminare von Fürstenberg sowie von Mey & Edlich bei.

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Berufliche Vertretung aller Rechtsanwälte in der Bundesrepublik Deutschland; 28 Mitgliedskammern (27 regionale Rechtsanwaltskammern und Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof). Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Rechtsanwaltskammern und die Bundesrechtsanwaltskammer als Dachorganisation sind die Selbstverwaltungsorgane der Anwaltschaft.

GESETZLICHE GRUNDLAGE: Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959, BGBl. I S. 565, in der Fassung vom 2. 9. 1994, BGBl. I S. 2278.

ORGANE: Hauptversammlung bestehend aus den 28 gewählten Präsidenten der Rechtsanwaltskammern; Präsidium, gewählt aus der Mitte der Hauptversammlung; Präsident: Rechtsanwalt Axel C. Filges, Hamburg. Vorbereitung der Organentscheidungen durch Fachausschüsse.

AUFGABEN: Befassung mit allen Angelegenheiten, die für die Anwaltschaft von allgemeiner Bedeutung sind; Vertretung der Anwaltschaft gegenüber Gesetzgeber, Gerichten, Behörden; Förderung der Fortbildung; Berufsrecht; Satzungsversammlung; Koordinierung der Tätigkeit der Rechtsanwaltskammern, z. B. Zulassungswesen, Berufsaufsicht, Juristenausbildung (Mitwirkung), Ausbildungswesen, Gutachtenerstattung, Mitwirkung in der Berufsgerichtsbarkeit.

BRAK-MITTEILUNGEN
Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

HERAUSGEBER: Bundesrechtsanwaltskammer (Littenstr. 9, 10179 Berlin, Tel. 030/284939-0, Telefax 030/284939-11).

E-Mail: zentrale@brak.de, Internet: http://www.brak.de.

Redaktion: Rechtsanwältin Peggy Fiebig (Pressesprecherin der BRAK), Rechtsanwalt Christian Dahns, Cornelia Kaschel-Blumenthal (sachbearbeitend).

VERLAG: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln (Bayenthal), Tel. (02 21) 9 37 38-01; Telefax 02 21/ 9 37 38-9 21.

E-Mail: info@otto-schmidt.de

Konten: Sparkasse KölnBonn (BLZ 37050198) 30602155; Postgiroamt Köln (BLZ 37010050) 53950-508.

ERSCHEINUNGSWEISE: Zweimonatlich jeweils zum 15. 2., 15. 4., 15. 6., 15. 8., 15. 10., 15. 12.

BEZUGSPREISE: Den Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern werden die BRAK-Mitteilungen im Rahmen der Mitgliedschaft ohne Erhebung einer besonderen Bezugsgebühr zugestellt. Jahresabonnement 109 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 19,80 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten.

ANZEIGEN: Ralf Pötzsch (Anzeigenleitung), Telefon 02 11/8 87-14 90, Fax 02 11/8 87-15 00, E-Mail: fz.rws@fachverlag.de

Gültig ist Preisliste Nr. 25 vom 1. 1. 2010

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 158.100 Exemplare (Verlagsausgabe).

DRUCK: Boyens Offset, Heide. Hergestellt auf chlorfrei gebleichtem Papier.

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie von der Schriftleitung bearbeitet sind. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

IVW-Druckauflage 2. Quartal 2010: 157.080 Exemplare.

ISSN 0722-6934

Aktuelle Hinweise

Die BRAK in Brüssel

Am 16. Juli 2010 hat die Europäische Union ihr **E-Justice-Online-Portal** eröffnet. In 22 EU-Sprachen können sich hier EU-Bürger über die Rechtssysteme der 27 Mitgliedstaaten informieren. Sie können über das Portal Informationen finden, wie sie einen Anwalt in einem anderen Mitgliedstaat finden können, welche Gerichte zuständig sind und wie Gerichtskostenhilfe beantragt werden kann. Das Portal hält auch Informationen zu wichtigen Punkten im Familien- und Erbrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten bereit. Auch für Anwälte, Notare und Richter bietet das Portal eine Vielzahl nützlicher Funktionen. Durch das Portal haben diese Zugang zu rechtlichen Datenbanken, können Kontakt mit Kollegen durch das justizielle Netz aufnehmen und Informationen bezüglich Aus- und Weiterbildungen der Rechtsberufe erlangen. Ebenso soll das Portal Unternehmen helfen, Links zu Insolvenz- und Eigentumsregistern zu finden und sich über die Vorschriften zu informieren, die bei grenzübergreifenden Verfahren zur Anwendung kommen. Das Portal wird im Laufe der nächsten Jahre um weitere Informationen, Instrumente und Funktionen ergänzt werden. Anfang 2011 sollen Informationen über die Rechte von Opfern und Beklagten in allen EU-Mitgliedstaaten online gestellt werden.

Nachdem das Gesetzgebungsverfahren des Richtlinienvorschlags zum Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen in Strafverfahren kurz vor dem Abschluss steht, hat die Europäische Kommission nun einen weiteren Richtlinienvorschlag bezüglich der Verfahrensrechte, nämlich über **das Recht auf Belehrung im Strafverfahren**, veröffentlicht. Die Kommission folgt hierbei den Vorgaben aus dem im November 2009 verabschiedeten „Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten in Strafverfahren", der eine Reihe von Maßnahmen zur Aufstellung von gemeinsamen EU-Standards im Strafverfahren vorsieht. Dieser Plan sieht eine schrittweise Vereinheitlichung der Verfahrensrechte vor, wodurch allmählich gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander aufgebaut werden soll. Der nun am 20. Juli 2010 eingebrachte Vorschlag für eine Richtlinie über **das Recht auf Belehrung im Strafverfahren** soll sicherstellen, dass die einer Straftat Verdächtigen im Polizeigewahrsam über ihre grundlegenden Rechte im Strafverfahren in einer für sie verständlichen Sprache belehrt werden. Dies soll in Form einer sogenannten „Erklärung der Rechte" **(Letter of Rights)** geschehen.

Fortsetzung Seite VII

ZAP öffnet Ihnen Türen

Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht

Notar Thomas Wachter (Hrsg.)

2. Auflage September 2010
3.621 Seiten
gebunden, mit CD-ROM
Preis 178,– €
ISBN 978-3-89655-515-1

Der „Wachter" – Das Standardwerk in 2. Auflage!

Dieses Handbuch liefert Ihnen die **gesamte Bandbreite des Handels- und Gesellschaftsrechts** und bietet Ihnen damit im Alltag eine besonders fundierte Basis.

Profitieren Sie u.a. von diesen Vorteilen:

- Schwerpunktsetzung auf die Bedürfnisse der Beratungs- und Gestaltungspraxis
- Checklisten, Übersichten und Tabellen
- Querbezüge u.a. zum Steuer- und Bilanzrecht, zum Verfahrens- und Prozessrecht
- Jetzt mit allen Informationen rund um die Verteidigung des Fachanwaltstitels.

Praxiskommentar zum GmbH-Recht

Prof. Dr. Hasso Heybrock (Hrsg.)

2. Auflage Juni 2010
2.422 Seiten
gebunden, mit DVD
Preis 118,– €
ISBN 978-3-89655-527-4

Pflichtlektüre!

Der „Heybrock" war der erste vollwertige Kommentar nach MoMiG und auch die zweite Auflage setzt beim Thema Aktualität die Messlatte wieder ganz nach oben.

Das Werk bietet Ihnen einen schnellen Zugriff auf **alle relevanten Praxisfragen zum gesamten GmbH-Recht** – einschließlich insolvenz-, umwandlungs-, handels-, straf- und prozessrechtlicher Bezüge. **Formulare, Checklisten und Muster** sowie die **DVD** mit über 1.000 Gesetzen und rund 20.000 Entscheidungen machen das Werk unverzichtbar.

Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski/
Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer (Hrsg.)

2. Auflage September 2010
ca. 2.300 Seiten
gebunden, mit CD-ROM
Preis ca. 148,– €
ISBN 978-3-89655-502-1

Neuauflage schon kurz nach der Jahrhundertreform des VVG!

Der zuverlässige Ratgeber für Ihre tägliche Praxis orientiert sich an der Begründung des Gesetzgebers, erster Rechtsprechung zum VVG n.F. und der maßgeblichen Reformliteratur und garantiert Ihnen damit **höchste Rechtssicherheit**.

Neben dem **VVG** werden u.a. die Informationspflichtenverordnung (**VVG-InfoV**), das Versicherungsvermittlerrecht außerhalb des VVG (**VersVermV** und relevante Auszüge aus der GewO), das **Kfz-Versicherungsrecht** sowie die **Rom-I-Verordnung** berücksichtigt.

››› Am besten sofort bestellen: www.lexisnexis.de/zap ‹‹‹

LexisNexis®

ZAP

Fortsetzung von Seite V

Der Richtlinienvorschlag sieht vor, dass der Verdächtige mindestens über folgende Rechte informiert werden sollte: das Recht, einen Anwalt zu kontaktieren, über die Anklage informiert zu werden und die Möglichkeit, den Zugang zur Akte zu erhalten sowie das Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen und das Recht, im Falle einer Festnahme umgehend vor einen Richter gebracht zu werden. Ein in 22 EU-Sprachen vorformulierter Letter of Rights ist dem Richtlinienvorschlag als Annex beigefügt.

Zurzeit führt die Europäische Kommission eine **öffentliche Anhörung über die Zukunft des elektronischen Geschäftsverkehrs** und die Umsetzung der Richtlinie zur Verbesserung des elektronischen Geschäftsverkehrs durch. Auch 10 Jahre seit Inkrafttreten der Richtlinie beträgt der Anteil des elektronischen Geschäftsverkehrs nur 2 % des europäischen Handelsvolumens. Die Gründe dafür, dass keine größere Auswahl an Produkten und Dienstleistungen im Internet durch die Richtlinie geschaffen wurde und daher die erhoffte Steigerung des Wettbewerbs ausgeblieben ist, sollen durch diese Konsultation ermittelt werden. Zielgruppe der Befragung sind Unternehmen und Unternehmensverbände, Private sowie öffentliche Stellen. Auf der Grundlage der eingegangenen Antworten, den Diskussionen mit den Mitgliedstaaten und den Berichten des Europäischen Parlaments zu diesem Thema wird die Kommission Anfang 2011 eine Mitteilung zum elektronischen Geschäftsverkehr vorlegen, in der sie die Ergebnisse aus der Konsultation einbeziehen und Vorschläge für das weitere Vorgehen machen wird. Die Anhörung ist in verschiedene Fragekomplexe aufgeteilt. Schwerpunkte bilden hierbei die Entwicklung im elektronischen Geschäftsverkehr, die vertraglichen Beschränkungen bei grenzüberschreitenden Onlineverkäufen sowie die Haftungsregelungen für Online-Provider. Darüber hinaus befasst sich die Anhörung mit grenzüberschreitenden Onlinewerbemitteilungen der freien Berufe und den Möglichkeiten zur Beilegung von Onlinestreitigkeiten. Insgesamt wird nach Erfahrungen im Umgang mit der Richtlinie gefragt. Vor allem die Frage, inwieweit der Regelungsumfang der Richtlinie und deren praktischen Auswirkungen wahrgenommen werden, ist dabei von Interesse für die Kommission. Daneben wird versucht zu ermitteln, in welchem Umfang die einzelnen Ziele der Richtlinie durch die Umsetzung in den Mitgliedstaaten verwirklicht wurden. Die BRAK wird sich an der Konsultation, die noch bis einschließlich zum 15. Oktober diesen Jahres läuft, beteiligen.

Am 8. Juli 2010 hat das Plenum des Europäischen Parlaments einen **Bericht des Rechtsausschusses** für eine Entschließung über die Umsetzung und Überprüfung der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen **(Brüssel-I-Verordnung)** verabschiedet. Die Brüssel-I-Verordnung hat den freien Verkehr von Gerichtsentscheidungen wesentlich erleichtert, die Rechtssicherheit erhöht und es ermöglicht, parallele Verfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten zu vermeiden. Nach gut sieben Jahren der Anwendung der Verordnung hat die Kommission im April 2009 ein Grünbuch zur Überprüfung der Verordnung veröffentlicht. Die Überarbeitung der Verordnung soll insbesondere darauf abzielen, die Abschaffung des Exequaturverfahrens voranzutreiben und Probleme, die während der acht Jahre der Anwendung dieser Verordnung aufgetreten sind, zu beheben. Das Parlament begrüßt in seinem Bericht eine Abschaffung des Exequaturverfahrens, ist aber der Meinung, dass dies an außerordentliche Verfahren mit geeigneten Mindestgarantien geknüpft werden sollte. Auch sollte die Schiedsgerichtsbarkeit weiterhin nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen. Um dem im Grünbuch der Kommission aufgeführten Problem der sogenannten „Torpedo Klagen“ entgegenzuwirken, plädiert das Parlament dafür, das zuständige Gericht von seiner Pflicht zu entbinden, das Verfahren bis zur Entscheidung des angerufenen Gerichts auszusetzen. Dies sollte an die Verpflichtung geknüpft werden, dass Kompetenzkonflikte vom gewählten Gericht vorab entschieden werden müssen. Schuldner können die Klagen ihrer Gläubiger dadurch „torpedieren“, indem sie, wenn ein Gerichtsstand vereinbart wurde, zuvor eine negative Feststellungsklage bei einem unzuständigen Gericht anhängig machen. Das später vom Gläubiger angerufene eigentlich zuständige Gericht ist in diesem Fall gemäß Art. 27 der Verordnung verpflichtet, das Verfahren solange auszusetzen, bis sich das vom Schuldner angerufene Gericht für unzuständig erklärt hat. Das Problem der Einrede des „forum non conveniens“, wonach es einem sachlich zuständigen Gericht gestattet wird, das Verfahren auszusetzen, wenn seines Erachtens das Gericht eines Drittlandes den Fall besser beurteilen kann, sollte nach dem Model der Verordnung zur Zuständigkeit bei der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und zur elterlichen Verantwortung gelöst werden. Hiernach wird es einem sachlich zuständigen Gericht eines Mitgliedstaates gestattet, das Verfahren auszusetzen, wenn seines Erachtens ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates oder eines Drittlandes den Fall besser beurteilen kann.

Rechtsanwältin *Hanna Petersen*, LL.M

Leserbrief

BRAK-Mitt. 4/2010, S. 149, Akzente: „Schnelles Recht ist gutes Recht“

Rechtsanwalt *Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch*

Zu Ihrem Aufsatz in den BRAK-Mitteilungen „Schnelles Recht ist gutes Recht“ zögere ich, Ihnen zu schreiben. Ich zweifele, ob ein formalisiertes Beschwerdeverfahren tatsächlich zu einer Beschleunigung führen würde. Es wird den säumigen Richter veranlassen, den Beschluss sehr sorgfältig zu begründen, mit dem er die Beschwerde ablehnt und die Sache dem Instanzgericht vorlegt. Die mit der Beschwerde erstrebte Entscheidung in der Sache selbst wird erst dann weiter gedeihen können, wenn der zuständige Richter die Sache zurückbekommt, mit welchem Votum auch immer. Bei einem formalisierten Verfahren müsste man wohl den Mut haben, eine berechtigte Säumnisbeschwerde gleichzeitig als das Rechtsmittel zu behandeln, mit dem das gesamte Verfahren auch in der Sache selbst in der Zuständigkeit des Obergerichts landet. Das würde jedenfalls politisch den Druck auf eine bessere Ausstattung der erstinstanzlichen Gerichte drastisch erhöhen.

Ich fürchte, dass die Schadensersatzregelung – in welcher Form auch immer – ein Kurieren am Symptom ist, die Haft-

Fortsetzung Seite IX

FERNSTUDIUM für KANZLEI-FACHANGESTELLTE

Assessorreferent jur. (FSH) · Rechtswirt (FSH) · Rechtsreferent jur. (FSH)
Staatlich zugelassen, berufsbegleitend, 3-7 Semester

Zielgruppe: ReNo-Fachangestellte/Fachwirte/Sachbearbeiter mit Interesse an der Übernahme von mandatsbezogenen, materiellrechtlichen/prozessualen Aufgabenstellungen zur **juristischen Entlastung des Anwaltes**.
Das Fernstudium ermöglicht den Wechsel von der büroorganisatorischen auf die **fachjuristische Mitarbeiterebene.**
FSH, Universität, Science-Park 2, 66123 Saarbrücken, www.e-FSH.de, Tel. 0681/390-5263, Fax 0681/390-4620

Am FSH-Examensinstitut: Fernstudiengänge zur Vorbereitung auf die 1. und 2. juristische Staatsprüfung

Hülfskasse
Deutscher Rechtsanwälte

Kl. Johannisstraße 6/V
20457 Hamburg
Tel. (040) 36 50 79
Fax (040) 37 46 45
Huelfskasse.Rae@t-online.de
www.Huelfskasse.de

Aufruf zur Weihnachtsspende 2010

Im Oktober 2010

Sehr geehrte Frau Kollegin,

sehr geehrter Herr Kollege,

aufgrund der großen Hilfsbereitschaft der Anwaltschaft im gesamten Bundesgebiet konnten im vergangenen Jahr wieder zahlreiche in Not geratene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und deren Angehörige unterstützt werden. Im Namen aller bedanke ich mich bei den Spendern sehr herzlich.

Zu Weihnachten 2009 erhielten bundesweit **230** Unterstützte in 26 Kammerbezirken jeweils 650 Euro aus dem Weihnachtsspendenaufkommen, d. h. ein Gesamtbetrag von **149.500 Euro** wurde an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bzw. deren Familien ausgekehrt. Zusätzlich konnten sich 59 Kinder über Buchgutscheine freuen.

Wir hoffen, durch Ihre Hilfe auch in diesem Jahr die finanzielle Situation, besonders der älteren Rechtsanwälte oder deren Witwen, etwas zu erleichtern. Viele leben in Altenheimen und erhalten nur ein Taschengeld von weniger als 100 Euro im Monat. Aber ebenfalls jüngere erkrankte Kolleginnen und Kollegen sind für diesen einmaligen Betrag aus der Weihnachtsspendenaktion sehr dankbar.

Daher unser Aufruf:

Helfen Sie auch in diesem Jahr mit Ihrer Spende!

Sollte Ihnen im Kollegenkreis ein Notfall bekannt sein, benachrichtigen Sie uns bitte. Wir helfen gern!

Mit kollegialen Grüßen

Hülfskasse Deutscher Rechtsanwälte

Ihr B.-L. Holle
– Bernd-Ludwig Holle –
Vorstandsvorsitzender

P.S.: Jede Spende ist steuerabzugsfähig. Für Spenden über 200 Euro erhalten Sie unaufgefordert eine Spendenquittung. Für Spenden bis einschließlich 200 Euro reicht als Nachweis der Kontoauszug des Kreditinstituts und die gleichzeitige Vorlage des Einzahlungsbelegs. Auf Wunsch werden auch für Beträge bis 200 Euro Spendenbescheinigungen ausgestellt.

Präsident
Rechtsanwalt u. Notar a.D.
Dr. Wolfram Schröder, Lübeck

Vorstandsvorsitzender
Rechtsanwalt Bernd-Ludwig Holle,
Hamburg

Geschäftsführerin
Christiane Quade

Bankverbindungen: Deutsche Bank Hamburg Konto 0309906 (BLZ 200 700 00) / Postbank Hamburg Konto 474 03-203 (BLZ 200 100 20)

5/2010
15. 10. 2010 41. Jahrgang

BRAK Mitteilungen

Herausgeber
BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Akzente

So wenig Regulierung wie möglich ...

... so viel Regulierung wie nötig. Im Grundsatz waren sich die Referenten der Abteilung Berufsrecht des 68. Deutschen Juristentages vergangenen Monat in Berlin einig. Nur über die Frage, wie viel Regulierung denn nun nötig sei, um die freien Berufe zukunftssicher zu machen, gingen die Meinungen auseinander. Dabei stand je nach Betrachtungsweise der Rechtsanwalt als marktorientierter Dienstleister oder der Rechtsanwalt als gemeinwohlorientiertes Organ der Rechtspflege im Vordergrund der Argumentation. Der Hamburger Rechtsprofessor Jürgen Basedow vertrat erwartungsgemäß auf dem Podium die vermeintlich liberalste Position. Das Berufsrecht müsse – so eine seiner Thesen – auch die marktsteuernde Funktion erfüllen, nämlich die, die Nachfrage nach Beratungsleistungen zu steigern und so zur Überwindung bestehender ökonomischer Probleme einzelner Berufsangehöriger beizutragen. Mit dieser Auffassung konnte er sich jedoch – zu Recht – nicht durchsetzen. Der Juristentag hat mit weit überwiegender Mehrheit festgestellt, dass alle berufsrechtlichen Regelungen allein am Gemeinwohl ausgerichtet sein müssen. Die Überwindung ökonomischer Probleme dürfe kein Maßstab für das Ob und Wie einer Regulierung oder Deregulierung sein.

www.Foto-Anhalt.de

Axel C. Filges

Damit wurde den Marktliberalisten unter den Berufsrechtlern erneut eine deutliche Absage erteilt. Es ist schon mehrfach an dieser Stelle gesagt worden, ist aber nicht oft genug zu betonen, wie die nicht abreißende Diskussion um diese Frage zeigt: Anwaltliche Dienstleistung ist keine Ware. Sie gewährleistet dem Bürger den Zugang zum Recht und sichert die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Das Berufsrecht seinerseits hat die Erfüllung dieser, der Anwaltschaft im Rechtsstaat gestellten Aufgabe sicherzustellen, nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Fast einstimmig hat sich der Juristentag dagegen ausgesprochen, dass sich Dritte mit Kapital an Freiberuflergesellschaften beteiligen. Basedow und auch der Gutachter der Abteilung Prof. Jörn Kämmerer hatten den Wegfall dieses Verbots gefordert und ihn mit der notwendigen Förderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit begründet. Auch wenn ihr Hinweis richtig ist, dass ab dem nächsten Jahr zum Beispiel in England eine solche Fremdkapitalbeteiliung zulässig sein wird – ich bin überzeugt davon, dass wir mit der Einführung einer finanziellen Beteiligungsmöglichkeit Berufsfremder deutlich mehr verlieren, als wir gewinnen würden. Es stehen nicht weniger als die anwaltlichen core values auf dem Spiel, unsere Unabhängigkeit, unsere Verschwiegenheitspflicht und unser Loyalitätsgebot gegenüber unseren Mandanten.

Bedauerlicherweise hat sich der DJT gegen die Freigabe der Organisationsformen anwaltlicher Berufsausübung ausgesprochen. Anders als bei der Frage der Fremdkapitalbeteiligung wären mit ihr keine anwaltlichen Grundwerte aufgegeben worden. Die Praxis hat gezeigt, dass es nicht entscheidend ist, in welcher gesellschaftsrechtlichen Einbindung der Anwalt seiner Tätigkeit nachgeht, sie bleibt immer eine freiberufliche Dienstleistung. De lege lata bieten die für die Rechtsanwaltsgesellschaft vorgesehenen und für die Anwalts-AG entsprechend geltenden §§ 59c ff. BRAO einen angemessenen Rahmen hierfür, der insbesondere die anwaltliche Unabhängigkeit hinreichend sicherstellt. Darüber hinaus sollte der Anwaltschaft – und hier waren und sind sich die beiden großen Anwaltsorganisationen BRAK und DAV einig – der Zugang auch zu anderen Gesellschaftsformen, beispielsweise zu einer GmbH & Co. KG, ermöglicht werden. Folgerichtig müsste dann aber die Gewerbesteuerpflicht nicht an die Organisationsform einer Gesellschaft, sondern an den jeweiligen Gesellschaftszweck gekoppelt werden. Zumindest diese letzte Forderung wurde vom Juristentag aufgenommen und mit großer Mehrheit verabschiedet.

Einig waren sich Gutachter, Referenten und Teilnehmer des Juristentages schließlich in der Feststellung, dass unabhängig von der Dichte berufsrechtlicher Regulierung – ich zitiere aus dem entsprechenden Beschluss der Abteilung – „ein ganz wichtiger Baustein für das Selbstverständnis und die innere Einheit der freiberuflichen Vertrauensberufe (…) das lebendige Bewusstsein des mit der Berufsausübung verbundenen Ethos“ ist. Der hierüber wiederaufgelebte Diskurs wurde deshalb ausdrücklich begrüßt. Sie wissen, liebe Kolleginnen und Kollegen, dass das Präsidium der BRAK hierzu eine Kommission eingesetzt hat, die ihm Empfehlungen für Inhalt und Struktur der Diskussion gegeben hat. Auf ihrer Grundlage haben wir in der Dresdener Hauptversammlung ein Papier vorgestellt, das jetzt in den Vorständen Ihrer Kammern vertiefend erörtert wird. Ich bin gespannt, zu welchen Ergebnissen die Beratungen führen werden, insbesondere, ob die Aufstellung von anwaltlichen „professional Governance“-Regeln gewünscht wird oder nicht. Auch der DJT hat ausdrücklich festgestellt, dass hierüber sinnvollerweise nicht vorab, sondern erst am Ende der Erörterungen entschieden werden soll.

Ihr *Axel C. Filges*

Einige Bemerkungen zur Nachkriegsgeschichte der deutschen Anwaltschaft[1]

Rechtsanwalt *Felix Busse,* Troisdorf

Felix Busse, früherer DAV-Präsident (1994–1998), hat die Nachkriegsgeschichte der deutschen Anwaltschaft in einem umfassenden, 2010 erschienenen Buch aufgearbeitet. Auf der diesjährigen BRAK-Hauptversammlung hat er einige Entwicklungen aus West und Ost dieser an Veränderungen reichen Zeit nachgezeichnet.

Was ist das für eine *dumme* Geschichte, dass ich mit *Geschichte* den Fortgang dieser schönen Festveranstaltung aufhalte? Aber es ist die Geschichte unseres Berufsstandes, die dessen Repräsentanten geläufig sein sollte, wenn sie die Vergangenheit verstehen und die Zukunft mitgestalten wollen. Geben Sie mir bitte eine halbe Stunde, um einige wenige Schlaglichter aus der Zeit seit 1945 kurz aufleuchten zu lassen.

Der Zeitpunkt könnte dafür nicht besser gewählt sein. Wir feiern in diesen Tagen dank der friedlichen Revolution der Bürger der DDR gegen das SED-Unrechtsregime 20 Jahre Wiedervereinigung Deutschlands. Und wir feiern, dass auch die deutsche Anwaltschaft die Wiedervereinigung ihres Berufsstandes erreicht hat. Das war keine Selbstverständlichkeit. Es gab namhafte Vertreter der westdeutschen Anwaltschaft, ich will hier keine Namen nennen, die den Fortbestand der in DDR-Zeit erteilten Anwaltszulassungen in Frage stellen oder von zusätzlichen Qualifikationen abhängig machen wollten. DAV und BRAK haben jedoch ihre Forderung durchgesetzt, die bestehenden Zulassungen unangetastet zu lassen. Und die temporäre Fortgeltung des RAG der DDR öffnete auch den noch nicht zur Anwaltschaft zugelassenen Diplomjuristen weiterhin den Zugang zum Anwaltsberuf.

Die Wiedervereinigung war auch der erste Schritt zur Wiederherstellung der Einheit des anwaltlichen Berufsrechts. Diese, 1878 mühsam errungen, war 1945 verlorengegangen. Die Amerikaner unternahmen zwar den Versuch, ein Modellgesetz zu schaffen, das über eine Kontrollratsgesetzgebung hätte in allen Zonen eingeführt werden können.[2] Der Versuch scheiterte, weil schon die britische Zone nicht mitmachen wollte. Dies lag an der heftigen Gegenwehr der dortigen Rechtsanwaltskammern.[3] Diese kämpften um die Beibehaltung des von den Nazis eingeführten Numerus clausus und die Übertragung des Zulassungsrechts auf sie, wie dies schon in der französischen Zone galt. Zur Verfolgung ihrer regionalen Interessen nahmen sie eine der deutschen Anwaltschaft schädliche Rechtszersplitterung in Kauf. Bei Gründung der Bundesrepublik galten in den Westzonen 10 verschiedene Anwaltsordnungen.[4] Diese Rechtszersplitterung wurde erst am 1.10.1959 mit dem Inkrafttreten der BRAO beendet. In der SBZ galt erst die RAO 1878 mit den Modifikationen der Vorläufigen Zulassungsordnung von 1946[5] weiter, seit 1953 die VO über die Bildung der Rechtsanwaltskollegien[6], ab 1981 das Gesetz über die Kollegien der Rechtsanwälte[7] und die Anordnung über die Aufgaben der Einzelanwälte.[8] 1990 trat das unter der Regierung *de Maizière* erlassene, gemäß Einigungsvertrag zunächst fortgeltende RAG der DDR in Kraft.[9] Die Einheit des Berufsrechts in West und Ost wurde erst mit der Neuordnung von 1994[10] im Wesentlichen erreicht. Schatten warf zunächst das Gebührenrecht. Unsere ostdeutschen Kollegen wurden durch Abschläge von zunächst 20 %, später 10 % benachteiligt.[11] Erst ein Machtwort des BVerfG[12] beendete 2004 die diskreditierende Ungleichbehandlung. Die Politik auch der Regierungen der neuen Bundesländer hatte die Kraft dazu nicht. Einen anderen Schatten warf die verlorene Schlacht um den Fortbestand des Anwaltsnotariats im Beitrittsgebiet. Dies war bis 1945 die Notariatsverfassung der östlichen Länder und wurde de lege selbst von der DDR nicht abgeschafft, sondern durch Einführung staatlicher Notariate lediglich an den Rand gedrängt. Ministerpräsident *de Maizière* wollte daran festhalten. Der DAV und die Anwaltskollegien kämpften darum. Die Chance wurde verspielt. Entscheidend durch die Kollegien, weil sie versäumt haben, gleich nach der Wende den staatlichen Notaren den Weg in die Anwaltschaft zu ebnen. Aber auch durch die Kammern. Sie sahen tatenlos zu, wie die Notarkammern des Nurnotariats die staatlichen Notare in ihr Boot holten und politischen Druck ausübten.[13] Heute ist die Entwicklung unumkehrbar. Sie hat den ostdeutschen Anwälten geschadet.

Eine Wende brachte im Osten mit dem RAG auch die Wiedererrichtung einer unabhängigen berufsständischen Selbstverwaltung. In wenigen Wochen kann deswegen die Rechtsanwaltskammer Sachsen ihr 20-jähriges Bestehen feiern. Damit fand auch im Gebiet der neuen Bundesländer eine lange Periode staatlicher Abhängigkeit ihr Ende. Sie begann 1936 mit der Abschaffung selbständiger regionaler Kammern durch die Nazis.[14] In der britischen und französischen Zone und in Berlin gelang zwar die Wiederrichtung von Kammern noch 1945, in Köln sogar schon zwei Wochen vor Kriegsende.[15] Die Amerikaner hingegen stemmten sich zunächst gegen die Errichtung von Kammern in ihrer Zone. Sie sahen in der Zwangsmitgliedschaft der Anwälte einen Verstoß gegen die Gewerbefreiheit.[16] Gleichwohl intervenierten sie gegen die 1946 in Bayern errichteten Kammern nicht. Dagegen konnten in Württemberg-Baden und Hessen erst Ende 1948 die Widerstände überwunden und konnte in Bremen erst 1950 eine Kammer errichtet werden.[17] Weniger bekannt ist, dass Kammern auch in der sowjeti-

1 Vortrag anlässlich der 125. BRAK-HV am 1.10.2010 in Dresden. Der Vortrag geht zurück auf das Buch *Felix Busse*, Deutsche Anwälte, Geschichte der deutschen Anwaltschaft 1945–2009, Bonn 2010 (siehe dazu auch *Haas*, BRAK-Mitt. 2010, 19).
2 Entwurf eines „Gesetzes betreffend den Wiederaufbau der deutschen Rechtsanwaltschaft" vom Juli 1946, JM Hessen 1031/19 Bd. 1, Bl. 52a ff.
3 *Busse* (Fn 1) S. 119 m.w. Nachw.
4 Nachweise bei *Busse* (Fn. 1) S. 202.
5 Bundesarchiv DP1-VA 879.
6 KollVO, GBl. DDR S. 725, 726.
7 KollG, GBl. DDR 1981 I S. 1.
8 GBl. DDR 1981, S. 10.
9 RAG, GBl. DDR I S. 1504. Damit wurde die 1989/90 eingetretene Rechtszersplitterung auf dem Gebiet der DDR überwunden.
10 NeuOG vom 2.9.1994, BGBl. I S. 2278.
11 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 524 m.w. Nachw.
12 BVerfG NJW 2003, 737 ff.
13 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 514; ähnlich BRAK-Vizepräsident *Schümann* BRAK-Mitt. 2000, 171.
14 § 54 der Reichsrechtsanwaltsordnung (RRAO) vom 21.2.1936, RGBl. I S. 107.
15 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 136 ff., 166 ff.
16 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 84 ff.
17 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 87 ff.

schen Besatzungszone entstanden, allerdings nur in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. In Sachsen hatte das 1945 kurioserweise der Dresdener Oberbürgermeister Dr. *Rudolf Friedrichs* veranlasst. Die Kammer Sachsen wurde allerdings schon nach einem Jahr von der sowjetischen Militärverwaltung aufgelöst und durch einen „Landesausschuss für Rechtsanwälte und Notare" ersetzt. Beider Präsident war der Dresdener Rechtsanwalt und spätere LDPD-Vorsitzende Prof. Dr. *Hermann Kastner*. Das DDR-Justizministerium hat schließlich 1951 alle Kammern und Landesausschüsse aufgelöst, weil, so *Hilde Benjamin*, sie „die Rückentwicklung zur Anwaltskammer alten Stils" angestrebt hätten.[18] Erst mit der Wiedererrichtung der ostdeutschen Kammern im November/Dezember 1990 war deutschlandweit eine berufsständische Selbstverwaltung wieder vorhanden.

Nicht nur für Staat und Gesellschaft, sondern ebenso für die deutschen Rechtsanwälte bedeutete der Zusammenbruch 1945 eine Stunde Null. Wegen der Verstrickung von Anwälten in das NS-Unrechtsregime machten die Westmächte jegliche Anwaltstätigkeit von der vorherigen Wiederzulassung durch die Militärregierung abhängig.[19] Vorhandene Zulassungen hatten keinen Bestandschutz. In der SBZ verloren selbst bestätigte oder neu ausgesprochene Zulassungen durch die Vorläufige Zulassungsordnung von 1946 ihre Gültigkeit. Alle Anwälte mussten ihre Neuzulassung beantragen. In erster Linie zielte das auf eine Entnazifizierung der Anwaltschaft.

Die Militärregierungen der Westzonen entschieden über die Wiederzulassung nach freiem Ermessen. Die Handhabung war, insbesondere in der britischen Zone, großzügig. Die Militärregierungen räumten der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege Vorrang vor einer wirklichen Säuberung ein. Die Entnazifizierungspraxis der im Westen seit 1946/47 hierzu ermächtigten deutschen Stellen war noch laxer. Fast alle „Belasteten" wurden rechtsfolgenlos als „Mitläufer" eingestuft.[20] Das Ergebnis im Westen war: Die Anwaltschaft nach 1945 war weitgehend die Anwaltschaft vor 1945, die sich dem Naziregime angepasst, dieses Regime unterstützt, jedenfalls mitgetragen hat. Aber es besteht kein Zweifel, dass diese mehr oder weniger vorbelastete Anwaltschaft nach 1945 einen wesentlichen, ja unentbehrlichen Beitrag zum Aufbau der bundesdeutschen Demokratie geleistet hat. Diese Erkenntnis war manchen an verantwortlicher Stelle tätigen Vertretern der westdeutschen Anwaltschaft 1990 verlorengegangen, als das Bekenntnis unserer DDR-Kollegen zu unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung mit Wendehalsparolen angezweifelt und verunglimpft worden ist.

In der SBZ fiel die „Reinigung" der Anwaltschaft sehr viel strenger aus als im Westen, jedoch viel großzügiger als bei der radikal entnazifizierten Justiz.[21] Es gab aber mehrere politisch motivierte Säuberungswellen. Gleichwohl stand die ostdeutsche Anwaltschaft nachweisbar bis in die 50er Jahre hinein politisch abseits, galt als konservativ und reaktionär. Bis 1952 konnte die SED nur 16,6 % der Anwälte als Mitglieder gewinnen.[22] Dieser Prozentsatz hat sich bis zum Ende der DDR auf etwa 71 % erhöht.[23] Außer den Künstlern gab es aber wohl keine Berufsgruppe, die der SED-Staat so wenig im Griff hatte wie die Anwälte.

Die Befreiung Deutschlands vom NS-Regime machte im Westen den Weg frei für die Rückkehr zur Freiheit der Advokatur. Hierunter verstand und versteht man in erster Linie den freien Zugang zum Beruf für alle, die die gesetzlich geregelten Zulassungsvoraussetzungen erfüllen.[24] Eine wirklich unabhängige Advokatur kann nur entstehen und Bestand haben, wenn die Staatsverwaltung sich nicht aussuchen kann, wer in diesen Beruf gelangt und dort verbleibt. Kein Wunder, dass der freie Berufszugang der NS-Gesetzgebung alsgleich zum Opfer fiel. Sie schloss nicht nur Juden und Kommunisten[25] und schließlich auch Frauen[26] vom Anwaltsberuf aus. Sie stellte die Anwaltszulassung in das freie Ermessen des Reichsjustizministers und gab ihm auf, nicht mehr zuzulassen, „als einer geordneten Rechtspflege dienlich" ist.[27] Wer erwartet hatte, die Vertreter der Anwaltschaft würden nach 1945 alsgleich den Kampf um die Wiederherstellung der 1935 verlorenen Freiheit aufnehmen, sah sich enttäuscht. Insbesondere in der britischen Zone kämpften die Anwälte im Gegenteil und mit Erfolg darum, der Zulassungsstelle möglichst viel Ermessen zu erhalten und dieses an das Votum der Kammer zu binden, sowie darum, die Bedürfnisprüfung, den sog. Numerus clausus, aufrechtzuerhalten.[28] Offiziell ging es ihnen darum, die sonst angeblich zu befürchtende Überfüllung des Berufs zu verhindern, ein Ruf, der angesichts der starken Zunahme der Anwaltszahlen bis in die jüngste Zeit immer wieder einmal laut wird. In Wirklichkeit ging es der ortsansässigen Anwaltschaft darum, sich unerwünschte Konkurrenz durch Flüchtlingsanwälte und berufsfremde Juristen vom Hals zu halten. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber sah sich 1948 schließlich genötigt, über eine Quotenregelung die gezielte Benachteiligung der Flüchtlingsanwälte einzugrenzen.[29] Opfer der fragwürdigen Zulassungspraxis wurden anfänglich auch immer wieder Frauen, denen z.B. die Zulassung mit der Begründung verweigert wurde, sie seien durch die Berufstätigkeit ihres Ehemannes ausreichend versorgt.[30] Es ist für mich immer noch erschreckend, dass sich Rechtsanwaltskammern und DAV nach Gründung der Bundesrepublik diese gestörte Haltung zur Freiheit der Advokatur zunächst zueigen machten. Der von den Kammern vorgelegte sog. Münchener Entwurf einer Bundesrechtsanwaltsordnung von 1950[31] türmte einen Berg von Hürden für den Berufszugang auf. Er forderte außerdem die bundesweite befristete Einführung eines Numerus clausus. Es ist nicht den Vertretern der Anwaltschaft, sondern der Bundesregierung zu danken, dass mit der BRAO 1959 der Rechtsanspruch auf Zulassung zur Anwaltschaft wieder verwirklicht worden ist. Ebenso hat es der Gesetzgeber gegen das Votum der Kammern abgelehnt, das von den Nazis als Zugangshindernis eingeführte Anwaltsassessoriat beizubehalten.

In der SBZ wurde der Hebel der Entnazifizierung dazu eingesetzt, die Anwaltszulassungen unkontrollierbar nach Ermessen zu steuern.[32] Seit 1953 wurden Einzelzulassungen bis auf wenige politische Ausnahmen nicht mehr erteilt.[33] Von nun an bedeutete die Aufnahme ins Kollegium zugleich die Anwaltszulassung.[34] Diese stand im Ermessen des Kollegiums, das auf die

18 Zu allem *Busse* (Fn. 1) S. 359.
19 Gesetz der Militärregierung Nr. 2 vom 18.9.1944, ABl. MR KG OB Nr. 1, S. 1, 13.
20 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 77 ff., 129 ff., 165 ff.
21 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 349 ff.
22 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 362 f.
23 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 395.
24 *Friedlaender*, Komm. zur RAO, 3. Aufl. 1930, § 4 Anm. 1.
25 § 3 des Gesetzes über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7.4.1933, RGBl. I S. 188, und Art. 1 § 1 der 5. VO zum Reichsbürgergesetz vom 27.3.1938, RGBl. I S. 1403.
26 Nachweise bei Deutscher Juristinnenbund, Juristinnen in Deutschland, 3. Aufl. 1998, S. 28.
27 §§ 4, 9, 15, 16 RRAO.
28 Nachweise bei *Busse* (Fn. 1) S. 109 ff., 117 ff.
29 § 9 Flüchtlingsgesetz NW vom 27.8.1948 (GVBl. NW S. 216) i.V.m. DVO vom 31.12.1948 (GVBl. NW 1949, S. 73).
30 Nachweise bei *Douma*, Deutsche Anwälte zwischen Demokratie und Diktatur 1930–1955, Frankfurt 1998, S. 70 f.
31 Bundesarchiv B 141/1957 Bl. 71 ff., hierzu und zur weiteren Entstehungsgeschichte der BRAO *Busse* (Fn. 1) S. 202 ff.
32 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 340 ff.
33 MdJ der DDR vom 28.5.1954, Bundesarchiv DP1-VA 1208.
34 § 4 Abs. 2 des Musterstatuts vom 15.5.1953, GBl. DDR S. 726.

Zustimmung der SED und auch des Justizministeriums zu achten hatte. Die Aufnahmepolitik der Kollegien war beherrscht von der Absicht der Kollegiumsmitglieder, sich durch Neuaufnahmen nicht selbst Konkurrenz zu machen. Sie lief darauf hinaus, im Wesentlichen nur die Abgänge zu ersetzen. Nennenswertes Wachstum war nicht gefragt, allerdings lange Zeit „aus Kadermangel" auch nicht möglich.

Entsprechend entwickelten sich die Anwaltszahlen in West und Ost auseinander. Im Westen waren 1950 mit knapp 13.000 schon ein Drittel mehr Anwälte zugelassen als vor dem Krieg. Im Osten dagegen sank die Anwaltszahl auf knapp 1.000, d.h. auf etwa 70 % des Vorkriegsniveaus. Bis 1989 hat sich die Anwaltszahl im Westen dann mehr als vervierfacht, im Osten mit – vor der Wende – nur noch etwa 600 Anwälten infolge der standesegoistischen Ausnutzung des Zulassungsermessens und staatlicher Steuerung nochmals um etwa 40 % reduziert. Seit der Wiedervereinigung sind die Anwaltszahlen inzwischen um das Dreifache auf über 150.000 angestiegen.[35] Viele beklagen diese durch den freien Zugang zum Anwaltsberuf ermöglichte Entwicklung. Die schon vor 1878 und bis heute von Standesvertretern immer wieder behauptete Beeinträchtigung der anwaltlichen Unabhängigkeit durch wirtschaftliche Anfälligkeit ist bis heute nicht belegt, auch wenn die Einkommen vieler Anwälte inzwischen auf ein bedenkliches Niveau abgesunken sind. Immerhin liegt das Durchschnittseinkommen der Anwaltsnotare unter den Freiberuflern immer noch an siebenter, das der Nuranwälte an achter Stelle.[36] Ein Katastrophenfall scheint mir da noch weit entfernt. Außerdem: Wer Freiheit will, muss auch das mit der Freiheit verknüpfte Risiko tragen.

Ein weiterer Kernpunkt einer freien Advokatur ist deren Unabhängigkeit vom Staat. Wer Bürger vor Machtübergriffen staatlicher Stellen, auch vor Fehlentscheidungen staatlicher Gerichte schützen soll, muss den Rücken frei haben. Der Wahrnehmung der ihm anvertrauten Interessen dürfen bei Beachtung der allgemeinen Gesetze Treuepflichten gegenüber dem Staat keine Schranken setzen. Und auch der Staatsfeind muss einen Anwalt seines Vertrauens finden können. Politische Unabhängigkeit wollte und konnte das SED-Regime unseren ostdeutschen Kollegen nicht einräumen. Auch namhafte früher als Rechtsanwälte tätige Regimevertreter, ich nenne nur *Hilde Benjamin* und – aus Dresden – *Rolf Helm*, die als Anwälte der „Roten Hilfe" aus eigenem Erleben bestens wussten, wie sehr politisch verfolgte Bürger Anwälte ihres Vertrauens benötigen, wollten dies wirklichen oder vermeintlichen Feinden des DDR-Sozialismus keinesfalls zugestehen. Die gewollte „Diktatur des Proletariats" schloss die prinzipielle Kontrolle der Staatsmacht durch gesellschaftliche „Organe" wie die Rechtsanwälte aus. Die von allen am Rechtswesen Beteiligten geforderte Wahrung der „sozialistischen Gesetzlichkeit" verstand man als die Summe aus dem positiven Recht und dessen parteilicher Anwendung im Sinne der Zielvorstellungen der SED, gerechtfertigt durch das Dogma der objektiven Identität der Interessen des Einzelnen mit denen der Gesellschaft. Entsprechend wurden die DDR-Anwälte durch die Anwaltsgesetze auf Staatstreue verpflichtet.[37]

Aber auch im Westen wollten starke Kräfte den Anwälten politische Unabhängigkeit nur eingeschränkt zugestehen. Eröffnet wurde der Reigen 1952 durch die „Frontstadt Berlin".[38] Daran anknüpfend wollten Bundesländer und Bundesregierung die Zulassung versagen, „wenn der Bewerber sich so verhalten hat, dass die Besorgnis begründet ist, er werde als Rechtsanwalt … die verfassungsmäßige Ordnung bekämpfen".[39] Kammern und DAV erklärten es mit Recht für untragbar, die Zulassung von politischen Ermessensfragen abhängig zu machen und Anwälte beamtengleichen Bindungen zu unterwerfen. Ihr Widerstand wäre beinahe gescheitert, weil zunächst der Vorsitzende der Vereinigung der Kammern *Gustav Finck* und dann auch der einflussreiche Koblenzer Kammerpräsident und DAV-Vizepräsident *Karl Weber* gegenüber einer etwas abgemilderten Formel einknickten. Es ist nur dem erbitterten Widerstand unserer in den Bundestag gewählten Berufskollegen *Adolf Arndt* und *Gustav Heinemann* zu verdanken – und das war eine *Sternstunde* für die Anwaltschaft –, dass der Versagungsgrund auf die beschränkt worden ist, „die die freiheitlich demokratische Grundordnung *in strafbarer Weise* bekämpfen".[40] Beinahe hätte auch das nicht gereicht. Kammern und Ehrengerichte bis hoch zum BGH haben später versucht, kommunistisch eingestellte Anwälte über die Unwürdigkeitsklausel aus dem Beruf zu entfernen. Sie sind hiermit erst beim BVerfG gescheitert.[41] Man kann sich ausmalen, welchem Unwesen unsere ostdeutschen Kollegen nach 1990 ausgesetzt worden wären, wäre damals anders entschieden worden. Für die Reputation der ostdeutschen Anwaltschaft war der mit der 1992 angeordneten Überprüfung der DDR-Anwälte[42] angerichtete Schaden schon schlimm genug. Der hierdurch erzeugte Generalverdacht missbräuchlicher und menschenrechtswidriger Berufsausübung war und ist nicht durch Fakten unterlegt. Andererseits hat die z.T. flächendeckende Überprüfung bewiesen[43], dass nur in etwa 10, allerdings z.T. ganz schlimmen Fällen[44], davon auch hier in Dresden, Anlass zum Handeln bestand. Hierfür hätten allerdings schon die allgemeinen Gesetze ausgereicht. Wir haben deswegen die ostdeutschen Kollegen mit Recht als gleichberechtigte Partner willkommen geheißen.

Mein umfangreiches Quellenstudium der Akten des Ministeriums, der Birthlerbehörde sowie viele geführte Interviews – u.a. auch mit dem ersten sächsischen Kammerpräsidenten *Wolfgang Schmidt* – haben im Übrigen ergeben, dass sich die meisten unserer ostdeutschen Kollegen an der von Staat und Partei gewünschten Einbindung vorbei ein erstaunlich großes Maß an Freiräumen bewahrt oder erkämpft haben, indem sie auf dem Klavier sozialistischer Argumentation und damit relativ unangreifbar die ihnen anvertrauten Interessen vertraten.[45] Dazu passt, was der damals höchste Repräsentant der DDR-Anwaltschaft *Friedrich Wolff* entgegnete, als ein ZK-Mitglied die Schwierigkeiten, die Anwälte oft bereiteten, mit dem Vorhalt kritisierte, „wir ziehen im Sozialismus doch alle an einem Strang". *Wolff* entgegnete, „das stimmt, aber Sie am einen und wir am anderen Ende".[46] Dass im Bereich des politischen Strafrechts selten etwas zu erreichen war, betrifft nur den Erfolg, nicht das Bemühen.

Die dritte Grundforderung an eine freie Advokatur ist das Recht des einzelnen Anwalts, seinen Beruf frei und selbstbestimmt auszuüben. Die schon 1863 vom Juristentagsgutachter *Kopp* gestellte Forderung, dass die anwaltliche Berufsausübung „nur

35 *Hommerich/Kilian/Dreske*, Stat. Jahrbuch der Anwaltschaft 2009/2010, S. 21/22; *Busse* (Fn. 1) S. 360, 383.
36 *Busse* (Fn. 1) S. 634 ff. mit Nachw.
37 §§ 6 KollVO, 6 KollG.
38 Durch das gegen den Protest der RAK Berlin erlassene Gesetz vom 6.5.1952, GVBl. S. 311.
39 § 20 Nr. 5 BRAO-E I, BTDrs. 1/3650.
40 Zum Kampf gegen die „politische Klausel" *Busse* (Fn. 1) S. 218 ff.
41 BVerfG NJW 1983, 1535, 1537 gegen BGH NJW 1980, 271.
42 Gesetz zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Berufungen ehrenamtlicher Richter vom 24.7.1992 (RNPG), BGBl. I S. 1386.
43 Hierzu Nachweise bei *Busse* (Fn. 1) S. 526 ff.
44 Vgl. den von BVerfG E 93, 213 ff. entschiedenen Fall, wo ein Anwalt die Republikfluchtabsicht eines Kollegen verriet, dessen Verteidigung übernahm und sodann die ihm erteilten vertraulichen Informationen verriet.
45 Nachweise bei *Busse* (Fn. 1), S. 426 ff.
46 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 431.

dann und nur insoweit einer Beschränkung unterworfen werden darf, als überwiegende unzweifelhafte Gründe mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse diese Beschränkung notwendig machen",[47] hat erst 120 Jahre später mit den Bastille-Entscheidungen des BVerfG von 1987[48] den Durchbruch geschafft. Die Standesaufsicht dagegen hatte hiermit ihre Schwierigkeiten. Die Anwaltsgeschichte bis 1987 ist auch eine Geschichte der Bevormundung der Anwälte durch eine Vielzahl kleinlicher, oft hinderlicher Maßregeln und Sanktionen in den, übrigens in den dreißiger Jahren erstmals vom DAV verabschiedeten und nach dem Krieg von den Kammer wiederaufgegriffenen Standesrichtlinien und durch eine engherzige Rechtsprechung der Ehrengerichte. Die Auswertung der Debatten um die Freigabe der Anwaltschaft in den 1860er Jahren macht klar, dass die Wortführer der Anwaltschaft hierunter neben freiem Berufszugang nur die Verlagerung der Standesaufsicht auf staatsfreie Organe der Anwaltschaft verstanden, für die sie aber weiter die freiheitsbeschränkenden Aufsichts- und Eingriffsrechte reklamierten, die sich bis dahin der monarchische Staat gegenüber den mit großem Misstrauen bedachten Anwälten vorbehalten hatte. Schon damals wandte insbesondere die Hamburger Anwaltschaft durch ihren Wortführer, den späteren Reichstagsabgeordneten *Wolffson*, vergeblich ein:[49] „Was ist denn das Absonderliche an uns, dass gerade wir ganz besonders einer Disciplin unterworfen werden müssen?" Mit vielen der von den Ehrengerichten und Kammern vorgenommenen Reglementierungen dokumentierte die Standesaufsicht, dass sie ihren Berufskollegen gerade das versagte, was sie vom rechtsuchenden Publikum erklärtermaßen verlangte, nämlich das Vertrauen in die integre pflichterfüllte Berufsausübung des einzelnen Anwalts. Dieses Denken lebt bis heute in vielen Köpfen weiter. Die vom Grundgesetz gemeinte Freiheit anwaltlicher Berufsausübung wurde jedenfalls nicht von der anwaltlichen Selbstverwaltung erkämpft, sondern der Anwaltschaft gewissermaßen vom Bundesverfassungsgericht aufgezwungen.

Das BVerfG nahm den Anwälten den ihnen von Kammern und Ehrengerichten umgehängten, aus dem Sachlichkeitsgebot abgeleiteten „Maulkorb" ab und stellte dadurch erst die Waffengleichkeit zwischen den Rechtspflegeorganen wieder her.[50]

Das BVerfG beseitigte das den Anwälten auferlegte Werbeverbot.[51] Es stärkte damit nicht nur den Zugang der Bürger zum Recht, die auf der Suche nach dem richtigen Anwalt mehr Orientierung bekamen. Es half auch den Anwälten, im Bereich der ihnen anfangs eher fremden außergerichtlichen Rechtsberatung Markt zu erobern. Zu dem von den Kammern erwarteten marktschreierischen Verhalten von Anwälten ist es kaum gekommen, weil sich damit nicht werben lässt.

Mit dem Wegfall des Werbeverbots ging das Tor auf für die Spezialisierung der Anwaltschaft, für die Einrichtung von Fachanwaltschaften. Diese hatten die Kammern bis Mitte der 1980er Jahre noch mit den Worten des Hamburger Kammerpräsidenten *Neuhäuser* als „Todsünde" bekämpft.[52] 1986 haben sie allerdings eine mutige Kehrtwende vollzogen[53] und waren damit einmal Rechtsprechung und Gesetzgeber voraus.

Die Fachanwaltschaften sind *die* große Erfolgsgeschichte für uns Anwälte geworden, auch wenn eine kurzsichtige Satzungsversammlung die Entwicklung zwischen 1997 und 2004 auf dem Status quo anzuhalten versucht hat.[54]

Der Gesetzgeber beseitigte die mit dem Lokalisationsprinzip verbundene Beschränkung einer freizügigen Berufsausübung,[55] um deren Erhaltung die Kammermehrheit gegen den DAV „bis aufs Messer" gekämpft hat, weil – ich höre noch *Jörn Löwer*[56] – die Rechtsversorgung auf dem Lande sonst zusammenbräche und der Mehrzahl der Anwälte die wirtschaftliche Basis genommen würde. Nichts dergleichen ist eingetreten. Heute betont auch die BRAK durch ihren Präsidenten *Filges*[57], dass „die Anwaltschaft unmittelbar von der Aufhebung der Lokalisation profitiert" hat. Das BVerfG beseitigte die Singularzulassung,[58] die in den nur acht Ländern, wo sie galt, von der Anwaltschaft durch vielerlei Umgehung zuvor selbst kaputtgemacht worden war.[59]

Die Rechtsprechung ebnete gegen den erbitterten Widerstand der Kammern die Organisationsfreiheit der Anwälte durch Zulassung überörtlicher Sozietäten[60] sowie anwaltlicher Kapitalgesellschaften.[61] Die von den Kammern erwartete Störung des auf persönlichem Vertrauen beruhenden Mandatsverhältnisses hat nicht stattgefunden.

Das BVerfG beseitigte die meisten Einschränkungen der zweitberuflichen Tätigkeit von Anwälten,[62] für viele junge Anwälte eine existentielle Frage, und öffnete den Weg zu interprofessionellen Berufsausübungsgemeinschaften. Gewinner war die Anwaltschaft.

Auch gegen grenzüberschreitende Tätigkeiten betrieb die verfasste Anwaltschaft eine Politik der Abschottung. Die Öffnung wurde erst durch den EuGH erzwungen.[63]

Mein Fazit: Ein freier Beruf entfaltet sich am besten in der Freiheit. Freiheit kann missbraucht werden. Freiheit birgt Risiken. Mit ihnen kann man immer schwarzmalen. Aber die Geschichte hat gezeigt, dass mit der geschürten Angst vor den Risiken wichtige Chancen verbaut worden sind und die Anwaltschaft im Ganzen trotz Tendenzen zur Kommerzialisierung der Gewinner der inzwischen gewonnenen Freiheiten geworden ist. Ich wünsche mir von unseren Kammern, deren unverzichtbare Arbeit ich immer geschätzt habe, dass ihnen die jüngere Anwaltsgeschichte Mut macht, Entwicklungen nicht hinterherzulaufen, sondern sich an die Spitze zu stellen, wenn es darum geht, Freiheit zu wagen.

Ich habe Ihnen eine halbe Stunde die Freiheit genommen, den Abend fröhlich zu genießen. Auch diese Beschränkung wird jetzt aufgehoben.

---

47 *Kopp*, Verh. des 4. DJT, 1863, Band I, S. 54.
48 BVerfGE 76, 171 ff., 196 ff.
49 *Wolffson*, Verh. des 7. DJT, 1867, Band II S. 254.
50 BVerfGE 76, 171 ff.
51 BVerfGE 76, 196 ff.
52 *Neuhäuser* AnwBl. 1956, 54.
53 BRAK 60. HV vom 10.10.1986, BRAK-Mitt. 1986, 177 ff., 198 ff. Als die Rechtsprechung der BRAK die Legitimation absprach (BGH NJW 1990, 1719), kam der Gesetzgeber zur Hilfe (G vom 29.1.1991, BGBl. I S. 150).
54 *Fischedick* AnwBl. 2001, 219; *van Bühren* AnwBl. 2002, 21; *Busse* BRAK-Mitt. 2001, 65, AnwBl. 2003, 294 und AnwBl. 2005, 29.
55 Art. 3 NeuOG.
56 *Löwer* BRAK-Mitt. 1994, 186, 192 ff. Für unsere Berufskollegen im Bundestag *Horst Eylmann* und *Klaus-Dieter Lehne* ein „Fossil überholten Zunftdenkens", Nachweis bei *Busse* (Fn. 1) S. 608 Fn. 335.
57 *Filges* BRAK-Mitt. 2009, 145.
58 BVerfG NJW 2001, 353, 358.
59 Hierzu *Busse* (Fn. 1) S. 610.
60 BGH BRAK-Mitt. 1989, 211 (überörtlich) und BRAK-Mitt. 1994, 245 (interurban).
61 Zur Rechtsanwalts-GmbH BayObLG NJW 1995, 199, vom Gesetzgeber nachvollzogen durch G vom 31.8.1988, BGBl. I S. 2600. Zur Zulässigkeit der Anwalts-AG BayObLG NJW 2000, 1647 und BGH NJW 2005, 1568.
62 BVerfG NJW 1993, 317.
63 EuGH NJW 1975, 513 ff. (Reyners); AnwBl. 1984, 608 (Klopp); NJW 1988, 887 ff.; NJW 1996, 579 ff. (Gebhard).

Zwischen Effizienz und Akzeptanz – zur Reform der Berufungszurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO

Professor *Dr. Christian Wolf**

I. Einleitung

§ 522 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO gehören von Anfang an zu den umstrittensten Neuerungen der ZPO-Reform von 2002.[1] Heute steht die Bestimmung auf der Reformagenda der Bundesregierung.[2] Ursprüngliche Intention des Gesetzgebers war es, die Rechtsmittelgerichte durch die Möglichkeit, die Berufung durch einstimmigen Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, zu entlasten. Hierdurch sollte für die wirklich „verhandlungsbedürftigen" Berufungsfälle richterliche Arbeitskapazität geschaffen werden.[3] Gleichzeitig wollte der Gesetzgeber zugunsten der in erster Instanz obsiegenden Partei sicherstellen, dass die rechtskräftige Erledigung der Streitsache nicht unnötig hinausgezögert wird.[4]

Bereits ein kurzer Blick in die Statistik zeigt, dass diese gesetzgeberische Zielsetzung in der Praxis der Oberlandesgerichte völlig unterschiedlich verwirklicht wird. So wurden 2008 in der Bundesrepublik insgesamt 15,31 % der Berufungen nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt.[5] Das OLG Hamm erledigte demgegenüber lediglich 8,9 % der Berufungen nach § 522 Abs. 2 ZPO und liegt somit deutlich unter dem bundesdeutschen Durchschnitt. Das OLG Zweibrücken liegt hingegen mit 26,26 % der Erledigung eingehender Berufungen durch Beschlusszurückweisungen mit deutlichem Vorsprung an der Spitze der Statistik. Diese erhebliche Diskrepanz im Entscheidungsverhalten der Gerichte wird durch die Tatsache verschärft, dass § 522 Abs. 2 ZPO kein richterliches Ermessen vorsieht. Er ordnet vielmehr eine zwingende Berufungszurückweisung durch Beschluss an, wenn seine Voraussetzungen erfüllt sind. Die unterschiedliche Handhabung der Vorschrift legt den Verdacht nahe, dass die Berufungsrichter bei § 522 Abs. 2 ZPO – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung – ein richterliches Ermessen anwenden. Da der Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO überdies keinem Rechtsmittel unterliegt (§ 522 Abs. 3 ZPO), entscheiden sie damit letztlich über die Frage, ob den Parteien ein weiteres Rechtsmittel zusteht oder nicht.[6]

Vielfach wird daher auch das eigentliche Problem weniger in der Möglichkeit, durch Beschluss die Berufung zurückzuweisen, als vielmehr in der Unangreifbarkeit dieser Entscheidung gesehen. In der Reformdiskussion wird deshalb gefordert, dass § 522 Abs. 3 ZPO gestrichen wird und in § 522 Abs. 2 ZPO klargestellt wird, dass gegen den Zurückweisungsbeschluss die Rechtsbeschwerde stattfinden kann.[7] Da § 522 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO sich sowohl auf das Berufungs- als auch auf das Revisionsverfahren auswirken, soll im Rahmen dieses Beitrags zur Bewertung der Reformüberlegungen zunächst die Wirkung von § 522 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO evaluiert werden. Hierbei wird sich zeigen, dass die Regelung in § 522 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO im Wesentlichen drei unterschiedliche Problemkreise berührt:

(1) Zunächst führt § 522 Abs. 2 ZPO dazu, dass über die Berufung nicht mehr mündlich verhandelt werden muss. Die Möglichkeit und Chance der Befriedigungsfunktion einer mündlichen Verhandlung entfällt hierdurch.

(2) Ferner fehlt es an der Kontrolle des Berufungsgerichts. Auch eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nach derzeitigem Rechtsstand unstatthaft.

(3) Über § 522 Abs. 3 ZPO wird überdies die Arbeitsbelastung des BGH begrenzt.

In einem zweiten Schritt ist sodann der Reformvorschlag, § 522 Abs. 3 ZPO zu streichen, an diesen Problemkreisen zu messen, um einen Alternativvorschlag zu entwickeln.

II. Wirkung der derzeitigen Regelung auf das Berufungs- und Revisionsverfahren

1. Keine mündliche Berufungsverhandlung

§ 522 Abs. 2 ZPO führt dazu, dass über die Berufung nicht mündlich verhandelt wird. An die Stelle der mündlichen Berufungsverhandlung treten der Hinweisbeschluss des Gerichts sowie die Stellungnahme der Parteien zu dem Hinweisbeschluss. Verfassungsrechtlich ist dies nicht zu beanstanden. Das rechtliche Gehör erfordert keine mündliche Verhandlung.[8] Zwar formuliert Art. 6 Abs. 1 EMRK den Anspruch auf öffentliche und damit auch mündliche Verhandlung, jedoch bezieht sich dies primär auf die erste Instanz. Bezogen auf das Revisionsverfahren hat der EGMR ausdrücklich anerkannt, dass § 349 Abs. 2 StPO, welcher – ähnlich § 522 Abs. 2 ZPO – dem Revisionsgericht die Möglichkeit einräumt, durch einstimmigen Beschluss auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Revision als unbegründet zurückzuweisen, mit den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist.[9]

Allerdings kann überhaupt nicht geleugnet werden, dass die mündliche Verhandlung auch im Berufungsverfahren erhebliche Bedeutung haben kann. Dabei kann sich diese Bedeutung aus zwei unterschiedlichen Blickrichtungen ergeben. Die erste Blickrichtung bildet die Befriedigungsfunktion. Das Verfahren dient dazu, bei den Parteien des Rechtsstreits Akzeptanz für das

---

* Der Autor *Wolf* ist Lehrstuhlinhaber und geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) sowie Direktor des Instituts für Internationales Recht an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

1 Siehe nur bereits *Rimmelspacher* in MüKo/ZPO-Reform, 2. Aufl., 2002, § 522, Rdnr. 33 ff.

2 Siehe die Antwort des parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesjustizministerium, *Stadler* v. 9. Juni 2010, Plenarprotokoll, 17/45, S. 4536.

3 BT-Drs. 14/4722, S. 97.

4 BT-Drs. 14/4722, S. 97.

5 Sämtliche Zahlen basieren auf der Fachserie 10 Reihe 2.1 des Statistischen Bundesamts, abrufbar unter: http://www.destatis.de.

6 *Krüger*, NJW 2008, 945.

7 So der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion in der 16. Legislaturperiode, BT-Drs. 16/11457.

8 BVerfG, Beschl. v. 9.10.1973 – 2 BvR 482/72, NJW 1974, 133; BVerfG Beschl. v. 25.1.2005 – 2 BvR 656/99, NJW 2005, 1999, 2000.

9 EGMR Urt. v. 2.12.1983 „Axen", EuGRZ 1985, 225 Nr. 29 ff.; hierzu auch *Schädler* in Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., 2008, Art. 6 EMRK, Rdnr. 31.

Ergebnis zu generieren. Im Verfahren soll der Unterlegene nach *Niklas Luhmann* so viel unbezahlte zeremonielle Arbeit abgeleistet haben, dass er hinterher nicht mehr in der Lage ist, die Solidarität der Gesellschaft einfordern zu können. Es geht also danach um die Selbstisolierung des Prozessverlierers.[10] Das Verfahren soll den Parteien ermöglichen, das (negative) Ergebnis des Prozesses zu akzeptieren. Die auf das rechtliche Gehör bezogene Formulierung, die Parteien sollen nicht bloß Objekt, sondern auch Subjekt des Verfahrens sein, drückt dies deutlich aus. In der strafprozessrechtlichen Literatur wird insbesondere darauf hingewiesen, dass § 349 Abs. 2 StPO zu erheblichen Nachteilen bezüglich der Befriedungsfunktion führen kann.[11] Diese dürfte vor allem bei sog. *one-stop-shoppern* zutreffen. Dies sind solche Privatpersonen, die nur einmal in ihrem Leben mit dem Justizsystem konfrontiert sind. Ohne mündliche Verhandlung findet ein Gutteil der Symbolik von Gerichtsverhandlungen nicht statt, aus denen sich auch die Befriedungsfunktion und Akzeptanz der Verfahren speist.

Der zweite Blickwinkel, aus dem das Fehlen der mündlichen Verhandlung beurteilt werden muss, ist der gerichtliche Argumentationsprozess. Die erkenntnisleitende Funktion des Verfahrens wird vielfach nicht beachtet. Im Prozess geht es nicht darum, wie *Christensen/Kudlich* formulieren, das Recht, welches bereits vor dem Prozess fertig im Buche steht, den Betroffenen nur noch pädagogisch zu vermitteln.[12] Vielmehr hat an die Stelle einer monologischen Beziehung zwischen Richter und Gesetz, so *Christensen/Kudlich*, das streitige Verfahren zu treten, in dem Parteien und Richter um die Bedeutung der Worte kämpfen.[13] Begreift man aber die Rechtsfindung als dialogischen Prozess[14], kann das verschriftlichte Verfahren durch Hinweisbeschluss und Stellungnahme der Parteien zu einer deutlichen Verkürzung des Argumentationsprozesses führen.[15]

2. Fehlende Kontrolle des Berufungsgerichts durch die Nichtzulassungsbeschwerde

Um die Wirkung der Vorschrift richtig einschätzen zu können, ist nicht nur das Berufungsverfahren, sondern auch das Revisionsverfahren in Bezug zu nehmen.[16] § 522 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO regelt nicht nur den Ablauf des Berufungsverfahrens, sondern steuert hierdurch mittelbar gleichzeitig auch den Zugang zur Revisionsinstanz.

Bezogen auf das Berufungsverfahren bewirkt § 522 Abs. 2 ZPO, dass unter nachfolgenden Voraussetzungen keine mündliche Verhandlung stattfindet:

(1) Die Berufung muss zunächst bereits aufgrund der Aktenlage für erfolglos gehalten werden. Durch die Berufung dürfen für das Berufungsgericht auch nicht die tatsächlichen Grundlagen des erstinstanzlichen Urteils in Zweifel gezogen sein, §§ 529 bis 532 ZPO.[17]

(2) Die Rechtssache darf außerdem weder grundsätzliche Bedeutung haben, noch zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung der Entscheidung des Berufungsgerichts bedürfen.

(3) Die Entscheidung durch das Berufungsgericht muss darüber hinaus einstimmig erfolgen.

Die Formulierung in § 522 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO verkoppelt die Berufungszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO in der Sache mit den Revisionszulassungsgründen. Durch die ZPO-Reform 2002 wurde das Mischsystem von Zulassungs- und Streitwertrevision abgelöst. Ursprünglich war die Revision zulässig, wenn die Beschwer 60.000 DM überstieg, § 546 Abs. 1 ZPO a.F., oder das OLG die Revision zugelassen hat, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hatte, das Berufungsurteil von einer Entscheidung des BGH oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes abgewichen ist, § 546 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO a.F. Dieses System wurde inzwischen durch ein (fast) reines System der Zulassungsrevision abgelöst. Aufgrund der Neuregelung im Rahmen der ZPO-Reform führt der Weg zum BGH damit nur noch über die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht oder die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO.

Die inhaltlichen Voraussetzungen sind denknotwendig dieselben. Somit hat der *judex a quo* die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen und der *judex ad quem* der Nichtzulassungsbeschwerde stattzugeben, wenn die Zulassungsvoraussetzungen der Revision, also die grundsätzliche Bedeutung oder Fortbildung des Rechts bzw. Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.[18] Folglich darf nach § 522 Abs. 2 ZPO – unabhängig davon, ob die Berufung als begründet oder unbegründet angesehen wird – nicht vorgegangen werden, wenn das Berufungsgericht aus seiner Sicht die Revision zulassen müsste.

Jedoch ist diesbezüglich zu beachten, dass die Nichtzulassungsbeschwerde im Gegensatz zur Revisionszulassung durch das Berufungsgericht nach Art. 26 Nr. 8 EGZPO erst ab einem Beschwerdewert von 20.000 Euro statthaft ist. Geht man davon aus, dass das Berufungsgericht in den Fällen, in denen es nach § 522 Abs. 2 ZPO vorgeht, auch bei einem eventuellen Urteil nicht die Zulässigkeit der Revision angeordnet hätte, sind von § 522 Abs. 3 ZPO nur OLG-Entscheidungen mit einer Beschwer von über 20.000 Euro betroffen. In allen anderen Fällen wirkt sich § 522 Abs. 3 ZPO mithin nicht aus. M.a.W., unabhängig davon, ob nach § 522 Abs. 2 ZPO vorgegangen wird, scheidet die Nichtzulassungsbeschwerde und damit die Kontrolle der Berufungsentscheidung in allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einer Beschwer von unter 20.000 Euro grundsätzlich aus. Nur soweit die Beschwer über 20.000 Euro liegt, entzieht das Berufungsrecht, wenn es den Weg über § 522 Abs. 2 ZPO bestreitet, die Entscheidung der Kontrolle durch die Nichtzulassungsbeschwerde.

Klingt dies zunächst wenig dramatisch, erhellt sich die dahinter stehende Problematik erst vollständig, wenn man das Entscheidungsverhalten der Berufungskammern mit dem der Berufungssenate vergleicht. In den Jahren 2005 bis 2009 wurden von den Landgerichten 31,41 % der Berufungen durch streitiges Urteil erledigt. Im gleichen Zeitraum haben die OLGs lediglich 26,93 % der Berufungsverfahren durch streitige Urteile abgeschlossen. Die Berufungskammern haben jedoch nicht nur prozentual mehr Berufungen durch streitige Urteile erledigt, sondern auch in geringerem Umfang von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht. An den Landgerichten wurden 13,36 % der Verfahren nach § 522 Abs. 3 ZPO beendet. An den Oberlandesgerichten hingegen 14,47 %. Noch signifikanter fällt der Unterschied der Entscheidungspraxis zwischen Landgericht und Oberlandesgericht aus, wenn man die Zahlen der zugelas-

10 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., 1975, S. 27 ff.
11 *Hanack* in Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 1998, § 349 StPO, Rdnr. 6.
12 *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2007, S. 203.
13 *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 55 ff.
14 Hierzu *Wolf* in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 1 BRAO, Rdnr. 17 ff.
15 Vgl. zu dieser Kritik bezogen auf § 349 Abs. 2 StPO, *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2006, Rdnr. 1089.
16 Vgl. hierzu bereits *Bornkamm*, FS für Krämer, 2009, S. 425 ff.
17 *Rimmelspacher* in MüKo/ZPO, 3. Aufl., 2007, § 522, Rdnr. 20.
18 Vgl. *Ball* in Musielak/ZPO, 7. Aufl., 2009, § 522, Rdnr. 22.

senen Revisionen betrachtet. In dem betrachteten Fünfjahreszeitraum haben die Landgerichte in 6,44 % der Berufungen die Revisionen zugelassen, die Oberlandesgerichte hingegen nur in 4,92 % der Fälle.

Die unterschiedliche Handhabung der Revisionszulassung und die Anwendung von § 522 Abs. 2 ZPO zwischen den Landgerichten und Oberlandesgerichten spricht für die Vermutung, dass Letztere in bestimmtem Umfang dazu neigen, sich der Kontrolle durch die Nichtzulassungsbeschwerde zu entziehen.

Zwar besteht die Möglichkeit, gegen den Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO mit der Verfassungsbeschwerde vorzugehen.[19] Jedoch sind dem, wie bei Verfassungsbeschwerden üblich, sehr enge Grenzen gesetzt, und die Erfolgsaussichten sind sehr gering. Zwar folgert aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes und des Justizgewähranspruchs nicht der Anspruch auf einen Instanzenzug. Dort, wo die Prozessordnung jedoch einen Instanzenzug vorsieht, darf der Zugang zu diesem nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.[20] Die verfassungsrechtlich relevante Schwelle, die die Verfassungsbeschwerde rechtfertigt, ist aber noch nicht erreicht, wenn das Berufungsgericht § 522 Abs. 2 ZPO lediglich falsch anwendet. Erforderlich ist vielmehr, dass die Entscheidung sachlich nicht mehr zu rechtfertigen ist und sich damit als objektiv willkürlich erweist.[21] Die Entscheidung darf unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr verständlich und vertretbar sein. Es muss sich also um eine krasse Fehlentscheidung handeln.[22]

Jenseits dieser verfassungsrechtlichen Überprüfung schließt § 522 Abs. 2 ZPO die Überprüfungsmöglichkeit aus. Insbesondere die OLGs haben es daher selbst in der Hand, die Überprüfungsmöglichkeit ihrer Entscheidung zu steuern.

3. Arbeitsbelastung des BGH

Zweck des Revisionsverfahrens ist weitaus weniger die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit als vielmehr die Rechtsfortbildung und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung.[23] Um dieser Aufgabe gerecht werden zu können, ist es einerseits erforderlich, dass der BGH mit einem hinreichend breiten Spektrum an Fällen konfrontiert wird. Anderseits dürfen die Fallzahlen des BGH ein bestimmtes Maß nicht übersteigen, weil ansonsten die Einheitlichkeit der Rechtsprechung am BGH selbst nicht mehr gewährleistet wäre. Steigerte man den Geschäftsanfall am BGH deutlich, sodass über die derzeit bestehenden 12 Zivilsenate hinaus weitere Senate geschaffen werden müssten, wäre der BGH kaum mehr in der Lage, die Einheitlichkeit seiner eigenen Rechtsprechung zu sichern. Konsequenz dessen wäre, dass insbesondere wichtige, vielen Rechtsgebieten gemeinsame gesetzliche Bestimmungen, wie der allgemeine Teil des BGB oder das allgemeine Schuldrecht, je nach Fachrechtsgebiet (Kaufrecht, Werkvertrag, Dienstvertrag etc.) unterschiedliche Interpretationen erfahren würden, oder der Große Senat zur Dauereinrichtung würde.

Derzeit wird in ca. 19,2 % der mit der Nichtzulassungsbeschwerde angreifbaren Entscheidungen der Oberlandesgerichte Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Durch § 522 Abs. 2 ZPO haben die Oberlandesgerichte 2005 6.864, 2006 8.054, 2007 8.046 und 2008 8.234 entschieden. Legt man eine durchschnittliche Nichtzulassungsbeschwerdequote von 19,2 % der Fälle zu Grunde, hat § 522 Abs. 2 ZPO dazu geführt, dass im Schnitt 1.519,25 Fälle nicht per Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH gekommen sind.

III. Reformüberlegungen

1. Der Vorschlag der FDP-Fraktion

Der Vorschlag der FDP-Fraktion sah in der 16. Legislaturperiode vor, dass die Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden können. *Bornkamm* hat bereits darauf hingewiesen, dass die Rechtsbeschwerde immer nur zu einer kassatorischen Entscheidung und nicht zu einer Sachentscheidung führen kann.[24] Auch wirft dieser Vorschlag Probleme hinsichtlich des der Revision zugrunde zu legenden Tatbestands auf.[25] Misst man den Vorschlag jedoch an den drei identifizierten Problemfeldern, zeigt sich, dass der Vorschlag zwar zu einer Kontrolle der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss führen kann. Diese Kontrolle ist – wie bei allen Berufungsentscheidungen – auf eine Beschwer in Höhe von 20.000 € beschränkt. Keine Lösung enthält der Entwurf jedoch für die beiden anderen Problemfelder. Die Befriedigungsfunktion der mündlichen Verhandlung wird in diesem Vorschlag nicht genutzt. Zwar kann gegen den Zurückweisungsbeschluss mit der Nichtzulassungsbeschwerde vorgegangen werden. Jedoch führt dies gerade nicht zu einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht.

Besondere Probleme dürfte die Abschaffung von § 522 Abs. 3 ZPO für die Funktionsfähigkeit des BGH haben. Legt man zugrunde, dass im Schnitt in 19,2 % der Fälle die Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt wird, würde der Geschäftsanfall am BGH 2008 um 1.604 Fälle (von 4.573 auf 6.177) gesteigert werden. Dies wäre eine Steigerung um 35 %. Rechnet man damit, dass ein BGH-Senat im Schnitt 400 Fälle im Jahr bearbeiten kann, müssten vier neue BGH-Senate geschaffen werden. Völlig zu Recht hat der Parlamentarische Staatssekretär Max Stadler in der mündlichen Fragestunde des Bundestags am 9. Juni 2010 daher auch auf die noch nicht geklärten finanziellen Auswirkungen einer eventuellen Reform des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO hingewiesen.[26]

2. Hannoveraner Vorschlag

Der unter der Federführung von *Volkert Vorwerk* entwickelte Hannoveraner Vorschlag zur Reform des § 522 ZPO setzt demgegenüber an allen drei geschilderten Problemfeldern an. Zunächst eröffnet er den Parteien den Weg zur mündlichen Verhandlung.[27] Gegen den Zurückweisungsbeschluss kann innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen die mündliche Verhandlung beantragt werden. Erfolgt der Antrag, wird dieser wie ein Einspruch gegen ein Versäumnisurteil behandelt, dies bedeutet, dass zwangsläufig mündlich über die Berufung zu ver-

19 Ausführlich hierzu *Zuck*, NJW 2010, 1860 f. und 2085 f.
20 BVerfG, Beschl. v. 4.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 572 f.
21 BVerfG, Beschl. v. 4.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 572.
22 BVerfG, Beschl. v. 11.2.2008 – 2 BvR 899/07, NJW 2008, 1938 ff.
23 Vgl. nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 133, Rdnr. 22 f.

24 *Bornkamm* in FS für Krämer (Fn. 15), S. 425, 438.
25 Hierzu gleichfalls *Bornkamm* in FS für Krämer (Fn. 15), S. 425, 439.
26 Plenarprotokoll 17/45, S. 4536.
27 Nach dem Hannoveraner Vorschlag soll § 522 Abs. 3 folgende Fassung erhalten:
(1)[…]
(2)[…]
(3) Gegen den Beschluss nach Abs. 2 Satz 1 findet der Antrag auf mündliche Verhandlung statt. Der Antrag ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen zulässig; die Frist ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Beschlusses nach Abs. 2 Satz 1. Ob der Antrag form- und fristgemäß gestellt ist, prüft das Berufungsgericht von Amts wegen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist der Antrag als unzulässig zu verwerfen; Abs. 1 Satz 3 und 4 gelten entsprechend.

handeln und durch Berufungsurteil zu entscheiden ist.[28] Hierdurch wird auch der Weg in die Revisionsinstanz frei, da das Berufungsgericht in seinem Berufungsurteil entweder die Revision zuzulassen hat oder den Parteien unter den Voraussetzungen des Art. 26 Nr. 8 EGZPO die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde offen steht.

Allerdings ist der Vorschlag im Hinblick auf den dritten Problemkreis zu flankieren. Um zu verhindern, dass die Parteien automatisch den Antrag auf mündliche Verhandlung stellen, sieht der Vorschlag zunächst vor, dass mit dem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO das Urteil erster Instanz ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.[29] Vollstreckungsrechtlich soll hierdurch der Berufungsgegner weitgehend so gestellt werden, wie er nach der jetzigen Rechtslage steht. Es soll also sofort nach dem Beschluss, die Berufung zurückzuweisen (§ 522 Abs. 2 ZPO), ohne Sicherheitsleistung vollstrecken können. Der Antrag auf mündliche Verhandlung soll dem Berufungsführer nicht die Möglichkeit eröffnen, einen verlängerten „Justizkredit" zu erlangen. Dem ursprünglichen Anliegen des Gesetzgebers des § 522 ZPO, im Interesse der in erster Instanz obsiegenden Partei rasch zu einem Verfahrensabschluss zu kommen, soll auf diese Weise weiter Rechnung getragen werden.

Um sicherzustellen, dass in verantwortlicher Weise von dem Recht, gegen den Zurückweisungsbeschluss mündliche Verhandlung beantragen zu können, Gebrauch gemacht wird, sieht der Hannoveraner Entwurf weiterhin vor, dass sich die Gerichtsgebühren in der Berufungsinstanz verdoppeln, wenn die mündliche Verhandlung nicht zum Erfolg im Sinne des Berufungsführers führt. Gleiches gilt im Fall der Nichtzulassungsbeschwerde, wenn diese gleichfalls scheitert. Hat hingegen die Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH Erfolg, dürfen auch die doppelten Gebühren für die Berufungsverhandlung nicht anfallen.

Diese Regelung gerät überdies nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz in Konflikt, dass Unbemittelten die Rechtsverfolgung und -verteidigung im Vergleich zu Bemittelten nicht unverhältnismäßig erschwert werden darf.[30] Nach § 114 ZPO ist Voraussetzung für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe, dass der Rechtsverfolgung hinreichend Aussicht auf Erfolg beizumessen ist. Von § 522 Abs. 2 ZPO darf aber nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat. Dies bedeutet m.a.W., dass in denjenigen Fällen, in denen das Berufungsgericht von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch macht, erst recht keine Prozesskostenhilfe gewährt werden kann, da die PKH von geringeren Anforderungen abhängig ist als § 522 Abs. 2 ZPO. Hierin läge folglich keine Verschärfung der derzeitigen Rechtslage.

Schließlich will der Hannoveraner Vorschlag die Anwaltschaft stärker in die Pflicht nehmen. Über die Kostenfolgen sind die Parteien selbstverständlich aufzuklären. Wird diese Aufklärung unterlassen, will der Vorschlag eine gesetzliche Beweislastumkehr zu Gunsten des Mandanten einführen. D.h., es wird vermutet, dass im Falle eines erfolglosen Antrags auf mündliche Verhandlung der Mandant die Weisung nicht erteilt hätte, wenn er über die Kostenfolgen aufgeklärt worden wäre.

Der Vorschlag stellt sicher, dass die Entscheidungen nach § 522 Abs. 2 ZPO einer revisionsrechtlichen Überprüfung durch die Nichtzulassungsbeschwerde unterzogen werden können. Wählt das Berufungsgericht den Weg über § 522 ZPO, kann es von sich aus eine Überprüfungsmöglichkeit nicht mehr ausschließen, sondern muss stets mit einem Antrag auf mündliche Verhandlung rechnen. Dies lässt auf einen verantwortlicheren Umgang mit § 522 Abs. 2 ZPO hoffen. Gleichzeitig stellt der Vorschlag aber auch sicher, dass der BGH als Revisionsgericht seine Aufgabe noch erfüllen kann. Der Hannoveraner Vorschlag balanciert damit das Institut der Berufungszurückweisung nach § 522 ZPO zwischen der notwendigen Effizienz des Berufungs- und Revisionsverfahrens und der Akzeptanz desselben bei den Rechtsuchenden aus.

28 An § 522 ZPO soll einer neuer Abs. 4 angefügt werden:
(4) Wird der Antrag auf mündliche Verhandlung nicht als unzulässig verworfen, ist Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen und über die Berufung durch Endurteil zu entscheiden; § 343 findet entsprechende Anwendung.

29 In § 522 Abs. 2 soll hinter Satz 3 folgender neuer Satz eingefügt werden:
Im Beschluss wird das im ersten Rechtszug ergangene Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt.

30 BVerfG, Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, NJW 1959, 715.

Die notarielle Fachprüfung – das Kernstück des neugeregelten Zugangs zum Anwaltsnotariat

Richter am Kammergericht *Dirk Kupfernagel*, Berlin*

Die Klausuren der ersten Prüfungskampagne der notariellen Fachprüfung werden im Oktober 2010 geschrieben. Dieser Beitrag erläutert den Verlauf des Prüfungsverfahrens und stellt das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer vor.

Bundesverfassungsgericht gibt Anstoß für Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2004 (1 BVR 838/01 u.a.)[1] veranlasste die Länder mit Anwaltsnotariat zunächst, umgehend ihre damalige Verwaltungspraxis bei Ausschreibung und Vergabe von Notarstellen an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu überprüfen und teilweise zu ändern. Die Karlsruher Entscheidung gab aber zugleich den entscheidenden Anstoß, über eine grundlegende Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat zu beraten. Mit Gesetz vom 2. April 2009[2] änderte schließlich der Bundesgesetzgeber die Bundesnotarordnung (BNotO). Ziel dieses Gesetzgebungsvorhabens ist es, den Grundsätzen der Bestenauslese und Chancengleichheit besser als zuvor Rechnung zu tragen. Der Nachweis der fachlichen Qualifikation für das Amt des Notars soll

* Der Autor ist Leiter des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer.

1 NJW 2004, 1935.

2 BGBl. I S. 696.

auf einer verlässlicheren Grundlage als bisher geführt werden. Im Einzelnen:

§ 6 BNotO wurde – soweit diese Norm die Bestellung von Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotaren[3] regelt – neu gefasst. Diese Vorschriften treten jedoch erst am 1. Mai 2011 in Kraft. Ab diesem Tage müssen angehende Anwaltsnotare ihre fachliche Qualifikation in der Regel mit einer notariellen Fachprüfung nachweisen. Laufende Ausschreibungen von Notarstellen sind nach bisherigem Recht fortzuführen.

Die neuen Bestimmungen über eine notarielle Fachprüfung für angehende Anwaltsnotare und über das zu deren Durchführung zu errichtende Prüfungsamt wurden als § 7a ff. in die BNotO erstmalig eingefügt. Diese Vorschriften traten bereits am Tage nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft, um die ersten Prüfungen noch vor Mai 2011 abschließen zu können.

Das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer, dessen Organisationsform und Struktur in § 7g BNotO vorgegeben sind, nahm am 4. Januar 2010 seine Arbeit auf. Rechtsanwälte können seit dem 1. Februar 2010 ihre Zulassung zur notariellen Fachprüfung beantragen (§ 120 Abs. 2 BNotO).

Weitere Einzelheiten zum Ablauf des Prüfungsverfahrens, zum Prüfungsstoff sowie zur Arbeit der Organe und Gremien des Prüfungsamtes finden sich in der Verordnung des Bundesministeriums der Justiz über die notarielle Fachprüfung (Notarfachprüfungsverordnung – NotFV) vom 7. Mai 2010, die am 14. Mai 2010 verkündet wurde[4] und am Tag darauf in Kraft trat.

Termine für die schriftliche Prüfung der ersten Prüfungskampagnen

Wenige Tage danach setzte das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer die Termine für den schriftlichen Teil der ersten Prüfung auf den 4., 5., 7. und 8. Oktober 2010 fest.[5] Die vier Aufsichtsarbeiten werden dezentral im Gebiet des Anwaltsnotariats in Berlin, Celle, Frankfurt am Main, Hamm und Neumünster angefertigt.

Es ist vorgesehen, die Klausuren der Prüfungskampagne I/2011 in der ersten Aprilwoche 2011 schreiben zu lassen. Die Termine werden verbindlich im Heft 11/2010 der Deutschen Notar-Zeitschrift bekannt gegeben. Die Kandidaten können einen Wunsch äußern, in welchem der dann zur Auswahl stehenden Orte sie die Klausuren schreiben wollen; sie haben jedoch keinen Anspruch darauf, die Prüfung an einem bestimmten Ort abzulegen, § 7 Abs. 2 NotFV. Allgemeine organisatorische Fragen, Kapazitäten der jeweiligen Räumlichkeiten und örtliche Gegebenheiten werden neben den Wünschen der Kandidaten bei deren Zuordnung zu berücksichtigen sein.

Meldung zur notariellen Fachprüfung

Zur notariellen Fachprüfung wird zugelassen, wer seit drei Jahren zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und die Befähigung zum Richteramt hat (§ 7a Abs. 1 BNotO in Verbindung mit § 5 BNotO). Die Antragsfrist für die Zulassung zur Prüfung endet acht Wochen vor dem Termin der ersten Klausur (§ 8 Abs. 2 Satz 1 NotFV).

Die Teilnahme an der Prüfung ist nicht an den vorherigen Besuch einer Schulung oder des nach altem Recht vorgeschriebenen Grundkurses gebunden, auch wenn sehr wahrscheinlich viele Kandidaten sich das erforderliche Wissen nicht allein mit einem Fachbuch aneignen und Lehrgänge besuchen werden.

Vor der Zulassung zur Prüfung ist gemäß § 7h BNotO die Prüfungsgebühr von 3.000,00 Euro zu zahlen. Die Höhe der Gebühr ergibt sich aus einer vom Bundesministerium der Justiz genehmigten Satzung der Bundesnotarkammer.[6] Sie ist so kalkuliert, dass mit den Gebühren aller Kandidaten die Kosten des Prüfungsverfahrens und des Prüfungsamtes gedeckt werden sollen. Der finanzielle Aufwand für die Bewerber um eine Notarstelle dürfte trotz dieser Gebühr auch bei freiwilliger Teilnahme an einem Vorbereitungslehrgang deutlich geringer ausfallen als nach bisherigem Recht. Denn das sowohl zeit- als auch kostenintensive Punktesammeln bei einer Vielzahl von Fortbildungen entfällt. Interessenten, die familiäre Verpflichtungen zu erfüllen und sich bisher gescheut haben, neben dem Berufsalltag im Anschluss an den Grundkurs über zum Teil mehrere Jahre hinweg regelmäßig Schulungen zu besuchen, bekommen Planungssicherheit. Sie können jetzt sowohl die Kosten als auch die auf sie zukommenden zeitlichen Einschränkungen vor und während der Prüfung genau kalkulieren.

Prüfungsstoff

„Der Prüfungsstoff der schriftlichen und mündlichen Prüfung umfasst den gesamten Bereich der notariellen Amtstätigkeit", so die Formulierung in § 7a Abs. 4 Satz 1 BNotO. Diese allgemeine Vorgabe des Gesetzgebers konkretisiert § 5 Abs. 1 NotFV und benennt die Rechtsgebiete, die Gegenstand der Prüfung sein können. Dies sind zunächst das bürgerliche Recht mit Nebengesetzen, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Darüber hinaus finden das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere das Beurkundungsrecht, das Grundbuchrecht sowie das Verfahrensrecht in Betreuungs- und Unterbringungssachen, in Nachlass- und Teilungsangelegenheiten und in Registersachen, aber auch das notarielle Berufs- und Kostenrecht Berücksichtigung. Diese Rechtsgebiete sind in der notariellen Fachprüfung – in Abgrenzung zu den beiden juristischen Staatsexamina – lediglich Prüfungsstoff, soweit sie für die notarielle Amtstätigkeit von Bedeutung sind.

Andere Rechtsgebiete können nach Maßgabe von § 5 Abs. 2 NotFV geprüft werden, allerdings im Zusammenhang mit dem oben dargestellten Prüfungsstoff und nur, soweit sie in der notariellen Praxis in diesem Bezug typischerweise auftreten oder Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt werden sollen; Einzelwissen wird nicht vorausgesetzt. Man hat davon Abstand genommen, einzelne Rechtsgebiete, die nicht zum Kanon des Hauptprüfungsstoffs nach Absatz 1 gehören, aufzuzählen, wie es die ersten Entwürfe von § 7 BNotO und später von § 5 NotFV noch vorsahen. Aufschlussreich ist die Begründung zu § 5 NotFV (BR-Drucks. 202/10, Seite 17). Beispielhaft wird dort nicht nur auf das internationale Privatrecht, das Steuerrecht und das öffentliche Recht verwiesen. Die offene Formulierung von § 5 Abs. 2 NotFV ermöglicht es, neue Entwicklungen und Themen aufzugreifen, die jetzt noch nicht absehbar sind.

3 Es wird der besseren Lesbarkeit halber zukünftig lediglich die männliche Bezeichnung verwendet, ohne damit zum Ausdruck bringen zu wollen, Rechtsanwältinnen, Notarinnen, Richterinnen, Kandidatinnen und Prüferinnen seien nicht einbezogen.

4 BGBl. I, S. 576.

5 DNotZ 2010, 321.

6 § 2 der Satzung der Bundesnotarkammer über die Gebühren in Angelegenheiten des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer (NotFGebS), DNotZ 2009, 881.

Schriftliche Prüfung

Die schriftliche Prüfung umfasst vier fünfstündige Aufsichtsarbeiten, die mit einem Anteil von 75 % in das Gesamtergebnis der notariellen Fachprüfung einfließen. Zwar sind die Klausuren nicht einzelnen Fächern oder Rechtsgebieten zugeordnet, doch wird sich die Aufgabenkommission des Prüfungsamtes bei der Auswahl der Aufgabenstellungen von dem Ziel leiten lassen, möglichst unterschiedliche Rechtsgebiete anzusprechen. In den schriftlichen Aufsichtsarbeiten sollen die Kandidaten ihre Befähigung unter Beweis stellen, eine wirksame und zugleich zweckmäßige Urkunde zu errichten. Jede schriftliche Prüfungsaufgabe soll einen einheitlichen Sachverhalt behandeln, der auch in Form eines vorgegebenen Urkundsentwurfs und/oder einer Zwischenverfügung oder aus Schriftstücken zu einem laufenden gerichtlichen Verfahren bestehen kann.

Die Kandidaten sollen zu diesem Sachverhalt ein Gutachten als Schwerpunkt der Klausurbearbeitung anfertigen und im Anschluss daran in der Regel einen Teilentwurf einer Urkunde formulieren. Er kann Einzelbestimmungen und formale Urkundsbestandteile wie den Urkundseingang oder den Schlussvermerk umfassen.

Ergänzende Fragestellungen sowohl zum materiellen Recht als auch zum Berufs- oder Beurkundungsrecht, zum Kostenrecht, zum Steuerrecht oder zu anderen Rechtsgebieten werden bei einzelnen Klausuren den Kandidaten Gelegenheit geben, ihr Wissen zu zeigen.

Für die Klausuren sind nach einem Beschluss der Aufgabenkommission bei dem Prüfungsamt folgende Hilfsmittel zugelassen:

1. Textsammlung Deutsche Gesetze von *Schönfelder* (Loseblattsammlung oder gebundene Ausgabe nebst Ergänzungsband)
2. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von *Palandt*
3. Textsammlung zum Steuerrecht

Allerdings bedeutet die Zulassung einer steuerrechtlichen Textsammlung nicht, dass das Steuerrecht eine über die Vorgaben von § 5 Abs. 2 NotFV hinausgehende und hervorgehobene Stellung in den Anforderungen der Prüfungsaufgaben einnimmt. Vielmehr wird berücksichtigt, dass nicht selten eine steuerrechtliche Frage Anlass gibt, eine bestimmte zivilrechtliche Vertragsgestaltung zu wählen. Um diese Erwägungen nachvollziehen und begründen zu können, bedarf es des Gesetzestextes.

Die zu bearbeitenden Aufgabenstellungen gehen auf Vorschläge vor allem aus der notariellen Praxis zurück. Notare sowohl aus dem Anwalts- als auch aus dem hauptberuflichen Notariat haben sich bereit erklärt, Klausuren zu entwerfen.

Jede Aufsichtsarbeit wird unabhängig voneinander von zwei nicht weisungsgebundenen Prüfern, die nicht in einem festen Arbeitsverhältnis beim Prüfungsamt beschäftigt sind, bewertet. Einer der beiden Korrektoren soll Anwaltsnotar sein. Weichen die Beurteilungen um mehr als drei Punkte voneinander ab und können sich die beiden Prüfer nicht einigen, wird ein Stichentscheid eines weiteren Prüfers eingeholt. Für die Notengebung ist – auch für die mündliche Prüfung – die Verordnung über die Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Staatsprüfung[7] maßgeblich.

7 Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Staatsprüfung vom 3. Dezember 1981 (BGBl. I, S. 1243).

Mündliche Prüfung

Die mündliche Prüfung umfasst einen Vortrag von zwölf Minuten zu einer notariellen Aufgabengestaltung und ein Gruppenprüfungsgespräch, das pro Kandidat etwa eine Stunde dauern soll. Der Prüfungsausschuss für die mündliche Prüfung setzt sich aus drei Personen zusammen. Den Vorsitz führt ein auf Vorschlag der Landesjustizverwaltung bestellter Prüfer, also in der Regel ein Richter oder ein Beamter. Einer der Prüfer soll Anwaltsnotar sein.

Sämtliche Teilnehmer einer Prüfungsgruppe erhalten dieselbe Aufgabenstellung für den Kurzvortrag, allerdings im Abstand von 15 Minuten. Die Vorträge können dann nacheinander gehalten werden.

In die Gesamtnote der mündlichen Prüfung fließen der Aktenvortrag mit 20 % und das Gruppenprüfungsgespräch mit 80 % ein.

Externe Prüfer im Nebenamt

Als Prüfer werden ausschließlich externe Juristen eingesetzt, die nicht im Prüfungsamt beschäftigt sind. Zu einem großen Teil sind die Prüfer aktive oder ehemalige Notare. Sie werden auf Vorschlag der Notarkammern bestellt. Darüber hinaus werden Richter sowie Beamte mit der Befähigung zum Richteramt – auch nach Eintritt in den Ruhestand – auf Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz und der Landesjustizverwaltungen im Bereich des Anwaltsnotariats in eine Prüfungskommission berufen und zur Korrektur von Klausuren herangezogen. Weitere Personen mit einer gleichwertigen Befähigung können im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Justiz und den Landesjustizverwaltungen im Bereich der Anwaltsnotare bestellt werden. Prüfer können lediglich bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres eingesetzt werden.

Zwei Prüfungskampagnen pro Jahr

Es ist geplant, jährlich zwei Prüfungstermine anzubieten. Lediglich 2010 kann nach der Gründung des Prüfungsamtes nur eine Prüfungskampagne organisiert werden. Soweit Feiertage nicht entgegenstehen, sollen die Klausuren der beiden Prüfungskampagnen Ende März/Anfang April und Ende September/Anfang Oktober geschrieben werden. Ob diese Planungen zweckmäßig sind, werden die Erfahrungen der ersten Prüfungen zeigen. Die Prüfungstermine werden in der Deutschen Notar-Zeitschrift und auf der Internetseite des Prüfungsamtes (www.pruefungsamt-bnotk.de) spätestens vier Monate vor Beginn der schriftlichen Prüfung bekanntgegeben (§ 6 Abs. 2 NotFV). Gleichzeitig wird über die Meldefrist von acht Wochen gemäß § 8 Abs. 2 NotFV informiert.

Wiederholung der Prüfung

Die Prüfung kann einmal wiederholt werden, wenn sie nicht bestanden oder für nicht bestanden erklärt wurde (§ 7a Abs. 7 BNotO). Eine Wiederholung der Prüfung mit dem Ziel der Notenverbesserung kommt erst drei Jahre nach Bekanntgabe des Bescheides über das Ergebnis der notariellen Fachprüfung in Betracht. Dies gilt auch für eine bestandene Wiederholungsprüfung im Anschluss an eine erste erfolglose Teilnahme an der notariellen Fachprüfung.

Widerspruchsverfahren

Über einen Widerspruch gegen eine Prüfungsentscheidung nach §§ 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO; 68 VwGO entscheidet der Leiter des Prüfungsamtes (§ 7d Abs. 2 BNotO).

Gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen des Prüfungsamtes

Gegen Prüfungsentscheidungen und sonstige Maßnahmen des Prüfungsamtes kann im Anschluss an ein erfolgloses Widerspruchsverfahren Klage beim Kammergericht erhoben werden. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 111 Abs. 1 BNotO, danach ist das Oberlandesgericht zur Entscheidung im ersten Rechtszug über Streitigkeiten in verwaltungsrechtlichen Notarsachen berufen. Die örtliche Zuständigkeit des Kammergerichts folgt aus § 111a BNotO, denn das Prüfungsamt hat seinen Sitz in dessen Bezirk. Die Klagen sind gemäß § 111c Abs. 1 Satz 2 BNotO gegen den Leiter des Prüfungsamtes zu richten.

Die Urteile des Notarsenats des Kammergerichts können nach Maßgabe von § 111d BNotO mit der Berufung zum Bundesgerichtshof angefochten werden, wenn dieses Rechtsmittel vom Kammergericht oder vom Bundesgerichtshof zugelassen wird.

Das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung

Die Durchführung der Prüfung obliegt dem bei der Bundesnotarkammer errichteten Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung. Das Prüfungsamt arbeitet inhaltlich selbstständig, ist aber organisatorisch der Bundesnotarkammer zugeordnet.

Die Leitung des Prüfungsamtes sorgt für dessen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb einschließlich der Organisation der Prüfungen und vertritt das Amt gerichtlich und außergerichtlich. Der Leiter des Prüfungsamts und sein ständiger Vertreter müssen die Befähigung zum Richteramt haben. Daneben sieht das Gesetz mit der Aufgabenkommission und dem Verwaltungsrat zwei weitere nicht ständig tagende Organe des Prüfungsamtes vor.

Die Aufgabenkommission bei dem Prüfungsamt bestimmt die Aufgaben für die schriftliche Prüfung, entscheidet über die zugelassenen Hilfsmittel und erarbeitet Vorschläge für die mündliche Prüfung. Ihr gehören bis zu 10 Mitglieder an, davon 6 Notare. Zurzeit sind vier Anwaltsnotare, drei hauptberufliche Notare, eine Hochschullehrerin sowie zwei Angehörige der Justiz, die Erfahrungen aus dem Bereich der Dienstaufsicht über Notare und prüfungsrechtliche Erkenntnisse einbringen, in die Aufgabenkommission berufen.

Die Fachaufsicht über die Leitung des Prüfungsamtes und die Aufgabenkommission übt ausschließlich der Verwaltungsrat bei dem Prüfungsamt aus. Ihm gehören ein Vertreter des Bundesministeriums der Justiz, ein von der Bundesnotarkammer entsandtes Mitglied, zurzeit ein Rechtsanwalt und Notar a.D., sowie drei einvernehmlich von den Landesjustizverwaltungen, in deren Bereich Anwaltsnotare bestellt werden, benannte Mitglieder an. Präsidium, Geschäftsführung und Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer sind gegenüber dem Prüfungsamt nicht weisungsbefugt.

Prüfungstermine und Meldeformulare im Internet

Aktuelle Informationen nicht nur zu den Prüfungsterminen sowie Meldeformulare zum Download stehen auf der Internetseite des Prüfungsamtes zur Verfügung: www.pruefungsamt-bnotk.de.

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahmen

Die nachfolgenden Stellungnahmen der BRAK können im Internet unter www.brak.de/ „Stellungnahmen“ abgerufen werden:

September 2010

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 23) zum Diskussionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie „Rechtsschutz unterhalb des EU-Schwellenwertes“

August 2010

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 22) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 21) Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde wegen Versagung von Beratungshilfe – 1 BvR 787/10

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 20) zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 19) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Erfolgsbezugs im Gerichtsvollzieherkostenrecht des Justizministeriums Baden-Württemberg

Juli 2010

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 18) zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614 endgültig

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 17) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften – De-Mail-Gesetz

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 16) – Thesen zur Praxis der Verteidigerbestellung nach §§ 140 Abs. 1 Ziff. 4, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009[1]

– Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Nr. 15) zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht

1 Die Thesen zur Praxis der Verteidigerbestellung sind nachfolgend abgedruckt.

Thesen zur Praxis der Verteidigerbestellung nach §§ 140 Abs. 1 Ziff. 4, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009

erarbeitet vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Vorbemerkung

Durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 ist ein gravierender Missstand im Rahmen der Rechtsstellung inhaftierter oder einstweilig untergebrachter Beschuldigter beseitigt worden. Bis Ende 2009 musste Beschuldigten ohne (Wahl-)Verteidiger – auf ihren Antrag oder einen solchen der Staatsanwaltschaft – ein Verteidiger erst dann bestellt werden, wenn die Untersuchungshaft bzw. einstweilige Unterbringung bereits drei Monate angedauert hatte (§§ 117 Abs. 4, 126a Abs. 2, 275a Abs. 5 StPO a.F.). Diese Rechtslage trug den spezifischen Beschuldigteninteressen in dieser Situation in keiner Weise Rechnung, die insbesondere unmittelbar nach der Inhaftierung oder einstweiligen Unterbringung rechtskundigen Beistand erforderten. Auch blieben die drei Monate bis zu der Verteidigerbeiordnung häufig genug ungenutzt, um Umstände zu ermitteln und zu Gehör zu bringen, die eine frühzeitige Beendigung der Inhaftierung bzw. Unterbringung ermöglicht hätten. So entstanden neben manchmal nicht zu beseitigenden Folgen für den Beschuldigten unnötige Kosten durch den Untersuchungshaftvollzug oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt sowie im Einzelfall Kosten für eine Strafverfolgungsentschädigung. Bedenkt man, dass 2007 bei gut 50 % der in den „alten" Bundesländern und Berlin in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten die Dauer der Untersuchungshaft weniger als drei Monate betrug, bei 28 % sogar unter einem Monat[2], spricht viel für die Annahme, dass in einer Vielzahl dieser Fälle die Mitwirkung eines Verteidigers zu einer weiteren Verkürzung der Dauer der Untersuchungshaft oder gar zur Vermeidung ihres Vollzuges hätte beitragen können. Dies macht die Bedeutung des Gebots der unverzüglichen Bestellung eines Verteidigers nach Beginn der Vollstreckung (§ 141 Abs. 3 S. 4 StPO) besonders deutlich.

Die vom Gesetzgeber gezogene Konsequenz, einem bislang unverteidigten Beschuldigten ab dem Zeitpunkt der Vollstreckung von Untersuchungshaft bzw. einstweiliger Unterbringung unverzüglich einen Verteidiger zur Seite zu stellen, setzt nicht nur das für diese Maßnahme zuständige Gericht unter Handlungszwang; es muss dabei vielmehr auch sichergestellt werden, dass dem Beschuldigten nicht nur „irgendein" Verteidiger beigeordnet wird, sondern ein solcher, dem er vertrauen kann, seine Verteidigung im weiteren Verfahren sachgerecht zu führen. Auch und gerade die Verteidigung inhaftierter oder einstweilig untergebrachter Beschuldigter durch einen bestellten Verteidiger darf gegenüber der Verteidigung durch einen Wahlverteidiger keine Verteidigung „zweiter Klasse" sein. In diesem Zusammenhang kommt dem Recht des Beschuldigten, vor der Bestellung eines Verteidigers Gelegenheit zu erhalten, einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen (§ 142 Abs. 1 S. 2 StPO), besondere Bedeutung zu. Die ersten Erfahrungen mit der neuen Rechtslage seit dem 1.1.2010 zeigen jedoch, dass sich die Praxis schwer damit tut, dieses Recht mit dem Gebot der Unverzüglichkeit der Verteidigerbeiordnung in Einklang zu bringen. Dazu trägt auch der Umstand bei, dass die eilbedürftige Kontaktaufnahme zwischen inhaftierten bzw. einstweilig untergebrachten Beschuldigten und Verteidigern zur Klärung der konkreten Verteidigungsübernahme verschiedentlich durch Gerichte und Staatsanwaltschaften erschwert und im Einzelfall sogar unterbunden wird.

Auch in den Fällen, in denen der Beschuldigte nicht willens oder in der Lage ist, einen ihm beizuordnenden Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen, darf trotz der Eilbedürftigkeit der Beiordnungsentscheidung der Anspruch des Beschuldigten auf „konkrete und wirkliche Verteidigung"[3] nicht zu kurz kommen.

Diesen Problemen muss soweit möglich ohne Nachbesserung des neuen Rechtszustandes durch den Gesetzgeber durch eine optimierte praktische Handhabung der neuen gesetzlichen Möglichkeiten Rechnung getragen werden. Hierzu sollen die nachfolgenden Thesen mit Begründung Hilfestellung bieten.

These I

Einem bislang unverteidigten vorläufig festgenommenen Beschuldigten (§ 127 StPO) ist unverzüglich (§ 141 Abs. 3 S. 4 StPO) nach Erlass eines zu vollstreckenden Haft- oder Unterbringungsbefehls (§§ 128 Abs. 2 S. 2, 129 StPO) ein Verteidiger zu bestellen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Zuvor ist dem Beschuldigten nach Belehrung rechtliches Gehör zu gewähren. Erklärt der Beschuldigte, er beabsichtige, sich des Beistands eines von ihm zu wählenden Verteidigers bedienen zu wollen oder bittet er, ihm Gelegenheit zu gewähren, einen ihm zu bestellenden Verteidiger zu bezeichnen, ist ihm hierfür eine Frist von einer Woche einzuräumen. Der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, dass ihm ein vom Gericht auszuwählender Verteidiger bestellt wird, wenn innerhalb der Frist kein Verteidiger die Übernahme der Verteidigung anzeigt oder der Beschuldigte keinen Verteidiger bezeichnet. Benennt der Beschuldigte einen ihm zu bestellenden Verteidiger, ist dieser ihm unverzüglich beizuordnen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Wünscht der Beschuldigte, dass das Gericht die Entscheidung über die Auswahl des ihm zu bestellenden Verteidigers trifft, hat dies unverzüglich nach Maßgabe von Thesen IV und V zu geschehen. Vor der Bestellung ist der Staatsanwaltschaft nach Möglichkeit rechtliches Gehör zu gewähren. Kommt es vor Ablauf der dem Beschuldigten gesetzten Frist zu Verfahrenshandlungen, bezüglich derer ein Anwesenheitsrecht eines Verteidigers besteht (§§ 163a Abs. 3, 168c, 168d, 223, 225 StPO), hat die Bestellung eines Verteidigers auch dann unverzüglich zu erfolgen, wenn keine Möglichkeit besteht, dem Beschuldigten insoweit erneut rechtliches Gehör zu gewähren.

Begründung:

Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 davon Abstand genommen, die Mitwirkung eines Verteidigers bereits bei der Verhandlung über den Erlass eines Haft- oder Unterbringungsbefehls gegen einen vorläufig festgenommenen Beschuldigten als notwendig zu bezeichnen. Erst nach Beginn der Vollstreckung eines gem. §§ 128 Abs. 2 S. 2, 129 StPO erlassenen Haft- oder Unterbringungsbefehls ist die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Eine Verteidigung ab diesem Zeitpunkt soll es auch demjenigen Beschuldigten, der nicht in der Lage ist, sich des Beistands eines Wahlverteidigers zu bedienen, ermöglichen, seine ihm als Folge der Freiheitsentziehung zustehenden Rechte zu wahren, insbesondere die dem Vollzug des Haft- oder Unterbringungsbefehls zugrunde liegenden Verdachts- und Haft- bzw. Unterbringungsgründe zu entkräften.

2 Strafverfolgungsstatistik 2007, zit. nach *Ostendorf,* NK 2009, 126, 130.

3 EGMR StV 1985, 441.

Ist absehbar, dass auch im Falle der Aufhebung des Haft- oder Unterbringungsbefehls oder bei Beendigung seines Vollzuges im weiteren Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist (§ 140 Abs. 1 u. Abs. 2 StPO), kommt der Auswahl der Person des zu bestellenden Verteidigers besondere Bedeutung zu. Denn dieser muss dann nicht nur die Rechte und Interessen des Beschuldigten für die Zeit der Inhaftierung/Unterbringung, sondern auch während des gesamten Strafverfahrens wahrnehmen. Der Situation der Wahlverteidigung entsprechend muss dem Beschuldigten in der Person des beizuordnenden Verteidigers ein Rechtsanwalt seines Vertrauens zur Seite stehen. Aus diesem Grund bestimmt § 142 Abs. 1 S. 2 StPO, dass dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen. Möchte ein Beschuldigter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, kollidiert dieses Recht mit dem Gebot des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO, wonach unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung ein Verteidiger beizuordnen ist. Denn ab Beginn der Vollstreckung ist die Mitwirkung eines Verteidigers i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO notwendig. Vor diesem Hintergrund ist die nach § 142 Abs. 1 S. 2 StPO zu bestimmende Frist derart zu begrenzen, dass der Beschuldigte Gelegenheit hat, Erkundigungen über die Person eines Verteidigers seiner Wahl einzuholen und zu diesem Kontakt aufzunehmen. Eine Frist von einer Woche trägt diesem Interesse, aber auch dem Gebot der Unverzüglichkeit der Beiordnung Rechnung.[4] Der Beschuldigte ist bei seiner Entscheidungsfindung dadurch zu unterstützen, dass ihm – soweit vorhanden – eine Liste derjenigen Rechtsanwältinnen bzw. Rechtsanwälte, die sich ausdrücklich dazu bereiterklärt haben, als Verteidiger in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO beigeordnet zu werden, ausgehändigt oder ihm in gleich geeigneter Weise die Möglichkeit gegeben wird, sich über Rechtsanwältinnen bzw. Rechtsanwälte, die zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereit sind, zu informieren. Will der Beschuldigte die Gelegenheit zur Bezeichnung eines Verteidigers seiner Wahl nutzen, ist er darauf hinzuweisen, dass ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist ein vom Gericht auszuwählender Verteidiger beigeordnet wird. Entsprechendes gilt, wenn innerhalb der Frist kein Verteidiger dem Gericht seine Wahl anzeigt.

Verzichtet der Beschuldigte auf die Gelegenheit, einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen, ist ihm unverzüglich ein nach Maßgabe von Thesen IV und V vom Gericht auszuwählender Verteidiger zu bestellen.

Vor der Bestellung des Verteidigers ist der Staatsanwaltschaft rechtliches Gehör zu gewähren. Ist diese zu diesem Zeitpunkt nicht erreichbar, verbietet es die Verpflichtung, dem inhaftierten bzw. einstweilig untergebrachten Beschuldigten schnellstmöglich den Beistand eines Verteidigers zu verschaffen, mit der Bestellung zuzuwarten, bis die vorübergehend nicht erreichbare Staatsanwaltschaft angehört werden kann (zu einer vergleichbaren Konstellation s. die Regelung in § 165 StPO: Gerichtliche „Nothandlungen“ ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft). Begründeten Einwendungen der Staatsanwaltschaft gegen die Person des bestellten Verteidigers kann durch Zurücknahme der Bestellung Rechnung getragen werden. Hat die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren zu erfolgen, bedarf es keiner Anhörung des im Falle einer Anklageerhebung zuständigen Gerichts (so aber Staatsanwaltschaft München I in einem „Praktischen Leitfaden zur Umsetzung des Untersuchungshaftrechts ab 1.1.2010“ – Stand: 1.3.2010).

Kommt es vor Ablauf der dem Beschuldigten eingeräumten Wochenfrist zu Verfahrenshandlungen, bezüglich derer ein Anwesenheitsrecht eines Verteidigers besteht (insbesondere §§ 168c Abs. 2, 168d, 223, 225 StPO), hat die Bestellung eines Verteidigers auch dann zu erfolgen, wenn keine Möglichkeit besteht, dem Beschuldigten hierzu erneut rechtliches Gehör zu gewähren. Im Falle unaufschiebbarer Beweiserhebungen bedarf es der Sicherstellung, dass deren Ergebnisse nicht einem möglichen Beweisverwertungsverbot unterliegen.

These II

Einem bislang unverteidigten Beschuldigten, der auf Grund eines Haft- oder einstweiligen Unterbringungsbefehls ergriffen wird (§ 115 Abs. 1 StPO), ist spätestens vor der Vernehmung durch das zuständige Gericht (§ 115 Abs. 2 StPO) ein Verteidiger zu bestellen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Ihm ist zuvor Gelegenheit zu geben, sich des Beistands eines von ihm zu wählenden Verteidigers zu bedienen oder einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen, der ihm beizuordnen ist, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Zum Zwecke seiner Entscheidungsfindung ist ihm – soweit vorhanden – eine Liste derjenigen Rechtsanwältinnen bzw. Rechtsanwälte auszuhändigen, die sich ausdrücklich dazu bereit erklärt haben, als Verteidiger in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO beigeordnet zu werden. Dies und die Belehrung über seine Rechte hat unverzüglich nach seiner Verhaftung zu erfolgen (§ 114b StPO). Hat bis zum Zeitpunkt der nach § 115 Abs. 2 StPO durchzuführenden Vernehmung dem zuständigen Gericht kein Verteidiger seine Wahl angezeigt oder hat der Beschuldigte keinen ihm beizuordnenden Verteidiger bezeichnet, hat das Gericht einen nach Maßgabe von Thesen IV und V von ihm ausgewählten Verteidiger zu bestellen. Darauf ist der Beschuldigte im Rahmen seiner Belehrung im Anschluss an seine Verhaftung (§ 114b StPO) hinzuweisen. Angesichts des engen Zeitfensters für die Verteidigerbestellung in Fällen des § 115 Abs. 1 StPO kommt den Einrichtungen eines anwaltlichen Notdienstes besondere Bedeutung zu.

Begründung:

Ab dem Zeitpunkt der Ergreifung eines Beschuldigten auf Grund eines gegen ihn bestehenden Haftbefehls (§ 115 Abs. 1 StPO) ist die Mitwirkung eines Verteidigers gem. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO notwendig. Dem unverteidigten Beschuldigten muss deshalb bereits vor der richterlichen Vernehmung im Rahmen der Vorführungsverhandlung (§ 115 Abs. 2 StPO) ein Verteidiger beigeordnet werden. Ab dem Zeitpunkt der Ergreifung des Beschuldigten wird nämlich der gegen ihn bestehende Haftbefehl vollstreckt:

a. § 114b Abs. 2 Nr. 1 StPO setzt voraus, dass der Beschuldigte nach seiner Ergreifung dem Gericht vorzuführen ist, das „über seine weitere Inhaftierung zu entscheiden hat“.
b. Ebenso geht § 115 Abs. 4 StPO davon aus, dass am Ende der Vorführungsverhandlung ggf. „die Haft aufrechterhalten“ wird.
c. In den Fällen des § 115a Abs. 2 S. 4 hat das zuständige Gericht unverzüglich zu prüfen, „ob der Haftbefehl (...) außer Vollzug zu setzen ist“, was voraussetzt, dass der Haftbefehl zunächst vollzogen wurde.
d. Nach § 121 Abs. 1 StPO darf der Vollzug der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus nur unter den dort genannten Voraussetzungen aufrechterhalten werden. Wird ein Beschuldigter aufgrund eines bereits erlassenen Haftbefehls ergriffen, ist für den Beginn der Sechs-Monats-Frist der Tag der Festnahme – und nicht der der Vernehmung – des Beschuldigten gem. § 115 Abs. 2 StPO maßgebend. Dies ist, anders als in den Fällen der vorläufigen Festnahme gem.

4 Für eine Vorschlagsfrist von einer Woche auch *Deutscher Anwaltverein*, Empfehlungen zur Praxis der Beiordnung von Pflichtverteidigerinnen und Pflichtverteidigern, Stellungnahme Nr. 55/2009 von Dezember 2009, Ziff. 2; *Wohlers,* StV 2010, 151, 153; *Schlothauer/Weider,* Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 300 ff.

§ 127 StPO, wo die Sechs-Monats-Frist erst mit Erlass des Haftbefehls beginnen soll, völlig unbestritten.[5]

e. Ein Haftbefehl, der nicht zugleich mit seinem Erlass oder später außer Vollzug gesetzt wird, stellt die Anordnung der Vollstreckung dar. Mit der Ergreifung des Beschuldigten wird dieser Haftbefehl i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 1 StPO vollstreckt.[6]

Dies hat in den Fällen der Ergreifung eines Beschuldigten aufgrund eines erlassenen Haftbefehls zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt ein Fall notwendiger Verteidigung i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vorliegt und dem inhaftierten Beschuldigten, soweit er noch keinen (Wahl-)Verteidiger mandatiert hat, gem. § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO „unverzüglich" ein Verteidiger zu bestellen ist.[7]

Die Frist für die Bestellung des Verteidigers endet spätestens mit der Vorführung des Beschuldigten zum Zwecke seiner Vernehmung durch das zuständige Gericht, spätestens also mit dem Ablauf des seiner Ergreifung folgenden Tages. Das Gebot des § 115 Abs. 2 StPO, den ergriffenen Beschuldigten „unverzüglich" dem zuständigen Gericht zum Zwecke seiner Vernehmung vorzuführen, ist mit dem Gebot der „unverzüglichen" Beiordnung eines Verteidigers in diesem Fall in Konkordanz zu bringen. Dem Wunsch des Beschuldigten, ihm eine Frist zur Benennung eines ihm beizuordnenden Verteidigers einzuräumen, darf nur mit der Maßgabe nachgekommen werden, dass noch die Vernehmungsfrist des § 115 Abs. 2 StPO gewahrt werden kann. Ein Beschuldigter kann ebenso wenig auf die fristgerechte Beiordnung eines Verteidigers verzichten wie generell auf eine Beiordnung eines Verteidigers in den Fällen notwendiger Verteidigung.

Käme es zu einer Vernehmung des Beschuldigten durch das zuständige Gericht ohne vorherige Benachrichtigung eines Verteidigers nur deshalb, weil entgegen § 141 Abs. 3 S. 4 StPO noch kein Verteidiger beigeordnet wurde, würde die Aussage des Beschuldigten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen (Entsprechendes würde für staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmungen gem. § 163a Abs. 3 StPO gelten). Dieses Ergebnis wird auch durch die Regelung des § 34 Abs. 3 Nr. 3 EGGVG verifiziert: Im Falle einer Kontaktsperre ist dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger zu bestellen (Notwendige Verteidigung gem. § 34 Abs. 3 Nr. 1 EGGVG). Eine Vernehmung des Beschuldigten, bei der der Verteidiger nach allgemeinen Vorschriften ein Anwesenheitsrecht hat, darf dort aber nur dann stattfinden, wenn der Beschuldigte und der Verteidiger auf die Anwesenheit des Verteidigers verzichten (§ 34 Abs. 3 Nr. 3 EGGVG). Dieser besonderen Regelung würde es nicht bedürfen, wenn in den „Normalfällen" ein Beschuldigter trotz notwendiger Verteidigung bereits auf die Beiordnung eines Verteidigers verzichten dürfte.

Dem Beschuldigten ist deshalb innerhalb des knappen Zeitfensters zwischen seiner Verhaftung und seiner Vernehmung durch das zuständige Gericht Gelegenheit zu geben, einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen, der ihm im Regelfall beizuordnen ist. Um die Wahrnehmung seines rechtlichen Gehörs zu optimieren, ist er bereits unverzüglich nach seiner Ergreifung über die Belehrung nach § 114b StPO hinaus auf sein Recht gem. § 142 Abs. 1 S. 1 StPO hinzuweisen. Darüber hinaus ist er in der Form bei der Wahrnehmung seiner Rechte zu unterstützen, dass ihm eine etwa vorhandene Verteidigerliste ausgehändigt und – bei Annahme eines entsprechenden Angebots – der Kontakt zu einem anwaltlichen Notdienst hergestellt wird. Ferner muss er darüber belehrt werden, dass ihm ein vom Gericht ausgewählter Verteidiger bestellt wird, wenn seine Bemühungen erfolglos bleiben, einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen oder wenn er darauf verzichtet, die Gelegenheit hierzu wahrzunehmen.

These III

Einem bislang unverteidigten Beschuldigten, der auf Grund eines Haft- oder einstweiligen Unterbringungsbefehls ergriffen wird (§ 115 Abs. 1 StPO), ist spätestens vor seiner gerichtlichen Vernehmung durch das nächste Amtsgericht (§ 115a Abs. 2 S. 1 StPO) durch das zuständige (§ 126 Abs. 1 StPO) Gericht ein Verteidiger zu bestellen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO), wenn der Beschuldigte nicht spätestens am Tag nach der Ergreifung dem zuständigen Gericht vorgeführt werden kann (§ 115a Abs. 1 StPO). Der Gesetzgeber wird eine Regelung schaffen müssen, die der Möglichkeit Rechnung trägt, dass es dem nach § 126 Abs. 1 StPO für die Bestellung zuständigen Gericht nicht möglich ist, innerhalb der Frist des § 115a Abs. 2 StPO einen Verteidiger zu bestellen, der in der Lage ist, sein Anwesenheitsrecht (§ 168c Abs. 1 StPO) wahrzunehmen. Eine solche Regelung könnte darin bestehen, dass das „nächste Gericht" beschränkt für den Zeitraum bis zum Abschluss der Vernehmung gem. § 115a Abs. 2 StPO einen „Notverteidiger" beiordnet und dem Beschuldigten das Recht eingeräumt wird, vor seiner Vernehmung durch das zuständige Gericht (§ 115a Abs. 3 StPO) einen anderen ihm beizuordnenden Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen.

Begründung:

Grundsätzlich geht das Gesetz davon aus, dass zwischen nächstem und zuständigem Gericht innerhalb der Frist des § 115a StPO eine Kommunikation möglich ist und stattfindet. Denn das nächste Gericht hat gemäß § 115a Abs. 2 Satz 4 StPO eigene Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der Haft und „nicht offensichtlich unbegründete" Einwände des Beschuldigten dem zuständigen Gericht (und der Staatsanwaltschaft) zur Prüfung der Aufrechterhaltung der Haft mitzuteilen.

Ebenso hat das nächste Gericht einem anwesenden Verteidiger gemäß § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO (mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft) Akteneinsicht zu gewähren oder mindestens die haftrelevanten Informationen „in geeigneter Weise zugänglich zu machen". Auch dies setzt eine Kommunikation zwischen den Gerichten voraus.

Kommt das nächste Amtsgericht seiner Pflicht zur Kontaktaufnahme mit dem zuständigen Gericht nach, hat es dieses auch auf die Notwendigkeit der Bestellung eines Verteidigers hinzuweisen und zu veranlassen, umgehend einen Verteidiger beizuordnen. Die Schwierigkeit liegt dann allein darin, einen Verteidiger zu finden, der in der Lage ist, den Verhafteten in der Vorführungsverhandlung und der Vernehmung ordnungsgemäß zu verteidigen.[8] Zu bedenken ist in diesem Fall, ob nicht eine befristete Beiordnung eines Verteidigers bezogen auf die Vorführungsverhandlung in Betracht kommt. Der Beschuldigte hat dann die Möglichkeit zu entscheiden, ob er nach Fristende

5 Vgl. nur *Meyer-Goßner*, 52. Aufl., § 121 Rn. 4; LR-*Hilger*, 26. Aufl., § 121 Rn. 13; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl., Rn. 933; *König* in Widmaier, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, § 4 Rn. 239; *Herrmann*, Untersuchungshaft, Rn. 1146; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 903.

6 Vgl. LR-*Graalmann-Scheerer*, 26. Aufl., § 36 Rn. 21.

7 *Deckers*, StraFo 2009, 441, 443; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 333; a. A. *Wohlers*, StV 2010, 151, 152, der hier der Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes zuwider von einer „vorläufigen Festnahme zum Zwecke der Vorführung" spricht. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO knüpft im Übrigen nicht an die Vorführung, sondern an die Vollstreckung an.

8 *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 355 ff.

einen anderen Verteidiger wünscht oder weiterhin von dem beigeordneten Verteidiger vertreten werden will.[9]

Besondere Probleme bereiten die Fälle, in denen eine Kommunikation zwischen dem nächsten und zuständigen Gericht aus welchen Gründen auch immer scheitert.

Das „nächste Gericht" kann in diesen Fällen in eine Pflichtenkollision geraten. Es liegt zwar ein Fall notwendiger Verteidigung vor (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO), das Gericht ist aber nicht befugt, einen Verteidiger zu bestellen, da darüber das nach §§ 126 oder 275a Abs. 5 StPO zuständige Gericht zu entscheiden hat (§ 141 Abs. 4, 2. Hlbs. StPO). Im Hinblick auf das Anwesenheitsrecht eines Verteidigers anlässlich einer gerichtlichen Beschuldigtenvernehmung (§ 168c Abs. 1 StPO) wäre eine Vernehmung unzulässig, an der deshalb kein Verteidiger teilnehmen kann, weil ein solcher noch nicht bestellt werden konnte (s. auch § 162 Abs. 2 StPO). Unterbleibt eine Beiordnung, die es dem Verteidiger ermöglichen würde, sein Anwesenheitsrecht fristgerecht wahrzunehmen, würde in Fällen dieser Art der Inhalt der Vernehmung einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Diese Situation ist im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden, weshalb hier Abhilfe geschaffen werden muss.

These IV

Vor Bestellung eines Verteidigers gem. § 141 Abs. 3 S. 4 StPO sollte sich das zuständige Gericht durch Kontaktaufnahme zu dem Rechtsanwalt, dessen Beiordnung auf Wunsch des Beschuldigten oder aufgrund der Auswahl durch das Gericht ins Auge gefasst worden ist, vergewissern, dass dieser zur Übernahme der Verteidigung tatsächlich und rechtlich in der Lage ist. Ist das Gericht danach der Auffassung, dass der Rechtsanwalt ungeeignet ist oder seiner Bestellung Hinderungsgründe rechtlicher Art entgegenstehen, ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, einen neuen Anwalt seines Vertrauens zu benennen.

Begründung:

Die Beiordnung eines Verteidigers erfüllt nur dann ihren gesetzgeberischen Zweck, wenn dieser in der Lage ist, eine „konkrete und wirkliche Verteidigung" des inhaftierten bzw. einstweilig untergebrachten Beschuldigten zu gewährleisten. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der Verteidiger schon nicht persönlich (z.B. telefonisch) erreicht werden kann oder sich herausstellt, dass ihm eine sachgerechte Führung der Verteidigung infolge Urlaubs, Krankheit oder anderweitiger terminlicher Belastung nicht möglich wäre. Ebenso wenig dürfen der Beiordnung Hinderungsgründe rechtlicher Art entgegenstehen, wie das Verbot der Mehrfachverteidigung (§ 146 StPO), die konkrete Gefahr einer Interessenkollision in einem Fall sukzessiver Mehrfachverteidigung[10] oder die Verwirklichung des Tatbestands des Parteiverrats bei Übernahme der Verteidigung (§ 356 StGB). Das zuständige Gericht muss den Rechtsanwalt, dessen Beiordnung beabsichtigt ist, aus diesen Gründen vor seiner Entscheidung anhören und darf den ins Auge gefassten Verteidiger nicht ohne weiteres sofort bestellen.[11] Ist das Gericht der Auffassung, dass der Rechtsanwalt ungeeignet ist oder seiner Bestellung Hinderungsgründe rechtlicher Art entgegenstehen, ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, einen neuen Anwalt seines Vertrauens zu benennen. Eine ablehnende Entscheidung des Gerichts bedarf nach § 34 StPO, da sie eine durch Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung darstellt, einer Begründung.

These V

Erfolgt die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers nicht durch den Beschuldigten, sondern durch das zuständige Gericht, handelt es sich um eine Entscheidung, die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist.

Begründung:

Eine pflichtgemäße Ermessensausübung bei der Auswahl des beizuordnenden Verteidigers hat sich an den konkreten Verteidigungsbedürfnissen des inhaftierten Beschuldigten zu orientieren.[12] Diese erfordern den Beistand durch einen Verteidiger, der im Hinblick auf den speziellen Tatvorwurf und auf die besondere Situation der Inhaftierung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als geeignet erscheint. Zu der entsprechenden Qualifikation gehören sowohl die erforderlichen Rechtskenntnisse auf prozessualem (insbesondere dem Recht der Untersuchungshaft) und dem einschlägigen strafrechtlichen Gebiet, als auch praktische Erfahrung (insbesondere im Umgang mit Untersuchungshaftfällen). Eine örtliche Nähe der Kanzlei des beizuordnenden Rechtsanwalts zu dem Ort der Untersuchungshaftanstalt ist trotz Streichung des § 142 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. im Hinblick darauf ein geeignetes Auswahlkriterium, dass besonders zu Beginn der Inhaftierung bzw. einstweiligen Unterbringung ein regelmäßiger Kontakt mit dem und die Betreuung des Mandanten in rechtlicher und sozialer Hinsicht sowie die zügige Vorbereitung und Wahrnehmung mündlicher Haftprüfungstermine gewährleistet sein müssen. Bei der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten kommt dem Gesichtspunkt der Sprachkompetenz des beizuordnenden Verteidigers erhebliche Bedeutung zu. Auch wenn für die Verständigung ein Dolmetscher in Anspruch genommen werden kann, lässt eine unmittelbare Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant eine bessere Interessenwahrnehmung erwarten. Besonders vorteilhaft kann die Beiordnung eines Verteidigers derselben Herkunft wie die des Mandanten sein.

Soweit von örtlichen Anwaltskammern oder Anwaltsorganisationen wie Anwaltsverein, Strafverteidigervereinigungen etc. regional oder national Listen mit den Namen und Kontaktdaten solcher Rechtsanwälte erstellt worden sind, die sich für die Übernahme einer Pflichtverteidigung nach Inhaftierung bereiterklärt haben, und die insbesondere den Ermittlungsrichtern bei den Amtsgerichten zur Verfügung gestellt werden, gibt es für das zuständige Gericht keine rechtliche Verpflichtung, bei der von ihm vorzunehmenden Verteidigerauswahl darauf zuzugreifen. Unzulässig wäre es jedenfalls, wenn die zuständigen Gerichte von solchen Listen in der Weise Gebrauch machen würden, dass die darauf angeführten Rechtsanwälte entsprechend der Reihenfolge ihrer Aufnahme auf die Liste oder alphabetisch bei der Verteidigerbeiordnung herangezogen würden. Dies kann einen Ermessensnichtgebrauch darstellen, der die spezifischen Verteidigungsbedürfnisse des konkreten Beschuldigten unberücksichtigt ließe.

9 Für die Beiordnung eines „Notverteidigers" *Wohlers*, StV 2010, 151, 156; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 343, 359.

10 BGHSt 48, 170 = StV 2003, 210.

11 Siehe hierzu auch BGHSt 48, 170 = StV 2003, 210; zur Anhörung des Verteidigers vor der Beiordnung vgl. auch Gemeinsame Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen zur Praxis der Beiordnung StV 2010, 109 unter Ziff. 2. c.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 290.

12 *Wohlers*, StV 2010, 151, 155; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 311 ff.; *Deutscher Anwaltverein*, Empfehlungen (Fn. 3) Ziff. 3. Gemeinsame Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen zur Praxis der Beiordnung, StV 2010, 109.

These VI

Beantragt der Beschuldigte im weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens, einen ihm nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO beigeordneten Verteidiger zu entpflichten und einen anderen Rechtsanwalt zu bestellen, ist dem im Zeitpunkt des Eingangs der Anklageschrift bei Gericht durch dessen Vorsitzenden zu entsprechen, wenn der Beiordnung des nunmehr bezeichneten Rechtsanwalts kein wichtiger Grund i.S.d. § 142 Abs. 1 S. 2 StPO entgegensteht. Der Beschuldigte sollte deshalb anlässlich der Mitteilung der Verteidigerbestellung nach Beginn der Vollstreckung darauf hingewiesen werden, dass diese vorbehaltlich der Beauftragung eines Wahlverteidigers für die Dauer der Inhaftierung bzw. vorläufigen Unterbringung gilt, ihm aber bei Anklageerhebung auf seinen zuvor gestellten Antrag hin ein anderer von ihm bezeichneter Verteidiger bestellt werden kann.

Begründung:

Die Beiordnung eines Verteidigers unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung soll es dem bislang unverteidigten Beschuldigten ermöglichen, die mit der Inhaftierung bzw. einstweiligen Unterbringung verbundenen negativen Auswirkungen rechtlicher und tatsächlicher Art abzumildern. Vielfach kann ein Beschuldigter ohne rechtliche Orientierung durch einen Verteidigerbeistand weder den Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs noch dessen mögliche Rechtsfolgen vollständig erfassen. Ob und welche prozessualen Möglichkeiten realistischerweise bestehen, um wieder auf freien Fuß zu gelangen, entzieht sich in der Regel seiner Beurteilung. Ein Verteidiger ist aber insbesondere in der Zeit unmittelbar nach der Inhaftierung bzw. einstweiligen Unterbringung auch deshalb vonnöten, um Angehörige, Bekannte, Arbeitskollegen, Arbeitgeber etc. zu kontaktieren, sei es, um die weitere Gestaltung der Lebensverhältnisse außerhalb der Anstalt zu klären, sei es, um die Möglichkeiten zu sondieren und ggf. zu nutzen, die der strafrechtlichen Entlastung oder zumindest der Beendigung der Inhaftierung oder einstweiligen Unterbringung dienen können.

Die Verteidigerbeiordnung stellt sich in dieser Situation als eine „Erste-Hilfe-Maßnahme" dar. Nicht immer erweist sich der für diese „Notfallversorgung" beigeordnete Verteidiger der „ersten Stunde" nachträglich aus der Sicht des Beschuldigten als der für das weitere Verfahren auch geeignete Beistand. Die Ursachen hierfür können ganz unterschiedlicher Art sein und sind auch davon unabhängig, ob die Auswahl des beizuordnenden Verteidigers von dem zuständigen Gericht oder auf Wunsch des Beschuldigten vorgenommen worden ist. Auch dieser kann spontan bei seiner Anhörung einen Verteidiger benannt haben, der sich im Nachhinein aus seiner Sicht als nicht „der richtige" erweist.

Aus diesem Grunde darf der Beschuldigte an der aus der Not geborenen Eilentscheidung nicht festgehalten werden, wenn er zu der Überzeugung gelangt, dass ein anderer Verteidiger geeigneter wäre, seine Interessen im weiteren Verfahren zu vertreten.[13] Rechtsprechung und Literatur erkennen an, dass dem Wunsch eines Beschuldigten auf Wechsel des Verteidigers auch ohne Vorliegen von Widerrufsgründen entsprochen werden kann. Voraussetzung dafür soll allerdings sein, dass dadurch weder eine Verfahrensbeeinträchtigung noch Mehrkosten verursacht werden.[14] Kommt es während des Ermittlungsverfahrens zum Wunsch nach einem Verteidigerwechsel, würden durch die Beiordnung des neuen Verteidigers eine weitere Grundgebühr (VV RVG Nr. 4100 und 4101) und eine weitere Verfahrensgebühr (VV RVG Nr. 4104 und 4105) entstehen und damit Zusatzkosten in Höhe von derzeit € 299,00 anfallen. Dem neu bestellten Verteidiger einen (zulässigen) Verzicht auf die Geltendmachung dieser Gebühren anzusinnen[15], muss angesichts der besonderen Anforderungen, die mit der Verteidigung von nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten verbunden sind, ausscheiden. Auch vor dem Hintergrund knapper finanzieller Ressourcen der Justiz handelt es sich hier um „keine nennenswerten Mehrkosten".[16]

Das Gesetz sieht in § 140 Abs. 3 S. 2 StPO die Möglichkeit der Bestellung eines anderen Verteidigers im Zeitpunkt der Anklageerhebung ausdrücklich vor (LR – Hilger, StPO, 26. Aufl. § 117 Rn. 41). Der Gesetzgeber hat es dabei auch nach Einführung eines weiteren Falles notwendiger Verteidigung gem. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO ausdrücklich bewenden lassen wollen und deshalb die Vorschrift des § 140 Abs. 3 S. 2 StPO der neuen Rechtslage angepasst. Das Entstehen von Mehrkosten ist dabei in Kauf genommen worden. Findet ein Wechsel des notwendigen Verteidigers zu Beginn des gerichtlichen Verfahrens statt, bevor es durch den zunächst bestellten Verteidiger zum „Betreiben des Geschäfts" gekommen ist, fällt die Verfahrensgebühr im erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren (RVG VV Nr. 4107 bzw. 4113) in Höhe von € 137,00 bzw. € 151,00 nur einmal an. Lediglich die auch von dem neu bestellten Verteidiger zu beanspruchende Grundgebühr in Höhe von € 162,00 wäre doppelt zu entrichten. An dieser Kostenschwelle darf die Gewährleistung einer Verteidigung durch einen Verteidiger des Vertrauens des Angeklagten jedenfalls nicht scheitern.

Im Übrigen muss bedacht werden, dass der Angeklagte im Falle der Verurteilung die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Dazu gehören auch die Gebühren und Auslagen des bestellten Verteidigers.[17] Verbleiben aber die Verteidiger(mehr)kosten bei dem Verurteilten, darf der Staat dem Beschuldigten den Verteidigerwechsel nicht mit der Begründung entstehender Zusatzkosten verweigern. Der Staat sollte in diesen Fällen nicht Sachwalter der finanziellen Interessen des Beschuldigten sein.

These VII

Einem Rechtsanwalt ist die Möglichkeit der persönlichen Kontaktaufnahme zu einem inhaftierten Beschuldigten in Form eines unüberwachten Mandatsanbahnungsgesprächs einzuräumen, wenn er erklärt, von einem Dritten (beispielsweise Familienangehörigen, Bekannten oder Arbeitgeber) um die Übernahme der Verteidigung bei Zustimmung des Beschuldigten gebeten worden zu sein, soweit nicht die Voraussetzungen des § 138a StPO vorliegen.

Begründung:

Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 die Notwendigkeit der Verteidigung nach Beginn der Vollstreckung von Untersu-

13 Für einen erleichterten Wechsel des bestellten Verteidigers auch *Deutscher Anwaltverein*, Empfehlungen (Fn. 3) Ziff. 4; gemeinsame Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen zur Praxis der Beiordnung, StV 2010, 109; *Wohlers,* StV 2010, 151, 157; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl., Rn. 325 ff.

14 Vgl. OLG Hamburg StraFo 1998, 307; OLG Brandenburg StV 2001, 442; OLG Braunschweig StraFo 2008, 428; OLG Bamberg NJW 2006, 1536; OLG Köln StraFo 2008, 348; OLG Frankfurt/M. StV 2008, 128.

15 Vgl. OLG Bamberg NJW 2006, 1536; OLG Braunschweig StraFo 2008, 428; OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 2008, 47; OLG Oldenburg, Beschl. v. 21.4.2010 – 1 Ws 194/10; *Meyer-Goßner,* 52. Aufl., § 143 Rn. 5a.

16 So der Generalbundesanwalt in der einen Verteidigerwechsel im Hinblick auf die ursprüngliche „Verlegenheitslösung" – der vom Beschuldigten bezeichnete Verteidiger war nicht erreichbar – befürwortenden Stellungnahme vom 1.3.2010 im Verfahren BGH 2 BGs 73/10, der sich der Ermittlungsrichter des BGH durch Beschl. v. 1.3.2010 angeschlossen hat – siehe Dokumentation in StV 2010, 390.

17 *Meyer-Goßner*, 52. Aufl., § 464a Rn. 1; KK-*Gieg*, 6. Aufl., § 464a Rn. 4.

chungshaft bzw. einstweiliger Unterbringung anerkannt. Die Wahl oder Beiordnung eines geeigneten Verteidigers setzt in dieser Situation die Möglichkeit einer raschen Kontaktaufnahme zwischen Beschuldigtem und dem potentiellen Verteidiger voraus. Größte Eile ist wegen der unverzüglichen Beiordnung eines Verteidigers geboten. Vielfach hat der nicht auf freiem Fuß befindliche Beschuldigte weder die Kenntnis von der Person eines geeigneten Verteidigers noch die Möglichkeit einer schnellen Kontaktaufnahme. Häufig sind es deshalb Angehörige, Bekannte oder Arbeitskollegen, die in Kenntnis der Festnahme des Beschuldigten Rechtsanwälte ansprechen mit der Bitte, die Verteidigung zu übernehmen. Der in dieser Situation erforderliche Zugang zum potentiellen Mandanten ist in letzter Zeit durch Gerichte und Staatsanwaltschaften auf unterschiedliche Weise erheblich erschwert worden. So lassen manche Gerichte den Auftrag von Angehörigen für die Erteilung eines sog. Sprechscheins nicht genügen, weil der Beschuldigte – in Unkenntnis – nicht selbst den Wunsch nach einem Besuch durch diesen Verteidiger geäußert habe.[18] Hintergrund dieser Praxis ist die Befürchtung, Verteidiger würden sich unter Vortäuschung eines Auftrags Dritter dem Beschuldigten „anbiedern" wollen. Jedoch besteht der Zweck von Untersuchungshaft und einstweiliger Unterbringung nicht darin, einen Beschuldigten vor Zumutungen zu schützen, denen er auch auf freiem Fuß ausgesetzt sein könnte. In Untersuchungshaft bzw. in einstweiliger Unterbringung befindliche Beschuldigte sind nicht unter Zwangsvormundschaft gestellt. Erklärt ein Verteidiger, dass er von einem Dritten gebeten worden ist, mit dem Beschuldigten die Übernahme der Verteidigung zu klären, muss ihm die Möglichkeit eines unüberwachten Anbahnungsgesprächs gegeben werden. Es ist dann Sache des Beschuldigten, ob er diesen Verteidiger als den ihm zu bestellenden Verteidiger gegenüber dem zuständigen Gericht bezeichnen will oder nicht. Die Staatsanwaltschaft, der nach bisherigen Erfahrungen im Ermittlungsverfahren die Ausführung gerichtlicher Anordnungen (hier: Erteilung eines Sprechscheins) regelmäßig übertragen wird (§ 119 Abs. 2 S. 2 StPO), kann im Einzelfall unter den Voraussetzungen des § 138a Abs. 1 und Abs. 2 StPO eine solche Kontaktaufnahme unterbinden.

18 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 29.12.2009 – 3 Ws 504/09.

Presseerklärungen

Nr. 8 vom 13. September 2010

Satzungsversammlung darf Zweigstelle regeln
Bundesgerichtshof stärkt Stellung des Anwaltsparlaments

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat heute in einer Entscheidung geklärt, dass die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer, das Anwaltsparlament, auch die Details der Kanzlei bei einer Zweigstelle regeln darf.

Hierüber bestand zwischen der Satzungsversammlung und dem Bundesministerium der Justiz (BMJ) Streit. Das BMJ hatte eine entsprechende Regelung zur Zweigstelle in § 5 BORA aufgehoben. Der Bundesgerichtshof hob mit seiner heutigen Entscheidung diesen Bescheid seinerseits auf.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes beinhaltet die Kompetenz der Satzungsversammlung, die Kanzleipflicht zu regeln, ausdrücklich auch entsprechende Regelungen bei der Zweigstelle. Die Zweigstelle muss nach Auffassung des BGH Niederlassung sein und sich nicht in einer bloßen Geschäftsadresse erschöpfen.

„Die Entscheidung stärkt nicht nur die Stellung des Anwaltsparlaments, sondern dient in erster Linie dem Verbraucher", erklärt der Vorsitzende der Satzungsversammlung Axel C. Filges. „Es wird klargestellt, dass auch in einer Zweigstelle die sachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen für die Berufsausübung gegeben sein müssen."

Nr. 7 vom 4. August 2010

Vertrauensschutz muss für alle Anwälte gelten

Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt Gesetzentwurf zum anwaltlichen Vertrauensschutz im Strafverfahren

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Mit Nachdruck begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer den jetzt von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht. CDU/CSU und FDP hatten sich in ihrem Koalitionsvertrag im vergangenen Jahr darauf geeinigt, die Strafprozessordnung so zu ändern, dass künftig nicht mehr nur Strafverteidiger, sondern alle Rechtsanwälte vor Abhörmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung Dritter geschützt sind. Die gesetzliche Differenzierung, wonach Strafverteidiger absoluten Schutz vor Abhörmaßnahmen genießen, alle anderen Rechtsanwälte jedoch nur nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, ist vor wenigen Jahren noch von der Vorgängerregierung eingeführt worden. Das neue Gesetz soll diese Trennung jetzt wieder aufheben und allen Rechtsanwälten den absoluten Schutz gewähren.

„Ob Mandanten ihren Rechtsanwalt in einer Strafsache oder wegen eines sonstigen rechtlichen Problems aufsuchen: Wichtig und unverzichtbar ist allein, dass die Gesprächsinhalte wirklich vertraulich bleiben", erläutert der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges die Bedeutung des Berufsgeheimnisschutzes. „Wir hoffen, dass der Gesetzgeber den hohen Wert eines vertraulichen Anwalt-Mandanten-Verhältnisses anerkennt und der Gesetzentwurf zügig verabschiedet werden kann."

Die Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und „sonstigen" Rechtsanwälten bei Abhörmaßnahmen birgt in ihrer konkreten Anwendung erhebliche Gefahren für jeden Rechtsuchenden. Bereits als in der vergangenen Legislaturperiode der unterschiedliche Schutz von Strafverteidigern und übrigen Rechtsanwälten gesetzlich eingeführt wurde, hatte die Bundesrechtsanwaltskammer mehrfach darauf hingewiesen, dass in einem frühen Stadium heimlicher Ermittlungsmaßnahmen oft nicht erkannt werden kann, ob ein Rechtsanwalt als Strafverteidiger oder in anderer Funktion tätig ist. Die Frage, ob eine Abhörmaßnahme zulässig ist, kann deshalb in der Praxis oft erst nach Kenntnis des Inhalts des Gesprächs beurteilt werden. Die sachlich nicht begründbare Unterscheidung birgt daher ein erhebliches Missbrauchspotential, unverdächtige Rechtsanwälte abzuhören, bis sich deren Strafverteidigereigenschaft erwiesen hat.

Besonders begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer den Vorstoß des Bundesrates in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf. Die Länderkammer fordert, dass auch im Bundeskriminalamtsgesetz die Unterscheidung zwischen Verteidigern und Rechtsanwälten aufgehoben werden soll. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass gerade im Bereich präventiver Gefahrenabwehr eine Straftat noch nicht vorliegt und daher ein Rechtsanwalt noch gar nicht als Verteidiger bestellt sein kann, jeder Rechtsanwalt aber potentieller Verteidiger seines Mandanten ist.

Amtliche Bekanntmachungen

A. Beschluss[1] der 3. Sitzung der 4. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 15. Juni 2009 in Berlin

Berufsordnung

§ 5 BORA

1. § 5 erhält folgende neue Überschrift: „Kanzlei und Zweigstelle".
2. § 5 erhält folgende Fassung:
   „Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die für seine Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen in Kanzlei und Zweigstelle vorzuhalten."

B. In-Kraft-Treten

Die Änderung des § 5 BORA tritt am 1.1.2011 in Kraft.

1 Der Beschluss zu § 5 BORA ist vom Bundesministerium der Justiz mit Bescheid vom 30.9.2009 aufgehoben (BRAK-Mitt. 2009, 280 f.) und seinerzeit nicht verkündet worden. Die Satzungsversammlung hatte gegen den Beanstandungsbescheid des Bundesministeriums der Justiz Rechtsmittel eingelegt. Mit Beschluss vom 13.9.2010 hat der BGH den vorgenannten Bescheid des BMJ aufgehoben (bei Drucklegung dieser Ausgabe der BRAK-Mitteilungen lagen die näheren Entscheidungsgründe dieses Beschlusses noch nicht vor).

Die 6. Sitzung der 4. Satzungsversammlung findet am 6.12.2010 in Berlin statt.

Pflichten und Haftung des Anwalts

Rechtsanwältin *Antje Jungk* und Rechtsanwalt *Bertin Chab,*
Allianz München,
Rechtsanwalt *Holger Grams*

Das aktuelle Urteil

Schaden bei Scheidungsfolgesachen

a) Verschuldet der Rechtsanwalt, dass der Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung über den Ausschluss von Ansprüchen auf Versorgungs- und Zugewinnausgleich unterbleibt, so ist der in der Übertragung von Rentenanwartschaften liegende Schaden durch Zahlung desjenigen Betrages an den Versicherer auszugleichen, der erforderlich ist, um entsprechende Anwartschaften neu zu begründen.

b) Hat die Pflichtverletzung des Rechtsanwalts zur Folge, dass der Mandant Versorgungsanwartschaften verliert, aber einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns behält, ist der Rechtsanwalt nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zum Schadensersatz verpflichtet.

c) Ist der Rechtsanwalt nur Zug um Zug gegen Abtretung eines Anspruchs gegen einen Dritten zum Schadensersatz verpflichtet, wird der Schadensersatzanspruch nicht dadurch berührt, dass der Anspruch gegen den Dritten zwischenzeitlich verjährt ist, wenn der Rechtsanwalt dem geschädigten Mandanten nicht angeboten hat, verjährungshemmende Schritte auf seine, des Rechtsanwalts, Kosten zu unternehmen.

BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 223/07, NJW 2010, 1961 = FamRZ 2010, 1154

Besprechung:

Die Klägerin und ihr damaliger Ehemann wollten die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung ausschließen, weil die Eheleute während der Ehezeit jeweils eigene Renten- bzw. Lebensversicherungsanwartschaften erworben hatten. Nach dem ihm erteilten Auftrag, für einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu sorgen, war der Rechtsanwalt verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Parteien des Ehescheidungsverfahrens eine notarielle Vereinbarung über diesen Punkt schlossen. Er hätte diese dem Familiengericht zur Genehmigung nach § 1587o Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB a.F. vorlegen müssen, was unterblieb. Im Versorgungsausgleichsverfahren übertrug daher das Familiengericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils durch Beschluss dem Ehemann Rentenanwartschaften vom Konto der Klägerin.

Finanzielle Auswirkungen zeigen sich in diesen Fällen regelmäßig erst bei Erreichen des Rentenalters. Der Senat hatte

daher bislang die Auffassung vertreten, der Schädiger schulde nur Geldersatz für die geminderte Rente im Rentenbezugszeitraum (BGH, NJW-RR 2007, 1553 = FamRZ 2007, 1316). Das Insolvenzrisiko sei bei Anwälten aufgrund der bestehenden Berufshaftpflichtversicherung irrelevant. Diese Rechtsprechung hat der Senat nun ausdrücklich aufgegeben: Der Anspruch gegen den Schädiger auf künftigen Ausgleich sei einer gesicherten Anwartschaft auf eine Sozialrente auch dann nicht vergleichbar, wenn auf Seiten des Schädigers eine Haftpflichtversicherung besteht. Ein sofortiger Leistungsanspruch sei gegeben, wenn das Rentenversicherungsrecht dem Verletzten einen Weg zur Fortentrichtung von Beiträgen eröffnet, auf dem er in wirtschaftlich sinnvoller Weise einem späteren Rentennachteil vorbeugen kann. Dies konnte hier mittels Beitragsnachzahlung gemäß § 187 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI erfolgen.

Das Urteil behandelt noch einen zweiten interessanten Aspekt: Aufgrund des Fehlens einer wirksamen Vereinbarung über die Scheidungsfolgesachen war nämlich auch der Zugewinnausgleich nicht ausgeschlossen. Hiervon profitierte nun umgekehrt die Ehefrau, der hierdurch Zugewinnausgleichsansprüche zustanden. Es ist die Frage, ob und wie sich dies auf die Schadensberechnung auswirkt.

Hätte die Klägerin tatsächlich eine entsprechende Zahlung erhalten, so hätte dies bei einem Gesamtvermögensvergleich zur Kürzung bzw. zum Wegfall des Schadensersatzanspruchs führen können. Hier allerdings bestand der Vorteil zunächst nur in der Forderung gegen den Ehemann. Nun kommt § 255 BGB ins Spiel: Wenn aufgrund des Verlustes der Versorgungsanwartschaften Ansprüche gegen Dritte bestehen, besteht die Schadensersatzpflicht nur Zug um Zug gegen Abtretung dieser Ansprüche. Muss aber ein Anspruch gegen Dritte an den Schädiger, welcher Schadensersatz leistet, abgetreten werden, so heißt dies nach Ansicht des Senats zugleich, dass das Bestehen des Anspruchs einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger gerade nicht ausschließt.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass § 255 BGB nicht unmittelbar einschlägig ist, da der Zugewinnausgleichsanspruch ja nicht direkt aus dem Verlust der Rentenanwartschaft resultiert. Die Vorschrift des § 255 BGB sei jedoch Ausdruck des im allgemeinen Schadensrecht durchweg geltenden Bereicherungsverbotes, so dass in anderen Fällen konkurrierender Ansprüche auf Schadloshaltung § 255 BGB entsprechend anzuwenden sei.

Die bekl. Rechtsanwaltsgesellschaft war somit nur Zug um Zug gegen Abtretung der Zugewinnausgleichsansprüche zum Schadensersatz verpflichtet. Noch während der haftpflichtrechtlichen Auseinandersetzung war allerdings der Zugewinnausgleichsanspruch verjährt, so dass der abzutretende Anspruch im Ergebnis wertlos war. Es ist die Frage, ob die Klägerin nach den Rechtsgedanken der §§ 242, 254 BGB nicht verpflichtet war, für die „Werterhaltung" des Anspruchs zu sorgen.

Der Senat sieht die Klägerin hier nicht in der Pflicht: Die Pflicht zur Abtretung eines möglichen Ersatzanspruchs gegen den Dritten ergebe nur dann einen Sinn, wenn keine Verpflichtung bestehe, diesen Dritten vorrangig in Anspruch zu nehmen. Müsste der Geschädigte mit einer Kürzung seines Anspruchs rechnen, wenn er nicht dafür Sorge trägt, dass der Schädiger den abzutretenden Anspruch durchsetzen kann, käme dies einem mittelbaren Zwang zur rechtzeitigen Erhebung einer Klage (auch) gegen den Dritten gleich. Der Grundgedanke der Vorschrift des § 255 BGB, dass der Anspruch gegen den Dritten den Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger nicht beeinflusst, würde in sein Gegenteil verkehrt.

Was hätte die Bekl. aber nun tun sollen, um den Anspruch zu retten? Der Senat meint nämlich auch, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, den Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns bereits vorab an die Beklagte abzutreten, um dieser zu ermöglichen, selbst den Anspruch einzuklagen und so die Verjährung zu hemmen, denn auf diese Weise hätte sie eine nicht vorgesehene Vorleistungspflicht getroffen. Es sei nicht unangemessen, dass das Risiko, ob der Anspruch tatsächlich durchgesetzt werden kann, in vollem Umfang die Beklagte traf, zumal diese durch Bestreiten ihrer Einstandspflicht selbst eine wesentliche Ursache dafür gesetzt habe, dass es erst nach Ablauf der Verjährung zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommen konnte. Im Ergebnis wird damit der Schädiger für die Werterhaltung einer Forderung verantwortlich gemacht, die ihm noch gar nicht zusteht und bezüglich derer er gar nicht handlungsfähig ist.

Wenigstens lässt der BGH anklingen, dass es für die Bekl. dennoch eine Möglichkeit gegeben hätte, die Klägerin zur Verantwortung zu ziehen, von der hier allerdings kein Gebrauch gemacht wurde: Der Klägerin wäre wohl eine Verletzung der Schadensminderungspflicht des § 254 Abs. 2 BGB anzulasten gewesen, wenn die Bekl. sie dazu aufgefordert hätte, die Verjährung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich auf ihre, der Beklagten, Kosten zu hemmen. Die Situation ist ähnlich wie in dem Fall, dass der Rechtsanwalt dem Mandanten für den durch Verlust eines Prozesses entstandenen Schaden haftet, jedoch berechtigte Aussicht besteht, diesen durch die Führung eines weiteren Rechtsstreits zu beseitigen oder zu vermindern: Dann muss der Anwalt, sofern er seinen Auftraggeber nicht anderweitig schadlos stellt, diesen Rechtsstreit auf eigene Kosten und eigenes Risiko führen (BGH, NJW 2000, 3560). Erfährt der Anwalt allerdings erst nach Verjährungseintritt, dass überhaupt ein abzutretender Anspruch existiert, dann guckt er wohl in die Röhre …

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Entstehung des Regressanspruchs und Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB

1. Zur Entstehung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und zur Kenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) einer Regressforderung gegen einen Rechtsanwalt aufgrund Verjährenlassens einer Forderung.

2. Die nach §§ 195, 199 BGB zu beurteilende Verjährung einer Regressforderung gegen einen Rechtsanwalt wegen Verjährenlassens einer mit Ablauf des 31. Dezember eines bestimmten Jahres verjährenden Forderung mit dem Schluss dieses Jahres (§ 199 Abs. 1 BGB), wenn zu diesem Zeitpunkt die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen. Der Zeitpunkt des Ablaufs eines Tages gehört noch zu diesem Tag. (amtliche Leitsätze)

OLG Stuttgart, Urt. v. 13.4.2010 – 12 U 189/09, WM 2010, 1330

Anmerkung:

Obwohl § 51 b BRAO schon seit dem 15.12.2004 nicht mehr existiert, kam aufgrund der Übergangsvorschriften bislang noch überwiegend diese Regel zum Zuge, wenn Regressklagen

wegen Verjährung abgewiesen wurden. Zum Übergangsrecht liegen bereits einige Entscheidungen vor. Rechtsprechung zur Anwendung des neuen (allgemeinen) Verjährungsrechts auf die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Rechtsberater gibt es noch kaum. Der Fall des OLG Stuttgart ist in mehrfacher Hinsicht interessant.

Die Klägerin verfolgte ursprünglich Schadenersatzansprüche wegen der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds. Nach entsprechender Beratung durch den nunmehr beklagten Anwalt wurde im Jahr 2004 zwar noch die finanzierende Bank, nicht aber der Anlageberater in Anspruch genommen, obwohl die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch hier geringer gewesen wären. Die Ansprüche gegen den Anlageberater verjährten mit Ablauf des 31.12.2004, was der Klägerin grundsätzlich auch bekannt war. Sie hatte seinerzeit von einer „Generalverjährungsfrist" zum 31.12.2004 gehört und sich deshalb auch an den Anwalt gewandt. Ende 2008 ging die Regressklage gegen den Anwalt beim LG ein.

Das OLG Stuttgart erklärt in den Gründen zunächst, dass auf diesen Fall ausschließlich neues Recht zur Anwendung komme, weil die Schadenersatzansprüche jedenfalls nach dem Stichtag der Rechtsänderung am 14.12.2004 entstanden sind. Das ist richtig, aber auch nicht selbstverständlich, wie ein anderslautendes Urteil des OLG Dresden (Urt. v. 1.4.2010 – 14 U 1452/09) zeigt, das darauf abstellte, wann das Mandat begründet wurde.

Für die Anwendung des § 199 Abs. 1 BGB war nun im nächsten Schritt zu fragen, wann der Schaden entstanden ist. Die Berufung hatte geltend gemacht, dass dies nicht vor dem 1.1.2005 sein konnte, denn solange die Verjährung noch nicht abgelaufen war, bestand allenfalls eine risikobehaftete Situation. Das würde dazu führen, dass die Regressverjährung erst Ende 2008, also ein ganzes Jahr später, ablief. Bei der taggenauen Betrachtung gem. § 51 b BRAO a.F. waren die Auswirkungen dieser Betrachtung wesentlich geringer, so dass es bisher auf die Frage ersichtlich nicht angekommen war. Das OLG Stuttgart erläutert hierzu, dass der Ablauf eines Tages noch zu eben jenem Tag gehöre. Im gleichen Augenblick entstehe auch der Schaden im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB, so dass die Regressverjährung bereits am 1.1.2005 zu laufen beginne und sich mit Ablauf des 31.12.2007 vollende.

Relevant ist dies alles nur dann, wenn die Klägerin die notwendige Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ebenfalls schon spätestens am 31.12.2004 besaß. Unstreitig war ihr schon vor diesem Datum bekannt, dass die Ansprüche Ende 2004 verjähren. Sie wusste auch um die ihr gegenüber vorgenommene Beratung, wusste allerdings nicht, dass der Inhalt dieser Beratung nicht korrekt war. Das, so der Senat, sei allerdings unerheblich. Die zutreffende rechtliche Würdigung sei nämlich grundsätzlich nicht erforderlich, es genüge Kenntnis der tatsächlichen Umstände und die sei vorhanden gewesen. Das scheint allerdings nicht korrekt zu sein. Genauso gut könnte man in Arzthaftpflichtsachen darauf verweisen, dass es genüge, dass der Patient Diagnose und Therapie kennt, ohne dass es darauf ankäme, dass ihm auch bewusst sei, dass dabei ein ärztlicher Kunstfehler unterlief. Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen muss beinhalten, dass der Mandant in irgendeiner Weise davon erfährt, dass die Beratung des Anwalts fehlerhaft war, denn es ist nicht die Beratung, die den Anspruch begründet, sondern deren Mangel. Davon erfuhr die Klägerin aber erst nach dem 31.12.2004. Ob Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt wurde, ist dem Verfasser nicht bekannt.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Nachhaftung ausgeschiedener Sozien

Ein ausgeschiedener (Schein-)gesellschafter einer Rechtsanwaltssozietät haftet dem Mandanten nach §§ 736 II BGB, 160 I 1 HGB nur dann auf Schadenersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung, wenn die Pflichtverletzung vor seinem Ausscheiden begangen worden ist.

LG Bonn, Urt. v. 13.4.2010 – 15 O 451/09 (nicht rechtskräftig), DStR 2010, 1648

Anmerkung:

Das Urteil des LG Bonn behandelt die Frage, ob ein Sozius für eine nach seinem Ausscheiden erfolgte anwaltliche Pflichtverletzung in Anspruch genommen werden kann.

Geht man mit der neueren Rechtsprechung zur BGB-Gesellschaft davon aus, dass der Mandatsvertrag mit der Sozietät geschlossen wird, so haften die Gesellschafter gemäß § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich.

§ 736 II BGB i. V. m. § 160 HGB enthält allerdings eine zeitliche Begrenzung dieser Haftung auf fünf Jahre nach Ausscheiden aus der Gesellschaft für „bis dahin begründete Verbindlichkeiten". Die entscheidende Frage ist es, ob der aus einer anwaltlichen Pflichtverletzung resultierende Schadensersatzanspruch bereits mit Abschluss des entsprechenden Mandatsvertrages „begründet" ist oder erst mit der Pflichtverletzung, mit der der Schadensersatzanspruch ja frühestens „entsteht".

Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung geht davon aus, dass rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten bereits dann begründet sind, wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und sich ohne Hinzutreten weiterer rechtsgeschäftlicher Akte die konkrete, einzelne Verbindlichkeit ergibt (z. B. BGH, WM 2006, 187). Das OLG Saarbrücken (DStR 2008, 527) erstreckt die Nachhaftung damit ohne weiteres auch auf „(Sekundär-)Ansprüche, die den Anwaltsvertrag konkretisieren bzw. die in diesem ohne das Hinzutreten wesentlicher weiterer rechtsgeschäftlicher Akte enthalten sind", im konkreten Fall auf Auszahlung von Mandantengeldern, die die Sozietät erst nach Ausscheiden des Anwalts erhalten hatte.

Das LG Bonn stellt im hier entschiedenen Fall fest, dass es „zumindest ebenso gut vertretbar sei, eine Schadensersatzverpflichtung erst dann als „begründet" anzusehen, wenn zumindest die Pflichtverletzung im fraglichen Zeitpunkt tatsächlich verwirklicht worden ist". Entscheidend für eine auf die konkrete Pflichtverletzung abstellende Auslegung sprechen nach Auffassung der Kammer die beiderseitigen Interessen der Parteien eines Rechtsanwaltsvertrages. Das LG weist insbesondere darauf hin, dass der ausgeschiedene Rechtsanwalt ein berechtigtes Interesse daran habe, nicht für Pflichtverletzungen zu haften, die erst nach seinem Ausscheiden überhaupt begangen worden sind. Er habe auf die weitere Sachbearbeitung durch den Vertragspartner des Mandanten, nämlich die Sozietät, keinen Einfluss und könne erst nach seinem Ausscheiden gemachte Fehler der Sachbearbeitung nicht verhindern.

Das LG spricht ferner einen ganz wichtigen Punkt an: Da in der Berufshaftpflichtversicherung das sogenannte „Verstoßprinzip" gilt, d. h. die Versicherung nur dann eintritt, wenn der erst mit der Pflichtverletzung begangene Verstoß während des Versicherungszeitraums erfolgt ist, besteht für spätere Verstöße kein Versicherungsschutz.

Es bleibt zu wünschen, dass auch die obergerichtliche Haftungsrechtsprechung einmal klar anerkennt, dass das dem Berufsrecht und der Berufshaftpflichtversicherung zugrunde liegende „Verstoßprinzip" auch auf die gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorschriften durchschlagen muss und eine entsprechende Auslegung erfordert.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Pflicht zum Gleichlauf von Anwaltsmandat und Beiordnung bei PKH

Ein bei einer Sozietät angestellter Rechtsanwalt, der ein Mandat akquiriert und dabei erkennen kann, dass das Mandat unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe geführt werden soll, hat auf den Gleichlauf von Anwaltsmandat und Anwaltsbeiordnung hinzuwirken.

BGH, Urt. v. 15.7.2010 – IX ZR 227/09

Anmerkung:

Ein in einer Kanzlei angestellter Anwalt hatte für den Mandanten unter gleichzeitiger Beantragung von PKH Klage erhoben. PKH wurde bewilligt und der mandatsbearbeitende angestellte Anwalt beigeordnet. Als der Anwalt aus der Kanzlei ausschied, wünschte der Mandant, von diesem Anwalt weiter betreut zu werden und kündigte gegenüber der Kanzlei das Mandat. Daraufhin nahm die Kanzlei den Mandanten auf Zahlung von Anwaltshonorar in Anspruch mit der Begründung, § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, wonach der beigeordnete Anwalt gegen seine Partei keinen Anspruch auf Vergütung geltend machen dürfe, sei nicht einschlägig, da nicht die Kanzlei, sondern der bei ihr angestellte Anwalt persönlich beigeordnet worden sei. Das Amtsgericht gab der Klage teilweise statt, das LG wies sie ab und ließ die Revision zu.

Der BGH wies die Revision der Anwaltskanzlei zurück. Zwar habe der angestellte Anwalt zunächst einen Mandatsvertrag mit dem Mandanten abgeschlossen. Hieraus erwachse grundsätzlich ein Honoraranspruch. Die Bewilligung von PKH ändere daran nichts; auch sei nicht die Kanzlei, sondern der angestellte Anwalt persönlich beigeordnet worden. Bis dahin wäre ein Honoraranspruch der Kanzlei also zu bejahen.

Die Kanzlei sei jedoch nach Treu und Glauben gehindert, diesen Anspruch durchzusetzen. Wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (c.i.c., § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) seitens der Kanzlei habe der Mandant einen Anspruch auf Befreiung von dem Honoraranspruch. Der angestellte Anwalt habe für die Sozietät als Erfüllungsgehilfe nach § 278 BGB gehandelt. Dieser wäre verpflichtet gewesen, den Mandanten auf das Auseinanderfallen von Mandatierung der Kanzlei einerseits und persönlicher Beiordnung andererseits zu erläutern (dieses Problem der Einzelbeiordnung hat sich durch die Entscheidung BGH, ZIP 2009, 147 entschärft; nun können auch Sozietäten beigeordnet werden).

Nach der Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens sei davon auszugehen, dass der Mandant im Falle einer solchen Belehrung nur den später beigeordneten Anwalt persönlich und nicht die Sozietät mandatiert hätte, so dass kein Honoraranspruch der Sozietät entstanden wäre. Unerheblich sei, ob der angestellte Anwalt arbeitsvertraglich zur Annahme eines persönlichen Mandats befugt gewesen wäre, da der Arbeitsvertrag eines Anwalts diesen nicht wirksam dazu verpflichten könne, den Interessen des Mandanten zuwiderzuhandeln.

Der Anspruch des Mandanten auf Befreiung vom Honoraranspruch der Sozietät richte sich auch nicht nur gegen den angestellten Anwalt persönlich, sondern gegen die Sozietät selbst, da dessen Beratungsfehler gem. § 278 BGB der Sozietät zuzurechnen sei. Nach dem Grundsatz dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est als Unterfall von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie nach § 257 BGB könne die Sozietät kein Honorar verlangen. Dieser Entscheidung ist sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung zuzustimmen.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Beratungspflichten bei Rechtsschutzversicherung

Erteilt ein Rechtsschutzversicherer in Kenntnis der negativen erstinstanzlichen Entscheidung sowie der Rechtsmittelbegründung eine Deckungszusage für die Durchführung eines Rechtsmittels, kann er, wenn das Rechtsmittel auf unveränderter Tatsachengrundlage zurückgewiesen wird, den Prozessbevollmächtigten nicht mit der Begründung, dieser hätte von der Durchführung des Rechtsmittels abraten müssen, auf Erstattung der entstandenen Kosten in Anspruch nehmen.

OLG Celle, Beschl. v. 5.7.2010 – 3 U 83/10

Anmerkung:

Die Klägerin, ein Rechtsschutzversicherer, fordert vom früheren Prozessbevollmächtigten ihres Versicherungsnehmers aus übergegangenem Recht Schadensersatz bezüglich der Kosten eines nach Ansicht des Versicherers aussichtslosen Rechtsmittels in einem WEG-Verfahren, für das der Versicherer Deckungszusage erteilt hatte. Nach Auffassung des Versicherers hätte der Anwalt den Mandanten über die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels belehren und ihm von der Einlegung des Rechtsmittels abraten müssen. Der Anwalt machte geltend, er habe den Mandanten belehrt, dass das Rechtsmittel nur geringe Erfolgsaussichten habe; gleichwohl habe der Mandant auf dessen Einlegung bestanden. Dies wurde vom Mandanten als Zeuge bestätigt. Das LG wies die Klage ab.

Das OLG wies durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO darauf hin, dass es der Berufung des Rechtsschutzversicherers keine Erfolgsaussichten beimesse. Daraufhin nahm der Versicherer die Berufung zurück. Zwischen Rechtsschutzversicherer und Anwalt bestünden keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen, weshalb der Anwalt nur gegenüber dem Versicherungsnehmer, seinem Mandanten, für die Durchführung des Rechtsanwaltsvertrages verantwortlich sei. Unmittelbare vertragliche Ansprüche des Versicherers seien damit ausgeschlossen.

Im Verhältnis zum Versicherungsnehmer habe der Anwalt keine ihm aus dem Mandatsverhältnis obliegenden Pflichten verletzt. Nach seinem substantiierten Vortrag habe er den Mandanten über die nur geringen Aussichten des Beschwerdeverfahrens aufgeklärt. Dies sei sachgerecht und ausreichend gewesen. Völlig aussichtslos sei die Beschwerde nicht gewesen.

Die vom Versicherer erteilte Deckungszusage stelle ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar, aufgrund dessen er mit Einreden und Einwendungen, die ihm bei Erteilung der Deckungszusage bekannt gewesen seien, ausgeschlossen sei. Über die Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens sei er bei Erteilung der Deckungszusage informiert gewesen. Ihm hätten der vom Anwalt übermittelte erstinstanzliche Beschluss sowie die Beschwerdebegründung schriftlich vorgelegen. Damit habe der Versicherer über alle erforderlichen Informationen verfügt, um über die Gewährung oder Verweigerung von Deckungsschutz zu entscheiden.

Unzutreffend sei der Einwand des Versicherers, er sei gar nicht berechtigt, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung zu prüfen, für die Deckungsschutz beantragt wird. Aus der Zusammenschau der §§ 17, 18 ARB 94/2000 ergebe sich, dass der Versicherer zu einer solchen Prüfung berechtigt sei. Nach § 18 Abs. 1b ARB 94/2000 könne der Versicherer Deckungsschutz verweigern, wenn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen durch den Versicherungsnehmer keine Aussicht auf Erfolg habe. Dies zu beurteilen setze eine rechtliche Prüfung zwangsläufig voraus. Versage der Versicherer auf der Grundlage dieser Prüfung Deckungsschutz, komme die Einholung eines Schiedsgutachtens oder ein – den Versicherer dann bindender – Stichentscheid in Betracht. Von dieser Möglichkeit habe der Versi-

cherer keinen Gebrauch gemacht, sondern vorbehaltlos Deckungsschutz erteilt. Damit habe er auch zu Gunsten des Anwalts einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Der Anwalt habe daher davon ausgehen dürfen, dass die Kosten im Rahmen des Leistungsumfangs vom Versicherer übernommen werden.

Nach einhelliger Ansicht bestehen zwischen dem Rechtsschutzversicherer und dem Anwalt des Versicherten keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen. Es ist zu trennen zwischen dem Versicherungsvertragsverhältnis und dem Mandatsverhältnis. Schadensersatzansprüche des Versicherers gegen den Anwalt können daher nur aus übergegangenem Recht (§ 67 VVG a.F., § 86 VVG n.F.) entstehen (*Harbauer*, ARB, 7. Aufl., § 2, Rn. 27; *van Bühren/Plote*, ARB, 2. Aufl., Anh. 1 Rn. 4; vgl. auch § 17 Abs. 2 und 8 ARB 94/2000).

Bei aussichtsloser Prozessführung kommt eine Haftung des Anwalts gegenüber dem Versicherer aus übergegangenem Recht in Betracht, wenn er den Mandanten nicht ordnungsgemäß über die Aussichtslosigkeit belehrt hat (vgl. OLG Köln, r+s 1994, 220; OLG Koblenz, NJW 2006, 3150). Die Erteilung der Deckungszusage durch den Rechtsschutzversicherer allein entbindet den Anwalt nicht von seiner Beratungspflicht gegenüber dem Mandanten (OLG Koblenz a.a.O.).

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Keine Pflicht zur mehrfachen Verjährungshemmung

Der Anwalt ist verpflichtet, zur Verhinderung der Verjährung von Ansprüchen seines Mandanten bei verjährungshemmenden Verhandlungen diesbezüglich keine Unklarheiten entstehen zu lassen. Eine allgemeine Pflicht des Anwalts, sicherheitshalber neben der Führung von Verhandlungen andere verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen, besteht nicht. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 1.7.2010 – IX ZR 40/07

Anmerkung:

Aus der kurzen Begründung des Beschlusses, mit dem die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zurückgewiesen wurde, lässt sich der Sachverhalt leider nicht vollständig entnehmen. Das vorausgegangene OLG-Urteil ist bislang nicht veröffentlicht. Streitig war die Frage, ob ein Anwalt wegen der Unwägbarkeiten bei der Feststellung einer Verjährungshemmung durch Verhandlungen gem. § 203 BGB neben der Einleitung von Verhandlungen noch andere Vorkehrungen treffen muss, um das Risiko der Anspruchsverjährung für den Mandanten auszuschalten. Dies hatten die Instanzgerichte verneint.

Der BGH schloss sich dieser Auffassung an: Im Regelfall würden insofern nur Schritte der Rechtsverfolgung gem. § 204 BGB in Frage kommen, wenn der Schuldner nicht bereit sei, ein Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 BGB abzugeben oder auf die Einrede der Verjährung, zumindest befristet, zu verzichten.

Die Notwendigkeit der baldigen Rechtsverfolgung trotz Aufnahme von Verhandlungen solle durch § 203 BGB im Interesse des Rechtsfriedens und einer Entlastung der Gerichte gerade verhindert werden. Der Anwalt sei folglich nur verpflichtet, innerhalb des Hemmungstatbestands der Verhandlungsführung keine Unklarheiten entstehen zu lassen.

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Der Anwalt muss grundsätzlich bei der Fristwahrung keine überobligatorischen Vorkehrungen treffen (im Bereich der Wiedereinsetzung z.B. BGH, NJW 2000, 3006). Allerdings sollte sich kein Kollege darauf verlassen, dass, wie offenbar hier, eine schuldhafte Pflichtverletzung verneint wird, wenn er von einer Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen ausgeht, dies aber vom Gericht anders beurteilt wird oder er den Hemmungstatbestand nicht beweisen kann.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Fristen

Wiedereinsetzungsfrist § 18 FamFG

…

2. Die Frist zur Nachholung der versäumten Rechtsbeschwerdebegründung beginnt gemäß § 18 I FamFG mit der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe. Sie beträgt in verfassungskonformer Anwendung von § 18 I, III 2 FamFG einen Monat (§ 71 II 1 FamFG). (amtlicher Leitsatz)

…

BGH, Beschl. v. 4.3.2010 – V ZB 222/09, FGPrax 2010, 154

Anmerkung:

Wenn man die Wiedereinsetzungsfrist in § 18 FamFG nachliest, stolpert man: Während in § 234 Abs. 1 S. 2 ZPO in der Fassung vom 1.9.2009 für die Rechtsmittelbegründungsfristen eine Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat vorgesehen ist, bleibt es in dem ebenfalls am 1.9.2009 in Kraft getretenen § 18 FamFG bei einer Zwei-Wochen-Frist.

Hierzu der BGH: „Nach dem Wortlaut von § 18 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 FamFG würde allerdings auch diese Frist nur zwei Wochen betragen und ebenfalls mit der Zustellung des Beschlusses über die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe beginnen. Diese Frist hat der Betroffene nicht eingehalten. Das ist indessen unschädlich. § 18 FamFG ist, ebenso wie die inhaltsgleiche Regelung in § 234 Abs. 1 ZPO (dazu: BGH, Beschl. v. 9. Juli 2003, XII ZB 147/02, NJW 2003, 3275, 3276 f.) und ähnlich wie § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO (BVerwG NJW 1992, 2307, 2308) jeweils in der bis zum 31. August 2004 geltenden Fassung, verfassungskonform auszulegen (*Bahrenfuss* in Bahrenfuss (Hrsg.) FamFG, § 18 Rdn. 2; *Prütting/Helms/Ahn-Roth*, FamFG, § 18 Rdn. 23 f.; offen *Keidel/Sternal*, FamFG, 16. Aufl., § 18 Rdn. 10 f.). Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung von § 18 FamFG an den früheren § 22 FGG einerseits und an § 60 VwGO andererseits ausgerichtet (Entwurfsbegründung in BT-Drucks 16/6308 S. 183). Er hat dabei aber übersehen, dass das frühere Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine besondere Begründungsfrist kannte und § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO (ebenso wie § 234 ZPO) durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) um eine besondere Monatsfrist bei der Versäumung der Begründungsfrist ergänzt worden ist, um der ansonsten entstehenden verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Verkürzung der Frist für eine bedürftige Partei entgegenzuwirken. Bei der danach gebotenen verfassungskonformen Anwendung der Vorschrift beginnt die Frist zur Nachholung der Begründung zwar gemäß § 18 Abs. 1 FamFG mit der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe (BGHZ 176, 379, 381 f. für die Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO). Sie beträgt aber nicht zwei Wochen; es gilt vielmehr die Monatsfrist des § 71 Abs. 2 Satz 1 FamFG."

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Fristeintragung bei Zustellung mittels Postzustellungsurkunde

Zu einer ordnungsgemäßen Organisation des Fristenwesens in einem Anwaltsbüro gehört nicht nur die Anweisung an das zuständige Büropersonal, den für den Beginn der Berufungsbegründungsfrist maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung eines Urteils anhand der Datumsangabe im unterzeichneten Empfangsbekenntnis oder auf dem Zustellungsumschlag zu ermitteln. Dem Büropersonal muss auch aufgegeben werden, das Datum der Zustellung gesondert und deutlich abgehoben von dem nicht maßgeblichen Aufdruck des Eingangsdatums zu vermerken (im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 17. Oktober 1990 – XII ZB 73/90, VersR 1991, 124 und 15. Juli 1998 – XII ZB 37/98, NJW-RR 1998, 1442).

BGH, Beschl. v. 22.6.2010 – VIII ZB 12/10

Anmerkung:

In der Regel werden den Anwälten die erstinstanzlichen Urteile durch EB zugestellt. Das Gericht hatte hier eine Ausnahme gemacht und die Zustellung gem. § 177 ZPO mittels Postzustellungsurkunde bewirkt, und zwar an einem Freitag. Aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen erhielt das Urteil den Kanzleieingangsstempel erst am darauffolgenden Montag. Die Berufung war noch rechtzeitig bei Gericht eingegangen, nicht aber die Berufungsbegründungsfrist.

Das LG hatte den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen, der BGH bestätigt die Entscheidung. Da der Anwalt bei der Zustellung durch PZU anders als bei der Zustellung mittels EB an der Zustellung und seiner Dokumentation nicht selbst mitwirke, habe er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass kein falsches Zustellungsdatum vermerkt werde. Das Zustellungsdatum sei in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zu ermitteln. Dies könne – wie bei der Zustellung durch EB – nicht allein durch den Eingangsstempel dokumentiert werden. Vielmehr müsse dem Büropersonal aufgegeben werden, das Datum der Zustellung gesondert und deutlich abgehoben vom nicht maßgeblichen Aufdruck des Eingangsdatums zu vermerken. Anders als das LG stellt der BGH also nicht darauf ab, dass der Anwalt den Umschlag mit dem Zustellungsvermerk nicht in die Akte genommen hatte; es würde wohl auch ein hiervon übertragener deutlicher Hinweis auf das Zustelldatum genügen. Sicherer ist es aber, den Umschlag tatsächlich in die Akte zu nehmen, ebenso wie es auch sinnvoll sein kann, eine Kopie des EB abzuheften. So lässt sich die Zustellung auch noch zu einem späteren Zeitpunkt einwandfrei aus der Akte selbst ermitteln.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Kontrolle bei Übermittlung des PKH-Antrags per Fax

Bei Übermittlung eines Prozesskostenhilfeantrags durch Telefax muss ein Sendeprotokoll ausgedruckt und anhand dessen überprüft werden, ob alle Seiten des Originalschriftsatzes neben den erforderlichen Anlagen übermittelt wurden.

BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – VI ZA 3/09

Anmerkung:

Die Klägerin hatte gegen ein Urteil zunächst Berufung eingelegt und am letzten Tag der schon verlängerten Begründungsfrist einen PkH-Antrag gestellt und diesem Antrag einen ausdrücklich so bezeichneten Entwurf einer Berufungsbegründung beigefügt, der vom Prozessbevollmächtigten nicht unterschrieben war. Für den Fall der Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt. Allerdings war die ebenfalls beigefügte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht vollständig. Dies soll auf ein Versehen der Büroangestellten bei der Versendung der Unterlagen per Fax zurückzuführen gewesen sein.

Der BGH führt aus, dass ein Rechtsanwalt dafür Sorge tragen müsse, dass der Prozesskostenhilfeantrag vollständig mit der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich der betreffenden Belege innerhalb der Begründungsfrist beim zuständigen Gericht eingeht. Bei der Übermittlung per Fax müsse ein Sendeprotokoll ausgedruckt und anhand dessen überprüft werden, ob alle Seiten mit den erforderlichen Unterlagen verschickt wurden. Eine entsprechende allgemeine oder besondere Weisung ergab sich aus dem Vortrag des Antragstellers nicht, so dass der Wiedereinsetzungsantrag auch beim BGH keinen Erfolg hatte.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Postausgangskontrolle

a) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist bei fehlender Ursächlichkeit eines möglichen Organisationsverschuldens des Prozessbevollmächtigten.

b) Zu den Anforderungen an die anwaltliche Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Postausgangskontrolle bei fristgebundenen Schriftsätzen.

BGH, Beschl. v. 16.2.2010 – VIII ZB 76/09, NJW 2010, 1378

Anmerkung:

Eine zuverlässige Fristenkontrolle durch den Anwalt muss gewährleisten, dass der fristwahrende Schriftsatz rechtzeitig hergestellt und postfertig gemacht wird. Ist die weitere Beförderung der Post zuverlässig vorbereitet, darf die Frist im Kalender als erledigt vermerkt werden. Es genügt dazu, dass der Schriftsatz in ein Postausgangsfach der Kanzlei eingelegt wird, von dem aus ein unmittelbarer Transport zur Post oder zum Gericht erfolgt. Das Postausgangsfach darf also in diesem Sinne nur „letzte Station“ auf dem Weg aus der Kanzlei zum Adressaten sein. Unter diesen Umständen ist die Führung eines Postausgangsbuchs nicht notwendig.

Im Ausgangsfall sah das Berufungsgericht ein Organisationsverschulden schon darin, dass das Postausgangsfach nicht täglich geleert würde; an den Osterfeiertagen fielen zusätzlich Karfreitag und Ostermontag als Leerungstage aus.

Der BGH lässt in den Entscheidungsgründen offen, ob und unter welchen Umständen es ausreichen könnte, dass das Postausgangsfach lediglich drei Mal wöchentlich geleert wird. Ein etwaiger Organisationsfehler in diesem Zusammenhang sei vorliegend nicht kausal geworden, weil man konkret davon ausgehen musste, dass der sonst zuverlässige Bote das Schriftstück zwar tatsächlich entnommen hatte, dann aber entgegen den klaren Weisungen nicht mehr am selben Tag zu Gericht gebracht hatte. Dieser Umstand führte zur Wiedereinsetzung durch den BGH.

Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die nur wenig allgemeine Aussagen zulässt. Insbesondere ist nicht geklärt, unter welchen Umständen eine Leerung des Postausgangsfachs im zweitägigen Turnus einer ausreichenden Organisation entsprechen würde.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Zur Anwendung des § 16 Abs. 6 Satz 2 a.F.

BRAO § 16 Abs. 6 Satz 2 a.F., § 215 Abs. 2

Ist gegen die Widerrufsverfügung der RAK nach § 215 Abs. 2 BRAO der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegeben, richtet sich die sofortige Vollziehung der Verfügung auch dann nach § 16 Abs. 6 Satz 2 BRAO a.F., wenn diese erst nachträglich nach dem 31.8.2009 angeordnet wird. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kann in diesem Fall nach §§ 16 Abs. 6 Satz 4, 42 Abs. 5 Satz 2 BRAO a.F. beantragt werden.

BGH, Beschl. v. 3.8.2010 – AnwZ (B) 100/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Entscheidung in Abwesenheit

BRAO § 42 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 a.F.

***1. Hat ein Ast. sein Ausbleiben nicht ausreichend entschuldigt, kann das Gericht in dessen Abwesenheit entscheiden.**

***2. Selbst wenn sich ein Ast. auf eine Herzerkrankung beruft und diese auch mit einem amtsärztlichen Attest belegt, ist sein Ausbleiben nicht ausreichend entschuldigt, wenn diese Erkrankung den Ast. nicht unerwartet getroffen hat. Es obliegt ihm dann, für eine Verhinderung an der Wahrnehmung des Verhandlungstermins Vorsorge zu treffen und notfalls einen Vertreter mit der Wahrnehmung des Termins zu beauftragen.**

BGH, Beschl. v. 12.7.2010 – AnwZ (B) 74/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Pflicht zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung auch bei Kanzlei im Ausland

BRAO § 51

***1. Die Verpflichtung eines RA zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung entfällt nicht deshalb, weil dieser seine Kanzlei im Ausland betreibt.**

***2. Auch im Falle einer Befreiung von der Verpflichtung, eine Kanzlei in Deutschland zu unterhalten, besteht die Pflicht, eine Haftpflichtversicherung zu unterhalten, da nach wie vor die Berechtigung besteht, den Beruf in Deutschland auszuüben.**

***3. Die Vorschrift des § 51 BRAO dient dem Schutz des rechtsuchenden Publikums, welches darauf soll vertrauen können, dass eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den RA im Rahmen des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes ohne Weiteres durchsetzbar sind.**

BGH, Beschl. v. 10.5.2010 – AnwZ (B) 30/09

Aus den Gründen

[1] I. Der 69 Jahre alte Ast. beantragte im Jahre 2005 die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem AG und LG F. Er beabsichtigte seine anwaltliche Tätigkeit von seinem Wohnort in der Schweiz aus zu betreiben und stellte deshalb den Antrag, ihn von der Kanzleipflicht zu befreien. Gegenüber der Agin. vertrat er zunächst die Ansicht, weder zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten noch zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet zu sein.

[2] Am 12.1.2007 wurde der Ast. unter Befreiung von der Kanzleipflicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassen, allerdings darauf hingewiesen, dass er einen Zustellungsbevollmächtigten benennen müsse. Die Aushändigung der Urkunde wurde vom Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung abhängig gemacht. Der Ast. wies sodann den Abschluss einer entsprechenden Versicherung bei der A. Versicherungs AG nach. Am 28.3.2007 wurde der Ast. vereidigt und erhielt die Urkunde über die Zulassung.

[3] Mit Schr. vom 8.8.2007 teilte die A. Versicherungs AG der Agin. mit, der Versicherungsvertrag sei mit Wirkung v. 28.3.2007, also dem Tag der Aushändigung der Zulassungsurkunde, beendet worden. Der eigenen Darstellung des Ast. nach hatte er Versicherungsschutz erlangt, indem er den Antrag mit einem „fiktiven Domizilvermerk" versah; die Kündigung erfolgte, nachdem der Ast. es abgelehnt hatte, neben der Prämie auch die Versicherungssteuer zu zahlen. Der Ast. weigerte sich, eine neue Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Er behauptete, dies sei ihm aus versicherungsrechtlichen Gründen nicht möglich.

[4] Mit Verfügung v. 5.9.2007 widerrief die Agin. die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft und ordnete den Sofortvollzug an. Den Antrag des Ast. auf gerichtliche Entscheidung hat der AGH zurückgewiesen. Mit seiner sofortigen Beschwerde erstrebt der Ast., der weiterhin ausschließlich von der Schweiz aus tätig sein möchte, die Aufhebung der Widerrufsverfügung zu erreichen.

[5] II. Die sofortige Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BRAO a.F., § 215 Abs. 3 BRAO). Sie bleibt jedoch ohne Erfolg. Der Widerrufsgrund des § 14 Abs. 2 Nr. 9 BRAO lag im Zeitpunkt der Widerrufsverfügung vor und ist auch nicht nachträglich weggefallen.

[6] 1. Gem. § 51 BRAO ist ein RA verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus seiner Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen und die Versicherung während der Dauer seiner Zulassung aufrechtzuerhalten. Die Versicherung muss bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen zu den nach Maßgabe des Versicherungsaufsichtsgesetzes eingereichten Allgemeinen Versicherungsbedingungen genommen werden und den übrigen in § 51 BRAO aufgeführten Voraussetzungen entsprechen. Die Haftung für Ersatzansprüche aus Tätigkeiten über in anderen Staaten eingerichtete oder unterhaltene Kanzleien oder Büros kann ausgeschlossen sein (§ 51 Abs. 3 Nr. 2 BRAO).

[7] Der Ast. hatte weder im Zeitpunkt der Widerrufsverfügung noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung und Entscheidung einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen.

[8] 2. Die Verpflichtung des Ast. entfällt nicht deshalb, weil er seine Kanzlei im Ausland – in der Schweiz – betreiben will. Wie der Senat bereits ausgesprochen (BGHZ 137, 200, 203 f.) und später bestätigt hat (BGH, Beschl. v. 4.12.2006 – AnwZ [B] 106/05), besteht die Verpflichtung, eine Haftpflichtversicherung nach Maßgabe des § 51 BRAO zu unterhalten, auch im Falle einer Befreiung von der Verpflichtung, eine Kanzlei in Deutschland zu unterhalten.

Pflicht besteht auch nach Befreiung von der Kanzleipflicht fort

Der Ast. wäre im Falle seiner Zulassung trotz seines Kanzleisitzes im Ausland berechtigt, seinen Beruf in Deutschland auszuüben. Die Vorschrift des § 51 BRAO dient dem Schutz des rechtsuchenden Publikums, welches darauf soll vertrauen können, dass eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den RA im Rahmen des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes ohne Weiteres durchsetzbar sind (BT-Drucks. 12/4993, 31). Auch ein RA, der ausschließlich eine Kanzlei im Ausland unterhält, kann sich im Inland schadensersatzpflichtig machen.

[9] 3. Der Einwand des Ast., er könne aus Rechtsgründen keinen den Anforderungen des § 51 BRAO entsprechenden Versicherungsvertrag vorlegen, ist unbegründet. Er wird bereits dadurch widerlegt, dass – wie der Ast. selbst einräumt – die A. Versicherungs AG gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ihre Bereitschaft erklärt hat, den früheren Vertrag zu geringeren Prämien wieder in Kraft zu setzen, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass der Ast. im Inland weder Wohnsitz noch Kanzlei hat. Dass dieses Versicherungsunternehmen am Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung aus aufsichtsrechtlichen Gründen gehindert wäre, ist weder ersichtlich noch vom Ast. plausibel dargetan.

Zulassung – Sperrfrist nach Zulassungswiderruf

BRAO § 7 Nr. 3, Nr. 5, BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 2

***1. Die Frage, wie viele Jahre zwischen einem die Unwürdigkeit begründenden Verhalten und dem Zeitpunkt liegen müssen, in dem eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wieder möglich ist, lässt sich nicht durch eine schematische Festlegung auf bestimmte Fristen beantworten, sondern verlangt eine einzelfallbezogene Gewichtung aller für und gegen den Bewerber sprechenden Umstände.**

***2. Bei dieser Gewichtung ist allerdings regelmäßig die Sperrfrist des § 7 Nr. 3 BRAO zu beachten, wenn der Ast. seine frühere Zulassung durch einen Widerruf der Zulassung nach § 14 Abs. 2 BRAO aufgrund eines Sachverhalts verloren hat, der inhaltlich einen Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft nach § 114 Abs. 1 Nr. 5 BRAO gerechtfertigt hätte.**

***3. Dies hat zur Folge, dass eine Wiederzulassung in diesen Fällen regelmäßig erst nach Ablauf von acht Jahren in Betracht kommt.**

***4. Parteiverrat ist eine Straftat im Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit. Diese beschädigt das Vertrauen der Rechtsuchenden empfindlich und erfordert deshalb regelmäßig einen Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft.**

***5. Die Sperrfrist des § 7 Nr. 3 BRAO beginnt mit dem Eintritt der Bestandskraft des Widerrufsbescheids nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 BRAO.**

BGH, Beschl. v. 10.5.2010 – AnwZ (B) 43/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Zulassung – Versagung der Wiederzulassung wegen Unwürdigkeit

BRAO § 7 Nr. 5

***Eine Wohlverhaltensdauer im unteren Bereich kommt dann nicht in Betracht, wenn ein Ast. mit mehreren Straftaten Schäden in Millionenhöhe verursacht hat und deshalb zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt worden ist.**

BGH, Beschl. v. 10.5.2010 – AnwZ (B) 67/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Zulassung – Versagung der Wiederzulassung wegen Unwürdigkeit

BRAO § 7 Nr. 5

***1. Bei gravierenden Straftaten – etwa schweren Fällen von Betrug und Untreue – ist ein zeitlicher Abstand zwischen der die Unwürdigkeit begründenden Straftat des Bewerbers und dessen Wiederzulassung zur Rechtsanwaltschaft von i.d.R. 15 bis 20 Jahren erforderlich.**

***2. Dabei darf auch die bloße straffreie Führung nach einer Verurteilung nicht entscheidend zugunsten des Bewerbers berücksichtigt werden, wenn er noch unter dem Druck einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe steht. Vielmehr muss das beanstandungsfreie Verhalten geraume Zeit nach Erlass der Freiheitsstrafe wegen Ablaufs der Bewährungsfrist fortgesetzt worden sein.**

***3. Der Zeitraum von 15 bis 20 Jahren ist jedoch nicht als starre Frist zu handhaben und kann dementsprechend auch unterschritten werden, wenn das Interesse des Bewerbers an seiner beruflichen und sozialen Eingliederung bei einer Gesamtwürdigung der Umstände unter Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 12 GG dies geboten erscheinen lässt.**

BGH, Beschl. v. 10.5.2010 – AnwZ (B) 117/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Rechtsanwaltsgesellschaft – Zum Mehrheitserfordernis bezüglich Geschäftsanteilen und Stimmrechten

BRAO § 59d, § 59e, § 59f

***1. Bei einer RA-Gesellschaft muss die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte zwingend RAen zustehen, da das entscheidende Gewicht bei der Willensbildung der GmbH stets den RAen selbst zukommen muss.**

***2. Die §§ 59e Abs. 2 Satz 1 und 59f Abs. 1 BRAO verstoßen nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.**

***3. Bei einer postulationsfähigen RA-Gesellschaft, die nicht verantwortlich durch RAe geführt wird, würden der Verbraucherschutz und die Reibungslosigkeit der Rechtspflege gefährdet.**

Bayerischer AGH, Urt. v. 25.2.2010 – BayAGH I – 25/2009 (n.r.)

Aus den Gründen:

A) Die Kl. erstrebt die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als RA-Gesellschaft.

Die Kl. wurde mit Gesellschaftsvertrag v. 8.1.2009 gegründet und zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Als Geschäftsführer wurden die Patentanwälte Dr. X. und Dipl.-Ing. Y. sowie der RA Z. bestellt. Bzgl. der Errichtungsurkunde wird auf die Anlage K 1 verwiesen.

Im Gesellschaftsvertrag finden sich u.a. folgende Regelungen:

II. Stammkapital und Geschäftsanteile

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.500 Euro.

Hiervon übernehmen:

1. Herr Dr. X. einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 8.500 Euro, … (Geschäftsanteil Nr. 1)

2. Herr Y. einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 8500 Euro, … (Geschäftsanteil Nr. 2)

3. Herr Z. einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 8.500 Euro, … (Geschäftsanteil Nr. 3)

…

IV. Geschäftsführer

Durch Gesellschafterbeschl. werden zu Geschäftsführern der Gesellschaft bestellt:

Herr X., Herr Y., Herr Z.

Sie sind stets einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Die der Errichtungsurkunde als Anlage beigefügte Satzung der Kl. enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 2 Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens

(1) Zweck der Gesellschaft ist die gemeinschaftliche Berufsausübung als Patent- und RAe.

(2) Gegenstand des Unternehmens ist

a) die Übernahme und Ausführung von Aufträgen, die zur Berufstätigkeit von Patentanwälten gehören, sowie alle damit in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten;

b) die Übernahme und Ausführung von Aufträgen, die zur Berufstätigkeit von RAen gehören, insbesondere die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten.

…

§ 3 Gesellschafter

(1) Gesellschafter der ... Patentanwalts- und RA-Gesellschaft mbH können nur Mitglieder der Patentanwaltskammer oder der RAK sowie die übrigen in § 52e Abs. 1 Satz 1 PatAnwO genannten Personen oder eine GbR sein, deren Zweck ausschließlich das Halten von Anteilen an der ... Patentanwaltsgesellschaft mbH ist.

(2) Die Gesellschaft kann eine gemeinsame Kanzlei oder mehrere Kanzleien errichten. Errichtet die Gesellschaft mehrere Kanzleien, so muss in jeder Kanzlei mindestens ein Gesellschafter als deutscher Patentanwalt und ein Gesellschafter als RA tätig sein, die zu Geschäftsführern bestellt sind und für die diese Kanzlei der Mittelpunkt ihrer beruflichen Tätigkeit bildet.

(3) Die Beteiligung an einer anderen Berufsausübungsgesellschaft bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Beteiligung an der ... Patentanwaltsgesellschaft mbH, der Patentanwälte RAe Partnerschaftsgesellschaft und der ... Holding GbR, jeweils mit Sitz in M., bedarf keiner Genehmigung.

§ 4 Stammkapital

(2) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.500 Euro (in Worten: Euro fünfundzwanzigtausendfünfhundert).

(3) Hierauf übernehmen die Gründungsgesellschafter Geschäftsanteile wie folgt:

a. Herr Dr. X., Patentanwalt, einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag v. 8.500 Euro, ... (Geschäftsanteil Nr. 1)

b. Herr Y., Patentanwalt, einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag v. 8.500 Euro, ... (Geschäftsanteil Nr. 2)

c. Herr Z., RA, einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag v. 8.500 Euro, ... (Geschäftsanteil Nr. 3)

§ 8 Geschäftsführung und Vertretung

(1) Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten. Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, Geschäftsführern Einzelvertretungsberechtigung zu erteilen. Sie kann von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.

(2) Zu Geschäftsführern können nur Patentanwälte oder RAe bestellt werden.

Mit Schriftsatz v. 19.2.2009, eingegangen bei der Bekl. am 20.2.2009, beantragte die Kl. unter Vorlage der beglaubigten Gründungsurkunde der Gesellschaft und der vorläufigen Deckungszusage der ... Versicherung AG v. 17.2.2009 bei der Bekl. die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Am selben Tag beantragte die Kl. bei der Präsidentin des Deutschen Patent- und Markenamts die Zulassung als Patenanwaltsgesellschaft mbH. Zugleich wurde beim AG – Registergericht – M. die Eintragung als Patentanwalts- und RA-Gesellschaft mbH beantragt.

Mit Bescheid v. 14.9.2009, der Kl. zugestellt am 17.9.2009, lehnte die Bekl. den Antrag der Kl. auf Zulassung als RA-Gesellschaft mbH ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus:

Die Zulassungsvoraussetzungen von § 59d Nr. 1 BRAO lägen nicht vor.

Entgegen § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO stehe die Mehrheit der Geschäftsanteile Patentanwälten und nicht RAen zu.

§ 3 Abs. 1 der Satzung gestatte, dass nicht nur Patentanwälte die Mehrheit der Geschäftsanteile halten könnten, vielmehr sei es im Verlauf auch möglich, dass jedes beliebige Mitglied einer RAK oder Patentanwaltskammer die Mehrheit der Geschäftsanteile halten könne, also auch ein Angehöriger der sonstigen sozietätsfähigen Berufe nach § 52e Abs. 1 Satz 1 PAO.

Die Gesellschafterstruktur der Kl. verstoße gegen § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO. Entgegen § 59a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BRAO würden alle in § 52e Abs. 1 Satz 1 PAO genannten Personen als mögliche Gesellschafter zugelassen, obwohl etwa für Angehörige von Patentanwaltsberufen aus Mitgliedstaaten der EU i.S.v. § 52a Abs. 2 Nr. 1 PAO keine Sozietätsfähigkeit i.S.v. § 59a BRAO bestehe.

Die Satzung verstoße gegen § 59f Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BRAO, da § 8 der Satzung nicht sicherstelle, dass die Gesellschaft durch RAe verantwortlich geführt werde und Geschäftsführer mehrheitlich RAe seien. Aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe sich, dass ein RA und zwei Patentanwälte zu Geschäftsführern jeweils mit Einzelvertretungsmacht bestellt worden seien, so dass auch faktisch ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden sei.

Die Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen sei nicht zweifelhaft, so dass für eine Aussetzung und Vorlage an das BVerfG kein Raum sei. Es sei zu berücksichtigen, dass durch eine – postulationsfähige – RA-Gesellschaft, die nicht verantwortlich durch RAe geführt werde, der Verbraucherschutz und – als schätzenswertes Rechtsgut von Verfassungsrang – die Reibungslosigkeit der Rechtspflege gefährdet würde. Die in den §§ 59a bis 59f BRAO getroffenen Regelungen seien notwendig, da das Gesellschaftsrecht die Führung einer Gesellschaft grundsätzlich nach Kapitalanteilen bzw. Stimmrechten und Geschäftsführungsbefugnissen ausrichte. Wenn das Berufsrecht die verantwortliche Führung durch RAe sicherstellen wolle, müssten für die Kapitalbeteiligung und die Geschäftsführung Sonderregelungen geschaffen werden, die auf allen Ebenen sicherstellten, dass in der Gesellschaft bzw. in der Berufsausübung Entscheidungen nicht gegen den Willen von RAen getroffen werden könnten. Bei einem Verstoß gegen dieses

Prinzip komme nur die Versagung der Zulassung in Betracht. Der Angemessenheitsgrundsatz werde nicht verletzt, da die Berufsausübung der RAe und Patentanwälte lediglich insofern einer Beschränkung unterliege, als sie sich nicht in Form einer zugelassenen RA-Gesellschaft organisieren könnten. Könnten nichtanwaltliche Berufsträger RA-Gesellschaften verantwortlich führen, würden u.a. prozessuale Regelungen ausgehöhlt. Selbst wenn die Anforderungen der §§ 59e, 59f BRAO durch wichtige Belange des Gemeinwohls nicht (mehr) zu rechtfertigen wären oder ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz – wie nicht – vorläge, könne gegenwärtig von keinem verfassungswidrigen Zustand ausgegangen werden. Bei dem Recht der beruflichen Zusammenarbeit im Rahmen von RA-Gesellschaften gem. §§ 59a, 59c ff. BRAO handele es sich um komplexe, in der Entwicklung und im Fluss begriffene Sachverhalte, bei denen nach der Rspr. des BVerfG ein angemessener Zeitraum einzuräumen sei, um Erfahrungen sammeln, Klarheit gewinnen und Mängeln der Regelung abhelfen zu können. Die Vorgänge seien im gesetzgeberischen Bereich noch zu keinem – wenigstens vorläufigen – Abschluss gelangt.

Mit Schriftsatz v. 19.10.2009, beim Bayerischen AGH eingegangen am selben Tag, erhob die Kl. hiergegen Verpflichtungsklage. Sie bringt im Wesentlichen vor:

Alle Voraussetzungen für ihre Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gem. § 59d BRAO seien erfüllt. Insbesondere entspreche die klägerische Gesellschaft den in § 59d Nr. 1 BRAO genannten Zulassungsvoraussetzungen.

Es treffe zwar zu, dass die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte der Kl. entgegen § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO nicht RAen zustehe. Die Vorschrift sei aber jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als sie keine Ausnahme für eine interprofessionelle Berufsausübung von RAen und Patentanwälten zulasse. Diese Mehrheitserfordernisse verstießen gegen Grundrechte der Gesellschafter der Kl. und Grundrechte der Kl.

Es liege ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor. Aufgrund der parallelen Regelungen der Berufsordnungen der RAe und Patentanwälte (§ 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO bzw. § 52e Abs. 2 Satz 1 PAO) könnten RAe und Patentanwälte in einer GmbH nur zusammenarbeiten, wenn mindestens ein Gesellschafter doppelt qualifizierter Anwalt und die übrigen Anwälte je zur Hälfte RAe und Patentanwälte seien. Das Erfordernis der Doppelqualifikation und die mit dem Mehrheitserfordernis verbundene Einschränkung der Zulassungsfreiheit stelle für die Gesellschafter beider Berufsgruppen eine Berufsausübungsregel und für die Kl. darüber hinaus eine subjektive Zulassungsschranke dar, die Wirkung bis hinein in die Berufswahlfreiheit entfalte.

Da Hürden für die Wahl der Vereinigungsform der Gesellschafter der Kl. errichtet würden, werde auch hinsichtlich der Kl. in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG eingegriffen.

Die Eingriffe in die Berufsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit seien weder durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt noch verhältnismäßig. Aufgrund der unterschiedlichen beruflichen Befugnisse der Geschäftsführer bei einer interprofessionellen Rechts- und Patentanwalts-GmbH, der Bindung aller Betroffenen an das Berufs- und Standesrecht sowie der tatsächlichen und rechtlichen Umstände der Geschäftsführung und internen Meinungsbildung in der Gesellschaft sei eine Mehrheitsregelung weder geeignet noch erforderlich, um die rechtsanwaltliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu gewährleisten. Es sei kein legitimer gesetzgeberischer Zweck des Mehrheitserfordernisses, den maßgeblichen Einfluss der RAe auf die RA-Gesellschaft zu sichern, sondern es komme allein die Sicherung der Unabhängigkeit, der Unparteilichkeit und des individuellen Vertrauensverhältnisses mit dem Mandanten sowie der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege in Betracht. Sowohl die klägerische Gesellschaft und ihre Gesellschafter als auch die für die klägerische Gesellschaft tätigen Berufsträger seien ihrem jeweiligen Berufs- und Standesrecht unterworfen. Gesellschafterbeschlüsse, die gegen die Berufspflichten eines Rechts- oder Patentanwalts verstießen, seien rechtswidrig. Die interprofessionelle gemeinsame Berufsausübung stelle keine besondere Gefahr für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der RAe oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege dar, zumal Patentanwälte denselben Berufspflichten wie RAe unterlägen (§ 39a PAO bzw. § 43a BRAO). Weder die BRAO noch das Berufsrecht der sozietätsfähigen Berufe für die interprofessionelle Zusammenarbeit in Form einer GbR oder PartG sähen ein Mehrheitserfordernis oder sonstige Einschränkungen bei der Führung und Meinungsbildung innerhalb der Gesellschaft vor. Würde der Gesetzgeber allein bei Kapitalgesellschaften einen entsprechenden Handlungsbedarf sehen, verstieße dies gegen das Rechtsstaatsprinzip. Die Unterschiede zwischen Kapital- und Personengesellschaften seien irrelevant.

Das Mehrheitserfordernis sei nicht geeignet, dem behaupteten Regelungszweck zu dienen. Durch die Gesellschafter- und Stimmenmehrheit von RAen könne nicht dauerhaft der Einfluss der RAe auf die RA-Gesellschaft gesichert werden, da die abstrakte Stimmenmehrheit nicht gewährleiste, dass nicht im konkreten Einzelfall Angehörige der übrigen Berufsgruppen die Stimmenmehrheit hätten. Hinsichtlich der Gestaltung der Satzung und der Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung enthalte die BRAO keine Vorgaben.

Das Mehrheitserfordernis sei nicht erforderlich. Bei Berufsgruppen, die – wie Rechts- und Patentanwälte – einem vergleichbaren Standesethos und Berufsrecht unterworfen seien, könne auf das zusätzliche Mehrheitserfordernis verzichtet werden. Durch § 59 Abs. 1 Satz 3 BRAO werde ausreichend sichergestellt, dass Nicht-Berufsträger (etwa Patentanwälte) nicht als Geschäftsführer der RA-Gesellschaft faktisch rechtsanwaltliche Tätigkeiten ausführten. § 59f Abs. 4 BRAO stelle sicher, dass der geschäftsführende oder bevollmächtigte RA unabhängig und frei von Einflussnahmen handeln könne. § 59k Abs. 1 BRAO und § 52k PAO gewährleisteten eine ausreichende Transparenz für das rechtsuchende Publikum. Mit den genannten Vorschriften sei dem Regelungsbedürfnis zum Schutz der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und des individuellen Vertrauensverhältnisses mit dem Mandanten und dem reibungslosen Ablauf der Rechtspflege ausreichend Rechnung getragen. Obwohl bei einer Vielzahl interprofessioneller Sozietäten in Form einer GbR oder Partnerschaftsgesellschaft das persönliche Interesse, etwa im Hinblick auf die persönliche Haftung, ungleich größer ausfalle als bei einer Kapitalgesellschaft, würden besondere Vorkehrungen zum Schutze der standesgemäßen Berufsausübung der unterschiedlichen Professionen verlangt. Die Monopolkommission und die Bundesregierung hielten das Mehrheitserfordernis bei einer Zusammenarbeit von RAen mit anderen sozietätsfähigen Berufen in Form einer GmbH nicht für erforderlich.

Das Mehrheitserfordernis sei nicht angemessen, da die Einschränkung der Berufswahlfreiheit der Kl. und der besonders gravierende Eingriff in die Berufsausübung der Gesellschafter der Kl. in keinem angemessenen Verhältnis zum gesetzgeberischen Ziel der angeblichen Bewahrung der Rechtspflege vor Gefahren stünden. Die behauptete Gefahr bestehe nicht. Andere Gemeinwohlbelange seien nicht ersichtlich.

Das doppelte Mehrheitserfordernis nach § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO greife als Regelung der öffentlichen Gewalt in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ein, da sie die Möglichkeiten eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses von Rechts- und Patentanwälten und damit die Handlungsfreiheit ungerechtfertigt beeinträchtige.

Die Mehrheitsregelung verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da verschiedene Kooperationsformen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt würden. Patent- und RAen sei es erlaubt, in Form einer GbR oder PartG gemeinsam tätig zu werden, ohne dass es dabei auf Beteiligungs- und Vertretungsverhältnisse ankomme und die Gefahr der berufsfremden Einflussnahme auf die rechtsanwaltliche Tätigkeit der Gesellschaft ungleich größer als bei einer Kapitalgesellschaft sei. Ferner werde das Grundrecht der Gleichheit im Verhältnis von einfach qualifizierten Patent- oder RAen zu doppelt qualifizierten Anwälten verletzt, da sich Letztere leichter in einer Rechts- und Patentanwalts-GmbH zusammenschließen könnten.

Die Vereinbarkeit der Beteiligungsstruktur mit § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO sei gegeben. Eine nach § 3 Abs. 1 der Satzung eröffnete Beteiligungsmöglichkeit könne ohnehin nicht gegen die Beteiligungsschranke des § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO verstoßen, da sich ein solcher Verstoß ausschließlich aus einer tatsächlichen Gesellschafterstellung unqualifizierter Personen ergeben könne, die aber weder vorliege noch behauptet werde. Alle in § 52a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 PAO genannten Berufsgruppen entsprächen den qualifizierten Anforderungen gem. § 59e Abs. 1, § 59a Abs. 1 und Abs. 2 BRAO, so dass § 3 Abs. 1 der Satzung nicht gegen § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO verstoße.

Die tatsächlichen Verhältnisse bei der Kl. und die Satzung verstießen nicht gegen die Vorgaben von § 59f Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BRAO. Es treffe zwar zu, dass die Geschäftsführer der Kl. nicht mehrheitlich RAe seien. Das von § 59f Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BRAO auf Geschäftsführerebene aufgestellte Mehrheitserfordernis verstoße jedoch gegen die Grundrechte der Kl. und ihrer Gesellschafter aus Art. 12 und Art. 9 GG. Dies gelte jedenfalls insoweit, als die BRAO keine Ausnahme für die interprofessionelle Berufsausübung von Rechts- und Patentanwälten vorsehe, und sei ebenso verfassungswidrig wie die Anforderungen an die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft nach § 59e BRAO. Es bestehe kein Grund, die gemeinsame Berufsausübung von Rechts- und Patenanwälten in einer Rechts- und Patentanwalts-GmbH von der Einhaltung spezifischer Mehrheitserfordernisse abhängig zu machen. Aufgrund der unterschiedlichen berufsrechtlichen Befugnisse der Geschäftsführer bei einer interprofessionellen Rechts- und Patentanwalts-GmbH sei eine Mehrheitsregelung weder geeignet noch erforderlich, um die rechtsanwaltliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu gewährleisten. Durch die Vorgaben in § 59 Abs. 1 Satz 3 BRAO werde ausreichend sichergestellt, dass Nicht-Berufsträger (vorliegend Patentanwälte) nicht etwa als Geschäftsführer der RA-Gesellschaft faktisch rechtsanwaltliche Tätigkeit ausführten.

Die Mehrheitsregelung sei auch nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Patentanwälten und RAen sei es erlaubt, etwa in Form einer Partnerschaftsgesellschaft – unabhängig von Beteiligungs- und Vertretungsverhältnissen – gemeinsam tätig zu sein. Eine Konzentration der Geschäftsleitung auf den einen oder anderen Berufsstand sei daher nicht anzuerkennen. Da sämtliche Gesellschafter dem jeweiligen Berufsrecht unterworfen seien, sei gewährleistet, dass anwaltliche Tätigkeiten nur insoweit von Patentanwälten ausgeführt werden könnten, als ihnen dies als Patentanwälten erlaubt sei. Wegen der vergleichbaren berufsrechtlichen Pflichten sei ein schädlicher Einfluss des einen auf den anderen Berufsstand nicht zu befürchten.

Die Mehrheitsregelung verstoße außerdem gegen Art. 2 Abs. 1 GG.

Die Kl. regt an, das Verfahren gem. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG auszusetzen und die Regelungen von § 59e Abs. 2 Satz 1 und § 59f Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BRAO zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit dem BVerfG vorzulegen.

Die Kl. beantragt, unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides der Bekl. v. 14.9.2009 die Bekl. zu verpflichten, der Kl. die beantragte Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als RA-Gesellschaft zu erteilen.

Die Bekl. beantragt, die Klage zurückzuweisen.

Die Bekl. verteidigt ihre im angegriffenen Bescheid vertretene Rechtsauffassung. Die gesetzlichen Regelungen der BRAO seien geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um Gefährdungen der Gemeinwohlgüter vorzubeugen. An der Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen Normen bestünden keine ernsthaften Zweifel. Die streitgegenständliche Abweichung der Mehrheitsverhältnisse von den gesetzlichen Vorgaben gefährde die Unabhängigkeit und Parteilichkeit des RA, das Vertrauensverhältnis zum Mandanten, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und ggf. den Verbraucherschutz. Irrig stelle die Kl. das Berufsrecht als zwingende Schranke des Direktionsrechts der Gesellschaft dar. Für Gesellschafterversammlungen müsse die Satzung eine Regelung enthalten, wonach die Mehrheit der vertretenen Stimmberechtigten RAe sein müssten (BRAK-Mitt. 1998, 254/258), um der Gefahr entgegenzuwirken, dass in Gesellschafterversammlungen gegen den Willen und die Berufspflichten von RAen abgestimmt werde. Eine qualitative Vergleichbarkeit mit der BGB-Gesellschaft bzw. Partnerschaftsgesellschaft bestehe nicht.

Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze und den Inhalt des Protokolls v. 25.2.2010 (Bl. 35/38 d.A.) Bezug genommen.

B) Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Bekl. hat die Zulassung der Kl. zur Rechtsanwaltschaft zu Recht abgelehnt.

I. Gem. § 215 Abs. 3 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen Berufsrecht kommt das ab 1.9.2009 geltende Recht zur Anwendung.

II. Die Zulassungsvoraussetzungen von § 59d Nr. 1, § 59e Abs. 2 Satz 1 bzw. § 59f Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BRAO sind nicht gegeben.

Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte muss RAen zustehen

1. Nach § 59d Nr. 1, § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO muss die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte RAen zustehen. Das entscheidende Gewicht bei der Willensbildung der GmbH soll stets den RAen selbst zukommen, deren Anteils- und Stimmenmehrheit muss daher gesichert sein. Da die Anteilsverhältnisse (§ 14 GmbHG) nicht notwendig mit den Stimmenverhältnissen (§ 47 GmbHG) identisch sind, weil gesellschaftsvertraglich z.B. die Einräumung eines vom Kapitalanteil unabhängigen Stimmgewichts oder von Anteilen ohne oder nur mit eingeschränktem Stimmrecht möglich ist, müssen Anteile und Stimmrechte mehrheitlich solche Gesellschafter innehaben, die RAe sind. Dabei reicht es, dass einige RAe die Mehrheit der Geschäftsanteile und andere RAe die Mehrheit der Stimmrechte haben (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 59e Rdnr. 9). Diese Voraussetzungen sind vorliegend – wie die Kl. einräumt – nicht erfüllt.

Von den derzeit drei Gesellschaftern der Kl. mit einem Geschäftsanteil zu einem Nennbetrag von jeweils 8.500 Euro ist lediglich ein Gesellschafter als RA zugelassen. Die beiden anderen Gesellschafter sind als Patentanwälte zugelassen. Eine i.S.v. § 47 Abs. 2 GmbHG abweichende Regelung des Stimmrechts wurde nicht getroffen.

2. Nach § 59d Nr. 1, § 59f Abs. 1 Satz 1 BRAO muss die RA-Gesellschaft von RAen verantwortlich geführt werden. Nach § 59d Nr. 1, § 59f Abs. 1 Satz 2 BRAO müssen die Geschäftsführer mehrheitlich RAe sein.

Geschäftsführer müssen mehrheitlich RAe sein

Nur wenn Geschäftsführer, die nicht RAe sind, die Gesellschaft nur gemeinsam mit RAen vertreten können, ist gewährleistet, dass die verantwortliche Führung tatsächlich in der Hand von RAen liegt.

Nach § 8 Abs. 1 der Satzung kann die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer bestellen. Die Gesellschaft ist berechtigt, Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen.

Der Kl. ist zuzustimmen, dass Prüfungsmaßstab, ob Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind, nicht allein die Satzung ist, sondern die im Gesellschaftsvertrag verbindlich getroffenen Regelungen in die Zulassungsprüfung mit einzubeziehen sind. Soweit die Bekl. argumentiert, die Satzung stelle die gesetzlichen Anforderungen an die Gesellschaft nicht sicher, vermag dies u.U. zu einem späteren Zeitpunkt dazu zu führen, dass die Zulassung der Kl. zu widerrufen ist. Jedenfalls für die Zulassungsprüfung ist der status quo, wie er zum Zeitpunkt der Antragstellung gegeben ist, als maßgebliche Grundlage anzusehen. Vorliegend ist es aber nicht erforderlich, ausschließlich auf § 8 Abs. 1 der Satzung abzustellen, denn aus Ziffer IV. des Gesellschaftsvertrags ergibt sich, dass die zu Geschäftsführern bestellten Patentanwälte Dr. X. und Y. einzelvertretungsberechtigt sind und damit ohne Zustimmungsvorbehalt des RA Z. die Gesellschaft alleinverantwortlich führen können. Diese Vorgehensweise widerspricht ersichtlich der Regelung in § 59d Abs. 1 BRAO.

3. Die Voraussetzungen von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG liegen nicht vor. Das Verfahren war nicht auszusetzen, um eine Entscheidung des BVerfG einzuholen. Der Senat ist nicht der Überzeugung, dass die in § 59d Nr. 1, § 59e Abs. 2 Satz 1 bzw. § 59f Abs. 1 BRAO normierten Zulassungsvoraussetzungen verfassungswidrig sind. Auch der BGH hat im Übrigen bislang keine Veranlassung gesehen, an der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen zu zweifeln (vgl. etwa BGH, Beschl. v. 26.11.2007, AnwZ [B] 102/06).

Kein Verstoß gegen Art. 12 GG

a) § 59e Abs. 2 Satz 1 und § 59f Abs. 1 BRAO verstoßen weder hinsichtlich der Gesellschafter der Kl. noch hinsichtlich der Kl. gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

Auch die Kl. selbst kann allerdings den Grundrechtsverstoß gem. Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 19 Abs. 3 GG geltend machen, da sie als juristische Person Trägerin des Grundrechts der Berufsfreiheit ist (vgl. BVerfG 97, 228/253; 102, 197/212 f.; 115, 205/229; *Jarass/Pieroth*, GG, 10. Aufl., Art. 12 Rdnr. 10 a).

Weder hinsichtlich der Gesellschafter der Kl. noch hinsichtlich der Kl. liegt eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vor.

Selbst wenn man, wie die Kl., davon ausgeht, § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO stelle hinsichtlich der Kl. eine so gravierende Ausübungsregelung dar, dass sie einer Berufswahlbeschränkung der Kl. gleichkomme, weil der Zusammenschluss von RAen und Patentanwälten in einer gemeinsamen RA- und Patentanwalts-GmbH dadurch erheblich behindert werde, dass beide Gruppen die Mehrheit der Geschäftsanteile haben müssen, was nur i.V.m. doppelt qualifizierten Anwälten möglich ist, ist die Verhältnismäßigkeit der Regelung im weiteren Sinne gegeben.

§ 59e BRAO sichert den maßgeblichen Einfluss der RAe auf die Geschicke der RA-GmbH. Dies ist zur Wahrung wichtiger Belange des Gemeinwohls erforderlich und liegt entgegen der Ansicht der Kl. sogar nahe, da sich nur so ausreichend sicherstellen lässt, dass die Gesellschaft durch ihre Organe den fachlichen Anforderungen genügt, die § 4 BRAO generell für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft verlangt.

Funktionsfähigkeit und Reibungslosigkeit der Rechtspflege

Es ist ein legitimer gesetzgeberischer Zweck des Mehrheitserfordernisses, den maßgeblichen Einfluss der RAe auf die RA-Gesellschaft zu sichern, um die Funktionsfähigkeit/Reibungslosigkeit der Rechtspflege zu sichern.

Die erforderlichen und geeigneten Zulassungsvoraussetzungen von § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO erfüllt eine RA- und Patentanwaltsgesellschaft nicht, deren Geschäftsanteile und Stimmrechte überwiegend von Patentanwälten gehalten werden.

Unternehmensgegenstand der RA-GmbH ist die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten (§ 59c Abs. 1, § 59 Abs. 1 BRAO), ein zulässiger Gesellschaftszweck i.S.v. § 1 GmbHG. Die RA-GmbH ist nicht nur Instrument zur gemeinschaftlichen rechtsbesorgenden Berufstätigkeit der in ihr verbundenen Gesellschafter – gem. §§ 59a, 59e BRAO sind dies RAe und Angehörige eines sozietätsfähigen Berufes –, sondern als juristische Person darüber hinaus durch das ihr zurechenbare Verhalten der sie vertretenden Organe selbst Erbringer rechtsbesorgender Dienstleistungen (§ 59 Abs. 1 BRAO). Die RA-Gesellschaft selbst ist zur Vertretung vor Gerichten und Behörden nach Maßgabe der Befugnisse der für sie handelnden Personen befugt. Die RA-Gesellschaft selbst ist der Vertragspartner von Mandanten und nicht die ihr angehörenden RAe persönlich. So scheidet etwa eine persönliche Haftung der Anwälte aus Vertrag – auch bei forensischer Tätigkeit für die GmbH – im Regelfall aus (vgl. *Feuerich/Weyland*, a.a.O., Vor § 59c BRAO Rdnr. 3).

Bei einer postulationsfähigen RA-Gesellschaft, die nicht verantwortlich durch RAe geführt wird, werden, wie die Bekl. zu Recht ins Feld führt, der Verbraucherschutz und – als schätzenswertes Rechtsgut von Verfassungsrang – die Reibungslosigkeit der Rechtspflege gefährdet.

Es trifft zwar zu, dass die Angehörigen beider Anwaltsgruppen auch bei einer gemeinsamen GmbH weiterhin ihre jeweiligen Berufspflichten zu erfüllen haben. Wie der RA (§ 1 BRAO) ist auch der Patentanwalt (§ 1 PAO) ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Der Patentanwalt ist jedoch kein Fachanwalt i.S.v. § 43 BRAO. Für die Stellung eines RA i.S.d. BRAO fehlt es ihm nach seinem Ausbildungsgang an der Befähigung zum Richteramt oder einer sonstigen Befähigung nach § 4 BRAO. Er ist auch nicht ein RA mit beschränkten Befugnissen, der für ein bestimmtes Rechtsgebiet zugelassen ist. Vielmehr übt er einen Beruf eigener Art aus, bei dem die Verbindung von technischen oder naturwissenschaftlichen Kenntnissen, die er durch das Studium erlangt hat, mit juristischen Kenntnissen, die er durch die Ausbildung in der Praxis erlangt hat, kennzeichnend ist (*Feuerich/Weyland*, a.a.O., § 1 PAO Rdnr. 2). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Grundsätze der anwaltlichen Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und das individuelle Vertrauensverhältnis mit dem Mandanten nicht durch eine Majorisierung seitens der Anwaltsgruppe geschützt werden können. Selbstverständlich ist nicht davon auszugehen, dass RAe und Patentanwälte als Gruppe stets geschlossen abstimmen. Die Vorschrift stellt aber sicher, dass das bestimmende Übergewicht der RAe in der RA-Gesellschaft grundsätzlich gewahrt bleibt und der Gefahr entgegengewirkt wird, dass in Gesellschafterversammlungen gegen den Willen und die Berufspflichten von RAen abgestimmt wird. Zudem weist die Bekl. zutreffend darauf hin, dass das Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälten keine zwingende Schranke des Direktionsrechts der Gesellschaft darstellt und ein Gesellschafterbeschluss, der gegen Berufspflichten eines RA verstößt, nicht zwangsläufig unbeachtlich ist.

Soweit die Gesellschafter der Kl. betroffen sind, können diese weiterhin jeweils ihren einem gesetzlich geprägten (BRAO oder PAO) Berufsbild entsprechenden Beruf frei wählen (*von Mangold/Klein/Starck/Manssen*, GG, 4. Aufl., Atz. 12 Rdnr. 41 ff.). Einen „Beruf des RA und Patentanwalts" gibt es nicht (vgl. etwa § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO; § 52a Abs. 1 Satz 1 PAO). Es liegt daher keine unzulässige Berufsausübungsbeschränkung vor.

b) Soweit § 59f Abs. 1 BRAO betroffen ist, gelten die gleichen Erwägungen. Es sind jedenfalls rechtfertigende Gründe für eine solche gesetzliche Regelung vorhanden.

Es liegt in der Natur der Sache, dass sich eine RA-Gesellschaft primär mit rechtsanwaltlichen Angelegenheiten befasst. Dieses Primat muss sich sodann aber auch bei der Geschäftsführung widerspiegeln. Der Sachverstand des RA spielt in der RA-Gesellschaft eine besonders führende Rolle und muss daher auch bei der Verantwortlichkeit für die Geschäfte der RA-Gesellschaft seine Berücksichtigung finden. Würde man, wie die Kl. postuliert, von dieser Prämisse abgehen, wären zwischen einer RA- und einer Patentanwaltsgesellschaft in der Sache praktisch keine Unterschiede mehr vorhanden. Der Gesetzgeber hat zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Leistungserbringung bei Angelegenheiten i.S.d. § 3 BRAO die Entscheidung getroffen, dass die Führung der Gesellschaft wesentlich durch RAe bestimmt wird.

4. Den gesetzlichen Regelungen steht auch nicht – weder hinsichtlich der Kl. noch hinsichtlich der Gesellschafter der Kl. – Art. 3 GG entgegen, weil die von der Kl. in diesem Zusammenhang erwähnte Regelung der Partnerschaftsgesellschaft und der GbR einen ungleichen Sachverhalt betrifft, da etwa nur bei der GmbH eine Fremdorganschaft möglich ist. Die Argumentation der Kl., die Unterschiede zwischen Kapital- und Personengesellschaften seien irrelevant, greift nicht. Treffende Gründe, weshalb die Berücksichtigung der höheren Qualifikation doppelt qualifizierter Anwälte im Vergleich zu einfach qualifizierten Rechts- oder Patentanwälten einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellen soll, vermochte die Kl. nicht darzulegen und sind auch nicht ersichtlich.

Das Gleiche gilt hinsichtlich des angeblichen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 GG.

5. Ein Verstoß gegen die Vereinigungsfreiheit gem. Art 9 Abs. 1 GG der Gesellschafter der Kl. oder der Kl. ist ebenfalls nicht ersichtlich. Aus den oben dargestellten Gründen, die entsprechend gelten, handelt es sich um eine zulässige Ausgestaltung des Grundrechts auf Vereinigungsfreiheit. Diese stellt keinen Grundrechtseingriff dar.

III. Ob eine Unvereinbarkeit der Beteiligungsstruktur mit § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO vorliegt und ob dies schon aus § 3 Abs. 1 der Satzung geschlossen werden kann, ohne dass sich dies in der Gesellschafterzusammensetzung tatsächlich realisiert hat, kann offen bleiben. Allerdings wird auf die oben gemachten Ausführungen zur Frage, ob allein auf die Satzung eine Versagung der Zulassung gestützt werden kann, Bezug genommen.

Zulassung – Zulässigkeit einer Gutachtenanordnung

BRAO § 8, § 16 Abs. 3 a) a.F.

***1. Der gesetzliche Zwang zur ärztlichen Untersuchung nach §§ 8, 16 Abs. 3 a) BRAO a.F. (jetzt: § 15 BRAO) dient dem Schutz des rechtsuchenden Publikums vor RAen, die aufgrund körperlicher oder geistiger Defizite keine Gewähr für eine ordnungsgemäße und sorgfältige Berufsausübung bieten.**

***2. Voraussetzung für die Anordnung eines Gutachtens sind hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine körperliche oder geistige Unzulänglichkeit. Entscheidend ist hierbei, ob die körperlichen oder geistigen Mängel solcher Art und so erheblich sind, dass ein RA deswegen zur ordnungsgemäßen Berufsausübung, insbesondere zur ordnungsgemäßen und sorgfältigen Wahrnehmung der Interessen der Rechtsuchenden dauerhaft außer Stande ist.**

***3. Abwegige persönliche Meinungen eines RA und diffamierende Äußerungen über Richter, Staatsanwälte und die Justiz insgesamt rechtfertigen noch nicht grundsätzlich die Aufforderung zur Vorlage eines Gutachtens über den Gesundheitszustand des RA. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn ein derartiges Verhalten des RA ernsthaft darauf hindeutet, dass er von seinen Vorstellungen in krankhafter Weise derart beherrscht sein kann, dass sich dies zugleich und in schwerwiegender Weise auf seine Fähigkeit auswirkt, die Belange seiner Mandanten noch sachgerecht und mit der gebotenen Sorgfalt wahrzunehmen.**

AGH Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 22.1.2010 – 1 AGH 12/09 (n.r.)

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Fachanwalt – Voraussetzungen für die Mindergewichtung einzelner Fälle

FAO § 5 Abs. 3

***1. Nimmt eine RAK eine Mindergewichtung einzelner Fälle eines Fachanwaltsanwärters vor, muss sie die in Betracht gezogenen Fälle genau bezeichnen und die Gründe dafür nennen. Dem Ast. muss zudem eine Ausschlussfrist zur Nachmeldung von Fällen oder/und Erfüllung der Auflagen gesetzt werden und er muss auf die Rechtsfolgen der Nichterfüllung hingewiesen werden. Hinsichtlich dieser Mitteilung gelten die gleichen Anforderungen wie für den Inhalt eines ablehnenden Bescheides selbst, wenn die Ablehnung wegen Defiziten in der Zahl der Fälle ausgesprochen wird.**

***2. Es bestehen Bedenken, ob § 5 Satz 3 FAO einer Überprüfung auf ihre Wirksamkeit als grundrechtseinschränkende Norm standhalten würde, da bei dieser Vorschrift sowohl Gewichtungskriterien als auch Grenzen einer Gewichtung nach oben und unten fehlen. Dadurch besteht die Gefahr willkürlicher Gewichtungen und sachwidriger Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen RAen.**

***3. Die Anwendbarkeit von § 5 Satz 3 FAO lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn diese Vorschrift streng nach ihrem Wortlaut angewandt wird und lediglich einzelne Fälle nach Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit anders gewichtet werden.**

Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 18.1.2010 – AGH 18/09

Aus den Gründen:

I. Der Ast., der seit dem … 1995 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, hat mit Schr. v. 9.9.2008 bei der Agin. beantragt, ihm die Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht" zu gestatten.

Seinem Antrag fügte er zum Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse gem. § 6 Abs. 2 FAO ein Zertifikat über die Teilnahme an dem Fachanwaltslehrgang Erbrecht in Hannover des ARBER-Verlages v. 7.2.–21.6.2008 sowie die drei von ihm im Rahmen dieses Lehrgangs geschriebenen Klausuren mit ihren Bewertungen bei. Hinsichtlich der Einzelheiten des Zertifikats wird auf Bl. 7 der Beiakte Bezug genommen.

Zum Nachweis seiner besonderen praktischen Erfahrung fügte der Ast. seinem Antrag gem. §§ 5, 6 Abs. 3 FAO eine Liste der von ihm auf dem Gebiet des Erbrechts bearbeiteten Fälle, bei (Bl. 10–61 der Beiakte). In dieser Liste sind aufgeführt unter

Teil 1: Rechtsförmliche Verfahren

A. Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit: 6 Fälle

B. Sonstige rechtsförmliche Verfahren: 32 Fälle (in der bis Fall 33 gehenden Auflistung fehlt Fall 27)

Teil 2: sonstige Fälle

A. außergerichtliche Vertretung: 15 Fälle

B. Beratungen: 49 Fälle

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die vom Ast. eingereichte Fallliste, Bl. 10–61 der Beiakte, Bezug genommen.

Nachdem der Ast. mit Schr. v. 11.12.2008 bei der Agin. eine Entscheidung über seinen Antrag angemahnt hatte, wurde ihm mit Schr. des Berichterstatters des Fachausschusses für Erbrecht der RAKn Braunschweig, Celle und Oldenburg v. 18.12.2008 (Bl. 75–76 der Beiakte) u.a. mitgeteilt, dass für den Berichterstatter hinsichtlich der Fälle Teil 1 A. der Fallliste Nr. 2, 4, 5 und 6 und Teil 1 B. Nr. 1, 6, 13, 16, 24, 28 und 31 noch unklar sei, ob diese anerkannt werden könnten und dass die in Teil 2 B. der Fallliste nachgewiesenen Beratungsfälle nicht alle mit einem vollen Punkt gewichtet werden könnten. Aus diesem Grund erscheine dem Berichterstatter die vom Ast. dargelegte Gesamtzahl der Fälle nicht geeignet, die geforderten Fälle mit einer Gewichtung von insgesamt 80 „Punkten“ nachzuweisen. Da der Ast. am Ende seiner Fallliste darauf hingewiesen hatte, dass er in dem maßgeblichen Zeitraum noch weitere erbrechtliche Mandate betreut habe, die aus Zeitgründen bisher nicht aufgeführt wurden (Bl. 61 der Beiakte), stelle er, der Berichterstatter, anheim, möglichst noch bis zu 20 weitere erbrechtliche Mandate darzulegen, die vom Ast. in dem Berichtszeitraum bearbeitet wurden. Des Weiteren bat der Berichterstatter den Ast. mit diesem Schreiben um die Übersendung der Handakten oder Kopien der Handakten (auch in anonymisierter Form) als Arbeitsproben zu insgesamt neun im Einzelnen aufgeführten Fällen. Eine Maßnahme gem. § 24 Abs. 4 FAO sei in diesem Schreiben noch nicht zu sehen. Abschließend wies der Berichterstatter des Fachausschusses den Ast. darauf hin, dass er seiner Stellungnahme bis zum 16.1.2009 entgegensehe (Bl. 71–73 der Beiakte).

Der Ast. erwiderte daraufhin mit Schr. v. 18.12.2008 (Bl. 77 der Beiakte) und wies u.a. darauf hin, dass es aus seiner Sicht irrelevant sei, mit welchen „Punkten“ der Fachausschuss seine Fälle bewerte, da § 5 m) FAO nicht von Punkten, sondern von „Fällen“ spreche, die er auch nach der Zählung des Fachausschusses erbracht habe. Weiter verwies er darauf, dass eine Vorlage von Arbeitsproben durch den Fachausschuss nicht mehr verlangt werden könne, da diese Anforderung innerhalb von drei Monaten hätte erfolgen müssen. Falls der Fachausschuss diese Ansicht nicht teile, sei er gern bereit, diese gerichtlich überprüfen zu lassen. Abschließend forderte er den Berichterstatter des Fachausschusses auf, ihm bis zum nächsten Tag, dem 19.12.2008, schriftlich zu bestätigen, dass er die Voraussetzungen für die Gestattung zum Führen der Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht“ erfüllt habe.

Der Berichterstatter des Fachausschusses empfahl daraufhin mit Schr. v. 19.12.2008 (Bl. 78–83 der Beiakte), den Antrag zurückzuweisen, da der Ast. nicht den Nachweis seiner besonderen praktischen Erfahrungen im Fachgebiet Erbrecht erbracht habe. Zur Begründung führte er aus, dass eine Gewichtung der anzuerkennenden Fälle aus der Fallliste des Ast. nach § 5 Abs. 3 FAO dazu führe, dass die Fälle mit 71,3 Punkten zu bewerten seien und der Ast. deshalb seine besonderen praktischen Erfahrungen nicht nachgewiesen habe. Nachdem der Zweitberichterstatter und der \/orsitzende des Fachausschusses sich dem Votum des Berichterstatters angeschlossen hatten (Bl. 83 der Beiakte), empfahl der Fachausschuss der Agin., den Antrag zurückzuweisen (Bl. 84 f. der Akte).

Die Agin. übersandte mit Schr. v. 14.1.2009 das Votum des Fachausschusses v. 19.12.2008 an den Ast. und wies u.a. darauf hin, dass § 5 Satz 3 FAO dem Fachausschuss die Möglichkeit eröffne, in Ansehung von Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle eine höhere oder niedrige Gewichtung durchzuführen. Von dieser Möglichkeit habe der Fachausschuss bei der Bewertung des Antrags Gebrauch gemacht, so dass sich nach Einschätzung des Fachausschusses aus der vom Ast. vorgelegten Fallliste noch nicht die notwendige Fallzahl ergäbe. Weiter wies die Agin. darauf hin, dass § 24 Abs. 4 FAO dem Fachausschuss die Möglichkeit eröffne, vom Ast. eine Nachbesserung zu verlangen und dass der Fachausschuss von dieser Möglichkeit mit seinem Schr. v. 18.12.2008 Gebrauch gemacht habe. Da der Antrag deshalb nach dem derzeitigen Stand zurückzuweisen sei, regte die Agin. an, dass der Ast. die vom Fachausschuss geforderten weiteren Auskünfte erteilen solle.

Im Rahmen weiterer umfangreicher Korrespondenz zwischen den Parteien wies die Agin. den Ast. mit Schr. v. 8.4.2009 darauf hin, dass der Fachausschuss zu dem Ergebnis gelangt sei, dass der Ast. bisher keinen ausreichenden Nachweis seiner praktischen Erfahrungen erbracht habe und der Antrag deshalb derzeit nach Aktenlage abzulehnen wäre. Gleichzeitig wurde der Ast. vor einer abschließenden Entscheidung der Agin. um eine Stellungnahme dazu gebeten, ob er beabsichtige, seine Antragsunterlagen zu ergänzen. Der Ast. erklärte mit Schr. v. 15.4.2009, dass eine Ergänzung seiner Antragsunterlagen von ihm nicht beabsichtigt sei. Er verwies zur Begründung darauf, dass er eine ausreichende Anzahl von bearbeiteten Fällen aus dem Bereich des Erbrechts vorgelegt habe und das „Punktesystem“ des Berichterstatters für willkürlich halte.

Die Agin. schloss sich daraufhin mit Bescheid v. 5.5.2009 der Auffassung des Fachausschusses an und wies den Antrag auf Gestattung der Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht“ zurück. Zur Begründung verwies die Agin. darauf, dass der Ast. zwar den Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse, nicht aber den seiner besonderen praktischen Erfahrungen im Erbrecht erbracht habe. Von den in der Fallliste des Ast. aufgeführten sechs rechtsförmlichen FGG-Verfahren könnten nur die Fälle 1, 3 und 5 anerkannt werden, so dass von 3,0 Fällen aus diesem Bereich auszugehen sei. Von den 32 in der Fallliste enthaltenen sonstigen rechtsförmlichen Verfahren könnten nur die Fälle 2–5, 7–12, 14, 15, 17–23, 25, 26, 29, 30, 32 und 33 mit jeweils 1,0, also insgesamt 25 Fälle anerkannt werden. Die Fälle 6 und 16 wären als sonstige Fälle zu bewerten.

Von den darüber hinaus in der Fallliste aufgeführten 15 sonstigen Fällen einer außergerichtlichen Vertretung seien die Fälle Nr. 1–7, 9, 10, 11, 14 und 15 mit jeweils 1,0, der Fallnummer 12 mit 0,5 und der Fallnummer 13 mit 0,8 Punkten zu bewerten, so dass sich eine Gesamtpunktzahl von 13,3 Punkten ergäbe. Von den in der Fallliste aufgeführten sonstigen Beratungsfällen seien die Fälle Nr. 5, 18, 35, 46, 47, 48 und 49 mit jeweils 1,0 Punkten, die Fälle Nr. 12, 17 und 36 mit jeweils 0,8 Punkten, die Fälle 3, 4, 7, 16, 21, 23, 27, 38 und 41 mit jeweils 0,7 Punkten, die Fälle 19, 29 und 34 mit jeweils 0,6 Punkten und die Fälle 1, 2, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 37, 39, 40, 44 und 45 mit jeweils 0,5 Punkten zu bewerten, so dass sich insoweit eine Gesamtfallzahl von 28,0 ergäbe. Die notwendige Anzahl von 80 bearbeiteten Fällen sei damit nicht erreicht. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Bescheid der Agin. v. 5.5.2009, Bl. 82–89 der Gerichtsakte, Bezug genommen. Der Bescheid wurde dem Ast. am 6.5.2009 zugestellt.

Zwischenzeitlich hatte der Ast. mit Schriftsatz v. 24.12.2008 beim AGH beantragt, die Agin. zu verpflichten, ihm die Gestattung zur Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht" zu erteilen, hilfsweise seinen entsprechenden Antrag zu bescheiden. Nachdem die Agin. mit Bescheid v. 5.5.2009 über den Weg entschieden hatte, haben beide Parteien dieses Verfahren vor dem AGH (Az. AGH 29/08) in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Mit Schriftsatz v. 5.6.2009, der beim AGH am 5.6.2009 vorab per Telefax eingegangen ist, stellte der Ast. einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung und beantragt, den am 6.5.2009 zugestellten Bescheid der Agin. v. 5.5.2009 aufzuheben und dem Ast. die Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht" zu gestatten.

Darüber hinaus beantragte der Ast. mit Schriftsatz v. 19.6.2009 den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Antrag, dem Ast. vorläufig zu gestatten, die Bezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht" zu führen.

Zur Begründung seines Antrags auf gerichtliche Entscheidung vertritt der Ast. zum einen die Auffassung, dass die ablehnende Entscheidung der Agin. formelle Mängel aufweise. Er bestreitet, dass der an dem Votum des Fachausschusses beteiligte Herr S. Mitglied des Fachausschusses sei. Weiter bestreitet er, dass der Fachausschuss einen Beschluss über die Behandlung seines Antrags gefasst habe; bei dem Schr. des Berichterstatters v. 19.12.2009 handele es sich vielmehr nur um eine Beschlussempfehlung. Darüber hinaus sei ihm vor Erlass des Bescheides v. 5.5.2009 keine Auflage gem. § 24 Abs. 4 FAO erteilt worden.

Des Weiteren beruft sich der Ast. darauf, dass der Bescheid auch materielle Mängel aufweise. Er verweist dabei insbesondere darauf, dass bei der Agin. kein Bewertungsschema existiere, nach dem die von ihm bearbeiteten und mitgeteilten Fälle gewichtet wurden. Darüber hinaus vertritt der Ast. die Auffassung, dass einzelne von der Agin. aus unterschiedlichen Gründen gar nicht berücksichtigte Fälle anzuerkennen seien. Insoweit wird hinsichtlich der Einzelheiten auf den Inhalt des Schriftsatzes des Ast. v. 5.6.2009 auf S. 14 ff. (Bl. 46 ff. der Gerichtsakte) Bezug genommen.

Zur Begründung seines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung trägt der Ast. ergänzend vor, dass ihm ohne Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung erheblicher wirtschaftlicher Schaden entstehen würde. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass er als Fachanwalt für Erbrecht mehr erbrechtliche Mandate erhalten würde als ohne diese Fachanwaltsbezeichnung. Er verweist weiter darauf, dass er bereits zum Jahreswechsel 2008/2009 eine Anzeige im örtlichen Telefonbuch „Das Örtliche O." unter Hinweis auf seine Fachanwaltschaft für Erbrecht in Auftrag gegeben hatte, dieser Auftrag sei von ihm wegen der Nichtbescheidung seines Antrags storniert worden.

Insoweit legte der Ast. eine Fotokopie des Korrekturabzuges des Verlags H. GmbH & Co. KG vor (Bl. 39 der Gerichtsakte). Eine weitergehende Glaubhaftmachung des Sachvortrages aus dem Schriftsatz v. 19.6.2009 ist nicht erfolgt.

Die Agin. hat mit Schriftsatz v. 8.7.2009 beantragt, die Anträge des Ast. zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht sich die Agin. inhaltlich auf den Bescheid v 5.5.2009 und weist ergänzend darauf hin, dass Herr RA S. Mitglied des gemeinsamen Fachausschusses für Erbrecht der RAKn in Braunschweig, Celle und Oldenburg sei. Dieser Fachausschuss habe durch seine nach der internen Geschäftsverteilung zuständigen Mitglieder ein einstimmiges Votum abgegeben, das dem Ast. mit Schr. v. 14.1.2009 zur Kenntnis gegeben wurde. Gleichzeitig sei ihm Gelegenheit zur Stellungnahme und Nachbesserung gegeben worden. Vor Abfassung des Bescheides sei dem Ast. nochmals mit Schr. v. 8.4.2009 das Ergebnis der Beschlussfassung des Vorstands der Agin. mitgeteilt und ihm Gelegenheit gegeben worden, seine Fallliste zu ergänzen und Arbeitsproben vorzulegen.

Hinsichtlich der hier vorgenommenen unterschiedlichen Gewichtung der vom Ast. bearbeiteten Fälle verweist die Agin. auf § 5 Satz 3 FAO, der ein solches Verfahren ausdrücklich vorsehe, und sie erläutert die Gründe für die Gewichtung einzelner vom Ast. bearbeiteter Fälle mit weniger als 1,0 Punkten. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes der Agin. 8.7.2009 (Bl. 140 ff. der Gerichtsakte) Bezug genommen.

Hinsichtlich des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vertritt die Agin. die Auffassung, dass dieser unzulässig und unbegründet sei, da mit einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde und der Ast. darüber hinaus nicht glaubhaft gemacht habe, dass für ihn ein Abwarten der endgültigen Entscheidung zu schweren und unzumutbaren Nachteilen führen würde.

Dem Senat lag die Akte der Agin. bzgl. des Fachanwaltsantrags des Ast. vor.

Sowohl der Ast. – bezogen auf den Antrag zur Hauptsache –, als auch die Agin. haben nicht auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

Der Ast. hat nach Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2010 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgenommen. In der Hauptsache haben sowohl der Ast. als auch die Agin. ihre schriftsätzlich angekündigten Anträge gestellt.

II. 1. Der Antrag des Ast. ist zulässig, er wurde insbesondere fristgerecht gestellt.

2. Der Antrag ist jedoch nur teilweise begründet; im Übrigen ist die Sache noch nicht zur Entscheidung reif.

a) Der angefochtene Bescheid war aufzuheben, weil die Agin. bei der Vorbereitung der Entscheidung das vorgeschriebene Verfahren nicht ausreichend beachtet hat insbesondere dem Ast. nicht in gesetzlicher Weise Gelegenheit zur Nachmeldung von Fällen gegeben und auch sonst keine Auflage gem. § 24 Abs. 4 FAO erteilt hat, die den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hätte.

Keine Gelegenheit zur Nachmeldung von Fällen

Maßnahmen dieser Art wären aber im Hinblick auf die Begründung des angefochtenen Bescheides notwendig gewesen. Die Erklärungen der Agin., insbesondere in den Schr. v. 14.1.2009 und v. 8.4.2009, erfüllen die Anforderungen an Maßnahmen i.S.d. § 24 Abs. 4 FAO nicht.

Es bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, ob oder inwieweit die Agin. unmittelbar in das Verfahren des Fachausschusses eingreifen durfte, das dieser nach § 24 FAO zu beachten hat und deshalb an dessen Stelle Maßnahmen ergreifen durfte, wie etwa die Erteilung von Auflagen. Die Agin. hat insoweit in der mündlichen Verhandlung betont, es komme entscheidend auf ihre Maßnahmen an. Da der Fachausschuss letztlich für die Entscheidung der Agin. nur eine vorbereitende, beratende Funktion inne hat, mag einiges dafür sprechen, dass die Agin. trotz des Wortlautes des § 24 FAO zu entscheidenden und lenkenden Eingriffen in das Verfahren befugt ist, solange und soweit die Funktion des Fachausschusses im Rahmen des Verwaltungsverfahrens im Kern nicht beeinträchtigt wird.

Im vorliegenden Verfahren haben beide – Fachausschuss und Agin. selbst – indes zu Unrecht zulasten des Ast. die notwendi-

gen Maßnahmen mit der notwendigen Begründung nicht ergriffen.

Der Berichterstatter des Fachausschusses hatte dem Ast. mit seinem Schr. v. 18.12.2008 unter Hinweis auf Unklarheiten bzgl. einzelner Fälle und auf eine mögliche Mindergewichtung „anheim gestellt", noch weitere Mandate des Fachgebietes darzulegen und dabei ausdrücklich erklärt, darin sei keine Maßnahme i.S.d. § 24 Abs. 4 FAO zu sehen. Ein konkreter Hinweis darauf, welche Fälle aus Sicht des Berichterstatters nach § 5 Abs. 3 FAO nicht mit einem vollen Punkt zu bewerten sind, erfolgte nicht.

Die Agin. hatte in ihrer Stellungnahme v. 14.1.2009 unter Hinweis auf das als Anlage beigefügte Votum des Berichterstatters des Fachausschusses, aus dem sich im Einzelnen die von ihm vorgenommene Mindergewichtung von mehreren Fällen ergab, ebenfalls angeregt, der Ast. solle die vom Fachausschuss angeforderten Arbeitsproben übersenden und eine weitere Stellungnahme abgeben. Außerdem wies die Agin. in diesem Schr. darauf hin, dass der Fachausschuss in seinem Schr. v. 18.12.2008 von der ihm durch § 24 Abs. 4 FAO eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht habe. Damit hat die Agin. die Verfahrensvorschriften nicht ausreichend beachtet. Das Verwaltungshandeln muss klar und bestimmt sein. Der Ast. muss genau wissen, woran er ist. Nachdem ihm der Berichterstatter des Fachausschusses ausdrücklich mitgeteilt hatte, sein Schr. stelle keine Maßnahme i.S.v. § 24 Abs. 4 FAO dar, muss jede anschließende Änderung dieses Standpunktes eindeutig geklärt werden, sei es vom Berichterstatter, dem Vorsitzenden des Fachausschusses oder von der Agin. selbst. Diesen Anforderungen genügt das Schr. der Agin. v. 14.1.2009 nicht. Wenn dem Ast. Gelegenheit zur Nachmeldung von Fällen gegeben oder ihm eine Auflage erteilt werden soll, so muss dies in einer einheitlichen, in sich geschlossenen Mitteilung geschehen, es muss konkret und im Einzelnen nachvollziehbar dargelegt werden, was genau vom Ast. erwartet wird und warum. Dies gilt insbesondere dann, wenn mögliche Mindergewichtungen von Fällen nach § 5 Satz 3 FAO der Grund für die Maßnahme sein sollten.

Einzelne Fälle müssen genau bezeichnet werden

Dazu müssen die einzelnen Fälle, hinsichtlich derer der Fachausschuss eine Mindergewichtung erwägt, genau bezeichnet werden und die Gründe dafür genannt werden. Dem Ast. muss eine Ausschlussfrist zur Nachmeldung von Fällen oder/und Erfüllung der Auflagen gesetzt werden und er muss auf die Rechtsfolgen der Nichterfüllung hingewiesen werden. Hinsichtlich dieser Mitteilung gelten die gleichen Anforderungen wie für den Inhalt eines ablehnenden Bescheides selbst, wenn die Ablehnung wegen Defiziten in der Zahl der Fälle ausgesprochen wird (vgl. Senat, Beschl. v. 19.3.2002, BRAK-Mitt. 2002, 142, 143).

Die eher beiläufige und noch dazu widersprüchliche Mitteilung der Agin., man könne Auflagen erteilen bzw. man habe Auflagen erteilt, kann die tatsächliche Einräumung der Gelegenheit zur Nachmeldung von Fällen oder die tatsächliche Erteilung einer Auflage, die den aufgezeigten Anforderungen genügt, nicht ersetzen.

Insofern ist auch das Schr. der Agin. v. 8.4.2009 nicht als ausreichende Maßnahme i.S.d. § 24 Abs. 4 FAO gegenüber dem Ast. anzuerkennen, da auch dort nur der Ast. um eine Stellungnahme zu der Frage gebeten wurde, ob er beabsichtige, seine Antragsunterlagen zu ergänzen. Auch das Nachschieben von Gründen etwa im angefochtenen Bescheid vermag die fehlenden konkreten Hinweise im Rahmen einer notwendigen Maßnahme nach § 24 FAO nicht zu ersetzen (vgl. Thüringer, AGH, Beschl. v. 15.11.2004 – AGH 2/04, BRAK-Mitt. 2005, 134, 136).

Wegen der Nichtbeachtung des notwendigerweise einzuhaltenden Verfahrens leidet dieses an einem erheblichen Mangel, der im vorliegenden Falle auch nicht geheilt wurde, auch nicht durch eine etwaige Verletzung der grundsätzlich gebotenen Mitwirkungspflicht des Ast. (§§ 36a BRAO a.F., 215 Abs. 1 BRAO n.F.). Der Ast. hat diese Pflicht hier nicht verletzt. Er durfte auf die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns vertrauen. Ist diese in einer bestimmten Situation – wie hier – nicht gegeben, ist also eine eindeutige, bestimmte und begründete Maßnahme i.S.v. § 24 FAO nicht angeordnet worden, steht nicht der Ast. in der Pflicht, von sich aus dem Fachausschuss etwa Material oder Informationen zu liefern, die vielleicht oder absehbar den Entscheidungsprozess zu seinen Gunsten fördern könnten. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht wird erst dann entscheidungserheblich, wenn der Agin. bzw. dem Fachausschuss bei der Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen keine weiteren Möglichkeiten mehr zu Gebote stehen. Wenn der Ast. es vor diesem Hintergrund auf eine Entscheidung ankommen ließ und diese angefochten hat, darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, er verweigere Mitwirkungspflichten und werde auch künftig erteilte Auflagen ohnehin nicht erfüllen. Einen derartigen Schluss vermochte der Senat aus dem Verhalten und den Erklärungen des Ast. in dem gesamten Verfahren, auch in der mündlichen Verhandlung, nicht zu ziehen.

Der angefochtene Bescheid war deshalb aufzuheben. Die Agin. wird das fortzusetzen haben und – wenn sie meint, es bestehe konkret zu bestimmten Punkten weiterhin Aufklärungsbedarf – dem Ast. gegenüber konkrete Maßnahmen nach § 24 Abs. 4 FAO zu ergreifen haben, die den hier aufgezeigten Anforderungen genügen; sodann wird neu zu entscheiden sein.

b) Mit Rücksicht auf das bislang nicht fehlerfreie Verwaltungsverfahren, das bei Fortsetzung des Verfahrens noch zu einer anderen Entscheidung der Agin. i.S.d. Ast. führen könnte, konnte der Senat die in der mündlichen Verhandlung schon angesprochene Rechtsfrage, ob § 5 Satz 3 FAO überhaupt und – wenn ja – in welcher Weise Anwendung finden kann, offen lassen.

Bedenken hinsichtlich der Verfassungsgemäßheit von § 5 S. 3 FAO

Sollte es in dem fortgesetzten Verwaltungsverfahren wiederum auf eine abweichende Gewichtung von Fällen nach § 5 Satz 3 FAO ankommen, wäre zu erwägen, ob diese Vorschrift einer Überprüfung auf ihre Wirksamkeit als grundrechtseinschränkende Norm standhält. Wegen des völligen Fehlens sowohl von Gewichtungskriterien als auch von Grenzen der Gewichtungen nach unten wie nach oben bestehen insoweit Bedenken. Eine Norm, die das Grundrecht eines RA aus Art. 12 Abs. 1 GG einschränkt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.2.1998 – 1 BvR 2124/95, BRAK-Mitt. 1998, 145 f.), muss Mindestanforderungen an ihre Bestimmtheit erfüllen. Ohne ausreichende Bestimmtheit bestünde die Gefahr willkürlicher, weil beliebiger Gewichtungen und damit auch eine Gefahr sachwidriger Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Ast., die den Geboten des Art. 3 Abs. 1 GG zuwider liefen. In der bisherigen Rspr. und Literatur zu § 5 Satz 3 FAO ist diese Frage aus Sicht des Senats bislang viel zu wenig beleuchtet worden, obwohl schon verschiedentlich das Fehlen von Gewichtungskriterien registriert wurde (vgl. *Quaas*, BRAK-Mitt. 2006, 265, 267). Die bisher dazu vertretenen Auffassungen stellen die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift z.T. nicht einmal ansatzweise in Frage, sondern versuchen – vielfach ohne (nähere) Begründung – die Vorschrift lediglich praktisch handhabbar zu machen (vgl. BGH, Beschl. v. 20.4.2009 – AnwZ [B] 103/08, BRAK-Mitt. 2009, 177,

179 ff.; Thüringer AGH, Beschl. v. 15.11.2004 – AGH 2/04, BRAK-Mitt. 2005, 134 ff.; allgemein auch *Klose*, BRAK-Mitt. 2008, 150 ff.; *Praefke*, BRAK-Mitt. 1999, 158 f.; *Schäder*, BRAK-Mitt. 1999, 211 f.).

Die bisher zu erkennende „Vielstimmigkeit" in dieser Frage zeigt das hohe Maß an Unbestimmtheit der Vorschrift des § 5 Satz 3 FAO und lässt Zweifel aufkommen, ob sie bei grundrechtskonformer Auslegung überhaupt als Einschränkung der Berufsfreiheit angewendet weren darf und – wenn ja – nach welchen Maßstäben. Dabei fällt auf, dass sich die Vorschrift des § 5 Satz 3 FAO im Rahmen des so sehr streng formalisierten Fachanwalts-Zulassungsverfahrens als regelrecht systemwidrig abhebt, weil mit dieser Vorschrift ein u.U. stark wirkendes inhaltliches Korrektiv geschaffen wurde, dessen Zweck und Funktion zwar nicht in Frage steht, das aber wohl auch stärker in die eigentliche Systematik der FAO und des durch sie geregelten Verfahrens eingebunden bleiben muss. Das ließe sich nach vorläufiger Einschätzung des Senats möglicherweise nur dann rechtfertigen, wenn diese Vorschrift streng nach ihrem Wortlaut angewandt würde und lediglich einzelne Fälle nach Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit ggf. anders gewichtet werden.

3. Die sofortige Beschwerde war hier nicht zuzulassen. Zwar liegt – soweit ersichtlich – noch keine höchstrichterliche Rspr. zu Einzelheiten der Anwendung des § 24 Abs. 4 FAO vor. Die Entscheidung im vorliegenden Fall betrifft nur diesen Einzelfall, in dem gesetzliche Vorgaben, die sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben, nicht beachtet wurden. Eine grundsätzliche Bedeutung i.S.v. §§ 223 Abs. 3 BRAO a.F., 215 Abs. 3 BRAO n.F., kommt der Entscheidung deshalb nicht zu.

Pflichtverletzung – Verstoß gegen ein Tätigkeitsverbot

BRAO § 45 Abs. 1 Satz 1

***Ein RAuN verstößt gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO, wenn er zunächst ein Testament beurkundet und später für die im Testament benannte Alleinerbin in einem Prozess Pflichtteilsansprüche abwehrt, unabhängig davon, ob ein konkreter Interessengegensatz vorliegt.**

AnwG Frankfurt a.M., Beschl. v. 5.5.2010 – IV AG 22/10

Aus den Gründen:

Der RAuN beurkundete am … zu seiner Urkunden-Nr.: … ein Einzeltestament der B. Danach wurde Frau L. als Alleinerbin eingesetzt. Nach dem Eintritt des Erbfalls machten die beiden Schwestern der L., Frau W. und Frau K., Pflichtteilsansprüche geltend. Zwischen L., W. und K. wurde vor dem LG D. ein Pflichtteilsprozess geführt. Bei diesem Prozess vertrat der RAuN Frau L. anwaltlich mit dem Ziel, die Pflichtteilsansprüche abzuwehren.

In diesem Sachverhalt ist ein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zu sehen.

Ohne Zweifel ist der RA in derselben Rechtssache tätig geworden, in der er bereits als Notar durch die Beurkundung des Testaments tätig war. Es handelt sich hier um denselben Sachverhalt, der durch den Erbfall vorgegeben ist.

Abstrakte Gefahr eines Interessengegensatzes reicht aus

Damit ist der Tatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO erfüllt. Nach der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung ist der Notar gehindert, als RA die Interessen einzelner Erben bei der Erbauseinandersetzung zu vertreten oder im Falle der Geltendmachung von Pflichtteils- und Vermächtnisansprüchen Mandate für oder gegen die Erben zu übernehmen (*Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 45 Rdnr. 9; *Hartung/Römermann*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, § 45 Rdnr. 20). Mit dem Hinweis des RA, dass es im vorliegenden Fall zu keinen Interessenkollisionen gekommen ist, kann dieser nicht gehört werden. Eine konkrete Schädigung der Interessen des Mandanten ist ebenso wenig erforderlich, wie eine Parteimehrheit oder konkreter Interessengegensatz (AGH Celle, BRAK-Mitt. 2005, 87; *Feuerich/Weyland*, § 45 Rdnr. 6, *Gaier/Wolf/Göcken/Bohrmann*, Anwaltliches Berufsrecht, 1. Aufl., 2010, § 45 Rdnr. 16). § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO besteht auf einer strikten Trennung zwischen Anwalts- und Notariatstätigkeit (*Kleine-Cosack*, BRAO, § 45 Rdnr. 15). Die Reichweite von § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO beim Rollentausch vom Amtsträger zum Anwalt ist weiter als diejenige von § 356 StGB, § 43a Abs. 4 BRAO, die im Gegensatz dazu eine Interessenkollision verlangen (*Gaier/Wolf/Göcken/Bohrmann*, § 45 Rdnr. 16).

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung war deshalb zurückzuweisen.

Zur Herausgabe von Handakten

BRAO § 43, § 50, § 113 Abs. 1

***1. Weder aus § 50 BRAO noch aus der Generalklausel des § 43 BRAO kann eine berufsrechtliche, sanktionierbare Pflicht des RA zur Herausgabe der Handakten hergeleitet werden.**

***2. Der bisherigen herrschenden Rspr. zur Einheitlichkeit der Pflichtverletzung im anwaltsgerichtlichen Verfahren wird nicht gefolgt. Eine Rechtsgrundlage, die zur Annahme einer sachlich-rechtlichen Handlungseinheit verschiedener strafprozessualer Taten zwingt, ist nicht ersichtlich. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung ist auch nicht aus § 113 Abs. 1 BRAO herzuleiten.**

***3. Kann der Tatnachweis bzgl. einer selbstständigen Tat nicht geführt werden, so hat Teilfreispruch zu erfolgen. Im Übrigen liegt die sinngemäße Anwendung der §§ 52 bis 55 StGB nahe. Die einheitliche Maßnahme nach § 113 Abs. 1 BRAO kann mit der Gesamtstrafe nach § 53 StGB gleichgesetzt werden.**

AnwG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.3.2010 – IV AG 01/09 – 4 EV 335/08

Aus den Gründen:

I. Der RA ist 56 Jahre alt und in … in eigener Kanzlei alleine als Allgemeinanwalt tätig. Seine wirtschaftlichen Verhältnisse sind geordnet. Unterhaltspflichten hat er keine. Anwaltsgerichtlich ist er bisher wie folgt in Erscheinung getreten.

Am 3.11.2004 verurteilte ihn das AnwG Frankfurt wegen Nichterteilung eines Zeugnisses für eine Rechtsreferendarin und wegen Nichtrücksendung einer Bußgeldakte sowie wegen Nichtabgabe von Stellungnahmen gegenüber der RAK zu einem Verweis und einer Geldbuße v. 2.000 Euro.

Am 13.9.2006 verurteilte ihn das AnwG Frankfurt wegen Nichtrücksendung eines Empfangsbekenntnisses und Nichtabgabe einer Stellungnahme gegenüber der RAK zu einem Verweis und einer Geldbuße v. 1.500 Euro.

II. Die Zeugin K. suchte im Dezember 2007 die Kanzlei des RA auf, um sich in einer familienrechtlichen Angelegenheit im Rahmen der Beratungshilfe beraten zu lassen. Hierbei übergab sie dem RA einige Originalunterlagen zur Prüfung. Der RA wurde nach Abschluss der Beratung sowohl von der Zeugin K. als auch von deren neuen Prozessbevollmächtigten zur Rücksendung der Originalunterlagen aufgefordert. Der RA kam dem nicht nach. Er händigte die Unterlagen erst im Rahmen einer vor dem AG erhobenen Zivilklage der Zeugin K. aus. Der

Rechtsstreit wurde insoweit für erledigt erklärt. Wegen dieses Verhaltens hatte die Zeugin K. unter dem 26.5.2008 Beschwerde gegen den RA bei der RAK erhoben. Der RA wurde von der RAK mit Schr. v. 28.5.2008 und 24.6.2008 unter Fristsetzung bis zum 16.7.2008 zur Stellungnahme zur Beschwerde aufgefordert. Diese Schr. hat der RA auch erhalten. Trotzdem antwortete er nicht. Wegen der Nichtbeantwortung der Anfragen wurde ihm unter dem 21.8.2008 eine Rüge erteilt, die auch rechtskräftig ist. Dieser vorbezeichnete Sachverhalt beruht auf dem vom RA in der Hauptverhandlung abgegebenen voll umfänglichen und glaubhaften Geständnis.

III. Der RA hat eine Berufspflichtverletzung begangen, da er mit der Nichtbeantwortung der Anfrage der RAK gegen § 56 Abs. 1 Satz 1 BRAO verstoßen hat.

IV. Soweit dem RA in der Anschuldigungsschrift vorgeworfen wurde, dass er der Mandantin auf Aufforderung nicht die Originalakten herausgegeben hat, war er aus Rechtsgründen freizusprechen.

Keine berufsrechtliche Pflicht zur Herausgabe der Akten

In der Nichtherausgabe der Originalunterlagen liegt keine Berufspflichtverletzung, da eine Pflicht zur Herausgabe der Originalunterlagen in berufsrechtlicher Hinsicht nicht besteht (AnwG Düsseldorf, Beschl. v. 24.7.2008, Az.: IV A 1623/07; *Hartung/Römermann-Nerlich*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl., 2008, § 50 BRAO Rdnr. 123, 125, *Henssler/Prütting-Prütting*, § 43 Rdnr. 21, sog. Transformations- und Abschichtungsfunktion). Das Zusammenwirken von § 43 BRAO mit anderen gesetzlichen Bestimmungen trägt demnach den im anwaltlichen Disziplinarrecht geltenden Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG Rechnung. § 43 BRAO allein wäre als Grundlage anwaltsgerichtlicher Maßnahmen zu unbestimmt (*Feuerich/Weyland*, § 43 Rdnr. 7). Werden, wie im vorliegenden Fall, rein zivilrechtliche Pflichten oder Normen verletzt, so können diese aber nicht über § 43 BRAO in das Berufsrecht transformiert werden (Allg. Meinung, AnwG Düsseldorf, a.a.O.; *Feuerich/Weyland*, § 43 Rdnr. 18; *Kleine-Cosack*, § 43 Rdnr. 16). Eine berufsrechtliche Kontrolle der sachlichen Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Tätigkeit des RA ist unzulässig, weil sonst dessen persönliche und sachliche Unabhängigkeit beeinträchtigt wäre (*Feuerich/Weyland*, § 43 Rdnr. 18). Verstöße gegen vertragliche Pflichten, wie hier die Verletzung des Herausgabeanspruchs, haben deshalb nur zivilrechtliche, nicht aber berufsrechtliche Folgen. Ob eine andere Betrachtung bei grob vertragswidrigen Verhaltensweisen, wie etwa sittenwidriger Schädigung, angebracht ist (*Feuerich/Weyland*, § 43 Rdnr. 19), bedarf hier keiner Erörterung, da Anhaltspunkte hierfür im vorliegenden Fall nicht gegeben sind. Mangels Berufspflichtverletzung durch die Nichtherausgabe der Originalunterlagen war der RA in diesem Punkt freizusprechen.

V. Da die beiden angeschuldigten Taten real konkurrieren i.S.d. § 53 StGB, hatte ein Teilfreispruch zu ergehen (vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl., 2009, § 260 Rdnr. 13). Die Kammer folgt nicht dem bisher im anwaltlichen Berufsrecht überwiegend vertretenen Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung, nachdem über den gesamten in einer Anschuldigungsschrift angeschuldigten Sachverhalt, der sich aus mehreren Anschuldigungspunkten zusammensetzt, nur einheitlich entschieden werden kann (BGH, NJW 2002, 834). Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung ist im Schrifttum bereits vermehrt auf Kritik gestoßen, da er zu materiell-rechtlich wie prozessual ungerechtfertigten Einzelergebnissen führt (*Feuerich/Weyland*, § 114 Rdnr. 70 ff.; *Jähnke*, FS für Pfeiffer, 1988, 941, 948 ff.; *Eylmann*, AnwBl. 1999, 338; *Prütting*, AnwBl. 1999, 367 ff.).

Dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung wird nicht gefolgt

Insofern folgt die Kammer der neueren Rspr., die den Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung aufgibt (AGH Niedersachsen; BRAK-Mitt. 2003, 36; AGH Hamburg, BRAK-Mitt. 2009, 129 ff.). Der AGH Hamburg weist darauf hin, dass der Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung nicht aus dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 BRAO hergeleitet werden kann. Danach ist lediglich auf eine einzige Maßnahme nach § 114 BRAO zu erkennen, auch wenn mehrere Pflichtverletzungen anwaltsgerichtlich geahndet werden. Eine prozessual einheitliche Behandlung ist damit nicht verbunden, denn die materiell-rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Taten bleibt bestehen. Auch sprechen prozessökonomische Gründe für die Aufgabe der Rechtsfigur der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung. So führt dieser Grundsatz dazu, dass bei einer Anfechtung des Urt. auch die Vorwürfe zu untersuchen sind, gegen die sich die Berufung nicht wendet. Letztlich wenden die Vertreter des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung selbst diesen auch nicht konsequent an, sondern machen hiervon Ausnahmen im Einzelfall, um sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden (so insgesamt AGH Hamburg, BRAK-Mitt. 2009, 129, 131). Diesen überzeugenden Ausführungen schließt sich die Kammer an.

VI. Bei der Bemessung der anwaltsgerichtlichen Sanktion war zugunsten des RA zu berücksichtigen, dass er ein umfassendes von Reue getragenes Geständnis abgegeben hat. Auch befand er sich damals in einer schwierigen persönlichen Situation. Zu seinen Lasten musste jedoch berücksichtigt werden, dass er bereits zweimal anwaltsgerichtlich in Erscheinung getreten ist. Vor diesem Hintergrund waren ein Verweis und eine Geldbuße i.H.v. 800 Euro angemessen, aber auch erforderlich.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Keine Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber einem Datenschutzbeauftragten

BRAO § 43a Abs. 2; StGB § 203; BDSG § 1 Abs. 3, § 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 38, § 43 Abs. 1 Nr. 10

***Aus der Kontrollpflicht der Datenschutzbehörde ergibt sich keine gesetzliche Befugnis oder gar Verpflichtung des RA zur Weitergabe mandatsbezogener Informationen an den Datenschutzbeauftragten. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht wird nicht durch § 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG außer Kraft gesetzt.**

KG, Beschl. v. 20.8.2010 – 1 Ws (B) 51/07

Aus den Gründen:

Der Berliner Beauftrage für Datenschutz und Informationsfreiheit hat gegen den Betroffenen einen Bußgeldbescheid mit einer Geldbuße von 3.000 Euro wegen einer – wie sich aus

dem Gesamtzusammenhang des Bescheides ergibt – vorsätzlichen Zuwiderhandlung nach den §§ 43 Abs. 1 Nr. 10, 38 Abs. 3 Satz 1 BDSG erlassen. Auf seinen Einspruch hat ihn das AG durch Urt. v. 5.10.2006 von diesem Vorwurf aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Die Rechtsbeschwerde der Amtsanwaltschaft, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt, bleibt ohne Erfolg.

Das AG hat festgestellt: Der Betroffene, ein RA, hatte als Verteidiger in einem Strafverfahren vor dem AG P. am 23.8.2004 zwei Briefe zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht, die ein Zeuge, der mit dem Angeklagten in einem Nachbarschaftsstreit lag, an seine Hausverwaltung geschrieben hatte. Trotz mehrfacher Aufforderung durch den Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit verweigerte der Betroffene unter Berufung auf seine anwaltliche Verschwiegenheitspflicht die Auskunft, wie er in den Besitz der Briefe gekommen war.

Der Senat entscheidet über die Rechtsbeschwerde nach § 80a Abs. 3 Satz 1 OWiG in der Besetzung mit drei Richtern.

Das angefochtene Urteil ist nicht zu beanstanden. Das AG hat den Betroffenen zu Recht freigesprochen. Die festgestellte Auskunftsverweigerung des Betroffenen ist nicht bußgeldbewehrt.

Nach § 43 Abs. 1 Nr. 10 BDSG handelt (in der hier in Betracht kommenden Alternative) ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 38 Abs. 3 Satz 1 BDSG eine von der Aufsichtsbehörde verlangte Auskunft nicht erteilt. Die Frage, ob der Datenschutzbeauftragte Auskunft über die Herkunft von Informationen verlangen darf, die der RA im Zusammenhang mit einer Strafverteidigung erlangt und verwendet hat, ist obergerichtlich – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.

Den Bestimmungen des BDSG sind auch RAe als nicht öffentliche Stellen (§§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 2 Abs. 4 Satz 1 BDSG) unterworfen, wenn sie – wie hier der Betroffene – personenbezogene Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG) erheben (§ 3 Abs. 3 BDSG) und nutzen (§ 3 Abs. 5 BDSG). Allerdings sieht § 1 Abs. 3 BDSG Einschränkungen vor, die den Anwendungsbereich des BDSG als Auffanggesetz begrenzen (vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl., Rdnr. 23 zu § 1).

Nach Satz 1 dieser Bestimmung gehen dem BDSG andere Rechtsvorschriften des Bundes vor, die auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind. Soweit das AG in den Bestimmungen der BRAO eine „bereichsspezifische Sonderregelung" i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG sieht, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Inwieweit die Subsidiaritätsklausel greift, bestimmt sich allein nach Ziel und Inhalt der mit dem BDSG konkurrierenden Vorschrift (vgl. *Walz* in Simitis [Hrsg.], BDSG, 6. Aufl., Rdnr. 170 zu § 1). Die berufsrechtlichen Bestimmungen der BRAO betreffen überwiegend den Schutz des Mandanten und das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege, dessen selbstständiges Organ der RA ist (§ 1 BRAO). Der Schutz von Gegnern des Mandanten oder sonstigen Dritten ist nicht Normzweck der BRAO (*Redeker* in *Abel* [Hrsg.], NJW-Schriften 63, 2. Aufl., 45). Das BDSG hingegen schützt sämtliche Personen, die durch den Umgang des RA mit personenbezogenen Daten beeinträchtigt werden (§ 1 Abs. 1 BDSG). Die Rechtsbeschwerde weist zutreffend darauf hin, dass die Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG schon nach ihrem Wortlaut die Verdrängung des BDSG lediglich in dem Umfang normiert, „soweit" für deckungsgleiche Sachverhalte in anderen Rechtsvorschriften abweichende Regelungen vorliegen (vgl. *Walz*, a.a.O.; *Gola/Schomerus*, a.a.O., Rdnr. 24 zu § 1). Von der erforderlichen Tatbestandskongruenz (vgl. *Schmidt* in *Taeger/Gabel*, BSDG, Rdnr. 33 zu § 1) mit dem BDSG kann bei den durch das AG zitierten §§ 43a Abs. 2, 56 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 4, 74, 113 ff. BRAO keine Rede sein. Sie bestimmen die anwaltlichen Pflichten im Umgang mit Daten, die Kontroll- und Aufsichtspflichten sowie die Sanktionsmöglichkeiten (der RAK) nur rudimentär, haben keinen mit dem Schutzzweck des BDSG vollständig übereinstimmenden Regelungsgehalt und schließen somit die Anwendbarkeit des BDSG nicht aus.

Hingegen ist hier § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG einschlägig. Nach dieser Bestimmung bleibt u.a. die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten „unberührt". Danach schließen andere gesetzliche Vorschriften die Anwendung des BDSG aus, wenn sie derartige Geheimhaltungspflichten zum Gegenstand haben und den davon betroffenen Personenkreis weitergehend als im BDSG schützen (vgl. *Gola/Schomerus*, a.a.O., Rdnr. 25 zu § 1). Eine solche Verschwiegenheitsverpflichtung des RA, die sich auf alles bezieht, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, ergibt sich aus § 43a Abs. 2 Satz 1 und 2 BRAO. Sie gehört, wie die Gesetzesüberschrift zeigt, zu den anwaltlichen Grundpflichten, die nicht nur den individuellen Belangen des RA und seines Mandanten dienen, sondern auch dem öffentlichen Interesse einer wirksamen und geordneten Rechtspflege Rechnung tragen (vgl. BVerfGE 110, 226, 252). Die Institution Strafverteidigung genießt durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlichen Schutz. Das steht im Einklang mit der Rspr. des EGMR, wonach der Schutz der Vertraulichkeit der zwischen RA und Mandant ausgetauschten Informationen eine wesentliche Garantie des Rechts auf Verteidigung darstellt (vgl. EGMR, NJW 2007, 3409, 3411; EuGRZ 2003, 472, 478; *König* in: Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, 325, 335). Danach ist der Strafverteidiger weder berechtigt noch verpflichtet, die im Rahmen des Mandatsverhältnisses erhaltenen Informationen an Dritte weiterzugeben.

Anwaltliche Verschwiegenheitspflicht geht vor

Die Verschwiegenheitspflicht wird nicht durch § 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG außer Kraft gesetzt. Die Vorschrift stellt zwar klar, dass der in § 1 Abs. 3 BDSG festgeschriebene Vorrang von Spezialvorschriften nicht eingreift und auch alle personenbezogenen Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen, der Kontrolle des Datenschutzbeauftragten zugänglich sind. Die Regelung betrifft aber nur den Bereich der öffentlichen Stellen (§ 24 Abs. 1 BDSG).

Für private Stellen gelten die §§ 27 bis 38a BDSG, allerdings nicht, wie § 27 Abs. 1 BDSG und im Umkehrschluss auch § 27 Abs. 2 BDSG zeigen, beim Umgang mit personenbezogenen Daten außerhalb von nicht automatisierten Dateien (§ 2 Abs. 2 Satz 2 BDSG), soweit sie nicht aus einer automatisierten Datei entnommen worden sind. Dazu hat das AG, aus seiner Sicht folgerichtig, keine näheren Feststellungen getroffen. Soweit die Generalstaatsanwaltschaft es in ihrer Zuschrift als „naheliegend" bezeichnet, dass die verfahrensgegenständlichen Briefe beim Adressaten (der Hausverwaltung), jedenfalls in einer strukturierten Akte (vgl. *Simitis* in *Simitis*, a.a.O., Rdnr. 73 zu § 1; Art. 2c EG-Datenschutzrichtlinie v. 25.10.1995) gesammelt und damit einer (automatisierten) Datei entnommen und durch die Aufnahme in die Handakten des Betroffenen und Verwendung im Strafprozess verarbeitet und genutzt worden seien, handelt es sich um reine Mutmaßungen, die weder im Bußgeldbescheid noch im Urteil eine Stütze finden. Der Senat kann aber offen lassen, ob die Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 BDSG hier vorliegen. Denn nach § 38 Abs. 3 Satz 1 BDSG, auf den sich die Bußgeldbehörde beruft, haben die der Aufsicht unterliegenden Stellen dem Datenschutzbeauftragten zwar auf Verlangen die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift

kann der Auskunftspflichtige jedoch die Beantwortung solcher Fragen verweigern, mit der er sich der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzt. Das ist hier der Fall.

Denn § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB stellt für den RA die Verletzung von Privatgeheimnissen seines Mandanten unter Strafe. Er handelt bei der Weitergabe von derartigen Informationen „unbefugt" i.S.d. § 203 StGB, also rechtswidrig. Entgegen der Ansicht der Bfin. ergibt sich aus dem Urt. des BGH v. 9.12.2002 (BGHSt 48, 126) keine Offenbarungspflicht des RA. Die Entscheidung verhält sich dazu nicht. Sie betraf einen Datenschutzbeauftragten, bei dem der BGH zur Befugnis der Preisgabe von (Amts-)Geheimnissen keine Aussage getroffen und eine Strafbarkeit nach § 353b StGB deshalb ausgeschlossen hatte, weil das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen nicht vorgelegen habe.

Keine Pflicht zur Weitergabe mandatsbezogener Informationen

Aus der Kontrollpflicht der Datenschutzbehörde ergibt sich keine gesetzliche Befugnis (oder gar Verpflichtung) des RA zur Weitergabe mandatsbezogener Informationen an den Datenschutzbeauftragten (vgl. *Fischer*, StGB, 57. Aufl., Rdnr. 37 zu § 203; *Lenckner/Eisele* in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl., Rdnr. 29 zu § 203). Die Vorschrift des § 38 Abs. 3 Satz 1 BDSG, deren Verletzung § 43 Abs. 1 Nr. 10 BDSG sanktioniert, enthält keine dem § 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG entsprechende Bestimmung, nach der sich auch bei nicht öffentlichen Stellen die Kontrolle des Datenschutzbeauftragten auf diejenigen personenbezogenen Daten erstreckt, die der beruflichen Geheimhaltung unterliegen (vgl. *Redeker*, NJW 2009, 554; *König*, a.a.O., 333). Die Bfin. beruft sich hier, wie auch *Weichert* (NJW 2009, 550), zu Unrecht auf § 38 Abs. 4 Satz 3 BDSG. Nach dieser Vorschrift findet zwar (über § 24 Abs. 6 BDSG) die Regelung des § 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG Anwendung. Sie ist aber schon nach der Gesetzessystematik auf § 38 Abs. 4 BDSG beschränkt und betrifft nicht die Auskunftspflicht des Betroffenen, sondern seine Pflicht zur Duldung der in § 38 Abs. 4 Satz 1 BDSG bestimmten Maßnahmen, um die es hier nicht geht. Abgesehen davon bestehen auch die Duldungs- und daraus abgeleiteten Mitwirkungspflichten des § 38 Abs. 4 nur in den Grenzen, in denen der Betroffene zur Auskunft nach § 38 Abs. 3 BDSG verpflichtet ist (vgl. *Petri* in *Simitis*, a.a.O., Rdnr. 59 zu § 38). Hinzu kommt, dass eine Verletzung des mit der Auskunftspflicht korrespondierenden Einsichtsrechts des Datenschutzbeauftragten (§ 38 Abs. 4 Satz 2 BDSG) nicht bußgeldbewehrt ist, da § 43 Abs. 1 Nr. 10 BDSG insoweit nur auf § 38 Abs. 4 Satz 1 BDSG verweist.

Der Rechtsbeschwerde der Amtsanwaltschaft muss danach der Erfolg versagt bleiben.

Zur Zulässigkeit der Veröffentlichung eines Anwaltsschriftsatzes im Internet

UrhG § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 5

***1. Soweit ein Anwaltsschriftsatz als Bestandteil einer gerichtlichen einstweiligen Verfügung wiedergegeben worden ist, ist er vom Urheberrechtsschutz ausgenommen.**

***2. Die Veröffentlichung eines Anwaltsschriftsatzes im Rahmen der Veröffentlichung einer Gerichtsentscheidung stellt grundsätzlich auch keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bzw. des Berufsausübungsrechts eines RA dar.**

LG Köln, Urt. v. 7.7.2010 – 28 O 721/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Vergütung – Terminsgebühr für die Teilnahme an einer Besprechung mit dem Ziel einer außergerichtlichen Erledigung des Verfahrens

RVG VV Nr. 3104

Bespricht der Anwalt des Anspruchsgegners mit dem Anwalt des Anspruchstellers, dem ein Klageauftrag erteilt ist, die Angelegenheit, um diese außergerichtlich zu erledigen, so verdient er damit die Terminsgebühr jedenfalls dann, wenn sein Auftrag die Rechtsverteidigung in einem etwaigen Klageverfahren umfasst.

BGH, Urt. v. 1.7.2010 – IX ZR 198/09

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Kennzeichnung eines weiteren Standorts

BRAO § 27; UWG § 3, § 5a Abs. 3 Ziff. 2

***1. Führt ein RA auf seinem Briefbogen mehrere Büroanschriften auf, muss er klar zu erkennen geben, wo er seine Hauptniederlassung unterhält und mit welcher Anschrift lediglich auf eine Zweigstelle hingewiesen wird.**

***2. In keinem Fall darf der unzutreffende Anschein erweckt werden, dass der RA an dem Standort seiner Zweigstelle eine Hauptkanzlei unterhält.**

***3. Das rechtsuchende Publikum muss wissen, ob ein RA der ihm obliegenden Kanzleipflicht entsprechend seinen Mandanten zu angemessenen Zeiten in seinen Kanzleiräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung steht oder aber in einer Zweigstelle ohne komplettes Backoffice u.U. nur gelegentlich anzutreffen ist.**

LG Erfurt, Urt. v. 23.6.2010 – 7 O 2036/09 (n.r.)

Aus dem Tatbestand:

Die Kl. nimmt den Bekl. wegen unzureichender Angaben auf den von diesem für seine anwaltliche Tätigkeit verwendeten Briefbögen auf Unterlassung in Anspruch.

Der Bekl. ist RA. Als Mitglied im Bezirk der Kl. unterhält der Bekl. in … eine RA-Kanzlei („… RAe"). Daneben hat der Beklagte in K. und E. zwei Zweigstellen errichtet. Die Briefbögen seiner E. Zweigstelle hat der Bekl. so gestaltet, dass auf der Vorderseite die Anschrift der in E. ansässigen „… RAe" sowie die Namen des Bekl. und zweier RAinnen aufgeführt sind (Original-Exemplar, Bl. 101 d.A.). Auf der Rückseite des Briefbogens finden sich die Anschriften aller drei Niederlassungen „… RAe E.", „… RAe M." und „… RAe K." sowie die Namen verschiedener RAe. Dabei wird der Name des Bekl. jeweils unter sämtlichen drei Niederlassungen der Kanzlei genannt. Aus den Briefbögen ist nicht ersichtlich, welche Niederlassung der Hauptsitz der Kanzlei ist und welche die Zweigstellen sind.

Die Kl. ist der Auffassung, dass der Bekl. es zu unterlassen habe, die vorbezeichneten Briefbögen für die anwaltliche Tätigkeit seiner E. Niederlassung zu verwenden, weil in ihnen kein Hinweis darauf enthalten sei, an welchem Standort er seine Kanzlei als Hauptsitz i.S.v. § 27 Abs. 1 BRAO und an welchen Standorten er eine Zweigsteile i.S.v. § 27 Abs. 2 BRAO unterhält. Denn der Kl. erwecke mit der von ihm gewählten Gestaltung seiner Briefbögen den Eindruck, dass es sich bei der E. Niederlassung um seine „Kanzlei" i.S.v. § 27 Abs. 1 BRAO und damit den Standort handele, an welchem er seinen beruflichen Mittelpunkt habe, wo er ausschließlich seiner anwaltlichen Tätigkeit nachgehe und körperlich erreichbar sei. Darüber hinaus werde der Anschein erweckt, dass er

zugleich Mitglied der RAK Thüringen sei und deren Aufsicht unterliege. Da dem aber nicht so sei, weil der Kl. in drei unterschiedlichen Kammerbezirken und rein räumlich gesehen auch weit voneinander entfernt in M. seinen Kanzleisitz sowie in E. und K. zwei Zweigstellen unterhalte, ohne nach außen zwischen der „Hauptstelle" und den „Zweigstellen" zu unterscheiden, verstoße er gegen die BORA (§ 10 Abs. 3 BORA) und handele zugleich wettbewerbswidrig.

Die Kl. beantragt, den Bekl. zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000 Euro, Ordnungshaft höchstens zwei Jahre) zu unterlassen, Briefbögen für seine anwaltliche Tätigkeit seiner E. Niederlassung zu verwenden, wenn auf diesen kein Hinweis enthalten ist, an welchem von mehreren Standorten er seine Kanzlei i.S.d. § 27 Abs. 1 BRAO unterhält und an welchen Standorten eine „Zweigstelle"; dies insbesondere, indem der Briefbogen so gestaltet wird, wie dies dem als Anl. 1 beifügten Schr. des Bekl. v. 21.10.2008 an die RAK Thüringen in Erfurt entspricht.

Der Bekl. beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Bekl. ist der Ansicht, dass sich dem Gesetz keine Verpflichtung entnehmen lasse, auf Briefköpfen darauf hinzuweisen, dass es sich bei einer Niederlassung nur um eine von dem Kanzleisitz zu unterscheidende Zweigstelle handele. Auch eine generelle wettbewerbsrechtliche Verpflichtung, Zweigstellen als solche kenntlich zu machen, bestehe nicht; insbesondere könne der Bekl. angesichts der gesellschaftlichen und technischen Entwicklung elektronischer Kommunikationsmittel seiner Kanzleipflicht in jeder anwaltlichen Niederlassung in gleicher Weise nachkommen, ohne in einer Zweigstelle ständig körperlich präsent zu sein.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist begründet.

Der Kl. steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu, weil der Bekl. gegen das Verbot irreführender Werbung verstößt, wenn er auf den Briefbögen seiner E. Niederlassung nicht auf deren Charakter als Zweigstelle hinweist und nicht deutlich macht, an welcher seiner Niederlassungen sich der Hauptsitz seiner Kanzlei befindet (§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. §§ 3, 5a Abs. 1, 2 i.V.m. §§ 3 Abs. 2, 5a Abs. 3 Ziff. 2 UWG und §§ 3, 4 Ziff. 11 UWG i.V.m. § 43b BRAO).

(1) Gem. § 8 Abs. 1, Abs. 3 Ziff. 2 UWG ist die Kl. als RAK berechtigt, die selbstständigen beruflichen Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen und Dritte, die unlautere Wettbewerbshandlungen i.S.v. § 3 UWG begehen, auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen.

Unlauter i.S.v. § 3 UWG handelt, wer Durchschnittsverbrauchern i.S.v. § 3 Abs. 2 UWG bestimmte Tatsachen, die für deren Entscheidungsfähigkeit unter Berücksichtigung aller Umstände wesentlich sind, verschweigt (Irreführung durch Unterlassen, § 5a Abs. 1 u. 2 UWG). Als wesentlich gilt dabei u.a. die unterlassene Mitteilung der Identität und Anschrift eines Unternehmers, der seine Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr anbietet (§ 5a Abs. 3 Ziff. 2 UWG).

Unterlassen einer wesentlichen Information

Der Umstand, dass es sich bei einer Kanzlei nur um die Zweigstelle einer anderweitig ansässigen Hauptstelle handelt, ist eine für den Durchschnittsverbraucher wesentliche Information i.S.d. § 5a UWG, weil ihn das Unterlassen eines entsprechenden Hinweises zu einer Auswahlentscheidung zugunsten der in der Zweigstelle angebotenen Dienstleistungen veranlassen kann, die er sonst nicht getroffen hätte (vgl. *Lemke*, Sind Zweigstellen von RA-Kanzleien als solche zu kennzeichnen?, BRAK-Mitt. 4/2008, 146 ff., [147]). So entsprach es schon vor Einführung der BORA der höchstrichterlichen Rspr., dass bereits die Kanzleipflicht gem. §§ 27, 28 BRAO a.F. für RAe das Gebot begründet, den Rechtsverkehr entweder im Briefkopf oder an anderer Stelle auf dem Briefbogen des Geschäftspapiers eines RA unübersehbar und deutlich darauf hinzuweisen, an welchem Ort die jeweiligen Sozien ihren Kanzleisitz haben, weil nicht der Eindruck erweckt werden dürfe, dass ein RA Kanzleien an verschiedenen Orten unterhält (vgl. BGH, Urt. v. 23.9.1992, Az.: I ZR 150/09, Rdnr. 45 nach juris; bzgl. überörtlicher Sozietäten). Dieser Grundsatz der Wahrheit und Klarheit in Bezug auf die Gestaltung des anwaltlichen Briefbogens gilt nunmehr nach Auffassung der Kammer in gleicher Weise für die Kennzeichnungspflicht von Zweigstellen, nachdem das Zweigstellenverbot (§ 28 BRAO a.F.) weggefallen ist. Es darf nicht der unzutreffende Anschein erzeugt werden, der RA unterhalte auch an den Orten seiner Nebenkanzleien (Zweigstellen) seine Hauptkanzlei.

Anwesenheit/Ausstattung eines Büros

Das rechtsuchende Publikum hat ein berechtigtes Interesse daran, nicht darüber getäuscht zu werden, wer ihm werbend gegenübertritt, ob er es also mit einer RA-Kanzlei als Hauptsitz mit dem nötigen Backoffice zu tun hat, wo der RA der ihm obliegenden Kanzleipflicht entsprechend seinen Mandanten zu angemessenen Zeiten in seinen Praxisräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung steht (vgl. st. Rspr. BGH, Beschl. v. 6.7.2009, Az.: AnwZ [B] 26/09, NJW-RR 2009, 1577 ff., [1578]), oder aber er es nur mit einer Zweigsteile zu tun hat, in der nicht unbedingt ein komplettes Backoffice zur Verfügung steht und wo der RA auch nur gelegentlich anzutreffen sein wird (vgl. *Feuerich/Weyland*, Kommentar zur BRAO, 7. Aufl., Rdnr. 29 zu § 27 BRAO). Dem Erfordernis einer Kennzeichnungspflicht des Kanzleihauptsitzes bzw. der Zweigstellen kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, dass es heutzutage angesichts der Entwicklung elektronischer Kommunikationsmittel auf die physische Erreichbarkeit eines RA an einem Kanzleiort nicht mehr ankommt. Vielmehr ist dem rechtsuchenden Mandanten bei seiner Auswahl eines RA sehr häufig gerade an dem persönlichen Kontakt zu einem (Verkehrs-) Anwalt gelegen, mit dem er in dessen Praxisräumen in einem persönlichen Gespräch vor allem komplizierte Sachverhalte und schwierige Rechtslagen auf diese Weise einfacher und besser erörtern kann und will.

Vorliegend hat der Bekl. auf dem von ihm für die anwaltliche Tätigkeit seiner E. Niederlassung verwendeten Briefbogen nicht kenntlich gemacht, dass er den Hauptsitz seiner Kanzlei in M. und seine Zweigstellen in E. und K. unterhält. Das Unterlassen dieser für den Durchschnittsverbraucher – aus den vorgenannten Gründen – wesentlichen Informationen stellt einen Wettbewerbsvorteil i.S.v. § 5a UWG dar, so dass der geltend gemachte Anspruch begründet und der Klage stattzugeben war.

(2) Dahingestellt bleiben kann, ob der Unterlassungsanspruch auch aufgrund eines wettbewerbswidrigen Verstoßes gegen bestimmte sog. Marktverhaltensregeln, welche die BORA beinhalten, begründet gewesen wäre (§ 4 Ziff. 11 UWG i.S.v. § 43b BRAO i.V.m. dem Rechtsgedanken aus § 10 Abs. 3 BORA; bejahend: *Gaier, Wolf, Göcken*, Kommentar zur BRAO, Bearb. *Siegmund*, Rdnrn. 88 u. 93 zu § 27 BRAO).

Steuerliche Behandlung der Einkünfte von anwaltlichen Berufsbetreuern

EStG § 15 Abs. 3 Nr. 1, § 18 Abs. 1 Nr. 3

Eine Sozietät von RAen, die neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit als Berufsbetreuer tätig sind, erzielt aus der Berufsbetreuung Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG (Änderung der Rspr.). Die Abfärberegelung gem. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG findet daher keine Anwendung.

BFH, Urt. v. 15.6.2010 – VIII R 10/09

Aus dem Tatbestand:

[1] I. Die Kl. und Revisionskl. (Kl.) ist eine Sozietät von Anwälten. Sie erzielte ihre Einnahmen im Streitjahr 2001 nach den Feststellungen einer für den Zeitraum 2001 bis 2003 durchgeführten Außenprüfung zu 80 % aus der Tätigkeit der Anwälte für die Übernahme von Betreuungen nach den §§ 1896 ff. BGB, die der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt – FA –) als gewerblich ansah.

[2] Auf dieser Grundlage qualifizierte das FA die Gesamteinnahmen der Sozietät unter Bezugnahme auf § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG als gewerbliche Einkünfte und erließ dementsprechend für das Streitjahr einen Gewerbesteuermessbescheid. Die dagegen nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2008, 1729 veröffentlichten Urteil ab.

[3] Dagegen richtet sich die Revision der Kl., mit der sie die Verletzung des § 18 EStG rügt.

[4] Sie trägt im Wesentlichen vor, die Tätigkeit als Betreuer gehöre zur berufstypischen Tätigkeit von RAen. Dazu gehörten nicht nur die Anwälten nach dem Berufsrecht vorbehaltenen, sondern auch darüber hinausgehende Tätigkeiten, weil das EStG nicht allein auf die Art der Tätigkeit abstelle. Vielmehr komme es entscheidend nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 EStG darauf an, wer – mit welcher Qualifikation – eine selbstständige berufliche Tätigkeit entfalte.

[5] Die Kl. beantragt, das angefochtene Urteil sowie den angefochtenen Gewerbesteuermessbescheid für 2001 v. 28.6.2006 in Gestalt der Einspruchsentscheidung v. 3.11.2006 aufzuheben.

[6] Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

[7] Das FA hält die Betreuungstätigkeit weder für eine Anwälten vorbehaltene noch aus anderen Gründen anwalttypische Tätigkeit. Sie umfasse nämlich nicht nur rechtliche und vermögensverwaltende, sondern auch Tätigkeiten in Gesundheits- und Wohnungsangelegenheiten sowie in Fragen der Aufenthaltsortbestimmung und Regelungen zum Umgang mit anderen Personen. Dass die Betreuungstätigkeit – auch soweit sie rechtliche Fragen betreffe – gleichermaßen durch Nichtjuristen ausgeübt werden dürfe, zeige, dass juristische Fragen keinesfalls für die Betreuungstätigkeit prägend seien; dementsprechend werde die Tätigkeit auch nicht nach der BRAGO (heute: dem RVG), sondern ausschließlich nach den für Vormünder und Betreuer geltenden Regelungen vergütet.

Aus den Gründen:

[8] II. Die Revision ist begründet; das angefochtene Urteil sowie der angefochtene Gewerbesteuermessbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung sind aufzuheben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

[9] Zu Unrecht hat das FG die Rechtsauffassung des FA bestätigt, die Anwaltssozietät habe wegen der erbrachten Betreuungsleistungen insgesamt gewerbliche Einkünfte erzielt und sei deshalb gewerbesteuerpflichtig.

[10] 1. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG unterliegen nur (inländische) gewerbliche Unternehmen i.S.d. EStG der Gewerbesteuer; nicht gewerblich sind danach – gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG – Betriebe, deren Betätigung als Ausübung eines freien Berufs oder als eine selbstständige Tätigkeit (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 EStG) anzusehen ist. Ist allerdings ein Teil der Tätigkeit einer Personengesellschaft gewerblicher Natur, so führt dies auch hinsichtlich ihrer im Übrigen ausgeübten freiberuflichen Tätigkeit nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG zur Gewerblichkeit der Einkünfte insgesamt (sog. Abfärbewirkung).

[11] 2. Die hier streitige Tätigkeit als berufsmäßiger Betreuer gehört entgegen der Ansicht des FG zu den Tätigkeiten, die den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zuzurechnen sind. Eine daneben ausgeübte freiberufliche Tätigkeit einer Personengesellschaft wird daher nicht nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG in eine gewerbliche Tätigkeit umqualifiziert.

[12] a) Berufsbetreuer übernehmen rechtliche Betreuungen (§§ 1896 ff. BGB), ohne dass dafür eine bestimmte Ausbildung oder ein Studium erforderlich ist. Deshalb nehmen nicht nur Juristen oder StB (vgl. BGH, Beschl. v. 21.10.2009 – XII ZB 66/08, FamRZ 2010, 199; *Zimmermann*, DStR 2007, 1322), sondern auch andere Berufsgruppen (wie Sozialarbeiter/-pädagogen, Alten- und Krankenpfleger sowie Erzieher, aber auch Verwaltungsfachkräfte und Kaufleute) diese Aufgabe wahr. Berufsbetreuer werden durch die Vormundschaftsgerichte (heute: Betreuungsgerichte) als Betreuer (§ 1836 Abs. 1 BGB, § 1897 Abs. 6 BGB) bestellt; im Bestellungsbeschluss wird die Betreuung als beruflich geführt bezeichnet.

[13] Gegenstand des Berufsbilds der Berufsbetreuer ist die Unterstützung und Beratung volljähriger Menschen, die in ihrer Entscheidungs- oder Handlungsfähigkeit eingeschränkt sind und deshalb nicht selbst für ihre Angelegenheiten sorgen können. Die Betreuer unterstützen die Betroffenen rechtlich oder handeln „stellvertretend für sie, z.B. durch Regelung der Finanzen, Vertretung gegenüber Behörden, Organisation von pflegerischen Diensten oder Einwilligung in ärztliche Behandlungen" (vgl. www.bdb-ev.de/2_Informationen_zu_Betreuung.php). Dabei gehört zur Betreuung insbesondere auch die Vertretung in Vermögensangelegenheiten (vgl. BGH-Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 12/07, FamRZ 2008, 680; v. 30.4.2008 – XII ZR 110/06, NJW 2008, 2333; BGH-Beschl. in FamRZ 2010, 199; *Sonnenfeld*, FamRZ 2009, 1027; *Wilde*, GmbH-Rundschau 2010, 123).

Einordnung der Berufsbetreuer war bisher streitig

[14] b) Ob diese danach schon zu einem eigenen Berufsbild verdichtete Tätigkeit als „Berufsbetreuer" den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zuzuordnen ist, ist streitig.

[15] aa) Der in der Vergangenheit für die Besteuerung der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit zuständig gewesene IV. Senat des BFH hat die Berufsbetreuertätigkeit mit Urt. v. 4.11.2004 – IV R 26/03 (BFHE 208, 280, BStBl II 2005, 288 mit Anm. *Habscheidt*, NJW 2005, 1257) unter Bezugnahme auf die BFH-Urt. v. 2.9.1988 – III R 58/85, BFHE 154, 332, BStBl II 1989, 24; v. 28.8.2003 – IV R 1/03, BFHE 203, 438, BStBl II 2004, 112) als gewerbliche und nicht als sonstige selbstständige Tätigkeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG angesehen, weil diese Vorschrift nur vermögensverwaltende Tätigkeiten erfasse. Diese Voraussetzung erfülle die Tätigkeit eines berufsmäßigen Betreuers

nicht, da sie nicht nur Vermögensfragen, sondern auch persönliche Angelegenheiten (z.B. Gesundheitsangelegenheiten, Wohnungsfragen, Bestimmung des Aufenthalts oder des Umgangs; vgl. etwa MünchKommBGB/*Schwab*, 5. Aufl., § 1896 Rdnr. 62 ff.) umfasse.

[16] Diese Auffassung wird auch in einer Vielzahl erstinstanzlicher Entscheidungen (vgl. FG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 25.8.1999 – 1 K 472/98, EFG 1999, 1080; FG Köln, Urt. v. 16.10.2003 – 7 K 1576/02, EFG 2004, 119; FG Düsseldorf, Urt. v. 23.9.2003 – 9 K 7943/00 F, AO, EFG 2004, 36; FG Münster, Urt. v. 12.5.2004 – 1 K 842/03 G, EFG 2004, 1459; v. 17.6.2008 – 1 K 5087/06 G, EFG 2008, 1729, als Vorinstanz dieses Verfahrens; FG Hamburg, Urt. v. 17.11.2008 – 6 K 159/06, EFG 2009, 412; FG Münster, Urt. v. 21.8.2007 – 6 K 2787/03 G, juris, Rev. VIII R 14/09) und von der Finanzverwaltung vertreten (vgl. Verfügungen der Oberfinanzdirektion – OFD – Koblenz v. 30.1.2006 – S 2248 A, juris; v. 15.12.2006 – S 2240 A-St 314, Der Betrieb 2007, 255; Verfügung der OFD Magdeburg v. 11.2.2005 – S 2248-8-St 213, juris) sowie im Schrifttum geteilt (vgl. *Bienwald*, FamRZ 2003, 1501; *Zimmermann*, Betreuungsrechtliche Praxis 1999, 133; ebenso *Mann*, NJW 2008, 121).

[17] bb) Davon abweichend hat das FG Thüringen mit Urt. v. 27.9.2000 – IV 1485/98 (DStRE 2001, 965, rechtskräftig) unter Hinweis darauf, dass für die Zuordnung zum Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG eine Gruppenähnlichkeit zu den Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers, Vermögensverwalters und Aufsichtsratsmitglieds genüge, auch für die Tätigkeit der Berufsbetreuer eine Anwendbarkeit der Nr. 3 bejaht, weil sie ebenso wie diese drei Regelbeispiele deren gemeinsames Leitbild der Fremdnützigkeit, der Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis und der weitestgehenden selbstständigen Ausübung aufweise.

[18] cc) Nach *Arens* (DStR 2010, 33) ist die unter II.2.b aa dargestellte BFH-Rspr. auf die Ausübung der Betreuung und Verfahrenspflegschaft durch RAe nicht anwendbar, weil diese Tätigkeit zu den typischen Berufsaufgaben eines RA gehört; dagegen hat der BFH eine Zurechnung der Betreuungstätigkeit zur berufstypischen freiberuflichen Tätigkeit eines RA abgelehnt (BFH-Urt. v. 4.12.1980 – V R 27/76, BFHE 132, 136, BStBl II 1981, 193; v. 28.2.1991 – V R 63/86, BFH/NV 1991, 632).

Aufgabe der bisherigen Rspr. des BFH

[19] c) Der erkennende Senat, auf den die alleinige Zuständigkeit für die Besteuerung der Einkünfte aus selbstständiger Arbeit übergegangen ist, geht unter Aufgabe der bisherigen BFH-Rspr. (vgl. BFH-Urt. in BFHE 208, 280, BStBl II 2005, 288) davon aus, dass die Einnahmen eines Berufsbetreuers ihrer Art nach nicht den Einkünften aus Gewerbebetrieb, sondern den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zuzuordnen sind.

[20] aa) Die Berufsbetreuung betrifft allerdings keine für einen bestimmten Katalogberuf i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG berufsbildtypische oder ähnliche Tätigkeit, weil sie anders als die insoweit allenfalls in Betracht kommenden Berufe „RAe“ und „StB“ ohne entsprechende akademische Vorbildung ausgeübt werden kann und schon aufgrund ihres eigenständigen verselbstständigten Berufsbilds nicht diesen Berufen zuzurechnen oder als ihnen ähnlicher Beruf anzusehen ist (vgl. BFH-Urt. in BFHE 132, 136, BStBl II 1981, 193; in BFH/NV 1991, 632; FG Hamburg, Urt. in EFG 2009, 412).

[21] (1) Das Gebot, die berufsbildtypische Ausübung eines Katalogberufs i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG von der Ausübung anderer Berufe abzugrenzen, ist nach der Rspr. regelmäßig gegeben, soweit ein Berufsträger i.S.d. Vorschrift Tätigkeiten entfaltet, die sich – wie hier die Betreuungstätigkeit (s. oben unter II.2.a) – zu einem selbstständigen Berufsbild verfestigt haben (BFH-Urt. zur Abgrenzung der berufstypischen Tätigkeit beratender Betriebswirte und der Tätigkeit im Bereich der Marktforschung v. 18.8.1988 – V R 73/83, BFHE 154, 327, BStBl II 1989, 212; v. 27.2.1992 – IV R 27/90, BFHE 168, 59, BStBl II 1992, 826; v. 29.4.1993 – IV R 61/92, BFH/NV 1994, 89; BFH-Urt. v. 24.8.1995 – IV R 61/94, BFHE 178, 364, BStBl II 1995, 888 zur Selbstständigkeit des Berufsbilds der EDV-Beratung durch beratende Betriebswirte; BFH-Urt. v. 12.12.2001 – XI R 56/00, BFHE 197, 442, BStBl II 2002, 202 zum gegenüber den Katalogberufen verselbstständigten Beruf des Insolvenzverwalters; BFH-Urt. v. 13.3.1987 – V R 33/79, BFHE 149, 313, BStBl II 1987, 524; v. 9.8.1990 – V R 30/86, BFH/NV 1991, 126 zur Verselbstständigung der Testamentsvollstreckung gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit).

[22] (2) Für diese Rspr. spricht das Gebot verfassungsrechtlicher Gleichbehandlung in Art. 3 Abs. 1 GG, weil sich für unterschiedliche steuerrechtliche (hier insbesondere gewerbesteuerrechtliche) Folgen der Ausübung eines solchen verselbstständigten Berufs je nach Vorliegen oder Nichtvorliegen einer freiberuflichen Qualifikation i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG keine Rechtfertigung findet, wenn der verselbstständigte Beruf seinem Berufsbild nach keine Ausbildung oder Zulassung für einen der Katalogberufe i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG voraussetzt (vgl. *Kanzler*, FR 1994, 114; *Brandt* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, – HHR –, § 18 EStG Rdnr. 153 „Testamentsvollstrecker, Schiedsrichter, Konkurs- und Vergleichsverwalter“, m.w.N.). Danach ist eine Betreuertätigkeit nicht als typische anwaltliche Tätigkeit i.S.d. § 18 Abs. 1 EStG anzusehen, weil sie keine spezifischen juristischen Kenntnisse und keine juristische Ausbildung voraussetzt, die Tätigkeit aufgrund gerichtlicher Bestellungen und nicht aufgrund eines anwaltlichen Mandats ausgeübt wird und sich die Vergütung dementsprechend nach Regelungen des Betreuungsrechts und nicht nach dem anwaltlichen Gebührenrecht bestimmt (ebenso FG Hamburg, Urt. in EFG 2009, 412; Vorinstanz in EFG 2008, 1729; a.A. *Arens*, DStR 2010, 33).

Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit

[23] bb) Die Berufsbetreuung ist aber den Einkünften aus sonstiger selbständiger Arbeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG zuzurechnen.

[24] Danach gehören zu den freiberuflichen Einkünften auch „Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit, z.B. Vergütungen für die Vollstreckung von Testamenten, für Vermögensverwaltung und für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied“.

[25] (1) Die Vorschrift enthält keinen abschließenden Katalog in Betracht kommender „Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit“, sondern lediglich die Auflistung der Regelbeispiele „Testamentsvollstreckervergütung“, „Vermögensverwaltung“, „Aufsichtsratstätigkeit“ (vgl. HHR/*Brandt*, § 18 EStG Rdnr. 251). Weitere Tätigkeiten fallen danach in den Anwendungsbereich der Regelung, wenn sie ihrer Art nach den Regelbeispielen des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ähnlich sind (Grundsatz der sog. Gruppenähnlichkeit; vgl. BFH-Urt. v. 28.6.2001 – IV R 10/00, BFHE 196, 84, BStBl II 2002, 338). Das ist z.B. der Fall, wenn die Tätigkeit die Betreuung fremder Vermögensinteressen umfasst, aber darüber hinaus auch dann, wenn es sich um eine selbstständig ausgeübte fremdnützige Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis handelt (so FG Thüringen, Urt. in DStRE 2001, 965).

[26] (2) Auf dieser Grundlage ist die Tätigkeit eines Berufsbetreuers den Einkünften aus sonstiger selbstständiger Arbeit zuzuordnen, weil sie ebenso wie die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG bezeichneten Regelbeispiele – berufsbildtypisch – durch eine selbstständige fremdnützige Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis sowie durch Aufgaben der Vermögensverwaltung geprägt ist.

[27] An der Auffassung des IV. Senats im Urt. in BFHE 208, 280, BStBl II 2005, 288, dass eine Zuordnung der Betreuung zur sonstigen selbstständigen Arbeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht in Betracht komme, weil die Betreuung durch den Umfang der Personensorge über die Vermögensverwaltung hinausreiche, hält der erkennende Senat nicht mehr fest. Die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aufgeführten Regelbeispiele erschöpfen sich nicht in der bloßen Vermögensverwaltung, sondern umfassen zusätzliche Aufgaben, wie etwa Leistung von Rechtsbeistand durch den Testamentsvollstrecker (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl., § 2203 Rdnr. 1; vgl. auch § 2209 Satz 1 BGB) oder unternehmerische Kontrolle durch das Aufsichtsratsmitglied.

[28] Hinzu kommt, dass bei einer umfassend angeordneten Betreuung eine Trennbarkeit der vermögensbetreuenden und sonstigen persönlichen (fremdnützigen) Tätigkeiten in einer Vielzahl von Fällen kaum gegeben ist. So stellt die Entscheidung über eine mögliche Heilbehandlung zugleich – wegen der damit verbundenen Kosten für den Betreuten – stets auch eine vermögensrelevante Entscheidung dar. Im Hinblick darauf, dass vermögensrechtliche Aspekte in derartigen Fällen zumindest mittelbar mit berührt werden, steht der Zurechnung der Berufsbetreuertätigkeit zum Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nichts entgegen, selbst wenn im Einzelfall die Betreuung in Vermögens- und sonstige persönliche Angelegenheiten aufgeteilt worden ist.

[29] 3. Die Sache ist spruchreif.

[30] a) Die Kl. hat nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) Betreuungstätigkeiten ausgeübt und damit nach den Ausführungen unter II.2. eine Tätigkeit ausgeübt, die ihrer Art nach eine solche i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG darstellt und die ihrem Umfang nach zwischen den Beteiligten unstreitig ist.

[31] b) Die danach gegebene Spruchreife ist nicht im Hinblick darauf zu verneinen, dass die Kl. als Sozietät zweier Anwälte mit zwei angestellten Anwältinnen tätig war.

Höchstpersönliche Berufsausübung

[32] Allerdings verlangt die bisherige Rspr., dass die Tätigkeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG höchstpersönlich auszuüben ist und nicht auf fachlich vorgebildete Hilfskräfte übertragen wird. Für sie gilt nach bisher st. Rspr. nicht § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 der Norm, wonach bei freien Berufen die Mithilfe fachlich vorgebildeter Hilfskräfte unter bestimmten Voraussetzungen unschädlich ist (vgl. BFH-Urt. v. 13.5.1966 – VI 63/64, BFHE 86, 305, BStBl III 1966, 489 m. zust. Anm. *Gollub*, Anmerkungen zur Steuer-Rspr. in Karteiform, EStG [bis 1974], § 18, Rechtsspruch 388; v. 25.11.1970 – I R 123/69, BFHE 101, 215, BStBl II 1971, 239; v. 11.8.1994 – IV R 126/91, BFHE 175, 284, BStBl II 1994, 936; FG Köln, Urt. v. 13.8.2008 – 4 K 3303/06, EFG 2009, 669; *Blümich/Hutter*, § 18 EStG Rdnr. 55; *Schmidt/Wacker*, EStG, 29. Aufl., § 18 Rdnr. 23; *Kanzler*, FR 1994, 114).

[33] Ob diese sog. Vervielfältigungstheorie eine hinreichende Rechtsgrundlage in dem Umkehrschluss aus § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG findet, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, weil die Betreuungstätigkeit nach dem vom FG in Bezug genommenen Vortrag der Beteiligten und insbesondere nach dem insoweit unstrittigen Vortrag der Kl. allein auf der Bestellung der gesetzlichen Vertreter der Sozietät (mithin ihrer Gesellschafter) als Betreuer und auf der Ausübung der Betreuung durch diese beruhte und Anhaltspunkte weder dafür vorgetragen noch ersichtlich sind, dass die Gesellschafter der Kl. ihre Betreuungstätigkeit nicht höchstpersönlich ausgeübt haben.

[34] c) Der Senat kann ohne Anfrage bei anderen Senaten entscheiden, da er zum einen die Zuordnung der Betreuungstätigkeit zur anwaltstypischen Berufstätigkeit in Übereinstimmung mit der Rspr. des V. Senats verneint hat (vgl. BFH-Urt. in BFHE 132, 136, BStBl II 1981, 193, und in BFH/NV 1991, 632) und zum anderen – soweit er von der Entscheidung des IV. Senats in BFHE 208, 280, BStBl II 2005, 288 zur fehlenden Freiberuflichkeit einer Betreuertätigkeit abweicht – aufgrund geänderter Geschäftsverteilung ausschließlich für die Auslegung des § 18 EStG zuständig geworden ist.

Anmerkung zum Urteil des BFH vom 15.6.2010 – VIII R 10/09

Die Entscheidung des BFH vom 15.6.2010 – VIII R 10/09 ist – zumindest im Ergebnis – aus der Sicht des anwaltlichen Berufsstandes erfreulich, ebenso wie die Parallelentscheidung des 8. Senats des BFH vom selben Tage (Aktenzeichen: VIII R 14/09). In der Parallelsache VIII R 14/09 hat der BFH in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung (Urt. v. 4.11.2004 – IV R 26/03, BStBl II 2005, 288) entschieden, dass die Berufsbetreuertätigkeit und die Verfahrenspflegertätigkeit einer Volljuristin ohne anwaltliche Zulassung als sonstige selbständige Arbeit im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG und nicht als gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 15 EStG anzusehen ist.

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung hatte sich überwiegend die Meinung etabliert, dass die anwaltliche Betreuertätigkeit als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sei. Dies wurde in erster Linie damit begründet, dass die Tätigkeit eines Berufsbetreuers (und Verfahrenspflegers) außerhalb des anwaltlichen Berufsstandes als gewerblich anzusehen sei und aus dem Gesichtspunkt der steuerlichen Belastungsgleichheit und wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Betreuer- bzw. Verfahrenspflegertätigkeit eines Anwalts gegenüber der entsprechenden Tätigkeit außerhalb des anwaltlichen Berufsstandes nicht privilegiert werden dürfe. Soweit ersichtlich, hatte lediglich das FG Thüringen mit Urteil vom 27.9.2000 (IV 1485/98, DStRE 2001, 965) zu Gunsten einer Berufsbetreuerin außerhalb des anwaltlichen Berufsstandes entschieden, dass diese eine „sonstige selbständige Tätigkeit“ im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ausübe.

Es stand demgemäß zu befürchten, dass der Bundesfinanzhof sich der herrschenden Meinung in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung anschließen würde, da die Argumentation der anderen Finanzgerichte auf den ersten Blick überzeugend erscheinen mag.

Erfreulicherweise hat der Bundesfinanzhof sich von dieser – vermeintlich überzeugenden – Auffassung der meisten Finanzgerichte nicht beeinflussen lassen. Der BFH hat dabei durch die Parallelentscheidung zum Aktenzeichen VIII R 14/09 den Ausgangspunkt für die Entscheidungsfindung der

verschiedenen Finanzgerichte beseitigt, indem er die Berufsbetreuer- und Verfahrenspflegertätigkeit ohne anwaltliche Zulassung – entgegen der Rechtsprechung des 4. Senats im Urteil vom 4.11.2004 – nicht der gewerblichen Tätigkeit, sondern der sonstigen selbständigen Arbeit im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG zuordnete.

Der Parallelentscheidung des 8. Senats zum Aktenzeichen VIII R 14/09 ist zu folgen. Die Entscheidung vom 4.11.2004 des 4. Senats des BFH beruhte auf einer Fehlinterpretation der Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Der BFH hatte dort die Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nur auf „gelegentliche Tätigkeiten" reduzieren wollen und – sofern ausnahmsweise auch eine nachhaltig ausgeübte Berufstätigkeit erfasst werde – diese „im Kern vermögensverwaltend" sein müsse. Der 8. Senat konnte nunmehr von diesem Ansatzpunkt des 4. Senats abweichen, nachdem auf ihn die alleinige Zuständigkeit für die Besteuerung der Einkünfte aus selbständiger Arbeit übergegangen ist.

Schon der Ansatz in der Entscheidung des 4. Senats vom 4.11.2004 erscheint rechtsfehlerhaft: Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG kann nicht dahingehend verstanden werden, dass unter diese Vorschrift in erster Linie nur „gelegentliche Tätigkeiten" und im Übrigen nur solche Tätigkeiten subsumiert werden können, die „im Kern vermögensverwaltend" sind. Schon gar nicht zu rechtfertigen war die Auffassung des 4. Senats, wonach von einem „engen" Begriff der Vermögensverwaltung auszugehen sei, nämlich dahingehend, dass die „Nutzung fremden Vermögens im Sinne einer Fruchtziehung aus vorhandener Substanz" gemeint sei. Ein Testamentsvollstrecker, der als reiner Abwicklungsvollstrecker eingesetzt wird, nutzt nicht fremdes Vermögen und zieht aus der vorhandenen Substanz keine Früchte. Ein Aufsichtsrat übt seine Tätigkeit nicht „im Kern vermögensverwaltend" aus, sondern er nimmt reine Kontrollfunktionen wahr (siehe §§ 111, 112 AktG). Der 8. Senat hat in der Parallelentscheidung zum Aktenzeichen VIII R 14/09 deshalb erfreulicherweise ausgeführt, dass die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aufgeführten Regelbeispiele sich nicht in der bloßen Vermögensverwaltung erschöpfen, sondern auch zusätzliche Aufgaben erfassen, wie etwa die Leistung von Rechtsbeistand durch Testamentsvollstrecker oder durch unternehmerische Kontrolle bzw. dass die Betreuung fremder Vermögensinteressen auch im Rahmen einer selbstständig ausgeübten fremdnützigen Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis erfolgen könne.

So erfreulich dieser Ansatz des 8. Senats ist, weil er die Fehlinterpretation der sonstigen freiberuflichen Tätigkeit im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG durch den 4. Senat zumindest teilweise korrigiert, wäre es jedoch für die Probleme des anwaltlichen Berufsstandes hilfreicher gewesen, wenn der 8. Senat die Betreuungen und Verfahrenspflegschaften der originären anwaltlichen Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugeordnet hätte. Ungeachtet der Tatsache, dass auch Personen, die nicht über die anwaltliche Zulassung verfügen, Berufsbetreuungen oder Verfahrenspflegschaften übernehmen können, unterfällt diese Tätigkeit eines Rechtsanwalts nach der Auffassung des Verfassers der originären Anwaltstätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG (dazu *Arens*, DStR 2010, 33 ff.). Seit der Reform des Jahres 1992 sind im Recht der Betreuungen der Vorrang der Ehrenamtlichkeit (§ 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB) und der Grundsatz der Subsidiarität (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB) geregelt worden. Wenn – ausnahmsweise – Rechtsanwälte als Betreuer bestellt werden, kann wegen des Grundsatzes der Subsidiarität dies im Rahmen eines gebundenen Ermessens der Betreuungsgerichte nur geschehen, wenn eine rechtlich komplizierte Situation gegeben ist. Zu nennen sind beispielsweise Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Unternehmen oder umfangreichen Gesellschaftsbeteiligungen, Fallgestaltungen mit großen und komplexen Vermögen, insbesondere Immobiliar- und/oder Auslandsvermögen, Situationen, in denen unterbringungsähnliche oder freiheitsentziehende Maßnahmen anstehen (vgl. § 1906 BGB) bzw. die Aufgabe der Wohnung des zu Betreuenden (§ 1907 BGB) oder schließlich Situationen mit massiven Eingriffen in die Gesundheit bzw. die Intimsphäre (vgl. §§ 1904, 1905 BGB).

Hier geht es um die bestmögliche Wahrnehmung fundamentaler Rechte, insbesondere um den Grundrechtsschutz der Betroffenen.

Betreuungen, die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten übertragen werden können, sind daher nach den gesetzlichen Vorgaben andere Betreuungen, als solche, die anderen Personen ehrenamtlich oder – im Falle von Berufsbetreuern – professionell übertragen werden.

Betreuungsfälle, in denen Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte als Betreuer bestellt werden, sind Fallgestaltungen, in denen grundlegende und komplexe rechtliche Interessen wahrgenommen werden müssen. Die Vertretung solcher rechtlichen Interessen gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Behörden und Gerichten, ist originärer Teil anwaltlicher Tätigkeit und somit unter § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu subsumieren.

Bezeichnenderweise werden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte häufig neben anderen Betreuern, die für andere Regelungskreise bestellt sind, für rechtlich komplizierte Teilbereiche eingesetzt (vgl. § 1899 BGB).

Entsprechendes gilt auch für Verfahrenspfleger. Diese haben die Aufgabe, in Verfahren vor den Betreuungs- oder Familiengerichten die Interessen der Betroffenen zu vertreten, Anträge zu stellen, Rechtsmittel einzulegen und an den erforderlichen Anhörungen teilzunehmen. Bezeichnenderweise werden Verfahrenspfleger auch als „Anwalt des Kindes", „Kinder- und Jugendanwalt" oder „Verfahrensbeistand" bezeichnet. Für sie gelten die Bestimmungen zum Datenschutz, zur Dokumentation (Aktenhaltung) und zum Aussageverweigerungsrecht (dazu *Arens*, DStR 2010, 33 ff.). Daher ist die Tätigkeit eines Anwalts als Verfahrenspfleger ebenfalls originäre anwaltliche Tätigkeit im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Die Qualifizierung einer Tätigkeit als freiberufliche Tätigkeit gem. § 18 EStG hat nach der Regelung in § 15 Abs. 2 EStG Vorrang vor der Qualifizierung einer Tätigkeit als gewerbliche Tätigkeit. Der 8. Senat des BFH hätte sich daher den Begründungsansatz deutlich leichter machen können, wenn er auf dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Qualifizierung anwaltlicher Tätigkeit verwiesen hätte.

Mit der Qualifizierung der Betreuer- oder Verfahrenspflegertätigkeit von Rechtsanwälten als sonstige freiberufliche Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG hält der BFH für die Finanzverwaltung insofern eine „Hintertür" offen, als bei den Tätigkeiten nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG über die sog. „Vervielfältigungstheorie" die Annahme freiberuflicher Einkünfte entfällt, wenn sich der Berufsträger in erheblichem Umfang bei seiner Berufsausübung dritter Personen bedient, insbesondere fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte.

Jedoch reicht die Qualifizierung der Tätigkeit als sonstige freiberufliche Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aus, um die sog. Abfärberegelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG auszuschließen. Die bisherige finanzgerichtliche Rechtsprechung barg nämlich für Anwaltssozietäten die Gefahr, dass mit der Annahme einer gewerblichen Tätigkeit eines einzigen Berufsträgers in der Sozietät sämtliche Einnahmen der Sozietät als „gewerblich" im Sinne von § 15 EStG einzuordnen waren.

Rechtsanwalt und Notar *Wolfgang Arens*, Bielefeld

Zur Angemessenheit der Auseinandersetzung einer Freiberuflersozietät

BGB § 705, § 731, § 734

1. Die Teilung der Sachwerte und die rechtlich nicht begrenzte, gleichberechtigte Möglichkeit, um die bisherigen Mandanten der Gesellschaft zu werben, ist auch dann die sachlich naheliegende und angemessene Art der Auseinandersetzung einer Freiberuflersozietät, wenn eine solche Gesellschaft nach ihrer Auflösung auseinandergesetzt wird.

2. Gehen die Gesellschafter in dieser Weise vor, kann eine zusätzliche Abfindung für den Geschäftswert grundsätzlich nicht beansprucht werden, sondern bedarf einer entsprechenden Vereinbarung. Dies gilt auch dann, wenn ein Wettbewerb um die bisher von den anderen Gesellschaftern betreuten Mandanten/Patienten wegen ihrer starken Bindung an die Person des jeweiligen Beraters/Arztes nicht Erfolg versprechend erscheint.

BGH, Beschl. v. 31.5.2010 – II ZR 29/09

Aus den Gründen:

[1] Das Berufungsgericht hat die Revision zu Unrecht zugelassen. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

[2] 1. Klärungsbedürftige Grundsatzfragen stellen sich entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht. Die für die Auseinandersetzung einer Freiberuflersozietät maßgeblichen Grundsätze sind in der Rspr. des Senats geklärt. Danach ist die Teilung der Sachwerte und die rechtlich nicht begrenzte Möglichkeit, um die bisherigen Mandanten zu werben, die sachlich naheliegende und angemessene Art der Auseinandersetzung einer Freiberuflersozietät (Sen.Urt. v. 6.12.1993 – II ZR 242/92, ZIP 1994, 378, 380; v. 6.3.1995 – II ZR 97/94, ZIP 1995, 833, 834; v. 29.1.1996 – II ZR 286/94, DStR 1996, 1254; v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, ZIP 2000, 1337, 1338; v. 7.4.2008 – II ZR 181/04, ZIP 2008, 1276, Tz. 20). Gehen die Gesellschafter in dieser Weise vor, ist damit der Geschäftswert abgegolten. Eine weitergehende Abfindung kann grundsätzlich nicht beansprucht werden und bedarf einer entsprechenden Vereinbarung (Sen.Urt. v. 6.3.1995 – II ZR 97/94, a.a.O.).

[3] Dass diese Grundsätze nicht nur dann gelten, wenn ein Gesellschafter aus einer Freiberuflersozietät ausscheidet – wie der Senat mehrfach ausgesprochen hat –, sondern auch dann, wenn eine solche Gesellschaft nach ihrer Auflösung auseinandergesetzt wird, steht außer Zweifel. Denn nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ist dem ausscheidenden Gesellschafter gerade dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Abgesehen davon reduziert sich mit der Auflösung einer Freiberuflersozietät und deren Zerschlagung der Wert ihres Mandantenstammes für die Gesellschafter ohnehin auf die Möglichkeit, um die Mandanten zu werben.

[4] 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler einen Ausgleichsanspruch des Kl. für den Goodwill der Sozietät nach § 734 BGB verneint.

[5] a) Das Berufungsgericht hat in Ausschöpfung seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums die Feststellung getroffen, dass sich die Parteien auch nicht durch schlüssiges Verhalten über eine Verteilung der Mandate geeinigt haben. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision zeigt revisionsrechtlich relevante Fehler nicht auf, sondern möchte – in III. Instanz unzulässig – lediglich die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts durch ihre eigene ersetzen.

[6] b) Haben sich die Parteien nicht über eine Aufteilung der Mandate geeinigt, bestand für den Kl. ebenso wie für seine Mitgesellschafter die rechtlich unbeschränkte Möglichkeit, in einen Wettbewerb um alle Mandanten der Sozietät zu treten.

Keine zusätzliche Entschädigung für Goodwill der Sozietät

Dies schließt nach den dargestellten Grundsätzen der Senats-Rspr. eine zusätzliche Entschädigung für den Goodwill der Sozietät grundsätzlich aus.

[7] c) Entgegen der Auffassung der Revision war die Möglichkeit der Gesellschafter, um die Mandanten der Sozietät zu werben, nicht durch die gesellschafterliche Treuepflicht beschränkt. Dass das Werben um die von den Mitgesellschaftern betreuten Mandanten – wie die Revision meint – eine steuerneutrale Realteilung der Sozietät oder eine Überleitung der Mandanten auf die einzelnen Gesellschafter gefährden konnte, genügt hierfür nicht. Hätten die Gesellschafter dies vermeiden wollen, blieb es ihnen unbenommen, sich über eine andere Art der Auseinandersetzung des Mandantenstammes zu einigen. Ist eine solche Vereinbarung nicht zustande gekommen, verbleibt es dabei, dass die Gesellschafter uneingeschränkt um die Mandanten der Sozietät werben durften, um sich den in der Vergangenheit geschaffenen Wert der Mandantenbeziehungen wirtschaftlich nutzbar zu machen.

[8] d) Die gleichberechtigte Möglichkeit für die Gesellschafter, um die Mandanten der Sozietät zu werben, stellt sich entgegen der Meinung der Revision nicht ausnahmsweise als unzureichend dar, weil ein Wettbewerb um die bisher von den anderen Gesellschaftern betreuten Mandanten der Sozietät wegen ihrer starken Bindung an die Person des jeweiligen Beraters nicht Erfolg versprechend war. Darauf kommt es nicht an. Die Mandanten der Sozietät können grundsätzlich nicht gezwungen werden, ihre Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft oder bestimmten Gesellschaftern fortzuführen. Deshalb besteht auch dann kein zusätzlicher Ausgleichsanspruch, wenn es einem Gesellschafter nicht gelingt, die Mandanten der aufgelösten oder durch sein Ausscheiden beendeten Sozietät in einem seiner Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Umfang für sich zu gewinnen und diese sich überwiegend für einen anderen Gesellschafter entscheiden (vgl. Sen.Urt. v. 6.12. 1993 – II ZR 242/92, ZIP 1994, 378, 380; *Ulmer/Schäfer* in MünchKommBGB, 5. Aufl., § 734 Rdnr. 9). Beschränkte der Kl. seine Bemühungen darauf, die bisher von ihm betreuten Mandanten an sich zu binden, weil er einem Werben um die anderen Mandanten der Sozietät wegen der starken Personengebundenheit der Steuerberatungsmandate von vornherein keine Erfolgsaussicht beigemessen hat, wird hieraus nur erkennbar, dass nach seiner eigenen Einschätzung dem Mandantenstamm kein weitergehender, finanziell messbarer Wert zukam, dessen Ausgleich er fordern könnte.

Fortsetzung von Seite VII

pflichtversicherungen erfreuen und in der Sache wenig helfen wird.

Soweit ich sehe, sind die meisten Richter nicht faul, sondern durch Unterbesetzung überlastet oder zu sorgfältig und zu gewissenhaft in der Absicht, das „richtige" Recht zu finden.

Dass die Unterbesetzung der Justiz eine erhebliche Rolle spielt, wird in der NJW dieser Woche am Beispiel Berlins unter Hinweis auf eine Pressemitteilung der RAK Berlin überzeugend dargestellt (vgl. NJW Heft 34 v. 19. Aug. 2010, S. 10). Das trifft auch für andere Bundesländer zu. Die z.T. wesentlich verbesserte Ausrüstung der Justiz hat leider auch bewirkt, dass die Richter Arbeiten erledigen, die früher von den Geschäftsstellen geleistet wurden. Da wird dann an der falschen Stelle gespart.

Ein zweiter, mir gegenüber von Richtern immer wieder genannter Grund, ist die sehr weitgehende Rechtsprechung zu der richterlichen Pflicht, den Parteien sorgfältige Hinweise zur Rechtslage zu geben. Das macht Doppelarbeit, weil der Richter dann, wenn er auf Grund seiner Hinweise neue Schriftsätze und die Sache wieder vorgelegt bekommt, wieder von vorne anfängt. Es verlängert das Verfahren auch deswegen, weil man dazu neigt, einen solchen Vorgang zunächst zur Seite zu legen, wenn man dafür andere schnell erledigen kann. In diesem Zusammenhang wird häufig – leider zu sagen, aber unvermeidbar es anzusprechen – über die rechtliche Qualität der anwaltlichen Schriftsätze geklagt. Der Richter steht dann vor der unangenehmen Frage, ob er eine Sache als unschlüssig begründet, zum Nachteil der Partei abschmettern oder erneut versuchen soll, den Parteien und ihren Vertretern klarzumachen, wozu sie eigentlich etwas vortragen sollten. Man merkt ja auch als Anwalt gelegentlich, mit welcher Freude gut formulierte und äußerlich ordentlich aufgemachte Schriftsätze begrüßt und beachtet werden – weil sie eben nicht die Regel sind. Das mag daran liegen, dass jedenfalls der nichtspezialisierte Anwalt so viele Fälle wie möglich annehmen und forensisch betreiben muss, um den wachsenden Kosten seiner Praxis folgen zu können. Dieses Problem wird man auch durch eine Anhebung der Gebühren nicht lösen.

Darum drängt sich die Frage auf, ob man nicht den Mut haben muss, die Richter durch eine wesentliche Vereinfachung der Verfahrensregeln zu entlasten und ihnen mehr Eigenverantwortung zu geben, sich die Entscheidung derjenigen Fälle zu erleichtern, die nach ihrem Eindruck von geringerer rechtlicher, menschlicher und wirtschaftlicher Bedeutung sind.

Man könnte z.B. die Bagatellgrenze des § 495a ZPO von heute 600 Euro inflationsbereinigen und auf 1.000 oder 1.500 Euro anheben und unterhalb dieser Grenze die Verfahren grundsätzlich zunächst dem Schiedsmann zuweisen. Dem Amtsrichter könnte man grundsätzlich die Möglichkeit geben, nach einer mündlichen Verhandlung das Urteil in Bagatellsachen ohne und im Übrigen nur mit mündlicher, zu protokollierender Begründung zu fällen. Das könnte man auch dem Einzelrichter beim LG zugestehen.

Man könnte die Zulassung jedes Rechtsmittels bei den Bagatellfällen durch das erkennende Gericht ausschließlich daran binden, dass es sich um eine grundlegende Rechtsfrage handelt.

Man könnte den Gerichten die Möglichkeit geben, durch nichtanfechtbare Entscheidung das schriftliche Verfahren anzuordnen, wie es ja auch das BVerfG machen kann.

Man könnte bei der Entscheidung über die Prozesskostenhilfe die Prüfung der sozialen Bedürftigkeit dem Rechtspfleger übertragen.

Man könnte bei Schadensersatzansprüchen dem Gericht zumindest die Möglichkeit geben, über den Anspruch nur dem Grunde nach zu entscheiden und die Entscheidung über die Höhe der einzelnen Schadensposten dem Rechtspfleger übertragen. Dabei denke ich mit Grauen an Bausachen, Unfallfolgen oder andere Fälle, in denen der arme Richter sich hinsetzen und die einzelnen Ansprüche durchrechnen muss. Muss er das? Wird er dafür bezahlt? Muss es nicht reichen, wenn der Richter die zu ersetzenden Schadensquoten feststellt?

Schließlich könnte man die Gerichtskosten wesentlich anheben, wenn sie nicht in den allgemeinen Landeshaushalt fließen, sondern zu einer besseren personellen Ausstattung der Gerichte führen würden.

Natürlich kann man das alles ablehnen. Aber wenn wir die Verfahren beschleunigen wollen und das für nötig halten – und das ist es –, dann müssen wir die Verfahren drastisch vereinfachen. Dazu fehlen mir bisher aus der Anwaltschaft ausreichende Vorschläge. Wir könnten sie besser machen, als die Richter in ihrer eigenen Sache.

Düsseldorf, 20. August 2010

Buchhinweise

Praxiskommentar zum GmbH-Recht

Prof. Dr. Hasso Heybrock (Hrsg.), ZAP Verlag, 2.422 Seiten, 2. Auflage 2010, gebunden, mit DVD, 118 Euro, ISBN 978-3-89655-527-4

Gut eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sind die ersten Auswirkungen der „Jahrhundertreform" in der Praxis messbar. Grund genug, dem Rechtsanwender die aktualisierte Neuauflage des „Heybrock" zur Verfügung zu stellen. Diese nimmt die bisherigen Entwicklungen und Erfahrungen mit

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Berufsbegleitende Masterstudiengänge an der Universität Münster

JurGrad
School of Tax and Business Law
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

LL.M./EMBA
für Juristen und Wirtschaftswissenschaftler

- ALTERSVORSORGE
- MEDIZINRECHT
- MERGERS & ACQUISITIONS
- REAL ESTATE LAW
- STEUERWISSENSCHAFTEN
- VERSICHERUNGSRECHT
- WIRTSCHAFTSRECHT & RESTRUKTURIERUNG

Tel.: 02 51/620 77-0
www.uni-muenster-llm.de

dem neuen GmbH-Recht auf und berücksichtigt zudem weitere zwischenzeitlich in Kraft getretene Reformgesetze mit Bezug zum GmbH-Recht (z.B. BilMoG, ARUG, FGG-RG).

Beibehalten wurde das bewährte Konzept des Praxiskommentars, das dem Leser neben fundierten Erläuterungen zu den praxisrelevanten Problemstellungen auch gleich die notwendigen Arbeitshilfen (Übersichten, Checklisten, Fomularvorlagen, Anwendungsbeispiele etc.) und die richtigen Praxistipps liefert. Dabei sind neben dem GmbHG und EGGmbHG auch die relevanten Vorschriften aus dem HGB, dem Umwandlungs-, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht kommentiert. Neu eingefügt wurde zudem ein eigenes Kapitel zur „GmbH im Prozess", welches u.a. Erläuterungen zu Prozessvorbereitung und -führung bietet und damit die Praxistauglichkeit des Kommentars weiter erhöht. Abgerundet wird das Werk durch eine umfassende Recherchedatenbank auf der beiliegenden DVD, die mehr als 1.000 Gesetze und weit über 20.000 Entscheidungen im Volltext bietet.

Arbeitshilfen für Insolvenzsachbearbeiter

Michaela Heyn (Hrsg.), ZAP Verlag, 1.499 Seiten, 2. Auflage 2010, gebunden, mit CD-ROM, 88 Euro, ISBN 978-3-89655-494-9

Das Anliegen der Autorin, den Mitarbeitern im Insolvenzbüro eine wertvolle Arbeitshilfe für ihre tägliche Arbeit an die Hand zu geben, bleibt auch mit der Neuauflage unverändert. Die Gestaltung des Buchs beruht auf ihren langjährigen Erfahrungen als Leiterin einer Insolvenzabteilung. Schwierigkeiten, die bei der Einarbeitung und Schulung von Kollegen wiederholt auftraten, wurden berücksichtigt. Das Ergebnis ist eine praxisnahe, an den Erfordernissen der täglichen Arbeit orientierte Arbeitshilfe.

Das Werk ist alphabetisch nach Schwerpunkten eines Insolvenzverwalters geordnet. In 66 Kapiteln werden die einzelnen Arbeitsschritte bei der Abwicklung verschiedener Angelegenheiten im Insolvenzverfahren umfassend erläutert und konkrete Hilfestellungen für die Bearbeitung von Vorgängen an die Hand gegeben. Der Aufbau der Ausführungen berücksichtigt dabei die verschiedenen Kenntnisstände der Insolvenzsachbearbeiter.

Mit der Neuauflage sind u.a. folgende Themen hinzugekommen:

- Auslandsbezug: Besonderheiten bei der Abwicklung von grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren (einschl. Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren),
- Einkommen: Berechnung des pfändbaren Einkommens und Pfändungsschutz, Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen, Abtretung usw.,
- Freigabe: Vorstellung aller denkbaren Freigabemöglichkeiten (Konten, Grundstücke, Aus- und Absonderungsgut, selbstständige Tätigkeit usw.),
- Fristen: Darstellung aller im Zusammenhang mit der Abwicklung von Insolvenzverfahren zu beachtenden Fristen,
- Haftung: Erläuterung haftungsrelevanter Tatbestände mit Blick auf eine größtmögliche Verringerung des Haftungsrisikos,
- Limited: Arbeitsschritte zur Gutachtenerstellung für eine Limited im Unterschied zur Gutachtenerstellung für eine GmbH oder andere Gesellschaftsform.

Über 300 ausführliche Muster für Anschreiben und Berichte erleichtern die praktische Umsetzung. Alle Muster sowie die Checklisten aus den einzelnen Kapiteln sind zudem auf der beiliegenden CD-ROM enthalten und können somit direkt in die Textverarbeitung übernommen werden.

Einstweiliger Rechtsschutz

Enders/Börstinghaus (Hrsg.), ZAP Verlag, 691 Seiten, 2. Auflage 2010, gebunden, mit CD-ROM, 78 Euro, ISBN 978-3-89655-499-4

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes warten einige Herausforderungen auf die Verfahrensbeteiligten: Die Materie ist hochkomplex. Zugleich besteht in Situationen, in denen es einstweilige Verfügungen zu beantragen oder abzuwehren gilt, immer ein besonderer Eilbedarf. In der einschlägigen Literatur zu den jeweiligen Rechtsgebieten wird dem einstweiligen Rechtsschutz meist nur ein Teilkapitel gewidmet. An eine ausgedehnte und detaillierte Literaturrecherche ist nicht zu denken.

Genau hier setzt das vorliegende Werk an: Der Leser wird in die Lage versetzt, alle Fragen rund um den einstweiligen Rechtsschutz mithilfe nur eines Buches zu lösen. In einer Situation, in der schnelle Reaktionen gefragt sind, findet der Leser alles „aus einer Hand" und dies sowohl in verfahrensrechtlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf die relevanten materiell-rechtlichen Anknüpfungspunkte, inkl. der kosten- und gebührenrechtlichen Aspekte. Ein besonderes Augenmerk dieses von Praktikern für Praktiker geschriebenen Werkes gilt der Erörterung der Spezialgebiete, in denen die einstweilige Verfügung typischerweise zum Einsatz kommt:

- Familienrecht
- Arbeitsrecht
- Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Baurecht
- Gesellschaftsrecht
- Wettbewerbsrecht
- Marken- und Presserecht
- Insolvenzrecht

Cambridge Shanghai
Executive M.B.L.-HSG
Universität St.Gallen
Luxembourg
Frankfurt a.M.
Executive Master of European and International Business Law M.B.L.-HSG
Brussels
The University of St.Gallen HSG, one of Europe's leading business schools, offers a challenging postgraduate master program in European and international business law to executives.
St.Gallen
The main features of the 18-month part-time Executive M.B.L.-HSG are:
– Focus on practical solutions to real problems and learning in context
– Global faculty and flying classroom – modules at leading universities and other centers of excellence in Europe, the US and Asia
– Well renowned lecturers from both, practice and academia
– Access to the HSG Alumni Association, one of the most influential networks in business
NewYork/NY
Tokyo
Course start date: 19 June 2011
Vaduz
Universität St.Gallen
Executive M.B.L.-HSG
Dufourstrasse 59
CH-9000 St.Gallen
Telefon +41 71 224 26 16
Telefax +41 71 224 26 11
E-Mail mblhsg@unisg.ch
Website www.mbl.unisg.ch
Austin/TX
EFMD EQUIS ACCREDITED

Zahlreiche Hinweise, Tipps und Beispiele geben wertvolle Hilfestellung für die richtige Taktik und Strategie. 65 Muster zum vorläufigen Rechtsschutz allgemein, aber auch zu den Spezialgebieten runden das Werk ab. Diese Muster finden sich neben nahezu allen zitierten Entscheidungen und den zitierten Rechtsvorschriften auch auf der beiliegenden voll durchsuchbaren CD-ROM.

Das neue Vergaberecht

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Erläuterung des GWB, der SektVO und VgV 2009, mit Texten der VOB/A, VOB/B, VOL/A und VOF jeweils Ausgabe 2009, Werner Verlag, 624 Seiten, 2. Auflage 2010, gebunden, 68 Euro, ISBN 978-3-8041-4773-7

Das neue Vertragsrecht ist endlich komplett. Mit der Verabschiedung der Vergabeverordnung im April 2010 treten auch die VOB/A, VOL/A und VOF in Kraft. Allerdings hat es gegenüber den Entwurfsfassungen aus 2009 noch einige Änderungen gegeben.

Das Werk erläutert und kommentiert ausführlich die Neuregelungen der SektVO, die ein ganz neues Reglement für alle Vergabeverfahren auf dem Gebiet der Sektoren einführt und dort VOB/A wie VOL/A ablöst. Auch das Nachprüfungsverfahren hat wichtige Änderungen durch das seit April 2009 reformierte GWB erfahren. Auf der Grundlage ihrer reichhaltigen Praxiserfahrung erläutern die renommierten Autoren, Prof. Dr. Ralf Leinemann, Herausgeber und Autor, sowie die Mitautoren Dr. Eva-Dorothee Leinemann und Dr. Thomas Kirch, die §§ 97 ff. GWB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und der neuesten Rechtsprechung.

Besondere Kapitel vertiefen aktuelle Spezialfragen wie die Anwendung des Konjunkturpakets II, Folgen einer verzögerten Vergabe, Unterschwellen-Rechtsschutz sowie Schadensersatzansprüche der Beteiligten. Der Anhang des Buchs enthält die aktuellen, amtlichen Texte von GWB und VgV sowie der VOB/A, VOB/B, VOL/A und VOF in der seit Mai 2010 anzuwendenden Fassung. Die Neuauflage des in der Erstauflage bereits vergriffenen Buchs bringt das gesamte Vergaberecht auf den neuesten Stand.

Veranstaltungshinweise

Crashkurs Europarecht des Centrums für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP)

Das CEP veranstaltet **am 13. und 14. Januar 2011** einen Crashkurs Europarecht an der Universität Passau. Dieses Fortbildungsseminar richtet sich jeweils an Juristen aller Berufsfelder, die in ihrer täglichen Praxis mit der stetig wachsenden Bedeutung des Europarechts konfrontiert werden. In den Seminarblöcken 1–3 werden die Grundlagen des Europarechts vermittelt. Im Rahmen des Seminarblocks 4 erhalten die Teilnehmer die Möglichkeit, einen für sie besonders relevanten Bereich zu vertiefen. Zur Wahl stehen die Grundfreiheiten, das Europäische Beihilfenrecht sowie das Europäische Vergaberecht. Referieren werden Prof. *Dr. Michael Schweitzer* (CEP), Prof. *Dr. Werner Schroeder* (Universität Innsbruck), Prof. *Dr. Martin Selmayr* (Europäische Kommission, Brüssel), Rechtsanwalt Prof. *Dr. Hans-Georg Kamann* (WilmerHale LLP, Frankfurt a.M.) und *Sabine Ahlers* (Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Bayern, Hof). Der Teilnahmebeitrag beträgt 600 Euro. Die Anmeldung ist bis zum 30.12.2010 möglich.

Interessenten wenden sich bitte an das Centrum für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP), Geschäftsführerin *Marina Schuldheis*, LL.M., Innstraße 39, 94032 Passau, Tel.: 0851 509-2395, Fax: -2396, cep@uni-passau.de, www.cep-passau.eu.

Einladung zum Fachsymposium Patientenverfügung am 27.10.2010 in Kiel

Die Schleswig-Holsteinische Rechtsanwaltskammer und die Notarkammer laden alle interessierten Mediziner, Betreuer, Mitglieder aller pflegerisch tätigen Berufe und Rechtsanwälte und Notare ein, um die Frage des mutmaßlichen Willens von Patienten in der konkreten Situation einer lebensbedrohlichen Krankheit zu diskutieren.

Selbstbestimmte Patienten? Jeder Mensch soll selbst bestimmen, welche medizinischen Behandlungsmethoden er wünscht. Wie aber muss der Arzt verfahren, wenn der Patient seinen Willen nicht mehr äußern kann? Für diese Fälle soll eine Patientenverfügung weiterhelfen. In einer solchen Verfügung kann der Patient vorab bei vollem Bewusstsein bestimmen, welche Behandlungen er wünscht und welche unterlassen werden sollen. Damit sich der Patientenwille auch auf dem „Papier" manifestiert, hilft bei der Formulierung der Rechtsanwalt und Notar. Doch wie bewähren sich die Patientenverfügungen in der akuten Situation? Kann man in „guten Tagen" bereits alle Eventualitäten des Sterbens berücksichtigen?

Es sprechen:

- Professor *Dr. Norbert Weiler*, Facharzt für Anästhesiologie, Klinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin Universitätsklinikum Schleswig-Holstein zum Thema:
  „Was müssen Patientenverfügungen aus Sicht der Medizin leisten?"
- Rechtsanwalt und Notar *Dr. Rainer Krehl*, Bad Segeberg, zum Thema:
  „Die rechtliche Gestaltung von Patientenverfügungen"
- Rechtsanwalt und Dozent am Universitätsklinikum Schleswig-Holstein *Dr. Klaus C. Kossen* zu den Themen:
  „Haftungsproblematik für Ärzte und strafrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Patientenverfügungen"
- *Gothart Magaard*, Bischofsbevollmächtigter im Sprengel Schleswig und Holstein zum Thema:
  „Ethische Fragen im Zusammenhang mit Patientenverfügungen"

Diskussionsrunde unter Moderation von *Kerstin Michaelis*, TV-Journalistin (u.a. NDR-Gesundheitsmagazin Visite).

Die Veranstaltung findet **am 27.10.2010, 18.00 Uhr** im Audimax an der Christian-Albrechts-Universität Hörsaal H, Christian-Albrechts-Platz 2, 24118 Kiel statt. Um Anmeldung wird gebeten bei: *Andrea Zaszczynski*, Pressestelle Schleswig-Holsteinische Rechtsanwaltskammer, Telefon: 040 4132700, info@srh-pr.de. Der Eintritt ist frei!

Fachtagung „Zeitarbeit paradox: Zurück in die Zukunft?"

„Zeitarbeit paradox: Zurück in die Zukunft?" lautet der Titel der juristischen Fachtagung, die der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) erstmalig am 17.11.2010 im Potsdamer Mercure Hotel veranstaltet. Von 10 bis 17.15 Uhr geht es um die Reform des AÜG (Prof. *Dr. Gregor Thüsing*), Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (RA *Dr. Oliver Bertram*), den Betriebsrat im Kundenbetrieb (*Holger Dahl*) und die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab Mai 2011 (Prof. *Dr. Frank Bayreuther*). In einer abschließenden Runde wird mit Vertretern aus Medien, Politik, Zeitarbeit und Wissenschaft über das Thema „Zeitarbeit auf (richtigem) Zukunftskurs?" (Impulsvortrag: Prof. *Dr. Peter Schüren*) diskutiert.

Die Teilnahmegebühr beträgt 180,00 Euro, zzgl. MwSt., inkl. Tagungsunterlagen und -verpflegung. Den Tagungsflyer finden Sie zum Download auf der iGZ-Homepage unter www.ig-zeitarbeit.de.

Anmeldungen bis 10.11.2010: iGZ-Bundesgeschäftsstelle, *Kirsten Redeker* (Veranstaltungsorganisation), Tel: 0251 98112-11, redeker@ig-zeitarbeit.de.

Richter Alexander Hold oder Landgericht Hannover – Wie der Anspruch auf Unterhaltung unser Bild von der Justiz beeinflusst

Podiumsdiskussion mit Richter Alexander Hold und Bernhard Töpper zum Bild der Justiz in der Öffentlichkeit am 30.10.2010 ab 18.15 Uhr in der Leibniz Universität Hannover

Im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Die Nacht, die W!SSEN schafft!" veranstaltet das **Institut für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA)** der Juristischen Fakultät an der Leibniz Universität Hannover eine Podiumsdiskussion zum Thema „Richter Alexander Hold oder Landgericht Hannover – Wie der Anspruch auf Unterhaltung unser Bild von der Justiz beeinflusst". Die Teilnahme steht allen Interessierten offen. Eine Anmeldung ist nicht erforderlich. Im Anschluss an die Diskussion wird zu einem Austausch mit den Diskutanten bei einem Glas Wein eingeladen.

Es diskutieren:

Alexander Hold, Richter am AG Kempten (beurlaubt) und Hauptdarsteller der Gerichtsshow Richter Alexander Hold

Stephan Lucas, Strafverteidiger in München und Darsteller (Staatsanwalt) der Gerichtsshow Richter Alexander Hold

Bernhard Töpper, Rechtsanwalt und ehem. Leiter der ZDF-Fachredaktion „Recht und Justiz" sowie Moderator der Sendung „Wie würden Sie entscheiden?" (ausgestrahlt von 1974–2000)

Uwe Kappmeier, Rechtsanwalt und Präsident des DAV-Landesverbands Niedersachsen sowie Obmann der DAV-Landesverbände

Uta Fölster, Präsidentin des OLG Schleswig, ehem. Leiterin der Pressestelle beim Bundesverfassungsgericht sowie ehem. Geschäftsführerin des Deutschen Richterbundes

Moderation und Einführung:

Professor Dr. Christian Wolf, Lehrstuhlinhaber und geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA).

Hintergrund: Die Gerichtsshows im Privatfernsehen stehen bei Juristen häufig in der Kritik. Zuletzt kritisierte der DAV im Rahmen seines Aprilscherzes die Mangelhaftigkeit der Darstellung und forderte, dass es *„wichtig [sei], der Bevölkerung ein realistisches Bild der Justiz und vor allem des Anwaltsberufs zu vermitteln"* (DAV-Depesche Nr. 12/10). An der Kritik fällt auf, dass sich die Justiz und die innerhalb des justizförmigen Verfahrens agierenden Personen im Rahmen von Gerichtssendungen nicht richtig dargestellt fühlen. Der Beruf des Juristen ist in der Bevölkerung nicht eben beliebt. Selbst in der Anwaltschaft werden daher Forderungen nach einem Ethik-Codex laut. Auch die Gerichte versuchen zunehmend, ihr Bild in der Gesellschaft zu verbessern. Doch was ist, wenn das Bild in der Gesellschaft gar nicht so sehr von der realen Justiz und ihrem Handeln abhängt?

Gerichtssendungen übernehmen zwar den äußeren Rahmen des staatlichen Gerichtsverfahrens, weichen jedoch inhaltlich zugunsten einer dramaturgischen Zuspitzung von dem klassischen Ablauf einer Hauptverhandlung ab. TV-Sender wollen Einschaltquoten erzielen und letztlich bestimmt das Publikum, wie es unterhalten werden will. Die öffentliche Hauptverhandlung hingegen richtet sich an die Prozessbeteiligten und basiert zum großen Teil auf schlichten Verweisungen in die Prozessakten. Die interessierte Öffentlichkeit hat somit selten Gelegenheit, den kompletten Prozessstoff zu verstehen. Vielleicht muss sich ja auch die Justiz im Hinblick auf die Ausgestaltung und Wertschätzung der öffentlichen Hauptverhandlung verändern, wenn sie realistisch wahrgenommen und nachvollzogen werden will? Während der Diskussion sollen auch Ausschnitte der Sendungen „Richter Alexander Hold" und „Wie würden Sie entscheiden" eingespielt werden, um konzeptionelle Unterschiede deutlich zu machen.

Ansprechpartner: Sven Hasenstab, wiss. Mitarbeiter, Institut für Prozess- und Anwaltsrecht, Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, Raum II 908, Tel. 0511-762 19864, E-Mail sven.hasenstab@jura.uni-hannover.de

Wettbewerbszentrale e. V. Bad Homburg
1. Bad Homburger Gesundheitsrechtstag 2010
Topthemen des Gesundheitsrechts!
Branchenkenner informieren Sie über die Konfliktpunkte, Rechtsgrundlagen und zeigen Lösungsansätze auf!
Infos/Anmeldung: www.wettbewerbszentrale.de

Vermischtes

Warnung vor Betrugsmasche mit gefälschten Schecks

Aufgrund von drei in enger zeitlicher Nähe hier eingegangener Geldwäscheverdachtsanzeigen von Rechtsanwälten, möchten wir Sie über eine Betrugsmasche informieren, die nach Auskunft der beteiligten Landeskriminalämter nicht neu ist, aber wohl erstmals bei Rechtsanwälten auftaucht:

Per E-Mail wenden sich angebliche ausländische Mandanten an deutsche Anwaltskanzleien mit der Bitte um Übernahme eines Mandats verbunden mit der Bitte, den erforderlichen Vergütungsvorschuss zu benennen. Wird dieser genannt, treffen kurz darauf ausländische Bankschecks ein – meist in Dollar –, mit einem Betrag, der den Vergütungsvorschuss exorbitant übersteigt. Entweder soll der überschießende Betrag **sofort** an einen angeblichen Gläubiger weitertransferiert werden, der anderenfalls die wirtschaftliche Existenz bedrohende Schritte unternimmt. Oder die Überzahlung wird als Versehen deklariert und um sofortige Rücküberweisung gebeten, da die Geldmittel für die Fortführung des Betriebs von existenzieller Bedeutung seien.

Eine andere Variante ist die Beauftragung eines Anwalts zur Durchsetzung angeblicher Unterhaltsansprüche. Kurz darauf treffen Dollarschecks ausländischer Banken mit hohen Beträgen beim Anwalt ein. Auch hier soll das Geld nach Scheckeinlösung auf dem Anderkonto so schnell wie möglich weitertransferiert werden, da es sich ja schließlich um existenziell wichtigen Unterhalt handele.

Die Täter versuchen den Umstand auszunutzen, dass eingereichte Schecks auf dem eigenen Konto sofort gutgeschrieben werden – allerdings mit dem entscheidenden Vermerk „Eingang vorbehalten". Im internationalen Scheckverkehr kann der Zeitraum, in dem der Eingang vorbehalten bleibt, durchaus lange sein. In einem Fall dauerte es 14 Tage, bis die Gutschrift rückgebucht wurde, weil der Scheck gefälscht war. In diesem Zeitraum versuchen die angeblichen Mandanten, den Anwalt zu einer raschen Weiterüberweisung der angeblich ja bereits bei ihm eingegangenen Gelder zu veranlassen. Haben sie Erfolg, wird das angeblich bereits vorhandene Geld weitertransferiert, bevor die Gutschrift rückgebucht wird, weil der Scheck gefälscht war – der Anwalt bleibt dann auf dem Schaden sitzen. Deshalb ist es auch kein Zufall, dass Sachverhalte konstruiert werden, die den Anwalt auch einem erhöhten moralischen Druck aussetzen, das Geld sofort weiter zu überweisen.

Obwohl in allen drei Fällen Merkwürdigkeiten auftraten, die die Anwälte schließlich zu einer Geldwäscheverdachtsanzeige veranlassten, ist doch nicht ausgeschlossen, dass die Betrugsmasche künftig professioneller wird. Es besteht daher Anlass, die Kolleginnen und Kollegen nochmals darauf hinzuweisen, dass über Scheckgeld erst dann verfügt werden kann, wenn die Bank nicht nur den Scheckbetrag gutgeschrieben hat, sondern auch die wirksame Einlösung bestätigt. Da die Banken dies nicht von sich aus tun, ist unbedingt bei der Bank nachzufragen. Wird obige Betrugsmasche als solche gleich erkannt und Anzeige bei der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft erstattet, so sollten die Kolleginnen und Kollegen – auch wenn es sich nicht mehr um eine Geldwäscheverdachtanzeige nach § 11 GwG handelt – gleichwohl eine Kopie der Strafanzeige an den Geldwäschebeauftragten der BRAK, Littenstraße 9, 10179 Berlin übersenden.

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Machen Sie den Deal perfekt.

Hölters (Hrsg.) **Handbuch Unternehmenskauf**
Herausgegeben von RA Dr. Wolfgang Hölters. Bearbeitet von 21 hochkarätigen Spezialisten aus der M&A-Beratungspraxis. 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2010, 1.644 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,– €
ISBN 978-3-504-45556-9

Wenn Unternehmen veräußert werden, darf ein *Hölters* natürlich nicht fehlen. Er ist das Standardwerk zum Thema, das Ihnen genau erklärt, wie Sie den Deal perfekt machen. Von der angemessenen Bewertung über das geschickte Verhandeln bis zur optimalen Vertragsgestaltung und Abwicklung.

Die Neuauflage wurde grundlegend überarbeitet und durch zusätzliche Themen bereichert, die rechtsformspezifischen Besonderheiten und zunehmender Internationalisierung Rechnung tragen.

Machen Sie den Deal perfekt. Mit einer Leseprobe und Ihrer Bestellung bei **www.otto-schmidt.de**

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Eine einfache Arbeitszeitregelung ist schon schwer zu formulieren.

Neu

In der Neuauflage dieses erstklassigen Formularbuchs finden Sie wieder für jeden Fall, der Ihnen im Arbeitsrecht begegnen kann, die aktuellen Formulare und Muster – samt ausführlichen Erläuterungen für ihre einfache Umsetzung in der Praxis.

Neue Kapitel zu Datenschutz, Compliance und zum Insolvenzarbeitsrecht. 44 neue Muster zu allen aktuellen Regelungsbereichen. Darunter auch englischsprachige für den Arbeitsvertrag mit gewerblichen Arbeitnehmern, den Dienstvertrag mit einem Geschäftsführer und den Aufhebungsvertrag. Insgesamt über 400 kommentierte Muster im Buch und auf CD. Reinschauen und bestellen bei **www.otto-schmidt.de**

Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann **Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht** *Von FAArbR Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, FAArbR und Notar Dr. Stefan Lingemann, FAArbR Dr. Martin Diller und FAinArbR Dr. Katrin Haußmann. 4., überarbeitete Auflage 2011, rd. 1.200 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD 99,– €. ISBN 978-3-504-42667-5*

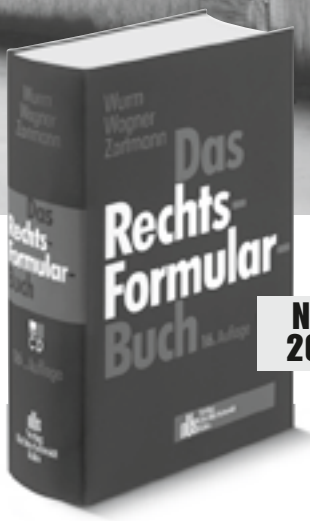
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Jede Kanzlei hat mindestens ein Buch.

Das Rechts-Formular-Buch. Der einzigartige Erfahrungsschatz aus über sieben Jahrzehnten, gebündelt in mehr als 1.000 kommentierten Musterformulierungen mit vorangestellten Einführungen ins jeweilige Rechtsgebiet.

Muster und Anschreiben aus dem gesamten materiellen Zivilrecht – einschließlich Handels- und Gesellschaftsrecht und Randgebieten, nach denen Sie woanders vergeblich suchen. Mit Checklisten, Praxistipps und Hinweisen auf Steuerfolgen und Kosten. Mit neuen Themen wie Versand- und Onlinehandel. Und allen gesetzlichen Neuerungen wie FamFG, Änderung des WEG, ErbStRG, MoMiG, BilMoG, ARUG, VorstAG – um nur einige zu nennen.

Das Rechts-Formular-Buch. Gehört zur Grundausstattung jeder Kanzlei von Rechtsanwälten, Notaren, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. Probe lesen und bestellen bei **www.otto-schmidt.de**



Neu 2011

Wurm/Wagner/Zartmann **Das Rechts-Formular-Buch**
Praktische Erläuterungen und Muster für das Bürgerliche Recht, Wirtschafts-, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht mit steuer- und kostenrechtlichen Hinweisen. *16. Auflage 2011, rd. 2.500 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD mit den Mustern, 139,– €*
Erscheint im November. ISBN 978-3-504-07009-0

ra-micro 7
Konkurrenzlos schnell.
INFOLINE 0800 726 42 76
Mehr unter www.ra-micro.de