

APRIL 2020
51. JAHRGANG

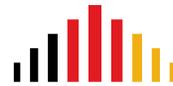
2/2020

S. 61–116

BEIRAT

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

www.brak-mitteilungen.de



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

BRAK

MITTEILUNGEN

Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht

AKZENTE

U. Wessels

Es wird eine Zeit nach Corona geben!

AUFSÄTZE

P. T. Schrader

Automatisierung der Rechtsanwendung

K. von Lewinski

Kollidierende Interessen beim Einsatz von Legal Tech

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

Bayerischer AGH

Zulässigkeit eines Feststellungsbescheids einer
Rechtsanwaltskammer (Anm. M. W. Huff)

BGH

Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers
(Anm. E. Schwärzer)

ottoschmidt

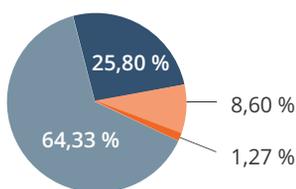
PVST 7997



Was anwalt.de-Kunden wollen: neue Mandanten und positive Bewertungen

Wie zufrieden sind anwalt.de-Kunden mit anwalt.de? Wie nutzen sie die Plattform und was ist ihnen besonders wichtig? Die wichtigsten Ergebnisse der Kundenumfrage 2019 im Überblick:

„Wie zufrieden sind Sie mit anwalt.de?“



● Sehr zufrieden ● Zufrieden ● Unzufrieden ● Sehr unzufrieden

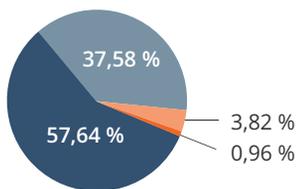
Über 90 % der anwalt.de-Kunden sind zufrieden oder sehr zufrieden.

„Toller Service! Ich bin seit mehreren Jahren Kunde der Internet-Plattform anwalt.de und mit der Leistung sehr zufrieden.“

Rechtsanwältin Jennifer Rduch, Essen
anwalt.de/rduch, anwalt.de-Kundin seit 2014



„Mir ist es wichtig, mit anwalt.de neue Mandanten zu gewinnen.“



● Ich stimme voll und ganz zu ● Ich stimme zu ● Ich stimme nicht zu ● Ich stimme überhaupt nicht zu

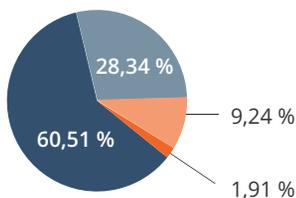
anwalt.de-Kunden wollen neue Mandanten gewinnen.

„anwalt.de ist für mich die ideale Plattform hinsichtlich effektiver und einfacher Mandantengewinnung. Auch bei Google & Co. werde ich mit meinem anwalt.de-Profil sehr gut gefunden und erhalte darüber stetig Anfragen.“

Rechtsanwältin Annett Sterrer, Berlin
anwalt.de/annett-sterrer, anwalt.de-Kundin seit 2011



„Mir ist es wichtig, mit Bewertungen positiv wahrgenommen zu werden.“



● Ich stimme voll und ganz zu ● Ich stimme zu ● Ich stimme nicht zu ● Ich stimme überhaupt nicht zu

anwalt.de-Kunden ist es wichtig, durch Bewertungen positiv wahrgenommen zu werden.

„Bewertungen sind wichtig für potenzielle Mandanten. Dadurch erhalte ich bis heute regelmäßig neue Mandate über anwalt.de.“

Rechtsanwalt Roosbeh Karimi, Berlin
anwalt.de/roosbeh-karimi, anwalt.de-Kunde seit 2015



Jetzt anmelden und anwalt.de 1 Monat kostenlos testen.

www.anwalt.de/mitmachen

INHALT

AKZENTE

U. Wessels Es wird eine Zeit nach Corona geben!	61
---	----

IN EIGENER SACHE

T. Nitschke Komplett digital – BRAK-Mitteilungen und BRAK-Magazin in Kürze ganz ohne Papier!	62
--	----

AUFSÄTZE

P. T. Schrader Automatisierung der Rechtsanwendung	62
K. von Lewinski Kollidierende Interessen beim Einsatz von Legal Tech	68
B. Sangmeister Verfahrensrecht ist Verfassungsrecht – Praxishinweise zum Finanzgerichtsprozess	73
Chr. Dahns/E. M. Buchmann Der berufsrechtliche Jahresüberblick – Ein Blick zurück auf die berufsrechtliche Rechtsprechung des Jahres 2019	77
A. Jungk/B. Chab/H. Grams Pflichten und Haftung des Anwalts – Eine Rechtsprechungsübersicht	81

AUS DER ARBEIT DER BRAK

T. Nitschke Die BRAK in Berlin	87
F. Läßle/A. Gamisch/R. Weiske Die BRAK in Brüssel	90
V. Horrer/R. Khalil Hassanain/S. Schaworonkowa Die BRAK International	91
Absage – Sitzungstermin der Satzungsversammlung	92

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

BERUFSRECHTE UND PFLICHTEN

Niedersächsischer AGH	11.11.2019	AGH 39/16 (I/13) n.rkr.	Unzulässige Zusammenarbeit mit einem Hochschullehrer als of Counsel	93
Niedersächsischer AGH	8.11.2019	AGH 38/16 (I 12)	Zurückbehaltung von Titeln wegen Nichtzahlung von Kostenrechnungen	97

WERBUNG

AGH Nordrhein-Westfalen	6.12.2019	2 AGH 3/19	Unsachliche Werbung und unzulässige Erfolgshonorarvereinbarung (LS)	101
AnwG Frankfurt	9.1.2020	IV AG 27/19	Werbung mit den Begriffen Experte und Spezialist (LS)	101

Alle Entscheidungen und Aufsätze in unserer Datenbank
www.brak-mitteilungen.de

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

ZULASSUNG

BGH	11.12.2019	AnwZ (Brfg) 50/19	Widerruf wegen Vermögensverfalls (LS)	102
-----	------------	-------------------	---------------------------------------	-----

SYNDIKUSANWÄLTE

Bayerischer AGH	16.1.2020	BayAGH III-4-19/ 2018 n.rkr.	Zulassung eines Gruppenleiters im Bereich „Rechtsschutz Schaden“ (LS)	102
Bayerischer AGH	18.12.2019	BayAGH I-1-5/19 n.rkr.	Keine Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers (LS)	103
Bayerischer AGH	11.12.2019	BayAGH III-4-4/19 n.rkr.	Zulässigkeit eines Feststellungsbescheids einer Rechtsanwaltskammer (m. Anm. M. W. Huff)	103
Bayerischer AGH	6.11.2019	BayAGH I-5-39/18 n.rkr.	Unvereinbare Tätigkeit bei einem Immobilienverwalter und -makler (LS)	106
Bayerischer AGH	7.10.2019	BayAGH III-4-11/18 n.rkr.	Voraussetzungen einer anwaltlichen Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt (LS)	106
Bayerischer AGH	30.9.2018	BayAGH I-41/18 n.rkr.	Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers (LS)	106

ABWICKLUNG UND VERTRETUNG

BGH	28.11.2019	IX ZR 239/18	Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers (m. Anm. E. Schwärzer)	106
-----	------------	--------------	--	-----

ELEKTRONISCHER RECHTSVERKEHR

BAG	24.10.2019	8 AZN 589/19	Rechtsmittelbegründung per beA unter fremder Namenskennung	114
-----	------------	--------------	--	-----

NOTARRECHT

BGH	18.11.2019	NotSt (Brfg) 1/19	Befristete Entfernung aus dem Notaramt (LS)	116
-----	------------	-------------------	---	-----

SONSTIGES

BFH	11.2.2020	VIII B 131/19	Tarifbegünstigte Veräußerung einer freiberuflichen Praxis (LS)	116
BFH	17.7.2019	II B 35-37/18	Keine Hinweispflicht des Gerichts bei anwaltlich vertretenem Beteiligten (LS)	116

IMPRESSUM

BRAK-MITTEILUNGEN UND BRAK-MAGAZIN Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht

HERAUSGEBERIN Bundesrechtsanwaltskammer, Littenstr. 9, 10179 Berlin, Tel. (0 30) 28 49 39-0, Telefax (0 30) 28 49 39-11, E-Mail: redaktion@brak.de, Internet: <https://www.brak.de>, Archiv: <http://www.brak-mitteilungen.de>.

REDAKTION Rechtsanwältin Dr. Tanja Nitschke, Mag. rer. publ. (Schriftleitung), Rechtsanwalt Christian Dahns, Frauke Karlstedt (sachbearbeitend).

VERLAG Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln (Bayenthal), Tel. (02 21) 9 37 38-997 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), Telefax (02 21) 9 37 38-943 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), E-Mail: info@otto-schmidt.de.

KONTEN Sparkasse KölnBonn (DE 87 3705 0198 0030 6021 55); Postgiroamt Köln (DE 40 3701 0050 0053 9505 08).

ERSCHEINUNGSWEISE Zweimonatlich: Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

BEZUGSPREISE Den Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern werden die BRAK-Mitteilungen im Rahmen des Mitgliedsbeitrages ohne Erhebung einer besonderen Bezugsgebühr zugestellt. Jahresabonnement 109 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 21,80 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ANZEIGENVERKAUF sales friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn; Telefon (02 28) 9 78 98-0, Fax (02 28) 9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de. Gültig ist Preisliste vom 1.1.2020

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 168.460 Exemplare (Verlagsausgabe).

DRUCK Schaffrath, Geldern. 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.

ISSN 0722-6934

DATENSCHUTZHINWEISE unter <https://www.brak.de/datenschutz/allgemein>

AKTUELLE HINWEISE

IM BUNDESGESETZBLATT VERKÜNDET

Verordnung über die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die elektronische Aktenführung im Bußgeldverfahren (Bundesbußgeldaktenführungsverordnung – BBußAktFV)

BGBl. I v. 10.1.2020, S. 63

Besondere Gebührenverordnung des Bundesministeriums der Finanzen zum Transparenzregister (Transparenzregistergebührenverordnung – TrGebV)

BGBl. I v. 16.1.2020, S. 93

Drittes Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften (Drittes Waffenrechtsänderungsgesetz – 3. WaffRÄndG)

BGBl. I v. 19.2.2020, S. 166

Zwölfte Verordnung zur Änderung der Bundeswahlordnung

BGBl. I v. 21.2.2020, S. 199

IM EU-AMTSBLATT VERKÜNDET

Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu den Vorschlägen über Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen

Abl. der EU, C-32 v. 31.1.2020

Mitteilungen des Rats – Politische Erklärung zur Festlegung des Rahmens für die künftigen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich

Abl. der EU, C-34 v. 31.1.2020

Genehmigung staatlicher Beihilfen nach den Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU – Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (1)

Abl. der EU, C-25 v. 24.1.2020

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zur „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bessere Rechtsetzung: Wir ziehen Bilanz und erneuern unser Engagement“ (COM(2019) 178 final)

Abl. der EU, C-14 v. 15.1.2020

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1012/2002 des Rates zwecks Bereitstellung einer finanziellen Unterstützung für Mitgliedstaaten zur Abfederung der erheblichen finanziellen Belastung, die ihnen durch einen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Union ohne Abkommen entsteht“

(COM(2019) 399 final – 2019/0183 (COD))

Abl. der EU, C-14 v. 15.1.2020

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Leitlinien zur Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der EU“ (COM(2019) 250 final)

Abl. der EU, C-14 v. 15.1.2020

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu „Blockchain und der EU-Binnenmarkt: Wie geht es weiter?“ (Initiativsternungnahme) (EESC 2019/02261)

Abl. der EU, C-47 v. 11.2.2020

Praktische Anweisungen für die Parteien in den Rechtssachen vor dem Gerichtshof

Abl. der EU, L-421 v. 14.2.2020

Programm „Hercule III“ Aufforderung zur Einreichung von Vorschlägen 2020 Rechtliche Weiterbildung und Rechtsstudien 2020/C 58/05 (PUB/2020/165)

Abl. der EU, C-58 v. 21.2.2020

Cloud • Legal Tech • Mobiles Arbeiten

Ja, wir haben auch echt smarten Schnick-Schnack.

Aber vor allem läuft unsere Kanzleisoftware WinMACS einfach solide und schnell.

Bei dreistelliger Anzahl an Arbeitsplätzen, enormen Akten-, Daten- und Dokumenten-Aufkommen und hohen Anforderungen an Ihren Kanzlei-Workflow.

 **WinMACS**

 **RUMMEL AG**
Einfach. Schneller. Gemacht. www.rummel-ag.de

Geschäftsordnung von Eurojust
Abl. der EU, L-50 v. 24.2.2020

Verfahrensregeln für die Verarbeitung und den Schutz personenbezogener Daten bei Eurojust
Abl. der EU, L-50 v. 24.2.2020

Beschluss des Verwaltungsrats der Agentur der EU für Cybersicherheit v. 21.11.2019 über interne Vorschriften zur Einschränkung bestimmter Rechte betroffener Personen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten der ENISA (PUB/2020/96)
Abl. der EU, L-37 v. 10.2.2020

Endgültiger Erlass (EU, Euratom) 2020/227 des Gesamthaushaltsplans der Europäischen Union für das Haushaltsjahr 2020
Abl. der EU, L-57 v. 27.2.2020

AUS DEN ZEITSCHRIFTEN

BRÄK-Mitteilungen und Anwaltsblatt sind für jeden berufsrechtlich Interessierten Pflichtlektüre. Nachfolgend dokumentiert das Institut für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln Aufsatzliteratur zum Berufsrecht der Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater, die in den zurückliegenden Wochen in anderen Periodika und Sammelwerken veröffentlicht worden ist. Aus Platzgründen muss eine wertende Auswahl getroffen werden.

Zusammengestellt vom Institut für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln durch Julia Schmid und Dr. Christina Esser.

Kontakt zur Literaturschau: anwaltsrecht@googlemail.com

Anwalt und Kanzlei (AK) Nr. 1: *Cosack*, Elektronischer Rechtsverkehr: beA: Die Schonzeit ist vorbei (6); Nr. 2: *Stake*, Elektronischer Rechtsverkehr. beA: Das müssen Sie beim Ausscheiden aus einer Kanzlei beachten (25);

Loher, Mandantenbindung. Coaching in der Kanzlei: Wenn Mandanten emotional werden (28).

Anwaltsrevue (Schweiz) Nr. 11: *Frey*, Parteikosten in den verschiedenen Prozesskostensystemen (463); *Chappuis*, changement d'étude et conflits d'intérêts (511).

Berliner Anwaltsblatt (BerAnwBl.) Nr. 12: *Schinagl*, Anwaltspostfach reloaded. Kommentar zur Lage des beA im Umfeld des elektronischen Rechtsverkehrs (441); *Grönheit*, Alte Frage, neu gestellt: Was macht die Rechtsanwältin/den Rechtsanwalt aus? (463); *Krohn*, Brauchen Rechtsanwälte Cyber-Versicherungsschutz? (471); *Singer*, Tagungsbericht: Neue Geschäftsmodelle für Rechtsdienstleistungen durch Legal Tech und ihre berufsrechtlichen Schranken (470); Nr. 1: *Frank*, Das Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht. Oder: Die Herabsetzung der Gebühren der Anwälte durch die Hintertür (25); *Ciper*, Übers Ziel hinausgeschossen? Zu anwaltlichen Kanzleipflichten gem. § 27 BRAO (34).

Das Juristische Büro (JurBüro) Nr. 11: *Klüsener*, Die reduzierte Termingebühr bei Säumnis im erstinstanzlichen Verfahren (561); Nr. 12: *ders.*, Rechtsschutzgarantie als Taktgeber für die Digitalisierung der Justiz (617); Nr. 1: *Schneider*, Anwaltsvergütung für die Beschwerde wegen der Nichtzulassung von Revision oder Rechtsbeschwerde (1).

Der Deutsche Rechtspfleger (Rpfler) Nr. 1: *Hein/Noll*, Abtretbarkeit des Vergütungsanspruchs eines anwaltlichen Berufsbetreibers (5).

Der GmbH-Steuerberater (GmbH-StB) Nr. 1: *Brinkmeier*, Berufsrecht: Neues zum Jahreswechsel (34).

Der Steuerberater (StB) Nr. 11: Auswirkungen der Digitalisierung auf die Kommunikation und Datenübergabe zwischen Mandant, Kanzlei und Finanzverwaltung: *Reimann*, Teil 1 (339); Nr. 12: *ders.*, Teil 2 (381).

(Fortsetzung S. VII)



QUALITÄT DURCH FORTBILDUNG

Fortbildungszertifikat der Bundesrechtsanwaltskammer



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

DAS FORTBILDUNGSZERTIFIKAT DER BRAK

- Fachkompetenz sichtbar gemacht
- Orientierung für Mandanten und potenzielle Mandanten
- Zur Werbung auf Briefkopf, Homepage, Visitenkarten oder in Anzeigen

Weitere Informationen unter: www.brakfortbildungszertifikat.de

AKZENTE

ES WIRD EINE ZEIT NACH CORONA GEBEN!

Niemand konnte sich vor einigen Wochen eine Pandemie vorstellen, die uns beispiellose Einschränkungen unserer Freiheitsrechte abverlangt. Zum Schutz vor einer weiteren Ausbreitung des Corona-Virus wurde das öffentliche Leben weitgehend heruntergefahren. Damit muss auch die Anwaltschaft zurechtkommen. Selbstverständlich können wir Anwältinnen und Anwälte den Zugang zum Recht für unsere Mandantschaft auch in der Krise gewährleisten, indem wir telefonisch, schriftlich oder per Videokonferenz beraten. Und gerade jetzt besteht akuter Beratungsbedarf, etwa im Arbeits- und Insolvenzrecht.



Dr. Ulrich Wessels

Sorgen mache ich mir aber um etliche Kolleginnen und Kollegen, die in eine wirtschaftlich ungewisse Zukunft blicken, weil Mandanten infolge der Pandemie ausbleiben. Als BRAK haben wir an Gesetzgeber und Banken appelliert, auch die Anwaltschaft bei den Maßnahmenpaketen zur Liquiditätssicherung zu berücksichtigen. Leider wird die Anwaltschaft faktisch im Ergebnis im Vergleich zu anderen Unternehmen benachteiligt: Die als Antragsvoraussetzung darzulegenden Liquiditätseingänge stellen sich erst zeitverzögert ein, anders als etwa im Handel; Thüringen schließt die Anwaltschaft sogar explizit von Sofortmaßnahmen aus. Hier tut Nachbesserung dringend Not!

Dies habe ich in einem Schreiben an die Bundeskanzlerin mit Nachdruck betont. Denn die derzeitigen Regelungen erkennen nicht an, dass die Anwaltschaft systemrelevant ist – genauso wie das Personal in Behörden von Bund und Ländern, in Senatsverwaltungen und Bezirksämtern. Die Funktionsfähigkeit der Justiz, und damit unseres Rechtsstaats, muss auch in der Krise gewährleistet bleiben. Und ohne Anwaltschaft funktioniert die Justiz nicht. Auch Anwältinnen und Anwälte und ihr Kanzleipersonal müssen daher als systemrelevant behandelt werden. Das gilt für die wirtschaftliche Absicherung durch Liquiditätshilfen, aber auch für die Kindernotbetreuung.

Verstärkend tritt hinzu, dass auch der Justizbetrieb stark heruntergefahren ist, was natürlich zum Schutz von Richterschaft, Justizbediensteten und Verfahrensbeteiligten notwendig und sinnvoll ist. Aber Corona darf nicht zu einem Stillstand der Rechtspflege führen. Prozesskostenhilfeanträge müssen bearbeitet, eilbedürftige Verfahren entschieden werden. Wir drängen bei den Landesjustizministerien darauf, den Betrieb so aufrecht zu erhalten, dass es noch angemessenen Rechtsschutz gibt. Und wir haben an die Gerichte appelliert, Fristverlängerungsanträge großzügig zu handhaben und Termine in Abstimmung mit den Prozessvertretern zu verlegen. Flexibilität und gute Kommunikation zwischen Richtern und Anwälten sind derzeit elementar!

Als Service für Anwältinnen und Anwälte haben wir auf der Website www.brak.de/coronavirus umfangreiche Informationen gebündelt, die laufend aktualisiert und erweitert werden – insbesondere zu Hilfsmaßnahmen und zur Situation in den Länderjustizen.

Bei all dem darf die Zeit nach der Corona-Pandemie nicht aus dem Blick geraten. Dass der Gesetzgeber in der Krise konzentriert und schnell handelt, ist wichtig. Doch Maßnahmen mit hoher Eingriffsqualität bedürfen einer besonders sorgfältigen Abwägung zwischen zweckem Ziel und betroffenen Grundrechten. Die BRAK fordert daher, Regelungen aus Anlass der Pandemie mit einem klaren Enddatum zu versehen, um eine erneute parlamentarische Kontrolle sicherzustellen. Das gilt auch für Umschichtungen von den Ländern hin zum Bund, wie jüngst im Rahmen der Änderung des Infektionsschutzgesetzes. Sonst wäre unser föderaler Rechtsstaat nach der Krise von in Krisenzeiten erlassenen Eil-Gesetzen geprägt. Zu den aktuellen Gesetzgebungsverfahren hat die BRAK sich sehr kurzfristig geäußert und hat der Bundesjustizministerin angeboten, auch weiterhin kurzfristig die Sicht der Rechtsanwender einzubringen.

Die weiteren Gesetzgebungsverfahren werden wir kritisch begleiten und uns auch weiterhin mit Nachdruck für die Interessen der Anwaltschaft einsetzen. Denn es wird auch eine Zeit nach Corona geben – und sie braucht eine starke Anwaltschaft.

Bleiben Sie gesund!

Ihr
Dr. Ulrich Wessels

IN EIGENER SACHE

KOMPLETT DIGITAL

BRAK-MITTEILUNGEN UND BRAK-MAGAZIN IN KÜRZE GANZ OHNE PAPIER!

RECHTSANWÄLTIN DR. TANJA NITSCHKE, MAG. RER. PUBL.,
SCHRIFTLITERIN DER BRAK-MITTEILUNGEN UND DES BRAK-MAGAZINS

Die BRAK beschreitet mit ihren Zeitschriften neue Wege: BRAK-Mitteilungen und BRAK-Magazin sollen künftig ausschließlich digital erscheinen. Gedruckte Ausgaben wird es dann nicht mehr geben. Stattdessen können die Zeitschriften in einer digitalen Version bequem am PC oder auf einem mobilen Endgerät gelesen werden, die Links dazu erhalten Leserinnen und Leser über ihr besonderes elektronisches Anwaltspostfach bzw. per E-Mail. Zu einem späteren Zeitpunkt werden die Hefte zusätzlich in einer App angeboten. Beides wird deutlich komfortabler nutzbar sein als die bereits jetzt zur Verfügung stehenden PDF-Ausgaben sämtlicher Hefte.

Zu diesem großen Schritt hat sich die BRAK im 51. Jahrgang des Erscheinens ihrer Zeitschriften aus verschiedenen Gründen entschieden. Digitale Zeitschriften sind zeitgemäß, sie sind bequemer zu lesen und können überall hin mitgenommen werden; dazu bieten sie viel-

fältigere Recherchemöglichkeiten und können schneller und damit auch aktueller produziert werden. Mit der Umstellung entspricht die BRAK dem Wunsch vieler Leserinnen und Leser. Der Verzicht auf Papier und postalische Auslieferung ist auch unter Umweltschutzgesichtspunkten ein Gewinn und führt zudem zu einer deutlichen Reduktion der Herstellungs- und Vertriebskosten.

Die Umstellung erfolgt nach derzeitiger Planung zum zweiten Halbjahr 2020. Voraussichtlich ab dem Heft 4/2020 wird es also die BRAK-Mitteilungen und das BRAK-Magazin komplett digital geben. Mehr Informationen zum künftigen Bezug folgen im kommenden Heft der BRAK-Mitteilungen und in Kürze auch auf den Websites der BRAK und im BRAK-Newsletter „Nachrichten aus Berlin“.

Wir freuen uns, Ihnen die neuen digitalen Zeitschriften der BRAK bald vorstellen zu dürfen!

AUFSÄTZE

AUTOMATISIERUNG DER RECHTSANWENDUNG

PROF. DR. PAUL T. SCHRADER

Welche Vorteile sind beim Einsatz von Legal Tech-Produkten zu erwarten? Welche Gefahren birgt die Automatisierung im Rahmen der Rechtsanwendung? Warum wird Rechtsanwendung nicht vollständig automatisiert werden können? Diese Fragen werden im nachfolgenden Beitrag erörtert.

I. ÄHNLICHKEIT KONDITIONALER NORMEN ZUR FORMALEN LOGIK EINER PROGRAMMIERSPRACHE

Derzeitige Datenverarbeitungsanlagen arbeiten nach einer formalen Logik.¹ Programmiersprachen und digi-

tale Schaltungen basieren auf Werten bzw. Ausdrücken, die wahr oder falsch (d.h. null oder eins) sein sowie miteinander verglichen werden können. Dieses Alternativverhältnis von null und eins wird durch die sog. Fuzzy Logic-Technologie relativiert, indem mit („unscharfen“) Werten wie „annähernd null“ und „annähernd eins“ gearbeitet wird. Eine Übertragung dieses Ansatzes zwecks Abbildung unbestimmter Rechtsbegriffe scheint vielversprechend,² scheitert allerdings daran, dass deren Grenzen durch Wertungen zu bestimmen sind.³ Zudem ist die Angabe „der Vertrag ist höchstwahrscheinlich wirksam“ bei der Rechtsanwendung nicht zielführend

¹ Gumm/Sommer, Einführung in die Informatik, 9. Aufl. 2011, 424 ff.

² Nach Bothe, Fuzzy Logic, 1993, zeichnet sich das Fuzzy Logic-Kalkül dadurch aus, dass es nicht nur nicht-binär ist, sondern auch dadurch, dass es ermöglicht, Aussagen verbal-linguistisch zu erfassen: „sehr groß“, „vergleichsweise klein“, „ein wenig falsch“ etc.

³ Hierzu Krimphove/Niehaus, Maschinelle Entscheidungsfindung: Der Einsatz der

und ein konkretes (streng alternatives) Ergebnis erforderlich.

Eine typische Operation einer Datenverarbeitungsanlage ist die wertabhängige Steuerung des Programmablaufs: Ist die Aussage wahr, soll der eine Programmablauf verfolgt werden, ist sie falsch, der andere. Als Ablaufdiagramm lässt sich dies in einem „if-then-else“-Schema veranschaulichen.

Dieses Schema weist Parallelen zu einer konditionalen Rechtsnorm auf: *Wenn* die Normvoraussetzungen vorliegen, *dann* tritt die Rechtsfolge ein, *sonst* nicht.⁴ Eine solche Ähnlichkeit löste Euphorie hinsichtlich eines vermuteten Potentials aus, das unter dem Begriff „Legal Tech“ zusammengefasst wird und Eingang in die rechtswissenschaftliche Diskussion gefunden hat.⁵ Die häufig angestrebte Schärfung der Definition des Begriffs „Legal Tech“⁶ ist jedoch nur von begrenztem Erkenntniswert. Stattdessen ist zur Beurteilung informationstechnischer Umsetzungsmöglichkeiten juristischer Methodik der Fokus auf ein konkretes Anwendungsbeispiel zu lenken.

1. ANWENDUNGSBEISPIEL: § 985 BGB

Die in § 985 BGB genannten Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs sind: der Anspruchsteller ist Eigentümer, der Anspruchsgegner ist Besitzer und der Herausgabegegenstand ist eine Sache. Die (formale) Subsumtion eines Sachverhalts unter diese Norm stellt den Juristen typischerweise vor keine größeren Herausforderungen.

2. UMSETZUNGSBEISPIEL ALS „SUBSUMTIONSAUTOMAT“

Die formalen Schritte des Syllogismus lassen sich programmieren. Als Beispiel kann eine Webseite dienen, mit der das formale Ergebnis der Norm § 985 BGB abgebildet werden kann:

Im Quellcode der Webseite, d.h. in Form der Beschreibungssprache HTML sind zunächst sechs Texteingabefelder zu definieren,⁷ die die Titel „Eigentümer“, „Besitzer“, „Herausgabegegenstand“ sowie „Anspruchstel-

ler“, „Anspruchsgegner“ und „Sache“ tragen. Zusätzlich ist ein Element (Abschnitt) „Rechtsfolge“ zu definieren,⁸ das das jeweilige Ergebnis anzeigt, indem dessen Erscheinungsbild durch entsprechende Zuweisung eines geänderten Wertes verändert werden kann. Schließlich wird eine Schaltfläche definiert,⁹ deren Betätigung das JavaScript startet („Subsumiere“), welches ebenfalls auf der Seite eingebunden ist:

```
<script>
document.querySelector('#Subsumiere').onclick =
function ()
{ if (document.querySelector('#Eigentuerer').value===
document.querySelector('#Anspruchsteller').value &&
document.querySelector('#Besitzer').value===document.
querySelector('#Anspruchsgegner').value && document.
querySelector('#Herausgabegegenstand').value===
document.querySelector('#Sache').value)
{ document.querySelector('.Rechtsfolge').innerHTML =
„Herausgabeanspruch besteht“;}
else
{ document.querySelector('.Rechtsfolge').innerHTML =
„Herausgabeanspruch besteht nicht“;} }
</script>
```

Im Kern wird lediglich der Wert in dem Feld „Anspruchsteller“ mit dem im Feld „Eigentuerer“ verglichen. Gleiches erfolgt mit den Werten der Felder „Anspruchsgegner“ und „Besitzer“ sowie „Herausgabegegenstand“ und „Sache“. Sind die jeweiligen Werte identisch, wird dem Feld „Rechtsfolge“ der Wert „Herausgabeanspruch besteht“ zugewiesen, andernfalls wird der Wert „Herausgabeanspruch besteht nicht“ zugewiesen und auf der Webseite angezeigt.

Das skizzierte JavaScript dient der Verdeutlichung der Parallelität von Rechtssyllogismus und Programmablauf; die programmiertechnischen Möglichkeiten sind freilich wesentlich weitreichender als dargestellt. Das Script selbst kann etwa durch die Erweiterung des Umfangs zu berücksichtigender Variablen erheblich an Komplexität gewinnen. Zudem können Verfahren des maschinellen Lernens Anwendung finden.¹⁰ Dabei geht es im Wesentlichen um das automatisierte Erkennen von Mustern in einem sehr umfangreichen Daten(ausgangs)material, oftmals zum Zwecke der Entwicklung bisher noch unerkannter Lösungswege.¹¹ Letzteres fällt in ein Gebiet, das mit dem Begriff „Artificial Intelligence“ (AI) umschrieben wird, dessen Verständnis allerdings durch den deutlichen Übersetzungsfehler in „Künstliche Intelligenz“ (KI) getrübt ist.¹² Der Unter-

Fuzzy-Logik in der Rechtswissenschaft, in Breidenbach/Glatz, Rechtshdb. Legal Tech, 2018, 249.

⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 115 f.; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, 255 f.

⁵ Für einen Überblick über den deutschen Legal Tech-Markt s. Tobschall/Kempe, in Breidenbach/Glatz, 25 ff. Zu den Vorteilen für Verbraucher Hartung, in Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, 2018, Rn. 37 f., 45 ff.; Greger, AnwBl. 2017, 932 (Flightright GmbH). Zum Potenzial von Legal Tech s. Hähnchen/Bommel, AnwBl. 2018, 600. Zur Vereinbarkeit von Self-Service-Angeboten und Chatbots mit § 10 RDG sowie den berufsrechtlichen Grenzen Hartung, in Hartung/Bues/Halbleib, 2018, Rn. 1031 ff. Zur rechtlichen Einordnung von Legal Tech-Angeboten, die auf Rechtsdurchsetzung gerichtet sind: Greger, MDR 2018, 897. Insb. zur Frage, ob die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung durch eine gleichzeitige Übernahme von Inkassodienstleistungen und Prozessfinanzierung gefährdet wird, vgl. Valdin, BB 2017, 1609; Kluth, VuR 2018, 403 (zu myRight bzw. financialright GmbH); Henssler, NJW 2019, 545; Römermann/Günther, NJW 2019, 551, 554 f. Zur Mietright GmbH und der Würdigung von deren Geschäftsmodell in der Rechtsprechung Rott, VuR 2018, 443. Umfassend Remmert, BRAK-Mitt. 2018, 231.

⁶ Hähnchen/Bommel, JZ 2018, 334 f.; Breidenbach, in Breidenbach/Glatz, 37; Glatz, in Breidenbach/Glatz, 59.; Hartung, in Hartung/Bues/Halbleib, Rn. 17 ff.

⁷ Z.B. <input type=„text“ name=„Anspruchsteller“ id=„Anspruchsteller“>.

⁸ <div class=„Rechtsfolge“></div>; wobei zu Beginn dieses <div>-Tag tatsächlich noch keinen Wert aufweist, sondern dieser erst bei Betätigung des „Subsumiere“-Buttons zugewiesen wird.

⁹ <button id=„Subsumiere“ type=„button“> Subsumiere</button>.

¹⁰ Maschinelles Lernen ist ein Teilgebiet der KI-Forschung, das sich „mit der computergestützten Modellierung und Realisierung von Lernphänomenen, der Extraktion von Wissen aus großen Datenbeständen und der Realisierung adaptiver Systeme befasst“ (Wrobel/Joachims/Morik, in Görz/Schneeberger/Schmid, Hdb. der Künstlichen Intelligenz, 5. Aufl. 2014, 405).

¹¹ Alpaydin, Machine Learning. The New AI, 2016, 16.

¹² Hierzu Herberger, NJW 2018, 2825.

schied zwischen „Intelligence“ und „Intelligenz“ liegt vor allem darin, dass derzeitige AI-Systeme durchaus in der Lage sind, (auch für Menschen kaum nachvollziehbare) Zusammenhänge aufzuklären, allerdings für „Intelligenz“ notwendige Merkmale wie „Bewusstsein“ oder „Kreativität“ bisher nicht formallogisch abbildbar sind.¹³ Derzeitige (auch sog. „selbstlernende“) Systeme basieren auf einem konditionalen Programmcode („if-then-else“-Schema).¹⁴ Mit zunehmender Komplexität ist jedoch ein Transparenzverlust in Bezug auf den Ergebnisweg verbunden. Eine gänzliche Entkopplung von der konditionalen Grundlage ist damit allerdings nicht gegeben. Insoweit erscheint es zur Beantwortung der eingangs aufgezeigten Fragen weniger dienlich, die zu erwartenden technischen Möglichkeiten in den Blick zu nehmen, vielmehr sind die Eigenheiten der Rechtsanwendung genauerer Betrachtung zu unterziehen.

II. STUFEN DER RECHTSANWENDUNG UND DEREN AUTOMATISIERUNGSPOTENZIAL

Zumindest bei konservativen Trägern juristischer Berufe ist einmütig die (sicherlich auch protektionistisch induzierte) Vorstellung verfestigt, dass Rechtsanwendung über das Zuweisen von Werten als Voraussetzung einer Norm und das Ablesen der entsprechenden Rechtsfolge hinausgeht. Dies trifft weitgehend zu, allerdings sind auch auf dem Gebiet der Rechtsanwendung erhebliche Effizienzgewinne durch Automatisierung zu verzeichnen und weiterhin zu erwarten.¹⁵ Eine rechtsmethodische Analyse der Rechtsanwendung schärft den Blick für die Potentiale und Gefahren der Automatisierung.

Nach dem klassischen methodischen Verständnis erfolgt Rechtsanwendung typischerweise in vier Schritten:¹⁶ Sie beginnt mit der Feststellung des Sachverhalts, an die sich die Suche einer für diesen Sachverhalt passenden Norm anschließt. Sodann erfolgt eine Subsumtion des Sachverhalts unter den Normtatbestand sowie abschließend der Ausspruch einer Rechtsfolge.

1. SACHVERHALTSFESTSTELLUNG

a) BEDEUTUNG DER SACHVERHALTSFESTSTELLUNG FÜR DIE RECHTSANWENDUNG

Im juristischen Studium erfreut sich die Methodenlehre nicht allzu großer Beliebtheit. Möglicherweise liegt dies an einer vermeintlich fehlenden Examensrelevanz der Rechtstechnik. Kombiniert mit der Beschränkung des juristischen Studiums, anhand eines „feststehenden“ Sachverhalts einen rechtlichen Lösungsvorschlag zu erarbeiten, erschöpft sich die Erkenntnis des Grundlagen-

fachs der Methodenlehre oftmals in den Grundzügen der Subsumtion im engeren Sinne. Im Referendariat fehlt eine kritische Betrachtung der in diesem Rahmen erweitert erlernten Rechtsanwendung (bereits aus Zeitgründen) aus der Perspektive der Rechtswissenschaft. Allzu oft verbleibt das ernüchternde Gefühl, dem Studium fehle es an Praxisrelevanz. Dies basiert allerdings auf einer verzerrten Wahrnehmung, denn Rechtsanwendung beginnt nicht mit der Subsumtion unter eine Norm, sondern mit der (im Studium noch nicht verlangten) Feststellung des Sachverhalts. Diese Aufgabe wird zu Recht als die Hauptaufgabe des Juristen im Rahmen der Rechtsanwendung angesehen.¹⁷

b) SACHVERHALT (ALS TATFRAGE) IN ABGRENZUNG ZUR RECHTSFRAGE

Die Abgrenzung von Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Würdigung zeigt sich im Gewand der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit, der nur die Rechtsfragen durch das Revisionsgericht unterworfen sind. Klassische Grenzfälle der Einordnung in Tat- oder Rechtsfrage sind die Auslegung einer Willenserklärung¹⁸ oder auch des von verschiedenen Normen (z.B. § 407 BGB oder § 892 BGB) vorausgesetzten Begriffs der „Kenntnis“¹⁹ oder auch des Begriffs der kennzeichenrechtlichen „Verkehrsdurchsetzung“.²⁰ Wie genau diese Abgrenzung vorzunehmen ist, wird durch das Revisionsgericht (BGH) in der Regel zumindest methodisch nicht begründet.²¹ Für eine sachgerechte Abgrenzung dienen im Wesentlichen der begriffliche und der teleologische Ansatz.²² Während bei dem teleologischen Ansatz die Abgrenzung anhand des Zwecks der Revision vorgenommen wird, d.h. dass eine Vielzahl von Fällen ähnlich zu entscheiden ist und die Frage mithin Richtliniencharakter hat,²³ ist der begriffliche Ansatz für die Betrachtung von Automatisierungserwägungen hilfreich. Nach dem begrifflichen Ansatz ist der „Sachverhalt als Geschehen“ von dem „Sachverhalt als Aussage“ zu unterscheiden.²⁴ Nur der „Sachverhalt als Aussage“ ist sub-

¹⁷ Rütters/Fischer/Birk, Rn. 669 ff. Nach Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 23 Rn. 5 kommt im Prozess „ein Lot Rechtsfragen auf einen Zentner Tatsachen“.

¹⁸ Wolf/Neuner, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 35 Rn. 77 ff.; Bork, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 557 (S. 217). Dagegen BGH, NJW 2010, 146, 147 Rn. 10; NJW 2009, 1810, 1811 Rn. 8 m.w.N.

¹⁹ Hierzu Schrader, Wissen im Recht, 2017, 99 ff., 114.

²⁰ BVerfG, GRUR 2018, 403 und vorgehend BGH, GRUR 2016, 1167; dazu Schrader, WRP 2018, 524.

²¹ Z.B. BAG, AP BGB § 133 Nr. 30; unter Verweis auf tatrichterliches (nicht revisions) Ermessen BGHZ 3, 162, 165 (für die Schadensbemessung maßgebenden Tatsachen); BGHZ 6, 62, 63 (Kenntnis von der richtigen Einlösungsstelle eines Schecks); BGHZ 10, 14, 17 (Feststellung der groben Fahrlässigkeit gem. § 932 BGB); BGH, VersR 1966, 162, 163 (weiter tatrichterlicher Ermessensspielraum bei der Schadensschätzung gem. § 287 ZPO).

²² Im strafrechtlichen Kontext wird die Abgrenzung auch über die Funktionsgrenzen des Revisionsgerichts vorgenommen, da mit der Zentralisierung des Revisionsverfahrens auch eine Sachferne verbunden sei und im Strafprozess nur der Stoff der mündlichen Hauptverhandlung zugrunde zu legen ist und das Revisionsgericht hiervon nur aus dem Protokoll einen Eindruck erhält, vgl. hierzu Henke, Tatfrage, 1965, 23 ff.; Peters, Strafprozess, 2. Aufl. 1966, § 75 I (562); in den Folgeauflagen wird die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage in Gänze in Frage gestellt.

²³ Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960, 34 ff.; Henke, Tatfrage, 1965, 25 ff.; Henke, ZfP 81 (1968), 196, 199 ff.

²⁴ Wobei die dahinterstehende Differenzierung zwischen Alltags- und Rechtsbegriff

¹³ Görz/Schmid/Wachsmuth, in Görz/Schneeberger/Schmid, 3 f.

¹⁴ Konventionelle Computerprozessoren verfügen über nur basale Funktionen wie die Grundrechenarten, Speichern, im Programm zu springen und unter einer bestimmten Bedingung zu springen (IF-Befehl). Dazu Gumm/Sommer, Einführung in die Informatik, 9. Aufl. 2011, 751.

¹⁵ Hähnchen/Bommel, JZ 2018, 334, 336 ff.; Gaier, in Breidenbach/Glatz, 196 f.

¹⁶ Rütters/Fischer/Birk, Rn. 661 ff.

sumtionsfähig.²⁵ Die Umwandlung des „Sachverhalts als Geschehen“ in einen „Sachverhalt als Aussage“ erfolgt durch Transformation des Sachverhalts in Form der „Versprachlichung“. Dabei ist die „sprachlich-begriffliche“ von einer „außersprachlichen“ Erfassung eines Sachverhalts zu unterscheiden.²⁶ Die sprachlich-begriffliche Erfassung des Sachverhalts ist Tatfrage, weil dem alltäglichen (und unstreitigen) Bedeutungsgehalt eines Begriffs ein Faktum gegenübergestellt wird, während bei der außersprachlichen Erfassung des Sachverhalts die Begriffsbildung in Form von Relationsstrukturen erfolgt; sie ist mithin Rechtsfrage. Verkürzt ausgedrückt liegt ein „Sachverhalt als Geschehen“ vor, wenn die Frage, ob das Faktum der Aussage entspricht, mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden kann,²⁷ wohingegen ein „Sachverhalt als Aussage“ vorliegt, wenn die Frage, ob die Begriffe mit dem Faktum übereinstimmen, nicht mit „ja“ oder „nein“ zu beantworten ist, sondern „es drauf ankommt, was man unter den Begriffen versteht“.²⁸

c) AUTOMATISIERUNG IM RAHMEN EINFACH GELAGERTER SACHVERHALTSKONSTELLATIONEN

Die vorstehenden Erkenntnisse helfen beim Verständnis der eingeschränkten Möglichkeiten einer Automatisierung der Sachverhaltsfeststellung. Im skizzierten Beispiel des Subsumtionsautomaten können in die Eingabefelder „Eigentümer“, „Besitzer“ usw. Namen eingetragen werden. Durch Interpolation oder Kombination mit anderen Datenquellen, wie beispielsweise dem Handelsregister, können zumindest existente Parteien korrekt erfasst werden. Dem ist jedoch die Frage vorgelegt, welchen Bedeutungsgehalt die Begriffe „Eigentümer“ und „Besitzer“ haben. In welche Kategorie fallen Leasingnehmer, Vorbehalts(ver-)käufer, Mieter und Insolvenzverwalter? Das Beispiel verdeutlicht die Komplexität der Rechtsanwendung bereits auf der Ebene der Sachverhaltsfeststellung. Die Probleme entstehen bei der Transformation des „Sachverhalts als Geschehen“ zu einem (subsumtionsfähigen) „Sachverhalt als Aussage“. Enthält dagegen eine Norm ausschließlich Voraussetzungen, deren Bedeutungsgehalt ohne Schwierigkeiten (insbesondere ohne die wertende Frage, was unter dem jeweiligen Begriff zu verstehen ist) von einem „Sachverhalt als Geschehen“ in einen „Sachverhalt als Aussage“ transformiert werden kann, kann die Aufbereitung des Sachverhalts insoweit automatisiert werden. Beispiele sind die Bestimmung einer Verspätung oder Annullierung eines Fluges im Sinne des Art. 7 FluggastrechteVO²⁹ (die Verspätung oder Annullierung

die für die Einordnung in Tat- und Rechtsfrage entscheidende ist: *Scheuerle*, AcP 157 (1958), 1, 8 ff.; *Henke*, ZP 81 (1968), 196, 217 ff.; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit, 1964, 98 ff.; *Schwinge*, 53 ff.

²⁵ *Larenz*, 304 ff.

²⁶ *Larenz*, 308; *Scheuerle*, AcP 157 (1958), 1, 21 ff.

²⁷ Dem Begriff wird ein unstreitiges Faktum gegenübergestellt: *Scheuerle*, AcP 157 (1958), 1, 21 ff.

²⁸ *Nierwetberg*, JZ 1983, 237, 240 f.

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 v. 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, ABl. L 46, 1.

eines Fluges ist aus öffentlich zugänglichen Datenbanken mit Hilfe der Flugnummer abrufbar) oder auch das bloße Eingreifen eines „Mietendeckels“ in Ballungszentren.³⁰ Daher verwundert es nicht, dass gerade in diesen Bereichen die häufig erwähnten „Legal Tech“-Errungenschaften zu verorten sind und sehr einfach aufzubereitende Sachverhaltskonstellationen betreffen.

d) GEFAHR DER VERZERRTEN SACHVERHALTSERFASSUNG

Verheißungsvoll ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der automatisierten Aufbereitung des Sachverhalts. Die Möglichkeit, derartige Angebote auch für weniger einfach aufzuklärende Sachverhaltskonstellationen bereitzuhalten, verspricht eine Effizienzsteigerung (oder auch Markterschließung),³¹ die bis zur Überflüssigkeit der anwaltlichen Tätigkeit reichen könnte.³² Allerdings besteht dabei eine häufig schwer zu erkennende Gefahr. Durch die automatisierte Abfrage (außerhalb eines persönlichen Mandantengesprächs) kann die Eigenheit des Einzelfalles wegen der vorgegebenen Orientierung am Standardfall verborgen bleiben und damit für die rechtliche Bewertung verlorengehen. Zwar wird es durch vielschichtige Analyse möglich sein, sehr viele „relevante“ (weil oft im Zusammenhang mit ähnlichen Konstellationen auftretende) Informationen abzufragen, doch erscheint das Ergebnis fragwürdig, wenn statt eines intensiven und konzentrierten sowie erfahrungsgeliteten Mandantengesprächs jegliche für den Fall möglicherweise relevanten Konstellationen erfragt würden und dadurch ein erheblicher quantitativer Anstieg bei den vom Ratsuchenden mitzuteilenden Informationen zu verzeichnen wäre.

Letztlich bleibt das Kernproblem bestehen, den einfach gelagerten Standardfall von dem – verschiedene Eigenheiten aufweisenden – Problemfall sicher abzugrenzen. Diese Grenze ist nicht tatsächlich (beispielsweise durch eine Streitwertgrenze) zu bestimmen, sondern durch die rechtlich notwendige Bewertung des Sachverhalts. Diese Grenze sollte dort verlaufen, wo die Erfahrung des rechtsberatenden Berufsträgers in der konkreten Situa-

³⁰ BGH, Ur. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18 Rn. 148 ff., BRAK-Mitt. 2020, 44 Ls. – *wenigerMiete.de*, mit Bespr. *Henssler*, BRAK-Mitt. 2020, 6.

³¹ Vgl. *Singer*, BRAK Mitt. 2019, 211, 216 ff., der in den Geschäftsmodellen der Durchsetzung von Kleinbeträgen im Wege der Automatisierung (außerhalb der zulassungspflichtigen Rechtsberatung) den verfassungsrechtlich gebotenen Gewinn sieht, dass Verbraucher Zugang zum Recht erhielten, der ihnen sonst vor allem aus Kosten- und Risikogründen verwehrt bliebe.

³² Diese Angst wäre nicht begründet, wenn das Angebot (automatisierter) Rechtsdurchsetzung gegen pauschales Erfolgshonorar keine Substitution, sondern eine Ergänzung der Rechtsdienstleistung ist. Dem Verbraucher ist aber oftmals nicht hinreichend klar, dass er bei der automatisierten Rechtsdurchsetzung keine individuelle Beratung erhält. Zudem muss hinterfragt werden, ob die massenweise Durchsetzung von Kleinbeträgen in individuellen (aber automatisierten) Verfahren ein wünschenswerter Gewinn ist. Schließlich wird auf Seiten eines (vielfach) Inanspruchgenommenen eine umfassende Rechtsberatung erforderlich, die wegen der Kleinbeträge regelmäßig nach Aufwand vergütet werden muss. Diese (auch im Erfolgsfall nicht voll erstattungsfähigen) Abwehrkosten werden letztlich die Verbraucher im Wege der Einpreisung tragen. Es bleibt die Frage, ob bei missbräuchlicher Rechtsgestaltung in zahlreichen Fällen nicht doch die bewährten Instrumente der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung eines Mitbewerbers oder der Verbraucherschutzorganisationen gegenüber zahlreichen automatisierten Verfahren, die die Rechtspflege auch an Kapazitätsgrenzen bringen werden, die geeigneteren Mittel sind.

tion benötigt wird (Rechtsdienstleistung). Sie ist nicht gleichbedeutend mit der Abgrenzung zwischen Rechtsdienstleistung und Inkassodienstleistung i.S.d. §§ 3, 10 I 1 Nr. 1 RDG, denn bei letzterer wird zwar ebenfalls eine umfassende und vollwertige substantielle Beratung der Rechtsuchenden erbracht, allerdings beschränkt auf einen bestimmten Sachbereich (§ 10 I 1 Nr. 1 RDG).³³ Insoweit ist das nunmehr höchstrichterlich bestätigte weite Verständnis von „Inkassodienstleistung“³⁴ auch vor dem Hintergrund des in dem entschiedenen Fall in Rede stehenden Interessenkonflikts aufgrund eines vereinbarten Erfolgshonorars zu verstehen, nicht jedoch im Hinblick auf die besonders einfach strukturierte Erfassung des Sachverhalts oder die besonders einfach vorzunehmende rechtliche Bewertung.

2. AUFSUCHEN MASSGEBLICHER RECHTSNORM(EN)

Die zur rechtlichen Lösung eines Falles heranzuziehende und passende Norm muss zunächst aufgefunden werden. Das von *Karl Engisch* beschriebene Hin- und Herwandern des Blickes des Rechtsanwenders³⁵ erhält durch moderne Möglichkeiten der schnellen Erkennung von Mustern in großen Datenmengen und semantischen Suchalgorithmen eine überaus lohnende Unterstützung. Ersetzen kann und sollte eine solche algorithmengestützte Suche diesen Blick des Rechtsanwenders jedoch nicht. Die Funktionsweise einer semantischen Suche erweitert die herkömmliche Suchfunktion, die gleiche bzw. ähnliche Werte auffindet, dadurch, dass der Suchstruktur ein Umfeld gegeben wird, d.h. die Suchanfrage in einem Kontext weiterer Begriffe und Werte interpretiert wird.³⁶ Das bedeutet für die Suche in einer Urteilsdatenbank, dass eine herkömmliche Suche nach „Fahrzeug“ und „Kollision“ das Ergebnis verschiedenster Unfallkonstellationen liefert und dementsprechend die Ergebnismenge hinsichtlich der gesuchten Norm eine große Streubreite aufweist: §§ 7, 18 StVG, aber auch § 823 BGB und § 1 ProdHaftG. Der Vorteil einer semantischen Suche liegt nicht nur in der Möglichkeit der Häufigkeitsbestimmung, sondern vor allem in der Relationsbildung: In welchem Zusammenhang (auch ausgewerteter Unfallkonstellationen) wird § 18 StVG erwähnt, in welchem hingegen § 7 StVG bzw. in welchem Umfang und in welcher Entscheidungsrichtung?

a) GEFAHREN BEI DER ALGORITHMENGESTÜTZTEN SUCHE DER EINSCHLÄGIGEN RECHTSNORM

Dies verspricht, dass entscheidungserhebliche Normen künftig einfacher aufgefunden werden können. Allerdings scheint Vorsicht in zweierlei Hinsicht geboten:

³³ BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18 Rn. 111, 116 ff., 143 – wenigerMiete.de. Dementsprechend ist die für die Inkassodienstleistung erforderliche besondere Sachkunde auf die für die beantragte Inkassotätigkeit bedeutsamen Gebiete des Rechts beschränkt (§ 11 I Hs. 1 RDG).

³⁴ Hierzu BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18 Rn. 141 ff. – wenigerMiete.de. Der BGH verneinte auch bei der Bereitstellung eines softwarebasierten Mietpreissrechners sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht eine Überschreitung der Inkassobefugnis (Rn. 151).

³⁵ Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, 15.

³⁶ Vgl. Bast, Informatik Spektrum 36/2, 2013, 136.

Das Ergebnis der semantischen Suche wird nicht eine Handvoll Entscheidungen sein, sondern vielmehr zehntausende (vermeintlich) ähnliche Entscheidungen, die möglicherweise eine bestimmte Entscheidungstendenz aufweisen. Angesichts dieser Häufung spricht vieles für eine Beeinflussung der Rechtsanwendung beispielsweise insofern, als der Rechtsanwender eher dem statistischen Argument folgt, anstatt die eigene Überzeugung auch gegen eine quantitativ erdrückende Entscheidungsfülle zu stellen. Zudem sollte – trotz aller durch die semantische Suche überwundener Komplexität der Suche nach der passenden Norm – nicht die Fehlbarkeit auch moderner Suchalgorithmen außer Acht gelassen werden. Dies betrifft die fatale Fehlvorstellung, dass die erfolgte algorithmengestützte Suche ein vollständiges Ergebnis liefere. Dies zeigt sich bereits an der leicht nachvollziehbar begrenzten Eingabemenge, die die Datenbasis der Suche bildet und das Ergebnis unmittelbar beeinflusst. Das entscheidende Kriterium für die Rechtsanwendung bleibt letztlich doch der Blick des Rechtsanwenders, der das gefundene Ergebnis kritisch interpretieren muss.

b) VORTEILE DER ALGORITHMENGESTÜTZTEN SUCHE DER EINSCHLÄGIGEN RECHTSNORM

Einen unverkennbaren Vorteil hat die algorithmengestützte Suche: Führt diese Suche zur verbesserten Auffindbarkeit einzelner Argumente, so sind diese Argumente im zu entscheidenden Streit bekannt und beeinflussen den Prozess der vorliegenden Entscheidung durch ihre bloße Existenz.³⁷ Wichtig erscheint nur, dass dies die Entscheidung der hierzu Berufenen nicht ersetzt, sondern den Prozess ergänzt.

3. SUBSUMTION AM RECHTLICHEN MASSSTAB

a) RECHTSANWENDUNG ALS ANWENDUNG DER GESAMTEN RECHTSORDNUNG

Das Gesetz ist bei der Rechtsanwendung der Obersatz, der Lebenssachverhalt ist der Untersatz und die Schlussfolgerung liegt schließlich in der Feststellung, ob die Rechtsfolge eingreift.³⁸ Entscheidend ist, dass hierbei nicht *eine* Norm angewendet wird, sondern vielmehr stets die gesamte Rechtsordnung.³⁹ Das obige Beispiel bei der Subsumtion des Sachverhalts unter

³⁷ Es besteht eine Parallele zum Patentrecht: Eine zum Patent angemeldete Erfindung muss auf Patentfähigkeit u.a. im Hinblick auf deren Neuheit und erfinderische Tätigkeit geprüft werden, § 1 I PatG, was einen Vergleich der Merkmale der Erfindung mit den im Stand der Technik vorbekannten Merkmalen erfordert. Der Stand der Technik umfasst alle vorbekannten Kenntnisse, § 3 I PatG. Diese Kenntnisse müssen im Rahmen einer Recherche ermittelt werden. Auch wenn man sich international nur schleppend auf einheitliche Prüfungsstandards des materiellen Patentrechts einigen kann, wird ein großer Gewinn in der zwingenden Dokumentation eines einmal ermittelten einschlägigen Standes der Technik als Mindestvergleichsgröße gesehen: ist der Stand der Technik einmal recherchiert, muss er dieser Erfindung bei jeder (nationalen) Prüfung auf Patentfähigkeit zugrunde gelegt werden; zumindest kann sich der Patentprüfer nicht auf ein weniger umfangreiches Rechercheergebnis beziehen. Gleiches gilt für das vor Gericht vorgetragene und damit vorhandene Argument, das im Rahmen rechtlichen Gehörs Beachtung und damit Eingang in den Entscheidungsprozess finden muss.

³⁸ Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. 1992, Rn. 17.

³⁹ Rührens/Fischer/Birk, Rn. 659, 663.

§ 985 BGB veranschaulicht dies: In dieser Norm findet das Recht zum Besitz keine Erwähnung. Die Folgenorm liest der Jurist wie selbstverständlich bei der Rechtsanwendung mit. Was in diesem Rahmen (beschränkt auf die systematische Auslegung) noch als einfache Zusatzprogrammieraufgabe klingt, stellt den Programmierer bei der Anwendung der gesamten Rechtsordnung vor erhebliche Schwierigkeiten. Diese treten regelmäßig bei wertenden Entscheidungen auf, wie zum Beispiel bei der Anwendung von § 138 BGB auf Eheverträge⁴⁰ oder der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts, für den eine gesetzgeberische Interessenbewertung (bislang) fehlt⁴¹ oder wenn die Entscheidung aus Verfassungsnormen und sich wandelnden Wert- und Moralvorstellungen entwickelt werden muss.⁴² Gerade diese Konstellationen sind nicht nur im Zusammenhang mit der eher selteneren alltäglichen Anwendung von § 138 BGB und § 242 BGB anzutreffen, sondern immer dann, wenn es auf wertungsausfüllungsbedürftige Begriffe wie „unangemessene Benachteiligung“ (§ 307 I BGB) oder auch „ohne rechtlichen Grund“ im Rahmen der Eingriffskonklusion (beispielsweise bei der Bestimmung des Zuweisungsgehalts einer Domain)⁴³ ankommt.

b) FUNKTIONSGEBUNDENE BILDUNG VON RECHTSBEGRIFFEN

Ähnliche Herausforderungen bestehen aber auch bei der Beurteilung, ob der Sachverhalt des Falles unter die Tatbestandselemente der jeweiligen Norm passt: Wie bereits aufgezeigt, erfolgt die Aufbereitung des Sachverhalts zur subsumtionsfähigen Aussage schon durch Wertung. Erst recht werden in den meisten Fällen die Tatbestandselemente der Norm durch Wertung zu gewinnen sein: Es handelt sich um Rechtsbegriffe, deren Inhalt und Grenzen funktionsgebunden gebildet werden.⁴⁴ Das bedeutet insbesondere, dass die Begriffsinhalte nicht der alltagssprachlichen Bedeutung entsprechen, sondern in der Regel von der Funktion her auszu-legen sind, die die Norm im Gesamtgefüge der Rechtsordnung für den konkret zu entscheidenden Interessenkonflikt erfüllt. Daher sind Rechtsbegriffe anhand des Telos der Norm zu bilden.⁴⁵ Dieses ist vor dem von ihr vorgegebenen Interessenausgleich zu bestimmen,⁴⁶ nicht hingegen durch bloße Musteranalyse der Häufigkeit vorheriger Entscheidungen.

4. AUSSPRUCH DER RECHTSFOLGE(N)

a) AKZEPTANZ DER MENSCHLICHEN ENTSCHEIDUNG EINES KONFLIKTS

Das Ergebnis der Rechtsanwendung ist der Ausspruch der Rechtsfolge als Antwort des Rechts auf die Streitfrage.⁴⁷ Der Unterschied zwischen einem algorithmisch er-

rechneten Ergebnis und einer menschlichen Entscheidung liegt in der Akzeptanz der davon Betroffenen: Der Rechtsunterworfenen hat die (auch für ihn ungünstige) Entscheidung zu akzeptieren.⁴⁸ Diese Akzeptanz wird bei der mit Sachargumenten begründeten Entscheidung eines Menschen eher vorliegen als bei der Präsentation einer aus statistischen Daten ermittelten Häufigkeit und Musterähnlichkeit zu ähnlichen Fällen.⁴⁹ Zur Prüfung dieser Aussage dient die Kontrollfrage nach der Reaktion desjenigen, dem die Auszahlung am Geldautomaten rein maschinell verweigert wird, im Vergleich zu demjenigen, dem dasselbe Ergebnis von einem Bankmitarbeiter persönlich mitgeteilt wird. Steht hinter der Entscheidung ein Mensch, wird die Verantwortung für die Entscheidung bei dem Betroffenen selbst verortet und dementsprechend empfunden. Dieser Aspekt fehlt bei dem automatisierten Ausspruch der Rechtsfolge.⁵⁰ Trotz aller Effizienzsteigerung verbleibt die genuine Aufgabe des Menschen, einen zwischenmenschlichen Konflikt zu lösen, auch wenn der Streitentscheider ein von den Streitenden unabhängiger Dritter (z.B. ein Richter) ist.⁵¹

b) KEINE RECHTLICH BINDEnde UNTERWERFUNG UNTER AUTOMATISIERTE ENTSCHEIDUNGEN

Diese Annahme wird durch eine Regelung gestützt, die sich im Datenschutzrecht findet. Gem. Art. 22 I DSGVO darf eine Person nicht einer Entscheidung unterworfen werden, die der Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet und ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruht. Dabei rückt die Regelung den Verlust menschlicher Verantwortung für die eine andere

⁴⁷ Rütters/Fischer/Birk, Rn. 663.

⁴⁸ Akzeptanz meint „ein sozial wahrnehmbares und zugleich mentales Faktum, das sich in einer positiven Stellungnahme zu einer Norm oder Entscheidung äußert“ (Limbach, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Akademische Reden und Beiträge 14, 1997, S. 7). Akzeptanz im Sinne einer Übereinstimmung mit dem individuellen Rechtsbewusstsein kann durch eine „wertmäßige Rückbindung an die herrschenden Gerechtigkeits-, Wert- und Richtigkeitsvorstellungen herbeigeführt werden“ (Würtenberger, Hof/Schulte, Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, 200, 203); Akzeptanz setzt insoweit ebenfalls Wertung voraus (hierzu Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 1994, 84 f.). Die Akzeptanz automatisierter Entscheidungsfindung setzt ein wertebasiertes Design sowie eine klare Zuschreibung (menschlicher) Verantwortung voraus, vgl. Bitkom e.V./DFKI, Entscheidungsunterstützung mit Künstlicher Intelligenz, 2017, 115, 117.

⁴⁹ Nach einer vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat in Auftrag gegebenen Befragung befürwortet zwar jeder Zweite einen unterstützenden Einsatz künstlicher Intelligenz im Rahmen richterlicher Urteilsfindung. 89 % der Befragten lehnen es allerdings ab, wenn ein KI-System das Urteil autonom fällt. Demnach setzt die Akzeptanz einer Entscheidung wenigstens eine Mitwirkung des Menschen voraus (abrufbar unter: <https://www.oeffentliche-it.de/umfragen?entry=automatisierte-entscheidungen>).

⁵⁰ Computer übernehmen zunehmend bisher vom Menschen wahrgenommene soziale Rollen (Mishra, Journal of Educational Multimedia and Hypermedia 2006, 107, 108 ff.). Die Interaktion von Mensch und Computer und damit einhergehende psychologische Effekte sind Gegenstand zahlreicher Studien, die insbesondere die Auswirkungen computerbasierter Feedbacks auf die Leistungsfähigkeit und Motivation von Menschen fokussieren (s. Kluger/Adler, Computers in Human Behavior, Vol. 9, 1993, 1). Akzeptanz und Vertrauen in automatisierte Entscheidungen sind bisher nur vereinzelt untersucht worden; eine jüngere Studie über die Akzeptanz computer-assistierter Diagnosen offenbart allerdings ein Bedürfnis dahingehend, dass die Diagnoseergebnisse von einem Menschen interpretiert werden (Fink et al., Journal of the German Society of Dermatology 2018, Vol. 16 Issue 7, 854).

⁵¹ Im Ergebnis ebenso Kotsoglou, JZ 2014, 451, 457. Im Hinblick auf automatisierte Rechtsberatung formulieren Hähnchen/Bommel, AnwBl. 2018, 600, 601 insoweit, dass man „wenn es „ernst“ wird, [...] ein menschliches Gegenüber [braucht].“

⁴⁰ BGH, NJW 2017, 1883, 1885 Rn. 30 ff.

⁴¹ Rütters/Fischer/Birk, Rn. 723.

⁴² Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 6. Aufl. 2017, § 138 Rn. 62 ff., 97 f.

⁴³ BGH, NJW 2012, 2034, 2037 Rn. 40 f.

⁴⁴ Zu funktionsbestimmten Begriffen Lorenz, 482 ff.

⁴⁵ Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, 77 ff., 90 ff.

⁴⁶ Heck, AcP 112 (1914), 1, 8 ff., 11, 17 f.; Hähnchen/Bommel, JZ 2018, 334, 337.

Person betreffende Entscheidung in den Vordergrund⁵² und zielt in erster Linie auf die Zulässigkeit des sog. Profiling. Das verbindende Element wird aus Erwägungsgrund 71 DSGVO deutlich und ist in diesem Regelungskontext freilich eher die Verantwortung für die Datenverarbeitung als die Regulierung der Verantwortung für algorithmengestützte Entscheidungen.⁵³

III. FAZIT

Durch die Automatisierung im Rahmen der Rechtsanwendung sind erhebliche Effizienzsteigerungen zu erwarten. Diese Vorteile sind bereits bei der Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts zu verzeichnen, allerdings beschränkt auf Sachverhalte, deren Aufbereitung keine (rechtliche) Wertung erfordert. Bei der Suche entscheidungsrelevanter Rechtsnormen führen Mustererkennung und semantische Suchalgorithmen zur Effizienzsteigerung sowie zur vereinfachten Auffindbarkeit sachlich einschlägiger Argumente, sodass die Streitentscheidung künftig auf einer breiteren argumentativen Basis erfolgen kann.

Bei der unkritischen Realisierung dieser Effizienzgewinne besteht die Gefahr, infolge der automatisierten Sach-

⁵² In Abgrenzung zur Degradierung des Menschen zum bloßen Objekt der Entscheidung des Computers, vgl. BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 29. Ed. 1.8.2019, DSGVO Art. 22 Rn. 2.

⁵³ Zur vorherigen vergleichbaren (nationalen) Norm des § 6a BDSG vgl. v. Lewinski, Telemedicus, Überwachung und Recht, 2014, 1, 16 mit zutreffender Kritik bzgl. der unzureichenden Regelung – zumal diese in sachfremdem Kontext angesiedelt ist.

verhaltensaufbereitung die Eigenheit des Einzelfalls zu verkennen und damit die rechtliche Bewertung fehlerhaft werden zu lassen. Zudem besteht durch den Einsatz moderner Suchalgorithmen die Gefahr der Substituierung der eigenen Überzeugung des Rechtsanwenders durch die quantitativ erdrückende Entscheidungsfülle als (vermeintlich umfassendes und vollständiges) Ergebnis der Suche.

Hinsichtlich der Subsumtion werden die durch die Strukturparallelität zwischen einer konditionalen Rechtsnorm und der Steuerung einer Datenverarbeitungsanlage geweckten Erwartungen nur eingeschränkt erfüllt werden können. Da sich die Subsumtion im Regelfall nicht im Ablesen der Rechtsfolge anhand gegebener Voraussetzungen erschöpft, ist eine vollständige Automatisierung der Rechtsanwendung nicht denkbar. Dies ist insbesondere auf die Notwendigkeit der Anwendung der gesamten Rechtsordnung während des Subsumtionsvorgangs zurückzuführen. Vor allem bei wertenden Entscheidungen, in denen die rechtliche Beurteilung durch eine Interessenbewertung erfolgen muss, zeigen sich die zu bewältigenden Herausforderungen. Dies gilt auch auf Tatbestandsebene, wenn Inhalt und Grenzen von Rechtsbegriffen funktionsgebunden (vor dem zu bewertenden Interessenausgleich) bestimmt werden müssen.

Letztlich wird eine von einem Menschen begründete (auch negative) Entscheidung von dem Betroffenen eher akzeptiert werden als ein vermeintliches Gerechtigkeitsergebnis anhand statistischer Daten und Musterhäufigkeit ähnlicher Entscheidungen.

KOLLIDIERENDE INTERESSEN BEIM EINSATZ VON LEGAL TECH

PROF. DR. KAI VON LEWINSKI*

Technologie durchdringt den Alltag mehr und mehr, unsere Reaktion auf sie ist aber häufig an Altbekanntem orientiert. So verhält es sich auch mit dem technischen Fortschritt in der Anwaltskanzlei und im Berufsrecht. Um zu erkennen, wie sich Legal Tech und Berufsrecht in Fragen der Interessenkollision berühren, sollen kurz Einsatzfelder umrissen werden, um dann Legal Tech-Anwendungen in das bestehende Berufsrecht einzuordnen und auf seine Passung hin zu überprüfen.

I. BEGRIFF UND EINSATZFELDER

Legal Tech steht für die Kombination von „Legal Services“ und „Technology“ und „beschreibt den Einsatz von [...] di-

gitalen Technologien, um Rechtsfindung, -anwendung, -zugang und -verwaltung durch Innovationen zu automatisieren, zu vereinfachen“.¹ Eine klare Definition des Begriffs besteht nicht,² vielmehr beschreibt er ein weites Feld von Anwendungen, von simplen Anwaltssuchmaschinen über virtuelle Akten und Workflow Management bis hin zu Tools zur Dokumentenanalyse und „Subsumtionsautomaten“.³ Derzeit beschränkt sich Legal Tech-Software noch hauptsächlich auf unterstützende Tools.

Portale wie flightright bewegen sich allerdings schon deutlich in Richtung Subsumtionsautomat bzw. „Rechts-

¹ Vgl. Hartung, in Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, 2018, 7 m.w.N.

² Grupp, AnwBl. 2014, 660, 660.

³ Hartung, in Hartung/Bues/Halbleib, 9-10; Überblick über den deutschen Markt (Stand 2017) auch von Tobschall/Kempe, in Breidenbach/Glatz, Rechtshdb. Legal Tech, 2018, 25-31. – Die Datenethikkommission der Bundesregierung schlägt folgende, allerdings auch nicht immer trennscharfe Kategorisierung in algorithmenbasierte, algorithmengetriebene und algorithmendeterminierte Entscheidungen vor (Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten, Okt. 2019, insb. 161 f.).

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht an der Universität Passau. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag auf der Konferenz „Anwaltschaft im Blick der Wissenschaft“ am 8.11.2019 in Hannover.

Generator“.⁴ Hier prüft der Algorithmus selbstständig die grundsätzlichen Erfolgsaussichten und erstellt eine erste rechtliche Einschätzung und Beratung, freilich aufgrund vorgegebener Kriterien. Praktisch beschränkt sich dies derzeit noch auf Fälle, in denen es möglich ist, die Erfolgsaussichten in einer „computerverständlichen“ Wenn-Dann-Form abzubilden und leicht überprüfbare Daten die Grundlage der „Wenns“ ausmachen (Verspätungsumfang, Verspätungsgrund etc.). Hier ist es durchaus noch möglich, nachzuvollziehen, wie das Resultat zustande gekommen ist. Alle weiteren Schritte werden zudem von Menschen übernommen.

Wirkliche „Lawbots“, die selbstständig Sachverhalte verarbeiten können, gibt es noch nicht.⁵ In Anbetracht der fortschreitenden Entwicklungen in den Bereichen der Spracherkennung, des Machine Learning und der Dokumentenanalyse ist eine Zukunft, in der es auch mit vertieften IT-Kenntnissen nicht mehr möglich ist, die Ergebnisfindung von Software nachzuvollziehen, aber durchaus vorstellbar.

II. LEGAL TECH-EINSATZ UND INTERESSENKOLLISION

Der Anwalt ist parteilicher Interessenvertreter, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen ist berufs bildprägend. Wenn die Computer in diesem Bereich mitarbeiten, müssen sie (und ihre Anwender) sich ebenfalls an diese Vorgaben halten.

In einem ersten Schritt soll die Passung dieser für den menschlichen Anwalt geltenden Kategorien auf Legal Tech-Systeme untersucht werden. Für die Interessenkollision sieht das Anwaltliche Berufsrecht differenzierte und kaskadierende Regelungen vor, vom Verbot der Vertretung konkret widerstreitender Interessen (1.), der Erstreckung dieser Maßgaben auf Kollegen (2.) über die Tätigkeitsbeschränkung bei Syndikusrechtsanwälten (3.) und Berufsausübungsbeschränkungen bei abstrakter Interessenkollision (4.) sowie sonstigen Interessenkonflikten (5.). Aus den Ergebnissen (6.) sollen dann rechtspolitische Folgerungen abgeleitet werden (III.).

1. KONKRET WIDERSTREITENDE INTERESSEN

Die Vertretung widerstreitender Interessen bedroht sowohl das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt als auch das öffentliche Vertrauen in die Geradlinigkeit der Anwaltschaft, die die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gewährleistet.⁶ Sollte der Anwalt, egal ob offen oder „hinter dem Rücken“ des Mandanten, die Gegenseite ebenfalls beraten oder vertreten, würde dieses Vertrauensverhältnis zerstört.

⁴ In *Kyriakos*, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451 wird mit der Idee eines „echten“ Subsumtionsautomaten, der den kompletten juristischen Gedankengang algorithmisiert, „abgerechnet“. Diese Option liegt heute wie 2014 in weiter Ferne.

⁵ *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots, 2018, 31-33.

⁶ *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, 5. Aufl. 2019, § 43a BRAO Rn. 161.

Computer und algorithmische Systeme hingegen können gegenläufige Mandate sehr einfach trennen. Ohne Probleme können sie so programmiert sein, dass beide Seiten bestmöglich beraten werden – Computer können ja auch gegen sich selbst ausgezeichnet Schach spielen. Ganz passend sind die Regelungen zur Interessenkollision auf Legal Tech-Anwendungen also nicht. Nichtsdestotrotz sind die zugrundeliegenden Prinzipien möglicherweise auf Legal Tech anwendbar. Die drei üblichen Prüfungsschritte hinsichtlich der Interessenkollision⁷ sind die berufliche Vorbefassung (a), die Sachverhaltsidentität (b) und der Interessenwiderstreit (c).

a) BERUFLICHE VORBEFASSUNG

Für die anwaltliche Tätigkeit ist eine Vorbefassung immer dann relevant, wenn sie im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit erfolgt ist; die private Vorbefassung ist ausgenommen.⁸ Software aber ist immer im Dienst – den „Algorithmus privat“ gibt es nicht. Eine Unterscheidung in private und berufliche Tätigkeit scheidet für eine Legal Tech-Anwendung also aus. Vorbefassungen jeglicher Art können damit relevant sein.

Diese Vorbefassung könnte sich bei selbstlernenden Systemen möglicherweise bereits aus den Trainingsdaten ergeben. Für einige Softwarevarianten besteht die Datengrundlage zu einem Großteil aus frei verfügbaren Daten wie beispielsweise Gerichtsentscheidungen, Wetterdaten oder Verspätungsmeldungen. Dies aber ist keine Vorbefassung im Rechtssinne, so wie ja bei Anwälten auch nicht darauf abgestellt wird, welche Fälle sie im Studium gepaukt haben.

Anders als bei dieser „Grund-Programmierung“ könnte sich dies jedoch bei algorithmischen Systemen darstellen, die aus konkret bearbeiteten Fällen lernen. Zu denken sei an Online Dispute Resolution-Systeme⁹ oder Abfindungsrechner im Arbeitsrecht. Genannt werden können z.B. Abfindungsrechner, die durch Arbeitnehmer genutzt worden sind, bevor sie später von Arbeitgebern eingesetzt werden.¹⁰ Hier hat sich die Legal Tech-Anwendung bereits vorher mit entsprechenden Fallkonstellationen befasst. Das Trainieren im Einsatz ist dann berufliche Vorbefassung.

b) SACHVERHALTSIDENTITÄT

Wie in der Berufsrechtspraxis aber auch, ist der wichtigere Filter die Sachverhaltsidentität. Sachverhaltsidentität besteht, wenn ein einheitlicher Lebenssachverhalt („dieselbe Rechtssache“) betroffen ist. Legal Tech-Algorithmen prüfen jedoch in der Regel einen konkreten Fall

⁷ Die diskutierten alternativen Prüfungsschemata (Nachw. bei *v. Lewinski*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater, 4. Aufl. 2017, 125 Fn. 2) führen zu keinen abweichenden inhaltlichen Ergebnissen.

⁸ *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, § 43a BRAO Rn. 197, 197a.

⁹ Vgl. hierzu z.B. das System Modria (<https://www.tylertech.com/products/modria>), das sowohl von Unternehmen als auch von Zivilgerichten zur Klagevermeidung eingesetzt werden kann.

¹⁰ Vgl. allgemein Plattformen wie legalhero.de oder aber Tools, die in Betriebsmanagement-Software eingebunden sind (bspw. BRZDirekt Datenbank).

im Vergleich mit einer vorher entweder programmierten oder selbsterlernten Entscheidungsarchitektur. In einem Großteil der Anwendungsfälle wird sich der Algorithmus also nicht unmittelbar mit demselben Fall zuvor befasst haben.

Ganz generell liegt kein Fall der Sachverhaltsidentität vor, wenn man sich beim Eintritt in den Rechtsberatungsmarkt auf eine bestimmte Sorte von Fällen fokussiert hat (eher Vertretung von Arbeitnehmern statt Arbeitgebern; eher Verkehrsteilnehmer als Versicherungen). Bei menschlichen Anwälten sagt man, dass es auf die Prägung durch die Kanzlei-Praxis und den Mandatschwerpunkt nicht ankommt. Insoweit unterscheidet sich ein lernbedürftiges Legal Tech-System nicht vom Junganwalt. „Neue“ Systeme und junge Anwälte sind auf „Trainingsfälle“ angewiesen.

Fraglich ist, ob Sachverhaltsidentität vorliegt, wenn das Legal Tech-System so aufgebaut ist, dass es nicht von konkreten Sachverhalten lernt und diese auswertet, sondern davon abstrahiert. Es profitiert dann nur von seiner wachsenden Rechtskenntnis, was auch bei menschlichen Rechtsdienstleistern erlaubt ist. Diese Konstellation spiegelt sich im bisherigen Berufsrecht noch nicht wider, weil ein Mensch nicht auf eine absolute Weise zwischen Sachverhaltenswissen und Rechtskenntnis unterscheiden kann.

Konkreter und kritischer ist wohl die Konstellation, in der Systeme eines externen Dienstleisters genutzt werden, bei dem auch die Gegenseite Kunde ist, so dass das externe System an beiden Seiten des Falles arbeitet. Solange die Anwendung jedoch nur entscheidungsunterstützend eingesetzt wird, liegt kein Fall der Sachverhaltsidentität im anwaltsrechtlichen Sinne vor, weil das Berufsrecht insoweit auf den bearbeitenden Anwalt abstellt, nicht auf die Hilfskräfte. Der Parallelfall aus der Offline-Welt wäre die in Teilzeit in beiden befassten Kanzleien tätige Sekretärin; auch hier würde niemand einen Fall des § 43a IV BRAO behaupten.¹¹

Ein weiterer Fall liegt im Hauptanwendungsgebiet von heutiger Legal Tech: der Unterstützung bei ähnlichen und gleichgelagerten Massenfällen, um Ressourcen zu sparen. Sie setzen auf einem Trend auf, der sich im amerikanischen System schon länger findet und auch in das deutsche Recht vordringt: Class Action Law Suits, Musterfeststellungsklage oder Legal Tech-Plattformen. Hier liegt ein einheitlicher Sachverhalt (z.B. Flugausfall, Massenkündigung) vor. In diesen Konstellationen nimmt das Berufsrecht auch schon heute und unstreitig Sachverhaltsidentität an, so dass es insoweit auf das nächste Tatbestandsmerkmal, den Interessenwiderstreit, ankommt.

c) INTERESSENWIDERSTREIT

Interessen kollidieren immer dann, wenn ein Vorteil für eine Seite nur auf Kosten der anderen möglich ist.¹²

¹¹ Die Konkretisierung in § 3 II BORA erstreckt sich ausdrücklich nur auf Rechtsanwälte (selbst die a.F. richtete sich nur an sozietätsfähige Berufe nach § 59a BRAO), nicht aber auf Hilfskräfte.

Nach den Maßstäben des überkommenen Berufsrechts sind dann auch rechnerunterstützte Massenverfahren (z.B. Reiseverspätungsentschädigungen) zu beurteilen. Sie sind trotz der Sachverhaltsidentität solange erlaubt, wie die Interessen der Mandanten nicht gegenläufig sind. Steuert aber etwa der Schuldner auf der Gegenseite auf eine Insolvenz zu oder werden bei gesamthaften Vergleichen Gruppen gebildet, ist der zu gewinnende Kuchen also endlich, dann ergeben sich Verteilungsfragen, in denen Interessen gegenläufig werden. Hier sind dann nach § 3 IV BORA *alle* Mandate niederzulegen.

Für Maschinen könnte dies nun aber anders zu beurteilen sein: Wenn ein (internes oder externes) System an verschiedenen Enden des Falles arbeitet, kommt es darauf an, ob wir der Maschine „Schizophrenie“ zugestehen, also den Einbau von „Chinese Walls“ als Lösungsmöglichkeit anerkennen. Sollten solche einprogrammierten informationellen Abschottungen nicht möglich sein, muss stattdessen ein „Notausschalter“ eingebaut werden, der gegenläufige Mandate erkennt und eine Nutzung unmöglich macht. Hier könnte das Berufsrecht künftig Zertifizierungserfordernisse vorsehen, die sich womöglich aber auch schon heute aus der rechtsanwaltlichen Sorgfaltspflicht und damit aus der berufsrechtlichen Generalklausel des § 43 BRAO ableiten lassen.

2. ERSTRECKUNG AUF COMPUTER „IN BERUFS-AUSÜBUNGSGEMEINSCHAFT“

Das Recht der anwaltlichen Interessenkollisionen differenziert danach, ob der Konflikt in der Person des Anwalts vorliegt oder (nur) innerhalb einer Berufsausübungsgemeinschaft. Während ein Interessenkonflikt innerhalb der Person eines Rechtsanwalts stets zu einem Vertretungsverbot führt, bewertet das Recht ausweislich des § 3 II BORA den Konflikt innerhalb eines Büros differenziert. So ist die Vertretung widerstreitender Interessen durch Kollegen möglich, wenn die Mandanten auf beiden Seiten eingewilligt haben (§ 3 II 2 BORA). Ungeschrieben (und umstritten) ist, ob eine solche kollegiale Vertretung in widerstreitendem Interesse auch bei informationellen Abschottungen (Chinese Walls) möglich ist.¹³

Heute verfügbare Programme zur Unterstützung des Anwalts sind jedenfalls noch nicht so selbstständig, dass sie nach § 3 II BORA als Kollegen gelten könnten. Bisher verfügbare Legal Tech-Software fungiert nur „zuarbeitend“. Ebenso wenig, wie ein im Sekretariat oder im wissenschaftlichen Assistenzpersonal liegender Interessenwiderstreit auf den Anwalt „ausstrahlt“, würde es ein solcher der Software tun. Am Ende liegt die Verantwortung immer in der Person des Anwalts, der in der Wahl seiner „Hilfsmittel“ und „Hilfskräfte“ frei ist.

Es ist aber nicht auszuschließen, dass die Algorithmen der Zukunft selbst Rechtsdienstleistungen erbringen und damit als Teil einer Berufsausübungsgemeinschaft gelten. Dann käme und kommt es darauf an, ob das Be-

¹² v. Lewinski, Berufsrecht, 129.

¹³ Streitstand bei v. Lewinski, Berufsrecht, 134 f.

rufsrecht „Chinese Walls“ zulässt, so dass Legal Tech-Systeme gegen sich selbst beraten können. Heute verfügbare Programme zur Unterstützung des Anwalts sind jedenfalls noch nicht so selbstständig, dass sie nach § 3 II BORA als Sozius gelten könnten, selbst wenn man nicht ausschließen wollte, dass Software (in der Zukunft) diesen Status erhalten mag.

3. TÄTIGKEITSBESCHRÄNKUNG

Vor einiger Zeit ist als eigenständiger rechtsanwaltlicher Beruf der des Syndikusrechtsanwalts eingeführt worden (§§ 46 I 2–46c BRAO). Syndikusrechtsanwälte werden nur für ihren Arbeitgeber tätig. Diese Beschränkung des Tätigkeitsfelds geht mit Erleichterungen mancher Berufspflichten einher (vgl. § 46c III BRAO).¹⁴ Die Vorschriften über kollidierende Interessen (§ 43a IV BRAO) gelten für sie aber gleichermaßen (vgl. § 46c I BRAO). In bestimmten Situationen (§ 46c II BRAO) ist es dem Syndikusrechtsanwalt aber nicht gestattet, seinen Arbeitgeber zu vertreten. Jedoch ist dies weniger einer Interessenkollision als der Wahrung der Waffengleichheit im Prozess (v.a. in Hinblick auf das Kostenrisiko)¹⁵ geschuldet. Allerdings ist nicht zu unterschätzen, dass im Anstellungsverhältnis immer ein gewisses Risiko der Abhängigkeit mitschwingt.¹⁶

Dieses Problem stellt sich einem technischen System freilich nicht. Sein Lebensunterhalt ist nicht vom Arbeitgeber abhängig, es gerät auch nicht in einen Interessenkonflikt, wenn es sich gegen seinen Anwender entscheidet. Dies ist lediglich eine Frage seiner Programmierung bzw. seines erlernten Verhaltens.

Allerdings könnten die Regelungen über den Syndikusrechtsanwalt insoweit eine Anregung für die Regelung von Legal Tech-Systemen geben, als es nicht nur *eine* rechtsanwaltliche Tätigkeit bzw. nicht nur *eine* Zulassung zu einer solchen gibt bzw. geben muss. Womöglich könnte es eine rechtspolitische Idee sein, ein autonomes Legal Tech-System einem eigenen Zulassungssystem (vgl. § 46a BRAO) mit dann spezifischen und spezifisch begrenzten Einsatzbereichen (vgl. § 46c BRAO) zu unterwerfen.

4. ABSTRAKTE INTERESSENKOLLISION

Neben dem Problem konkret widerstreitender Interessen kennt das Berufsrecht abstrakte Interessenkollisionen. Sie bilden insbesondere die Konstellation des sogenannten „Bias“ passender ab, den algorithmische Systeme aufgrund vor(urteils)belasteter Datengrundlage oder anderer Verzerrungen haben, die insbesondere bei lernenden Algorithmen unvermeidbar sind.

a) TÄTIGKEITSVERBOT

Unabhängig von einer konkreten Interessenkollision ist im Anwaltlichen Berufsrecht das Tätigwerden unter-

sagt, wenn man in einer bestimmten außeranwaltlichen Funktion in derselben Rechtssache bereits tätig gewesen war (§ 45 BRAO; s.a. Art. 50 BayGO; § 11 III Berl-BezVG; § 42 I NdsKomVG). Hierbei wird, ohne dass es auf konkreten Interessenwiderstreit ankäme, bereits auf die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision abgestellt.¹⁷

Das bedeutet etwa für (Anwalts-)Notare, dass sie selbstlernende Systeme, die sie für die eine Tätigkeit nutzen, nicht auch für die andere einsetzen dürfen.

b) RUHEN DER ZULASSUNG

Bei bestimmten Tätigkeiten im öffentlichen Dienst ruht die Zulassung insgesamt, ohne freilich zu erlöschen (§ 47 BRAO). Die Wertung dieser Vorschrift könnte auch auf Legal Tech-Systeme übertragen werden. Wenn und soweit ein solches System von der öffentlichen Hand genutzt wird, wäre es für den Einsatz in Kanzleien gesperrt. Der Gedanke hierhinter ist, dass einem solchen System bestimmte Wertungen – etwa die Berücksichtigung haushalterischer Aspekte – einprogrammiert sind. Ein solcher Bias soll kategorisch ausgeschlossen werden. Ein Beispiel hierfür wären Systeme, die etwa Güteverhandlungen oder Vergleiche vorstrukturieren. Aus Estland sind etwa Pläne für einen „KI-Amtsrichter“ bei Streitwerten bis 7.000 Euro bekannt.¹⁸ Zu denken wäre auch an den Chi Quadrat-Test aus der Finanzverwaltung zum Aufspüren von Steuerbetrug durch fingierte Rechnungen.¹⁹

Allerdings sieht § 47 I 2 BRAO vor, dass einem im öffentlichen Dienst tätigen Anwalt die Berufsausübung weiterhin erlaubt werden kann, sofern die Interessen der Rechtspflege nicht gefährdet werden. Hier käme es dann darauf an, ob systemseitig ein Bias zugunsten der öffentlichen Hand ausgeschlossen ist.

c) NICHTZULASSUNG

Abhängig von Tätigkeiten bzw. Taten in Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft werden Personen auch gar nicht zur Anwaltschaft zugelassen bzw. wieder ausgeschlossen. Aus je spezifischen Gründen (§ 7 Nr. 1–10, § 14 II Nr. 1–9 BRAO) können Verfassungsfeinde, Querulanten, Beamte und Pleitiers nicht Rechtsanwälte sein.

Für Legal Tech-Anwendungen mögen sich daran angelehnt Kriterien ableiten lassen, die eine „Zulassung als Anwaltssoftware“ sperren. Abgeleitet aus den Katalogen des § 7 und des § 14 BRAO sind etwa folgende Konstellationen vorstellbar: Legal Tech-Systeme, die aus Rechtsordnungen stammen, in denen ein anderes Verständnis der Rechte der (Prozess-)Parteien herrscht oder die rechtskulturell auf eine konsensuale(re) Art der Konfliktlösung abstellen (Asien, Afrika), sind in Deutsch-

¹⁴ Dass eine sozialversicherungsrechtliche Sonderstellung das gesetzgeberisch eigentlich leitende Motiv gewesen war, soll hier nicht verschwiegen werden (w. Nachw. bei Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl. 2020, Vor § 46 BRAO Rn. 2 ff.).

¹⁵ v. Lewinski, Berufsrecht, 139.

¹⁶ Weyland/Träger, § 46 BRAO Rn. 23.

¹⁷ Kleine-Cosack, BRAO, 8. Aufl. 2020, § 45 BRAO Rn. 2.

¹⁸ <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>.

¹⁹ Hierzu FG Rheinland-Pfalz, EFG 2012, 10, 11; allgemein Freitag, BB 2014, 1693 ff.

land nicht sachgerecht. Auch können dysfunktionale Systeme, die grundsätzlich und stets alle denkbaren Anträge stellen, sich also querulatorisch verhalten, ebenfalls vom anwaltlichen Einsatz ausgeschlossen werden.

5. ANDERE FORMEN VON INTERESSENKONFLIKTEN

Der Einsatz von Legal Tech-Systemen entfernt den Rechtsanwalt von seinem überkommenen freiberuflichen Berufsbild. Eine automatisierte und damit skalierbar und strukturell industrielle Rechtsdienstleistung ist uns bislang noch fremd.

Die Entfernung vom Freien Beruf bedeutet auch, dass in die Erbringung von Rechtsdienstleistungen wirtschaftliche Erwägungen einfließen können. So ist die Konstellation zu bedenken, dass ein auf wirtschaftliche Effizienz gepoltes System möglicherweise dazu tendiert, Vergleiche zu bevorzugen, wenn auch ein allerdings aufwendiges Durchlaufen des Prozesses Erfolg verspricht.²⁰

6. ÜBERTRAGBARKEIT UND GRENZEN DER ÜBERKOMMENEN REGELUNGEN

Soweit – wie bislang in der Praxis – Legal Tech-Anwendungen lediglich anwaltsunterstützend eingesetzt werden, stehen sie berufsrechtlich auf einer Stufe mit Hilfskräften. Sie fliegen damit unterhalb des Radars des Berufsrechts, das ausschließlich an der Person des Anwalts anknüpft. Solange der Anwalt die Systeme beherrscht und versteht, besteht insoweit auch kein berufsrechtlicher Handlungsbedarf. Auch rechnerunterstützte Massenverfahren (s.o. 1.c)) können nach den bisherigen Kriterien behandelt werden.

Neuartige Probleme weisen selbstlernende Systeme und Systeme bei externen Dienstleistern mit mehreren Nutzern auf. Hier kann eine Vorbefassung, eine Sachverhaltsidentität und ein Interessenwiderstreit vom jeweiligen Anwalt nicht mehr festgestellt werden.

III. RECHTSPOLITISCHE FOLGERUNGEN

An sich würde das Berufsrecht dem Einsatz solcher Systeme entgegenstehen. Rechtspolitisch könnte man deshalb in folgende Richtungen nachdenken:

1. ERWEITERUNG DES § 43e BRAO

Bei der gesetzgeberischen Erweiterung der Möglichkeiten von Anwälten hinsichtlich des Outsourcing sind bislang ausschließlich Fragen der Verschwiegenheit in den Blick genommen worden. Wie aber gezeigt und gesehen, kann bei externen Legal Tech-Systemen nicht ausgeschlossen werden, dass es zu Interessenkollisionen kommt. Hier kommen Sorgfaltspflichten des Anwalts bei der Auswahl solcher Dienstleister in Betracht, ggf. flankiert durch Einsichtsrechte in den Programmcode

oder jedenfalls die Softwarearchitektur. Ob man hier „Chinese Walls“ in den Systemen als eine technische Gestaltungsmöglichkeit zulassen will, ist eine gesetzgeberische Entscheidung.

In diesem Zusammenhang sind auch gegebenenfalls bestehende (wirtschaftliche) Eigeninteressen der Systembetreiber zu bedenken. Denn es könnte sein, dass ein System nur für außergerichtliche Verfahren oder gar nur für konsensuale Streitbeilegung ausgelegt ist. Wenn dann etwa Lizenzvereinbarungen bestehen, die nutzungszeitbasiert abrechnen, dann mag das Legal Tech-System einen Bias in eben diese Richtung haben, obwohl ein anwaltlicher Rat an sich in die andere gehen würde.

2. TECHNIKFOLGENBEOBACHTUNG

Die derzeit verwendete Legal Tech-Software ist noch nicht so weit ausgereift, dass sie tatsächlich als „Kollege Computer“ gelten könnte. Es wird aber der Rechner als (in Teilbereichen) gleichwertiger Rechtsberater in die Kanzleien einziehen. Ob er dann gleichberechtigt werden soll, ist eine rechtspolitische (und anwaltsethische) Frage.

Hier ist die Diskussion, wie an den Überlegungen zur E-Person zu beobachten ist,²¹ noch sehr im Fluss. Statt konkrete Regelungen für diese doch noch ein gutes Stück in der Zukunft liegende Konstellation vorzuschlagen, sollten sich Gesetzgeber und Satzungsgeber um Technikfolgenbeobachtung bemühen, den Markt im Blick behalten und die Eignung und Passung der bestehenden Regelungen kontinuierlich überprüfen. Allerdings ist auch ein zu langes Beobachten und Nicht-Entscheidung eine Entscheidung mit entsprechenden Pfadabhängigkeiten.²²

3. MEHR TECHNISCHE KOMPETENZ FÜR ANWÄLTE

Aber auch die Anwälte selbst müssen in der Lage sein, die neuen technischen Möglichkeiten einzuschätzen. Sinnvoll ist dies mit Blick auf das Potenzial und die Chancen von Legal Tech-Systemen. Notwendig und geboten ist es, wenn solche Systeme eingesetzt werden. Die Verwendung ist mit Risiken behaftet, die mit den überkommenen Vorgaben des Berufsrechts nicht (mehr) adäquat beschrieben werden können. Ein Blick nur auf § 43a BRAO ist dann nicht genug, auch ein Wegschauen ist keine Lösung. Solange es keine spezifischen Regelungen gibt, hilft nur eine Rückvergewisserung der anwaltlichen Grundwerte und Grundprinzipien. Wo sie fehlt, mag die Kammer die etwas in Vergessenheit geratene berufsrechtliche Generalklausel des § 43 BRAO auspacken und zur „IT-Erzieherin der Anwälte“ werden – eine angesichts des beA-Desasters für alle Seiten ungewohnte Konstellation...

²¹ Hierzu weiterführend *Borges*, Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, 977.

²² Vgl. v. *Lewinski*, AnwBl. 2020, 147.

²⁰ So zumindest *Kluth*, VuR 2018, 403, 410.

VERFAHRENSRECHT IST VERFASSUNGSRECHT

PRAXISHINWEISE ZUM FINANZGERICHTSPROZESS

RECHTSANWALT UND STEUERBERATER DR. BERND SANGMEISTER, LL.M.*

Im finanzgerichtlichen Verfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 76 I FGO), aus dem auch eine richterliche Hinweispflicht folgt. Der BFH geht davon aus, der Beteiligte könne stillschweigend auf die Amtsermittlung verzichten; entsprechend stellt das Unterlassen eines richterlichen Hinweises bei einem fach- und sachkundig vertretenen Beteiligten nach Ansicht des BFH regelmäßig keinen Verfahrensmangel dar. Dies zeigt etwa ein aktueller Beschluss des BFH,¹ der hohe Anforderungen an das stellt, was Prozessvertreterinnen und -vertreter vortragen. Der Autor bespricht den Beschluss des BFH und erläutert, wie man sich in der Prozessführung auf die restriktive Rechtsprechung des BFH einstellen kann, um Haftungsrisiken zu vermeiden.

I. EINLEITUNG

Ein Steuerpflichtiger, der etwa wegen eines von ihm als rechtswidrig erachteten Steuerbescheids – nach erfolglosem Einspruchsverfahren – beabsichtigt, das Finanzgericht, vertreten durch einen Bevollmächtigten (§ 62 FGO), anzurufen, um so seine i.d.R. bereits erbrachte „Vorleistung“ zurückzuerhalten, muss damit rechnen, in seinem „Kampf ums Recht“ mit Hindernissen konfrontiert zu werden, die deutlich über den üblichen Unwägbarkeiten etwa eines Zivilprozesses liegen. Zum einen sieht er sich nämlich mit der Finanzverwaltung einem Gegner gegenüber, der nicht nur über die nahezu unbegrenzten finanziellen und personellen Ressourcen einer staatlichen Behörde verfügt, sondern auch gehalten ist, die finanziellen Ansprüche und Erwartungen des Fiskus durchzusetzen. Da es nun mal ums Geld geht, wird die Abwehr des Steueranspruchs dem Bürger schon organisatorisch schwerer gemacht als etwa sein Widerstand gegen einen staatlichen Strafanspruch. Die Finanzgerichtsbarkeit ist nämlich, im Gegensatz zur allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, faktisch einstufig,² kann aber gleichwohl dennoch nur durch einen Einzelrichter ausgeübt werden (§ 6 FGO). Eine ohnehin nur ausnahmsweise mögliche, realistische Anrufung der zweiten Instanz, also des BFH, hat eher glückspielhaften Charakter.³

Parallel zu den bisherigen Einschränkungen des finanzgerichtlichen Rechtsschutzes verlief – und verläuft weiterhin –, und dies vielleicht nicht zufällig – die Entwick-

lung eines immer chaotischeren, von Lobby-Einflussnahme geprägten⁴ – materiellen Steuerrechts, bei gleichzeitiger wiederholter Einschränkung des Steuerrechtsschutzes.⁵ „Kontrolliert“ wird die Finanzgerichtsbarkeit schließlich vom Bundesfinanzministerium, nicht als „Hüter des Rechts“, sondern des „Schatzes“, des Fiskus. So kann er z.B. missliebige gerichtliche Entscheidungen über den entschiedenen Einzelfall hinaus für unabwendbar erklären, die Rechtslage für die Zukunft im Wege der sog. Reparaturgesetzgebung zugunsten des Fiskus – u.U. auch rückwirkend „klarstellend“ – korrigieren lassen oder Urteile des BFH nicht in dem für die Finanzverwaltung allein verbindlichen Bundessteuerblatt II veröffentlichen, so dass ein Steuerpflichtiger sich im Verwaltungsverfahren nicht zwingend erfolgreich auf sie berufen, also ins Klageverfahren getrieben werden kann.⁶

Hinzu kommt der Umstand, dass die Richter der Finanzgerichtsbarkeit primär aus der Finanzverwaltung rekrutiert werden, ein Problem, das unter dem Stichwort „Hausgerichtsbarkeit“ in der Literatur diskutiert wird.⁷ Es stellt sich die Frage, ob erwartet werden kann, dass ein Finanzbeamter seine in der Behörde über Jahre hinweg erlangte berufliche Prägung mit dem Wechsel in die Gerichtsbarkeit wie ein nicht mehr benötigtes Kleidungsstück beim erstmaligen Betreten des Gerichtsgebäudes sofort ablegt. Und damit der Schwierigkeiten nicht genug:

Letztlich sogar zwei Gegnern gegenüber sieht sich ein Kläger bzw. sein Bevollmächtigter dann, wenn sich der Vorsitzende, wie nicht gerade selten, zu Beginn der mündlichen Verhandlung, eigentlich theoretisch das „Herzstück des Finanzgerichtsprozesses“,⁸ etwa mit den Worten an den Bevollmächtigten wendet, die Argumente zum Sachverhalt seien ja ausreichend ausgetauscht und dem Gericht bekannt.⁹ Hier dürfte dem Vorsitzenden schon ein fertiger Urteilsentwurf vorliegen, der in der anschließenden Verhandlung faktisch nicht mehr zur Diskussion steht. Dem Kläger wird so faktisch die Möglichkeit genommen, sich zur Rechtslage vor dem gesamten Kollegium – mündlich – zu äußern, also einschließlich der Laienrichter.¹⁰ Ob diese zuvor von den Berufsrichtern umfassend über den Streit-

* Der Autor ist als Rechtsanwalt und Steuerberater in München tätig.

¹ BFH, Beschl. v. 17.7.2019 – II B 35-37/18, DStRE 2019, 1356 = HFR 2019, 918 = BRAK-Mitt. 2020, 116 Ls. (in diesem Heft).

² Birk, DStR 2018, 1, 3 f.; Seer, in Tipke/Kruse, AO/FGO, Lfg. 154/2018, § 115 FGO, Rn. 5 ff.

³ Seer, a.a.O.

⁴ S. hierzu nur Schmieszek, ZRP 2013, 175; aktuell FAZ v. 1.11.2019, 23: „Die Gesetze haben sich der Praxis anzupassen“.

⁵ So schon Woerner, BB 1996, 39.

⁶ S. insoweit nur Spindler, DStR 2007, 1061.

⁷ S. hierzu etwa Birk, DStR 2018, 1, 2, 5; J. Lang, in FS Kriele, 1997, 965 ff.; instruktiv BFH, BFH/NV 1990, 240 (Finanzamt und Gericht „unter sich“).

⁸ Mack, AnwBl. 2010, 173, 175; Gruber, DStZ 2013, 591, 599: „wichtigste ‚Veranstaltung‘ in einem Prozess“.

⁹ Vgl. BFH, DStRE 2019, 1356: Der – entscheidungserhebliche – Sachverhalt sei ja vor dem FG „wiederholt thematisiert worden“.

¹⁰ S. hierzu BVerfGE 60, 175, 211. Instruktiv zur Missachtung des rechtlichen Gehörs

stoff, auch aus der persönlichen Sicht des Klägers, informiert wurden, bleibt in solch einem Fall offen. Ist ein Bevollmächtigter auf diese Situation nicht vorbereitet, kann er Versäumtes in der nächsten Instanz nicht nachholen, wie der hier zu besprechende Beschluss des BFH zeigt.

II. DIE BEDEUTUNG DER MÜNDLICHEN VERHANDLUNG FÜR DIE SACHVERHALTS-ERMITTLUNG

1. DIE AMTSERMITTLUNGSPFLICHT DES FINANZGERICHTS – EIN „SCHEINRIESE“

Da ein Kläger i.d.R. die ihm auferlegte Steuerzahlung schon erbracht hat, befindet er sich von vornherein gegenüber dem Finanzamt in einer defensiven Situation,¹¹ es muss also der Schuldner, nicht aber der Gläubiger die Initiative ergreifen und trägt die daraus folgende „Argumentations- und Arbeitslast“.¹² Als gewissen Ausgleich hierfür sieht § 76 I FGO vor, dass im Gegensatz zum zivilprozessualen Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatz die Erforschung des Sachverhalts Sache des Gerichts ist,¹³ eine Aufgabe, die durch die in § 76 II FGO normierte Fürsorgepflicht des Vorsitzenden näher konkretisiert und ausgestaltet wird – eine Fürsorgepflicht, wie sie übrigens auch für den Zivilprozess gilt (§ 139 ZPO n.F.).¹⁴

Doch hier ist, wie der Revisionsbeschluss exemplarisch zeigt, zu unterscheiden zwischen Schein bzw. Solen und Sein. So ist zwar das FG nach § 76 I 5 FGO bei der ihm obliegenden Sachaufklärung nicht an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten gebunden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Steuerprozess nicht der Bestätigung des Steueranspruchs dient, sondern der Rechtsschutzgewährung.¹⁵ Doch die dem FG als Tatsachengericht auferlegte Amtsermittlung verkümmerte durch die Rechtsprechung des BFH, jedenfalls soweit der klagende Steuerpflichtige betroffen ist, zum „Scheinriesen“:¹⁶ Das Gericht geht nämlich, wie der Revisionsbeschluss erneut bestätigt, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes davon aus, der Steuerpflichtige könne auf sie – ungefragt – verzichten,¹⁷ mit der Folge, dass die dem FG auferlegte Sachverhaltserforschungspflicht vom Vorbringen der Beteiligten, also vornehmlich vom Kläger, abhängt.

Im Streitfall hatte die Klägerin gerügt, das FG habe eine – aus ihrer Sicht nach § 76 I FGO gebotene – Beweiser-

hebung unterlassen. Der BFH versagte dieser Rüge den Erfolg: Die Klägerin habe zwar im finanzgerichtlichen Verfahren beantragt, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Obwohl das FG hierauf nicht eingegangen sei, habe der Bevollmächtigte in der mündlichen Verhandlung sich hierzu aber nicht geäußert, also den Beweisanspruch dort nicht zu Protokoll gegeben, sondern „rügelos zur Sache verhandelt“ und damit sein Rüge-recht (§ 155 FGO i.V.m. § 295 ZPO) verloren.

Dies gilt also nach dieser Rechtsprechung auch dann, wenn sich der Beweisanspruch – wie hier – auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Auffassung des FG – aufdrängt, der Klage also zum Erfolg verhelfen könnte. Diese restriktive Auffassung des BFH widerspricht zwar diametral einer an Verfahrensgrundrechten des GG orientierten Gesetzesauslegung, denn sie entzieht mit der Fiktion eines Rügeverzichts¹⁸ „hinterrücks“ dem absoluten Revisionsgrund der Gehörsverletzung den Boden.¹⁹ Die Gewährung rechtlichen Gehörs setzt nämlich auch voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter bei der Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt *erkennen kann*, welcher entscheidungserhebliche Sachverhalt vorzutragen ist.²⁰ Da jedoch der BFH in ständiger Rechtsprechung stets und ohne weiteres hier einen Rüge-verzicht unterstellt,²¹ hat ein Bevollmächtigter, um sich nicht dem Risiko eines Regressprozesses auszusetzen, keine andere Wahl, als in der mündlichen Verhandlung einen bereits schriftsätzlich gestellten bzw. angekündigten und von ihm auch weiterhin aufrecht erhaltenen Beweisanspruch zu Protokoll zu geben.²²

Deutlicher als in dieser Fallgestaltung kann sich also die etwa von Mack kritisierte Aushöhlung der Amtsermittlungspflicht²³ nicht manifestieren. Entgegen dem Grundsatz „Verfahrensrecht ist Verfassungsrecht“²⁴ ist diese restriktive Rechtsprechung des BFH ein weiterer Beleg dafür, dass vom BFH, wie (jedenfalls noch in der Vergangenheit) auch vom BGH, keine „Meinungsführerschaft“ bei der „Grundrechtsorientierung“ seiner prozessualen Rechtsprechung zu erwarten ist.²⁵ Dies gilt umso mehr, als, etwa im Gegensatz zur VwGO, die Kommentierung der FGO nahezu ausschließlich in den Händen der Richterschaft liegt, die sich i.d.R. der Meinung des BFH unkritisch anschließt – und umgekehrt.²⁶

FG Köln, EFG 2008, 98, und eindeutig zur Kenntnis des Prozessstoffes im Kollegium: BFH, BFH/NV 2008, 2049.

¹¹ Balke, Stbg 2/2000, III.

¹² Birk, DStR 2018, 1, 8.

¹³ Gräber/Ratschow, FGO, 8. Aufl., § 116 Rn. 1, 8; s. auch Weyreuter, DÖV 1989, 321.

¹⁴ § 139 IV ZPO, s. BGH, NJW-RR 2008, 973 Rn. 9; Geisler, AnwBl. 2010, 149, 153; Gruber, DStZ 2013, 591, 597, zu III.1.b; ders., DStZ 2015, 36 ff.

¹⁵ S. ausdr. Gräber/Ratschow, § 76 Rn. 3.

¹⁶ Mack, BRK-Magazin 6/2010, 11; dies., AnwBl. 2010, 173; Wagner, ZSteu 2011, 262. S. aber auch BFH, Urt. v. 23.2.1984 – IV R 195/81: Amtsermittlungspflicht bei selbst gröblicher Verletzung der Mitwirkungspflicht.

¹⁷ BFH, DStRE 2019, 1356 Rn. 15, st.Rspr.

¹⁸ Mack, AnwBl. 2010, 173, 176. – Hier bejahte der BFH hilfsweise eine ordnungsgemäße Ermittlung des Beweisgegenstands durch das FG (BFH, DStRE 2019, 1356 Rn. 17 ff.).

¹⁹ So ausdrücklich Gruber, DStZ 2013, 591, 597; s. zu dieser Problematik allg. Sangmeister, StuW 1992, 343 und dem folgend etwa Dänzer-Vanotti, DStZ 1999, 516.

²⁰ E. Schneider, ZAP Nr. 4 v. 21.2.2001, 235 (Fach 13, 1023) m.w.N.

²¹ S. nur die Nachw. bei Gruber, DStZ 2013, 591, 595.

²² Gruber, a.a.O.

²³ S. die Nachw. oben zu I.

²⁴ Leitmeier, NJW 2019, 3309. Eingehend zum Gebot einer grundrechtsfreundlichen Auslegung Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, Einl. Rn. 98 m.w.N.

²⁵ Erinnert sei hier auch an die von außen angestoßene Diskussion um die senatsinterne Geschäftsverteilung, § 21g GVG, beginnend mit Felix, BB 1991, 2193; s. Schumann, in FS BGH, Bd. 3, 2000, 3.

²⁶ Vgl. etwa Gräber/Herbert, Erl. zu § 76, sowie die Kommentierung der FGO in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO. S. aber etwa die deutliche Kritik des Vors. Richters am BFH i.R. Gruber, DStZ 2013, 591, 597 Fn. 63 und ders., DStZ 2015, 36, 38 an der Rspr. des BFH.

2. ZUR RELATIVITÄT DER RICHTLICHEN HINWEISPFLICHTEN

Ungeachtet der aufgezeigten Bedenken im Revisionsfall wird man die Auffassung des BFH zum Verlust der Rüge ungenügender Sachverhaltsaufklärung in der Praxis hinnehmen müssen. Der Entscheidung ist aber nachdrücklich zu widersprechen, soweit das Gericht in diesem Punkt (nicht zu Protokoll gegebener Beweisantrag) nicht auch eine Verletzung der hiermit korrespondierenden richterlichen Hinweispflicht nach § 76 II FGO geprüft und sie im übrigen zu weiteren hierauf gestützten Rügen verneint hat.²⁷ Denn da das FG zuvor ja auf den Antrag der Klägerin, ein Sachverständigengutachten einzuholen, „eingegangen war“ (in welcher Art und Weise auch immer), dies also in die Terminsvorbereitung „eingegangen“ war, musste sich in der mündlichen Verhandlung für den Senatsvorsitzenden des FG die Frage an den Bevollmächtigten geradezu aufdrängen, ob er denn an diesem Antrag festhalte oder hiervon nunmehr absehe.²⁸

Alternativ hätte das Gericht den zuvor schriftsätzlich angekündigten Beweisantrag als Beweisanregung aufgreifen müssen.²⁹ Doch eine Verletzung der Hinweispflicht wurde hier nicht einmal angesprochen. Und zu den übrigen, auf einen Verstoß gegen § 76 II FGO gestützten Rügen vertrat der BFH unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung die Auffassung, das Unterlassen richterlicher Hinweise sei dann kein Verfahrensmangel, wenn die Partei, wie hier, fach- und sachkundig vertreten sei. Mit anderen Worten: Das FG durfte gleichsam sehenden Auges sowohl die Partei selbst als auch ihren Bevollmächtigten (Stichwort: Regress) ungeachtet des dem Gericht bekannten Akteninhalts geradezu ins offene Messer laufen lassen.

Mit dieser Begründung ignoriert der BFH nicht nur gegenteilige, gewichtige Stimmen in der Literatur zu § 76 II FGO,³⁰ sondern auch die einschlägige Rechtsprechung des BGH und die Literatur zu der insoweit parallelen Vorschrift des § 139 ZPO.³¹ Gerade für letztere ist diese Regelung „das Kernstück richterlicher Pflichten“, „absolute Zentralnorm“, „Magna Charta des Zivilprozesses“ usw. – Formulierungen, die man in den richterlichen Kommentierungen zur FGO vergeblich sucht.³² Zugleich stellt sich der BFH aber insoweit auch in einen Gegensatz zur Rechtsprechung des BVerwG. Danach kann nämlich das Gericht nur dann von einer Beweisaufnahme (zugunsten des Klägers) absehen, wenn dessen Bevollmächtigter sie nicht beantragt hat *und* (!) An-

haltspunkte dafür bestehen, dass der Kläger seinen einschlägigen früheren Vortrag inzwischen fallen gelassen hat.³³

Es fällt daher schwer, die gegenteilige, rechtsschutzverweigernde Rechtsprechung des BFH zur Fiktion einer „totalen“, geradezu übermenschlichen Sach- und Fachkunde des Bevollmächtigten wenn nicht auch als überheblich, aber doch als realitätsfern zu bewerten: Gerade beim BFH stehen dem Anwalt i.d.R. Richter gegenüber, die sich, selbst innerhalb der Senate, meist über Jahre hinweg, hoch spezialisiert haben. Dem im Gegensatz zum Richter ökonomischen Zwängen unterliegenden Anwalt ist eine solche z.T. extreme Spezialisierung i.d.R. nicht möglich. Er ist deshalb in dieser Situation nicht weniger als der Kläger auf eine diesbezügliche Rückfrage des Vorsitzenden angewiesen – anstelle der stillschweigenden, also dem Bevollmächtigten nicht angedeuteten, Unterstellung, der streiterhebliche Beweisantrag werde nicht mehr gestellt.

Insoweit zeigt sich nur erneut die – in der Praxis nicht reflektierte – Unterschiedlichkeit der Maßstäbe, die für Richter und Anwälte gelten: Der Richter muss unbeachtet von „iura novit curia“ nicht alles wissen, für etwaige Defizite hat er nicht einzustehen, für den Anwalt gilt genau das Gegenteil. In einer schlechteren Position als das Gericht befindet sich ein Bevollmächtigter u.a. auch insoweit, als er bei der Terminsvorbereitung i.d.R. auf die kurze Zeitspanne der zweiwöchigen Ladungsfrist beschränkt ist. Diese knappe Zeitspanne kann sich vor allem dann als nachteilig erweisen, wenn das Gericht es an der sorgfältigen, von der Partei nicht erzwingbaren Terminsvorbereitung (§ 79 FGO) hat fehlen lassen. Ferner kann der Bevollmächtigte innerhalb dieser Zweiwochenfrist Akteneinsicht nur bei Gericht und das nur kurzfristig sowie unter behördlicher Überwachung erhalten, während die Akten dem Gericht dagegen zeitlich unbegrenzt zur Verfügung stehen.³⁴

Diesen und anderen Zwängen steht aber die Rechtsprechung des BFH letztlich, wie der Revisionsbeschluss zeigt, verständnislos gegenüber, was wohl auch durch das schon angesprochene Phänomen der Hausgerichtsbarkeit zu erklären ist. Und schließlich darf bei der Diskussion bzw. dem „Kampf um richterliche Hinweise“ nicht vergessen werden, dass sie für das Tatsachengericht eine unerwünschte Verlängerung des Verfahrens zur Folge haben können, etwa weil der Bevollmächtigte sich außerstande sieht, sich zu einem überraschenden Hinweis sofort erschöpfend zu äußern.³⁵

Die Folgerungen für den Anwalt liegen auf der Hand: Er darf sich keinesfalls auf die richterlichen Hinweispflichten verlassen, sondern muss verhindern, dass sich das Gericht dieser Verpflichtung entzieht.³⁶

²⁷ BFH, DStRE 2019, 1356 Rn. 14 ff.

²⁸ So klar und deutlich Gruber, DStZ 2013, 591, 597 ff. und 599 Fn. 63 und ders., DStZ 2015, 36, 40; ferner BFH, BFH/NV 2010, 50.

²⁹ Nämlich klar und unmissverständlich BFH, BFH/NV 2003, 787. S. hierzu auch BFH, NVwZ-RR 2004, 311 zur Bedeutung des Akteninhalts i.R.v. § 76 I FGO.

³⁰ Gruber, DStZ 2015, 36 m.w.N.; Krumm, in Tipke/Kruse (Lfg. 151/2018), § 76 FGO Rn. 104 m.w.N.

³¹ S. insoweit Gruber, DStZ 2013, 591, 597, ders., DStZ 2015, 36 ff.; ferner etwa Geipel/Prechtel, MDR 2011, 336, 341 und BGH, NJW-RR 2008, 973, zu § 139 ZPO a.F.

³² Vgl. die Nachw. bei Gruber, DStZ 2015, 36, 38. Eher ermutigend aber BFH, BFH/NV 2010, 1643 und BVerwGE 16/94, 98.

³³ BVerwG, NVwZ 1988, 1019, u.H.a. BVerwG, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 135 und § 86 I VwGO Nr. 147, ferner Eyermann/Schübel-Pfister, VwGO, 15. Aufl., § 86 Rn. 33.

³⁴ S. hierzu Mack, AnwBl. 2010, 173, 175.

³⁵ Zu den Vorausss. s. BFH, DStRE 2019, 1356 Rn. 21 ff.

³⁶ Geipel/Prechtel, MDR 2011, 341 m.w.N.

3. FOLGERUNGEN FÜR DIE PROZESSFÜHRUNG

Die Weichen für eine eventuell nachfolgende, (u.a. auch) auf Verfahrensmängel gestützte Nichtzulassungsbeschwerde werden in der mündlichen Verhandlung vor dem FG gestellt.³⁷ Daher hat ein Bevollmächtigter im Zusammenhang mit der hier zur Diskussion stehenden Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts (§§ 76, 93 I FGO) zur Gewährung der Interessen seines Mandanten und damit der Gewährleistung dessen rechtlichen Gehörs³⁸ sich darüber im Klaren zu sein, dass die Letztverantwortung für den Erfolg des Verfahrens nicht bei der so oft beschworenen Verantwortungsgemeinschaft von Gericht und Kläger liegt, sondern allein bei ihm.³⁹ Wegen des i.d.R. längeren Zeitraums zwischen Klagebegründung und mündlicher Verhandlung muss der Bevollmächtigte z.B. prüfen, ob er an seiner bisherigen Darstellung des Sachverhalts festhält oder noch Korrekturen sowie Ergänzungen, u.U. auch kurzfristig, erforderlich sind.⁴⁰

Das gilt umso mehr, wenn der Kläger – in aus seiner Sicht entscheidungserheblicher Weise – von einem anderen Sachverhalt ausgeht als das beklagte Finanzamt. Hier gilt es zu bedenken, ob und welche Beweisanträge zu stellen sind.⁴¹ Durch sie kann er nicht nur die Sachverhaltsaufklärung aktiv vorantreiben, sondern sie können ihm auch mittelbar Rückschlüsse auf die materielle Rechtsauffassung des Gerichts vermitteln. Diese braucht es zwar nach herrschender, aber unzutreffender Meinung⁴² den Beteiligten i.d.R. nicht zu eröffnen, andererseits dürfen aber Beweisanträge, soweit hier von Belang, nur abgelehnt werden, wenn sie aus Sicht des Gerichts unerheblich sind. Neue Anträge können, mag dies auch zum Unwillen des Gerichts geschehen (Stichwort: Vertagung), bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.⁴³ Hier sollte er sich auch nicht scheuen, ggf. von der Möglichkeit des Antrags auf Beteiligtenvernehmung Gebrauch zu machen, und zwar tunlichst – soweit möglich und zweckmäßig – in Verbindung mit anderen Beweismitteln.⁴⁴

Der Revisionsbeschluss zeigt beispielhaft, welche hohen Anforderungen die Rechtsprechung an den Bevollmächtigten bei der Terminalschwärzung stellt. Diese ergeben sich über den vorliegenden Fall hinaus im Umkehrschluss aus den Anforderungen, die der BFH an eine auf Verletzung von §§ 76 I und III, 93 I FGO und damit

auch auf eine Gehörsversagung (§ 119 Nr. 3 FGO) gestützte Verfahrensrüge stellt. Sie können hier jedoch nicht im Einzelnen genannt werden.⁴⁵

III. SCHLUSSBEMERKUNG

Die hier nur beispielsweise angesprochene Limitierung der Pflichten des FG im Steuerprozess erscheint zwar kaum vereinbar mit den verfassungsrechtlichen Geboten der Bindung an das Gesetz, der Effektivität des Rechtsschutzes eines fairen Verfahrens, der prozessualen Waffengleichheit und der Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs.⁴⁶ Ein Bevollmächtigter muss dennoch nach dem Gebot des sichersten Weges⁴⁷ diese Rechtsprechung in seine Strategie mit einbeziehen und seinen Mandanten über die sich daraus ergebenden Risiken aufklären.

Auf die Ausübung der Hinweispflichten darf sich ein Bevollmächtigter nicht verlassen, ebenso wenig wie auf die Amtsermittlungspflicht des FG:⁴⁸ „Traue nie einem Richter“. ⁴⁹ Denn für fehlerhaftes Verhalten und Defizite des Gerichts trägt er allein die Letztverantwortung,⁵⁰ hat also nur er einzustehen, nicht aber das Gericht. Ihm obliegt somit eine „Garantenstellung“ gegenüber einem fehlsamen Gericht.⁵¹

Es wäre allerdings ein Missverständnis der Kritik an der Revisionsentscheidung, wenn etwa aus dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt generell auf eine vergleichbare rechtsschutzverweigernde finanzgerichtliche Prozessführung geschlossen würde. Nur muss eben ein Bevollmächtigter im Einzelfall mit ihr rechnen und darauf vorbereitet sein. Im Übrigen lässt sich aber sagen, dass die einschlägige Rechtslage und eine hierzu ergangene, nicht immer widerspruchsfreie, Rechtsprechung dem Richter einen großen Spielraum in der Verfahrensgestaltung und damit in der daraus folgenden Präjudizierung eines (Vor-)Urteils lässt. Da die Methodenlehre bekanntlich die Bindung des Richters an Recht und Gesetz nicht gewährleisten kann, verbürgt „nur der Charakter der Richter die Gerechtigkeit. Gerichte sind fehlsam, sie haben jedoch die Chance, dazu beizutragen, dass Menschen anständig und gesittet leben.“⁵²

³⁷ Seer, in Tipke/Kruse, § 116 FGO Rn. 61.

³⁸ Eing. hierzu Geisler, AnwBl. 2010, 149 ff. mit vielen Bsp. aus der Praxis.

³⁹ So erfreulich klar und deutlich Mack, AnwBl. 2010, 173, 174 m. Fn. 6, u.H.a. die unterschiedl. Konsequenzen für Kläger und Gericht.

⁴⁰ Mack, AnwBl. 2010, 173, 175. Eindeutig insoweit auch BFH, BFH/NV 2008, 2049 unter Aufhebung der Vorinstanz.

⁴¹ Gosch/Stalbold, AO/FGO (Lfg. 145/2019), § 76 FGO Rn. 32, 63.1.

⁴² Überzeugend a.M. Gruber, DStZ 2015, 36, 42 f.

⁴³ Deshalb auch keine „Zuflucht“ zu einer vorweggenommenen Beweiswürdigung, s. BFH, NVwZ-RR 2008, 71.

⁴⁴ Olgermüller, StbG 12/2010, S. 552; Bilsdorfer, DStZ 1989, 287, 293; s. hierzu auch – für den Zivilprozess – Zuck, NJW 2010, 3764.

⁴⁵ S. z.B. die Nachw. bei Seer, in Tipke/Kruse, § 115 Rn. 91 ff.; Gräber/Herbert, § 76 Rn. 33; Gosch/Stalbold, § 76 Rn. 79.

⁴⁶ Wagner, ZSteu 2011, 262. Näher Zöller/Vollkommer, Einl. Rn. 101.

⁴⁷ Vgl. nur BGH, NJW-RR 2008, 1235 m.w.N.; BGH, AnwBl. 2010, 876; BGH, NJW-RR 2020, 312.

⁴⁸ So erfreulich eindeutig Mack, AnwBl. 2010, 173; diff. insoweit Krumm, in Tipke/Kruse, § 76 Rn. 79, 84 und auch BFH, NVwZ-RR 2004, 311.

⁴⁹ Anm. d. Red. zu BGH, AnwBl. 2009, 869; Römermann, NJW 2010, 21. Kaum überraschend a.M. BFH (Präsidentensenat), DStR 1992, 288.

⁵⁰ Mack, AnwBl. 2010, 173, 174 Fn. 6. S. auch Zuck, AnwBl. 2006, 773: „Wer sichert das rechtliche Gehör?“

⁵¹ Krit. insoweit E. Schneider, in FS Christian Richter, 2006, Bd. II, 465, 480.

⁵² Wassermann, zit. nach Miosge, JZ 2005, 1102.

DER BERUFSRECHTLICHE JAHRESÜBERBLICK

EIN BLICK ZURÜCK AUF DIE BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG DES JAHRES 2019

RECHTSANWALT CHRISTIAN DAHNS UND RECHTSANWÄLTIN EVA MELINA BUCHMANN*

Jedes Jahr befassen sich insbesondere die spezialisierten Anwaltsgerichte mit berufsrechtlichen Fallkonstellationen. Erlaubt ist längst nicht alles, was gefällt. Zulässig ist lediglich, was der BRAO, BORA und FAO nicht zuwiderläuft. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den wichtigsten berufsrechtlichen Entscheidungen sämtlicher anwaltsgerichtlicher Instanzen, die im Jahr 2019 ergangen sind bzw. veröffentlicht wurden. Die Rechtsprechung zum Recht der Fachanwaltschaften wird in einem gesonderten Beitrag gewürdigt.¹

I. BERUFSRECHTE UND -PFLICHTEN

1. EIN KLASSIKER: VERSTOSS GEGEN DAS UMGEHUNGSVERBOT

Das AnwG Köln² hatte sich mit dem Umgehungsverbot zu beschäftigen. Es entschied, dass ein Rechtsanwalt gegen das Umgehungsverbot verstößt, wenn er für die direkte Korrespondenz mit der anwaltlich vertretenen Gegenseite einen privaten Briefbogen verwendet, in dem er auf seine berufliche Stellung als Rechtsanwalt hinweist.

Gemäß § 12 I BORA darf ein Rechtsanwalt nicht ohne Einwilligung des Rechtsanwalts des anderen Beteiligten mit diesem unmittelbar Verbindung aufnehmen oder verhandeln. Damit soll der gegnerische Mandant insbesondere davor geschützt werden, dass er vom Gegenanwalt überraschend persönlich angesprochen oder in Unkenntnis der bestehenden Rechtslage ohne rechtliche Beratung durch seinen Anwalt zur Abgabe gegebenenfalls benachteiligender Erklärungen veranlasst wird.³ Das Umgehungsverbot in § 12 BORA ist zum Schutz der Allgemeinwohlintressen an der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und an einem fairen Verfahren erforderlich und diene zuvorderst dem Schutz des gegnerischen Mandanten.⁴ Allerdings gilt das Verbot nur innerhalb eines Verfahrens mit identischem Streitgegenstand.⁵ Die Kontaktaufnahme ist dementsprechend nur soweit untersagt, wie die Mandatierung des gegnerischen Anwalts reicht.⁶

Im vorliegenden Fall führte das AnwG Köln aus, dass eine ausreichend weite Mandatierung vorgelegen ha-

be. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Anwalt in seinem „privaten“ Schreiben konkret Bezug auf den Inhalt des Schriftsatzes des gegnerischen Anwalts genommen habe. Ziel sei es gewesen, eine Änderung des prozessualen Verhaltens herbeizuführen. Zwar habe der Anwalt nicht seinen Kanzleibriefbogen verwendet, allerdings habe er explizit auf seinem „privaten“ Briefbogen auf seine berufliche Qualifikation als Rechtsanwalt hingewiesen. Für den Empfänger des Schreibens musste der Eindruck entstehen, dass er als Rechtsanwalt auftreten wollte. Im Ergebnis lag daher ein Verstoß gegen § 12 BORA vor.

Achtung: Auch ein fahrlässiger Verstoß gegen das Umgehungsverbot ist möglich und kann sanktioniert werden.⁷

2. PFLICHT ZUR FREMDGELDWEITERLEITUNG HILFT RECHTSSCHUTZVERSICHERERN NICHT

Mitte des Jahres beschäftigte sich der BGH⁸ mit der anwaltlichen Pflicht zur Fremdgeldweiterleitung aus § 43a V 2 BRAO und stellte fest, dass sich ein Rechtsschutzversicherer nicht darauf berufen könne: Denn § 43a V 2 BRAO ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB zugunsten des Rechtsschutzversicherers.

Im vorliegenden Fall hatte ein Versicherer versucht, eine Sozietät auf Ersatz von Verzögerungsschaden bzw. Zinszahlungen in Anspruch zu nehmen. Der BGH bestätigte schließlich, dass ein Anspruch aus §§ 823 II BGB, 849 BGB i.V.m. § 43a V BRAO, § 4 II BORA nicht besteht.

Hintergrund: Nach § 43a V 2 BRAO sind fremde Gelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen. Der Umgang des Rechtsanwalts mit Fremdgeld wird dann in § 4 BORA weiter konkretisiert. Der BGH führte zunächst aus, dass § 4 BORA kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB sei, da es sich bei der BORA um autonomes Satzungsrecht eines Berufsstands handele, das grundsätzlich die (privat-)rechtlichen Beziehungen von Anwälten und Dritten aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht regeln dürfe. Auch § 43a BRAO erteilte der BGH eine Absage: Zwar seien die Grundpflichten des Rechtsanwalts aus § 43a BRAO elementar, allerdings würden keine Anhaltspunkte vorliegen, weswegen der Rechtsanwalt mit dem Rechtsschutzversicherer ein besonderes Vertrauensverhältnis habe und dessen individuellem Schutz diene.

Das OLG Düsseldorf⁹ hatte sich ebenfalls dieses Jahr mit der Thematik Fremdgeld zu befassen und hielt fest,

* Der Autor *Dahns* ist Geschäftsführer, die Autorin *Buchmann* ist Geschäftsführerin der BRAK in Berlin.

¹ Engel, BRAK-Mitt. 2019, 287, BRAK-Mitt. 2018, 291 und BRAK-Mitt. 2017, 275.

² AnwG Köln, BRAK-Mitt. 2019, 308 f.

³ Vgl. Niedersächsischer AGH, BRAK-Mitt. 2018, 40; Sächsischer AGH, Urt. v. 27.2.2015 – AGH 19/13 (I) oder *Zuck* in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2019, § 12 BORA Rn. 4.

⁴ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvR 2272/00 Rn. 11.

⁵ Vgl. z.B. *Zuck* in Gaier/Wolf/Göcken, § 12 BORA Rn. 13.

⁶ Vgl. z.B. *Schwärzer* in Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 12 BORA Rn. 5.

⁷ BGH, BRAK-Mitt. 2016, 38.

⁸ BGH, BRAK-Mitt. 2019, 248 ff.

⁹ OLG Düsseldorf, BRAK-Mitt. 2019, 191.

dass der Anwalt den Eingang von Fremdgeld unverzüglich dem Mandanten anzuzeigen und auszuzahlen hat, weshalb ein Zeitraum von zwei, höchstens drei Wochen nicht überschritten werden darf. Wer übrigens nicht uneingeschränkt bereit oder fähig ist, weiterzuleitendes Fremdgeld jederzeit auszuzahlen, macht sich der Untreue strafbar.¹⁰

II. WERBUNG

Die Vorschrift des § 43b BRAO suggeriert dem Leser nach wie vor ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Werbung sei dem Rechtsanwalt lediglich dann erlaubt, soweit diese über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Dieses Gebot entspricht inzwischen aber nicht mehr der Praxis von Rechtsanwaltskammern und Gerichten. Vielmehr gehen diese inzwischen zu Recht von einer grundsätzlichen Erlaubnis aus, die nur noch in sehr wenigen Einzelfällen einer Beschränkung bedarf. Aus diesem Grund wird zunehmend gefordert, auf spezielle Werbevorschriften im anwaltlichen Berufsrecht zu verzichten. So vertritt beispielsweise *Dahns*¹¹ die Auffassung, es den Wirtschaftsprüfern nachzutun und wie diese (vgl. § 52 WPO) klarzustellen, dass der Anwaltschaft Werbung erlaubt ist, sofern sie nicht unlauter ist. Dann würden für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nur noch diejenigen Beschränkungen gelten, die sich aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ergeben. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht verwunderlich, dass es immer weniger berufsrechtliche Entscheidungen zum anwaltlichen Werberecht gibt.

1. IRREFÜHRUNG MIT DEM HINWEIS AUF „PATENTANWÄLTE“

Der BGH¹² stellte klar, dass die Selbsteinschätzung eines Rechtsanwalts nicht den Eindruck erwecken darf, eine Qualifikation sei durch ein förmliches Verfahren erworben worden oder werde durch eine dritte Stelle gebilligt. In diesem Fall war ein Rechtsanwalt, der über Fachanwaltsbezeichnungen für das Arbeitsrecht und den gewerblichen Rechtsschutz verfügt und in seiner Kanzlei zwei Fachanwälte für gewerblichen Rechtsschutz beschäftigt, in einem Branchenverzeichnis in der Rubrik „Patentanwälte in X.“ eingetragen. Weder der Rechtsanwalt noch die von ihm angestellten Berufsträger waren indes zugelassene Patentanwälte.

Der BGH sah hierin einen Verstoß gegen das Gebot sachlicher Werbung (§ 43b BRAO). Die Beauftragung des betreffenden Inserats im Internet sei ein werbendes Verhalten, da es darauf abzielt, den Rechtsuchenden für die Inanspruchnahme von Leistungen der Anwaltskanzlei zu gewinnen. Maßstab dafür, ob eine Werbung irreführend ist, sei ein durchschnittlich informierter, auf-

merksamer und verständiger Leser des Inserats. Jede Werbung ist dann irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Personen Fehlvorstellungen hervorzurufen und so die Entschließung der Rechtsuchenden im Wettbewerb in rechtlich relevanter Weise zu beeinflussen.

§ 18 IV PAO schreibt vor, dass die Berufsbezeichnung „Patentanwalt“ lediglich von zugelassenen Patentanwälten geführt werden darf. Eine werbende Selbsteinschätzung durch den Rechtsanwalt dürfe nicht den Eindruck erwecken, eine Qualifikation sei durch ein formelles Verfahren erworben worden oder werde durch eine dritte Seite gebilligt. Schaut ein Rechtsuchender in die Rubrik „Patentanwälte in X.“ in einem Branchenverzeichnis, erwartet er, dort Kontaktdaten von zugelassenen Patentanwälten zu finden. Die vom Rechtsanwalt geschaltete Anzeige musste daher aus Sicht eines Rechtsuchenden den Eindruck erwecken, dass der Anwalt selbst oder zumindest ein in seiner Kanzlei angestellter Berufsträger zugelassener Patentanwalt ist.

2. UNZULÄSSIGER HINWEIS AUF „ZERTIFIZIERT NACH ISO 9001“

Das OLG Düsseldorf¹³ hatte sich mit der Angabe „Zertifiziert nach ISO 9001“ auf einem anwaltlichen Briefkopf zu befassen. Es entschied, dass der Hinweis „ISO 9001“ jedenfalls in der konkreten Verwendungform auf dem anwaltlichen Briefbogen eine entsprechend irreführende geschäftliche Handlung darstellte. Es betonte, dass selbst objektiv zutreffende Angaben die Gefahr einer Irreführung begründen könnten, wenn sie aufgrund missverständlicher Verwendung lückenhaft und daher zu Irreführungen geeignet seien.

Die Werbung mit der Zertifizierung stelle in der konkreten Verletzungsform eine irreführende Handlung i.S.v. § 5 I UWG dar, da bei Rechtsuchenden aufgrund der Verwendung der Zertifizierungsangabe eine Vorstellung erweckt werde, die nicht der Wirklichkeit entspricht und damit täuschen könne. Jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil der durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Leser dieses Briefbogens könnte irrig annehmen, dass sich die beworbene Zertifizierung auch auf die Qualität der anwaltlichen Dienstleistungen der Rechtsanwälte beziehe. In Wahrheit beziehe sich die Zertifizierung jedoch lediglich auf das Qualitätsmanagement hinsichtlich Büroorganisation und Kanzleiabläufen.

Zur Erinnerung: Die höchstrichterliche Rechtsprechung musste sich zuletzt mit der Angabe „Zertifizierter Testamentsvollstrecker“ beschäftigen. In diesem Zusammenhang entschied der BGH,¹⁴ dass der Verkehr von einem Rechtsanwalt, der sich dergestalt bezeichnet, erwarte, dass dieser nicht allein über besondere Kenntnisse, sondern auch über praktische Erfahrungen auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung verfügt. Der Gebrauch die-

¹⁰ Ausf. dazu BGH, BRAK-Mitt. 2015, 184 ff.

¹¹ *Dahns*, NJW-Spezial 2018, 702.

¹² BRAK-Mitt. 2019, 191.

¹³ BRAK-Mitt. 2020, 39.

¹⁴ BRAK-Mitt. 2012, 39.

ser Bezeichnung führe bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher zu der Fehlvorstellung, der Rechtsanwalt habe eine besondere Qualifikation auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung.

III. SYNDIKUSRECHTSANWÄLTE

Vor gut vier Jahren ist das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte in Kraft getreten. Im Grundsatz hat sich das neue Recht in der Praxis bewährt. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ist zurzeit noch mit einer Evaluierung des Gesetzes befasst und wird in Kürze Ergebnisse präsentieren. Im Hinblick auf zahlreiche – zuvor umstrittene – Aspekte hat die Rechtsprechung inzwischen für Rechtsklarheit sorgen können. Die nach wie vor große Anzahl von das Recht der Syndikusrechtsanwälte betreffenden Judikatur zeigt aber, dass davon ausgegangen werden muss, dass sich die Gerichte in den nächsten ein bis zwei Jahren auch weiterhin in nicht unerheblichem Umfang mit diesem Thema befassen werden müssen.

1. SYNDIKUSANWÄLTE IM ÖFFENTLICHEN DIENST

In mehreren Entscheidungen hat sich der BGH mit der Tätigkeit von Syndikusanwälten im öffentlichen Dienst beschäftigt. Der BGH¹⁵ hat unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass Syndikusrechtsanwälten grundsätzlich auch ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst offensteht. Der allgemeine Zulassungsversagungsgrund nach § 7 Nr. 8 BRAO gelte zwar auch für die Beantragung der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt. Jedoch könnten für die Beurteilung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst einer Zulassung als Syndikusrechtsanwalt entgegenstehen kann, die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH zu einem mit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht zu vereinbarenden Zweitberuf nach § 7 Nr. 8 BRAO nicht uneingeschränkt übertragen werden.

Beim Syndikusrechtsanwalt sei insofern ein großzügiger Maßstab anzulegen. Der Syndikusrechtsanwalt sei ungeachtet seiner anwaltlichen Unabhängigkeit im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses allein für seinen Arbeitgeber in dessen Rechtsangelegenheiten anwaltlich tätig. Hieraus folge zum einen, dass sich die Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts nicht von seinem Arbeitsverhältnis trennen lässt und es deshalb bei dieser Tätigkeit für sich genommen nicht um die Frage eines zulässigen Zweitberufs geht. Zum anderen könne im Falle eines im öffentlichen Dienst tätigen Syndikusrechtsanwalts bei den Rechtssuchenden nicht die Vorstellung entstehen, dieser könne wegen seiner Staatsnähe mehr für seine Mandanten bewirken als andere Rechtsanwälte. Dass der Syndikusrechtsanwalt ausschließlich für seinen Arbeitgeber tätig wird, sei für die Öffentlichkeit und den

¹⁵ BRAK-Mitt. 2019, 48.

Rechtsverkehr ohne Weiteres ersichtlich, da der Syndikus gem. § 46a IV Nr. 3 BRAO verpflichtet sei, seine anwaltliche Tätigkeit unter der Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)“ auszuüben.

Ob eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst einer Zulassung als Syndikusrechtsanwalt entgegensteht, sei anhand der konkreten Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses und der ausgeübten Tätigkeit sowie des Aufgabenbereichs der Körperschaft, bei welcher der Syndikusrechtsanwalt angestellt ist, zu prüfen. Bezüglich des Leiters der Clearingstelle eines öffentlich-rechtlichen Senders entschied der BGH,¹⁶ dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinerseits dem Gebot der Staatsferne unterliege. Die aufgrund des Arbeitsvertrags vorhandene Bindung des Syndikusrechtsanwalts an einen Hoheitsträger gefährde den Grundsatz der freien Advokatur deshalb nicht, weil der Syndikusrechtsanwalt als solcher ausschließlich für seinen Arbeitgeber tätig wird, nicht für andere Mandanten, deren Mandatsverhältnis unabhängig von staatlicher Einflussnahme zu bleiben habe.

Eine Zulassung als Syndikusrechtsanwalt scheidet allerdings immer dann aus, wenn ein Antragsteller am Erlass hoheitlicher Maßnahmen mit Entscheidungsbefugnis beteiligt ist. Dabei kommt es nach Auffassung des BGH¹⁷ weder auf den Umfang der hoheitlichen Tätigkeit im Verhältnis zur Gesamttätigkeit noch darauf an, ob der Antragsteller als Entscheidungsträger nach außen auftritt oder erkennbar ist. Einer Zulassung steht allerdings nicht entgegen, wenn der Antragsteller im Zusammenhang mit hoheitlichen Maßnahmen lediglich als rechtliche Prüfstelle fungiert und gegenüber der entscheidenden Stelle nicht weisungsbefugt ist. Die Vorbereitung hoheitlicher Maßnahmen durch Stellungnahmen, Rechtsgutachten, mündliche oder schriftliche Beratungen sowie Fertigung von Entscheidungsentwürfen stelle kein Zulassungshindernis dar, ohne dass es darauf ankäme, wie häufig einem Entscheidungsvorschlag am Ende auch gefolgt wird.

2. TÄTIGKEIT IN RECHTSANGELEGENHEITEN DES ARBEITGEBERS

Der BGH¹⁸ stellte klar, dass es sich bei dem Merkmal der Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers um eine tatbestandliche Voraussetzung für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt handelt. Betreue ein Syndikusrechtsanwalt originäre Arbeitnehmer-Rechtsangelegenheiten der Mitarbeiter bzw. Mitarbeitervertretungen dritter Rechtsträger, stelle dies auch dann keine Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers dar, wenn die Mitarbeiter dem Dritten vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden.

In einem anderen Fall hat der BGH¹⁹ entschieden, dass ein Syndikus nicht in Rechtsangelegenheiten des Arbeit-

¹⁶ BRAK-Mitt. 2019, 99.

¹⁷ BRAK-Mitt. 2020, 50.

¹⁸ BRAK-Mitt. 2019, 46.

¹⁹ BRAK-Mitt. 2019, 316.

gebers tätig wird, wenn er in Rechtsangelegenheiten der Mitarbeiter der Muttergesellschaft ihrer Arbeitgeberin tätig ist. Gemäß § 46 V 2 Nr. 2 BRAO reichen erlaubte Rechtsdienstleistungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Mitgliedern nur dann aus, wenn es sich bei dem Arbeitgeber um eine Vereinigung oder Gewerkschaft nach § 7 bzw. § 8 I Nr. 2 RDG handelt.

3. KEINE ALLEINVERTRETUNGSBEFUGNIS ERFORDERLICH

In zwei Urteilen²⁰ entschied der BGH, dass die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nicht erfordert, dass diesem von seinem Arbeitgeber eine umfassende Alleinvertretungsbefugnis eingeräumt wird, die Grundlage für das erforderliche außenwirksame Auftreten ist. Der Wortlaut des § 46 III Nr. 4 BRAO spreche nicht von einer Alleinvertretungsbefugnis, sondern lediglich von der Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten. Der Bezug auf die „Befugnis“ verdeutliche insoweit, dass es nicht darauf ankommt, ob der Betreffende tatsächlich nach außen auftritt, solange er nur die Befugnis dazu hat. Die Forderung nach einer Alleinvertretungsbefugnis würde dazu führen, dass die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nur einem sehr begrenzten Personenkreis offensteht. Denn in Unternehmen sei es aus Compliance-Gründen bzw. zur Wahrung des Vier-Augen-Prinzips nicht unüblich vorzusehen, dass eine zweite Unterschrift im Außenverhältnis nötig ist.

4. ANWÄLTICHE PRÄGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

Schließlich hat der BGH²¹ nunmehr klargestellt, dass die Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts mindestens im Umfang von 65 % durch anwaltliche Tätigkeit geprägt sein muss. Dieser Anteil liege am unteren Rand des für eine anwaltliche Prägung des Arbeitsverhältnisses Erforderlichen.

Zuvor ist diese Frage uneinheitlich beantwortet worden. Teilweise ist es bereits als ausreichend erachtet worden, wenn die Tätigkeit zu mehr als 50 % durch anwaltliche Tätigkeit geprägt war. Einen prozentualen Anteil von mindestens 75 % hatte indes der AGH Berlin²² für erforderlich erachtet. Der BGH führte weiter aus, dass anwaltliche Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts grundsätzlich keine geringwertige Tätigkeit darstelle. Sei das Arbeitsverhältnis bereits quantitativ von der anwaltlichen Tätigkeit geprägt, könne für die qualitative Prägung regelmäßig keine andere Beurteilung gelten.

IV. SOZETÄTSRECHT

1. ANWÄLTLICHES GESELLSCHAFTSRECHT AUF DEM PRÜFSTAND

Entscheidungen zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht sind rar. Wenn aber eine Befassung damit erforderlich ist, dann ist meist am Ende das BVerfG involviert. Im

Jahr 2014 befasste sich Karlsruhe mit der Zulässigkeit einer Rechtsanwalts- und Patentanwalts-gesellschaft.²³ Im Jahr 2016 gab es sodann einen Paukenschlag, als erklärt wurde, dass ein Anwalt mit einem Arzt und Apotheker zur gemeinschaftlichen Berufsausübung in einer Sozietät verbunden sein könne.²⁴

Ende 2018 hatte sich nun der AGH Baden-Württemberg mit Mehrheitsverhältnissen und Stimmrechtsanteilen in einer Anwalts-GmbH auseinanderzusetzen.²⁵ Auch hier wird am Ende Karlsruhe involviert sein. Denn der AGH entschied sich, dem BVerfG die Frage vorzulegen, ob § 59e II 1 BRAO und § 59f I BRAO mit Art. 12 GG vereinbar sind, soweit sie der Zulassung einer Berufsausübungsgesellschaft mit beschränkter Haftung von Rechtsanwälten und Steuerberatern als Rechtsanwalts-gesellschaft entgegenstehen, wenn nicht die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte sowie die verantwortliche Führung der Gesellschaft und die Mehrheit der Geschäftsführer den Rechtsanwälten überlassen sind.

Hintergrund: Gemäß § 59e II 1 BRAO muss die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte Rechtsanwälten zustehen. In § 59f I BRAO wird darüber hinaus festgeschrieben, dass die Rechtsanwalts-gesellschaft von Rechtsanwälten verantwortlich geführt werden muss und die Geschäftsführer mehrheitlich Geschäftsführer sein müssen. Der AGH Baden-Württemberg führte nun aus, dass er von einer Unvereinbarkeit der § 59e II 1 BRAO und § 59f I BRAO mit Art. 12 GG ausgehe. Denn: Die anwaltlichen Vorschriften seien zum Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht erforderlich, weil die Erreichung dieses Ziels bereits durch gesetzlich geregelte Berufspflichten der beteiligten Rechtsanwälte und Steuerberater sichergestellt sei. Diese würden bereits tätigkeitsbezogen auf konkrete Verstöße im Einzelfall abzielen und damit die Berufsträger weniger belasten als die bestehenden Beschränkungen des anwaltlichen Gesellschaftsrechts.

Hinweis: Die Überlegungen zur Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts laufen auf Hochtouren. Die BRAK hat bereits im Mai 2018 eine Stellungnahme hierzu veröffentlicht, in der sie einen konkreten Regelungsvorschlag für Berufsausübungsgesellschaften unterbreitet.²⁶ Darin verzichtet sie auf das Mehrheitserfordernis und belässt es bei einer Sperrminorität für satzungsändernde Beschlüsse. Für ausreichend wird auch empfunden, dass die Gesellschaft allein durch anwaltliche Geschäftsführer vertreten wird. Mit der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts wäre es aber keinesfalls in Einklang zu bringen, wenn nicht-anwaltliche Berufsträger das anwaltliche Berufsrecht durch Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung in Frage stellen könnten.

Das BVerfG hat die BRAK bereits hinsichtlich der Vorlage des AGH Baden-Württemberg zur Stellungnahme aufgefordert.

²⁰ BRAK-Mitt. 2019, 93 und BRAK-Mitt. 2019, 98.

²¹ BRAK-Mitt. 2020, 55.

²² BRAK-Mitt. 2019, 56.

²³ BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11; BRAK-Mitt. 2014, 87.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13; BVerfG, BRAK-Mitt. 2016, 78.

²⁵ AGH Baden-Württemberg, BRAK-Mitt. 2019, 36.

²⁶ BRAK-Stellungnahme Nr. 15/2018.

2. KEINE POSTULATIONSFÄHIGKEIT EINER ENGLISCHEN LLP

Mitte letzten Jahres hatte sich der BFH mit einer berufsrechtlichen Fragestellung zu befassen:²⁷ Ist eine englische Limited Liability Partnership (LLP), deren die Klageschrift unterzeichnende Partner „Rechtsanwalt“, „Belastingadviseur (NL) und „Advocate“ (GB) sind, vor dem BFH vertretungsberechtigt? Der BFH verneinte dies (ganz formal) mit Hinweis auf § 62 FGO.

Gemäß § 62 IV 3 i.V.m. § 62 II FGO sind unter anderem Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vertretungsberechtigt, ebenso niedergelassene europäische Rechtsanwälte nach § 2 I EuRAG i.V.m. §§ 1, 3 I und II BRAO. Gleiches gilt gemäß § 62 II Hs. 2 FGO auch für Gesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 2 StBerG und damit für Partnerschaftsgesellschaften, deren Partner Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer sind. Selbst Rechtsanwaltsgesellschaften (§§ 59c ff. BRAO), Steuerberatungsgesellschaften (§ 3 Nr. 3 StBerG) und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (§ 1 III WPO) sind vor dem BFH nach § 62 II Hs. 2 FGO vertretungsberechtigt.

Da aber § 3 Nr. 2 StBerG keine im europäischen Ausland ansässige Gesellschaft erfasst und eine Gleichstellungsvorschrift (beispielsweise im EuRAG) nicht existiert, schlussfolgerte der BFH, dass die LLP nicht postulationsfähig sei und wies die eingelegte Beschwerde als unzulässig zurück.

Hinweis: Diese Entscheidung ist in der Praxis auf große Kritik gestoßen.²⁸ Zum einen wurde in der Literatur bisher bei im Partnerschaftsregister eingetragenen „englischen“, „schottischen“ oder walisischen“ Gesellschaften die Postulationsfähigkeit unterstellt. Zum anderen sei der Beschluss des BFH mit Blick auf die europäische Niederlassungsfreiheit nicht nachvollziehbar.

²⁷ BFH, BRAK-Mitt. 2019, 310.

²⁸ Vgl. dazu die Besprechung von *Gotthardt*, BRAK-Mitt. 2019, 310 f.

V. VERSCHIEDENES

1. GRUNDSATZENTSCHEIDUNG: LEGALTECH-PLATTFORM MIT RDG VEREINBAR

Der BGH²⁹ hat im November letzten Jahres den Weg für LegalTech frei gemacht und ein ganz neues Berufsbild der anwaltlichen Tätigkeit legitimiert: Ein Online-Portal, welches bei der Verfolgung von Mietansprüchen (Stichwort „Mietpreisbremse“) genutzt wird, kann sich die Ansprüche aus einem Mietverhältnis abtreten lassen – dies sei als registrierter Inkassodienstleister nach dem RDG erlaubt. Ein Paukenschlag, der seines gleichen sucht.

Der BGH hat in seinem 99 Seiten langen Urteil ausführlich begründet, dass die zu beurteilende Tätigkeit von *wenigermiete.de* eine Inkassodienstleistung gemäß § 2 II 1 RDG darstellt. Hierfür spreche das sehr weite Verständnis des Begriffs der Inkassodienstleistung, von welchem der Gesetzgeber, aber auch die Rechtsprechung ausgehen. Aus Sicht der Anwaltschaft durchaus befremdlich: Denn Anwälte dürfen weder ein Erfolgshonorar vereinbaren noch Gerichtskosten für den Mandanten übernehmen.

2. AUSBLICK

In einem anderen Fall (Stichwort: LKW-Kartell) hat kürzlich das LG München I³⁰ ein Online-Portal als nicht aktiv legitimiert gesehen, etwa 3.000 Ansprüche gesammelt einzuklagen, weil das Geschäftsmodell gegen das RDG verstoße. Bemängelt wurde, dass es von vorneherein ausschließlich um eine gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche gehe und dass die Erfüllung der Rechtsdienstleistung durch andere Leistungspflichten der Klagepartei unmittelbar beeinflusst und gefährdet werde.

²⁹ BGH, BRAK-Mitt. 2020, 44; *ausf. dazu Henssler*, BRAK-Mitt. 2020, 6 ff.

³⁰ LG München I, Urt. v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17.

PFLICHTEN UND HAFTUNG DES ANWALTS – EINE RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

RECHTSANWÄLTIN ANTJE JUNGK, RECHTSANWÄLTE BERTIN CHAB UND HOLGER GRAMS*

In jedem Heft der BRAK-Mitteilungen kommentieren die Autoren an dieser Stelle aktuelle Entscheidungen zum anwaltlichen Haftungsrecht.

HAFTUNG

HINWEISPFLICHT AUF STEUERRECHT

1. Berät ein Rechtsanwalt eine Mandantin im Zusammenhang mit einer Scheidungsfolgenvereinbarung,

* Die Autorin *Jungk* ist Leitende Justiziarin, der Autor *Chab* Leitender Justiziar bei der Allianz Deutschland AG, München; der Autor *Grams* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht in München.

hat er sie auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Steuerberaters hinzuweisen, sofern sich bei sachgerechter Bearbeitung wegen der Übertragung von Grundeigentum eine steuerliche Belastung nach §§ 22 Nr. 2, 23 EStG aufdrängen kann und er zu einer steuerrechtlichen Beratung nicht bereit oder imstande ist.

2. Der durch eine fehlerhafte steuerliche Beratung verursachte Schaden umfasst die Kosten eines von dem Mandanten eingeholten Wertgutachtens, mit dessen Hilfe ein geringerer Verkehrswert eines für die Steuerfestsetzung maßgeblichen Grundstücks

nachgewiesen und die Steuerlast verringert werden kann.

3. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens gilt nicht, wenn der vernünftigerweise einzuschlagende Weg die Mitwirkung eines Dritten voraussetzt.

BGH, Urt. v. 9.1.2020 – IX ZR 61/19, DB 2020, 446

Dass das Steuerrecht für viele Anwälte ein rotes Tuch darstellt, ist bekannt. Dennoch ist Steuerrecht grundsätzlich auch Recht und liegt somit im Kompetenzbereich anwaltlicher Beratungstätigkeit. Man kann es also nicht einfach ignorieren. Der BGH zeigt in dieser aktuellen Entscheidung kurz und knackig auf, wie damit umzugehen ist.

Der beklagte Rechtsanwalt war mit dem Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung mandatiert. Die Mandantin übertrug zur Abgeltung des Zugewinnausgleichs eines von mehreren Grundstücken an den Ehemann. Da die Spekulationsfrist noch nicht abgelaufen war, setzte das Finanzamt eine Steuer auf den Veräußerungsgewinn fest. Aufgrund eines auf Kosten der Mandantin eingeholten Wertermittlungsgutachtens wurde die Steuer im Einspruchsverfahren erheblich ermäßigt. Den verbleibenden Betrag sowie die Kosten für das Gutachten verlangte die Mandantin vom Anwalt mit der Begründung, in Kenntnis der Spekulationssteuer wäre ein anderes Grundstück übertragen worden, bei dem die Spekulationsfrist schon abgelaufen war.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die steuerliche Beratung Inhalt des Mandats war. Der Auftrag betraf die Durchführung des Zugewinnausgleichs. Hieraus schließt der Senat, dass dem Anwalt nur eine zivilrechtliche Beratung oblag, nicht aber eine steuerrechtliche. Er sieht das Mandat als gegenständlich beschränkt an.

Interpretationsfähig ist die anschließende Aussage des Senats, dass dem Beklagten eine steuerrechtliche Beratung, „die einen zugleich als Fachanwalt für Steuerrecht tätigen Rechtsanwalt treffen kann...“ nicht oblag. Hiermit dürfte aber nicht gemeint sein, dass die bloße Qualifikation als Fachanwalt für Steuerrecht dazu führt, dass steuerrechtliche Beratung regelmäßig im Mandatsumfang enthalten ist. In den dazu zitierten Urteilen war der (Fach-)Anwalt jeweils explizit im Steuerrecht mandatiert gewesen und hatte in diesem Zusammenhang unzureichend beraten. Allenfalls bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalls, die den Mandatsinhalt in Ermangelung einer eindeutigen Absprache konkretisieren, könnte die Qualifikation eine Rolle spielen.

Auch wenn es sich um ein auf zivilrechtliche Beratung beschränktes Mandat handelt, dürfen mögliche steuerrechtliche Auswirkungen aber nicht gänzlich ignoriert werden: Nach ständiger Rechtsprechung kann den Anwalt auch im gegenständlich beschränkten Mandat die Pflicht zu Hinweisen und Warnungen außerhalb des eigentlichen Mandatsgegenstands treffen. Das ist dann der Fall, wenn Risiken des Mandanten für den Anwalt offenkundig sind oder sich bei ordnungsgemäßer Mandatsbearbeitung aufdrängen und wenn der Anwalt

Grund zu der Annahme hat, dass der Auftraggeber sich der Gefahren nicht bewusst ist.¹

Der Senat weist darauf hin, dass familienrechtliche Mandate typischerweise steuerlich bedeutsame Fragestellungen mit sich bringen können. Die konkrete Konstellation, dass die Übertragung des Grundstücks ein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft bilden kann, sei auch im familienrechtlichen Schrifttum und der Kommentarliteratur betont worden, so dass sich die Gefahr einer der Klägerin nicht bewussten steuerlichen Belastung habe aufdrängen müssen. Ein Hinweis auf steuerrechtliche Implikationen hätte daher erfolgen müssen.

Bei der Schadensbemessung geht der Senat grundsätzlich davon aus, dass auch die Gutachterkosten (die letztlich der Schadensminderung dienen) erstattungsfähig seien. Allerdings stehe die Schadenskausalität in Gänze nicht fest: Denn der Steuerschaden hätte nur dann vermieden werden können, wenn stattdessen das andere Grundstück übertragen worden wäre. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, also Übertragung des spekulationssteuerfreien Grundstücks, könne hier keine Anwendung finden, da auch der Ehemann mit dieser Lösung hätte einverstanden sein müssen. Zur Klärung dieser Frage hat der BGH zurückverwiesen. (ju)

ANWALTSVERPFLICHTEN BEI „SAMMELKLAGE“

Zur Schadenersatzhaftung des beauftragten Rechtsanwalts sowie eines Sozius der Kanzlei (insoweit verneint) wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten (Beratungsfehler) gegenüber dem mandatierenden Gesellschafter zweier geschlossener, als Publikums-GbR mit unmittelbarer, nicht treuhänderisch vermittelter, Beteiligung der Gesellschafter ausgestalteter notleidend gewordener Immobilienfonds auf entstandene Prozesskosten (für in zwei Instanzen erfolglos gebliebene Klagen auf Freistellung von den Bankverbindlichkeiten und Übernahme der Fondsbeteiligung gegen die Fondsgesellschaften).

OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2019 – I-3 U 15/18

Beim Kläger handelt es sich um einen ehemaligen Gesellschafter zweier geschlossener Immobilienfonds, die jeweils als Publikums-GbR mit unmittelbarer Beteiligung der Gesellschafter ausgestaltet waren. Wegen einer zunächst erwarteten, dann aber ausgebliebenen staatlichen Förderung wurden die Fonds notleidend, so dass die Anleger-Gesellschafter gebeten wurden, sich freiwillig an der Sanierung zu beteiligen. Gleichzeitig wurde nach Wegen gesucht, um die Enthftung der Gesellschafter zu bewirken. Das geschah in sogenannten „Brainstorming-Runden“, an denen sich ein Stab von durch das Emissionshaus beauftragten Anwälten beteiligte. In verschiedenen Stellungnahmen wurde ein klageweises Vorgehen der Gesellschafter vorgeschlagen, wobei die einzelnen Anleger auf verschiedene Anwälte

¹ Besonders streng sah der BGH (WM 1998, 2246) dies in einem Restitutionsfall; im Fall BGH, WM 2018, 1988 musste die sozialrechtlich mandatierte Anwältin hingegen Spezialvorschriften aus dem Arbeitsrecht nicht kennen.

„verteilt“ werden sollten, die sich an diesen Runden beteiligten. Dabei ging es in einer ersten Phase um negative Feststellungsklagen und Zwangsvollstreckungsgegenklagen gegen finanzierende Banken. Diese hatten nur teilweise Erfolg.

In einer zweiten Phase folgten Schadenersatzklagen gegen die Fondsgesellschaften auf Freistellung von Bankverbindlichkeiten und Übernahme der Fondsbeteiligungen. Der Kläger wurde in beiden Phasen aufgrund der „Verteilung“ durch den Bekl. zu 1. anwaltlich vertreten. Dieser verlangte nun die ihm in den Prozessen entstandenen Kosten und Gebühren i.H.v. knapp 70.000 Euro als Schadenersatz und konnte damit zumindest gegen den Bekl. zu 1. durchdringen. Schon die Durchführung der negativen Feststellungsklage war nach Ansicht des Senats hoch riskant, was ausführlich begründet wird. Die Schadenersatzklagen schließlich seien von vornherein aussichtslos gewesen. Hierüber sei der Kläger nicht ausreichend aufgeklärt worden.

Die Ergebnisse der „Brainstorming-Runden“ und der bei dieser Gelegenheit festgehaltenen Überlegungen konnten den Beklagten nicht entlasten. Auch wenn ein Mandant durch Vermittlung eines Dritten an den Anwalt herantrete, um sich an schon vorbereiteten „Sammelklagen“ zu beteiligen, sei er zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet, soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gebe, dass er des anwaltlichen Rats nur in eine bestimmte Richtung hin bedarf. Vielmehr müsse der Mandant individuell in die Lage versetzt werden, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

Den Einwand, dass der Kläger auf Basis des ihm bekannten Konzepts auf die Individualität der Beratung verzichtet habe, um v.a. kostenmäßige Vorteile zu nutzen, lässt der Senat nicht gelten. Vielmehr müsse ein Anwalt auch in dieser Situation die Risiken nicht nur benennen, sondern auch das ungefähre Ausmaß abschätzen, was hier nicht ausreichend geschehen sei. Man könne auch nicht davon ausgehen, dass der Kläger bei vollständiger Beratung über die Risiken dennoch bereit gewesen wäre, „schlechtem Geld noch gutes folgen zu lassen“. Insbesondere wäre es nach Ansicht des Senats auch nicht unvernünftig gewesen, abzuwarten, bis die Banken selbst gegen die Gesellschafter vorgegangen wären, um sich dann zu verteidigen, statt sofort aktiv die Klärung der Rechtslage zu suchen.

Es handelt sich hier sicher nicht um einen „typischen Anlegerschutzfall“. Die Ausführungen zielen aber offenbar auch auf ähnliche Fälle gleichförmiger Vertretung vieler Mandanten.

Die Klage gegen den Bekl. zu 2. wurde abgewiesen, weil der Bekl. zu 1. zunächst als Einzelanwalt agierte und als solcher das Mandat angenommen hatte. Nach dem Zusammenschluss der beiden Beklagten sei aber der Bekl. zu 2. auch nicht stillschweigend in die Mandatsbeziehung einbezogen worden. Ein Fall des § 130 HGB scheide aus, weil der Bekl. zu 2. nicht in

eine bestehende Gesellschaft eingetreten sei, so dass es auch keine gesellschaftsrechtlichen Altschulden gegeben habe. Auch seien die Grundsätze des § 28 I 1 i.V.m. § 128 S. 1 HGB nicht analog auf die Anwalts-gesellschaften übertragbar.²

Interessant ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Senat als entscheidend für die Beurteilung der Haftung den Zeitpunkt der Begründung des Mandatsverhältnisses, nicht den Zeitpunkt der Pflichtverletzung hält, ohne dass dies näher begründet wird. Geht man davon aus, dass der Bekl. zu 2. bei Begründung des Mandats nicht Vertragspartner wurde und später auch nie in das Mandatsverhältnis „einrückte“, kann er auch nicht für Pflichtverletzungen haften, die während des Mandatsverhältnisses nach Begründung der Sozietät unterlaufen. Das ist konsequent und so ist der Senat wohl auch zu verstehen. So gesehen hat das OLG damit nichts zum umgekehrten Fall gesagt, in dem ein Mandat mit der Sozietät begründet wird und es dann noch vor Pflichtverletzung zum Ausscheiden eines Sozius kommt. Ob dieser dann auf Basis der analogen Anwendung des § 160 HGB haften würde, ob es also auf den Zeitpunkt der Mandatsannahme oder den Zeitpunkt der Pflichtverletzung für die Begründung der Schadenersatzansprüche ankommt, ist nämlich noch nicht höchst-richterlich geklärt. (bc)

HAFTUNG DES ANWALTS FÜR RICHTSKOSTEN

Es widerspräche der Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege, wenn der Anwalt regelmäßig für die mit der Klageerhebung für einen geschäftsunfähigen Mandanten ausgelösten Gerichtskosten als eigene Schuld haften würde. Hat der Anwalt bei Auslösung der Kosten jedoch Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit, kann er im Verhältnis zum Mandanten zur Tragung der Gerichtskosten im Wege des Schadenersatzes verpflichtet sein.

OLG München, Urt. v. 18.9.2019 – 15 U 127/19 Raa, NJW 2020, 159; MDR 2020, 62; Rpfleger 2020, 22

Der klagende Anwalt verlangt von seinem unter Betreuung stehenden Mandanten, für den ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB für Willenserklärungen, die den Aufgabenkreis der Vermögenssorge betreffen und einen Wert von 1.500 Euro übersteigen, angeordnet ist, die Zahlung seiner gesetzlichen Vergütung für die Erhebung einer Klage sowie die Freistellung von den dafür angefallenen und dem Kläger von der Gerichtskasse nach § 22 I GKG auferlegten Gerichtskosten. Die Klage blieb in zwei Instanzen erfolglos.

Wegen des vom Betreuungsgericht angeordneten Einwilligungsvorbehalts sei der geschlossene Anwaltsvertrag unwirksam (§§ 1903, 108 I, 182 BGB). Die Betreuerin des Beklagten habe die Genehmigung verweigert. Ob der Einwilligungsvorbehalt zu Recht ergangen sei, habe das Streitgericht nicht zu prüfen. Aufgrund der Unwirksamkeit des Anwaltsvertrages habe der Klä-

² BGH, MDR 2004, 570, bespr. von Jungk, BRAK-Mitt. 2004, 73.

ger keinen Vergütungsanspruch. Nachdem der unter Betreuung stehende Mandant die vom Kläger ausgearbeitete Klage wieder zurücknehmen ließ, sei er auch nicht (mehr) bereichert (§ 818 III BGB). Dem Kläger stehe auch kein Schadensersatzanspruch zu, da der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, ihn auf den Einwilligungsvorbehalt hinzuweisen.

Hinsichtlich eines Freistellungsanspruchs bezüglich der Gerichtskosten vertrat das OLG, anders als das Gericht des Vorprozesses, die Auffassung, dass die Klageerhebung dem Mandanten nach § 22 I 1 GKG trotz Nichtigkeit der Prozessvollmacht in einem natürlichen Sinn als „Veranlasser“ zugerechnet werden könne. Dem Anwalt sei nicht das allgemeine Risiko aufzuerlegen, für eine unerkannt geschäftsunfähige Partei zu handeln.

Vorliegend stehe aber dem Mandanten gegen den Anwalt bezüglich der Gerichtskosten ein Schadensersatzanspruch zu, da der Anwalt vor Klageerhebung habe erkennen können, dass die Klageerhebung nicht dem Willen des Mandanten entsprochen habe. Aufgrund der Mitteilung des Mandanten vor Klageerhebung, dass er unter Betreuung stehe, hätte der Anwalt im Hinblick auf § 53 ZPO Kontakt zu der Betreuerin aufnehmen müssen, wodurch der Einwilligungsvorbehalt und der entgegenstehende Wille der Betreuerin aufgedeckt worden wären. Aus diesem Grund könne der Anwalt vom Mandanten keine Freistellung von den Gerichtskosten verlangen. (hg)

FRISTEN

KEINE PFLICHT ZUR beA-NUTZUNG ALS ERSATZ BEI FAX-STÖRUNG

1. Von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz durch Fax zu übermitteln, kann beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen nicht verlangt werden, dass er innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart sicherstellt.

2. Dem Anwalt kann nicht vorgehalten werden, dass er anstelle der Übermittlung per Fax eine andere Zugangsart, nämlich die Übermittlung im elektronischen Rechtsverkehr hätte wählen müssen. Derzeit ist es Rechtsanwälten nicht zumutbar, im Falle einer Störung der Faxübermittlung eine Übermittlung per beA vorzunehmen.

LG Mannheim, Beschl. v. 17.1.2020 – 1 S 71/19

Im letzten Heft hatten wir an dieser Stelle auf zwei Entscheidungen hingewiesen, mit denen nach Fristversäumnissen wegen Problemen beim Faxen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (u.a.) mit der Begründung versagt worden war, dass Anwälte in diesen Fällen ver-

pflichtet seien, ersatzweise auf eine Versendung per beA „umzusteigen“.³ Der Autor hat diese Anforderung abgelehnt.⁴

Diese ablehnende Auffassung teilt nun auch das LG Mannheim. Es verweist ebenfalls auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, nach der „von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz ... durch Fax zu übermitteln, ... beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen nicht verlangt werden [kann], dass er – unter Aufbietung aller nur denkbaren Anstrengungen – innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte Zugangsart sicherstellt“.⁵

Das LG Mannheim verweist darauf, dass die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Fax in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig sei und dass der Nutzer mit der Wahl eines anerkannten Übermittlungsmediums, der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer das seinerseits Erforderliche zur Fristwahrung getan habe, wenn er so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss bis 24.00 Uhr zu rechnen ist.⁶

Derzeit seien Anwälte nach § 31a VI BRAO lediglich verpflichtet, die für die Nutzung des beA erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten sowie Zustellungen und den Zugang von Mitteilungen über das besondere elektronische Anwaltspostfach zur Kenntnis zu nehmen (einschließlich der Rücksendung elektronischer Empfangsbekanntnisse). Bis zum Eintritt der (allgemeinen) aktiven Nutzungspflicht ab dem 1.1.2022 aufgrund der ab dann geltenden Fassung des § 130d ZPO könne nicht pauschal angenommen werden, dass jeder Anwalt bereits in der Lage sei, elektronisch zu versenden. Habe sich ein Anwalt noch nicht mit dem elektronischen Versand in einem allgemeinen Zivilverfahren befasst, könne hieraus kein Verschuldensvorwurf abgeleitet werden.

Dem ist beizupflichten. Gleichwohl verbleiben angesichts der gegenteiligen Entscheidungen natürlich hohe Risiken, die jeder Anwalt tunlich beachten sollte. (hg)

RÜCKFRAGE BEIM MANDANTEN

Zu den Anforderungen an die anwaltliche Sorgfaltspflicht bei Zuleitung von Benachrichtigungen an seinen Mandanten im Asylprozess.

OVG Münster, Beschl. v. 5.12.2019 – 19 A 4945/18.A

³ OLG Dresden, Beschl. v. 29.7.2019 – 4 U 879/19, MDR 2019, 1469; LG Krefeld, Beschl. v. 10.9.2019 – 2 S 14/19, NJW 2019, 3658; ebenso OLG Dresden, Beschl. v. 18.11.2019 – 4 U 2188/19.

⁴ Grams, BRAK-Mitt. 2020, 29.

⁵ BGH, NJW 2015, 1027; ebenso BVerfG, NJW 1996, 2857; NJW 2000, 1636; BGH, NJW-RR 1997, 250; NJW-RR 2003, 861.

⁶ BVerfG, NJW 1996, 2857, 2858; BGH, NJW-RR 1997, 250.

Manche Fristversäumnisse haben für den Beteiligten besonders existenzielle Auswirkungen. Hier ging es um einen abgelehnten Asylantrag. Der Kläger hatte die Berufungsfrist des § 78 IV 1 AsylG versäumt. Der Anwalt hatte dem Mandanten das klageabweisende Urteil übersandt, aber mangels Reaktion und entsprechenden Auftrags zur Berufungseinlegung zunächst davon abgesehen, Rechtsmittel einzulegen. Erst anlässlich einer nach Ablauf der Berufungsfrist stattgefundenen Besprechung mit dem Mandanten stellte sich wohl heraus, dass die Weiterleitung des Anwaltsschreibens durch die Mitarbeiter des Sozialamts in der Unterkunft des Klägers unterblieben war.

Das OVG gewährte dennoch keine Wiedereinsetzung, da es ein dem Mandanten zuzurechnendes Verschulden des Anwalts sieht. Dieser hätte in jedem Fall beim Mandanten nachfragen müssen. „Gerade mit Rücksicht darauf, dass regelmäßig eine Reaktion des Mandanten auf Benachrichtigungen der hier vorliegenden Art durch seinen Rechtsanwalt zu erwarten ist, und auf die bei Ausländern nicht selten auftretenden Schwierigkeiten bei der Postzustellung darf der Anwalt es nicht bei einem einmaligen Benachrichtigungsversuch bewenden lassen; er ist vielmehr gehalten, bei dem Mandanten gegebenenfalls nochmals und nicht nur mit einfachem Brief Rückfrage zu halten oder sich auf sonstige Weise zu vergewissern, ob dieser eine Verfolgung oder Weiterverfolgung seiner Rechte wünscht.“

In dieser Allgemeinheit geht die Anforderung des OVG, allerdings auf der Linie des BVerwG,⁷ sehr weit. Der BGH⁸ sieht keine generelle Pflicht des Anwalts, bei fehlender Reaktion des Mandanten auf einen einfachen Brief nachzuhaken. Auch das BSG⁹ sieht nur in Ausnahmefällen bei Schweigen des Mandanten eine Pflicht zur Nachfrage. Im konkreten Fall lässt sich das Ergebnis nachvollziehen, denn da die Zustellung in einer Asylbewerberunterkunft einen erheblichen Unsicherheitsfaktor darstellt, konnten schon Zweifel daran aufkommen, ob der Mandant wirklich kein Rechtsmittel einlegen wollte, zumal er auch bereits nicht auf die Mitteilung der Ladung zur mündlichen Verhandlung reagiert hatte.

Man muss allerdings auch konstatieren, dass das OVG insoweit aus dem Elfenbeinturm heraus argumentiert. Denn wie es selbst einräumt: Es bestehen eben allgemein Schwierigkeiten in der Kommunikationsbeziehung zu einem Asylantragsteller, und es stellt sich die Frage, welche Bemühungen für den Anwalt in Bezug auf die Nachfragepflicht zumutbar sind. Das hat das Gericht im Rahmen der Verschuldensfrage nicht problematisiert. (ju)

⁷ BVerwG, Urt. v. 23.11.1982 – 9 C 167.82.

⁸ BGH, NJW 2006, 2779.

⁹ BSG, Urt. v. 29.1.2001 – B7 AL 8/00 R.

ANWÄLTICHE VERSICHERUNG IM WIEDEREINSETZUNGSVERFAHREN

1. Von der Richtigkeit einer anwaltlichen Versicherung ist grundsätzlich auszugehen. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 12.11.2014 – XII ZB 289/14, NJW 2015, 349 und BGH, Beschl. v. 8.5.2018 – VI ZB 5/17, NJW-RR 2018, 958).

2. Schenkt das Rechtsmittelgericht einer anwaltlichen Versicherung im Verfahren der Wiedereinsetzung keinen Glauben, muss es den die Wiedereinsetzung Begehrenden darauf hinweisen und ihm Gelegenheit geben, entsprechenden Zeugenbeweis anzutreten. Zudem ist dann die Prüfung veranlasst, ob nicht bereits in der Vorlage der anwaltlichen Versicherung zugleich ein Beweisangebot auf Vernehmung des Verfahrensbevollmächtigten als Zeugen zu den darin genannten Tatsachen liegt (im Anschluss an BGH, Beschl. v. 17.11.2015 – VI ZB 38/13, WM 2016, 895).

BGH, Beschl. v. 18.12.2019 – XII ZB 379/19

In einer Familiensache ging die Beschwerdeschrift rechtzeitig nur beim OLG, nicht beim zuständigen AG ein. Nachdem der Prozessbevollmächtigte durch das OLG darauf aufmerksam gemacht wurde, legte er Beschwerde beim AG ein und beantragte beim OLG gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Diesen Antrag begründete er damit, dass er bei Vorlage der Beschwerdefrist zur Unterzeichnung bemerkt hatte, dass der Schriftsatz an das falsche Gericht adressiert worden war, woraufhin er das Adressfeld durchstrich, das korrekte Gericht handschriftlich danebenscrieb und die Mitarbeiterin anwies, die erste Seite entsprechend neu auszudrucken und dann zusammen mit der zweiten Seite mit der Unterschrift ans Amtsgericht zu faxen. Versehentlich sei aber dann doch die ursprüngliche erste Seite an das OLG gefaxt worden.

Das OLG München setzte in seiner Wiedereinsetzungsentscheidung voraus, dass die Einzelanweisung grundsätzlich ausgereicht hätte, um den Grundsätzen ordnungsgemäßer Kanzleiorganisation zu genügen, wenn – wie vorgetragen – die Korrekturanweisung auf dem zu korrigierenden Schriftsatz vermerkt werde. Allerdings hätte dann die Korrektur auf dem dem OLG zugefaxten Exemplar erkennbar sein müssen, was aber nicht der Fall war. Außerdem sei nach Faxübermittlung durch die Mitarbeiterin zu prüfen, ob der Schriftsatz vollständig und an das richtige Gericht übermittelt worden sei. Eine solche Überprüfung und entsprechende Organisation sei nicht dargelegt worden.

Der XII. Zivilsenat des BGH hob den Beschluss auf und verwies die Sache zurück. Das OLG hätte den anwaltlich versicherten Vortrag, dass die handschriftliche Korrektur tatsächlich erfolgt sei, nicht einfach übergehen

dürfen. Von der Richtigkeit der anwaltlichen Versicherung sei grundsätzlich auszugehen, solange es nicht konkrete Anhaltspunkte gebe, die es ausschließen, dass der geschilderte Sachverhalt der Wahrheit entspreche. Schenke das Rechtsmittelgericht einer anwaltlichen Versicherung nach dieser Maxime und freier Würdigung keinen Glauben, so müsse es aber dem Betroffenen in jedem Fall Gelegenheit geben, Zeugenbeweis anzutreten. Auch könne schon in der anwaltlichen Versicherung selbst zugleich ein Beweisangebot zu den darin genannten Tatsachen liegen. Prüfe dies das Rechtsmittelgericht nicht ausreichend, könne darin eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung liegen. Die Vorgehensweise des OLG sei dem hier nach Ansicht des BGH nicht gerecht geworden. Selbst wenn aus Sicht des OLG der anwaltliche Vortrag der eidesstattlichen Versicherung der Mitarbeiterin widersprach, sei damit die Annahme, der Vortrag des Prozessbevollmächtigten sei nicht zutreffend, nicht gerechtfertigt. Wie sich aus der Rechtsbeschwerde ergebe, wäre nach entsprechendem Hinweis klargestellt worden, dass versehentlich nicht das Original mit der handschriftlichen Korrektur, sondern die in der EDV gespeicherte erste Fassung gefaxt wurde.

Auch der Hinweis auf weitere Organisationsfehler trage die Entscheidung nicht. Die der Versendung nachgelagerte Kontrolle des Faxberichts müsse sich allein darauf beziehen, ob das Fax an das als Adressat benannte Gericht übermittelt wurde. Die Kanzleimitarbeiterin habe demgegenüber nicht zu überprüfen, ob das im Schreiben genannte Gericht auch das zuständige Gericht sei.

Dem BGH ist in allen Punkten zuzustimmen. Die Rechtsmittelgerichte sollten jedenfalls keine leichtfertigen Schlüsse aus dem Wiedereinsetzungsantrag ziehen, während Anwälte ihren Wiedereinsetzungsantrag so präzise und konsistent wie nur möglich begründen sollten, um derlei falschen Schlüssen von vornherein vorzubeugen. (bc)

ANWALT TRÄGT RISIKO FÜR FAX-ÜBERTRAGUNG

1. Hat ein Rechtsanwalt aufgrund entsprechender Erfahrungen und Hinweise Anlass, an einer störungsfreien Datenübertragung und damit an der Eignung einer Telefax-Übermittlung für die Übersendung eines fristwahrenden Schriftsatzes zu zweifeln, darf er sich, wenn er sich gleichwohl für eine Übermittlung per Telefax entscheidet, nicht ohne jede Rückversicherung darauf verlassen, die Datenübertragung werde störungsfrei funktionieren. Dies gilt auch dann, wenn der Sendebericht keine Fehlermeldung enthält.

2. Das Gericht ist im Rahmen seiner Fürsorgepflicht nicht dazu verpflichtet, umgehend zu prüfen, ob ein am letzten Tag einer Frist eingegangener Schriftsatz formelle Mängel aufweist, um erforderlichenfalls sofort durch entsprechende Hinweise auf deren Behebung hinzuwirken.

Hamburgisches Obergericht, Beschl. v. 13.1.2020 – 1 Bf 193/19.AZ

Am Tag des Fristablaufs faxte der Anwalt einen elfseitigen Antrag auf Zulassung einer Berufung (§ 124a IV VwGO) an das VG. Vom Sendegerät wurde ein Protokoll über elf Seiten mit dem Vermerk „OK“ ausgedruckt. Vom Empfangsgerät des VG wurde die Seite 8 des Schriftsatzes zweimal ausgedruckt, davon einmal mit „gestauchtem“ Schriftbild, auch die Seite 9 war zweimal vorhanden, davon einmal mit einem breiten schwarzen Balken in der unteren Hälfte, die Seiten 10 und 11 (auf letzterer hätte sich die Unterschrift des Anwalts befunden) waren bei dem Ausdruck nicht vorhanden. Das OVG wies einen Antrag auf Wiedereinsetzung zurück und verwarf den Antrag auf Zulassung der Berufung (dagegen ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben, § 124a V 4 VwGO).

Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Eingangs komme es zwar nicht auf den Ausdruck an, sondern nur darauf, ob die gesendeten Signale noch vor Fristablauf vom Empfangsgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) wurden.¹⁰ Dies lasse sich vorliegend indes nicht feststellen. Viel spreche dafür, dass es sich bei der Störung um ein Kompatibilitätsproblem einzelner Faxgeräte verschiedener Hersteller nach der Umstellung der Übertragungstechnik auf eine internetbasierte Datenübertragung (Voice bzw. Fax over IP) handle, die auch das VG und das OVG nutzen, worauf auch die RAK Hamburg ihre Mitglieder hingewiesen habe. Träfe dies zu, wären die versendeten Daten wohl nicht vollständig auf dem von dem Gericht genutzten Fax-Server eingegangen. Der OK-Vermerk auf dem Sendebericht begründe keinen Beweis für den tatsächlichen Zugang; er belege nur das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die erfolgreiche Übermittlung der Signale.¹¹

Im vorliegenden Fall habe der OK-Vermerk auch kein schützenswertes Vertrauen des Anwalts in eine vollständige, fehlerfreie Übertragung des Faxes begründet, da dieser Anhaltspunkte dafür gehabt habe, an einer störungsfreien Datenübertragung und damit an der Eignung einer Telefax-Übermittlung für die Übersendung eines fristwahrenden Schriftsatzes zu zweifeln. Der Anwalt habe zuvor bereits in mehreren Fällen die Erfahrung gemacht, dass Faxsendungen an das VG nicht ordnungsgemäß übertragen wurden, obwohl er einen OK-Vermerk erhalten habe. Auch in diesen früheren Fällen habe er Wiedereinsetzung beantragt und sei vom OVG über die von diesem angelegten rechtlichen Maßstäbe informiert worden. Bei dieser Sachlage sei es sorgfaltswidrig, trotz der gemachten Erfahrungen erneut ein Telefax mit knapper Frist zu senden, ohne sich abzusichern, dass das Problem nicht erneut aufgetreten sei.

Diese Entscheidung überspannt die Anforderungen an Anwälte. Es kann nicht verlangt werden, dass Anwälte doppelte und dreifache Sicherungsvorkehrungen treffen

¹⁰ Z.B. BGH, NJW-RR 2016, 816.

¹¹ BGH, NJW-RR 2016, 816.

und aktiv nachfragen müssen, ob ein fristwahrendes Fax, für das ein OK-Vermerk vorliegt, wirklich fehlerfrei angekommen ist. Überdies ist die Anforderung einer Nachfrage bei Gericht lebensfremd, da die Bürozeiten der Einlaufstellen der Gerichte mit denen von Anwaltskanzleien nur sehr bedingt deckungsgleich sind. Insbesondere (wie hier am 12.4.2019) freitags sind die Möglichkeiten zur Nachfrage jedenfalls nachmittags faktisch nicht mehr gegeben. Denkt man die Argumentation des OVG weiter, dürften sich Anwälte überhaupt nicht mehr auf die Zuverlässigkeit von Fax-Sendungen verlassen – entgegen jahrelanger ständiger Rechtsprechung. Dies ist abzulehnen. (hg)

INZAHLUNG EINES RICHTSKOSTENVORSCHUSSES

Einer Partei ist in der Regel eine Erledigungsfrist von einer Woche zur Einzahlung des angeforderten Gerichtskostenvorschusses zuzugestehen (Anschluss an BGH, Urt. v. 29.9.2017 – V ZR 103/16, NJW-RR 2018, 461 Rn. 9 und Urt. v. 20.4.2018 – V ZR 202/16, NJW-RR 2018, 970 Rn. 36).

BGH, Urt. v. 10.12.2019 – II ZR 281/18, WM 2020, 276

Im zugrunde liegenden Fall musste für die Klage eine gesellschaftsvertraglich geregelte Klagefrist von sechs Wochen eingehalten werden. Die Klage wurde innerhalb dieser Frist eingereicht, wobei die Geschäftsstelle zunächst Gerichtskosten auf Basis der klägerischen Streitwertangabe von 100.000 Euro anforderte. Diese bezahlte der Kläger binnen einer Woche. Etwas später setzte das Gericht einen wesentlich höheren Streitwert (500.000 Euro) fest, so dass es mit Datum des 14.3.2017 zu einer zweiten Gerichtskostenanforderung kam. Diese Kosten wurden erst am 17.4.2017 eingezahlt.

Auch das hielt der BGH hier noch für rechtzeitig im Sinne einer „demnächstigen“ Zustellung. Bei der Berechnung sei grundsätzlich zu prüfen, ob der Kläger nach der Gesamtsituation alles Zumutbare getan habe, um

eine alsbaldige Zustellung seiner Klage zu bewirken. Durch nachlässiges Verhalten dürfe sich die Zustellung allenfalls geringfügig verzögern. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung bedeutet geringfügig einen Zeitraum von nicht mehr als zwei Wochen. Nicht einzurechnen ist der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung. Das ist nicht immer nur die Zeit, in der das Gericht tätig werden muss. Zunächst darf der Kläger die Gerichtskostenrechnung abwarten. Sodann gesteht der BGH dem Klägervertreter einen Zeitraum von drei Werktagen zu, innerhalb derer dieser die Kostenrechnung prüfen und an den Mandanten weiterleiten kann. Das sei noch keine Verzögerung, sondern zähle zum normalen Ablauf. Sodann habe der Kläger eine gewisse Zeit, innerhalb derer er den Kostenvorschuss bereitstellen und einzahlen muss. Insbesondere an Wochenend- und Feiertagen könne nicht verlangt werden, dass er für die Zahlung Sorge trägt.

Das alles war auch der bisherigen BGH-Rechtsprechung so zu entnehmen. Neu ist nun, dass der II. Zivilsenat seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahr 2016¹² aufgibt und die dort genannte Frist von höchstens drei Werktagen nunmehr verlängert und „in der Regel“ eine Frist von einer Woche für die Einzahlung zugesteht. Erst wenn die dem Kläger zuzurechnende Verzögerung über diesen normalen Ablauf hinaus weitere zwei Wochen beträgt, kann nicht mehr von „demnächstiger Zustellung“ gesprochen werden. Eine die Verkürzung der Frist rechtfertigende Ausnahme sei hier schon deshalb nicht angezeigt, weil der Kläger nicht ohne weiteres mit einer Nachforderung aufgrund der Streitwerterhöhung rechnen konnte.

Natürlich sollte auf die möglichst schnelle Einzahlung immer geachtet werden. Wenn aber Verzögerungen unterlaufen sollten, ist unter Anwendung dieser neuen Rechtsprechung sorgfältig vorzutragen, da die Instanzgerichte nicht immer so genau rechnen. (bc)

¹² Urt. v. 26.10.2016 – II ZR 230/15.

AUS DER ARBEIT DER BRAK

DIE BRAK IN BERLIN

RECHTSANWÄLTIN DR. TANJA NITSCHKE, MAG. RER. PUBL., BRAK, BERLIN

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Tätigkeit der BRAK auf nationaler Ebene von Januar bis Februar und teilweise März 2020.

CORONA-PANDEMIE: BRAK SETZT SICH FÜR DIE ANWALTSCHAFT EIN

Angesichts der notwendigen, aber drastischen Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Ansteckung

mit dem Corona-Virus appelliert BRAK-Präsident Dr. Ulrich Wessels nachdrücklich an Bund und Länder, die Anwaltschaft bei den geplanten Maßnahmen zur Liquiditätssicherung zu berücksichtigen.¹ Viele Kolleginnen und Kollegen, gerade in kleinen Kanzleien, sehen sich derzeit in ihrer Existenz bedroht. Wessels appelliert au-

¹ BRAK-Presseerklärung Nr. 4 v. 19.3.2020.

ßerdem an die Gerichte, der Anwaltschaft im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten – insb. durch Fristverlängerungen und Terminverlegungen – entgegenzukommen.² Den Gesetzgeber lobt Wessels für sein zielstrebiges und konzentriertes Handeln. Er mahnt aber dringend, dass Eingriffsmaßnahmen aus Anlass der Pandemie verhältnismäßig und mit einem klaren Enddatum versehen sein müssen; der Rechtsstaat müsse auch nach Corona noch rechtsstaatlich sein.³

Auf ihrer Website⁴ hat die BRAK umfassende Informationen rund um die Corona-Pandemie zusammengetragen und aktualisiert diese laufend. Insbesondere finden sich berufs-, steuer- und arbeitsrechtliche Hinweise für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Informationen zur Situation in der Justiz und zur Rechtslage in den einzelnen Bundesländern.

BRAK-AUSSCHÜSSE NEU BERUFEN

Insgesamt 32 Fachausschüsse und Gremien – von Abwickler/Vertreter bis Zivilprozessrecht – hat das im Oktober neu gewählte BRAK-Präsidium⁵ in seiner Sitzung am 15.1.2020 neu berufen. Diese und ihre Mitglieder sind auf der Website der BRAK aufgelistet.⁶

Aufgabe der Ausschüsse ist es insbesondere, für die BRAK auf Anfrage der an der Gesetzgebung beteiligten Organe Stellungnahmen zu Gesetzgebungsverfahren zu erarbeiten; dies ist nach § 177 II Nr. 5 BRAO gesetzliche Aufgabe der BRAK. Die Mitglieder der Ausschüsse beruft das BRAK-Präsidium auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammern jeweils für die Dauer von vier Jahren. Die Amtszeit begann zum 1.1.2020. Dies regelt die Satzung der BRAK.⁷

BRAK-MITTEILUNGEN: NEUE WEBSITE UND VERBESSERTE SUCHE

Zum Jahresbeginn haben die BRAK-Mitteilungen und das BRAK-Magazin eine neue Website erhalten: <https://www.brak-mitteilungen.de/>. Damit verbunden sind vor allem verbesserte Recherchemöglichkeiten in einer leistungsfähigeren Datenbank und mit einer anpassbaren Suchmaske. Zudem ist es nun möglich, auf einzelne Beiträge zu verlinken. Wie bisher finden sich auf der Website auch Archive der bisherigen Ausgaben von BRAK-Mitteilungen und BRAK-Magazin.

Informationen zur geplanten Umstellung der beiden Zeitschriften auf eine komplett digitale Erscheinungsweise finden sich im vorderen Teil dieser Ausgabe⁸ und in Kürze auch auf den Websites der BRAK und im BRAK-Newsletter „Nachrichten aus Berlin“.

² BRAK-Presseerklärung Nr. 3 v. 17.3.2020.

³ BRAK-Presseerklärung Nr. 5 v. 23.3.2020.

⁴ <https://www.brak.de/coronavirus>.

⁵ S. BRAK-Presseerklärung Nr. 15 v. 25.10.2019.

⁶ Abrufbar unter <https://www.brak.de/die-brak/organisation/ausschuesse-und-gremien-der-brak/>.

⁷ Abrufbar unter <https://www.brak.de/die-brak/organisation/satzung-der-bundesrechtsanwaltskammer/>.

⁸ Nitschke, BRAK-Mitt. 2020, 62 (in diesem Heft).

BEREITSCHAFT ZUR SCHLICHTUNG IN DER ANWALTSCHAFT AUCH 2019 WEITER GESTIEGEN

Die Bereitschaft der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die von einem Schlichtungsverfahren betroffen sind, an dem freiwilligen Verfahren teilzunehmen, ist im Jahr 2019 weiter gestiegen auf rund 92 %. Diese sowie weitere statistische Angaben zu Antragseingängen, Verfahrensgegenständen, Schlichtungsvorschlägen, durchschnittlicher Verfahrensdauer wurden Ende Januar im Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle für das Jahr 2019 publiziert.⁹ Der Tätigkeitsbericht enthält darüber hinaus Schilderungen typischer Fallkonstellationen sowie Empfehlungen zur Vermeidung derartiger Streitigkeiten. Er ist über die Website der Schlichtungsstelle¹⁰ abrufbar. Hintergründe erläutert der Schlichter, Prof. Dr. Reinhard Gaier, im Interview im aktuellen BRAK-Magazin.¹¹

DATENSCHUTZ-HINWEISE ZU WINDOWS 7 IN KANZLEIEN

Seit Mitte Januar stellt Microsoft keine Sicherheitsupdates mehr für sein Betriebssystem Windows 7 zur Verfügung. Das stellt auch für Rechtsanwaltskanzleien, die dieses Betriebssystem nutzen, ein Sicherheitsrisiko dar; zudem werden sie damit die Anforderungen, die Art. 32 DSGVO an die Sicherheit der Datenverarbeitung stellt, nicht länger erfüllen können. Die BRAK hat hierzu nun Hinweise publiziert. Diese – und zahlreiche weitere Informationsmaterialien zum Datenschutz für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte – sind über die BRAK-Website abrufbar.¹²

BRAK FORDERT FAIRES VERFAHREN FÜR ANGEKLAGTE TÜRKISCHE KOLLEGINNEN UND KOLLEGEN

In dem Strafverfahren gegen vier türkische Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, in dem für den 19.2.2020 die Urteilsverkündung angesetzt war, hat sich die BRAK hinter die Kolleginnen und Kollegen gestellt.¹³ Den insgesamt elf Angeklagten wird Mitgliedschaft in einer Terrororganisation bzw. Terrorunterstützung vorgeworfen; ihnen drohen bei Verurteilung bis zu 15 Jahre Haft, den Anwältinnen und Anwälten unter ihnen zudem der Verlust ihrer Zulassung. Angeklagt ist u.a. der Rechtsanwalt und Amnesty International-Ehrenvorsitzende Taner Kılıç. Das Verfahren läuft bereits seit dem Jahr 2017.

Die BRAK fordert ein faires und rechtsstaatliches Verfahren für die angeklagten Kolleginnen und Kollegen. Sie beobachtet die Verfahren in der Türkei seit mehreren Jahren und hatte sich bereits Anfang 2017 in einem offenen Brief an den türkischen Justizminister Bekir Bozdağ gewandt.¹⁴

Presseberichten zufolge wurde am 19.2.2020 kein Urteil verkündet. Das Verfahren wurde vielmehr vertagt,

⁹ S. Pressemitteilung der Schlichtungsstelle v. 31.1.2020.

¹⁰ <https://www.schlichtungsstelle-der-rechtsanwaltschaft.de/taetigkeitsberichte>.

¹¹ BRAK-Magazin 2/2020, 14 f. (in diesem Heft).

¹² <https://www.brak.de/fuer-anwaelte/datenschutz/>.

¹³ BRAK-Presseerklärung Nr. 1/2020 v. 18.2.2020.

¹⁴ BRAK-Presseerklärung Nr. 1/2017 v. 18.1.2017.

der nächste Verhandlungstag soll Anfang April (nach Redaktionsschluss dieser Ausgabe) stattfinden.

BEFREIUNG VON DER RENTENVERSICHERUNGSPFLICHT: KRITIK AN GEPLANTEN VERFAHRENSÄNDERUNGEN

Unscheinbar im aktuellen Regierungsentwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze¹⁵ enthalten ist eine Änderung von § 6 II SGB VI, die das Verfahren der Befreiung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht betrifft. Die Änderung würde die Belange der Rechtsanwaltskammern berühren, weil diese eine Reihe zusätzlicher Bestätigungen auszustellen und an den Rentenversicherungsträger vorzulegen hätten; dies bedeutete überflüssigen zusätzlichen Verwaltungsaufwand für die Kammern und die Versorgungswerke.

Dagegen hat sich die BRAK in ihrer Stellungnahme¹⁶ gewandt. Der Bundesrat hat die von der BRAK geäußerten Bedenken in seiner Sitzung am 14.2.2020 im Sinne der Rechtsanwaltskammern aufgegriffen und eine alternative Formulierung vorgeschlagen.¹⁷

10. GWB-NOVELLE: BRAK NIMMT KRITISCH STELLUNG

Zu dem Ende Januar vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgelegten Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) hat die BRAK kritisch Stellung genommen.¹⁸ Ziel des Gesetzes ist es, die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht zu modernisieren und die Richtlinie (EU) 2019/1 umzusetzen; zudem sollen die Missbrauchskontrolle und die formale Fusionsaufsicht modernisiert werden. Änderungen enthält der Entwurf u.a. im Hinblick auf Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen für Kartellrechtsverstöße, Vorschriften zum gerichtlichen Bußgeldverfahren, Regelungen zum Kronzeugenprogramm für Kartellrechtsverstöße und Amtshilfe für andere Kartellbehörden. Weitere Änderungen sollen das Verwaltungsverfahren vereinfachen und den Kartellschadensersatz wirksamer gestalten.

Die BRAK begrüßt gesetzliche Klarstellungen u.a. bei den Regelungen zur Missbrauchsaufsicht. Die geplante

Einführung eines neuen § 19a GWB, mit dem eine spezielle Regelung für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb geschaffen werden soll, hält sie jedoch für problematisch, weil sie zahlreiche auslegungsbedürftige Begriffe enthalte und daher für Rechtsunsicherheit Sorge. Auch eine geplante Erweiterung in § 20 GWB hält die BRAK aus gleichem Grund für problematisch. Kritisch setzt die BRAK sich u.a. auch mit den geplanten neuen Bußgeldtatbeständen und der Abschaffung der absoluten Verjährung auseinander; zudem regt sie an, ein vereinheitlichtes Kronzeugenrecht für horizontale und vertikale Verstöße gegen das Kartellverbot zu schaffen. Bereits im März 2019 hatte die BRAK sich mit einem Positionspapier zur Novellierung des GWB geäußert,¹⁹ in dem sie Anregungen für Regelungen formuliert hat.

ELEKTRONISCHE AKTE – EINFÜHRUNG AN OBERSTEN BUNDESGERICHTEN

Die Einführung der elektronischen Akte soll nun – nachdem sie für den Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahrens bereits im vergangenen Jahr gesetzgeberisch vorbereitet wurde²⁰ – auch bei den obersten Gerichten des Bundes in der Zivilgerichtsbarkeit und in den Fachgerichtsbarkeiten ausgerollt werden. Dazu hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Referentenentwurf für eine Verordnung über die elektronische Aktenführung bei den obersten Gerichten des Bundes nach § 298a ZPO, § 14 FamFG, § 46e ArbGG, § 65b SGG, § 55b VwGO und § 52b FGO vorgelegt. Der Entwurf enthält u.a. Regelungen zur Führung der Akten, zu Struktur und Format der Akten sowie zur Ausgestaltung der elektronischen Akteneinsicht.

Die BRAK begrüßt in ihrer Stellungnahme zu dem Verordnungsentwurf²¹ ausdrücklich, dass damit für die obersten Bundesgerichte die Möglichkeit geschaffen wird, die elektronische Akte bereits vor dem gesetzlich bestimmten Stichtag am 1.1.2026 schrittweise einzuführen und zu erproben. So könne sichergestellt werden, dass das gesetzliche Ziel einer flächendeckenden elektronischen Aktenführung fristgerecht erreicht wird. Darin sieht die BRAK einen bedeutenden Schritt in Richtung eines medienbruchfreien elektronischen Rechtsverkehrs. Zu den einzelnen Regelungsvorschlägen äußert die BRAK sich differenziert und unterbreitet Änderungsvorschläge.

¹⁵ BR-Drs. 2/2020, 24.

¹⁶ BRAK-Stellungnahme Nr. 4/2020.

¹⁷ BR-Drs. 2/2020 (Beschluss).

¹⁸ BRAK-Stellungnahme Nr. 3/2020.

¹⁹ BRAK-Stellungnahme Nr. 8/2019.

²⁰ S. dazu ausf. Nachrichten aus Berlin 18/2019 v. 11.9.2019 und 14/2019 v. 18.7.2019 sowie BRAK-Stellungnahme Nr. 17/2019.

²¹ BRAK-Stellungnahme Nr. 5/2020.

DIE BRAK IN BRÜSSEL

RECHTSANWÄLTINNEN FRANZISKA LÄSSLE, MÂTRISE EN DROIT, UND ASTRID GAMISCH, LL.M., UND RAFAEL WEISKE, BRAK, BRÜSSEL

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Tätigkeit der BRAK auf europäischer Ebene im Januar und Februar 2020.

WEISSBUCH KÜNSTLICHE INTELLIGENZ

Am 19.2.2020 hat die Europäische Kommission das Weißbuch „Künstliche Intelligenz“¹ vorgestellt. In diesem wird der Wille betont, dass die Europäische Union einen europäischen Rechtsrahmen zur Nutzung von KI-Technologie schaffen möchte.

In ihrem Weißbuch betont die Kommission, dass die EU künftig eine verstärkte Führungsrolle in der Entwicklung im Bereich Künstliche Intelligenz einnehmen möchte, aber auch, dass KI-Systeme in bestimmten Zusammenhängen komplex sind und erhebliche Risiken bergen können. Aus diesem Grund schlägt sie in der rechtlichen Behandlung ein Abstufungssystem vor zwischen KI-Technologie mit hohem Risiko, deren Entwicklung und Anwendung reguliert werden sollte, und weniger risikobehafteten Systemen, die einer freiwilligen Kontrolle unterliegen sollen. Bei Systemen mit hohem Risiko will die Kommission durch klare Vorschriften sichergestellt wissen, dass die Achtung der Grundrechte und insbesondere die Nichtdiskriminierung und der Zugang zum Recht gewährleistet bleiben, dass sie transparent sind und dass am Ende immer der Mensch die letzte Entscheidung hat. Darüber hinaus wird angesprochen, unter welchen Umständen die Nutzung von biometrischer Fernidentifizierung gestattet sei.

In der am selben Tag veröffentlichten Mitteilung hinsichtlich des Berichts über die Haftung im Bereich Künstliche Intelligenz² stellte die Europäische Kommission fest, dass die Technologie der Künstlichen Intelligenz einige Aspekte des derzeit geltenden Haftungsrahmens infrage stellt. Das Konsultationsverfahren läuft bis Ende Mai 2020.

EUROPÄISCHE DATENSTRATEGIE

Die EU soll Vorreiterin in der Datenwirtschaft werden. Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission am 19.2.2020 eine Mitteilung über eine Europäische Datenstrategie³ veröffentlicht.

Das Ziel ist es, einen Europäischen Datenraum zu schaffen, in dem ein Binnenmarkt für Daten entsteht. Dabei sollen zum Nutzen von Unternehmen, Forschern und öffentlichen Verwaltungen ungenutzte Daten freigegeben werden und praktische, faire und klare Regeln für den

Datenzugang und die Datennutzung geschaffen werden. Auch sollen Anreize zur gemeinsamen Nutzung von Daten geschaffen werden. Hierzu wird die EU-Kommission zunächst vorschlagen, den richtigen Rechtsrahmen für die Daten-Governance, den Zugang zu Daten und deren Weiterverwendung zwischen Unternehmen und Behörden sowie innerhalb der Verwaltungen zu schaffen. Für strategische Sektoren und Bereiche von öffentlichem Interesse sollen auch gemeinsame europäische Datenräume für die öffentliche Verwaltung geschaffen werden, die Anwendungen für IT-gestütztes Regierungshandeln („Gov-Tech“), IT-gestützte Regulierung („Reg-Tech“) und IT-gestützte Rechtspflege („Legal-Tech“) zur Unterstützung der entsprechenden Nutzer sowie anderer Dienste ermöglichen. Eine Beteiligung am Konsultationsverfahren ist bis Ende 31.5.2020 möglich.

BRAK BEZIEHT STELLUNG ZU GEPLANTEN MASSNAHMEN DER RECHTSSTAATLICHKEIT

Die Europäische Kommission kündigt an, sich künftig vermehrt dem Thema Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union anzunehmen. Angekündigt hat sie dies im Arbeitsprogramm für 2020,⁴ aber auch in der Mitteilung „Die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union – Ein Konzept für das weitere Vorgehen.“⁵ Zu diesem Bericht hat sich die BRAK am 19.2.2020 im Rahmen einer Stellungnahme⁶ geäußert, in der sie die EU-Maßnahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit begrüßt, jedoch auch bemängelt, dass die Mitteilung bisher die Rolle und Funktion der Anwaltschaft im Rechtsstaat nicht berücksichtigt. Anwältinnen und Anwälte sichern durch ihre Arbeit den Zugang zum Recht ab, gewährleisten die effektive Anwendung des Unionsrechts und sind daher wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaats. Diese Rolle können sie jedoch nur erfüllen, wenn sie ihren berufsrechtlichen Pflichten nachkommen können und ihre Unabhängigkeit gewahrt ist. Die BRAK fordert daher in ihrer Stellungnahme, dass diese Punkte in künftigen Mitteilungen der Europäischen Kommission berücksichtigt werden.

KONSULTATION ZUM HAAGER ANERKENNUNGS- UND VOLLSTRECKUNGSÜBEREINKOMMEN

Die Europäische Kommission hat im Februar 2020 eine öffentliche Konsultation zur Unterzeichnung und Ratifizierung des Haager Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivil- und Handelssachen veröffentlicht. Das Abkommen

¹ COM/2020/65 final.

² COM/2020/64 final.

³ COM/2020/66 final.

⁴ COM(2020) 37 final.

⁵ COM(2019) 343 final.

⁶ BRAK-Stellungnahme Nr. 2/2020.

ist das Ergebnis des im Jahr 2016 gestarteten „Judgements Project“ der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Die an dem Projekt teilnehmenden Staaten hatten sich im Juli 2019 auf den nun vorliegenden Vertragstext geeinigt. Die Europäische Union hat an dem Projekt von Anfang an mitgewirkt und die Vertragsinhalte wesentlich beeinflusst.

Das Übereinkommen zielt darauf ab, den Zugang zu den Gerichten und die grenzüberschreitende Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen zu vereinfachen und effektiver zu gestalten. Art. 4 I des Übereinkommens sieht insofern vor, dass Urteile aus unterzeichnenden Staaten in anderen Vertragsstaaten automatisch anerkannt werden und auch vollstreckbar sind, sofern eine der Voraussetzungen des Art. 5 vorliegt. Art. 7 des Übereinkommens sieht Gründe vor, auf deren Basis ein Vertragsstaat die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen ablehnen kann. Schließlich ergibt sich aus Art. 8 des Abkommens, dass Entscheidungen, welche im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erwirkt wurden, von dem Anerkennungs- und Vollstreckungsmechanismus ausgenommen sind. Schließlich enthält es auch Regelungen hinsichtlich des Verfahrens und der Kosten hinsichtlich des Anerkennungs- und Vollstreckungsmechanismus (Art. 13 und 14).

FAHRPLAN ZUR GELDWÄSCHEBEKÄMPFUNG

Die Europäische Kommission führt derzeit bis zum 11.3.2020 eine Konsultation über ihren Fahrplan zur Geldwäschekämpfung durch. Hintergrund sind die im Geldwäschepaket der Kommission im Juli 2019 festgestellten Probleme in Umsetzung und Anwendung der bestehenden Gesetzgebung. Neben einer unzureichenden Aufsicht durch die zuständigen nationalen Stellen hat die Kommission die mangelhafte Funktionsfähigkeit der Zentralstellen für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIUs) und eine unzureichende Zusammenarbeit der zuständigen Behörden festgestellt. In Frage gestellt wird zudem der EU-Ansatz der Minimalharmonisierung durch Richtlinien anstelle einer Verordnung. Ferner könnte der Kommission zufolge die Einrichtung einer EU-Aufsichtsbehörde und eines Unterstützungs- und Koordinationsmechanismus für die FIUs Abhilfe schaffen. Auch der künftige Umgang mit neuen, risikobehafteten Technologien wie beispielsweise Kryptowährungen, soll in der geplanten Mitteilung erörtert werden. Mit der geplanten Mitteilung soll ein erster Ansatz für künftiges Tätigwerden definiert werden. Die Kommission beabsichtigt, Bereiche zu identifizieren, in denen auf EU-Ebene Handlungsbedarf besteht, und eine breite Debatte anzustoßen. Konkrete Initiativen sollen in der Folge genauer untersucht werden und Anfang 2021 folgen.

DIE BRAK INTERNATIONAL

RECHTSANWÄLTIN DR. VERONIKA HERRER, LL.M., RECHTSANWALT RIAD KHALIL HASSANAIN UND
RECHTSANWÄLTIN SWETLANA SCHAWORONKOWA, LL.M., BRAK, BERLIN

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Tätigkeit der BRAK im internationalen Bereich im Januar und Februar 2020.

EMPFANG EINER DELEGATION DER UNION DER TÜRKISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERN

Am 23.1.2020 begrüßte die BRAK eine Delegation der Union der türkischen Rechtsanwaltskammern (UTBA) zu Gesprächen betreffend den Schutz der Menschenrechte in Deutschland und der Türkei. Die Reise wurde vom Europarat organisiert. UTBA-Vizepräsident Ünsal Toker betreute die Delegation, bestehend aus Vertretern des UTBA-Vorstands sowie der regionalen türkischen Rechtsanwaltskammern. Die Delegierten wurden von Prof. Dr. Christian Kirchberg, Ausschuss Menschenrechte der BRAK, sowie den BRAK-Geschäftsführerinnen Kristina Trierweiler und Dr. Veronika Herrer empfangen. Im Fachgespräch wurden u.a. die Organisation der Anwaltschaft in Deutschland, die Rolle der BRAK und die Funktion der Anwaltschaft im Justizsystem vorgestellt. Diskutiert wurde zudem über die Implementierung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland und in der Türkei so-

wie die praktische Vorgehensweise bezüglich des Menschenrechtsschutzes in beiden Ländern.

VORBEREITUNGSTREFFEN ZUR ISRAELREISE DER ZEHN JÜNGSTEN KAMMERVORSTÄNDE

Im April 2020 ist turnusgemäß die Reise der zehn jüngsten Vorstandsmitglieder der Rechtsanwaltskammern nach Israel geplant; sie wurde zwischenzeitlich aufgrund der Corona-Pandemie auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Um die Teilnehmenden darauf thematisch vorzubereiten, fand bereits am 24.1.2020 ein ganztägiges Vorbereitungstreffen in Berlin statt. Gemeinsam wurde das Auswärtige Amt besucht, wo ein Gespräch mit dem Leiter des Nahost-Referats, Ulrich Ernst, zum aktuellen Stand der Deutsch-Israelischen Beziehungen geführt wurde. Ein weiteres Gespräch zum gleichen Thema gab es mit dem Leiter der Öffentlichkeitsarbeit der Israelischen Botschaft, Yaki Lopez. Am späten Nachmittag fand eine gemeinsame Veranstaltung der BRAK mit dem Deutsch-Israelischen Juristenverein e.V. statt. Dort stellten die Herausgeber von „Einführung ins Israelische Recht“ ihr Buch vor. Für die BRAK begleiteten ihr Vizepräsident André Haug

und die Referentin Swetlana Schaworonkowa das Programm.

NEUJAHRSEMPFANG DER TUNESISCHEN ANWALTSKAMMER

BRAK-Vizepräsident Dr. Christian Lemke und BRAK-Referent Riad Khalil Hassanain nahmen auf Einladung der Ordre National des Avocats de Tunisie (ONAT) am 31.1.2020 an deren Neujahrsempfang teil. Anwesend waren u.a. Kammerpräsidenten aus den Golfstaaten Bahrain, Oman und aus den Arabischen Emiraten. Dr. Lemke hielt eine vielbeachtete Rede über die intensive Zusammenarbeit zwischen BRAK und ONAT.

BERUFSRECHTLICHE VERANSTALTUNG IN MAURETANIEN

Am 2.2.2020 wurde in Nouakchott eine gemeinsame Veranstaltung der BRAK und der mauretanischen Rechtsanwaltskammer zu den Themen Berufsrecht und Selbstverwaltung ausgerichtet. Vorträge hielten BRAK-Vizepräsident André Haug über das klassische Berufsrecht, die Geschäftsführerin der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft, Dr. Sylvia Ruge, über die Aufgaben der Schlichtungsstelle sowie BRAK-Referent Riad Khalil Hassanain über den Aufbau der BRAK. Die Inhalte stießen bei den über 80 Gästen auf großes Interesse und führten zu zahlreichen Fragen, z.B. zur Ausgestaltung der Rechtsaufsicht.

Den anschließenden Empfang eröffnete die deutsche Botschafterin Dr. Gabriela Guellil. Auf Wunsch der Deutschen Botschaft führte die BRAK erstmals Vertreter der mauretanischen Rechtsanwaltschaft ein. Bisher war es den deutschen Diplomaten vor Ort nicht gelungen – wie sonst üblich und notwendig –, eine Reihe von Vertrauensanwälten zu etablieren. Die BRAK wirkte hier als Brückenbauerin und Vermittlerin.

3+1-SPITZENTREFFEN

Am 26. und 27.2.2020 fand ein zweites 3+1-Treffen von Vertretern der belarussischen, russischen und ukrainischen Anwaltschaften sowie der BRAK in Minsk statt. Die BRAK unterhält mit allen drei Ländern langjährige

intensive Kooperationen, die durch die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. und durch das Auswärtige Amt gefördert werden. Das Format 3+1 wurde im Jahr 2018 auf Initiative der russischen und der ukrainischen Anwaltschaften geschaffen, um sich multilateral über die aktuellen justiz- und berufsrechtlichen Themen in den Teilnehmerländern auszutauschen und zu beraten.

An dem Treffen nahmen BRAK-Präsident Dr. Ulrich Wesels, der Präsident der föderalen Rechtsanwaltskammer der russischen Föderation, Prof. Dr. Yuri Pilipenko, der Vorsitzende des republikanischen Anwaltskollegiums von Belarus, Viktor Tschaitchits, und der Vizepräsident der ukrainischen nationalen Anwaltsassoziation, Oleksij Kuhar, teil. Auch zahlreiche Vertreter der regionalen belarussischen und russischen Kammern waren anwesend. Diskutiert wurden u.a. die laufende Justizreform in der Ukraine, die Pläne des russischen Justizministeriums zur Regulierung des Rechtsberatungsmarkts sowie das aktuelle berufsrechtliche Vorhaben der partizipierenden Kammern.

RUNDER TISCH ZUR RECHTSSTAATSFÖRDERUNG IM AUSWÄRTIGEN AMT

Am 27.2.2020 lud das Auswärtige Amt in Berlin zu einer Gesprächsrunde zum Thema Förderung der Rechtsstaatlichkeit im Ausland ein. Diskutiert wurden Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit Partnern im Ausland. Anwesend waren 70 Repräsentanten aus Nichtregierungs- und Regierungsorganisationen, u.a. Vertreter der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ), der Konrad-Adenauer-Stiftung sowie des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. BRAK-Referentin Swetlana Schaworonkowa berichtete dabei über die Projektarbeit in ihrem Zuständigkeitsbereich Asien/Pazifik und Israel. Sie hob vor allem die besondere Rolle der BRAK als Partnerorganisation von GIZ und IRZ hervor. Es ist oftmals die BRAK, die erst den Zugang zu wichtigen Förderern der Rechtsstaatlichkeit, sprich der Anwaltschaft, in den einzelnen Regionen schafft.

ABSAGE – SITZUNGSTERMIN DER SATZUNGSVERSAMMLUNG

Vor dem Hintergrund der uns alle betreffenden Entwicklungen zur Corona-Krise hat das Präsidium der BRAK beschlossen, sämtliche Veranstaltungen der BRAK bis

Ende April abzusagen. Daher wird die für den 27.4.2020 in Berlin vorgesehene 2. Sitzung der 7. Satzungsversammlung abgesagt.

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

BERUFSRECHTE UND PFLICHTEN

*LEITSATZ DER REDAKTION (ORIENTIERUNGSSATZ)

UNZULÄSSIGE ZUSAMMENARBEIT MIT EINEM HOCHSCHULLEHRER ALS OF COUNSEL

BRAO § 59a; StGB § 203 III 2 a.F.

* 1. Einem Rechtsanwalt ist es verwehrt, seinen Beruf gemeinschaftlich mit einem Hochschullehrer auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn der Hochschullehrer Dritte lediglich als sog. „Of Counsel“ extern berät.

* 2. Aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 59a I 1 BRAO folgt, dass sich Rechtsanwälte mit anderen als in dieser Norm aufgezählten Berufen nicht zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbinden dürfen.

* 3. Diese Norm ist grundsätzlich als abschließende Regelung zu verstehen. Die Erweiterung der sozietätsfähigen Berufe über den Rahmen des § 59a I 1 BRAO hinaus im Wege einer sog. verfassungskonformen Auslegung ist auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG nicht möglich.

Niedersächsischer AGH, Urt. v. 11.11.2019 – AGH 39/16 (I/13) n.rkr.

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Der Kl. wendet sich gegen eine missbilligende Belehrung der Bekl. v. 15.12.2016. Darin vertritt der Vorstand der Bekl. die Auffassung, dass die berufliche Zusammenarbeit des Kl. mit Herrn Prof. Dr. ... als „Of Counsel“ nicht den Anforderungen des § 59a BRAO über die berufliche Zusammenarbeit entspreche.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kl. ist Partner der ... Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB mit Sitz in Hannover. Die Gesellschaft verwendet einen Briefbogen, auf dem Herr Prof. Dr. ... mit der Bezeichnung „Of Counsel“ geführt wird. Auf der Homepage der Partnerschaftsgesellschaft mbB www...eu wird Herr Prof. Dr. ... unter der Rubrik in der Navigationsleiste „Unsere Anwälte/Berater“ als „Of Counsel (externer Berater)“ genannt.

Herr Prof. Dr. ... ist Volljurist und war in der Vergangenheit bis 2005 als Rechtsanwalt zugelassen. Er ist Professor an der Hochschule ... (...). Zwischen der ... Partnerschaftsgesellschaft mbB und Herrn Prof. Dr. ... besteht ein „Of Counsel Rahmen-Vertrag“ v. 29.1.2013, der die Modalitäten der Zusammenarbeit regelt. In § 2 – Vertragsgegenstand – heißt es dort:

„1. Dieser Vertrag regelt die allgemeinen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Er bildet die rechtliche Grundlage für die jeweils gesonderten Beauftragungen

des Of Counsel durch Partnerschaft. Im Rahmen der konkreten Beauftragung wird der jeweilige Tätigkeitsumfang/-inhalt sowie der Tätigkeitszeitraum festgelegt. Der Of Counsel kann einzelne, im Rahmen dieses Vertrages angetragene Aufträge ablehnen. Er hat gegenüber der Partnerschaft keinen Anspruch auf konkrete Beauftragungen.

2. Der Of Counsel wird die Partnerschaft in einzelnen Mandaten – insbesondere Arbeitsrecht – beraten. Sein Aufgabenbereich umfasst dabei u.a.:

– Beratung von Mandanten in arbeits- und verfassungsrechtlichen sowie auch personalwirtschaftlichen Angelegenheiten

– Fertigung von Gutachten, Schriftsätzen, Vertragsentwürfen, Betriebsvereinbarungen und Konzepten

– Mitarbeit in arbeitsgerichtlichen Verfahren (im Team)

– Begleitung und Vertretung von Mandanten bei außergerichtlichen Verhandlungen und Einigungsstellungsverfahren.

Der Of Counsel erbringt seine Leistungen ausschließlich im Namen und auf Rechnung der Partnerschaft. Eine Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Partnerschaft sowie zu Weisungen gegenüber Mitarbeitern/-innen der Partnerschaft besteht nicht.

3. Bei der Durchführung seiner Tätigkeit ist der Of Counsel etwaigen Weisungen der Partnerschaft nicht unterworfen. Die Ableistung seiner Tätigkeit erfolgt lediglich in Abstimmung und in Koordination mit der Partnerschaft.

4. Der Of Counsel wird seine Tätigkeit stets persönlich ausüben, sämtliche berufsrechtlichen Vorgaben eines Rechtsanwaltes beachten und keine eigenen Mitarbeiter oder fremde Dritte einsetzen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.

5. Der Of Counsel wird auf den Briefkopf und auf sonstigen berufsbezogenen relevanten Medien der Partnerschaft, insbesondere im Internet aufgenommen bzw. genannt. Dabei wird auf seine Stellung als „Of Counsel“ hingewiesen.

6. Der Of Counsel wird durch diesen Vertrag bzw. seine Tätigkeit nicht Partner der Partnerschaft. Zwischen ihm und der Partnerschaft bzw. den Partnern der Partnerschaft wird keine (Innen-)Gesellschaft begründet. ...“

In § 6 – Geheimhaltung – des Vertrages heißt es:

„Der Of Counsel verpflichtet sich, über sämtliche ihm bereits bekannte oder ihm während der Laufzeit dieses Vertrages bekannt werdenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Partnerschaft und ihrer Mandanten strengstes Stillschweigen zu bewahren; diese Verpflichtung gilt auch nach der Beendigung dieses Vertrages weiter. Alle Unterlagen und Materialien, Schriftsätze,

Verträge und Muster derselben, Dateien, Datenträger etc., die dem Of Counsel im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit übergeben wurden oder die er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit geschaffen hat, bleiben bzw. werden Eigentum der Partnerschaft bzw. des Mandanten der Partnerschaft, sind vertraulich zu behandeln und angemessen gegen Zugriff Dritter zu schützen. Nach Beendigung des Vertrages und zuvor auf Anforderung durch die Partnerschaft sind die vorgenannten Unterlagen etc. unverzüglich an die Partnerschaft zurückzugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Of Counsel an diesen Sachen nicht zu.“

Mit Schreiben v. 11.2.2016 wandte sich die Bekl. an den Kl. und äußerte, dass die Form der Zusammenarbeit der Rechtsanwaltskanzlei mit Herrn Prof. Dr. ... gegen § 59a I BRAO verstoße. Herr Prof. Dr. ... sei nicht als Rechtsanwalt zugelassen. Als Inhaber eines Lehrstuhls an der Hochschule ... unterfalle er keinen gesteigerten beruflichen Verschwiegenheitsverpflichtungen. Mit Schreiben v. 21.3.2016 kündigte die ... Partnerschaftsgesellschaft mbB an, die Homepage wie folgt zu ergänzen: „Herr Prof. Dr. ... ist nicht Partner der Partnerschaftsgesellschaft. Er begleitet bei Bedarf und auf Wunsch der Mandanten die beauftragten Rechtsanwälte von ... bei der Betreuung von Mandanten als Of Counsel (externer Berater).“ Diese Ergänzung (...) wurde sodann umgesetzt. (...)

Mit Schreiben v. 15.12.2016 erteilte der Vorstand der Bekl. dem Kl. eine missbilligende Belehrung. Der Vorstand der Bekl. sehe sich an dem Wortlaut des § 59a BRAO gebunden. § 59a BRAO regle die gemeinschaftliche berufliche Zusammenarbeit des Rechtsanwalts mit Angehörigen anderer Berufe. § 59a III BRAO erweitere den Anwendungsbereich auch auf Bürogemeinschaften, wie sie im vorliegenden Fall nach außen dargestellt werde. Die Aufzählung in § 59a BRAO sei enumerativ. Die Entscheidung des BVerfG v. 12.1.2016 (1 BvL 6/13) betreffe einen Spezialfall, der mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar sei. Im Zentrum der Entscheidung des BVerfG stehe, dass Ärzte und Apotheker ebenso wie Rechtsanwälte gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet seien und den Schutz der §§ 53, 97 StPO genießen. Infolge dessen könne diesen eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit einem Rechtsanwalt nicht verwehrt werden. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Tätigkeit des Herrn Prof. Dr. ... als „Of Counsel“ finde sich in keinem der Kataloge der §§ 53a ff. StPO sowie § 203 StGB. Für die Tätigkeit von Herrn Prof. Dr. ... als „Of Counsel“ sei daher ein ausreichendes Maß Verschwiegenheit nicht gesichert. Der Gesetzgeber führe unter diesen Bestimmungen nur Angehörige von Berufen auf, denen sowohl ein Aussageverweigerungsrecht und ein Beschlagnahmeverbot zur Seite stünden, und die andererseits – als Kehrseite der Medaille – zur Verschwiegenheit verpflichtet seien. Nur wenn diese drei Merkmale zusammen kämen, sei dem Rechtsanwalt eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit Angehörigen anderer Berufe gestattet. Dies sei hier nicht der Fall.

Gegen die missbilligende Belehrung hat der Kl. am 22.12.2016 Klage erhoben. Zur Begründung verweist der Kl. auf den „Of Counsel Rahmen-Vertrag“, demzufolge Herr Prof. Dr. ... konkrete und gesondert zu erteilende Aufträge von der Gesellschaft erhalte, dass er weder die Gesellschaft nach außen hin verrete, noch zu Weisungen gegenüber deren Mitarbeitern befugt sei. Weiterhin enthalte der Vertrag eine ausführliche Regelung zur Geheimhaltung. Der angefochtene Bescheid missachte die Rechtsprechung des BVerfG (Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13). Die Bekl. übersehe, dass bereits über die Regelung des § 203 III 2 StGB nicht nur die verkammerten Berufsträger der Verschwiegenheit unterlägen, sondern ebenso deren Gehilfen. Schließlich habe das BVerfG in der zitierten Entscheidung festgestellt, dass weder das Zeugnisverweigerungsrecht noch das Beschlagnahmeverbot geeignet seien, das Sozietätsverbot zu rechtfertigen. Etwaige Diskrepanzen im Schutzniveau seien hinnehmbar, zumal auch die in § 59a I BRAO genannten sozietätsfähigen Berufe nur relativ geschützt seien.

Mit Schriftsatz v. 5.11.2019 wurde ergänzend auf eine weit verbreitete Praxis von Kanzleien hingewiesen, Hochschullehrer als „Of Counsel“ auf Briefbögen und Homepages aufzunehmen. Durch die Bezeichnung „Of Counsel“ erfolgte eine Abgrenzung zu den kanzleiinternen Anwälten. Durch die klarstellenden Änderungen bzw. Ergänzungen der Homepage seien die Vorgaben der Bekl. umgesetzt worden. Es werde hinreichend deutlich gemacht, dass Herr Prof. Dr. ... als „Of Counsel“ lediglich externer Berater und nicht Sozietätsmitglied sei. Da die Änderungen der Homepage entsprechend den Vorgaben der Bekl. vorgenommen worden sei, hätte kein Anlass mehr für eine missbilligende Belehrung bestanden.

Der Kl. beantragt, den Bescheid der Bekl. v. 15.12.2016 aufzuheben. Die Bekl. beantragt, die Klage zurückzuweisen.

Die Bekl. beruft sich auf die Rechtsgrundlage des § 73 II Nr. 1 und Nr. 4 BRAO. Danach habe die RAK die Möglichkeit, dem Rechtsanwalt bei einem Verstoß gegen Berufspflichten eine missbilligende Belehrung zu erteilen. Der angefochtene Bescheid missachte nicht die Einzelentscheidung des BVerfG v. 12.1.2016 (1 BvL 6/13). Die praktischen Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG seien wegen des beschränkten Nichtigkeitsausspruches sehr begrenzt. Auf den vorliegenden Fall sei diese Rechtsprechung nicht übertragbar. Das BVerfG habe die Reichweite seiner Entscheidung v. 12.1.2016 ausdrücklich auf den entschiedenen Fall begrenzt, d.h. auf die gemeinschaftliche Berufsausübung von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apotheken einerseits und andererseits im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft. Die Entscheidung könne nicht so ausgelegt werden, dass Anwälte sich mit jeder Berufsgruppe sozieren könnten. Berufe, in denen kein vergleichbares Schutzniveau bestehe, könnten mit Rechtsanwälten nach wie vor keine gesellschaftliche Verbindung einge-

hen. Sozietätsverbote würden nur dann einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen, wenn die ausgeschlossenen Professionen der Verschwiegenheitspflicht gem. § 203 StGB unterlägen. Vorliegend falle der „Of Counsel“ nicht unter die Berufsgruppe, für die die gesetzliche Verschwiegenheit gelte.

II.1. Die Klage ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Die Klage ist als Anfechtungsklage (§§ 112a I, 112c I 1 BRAO, § 42 VwGO) statthaft. Bei dem Schreiben des Vorstandes der Bekl. v. 15.12.2016, das ausdrücklich als „missbilligende Belehrung“ bezeichnet wird, handelt es sich um einen der Anfechtungsklage zugänglichen Verwaltungsakt.

2. Die Klage ist jedoch nicht begründet. Die missbilligende Belehrung ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten (§ 112c I BRAO, § 113 I 1 VwGO). § 59a I 1 BRAO steht einer gemeinschaftlichen Berufsausübung des Kl. mit Herrn Prof. Dr. ... entgegen. Die klarstellenden Änderungen auf der Homepage der Kanzlei des Kl. ändern nichts an der Tatsache, dass es sich hier um eine gemeinschaftliche Berufsausübung des Kl. mit Herrn Prof. Dr. ... handelt.

a) Nach § 59a I 1 BRAO dürfen sich Rechtsanwälte mit Mitgliedern einer RAK und einer Patentanwaltskammer sowie mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden.

Diese gesetzliche Regelung ist abschließend. Aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt, dass sich Rechtsanwälte mit anderen als den in § 59a I 1 BRAO aufgezählten Berufen nicht zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbinden dürfen. Dies folgt aus der Kombination des Wortes „dürfen“ mit der Aufzählung bestimmter Berufe. Ein anderes Verständnis ist, wie der BGH in seiner Entscheidung v. 29.1.2018 im Einzelnen ausgeführt hat (AnwZ (BrfG) 32/17 Rn. 7), vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Bestimmung ausgeschlossen. Mit der Einführung des § 59a BRAO durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte v. 2.9.1994 (BGBl. I 2278) sollten nach der Begründung des Gesetzesentwurfes klare Regelungen über die berufliche Zusammenarbeit mit anderen Berufen aufgestellt, die gemeinsame Berufsausübung mit Kollegen und Angehörigen anderer Berufe ausdrücklich geregelt und die sozietätsfähigen Berufe abschließend aufgezählt werden. Der Gesetzgeber hat dabei bewusst die Zulässigkeit der interprofessionellen Zusammenarbeit der Rechtsanwälte auf die gemeinsame Berufsausübung mit Angehörigen bestimmter wirtschaftsberatender Berufe mit Bezug zur Rechtsberatung beschränkt. Dementsprechend ist § 59a I 1 BRAO grundsätzlich als abschließende Regelung zu verstehen (BGH, a.a.O., Rn. 7 a.E.). Die Erweiterung der sozietätsfähigen Berufe über den Rahmen des § 59a I 1 BRAO hinaus im Wege einer sog. verfassungs-

konformen Auslegung ist auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG (Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13) nicht möglich. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet dort, wo sie zu dem Wortlaut und eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers im Widerspruch stehen würde (BGH, AnwZ 32/17 Rn. 8). Eine solche Auslegung gegen den Willen des Gesetzgebers läge vor, wenn man den Kreis der sozietätsfähigen Berufe über den abschließenden Katalog des § 59a I 1 BRAO hinaus erweitern würde.

b) Die Anwendbarkeit des § 59a I 1 BRAO ist auch nach dem Beschluss des BVerfG v. 12.1.2016 (1 BvL 6/13) nicht ausgeschlossen. Das BVerfG hat in diesem Beschluss § 59a I 1 BRAO nur insoweit als mit Art. 12 I GG unvereinbar und damit nichtig erklärt, als Rechtsanwälte eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit Ärzten und Apothekern im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft untersagt ist. Die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 I, II 2 BVerfGG) erfasst deswegen nicht das anhängige Verfahren.

Gegenstand der missbilligenden Belehrung des Vorstandes der Bekl. ist eine gemeinschaftliche Berufsausübung des Rechtsanwalts mit Herrn Prof. Dr. ... Herr Prof. Dr. ... ist nicht als Rechtsanwalt zugelassen und als Professor an der Hochschule ... tätig. Die Tätigkeit von Herrn Prof. Dr. ... in der Kanzlei des Rechtsanwalts wird insbesondere in § 2 Ziff. 2 des Of Counsel Rahmen-Vertrages geregelt. Dort heißt es zwar einerseits, dass der Of Counsel die Partnerschaft in einzelnen Mandaten berät, insoweit also nur intern gegenüber der Partnerschaft tätig ist. Bei der sich anschließenden beispielhaften Aufzählung der einzelnen Aufgaben heißt es dann darüber hinausgehend, dass Herr Prof. ... Mandanten in arbeitsrechtlichen, betriebsverfassungsrechtlichen und personalwirtschaftlichen Angelegenheiten berät, dass er insbesondere Gutachten und Schriftsätze verfasst, in arbeitsgerichtlichen Verfahren mitarbeitet und Mandanten bei außergerichtlichen Verhandlungen begleitet und vertritt. Damit übt Herr Prof. Dr. ... rechtsberatende Tätigkeiten aus und tritt nach außen hin als Mitarbeiter der Sozietät auf. Folglich liegt eine „gemeinschaftliche Berufsausübung“ i.S.d. § 59a I 1 BRAO vor. Da Hochschullehrer nicht in dem abschließenden Katalog der sozietätsfähigen Berufe aufgezählt sind, verstößt die gemeinschaftliche Berufsausübung damit gegen diese Bestimmung.

c) Die Unzulässigkeit der missbilligenden Belehrung des Vorstandes der Bekl. könnte sich danach nur aus einer Verfassungswidrigkeit des § 59a I 1 BRAO ergeben. Ist das aus § 59a I 1 BRAO für Hochschullehrer folgende Sozietätsverbot verfassungswidrig und nichtig, fehlt es für die missbilligende Belehrung an einer Rechtsgrundlage. Hierbei ist nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 29.1.2018 – AnwZ 32/17 Rn. 12) die Rechtslage zum Zeitpunkt der missbilligenden Belehrung maßgeblich, so dass es auf das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v.

30.10.2017 (BGBl. I 3618) nicht ankommt. Bei der Anfechtungsklage kommt es – vorbehaltlich abweichender Regelung des materiellen Rechts – auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung an. Etwas anderes würde nur bei sog. Dauerverwaltungsakten gelten, bei denen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen ist. Bei der missbilligenden Belehrung handelt es sich aber nicht um einen solchen Dauerverwaltungsakt. Die Missbilligung bezieht sich auf den Sachverhalt, wie er sich der RAK zum Zeitpunkt ihrer Prüfung darstellt, unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage. Eine Missbilligung beansprucht regelmäßig keine Dauerwirkung dergestalt, dass sie bis zu ihrer Aufhebung trotz ggf. veränderter Sach- und Rechtslage weiter Wirkung entfaltet (BGH, AnwZ 32/17 Rn. 9). Danach kommt es insbesondere für die Prüfung, ob Herr Prof. Dr. ... als Hochschulprofessor den Geheimhaltungsvorschriften des § 203 StGB unterliegt, auf die Neufassung dieses Paragraphen durch das Gesetz zur Neuordnung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 30.10.2017 (BGBl. I 3618) nicht an. Mit diesem Gesetz ist § 203 III, IV StGB neugefasst und über die berufsmäßig tätigen Gehilfen hinaus erweitert worden auf die Gruppe der „sonstigen Personen“ die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der Geheimnisträger mitwirken (vgl. BGH, AnwZ 32/17 Rn. 26). Diese Neuordnung muss hier unberücksichtigt bleiben.

d) Eine Vorlage beim BVerfG gem. Art. 100 I GG ist nicht veranlasst. Der Abschluss einer beruflichen Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Hochschulprofessoren verletzt den Rechtsanwalt nicht in seinem Recht aus Art. 12 I GG. Der Senat hat in seinem zu Mediatoren und Berufsbetreuern ergangenen Urteil (AGH 22.5.2017 – AGH 16/16), welches vom BGH bestätigt worden ist (AnwZ 32/17) folgendes festgehalten:

Das BVerfG hat ausgeführt, dass der Gesetzgeber mit dem Eingriff in die freie Berufsausübung durch Begrenzung der sozietätsfähigen Berufe einen legitimen Zweck verfolgt. Denn die Vorschrift soll die Beachtung der wesentlichen anwaltlichen Grundpflichten aus § 43a BRAO sichern und damit zu einer funktionsfähigen Rechtspflege beitragen. Damit ist neben der Pflicht zur Verschwiegenheit, die durch die Strafbewehrung von Verstößen sowie durch Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote flankiert wird, das ebenso in Teilen strafbewehrte Verbot angesprochen, widerstreitende Interessen zu vertreten (§ 43a IV BRAO), sowie ferner die Pflicht, keine die berufliche Unabhängigkeit gefährdenden Bindungen einzugehen (§ 43a I BRAO).

Die Verpflichtung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zur Verschwiegenheit zählt nach § 43a II BRAO zu den ihren Beruf prägenden Pflichten (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Pa-

tenantenwälte, BT-Drs. 12/4993, 27). Diese Pflicht ist Grundlage des notwendigen Vertrauensverhältnisses zum Mandanten und bezieht sich auf alles, was in Ausübung des Anwaltsberufs bekanntgeworden ist (§ 43a II 2 BRAO). Die Einhaltung der anwaltlichen Pflicht zur Verschwiegenheit ist nach Maßgabe des § 203 I Nr. 3 StGB strafbewehrt.

Die vom BVerfG festgestellte teilweise Verfassungswidrigkeit ergibt sich nun daraus, dass zum Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit vor einer Offenbarung von Kenntnissen an

außenstehende Dritte ein Sozietätsverbot für eine Partnerschaft zwischen Anwälten und Ärzten oder Apothekern zumindest in weiten Bereichen nicht erforderlich ist, weil aufgrund der für sie maßgeblichen Regelungen auch Ärzte und Apotheker gleich den Rechtsanwältinnen zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtet sind und auch die unbefugte Offenbarung eines fremden Geheimnisses gemäß dem Katalog des § 203 I StGB nicht nur für die unter Nr. 3 genannten Rechtsanwältinnen, sondern in gleicher Weise nach Nr. 1 für Ärzte und Apotheker strafbar ist.

Gleiches gilt für die Sicherung der anwaltlichen Zeugnisverweigerungsrechte; auch hier ist ein Verbot einer Partnerschaft von Rechtsanwältinnen mit Ärzten und Apothekern ebenfalls weitgehend nicht erforderlich, weil nach den einschlägigen Bestimmungen auch Ärzte und Apotheker ein eigenes Recht zur Zeugnisverweigerung beanspruchen können. Auch die Sicherung der strafprozessualen Beschlagnahmeverbote, die ebenfalls dem Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Rechtsanwalt dient (vgl. BVerfGE 113, 29 Rn. 4 f.), macht ein Verbot der Partnerschaft mit Ärzten und Apothekern nicht erforderlich. Der Schutz dieser Berufsgruppen vor einer Beschlagnahme bleibt nicht hinter dem Schutz zurück, den Rechtsanwälte beanspruchen können. Vielmehr knüpft § 97 StPO die Untersagung der Beschlagnahme an das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 1 Nr. 1–3b StPO und ist daher sowohl auf Rechtsanwälte als auch auf Ärzte und Apotheker anwendbar.

e) Diese zentrale Ausrichtung der Begründung hat zur Folge, dass die Entscheidung selbst mittelbar eine Öffnung des Kreises der sozietätsfähigen Personen für weitere Berufe nur dann erzwingt, wenn sie einer strafrechtlichen und -prozessual abgesicherten Verschwiegenheitspflicht unterliegen, also einer der sowohl in § 203 I StGB als auch in § 53 I 1 StPO genannten Berufsgruppen angehören (vgl. *Henssler/Deckenbrock*, a.a.O., 213; *Kilian/Glindemann*, a.a.O.).

Dieses ist bei Hochschulprofessoren nicht der Fall. Gemäß § 6 des Of Counsel Rahmen-Vertrages unterliegt der Of Counsel zwar einer vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung. Solche Vereinbarungen begründen jedoch kein gleichwertiges Schutzniveau, weil es insoweit an der strafrechtlichen und strafprozessualen Absicherung fehlt.

Andere Situation bei Ärzten und Apothekern

Auch die Gehilfenregelungen in § 203 III 2 StGB und § 53a StPO in der hier zugrunde zu legenden Fassung begründen kein vergleichbares Schutzniveau.

Kein gleiches Schutzniveau

Die Tätigkeit von Herrn Prof. Dr. ... auf der Grundlage des § 2 des Of Counsel Rahmen-Vertrages hindert eine Einstufung als „Gehilfe“ i.S.d. § 203 III 2 StGB a.F. bzw. § 53a I StPO a.F. Die in § 2 Ziff. 2 des Of Counsel Rahmen-Vertrages definierte Tätigkeit des Of Counsel beschreibt eine weitgehend selbstständige typischerweise rechtsberatende Tätigkeit, die über die Tätigkeit eines „Gehilfen“ deutlich hinausgehen. § 53a StPO a.F. soll „Hilfspersonen“ erfassen (BT-Drs. 1/3713, 11, 49). Als solche versteht man üblicherweise nicht einen nach außen tätigen juristischen Mitarbeiter. Dementsprechend wurde es im Rahmen der Reformüberlegungen zur Ausweitung der sozietätsfähigen Berufe auf „vereinbare Berufe“ (vgl. § 59a IV BRAO-E, BT-Drs. 16/3655, 15) auch für erforderlich gehalten, § 53a StPO a.F. um diesen Personenkreis ausdrücklich zu erweitern. Zwar wird der Gehilfe im strafprozessualen Schrifttum als jemand bezeichnet, der eine in unmittelbarem Zusammenhang mit der Berufsausübung des Geheimnisträgers stehende Tätigkeit ausübt; auch ist ein soziales Abhängigkeitsverhältnis nicht Tatbestandsvoraussetzung. Dies bedeutet aber lediglich, dass nur mittelbar mit der Berufstätigkeit des Rechtsanwalts verbundene Personen nicht erfasst sind, während es umgekehrt für das Bestehen des abgeleiteten Zeugnisverweigerungsrechts nicht notwendig ist, dass die Person berufsmäßig, z.B. als Angestellter im Anwaltsbüro tätig ist und insoweit von dem Geheimnisträger als ihrem Arbeitgeber sozial abhängig ist. „Gehilfe“ meint jedoch – nicht anders als bei § 203 StGB – eine vom Hauptberufsträger hinzugezogene Hilfsperson, eine Bezeichnung, die auf eine funktionell gleichgestellte Person schwerlich zutrifft. Letztere kann das Zeugnis an sich nur verweigern, wenn ihr ein eigenes Recht nach § 53 StPO zusteht (BGH, AnwZ 32/17 Rn. 28). Eine weitere Auslegung, wonach funktionell gleichstehende Personen, soweit sie kein eigenes Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO haben, als Gehilfe nach § 53a StPO a.F. anzusehen sind, wäre nicht mit dem Grundsatz vereinbar, wonach gesetzliche Bestimmungen über den zeugnisverweigerungsberechtigten Personenkreis im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege schon aus verfassungsrechtlichen Gründen einer besonderen Legitimation bedürfen (vgl. BGH, AnwZ 32/17 Rn. 29 m.w.N.) und deshalb im Zweifel eng auszulegen sind. Eine Ausdehnung des Gehilfenbegriffs in § 53a StPO a.F. müsste folgerichtig auch Auswirkungen auf die Interpretation des Gehilfenbegriffs i.S.d. § 203 III 2 StGB a.F. haben, was ebenfalls unter verfassungsrechtlichen Aspekten bedenklich wäre. Denn das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG verlangt, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten grundsätzlich bereits anhand des Wortlautes erkennen können, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist (BGH, a.a.O. Rn. 29).

HINWEISE DER REDAKTION:

Für die Prüfung, ob ein Hochschulprofessor als „Of Counsel“ bei der Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt der Geheimhaltung nach § 203 StGB unterliegt, konnte das Gericht noch nicht auf die Neufassung dieser Vorschrift durch das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 30.10.2017 (BGBl. I 3618) Bezug nehmen. Dadurch wurde § 203 III, IV StGB neu gefasst und über die berufsmäßig tätigen Gehilfen hinaus erweitert auf die Gruppe der „sonstigen Personen“ die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der Geheimnisträger mitwirken.

Ein vom BMJV im August 2019 veröffentlichtes Eckpunktepapier sieht vor, die Möglichkeiten der interprofessionellen Zusammenarbeit zu liberalisieren. Gesellschafter von Berufsausübungsgesellschaften sollen zukünftig Angehörige aller „vereinbaren“ Berufe sein. Die BRAK hat diesen Vorschlag in ihrer Stellungnahme 25/2019 kritisiert.

ZURÜCKBEHALTUNG VON TITELN WEGEN NICHTZAHLUNG VON KOSTENRECHNUNGEN

BRAO §§ 43a V, 50; BORA § 11

- * 1. Das in § 50 III BRAO geregelte Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts bezieht sich auch auf Geschäftsunterlagen wie vollstreckbare Ausfertigungen von Grundschuldbestellungsurkunden.
- * 2. Jedenfalls dann, wenn dies nicht ausnahmsweise zu einer besonders schweren Beeinträchtigung des Mandanten führt, darf der Rechtsanwalt dessen Geschäftsunterlagen als Druckmittel zur Begleichung seiner Vergütungsansprüche verwenden.
- * 3. Dass sich ein Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts bis zur Befriedigung der ihm vom Mandanten geschuldeten Gebühren und Auslagen auch auf vollstreckbare Ausfertigungen von gerichtlichen Titeln erstreckt, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit für seinen Mandanten erhalten hat, folgt aus § 50 II 1 BRAO. Der Gesetzgeber hat in dieser Norm eine berufsrechtliche Herausgabepflicht des Rechtsanwalts in Bezug auf „Dokumente, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat“, ausdrücklich geregelt.
- * 4. In Kenntnis der unterschiedlichen Auffassungen in der Kommentarliteratur zur Frage, ob sich das Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts auch auf vollstreckbare Urkunden im Besitz des Rechtsanwalts bezieht oder nicht, hat der Gesetzgeber davon abgesehen, insoweit in § 50 III BRAO eine Ausnahme zu vorzusehen.

Niedersächsischer AGH, Urt. v. 8.11.2019 – AGH 38/16 (I 12)

AUS DEM TATBESTAND:

[1] Der Kl. ist im Bezirk der Bekl. zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Er wendet sich gegen einen ihm durch die Bekl. mit Schreiben v. 23.9.2015 und 31.3.2016 erteilten behrenden Hinweis wegen Nichtherausgabe verschiedener Vollstreckungstitel an eine ehemalige Auftraggeberin. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

[2] Der Kl. vertrat Frau ... als Antragstellerin gegen ihren Vater ... als Antragsgegner zweitinstanzlich in einem Nachabfindungsansprüche gem. § 13 HöfeO betreffenden Rechtsstreit vor dem Senat für Landwirtschaftssachen des OLG ... Das OLG sprach der Antragstellerin durch Beschluss v. 2.2.2012 – 10 W 22/10 – einen Betrag i.H.v. 156.772,77 Euro nebst Zinsen zu. Durch Beschlüsse des AG ... v. 26.6.2012 wurden die erst- und zweitinstanzlichen Kostenerstattungsansprüche der Antragstellerin gegen den Antragsgegner auf 4.274,85 Euro bzw. 5.561,58 Euro jeweils nebst Zinsen festgesetzt. Am 21.5.2012, 26.6.2012 und 25.6.2013 leitete der Kl. für die Antragstellerin verschiedene Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Antragsgegner ein. Dieser gab im Jahr 2013 durch seinen durch Beschluss des AG ... v. 3.1.2013 – 61 XVII (R) 5154 – zum Betreuer bestellten Sohn ... die eidesstattliche Versicherung ab. Laut Vermögensprotokoll verfügte der Antragsgegner lediglich über eine landwirtschaftliche Altersrente i.H.v. 499,90 Euro monatlich. Über den Verbleib des vom Antragsgegner durch die Hofveräußerung im Jahr 2008 erzielten Kaufpreises von 837.380,87 Euro wurde keine Auskunft erteilt. Der Kl. stellte deswegen am 26.8.2013 und erneut am 18.10.2013 im Auftrag von Frau ... Strafantrag und erstattete Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft ... gegen die beiden Herren ... wegen Vereitelung der Zwangsvollstreckung. Mit Schreiben v. 21.3.2014 kündigte Frau ... das mit dem Kl. bestehende Mandat. Am 19.5.2014 stellte der Kl. eine Kostenrechnung für die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen i.H.v. 790,74 Euro und am 20.5.2014 eine weitere für das Verfahren vor der Staatsanwaltschaft ... i.H.v. 202,30 Euro. Nach Ablauf der vom Kl. bis zum 4.6.2014 gesetzten Zahlungsfrist forderte die Mandantin von ihm mit Schreiben v. 5.6.2014 (u.a.) die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen des Beschlusses des OLG ... v. 2.2.2012 und der beiden Kostenfestsetzungsbeschlüsse des AG ... v. 26.6.2012. Mit Schreiben v. 23.6.2014 antwortete der Kl. ihr, dass ihr die Unterlagen nach Ausgleich der Kostenrechnungen übersandt werden. Auf eine Zahlungserinnerung des Kl. v. 15.7.2014 leugnete die Mandantin, die Kostenrechnungen erhalten zu haben, weshalb ihr der Kl. die beiden Rechnungen per Einschreiben/Rückschein am 28.7.2014 noch einmal übermittelte.

[3] Auch anschließend beglich die ehemalige Mandantin die Rechnungen des Kl. nicht, sondern erhob mit Schreiben v. 6.10.2014 gegen ihn Beschwerde bei der Bekl.

[4] Diese forderte den Kl. mit Schreiben v. 4.11.2014 auf, zur Eingabe der Frau ... Stellung zu nehmen, insbesondere zu dem Verdacht des Verstoßes gegen § 50 III BRAO und § 11 BORA.

[5] In seiner Stellungnahme v. 11.12.2014 vertrat der Kl. die Auffassung, dass kein Verstoß gegen § 50 III BRAO vorliege. Er sei bereit, die Vollstreckungsunterlagen etc. an Frau ... auszuhändigen, sobald diese ihren Zahlungsverpflichtungen nachkomme.

[6] Die Bekl. erteilte dem Kl. durch Schreiben des Vorsitzenden der Abteilung für Berufsrecht – A – v. 23.9.2015, das dem Kl. am 29.9.2015 zugestellt worden ist, den Hinweis, dass er sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 50 III BRAO berufen dürfe. Vollstreckungstitel unterlägen nicht dem Zurückbehaltungsrecht nach § 50 III BRAO, da es sich hierbei um Vermögenswerte und zwar um geldwerte Urkunden i.S.v. § 4 II BORA handele. Diese Urkunden müssten daher gem. § 43a V 5 BRAO i.V.m. § 4 II BORA unverzüglich an den Berechtigten ausgehändigt werden. Da diese Rechtsfrage indes in der Kommentarliteratur umstritten sei, reiche ein Hinweis auf die Auffassung der Bekl. aus. Eine Rüge sei nicht erforderlich.

[7] Mit Schreiben v. 14.10.2015 bat der Kl. die Bekl. um Klarstellung, ob es sich bei ihrem Schreiben v. 23.9.2015 um eine missbilligende Belehrung handele. Ferner wiederholte und vertiefte er seine Auffassung, dass ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 50 III BRAO zustehe und wiederholte seine Bereitschaft zur Herausgabe der Titel nach Ausgleich der offenen Kostenrechnungen.

[8] Mit Schreiben v. 19.10.2015 antwortete die Bekl., „dass es sich bei dem Schreiben v. 23.9.2015 um eine Belehrung handelt, die unterhalb der Rüge anzusiedeln ist.“ Hiergegen sei als Rechtsmittel ein an den Vorstand der Bekl. zu richtender Einspruch binnen eines Monats ab Zustellung möglich. Der Kl. möge klarstellen, ob sein Schreiben v. 14.10.2015 als Einspruch gewertet werden soll. Mit Schreiben v. 26.10.2015 legte der Kl. daraufhin Einspruch ein, den er mit Schreiben v. 1.2.2016 begründete. Darin vertrat er die Ansicht, dass es sich bei Vollstreckungstiteln, die der Rechtsanwalt durch seine Tätigkeit für den Mandanten erwirkt habe, nicht um i.S.d. § 43a V BRAO anvertraute Vermögenswerte handele. Die Zurückbehaltung der Vollstreckungstitel sei auch nicht unverhältnismäßig, da der Schuldner die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe und nur über Renteneinkommen verfüge. Er – der Kl. – sei im Übrigen bereit, die Vollstreckungstitel herauszugeben, sofern Frau ... sich bereit erkläre, die offenen Rechnungsbeträge bei der Bekl. oder der Hinterlegungsstelle des AG ... zu hinterlegen.

[9] Mit Bescheid v. 31.3.2016 wies der Vorstand der Bekl. den Einspruch des Kl. gegen den Hinweisbescheid v. 23.9.2015 zurück und wiederholte zur Begründung die Rechtsauffassung, dass ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 50 III BRAO in Bezug auf Vollstreckungstitel nicht bestehe. Die Vollstreckungstitel stellten Vermö-

genswerte i.S.v. § 43a V BRAO und § 4 II BORA dar und seien demgemäß an den Berechtigten weiterzuleiten. Diese Weiterleitungspflicht gehe regelmäßig der Aufnahme in die Handakten vor, soweit nicht vertraglich ausdrücklich oder konkludent etwas anderes vereinbart worden sei. Der Bescheid endete mit der Rechtsmittelbelehrung, dass der Kl. dagegen innerhalb eines Monats nach Zustellung die Entscheidung des Anwaltsgerichts beantragen könne. Der Antrag sei an das Anwaltsgericht für den Bezirk der Bekl. zu richten.

[10] Mit Schriftsatz an das Anwaltsgericht für den Bezirk der RAK ... v. 4.5.2016 beantragte der Kl., den Hinweisbescheid der Bekl. v. 23.9.2015 in der Form des ihm am 4.4.2016 zustellten Bescheides v. 31.3.2016 aufzuheben.

[11] Die zweite Kammer des Anwaltsgerichts für den Bezirk der RAK ... verwies das Verfahren nach Anhörung der Parteien mit Beschl. v. 21.11.2016 – 2 AnwG 6/16 – an den Niedersächsischen AGH, da es sich um eine verwaltungsrechtliche Anwaltssache handele, über die im ersten Rechtszug gem. § 112a BRAO der Anwaltsgerichtshof zu entscheiden habe. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

[13] Die Klage ist als Anfechtungsklage (§§ 112a I, 112c I 1 BRAO, § 42 VwGO) statthaft.

[14] Nach § 73 II Nr. 1 BRAO obliegt es dem Vorstand der RAK, die Kammermitglieder in Fragen der Berufspflichten zu beraten und zu belehren. Gemäß § 73 II Nr. 4 BRAO hat er die Erfüllung der den Kammermitgliedern obliegenden Pflichten zu überwachen und das Recht der Rüge zu handhaben. Stellt der Vorstand einer RAK in Wahrnehmung seiner Aufgaben fest, dass sich ein Rechtsanwalt berufswidrig verhalten hat, so kann er diesen auf die Rechtsauffassung der Kammer hinweisen und über den Inhalt seiner Berufspflichten belehren; er kann ihm auch aufgeben, das beanstandete Verhalten zu unterlassen. Auf der Grundlage des § 73 II Nr. 1, 4 BRAO ergangene belehrende Hinweise beziehungsweise missbilligende Belehrungen bei berufsrechtswidrigem Verhalten des Rechtsanwalts sind als in dessen Rechtsstellung eingreifende Verwaltungsakte anzusehen. Erteilt der Vorstand der RAK einem Kammermitglied eine derartige missbilligende Belehrung, so stellt diese eine hoheitliche Maßnahme dar, die geeignet ist, den Rechtsanwalt in seinen Rechten zu beeinträchtigen; als solche ist sie anfechtbar (BGH, Beschl. v. 25.11.2002 – AnwZ (B) 41/02, BGHZ 153, 61, 62 f.; Urt. v. 2.7.2018 – AnwZ (Bfrg) 24/17 Rn. 11; v. 18.7.2016 – AnwZ (Bfrg) 22/15 Rn. 10; v. 26.10.2015 – AnwZ (Bfrg) 25/15 Rn. 9; v. 6.7.2015 – AnwZ (Bfrg) 24/14 Rn. 11 und v. 23.4.2012 – AnwZ (Bfrg) 35/11, NJW 2012, 3039 Rn. 5).

[15] Als Gesichtspunkte, die im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Auslegung für das Vorliegen eines belehrenden Hinweises bzw. einer missbilligenden Belehrung sprechen, hat der BGH insbesondere angesehen, dass der Bescheid der RAK mit einer Entscheidungsfor-

mel versehen ist und in dieser – oder sonst im Bescheid – die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens festgestellt und ein konkretes Verbot ausgesprochen wird und der Bescheid insgesamt erkennen lässt, dass die RAK sich bereits auf eine verbindliche Regelung der aufgeworfenen Fragen festgelegt hat. Darüber hinaus spricht es nach der Rechtsprechung des BGH für das Vorliegen eines Verwaltungsakts, wenn der Bescheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und dem Rechtsanwalt förmlich zugestellt worden ist (BGH, Urt. 3.7.2017 – AnwZ (Bfrg) 45/15 Rn. 21; v. 7.11.2016 – AnwZ (Bfrg) 47/15 Rn. 10 und v. 27.10.2014 – AnwZ (Bfrg) 67/13 jeweils juris m.w.N.).

[16] Bei den verfahrensgegenständlichen Schreiben der Bekl. v. 23.9.2015 und v. 31.3.2016 handelt es sich um einen Verwaltungsakt (§ 32 I 1 BRAO, § 35 S. 1 VwVfG) in Gestalt eines belehrenden Hinweises bzw. einer missbilligenden Belehrung.

[17] Die beiden Schreiben der Bekl. sind zwar nicht ausdrücklich als „missbilligende“ Belehrung bezeichnet. Ihr Inhalt entspricht aber dem, was eine missbilligende von einer einfachen Belehrung bzw. einem präventiven Hinweis unterscheidet. Die Schreiben der Bekl. gehen nach ihrem bei der Auslegung maßgebenden objektiven Erklärungswert aus Sicht des Empfängerhorizonts über eine einfache Belehrung bzw. einen präventiven Hinweis hinaus. Solche auf der Grundlage des § 73 II Nr. 1, 4 BRAO ergangenen belehrenden Hinweise bzw. missbilligenden Belehrungen sind namentlich dann, wenn sie ein Handlungsverbot oder ein Handlungs- oder Unterlassungsgebot aussprechen, als in die Rechtsstellung des Rechtsanwalts eingreifende Verwaltungsakte anzusehen, die dementsprechend mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2014 – AnwZ (Bfrg) 67/13 Rn. 7; v. 7.11.2016 – AnwZ (Bfrg) 47/15, NJW 2017, 407 Rn. 10, 12; jeweils m.w.N.).

[18] Von diesen Grundsätzen ausgehend handelt es sich bei den im vorliegenden Fall zu beurteilenden Schreiben der Bekl. um einen belehrenden Hinweis.

[19] In dem Ausspruch eines konkreten Handlungsverbots oder -gebots oder eines konkreten Unterlassungsgebots liegt grundsätzlich der Kern einer über eine einfache Belehrung bzw. einen präventiven Hinweis ohne Regelungscharakter hinausgehenden „verbindlichen Regelung der aufgeworfenen Fragen“ i.S.d. Rechtsprechung des BGH, auf die sich die RAK festgelegt haben muss, damit vom Vorliegen eines Verwaltungsakts ausgegangen werden kann.

[20] In den Schreiben nimmt die Bekl. zu § 50 III BRAO a.F. abschließend Stellung und bewertet die Zurückbehaltung der Vollstreckungstitel als unzulässig. Der Inhalt der Schreiben macht deutlich, dass sich die Bekl. bereits auf eine verbindliche Regelung der aufgeworfenen Frage festgelegt hat. Auch ist das Schreiben v. 31.3.2016 mit einer förmlichen – wenngleich unzutreffenden – Rechtsmittelbelehrung versehen und dem Kl. zugestellt worden. Es handelt sich mithin um einen Ver-

waltungsakt (vgl. BGH, Urt. v. 3.7.2017 – AnwZ (Brfg) 45/15, NJW 2017, 2556 Rn. 18 ff. m.w.N. und v. 29.1.2018 – AnwZ (Brfg) 32/17 Rn. 4 f.).

[21] Die Klage ist zudem zulässig. Die Klagefrist (§ 112c I 1 BRAO i.V.m. § 74 I VwGO) ist durch den Schriftsatz des Kl. v. 4.5.2016 eingehalten. Die Einreichung beim unzuständigen Amtsgericht ist aufgrund der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung der Bekl. unschädlich.

[22] Die Klage ist auch begründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten.

[23] Denn der Kl. hat nicht gegen berufsrechtliche Pflichten verstoßen, indem er die drei Vollstreckungstitel wegen Nichtzahlung der Kostenrechnungen v. 19. und 20.5.2014 zurückbehalten hat.

[24] Das Verhalten des Kl. verstieß insbesondere nicht gegen § 50 III BRAO in der bis zum 17.5.2017 gültigen Fassung oder gegen § 43a V BRAO i.V.m. § 4 II BORA.

[25] Unabhängig von der Frage, aus welcher Bestimmung der BRAO eine berufsrechtliche Pflicht des Rechtsanwalts zur Herausgabe von Handakten vor

der ab dem 18.5.2017 gültigen Neufassung des § 50 BRAO herzuleiten war (vgl. dazu BGH, Urt. v. 3.11.2014 – AnwZ (Brfg) 72/13), hat der IX. Zivilsenat des BGH schon mit Urt. v. 3.7.1997 – IX ZR 244/96 – entschieden, dass sich das bis zum 8.9.1994 in § 50 I BRAO a.F. geregelte Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts auch auf Geschäftsunterlagen wie vollstreckbare Ausfertigungen von Grundschuldbestellungsurkunden bezieht. Zwar bestehe an vollstreckbaren Urkunden in aller Regel kein Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts nach § 273 BGB. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 50 BRAO ist aber ein Sonderrecht des Rechtsanwalts, das weiter geht als das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB und es dem Anwalt ermöglichen soll, seine berechtigten Ansprüche gegen den Auftraggeber auch ohne Prozess und ohne Anrufung der Gerichte durchzusetzen. Damit ist insoweit dem Rechtsanwalt gestattet, was nach der allgemeinen Regel des § 273 BGB dem Auftraggeber nicht erlaubt ist: Er darf, sofern das nicht ausnahmsweise zu einer besonders schweren Beeinträchtigung des Auftraggebers führt, auch dessen Geschäftsunterlagen als Druckmittel zur Begleichung seiner Honoraransprüche verwenden. Der damit verbundene weitgehende Eingriff in die Geschäftstätigkeit des Mandanten erfordert jedoch zum Ausgleich insofern eine enge Auslegung, als Honorarforderungen aus anderen Aufträgen desselben Mandanten grundsätzlich nicht miteinbezogen werden dürfen. Das Zurückbehaltungsrecht besteht vielmehr in aller Regel nur wegen der Forderungen, die sich aus der konkreten Angelegenheit ergeben, auf die sich die zurückbehaltene Handakte bezieht (BGH, Urt. v. 3.6.1997 – IX ZR 244/96 Rn. 21).

[26] Dass die vollstreckbaren Urkunden, deren Herausgabe Frau ... vom Kl. verlangt, vorliegend zu dessen

Handakten gehören, folgt aus § 50 IV BRAO in der bis zum 17.5.2017 gültigen Fassung. Danach sind Handakten i.S.d. Absätze 2 und 3 dieser Bestimmung „die Schriftstücke, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat“. Bei den drei im vorliegenden Fall heraus verlangten vollstreckbaren Ausfertigungen des Beschlusses des OLG ... v. 2.2.2012 und der Kostenfestsetzungsbeschlüsse des AG ... v. 26.6.2012 handelt es sich unzweifelhaft um Schriftstücke, die der Kl. für seine (vormalige) Auftraggeberin erhalten hat. Dass es sich dabei gleichzeitig um geldwerte Urkunden i.S.v. § 4 II BORA gehandelt haben mag, ändert daran nichts. Nach dem konkreten Mandatsverhältnis musste der Kl. die Titel auch nicht etwa unverzüglich an Frau ... als Auftraggeberin weiterleiten, denn er sollte auftragsgemäß Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner einleiten, wozu er die vollstreckbaren Ausfertigungen benötigte.

[27] Da die offenen Gebühren des Kl. für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gerade auch aus diesen Titeln angefallen sind, kann er darauf sein Zurückbehaltungsrecht nach § 50 III BRAO a.F. stützen. Die Honorarforderungen resultieren aus der konkreten Angelegenheit, auf die sich die zurückbehaltene Handakte bezieht.

[28] Das abweichende Verständnis der Bekl. würde das sich aus § 50 III BRAO a.F. ergebende Sonderrecht des Rechtsanwalts in vielen Fällen quasi leerlaufen lassen.

[29] Dass sich ein Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts bis zur Befriedigung der ihm vom Auftraggeber geschuldeten Gebühren und Auslagen auch auf vollstreckbare Ausfertigungen von gerichtlichen Titeln erstreckt, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit für seinen Auftraggeber erhalten hat, folgt auch aus der zum 18.5.2017 in Kraft getretenen Neufassung von § 50 BRAO. Der Gesetzgeber hat in § 50 II 1 BRAO n.F. erstmalig eine berufsrechtliche Herausgabepflicht des Rechtsanwalts in Bezug auf „Dokumente, die der Rechtsanwalt aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat“, ausdrücklich geregelt. In Kenntnis der unterschiedlichen Auffassungen in der Kommentarliteratur zur Frage, ob sich das Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts nach § 50 III BRAO a.F. auch auf vollstreckbare Urkunden im Besitz des Rechtsanwalts bezieht oder nicht, hat der Gesetzgeber davon abgesehen, insoweit in § 50 III BRAO n.F. eine Ausnahme zu normieren. Auch und gerade in Anbetracht des vorzitierten Urteils des IX. Zivilsenats des BGH spricht das dafür, dass der Gesetzgeber keinen Regelungsbedarf sah und als selbstverständlich davon ausging, dass der Rechtsanwalt die Herausgabe jeglicher „Dokumente“ die er aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat, also auch mit Vollstreckungsklauseln versehener gerichtlicher Titel, solange verweigern kann, bis er wegen der ihm vom Auftraggeber geschuldeten Gebühren und Auslagen befriedigt ist.

Vollstreckbare Titel

[30] Ausreichend geschützt ist der Auftraggeber insoweit durch § 50 III 2 BRAO a.F. bzw. die inhaltlich weitgehend gleiche Bestimmung in § 50 III 2 BRAO n.F.

[31] Im vorliegenden Fall ist die Vorenthaltung bzw. das Vorenthalten der Titel nach den Umständen nicht unangemessen i.S.v. § 50 III 2

BRAO. Die Gebührenforderungen des Kl. resultieren aus derselben Angelegenheit. Angesichts der vom Betreuer des Schuldners für diesen im Jahr 2013 abgegebenen eidesstattlichen Versicherung und der Vermögensauskunft, aus der sich lediglich eine geringe landwirtschaftliche Rente des ansonsten vermögenslosen Schuldners ergab, konnte der Kl. zudem davon ausgehen, dass seine vormalige Mandantin ohnehin keine erfolgsversprechenden neuen Vollstreckungsversuche unternehmen würde, zumal die Voraussetzungen für eine erneute Vermögensauskunft gem. § 802d ZPO offensichtlich nicht hätten glaubhaft gemacht werden können.

[32] Der Kl. hat die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen der Beschlüsse somit weder ohne rechtfertigenden Grund verweigert noch das Zurückbehaltungsrecht

rücksichtslos für geringfügige Rückstände geltend gemacht (vgl. auch BGH, Urt. v. 3.11.2014 – AnwZ (Bfzg) 72/13, a.a.O. Rn. 16).

[33] Der Kl. hat das Zurückbehaltungsrecht auch erst geltend gemacht, nachdem er ordnungsgemäß abgerechnet hat. Zum Zeitpunkt der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts war die Honorarforderung des Kl. nach § 10 RVG einforderbar, was Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht des Kl. gem. § 50 III 1 BRAO a.F. war.

[34] Die Bekl. war daher mangels Verstoßes des Kl. gegen § 50 III BRAO a.F. nicht gem. § 73 II Nr. 1, 4 BRAO berechtigt, dem Kl. eine missbilligende Belehrung zu erteilen.

HINWEISE DER REDAKTION:

Grundsätzlich ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, seinem Mandanten auf Verlangen die gesamte Handakte herauszugeben. Soweit der Anwalt die Herausgabe wegen Geheimhaltungsinteressen anderer Mandanten verweigert, hat er dies nachvollziehbar darzulegen (vgl. BGH, BRAK-Mitt. 2018, 205).

WERBUNG

UNSACHLICHE WERBUNG UND UNZULÄSSIGE ERFOLGSHONORARVEREINBARUNG

BRAO §§ 43b, 49b II; BORA § 6; RVG § 4a

* 1. Die Verteilung von Pin-Up-Kalendern durch einen Rechtsanwalt an potentielle Mandanten stellt eine unzulässige Werbung i.S.d. § 43b BRAO i.V.m. § 6 I BORA dar. Hierbei wird ein reklamehaftes Anpreisen in den Vordergrund gestellt, das mit der eigentlichen Leistung des Anwalts und dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats nichts zu tun hat.

* 2. Enthält die von einem Rechtsanwalt veröffentlichte Anzeige ein Bild mit der Abbildung eines Flüchtlingskindes und den Text „Deutschland benötigt Zuwanderung junger Fachkräfte“, handelt es sich hierbei um eine effektheisende Reklame, die Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich am Gewinn orientierten Verhaltens ist. Eine solche Werbung ist auch bei einer verfassungskonformen Auslegung des § 43b BRAO nicht hinnehmbar.

* 3. Allein der Umstand, dass ohne eine Erfolgshonorarvereinbarung die Rechtsverfolgung für den Mandanten wesentlich erschwert worden wäre oder die Vergütungsvereinbarung des Mandanten die Prozessführung erleichtert, genügt angesichts des klaren und eindeutigen Wortlautes des § 4a RVG nicht, um ausnahmsweise eine Erfolgshonorarvereinbarung zuzulassen.

AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 6.12.2019 – 2 AGH 3/19

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Mit Urteil v. 23.3.2017 (BRAK-Mitt. 2017, 132) hat das LG Köln klargestellt, dass bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen Berufsrecht kein Versicherungsschutz gegeben ist.

WERBUNG MIT DEN BEGRIFFEN EXPERTE UND SPEZIALIST

BRAO § 43b; BORA § 7

* 1. Die Verwendung der Begriffe „Experte“ oder „Spezialist“ stellt keine Verwechslungsgefahr gem. § 7 II BORA in Bezug auf Fachanwaltschaften dar, da dem kundigen Rechtsuchenden zuzutrauen ist, dass er den Fachanwalt nicht mit diesen Begriffen gleichsetzt.

* 2. Die Verwendung der vorgenannten Begriffe als qualifizierende Zusätze gem. § 7 I 2 BORA setzt voraus, dass der Rechtsanwalt Kenntnisse aufweist, die denen eines Fachanwalts entsprechen. Andernfalls liegt eine Irreführung i.S.d. § 7 II BORA vor.

* 3. Für die Richtigkeit seiner Selbsteinschätzung trägt der Rechtsanwalt die Darlegungs- und Beweislast. Dem Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des § 7 I 2 BORA wird der Rechtsanwalt nicht dadurch gerecht, dass er die Teilnah-

me an einem Fachanwaltskurs belegt. Vielmehr sind auch das erfolgreiche Bestehen der Leistungskontrollen und die praktischen Erfahrungen nachzuweisen.

* 4. Die Verwendung der Begriffe „Experte“ und „Spezialist“ ohne Vorliegen der Voraussetzung des § 7 I 2 BORA stellt eine irreführende Werbung i.S.d. § 43b BRAO dar.

AnwG Frankfurt, Beschl. v. 9.1.2020 – IV AG 27/19

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Mit Urteil v. 5.12.2016 (BRAK-Mitt. 2017, 42) hat der BGH entschieden, dass derjenige, der den Titel „Fachanwalt für Erbrecht“ führt und sich zugleich als „Spezialist für Erbrecht“ bezeichnet, beides nicht synonym verwendet, sondern zum Ausdruck bringt, dass seine Kenntnisse und praktischen Erfahrungen die eines „Nur-Fachanwalts“ nicht nur unerheblich überschreiten (vgl. *Offermann-Burckart*, BRAK-Mitt. 2017, 10).

ZULASSUNG

WIDERRUF WEGEN VERMÖGENSVERFALLS

BRAO § 14 II Nr. 7

* 1. Ein Vermögensverfall scheidet mangels einer Gefährdung von Interessen der Rechtsuchenden dann aus, wenn der Rechtsanwalt nachweist, dass die Eintragung im maßgeblichen Zeitpunkt bereits tilgungsreif war, weil die ihr zugrundeliegende Forderung schon vollständig getilgt war.

* 2. Die Vermutungswirkung des § 14 II Nr. 7 wird durch die Eintragung im Schuldnerverzeichnis begründet. Hierfür genügen Titel und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

* 3. Im Widerrufsverfahren nach § 14 II Nr. 7 BRAO werden Titel und Vollstreckungsmaßnahmen nicht auf ihre inhaltliche und verfahrensrechtliche Richtigkeit geprüft. Behauptete Fehler sind in den jeweils vorgesehenen Verfahren geltend zu machen.

* 4. Ein Rechtsanwalt, der im Schuldnerverzeichnis eingetragen ist, muss zur Widerlegung der Vermutung ein vollständiges und detailliertes Verzeichnis seiner Gläubiger und seiner Verbindlichkeiten zum maßgeblichen Beurteilungszeitraum vorlegen und konkret – ggf. unter Vorlage eines nachvollziehbaren bzw. realistischen Tilgungsplans – dartun, dass seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse nachhaltig geordnet sind.

* 5. Nach der in § 14 II Nr. 7 BRAO zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertung ist mit einem Vermögensverfall eines Rechtsanwalts grundsätzlich eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden verbunden. Die Annahme einer Sondersituation setzt zumindest voraus, dass der Rechtsanwalt seine anwaltliche Tätigkeit nur noch für eine Sozietät ausübt und mit dieser rechtlich abgesicherte Maßnahmen verabredet hat, die eine Gefährdung der Mandanten effektiv verhindern.

BGH, Beschl. v. 11.12.2019 – AnwZ (Brfg) 50/19

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Die Gefahr, dass ein in Vermögensverfall geratener Rechtsanwalt ihm anvertraute Gelder (wenigstens zeitweise) für eigene Zwecke verwendet, wird auch nicht durch die Einrichtung eines Anderkontos zur Verwaltung von Fremdgeldern ausgeschlossen. Dies hat der BGH mit Beschluss v. 9.2.2015 (BRAK-Mitt. 2015, 200) klargestellt. Immer wieder passiere es, dass Zahlungen per Scheck oder in bar erfolgten. Bei diesen Zahlungen hänge es ausschließlich vom Willen des Rechtsanwalts ab, ob er die erhaltenen Beträge bestimmungsgemäß verwendet oder nicht.

SYNDIKUSANWÄLTE

ZULASSUNG EINES GRUPPENLEITERS IM BEREICH „RECHTSSCHUTZ SCHADEN“

BRAO §§ 46, 46a

* 1. Die anwaltliche Tätigkeit bei einer Rechtsschutzversicherung kann mit einer Zulassung als Syndikus vereinbar sein.

* 2. Dass ein Syndikusrechtsanwalt durch weitere Mitarbeiter unterstützt wird, spricht nicht gegen die Annahme einer anwaltlichen Prägung, weil auch in größeren Anwaltskanzleien Rechtsanwältinnen durch angestellte Berufsträger gearbeitet wird.

Bayerischer AGH, Urt. v. 16.1.2020 – BayAGH III-4-19/2018 n.rkr.

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

KEINE TÄTIGKEIT IN RECHTSANGELEGENHEITEN DES ARBEITGEBERS

BRAO §§ 46, 46a

*** Bei der Frage, ob ein Berufsträger in Rechtsangelegenheiten seines Arbeitgebers anwaltlich tätig wird, ist scharf zwischen den Tätigkeitsbereichen Verhandlung und Abschluss der Verträge mit dem Kunden einerseits sowie der Durchführung und Erfüllung dieser Kundenverträge andererseits zu unterscheiden. Während eine Mitwirkung im ersten Bereich unter Umständen eine Besorgung von Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers darstellen kann, ist dies im zweiten Bereich, der einen hiervon zu trennenden eigenständigen Tätigkeitskomplex betrifft, jedenfalls nicht der Fall.**

Bayerischer AGH, Urt. v. 18.12.2019 – BayAGH I-1-5/19 n.rkr.

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Betreut ein Syndikusrechtsanwalt originäre Arbeitnehmer-Rechtsangelegenheiten der Mitarbeiter bzw. Mitarbeitervertretungen dritter Rechtsträger, stellt dies auch dann keine Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers dar, wenn dieser die Mitarbeiter den Dritten zur Verfügung stellt (BRAK-Mitt. 2019, 46).

ZULÄSSIGKEIT EINES FESTSTELLUNGSBESCHIEDS EINER RECHTSANWALTSKAMMER

BRAO §§ 46, 46a

*** 1. Eine Rechtsanwaltskammer ist befugt, per Bescheid festzustellen, dass eine Änderung im bestehenden Arbeitsverhältnis eines Syndikusrechtsanwalts unwesentlich ist.**

*** 2. Eine teleologische Auslegung des § 46b III 1 Alt. 2 BRAO ergibt, dass die insoweit von einer Rechtsanwaltskammer getroffene Feststellung vom Tatbestand dieser Norm mitumfasst ist.**

Bayerischer AGH, Urt. v. 11.12.2019 – BayAGH III-4-4/2019 n.rkr.

AUS DEM TATBESTAND:

Herrn Rechtsanwalt C., der mit Senatsbeschluss v. 2.4.2019 beigeladen wurde, war am 13.12.2017 die Zulassung als Syndikusanwalt für seine Tätigkeit bei der U. GmbH erteilt worden.

Zum Stichtag 1.1.2019 wurde die U. GmbH mit der U. Retail GmbH mit Sitz in M. verschmolzen. Beide GmbHs sind Töchter der U.-Gruppe. Die Verschmelzung wurde am 30.8.2018 im Handelsregister des AG München eingetragen. Die arbeitsvertraglichen Regelungen bezüglich der Tätigkeit des Beigeladenen gelten nach Ver-

schmelzung unverändert fort. Lediglich die Bezeichnung der beruflichen Position des Beigeladenen wurde zum 1.4.2019 von „Senior Legal Advisor, Europe“ in „Senior Legal Counsel, EMEA“ geändert.

Mit Schreiben v. 10.1.2019 beantragte der Beigeladene bei der Bekl., festzustellen, dass eine unwesentliche Änderung vorliege und die Voraussetzungen für seine Zulassung als Syndikusanwalt weiterhin gegeben seien.

Mit Bescheid v. 21.2.2019, der Kl. als für den Beigeladenen zuständiger gesetzlicher Rentenversicherungsträgerin zugestellt am 28.2.2019, stellte die Bekl. fest, dass die dem Beigeladenen mit Bescheid v. 13.12.2017 (...) erteilte Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt die für die U. Retail GmbH auszuübende Tätigkeit mit umfasst.

Mit Schriftsatz v. 28.3.2019, eingegangen beim Bayerischen AGH am gleichen Tag, beantragt die Kl. im Wege der Klage, den Widerspruchsbescheid der Bekl. v. 21.2.2019, zugestellt am 28.2.2019, aufzuheben. Mit Schriftsatz v. 11.6.2019, eingegangen beim Bayerischen AGH am 17.6.2019, berichtigt die Kl. ihren Klageantrag dahingehend, dass nunmehr beantragt wird, den Bescheid der Bekl. v. 21.2.2019, ihr zugestellt am 28.2.2019, aufzuheben.

Sie führt zur Begründung im Wesentlichen aus, die Kl. habe hinsichtlich der von ihr behaupteten Verschmelzung der bisherigen Arbeitgeberin des Beigeladenen mit der U. Retail GmbH weder einen Verschmelzungsvertrag in Ablichtung noch einen Handelsregisterauszug vorgelegt. Die Voraussetzungen für den Erlass eines die Kl. als Rentenversicherungsträgerin bindenden Verwaltungsaktes auf der Grundlage der §§ 46a II, 46b II oder III BRAO lägen nicht vor. Es fehle an einer Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid der Bekl. v. 21.2.2019. Hierin liege ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Der von der Bekl. erlassene Bescheid belaste die Kl., da dieser die Weitergeltung der Befreiung des Beigeladenen von der Rentenversicherungspflicht beinhalte.

Die Bekl., die Klageabweisung beantragt, vertritt klageerwidern unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerwG v. 20.8.2014, Az.: ..., die Auffassung, die Befugnis für den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes müsse sich dem Gesetz lediglich im Wege der Auslegung entnehmen lassen.

Gemäß § 46b III BRAO sei die Kammer zuständig für die Erstreckung der Zulassung des Beigeladenen als Syndikusanwalt, sofern weitere Arbeitsverhältnisse aufgenommen werden oder innerhalb bereits bestehender Arbeitsverhältnisse eine wesentliche Änderung der Tätigkeit eintritt. Sie sei daher auch berechtigt gewesen, einen feststellenden Verwaltungsakt zu erlassen, der die Unwesentlichkeit einer eingetretenen Änderung für die Tätigkeit des Beigeladenen als Syndikusrechtsanwalt feststelle. Dieser feststellende Verwaltungsakt binde entsprechend § 46a II 4 BRAO die Kl. bei der Entscheidung über die Befreiung des Beigeladenen von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht nach dem SGB.

Der Beigeladene beantragt in seiner Stellungnahme v. 16.7.2019 ebenfalls Klageabweisung und führt insbesondere aus, die Wirkungen der Verschmelzung träten mit Eintragung in das Handelsregister gem. § 20 I UmwG ein. Einer Vorlage des Verschmelzungsvertrages bedürfe es daher nicht. Zum Zeitpunkt der Eintragung der Unternehmensumwandlung gingen auch die betroffenen Arbeitsverhältnisse auf das übernehmende Unternehmen über.

Dem verfahrensgegenständlichen Bescheid fehle es auch nicht an einer Ermächtigungsgrundlage. Einer solchen bedürfe es im Übrigen gar nicht, da der Bescheid keine belastende Wirkung für die Kl. entfalte: Die Feststellung, dass keine wesentliche Änderung des bestehenden Arbeitsverhältnisses eingetreten ist, sei als Weniger im Rahmen der Beurteilung der Voraussetzungen des § 46b III BRAO enthalten.

Zur Ergänzung wird auf den Bescheid der Bekl. v. 21.2.2019, die hiergegen erhobene Klage, die Klageerwiderung und die Stellungnahme des Beigeladenen Bezug genommen.

II. Die Klage ist zulässig:

Gegen den Bescheid der Bekl. v. 21.2.2019 ist gem. § 112c I BRAO, § 42 I VwGO die Anfechtungsklage statthaft. Die Kl. ist auch gem. §§ 46b III, 46a II 3 BRAO klagebefugt.

Hinsichtlich der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken; insbesondere wurde die einmonatige Klagefrist, § 112c BRAO i.V.m. § 74 VwGO, gewahrt. Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens war nicht erforderlich, Art. 15 II AG-VwGO. Die Klageänderung v. 11.6.2019 ist sachdienlich, weil sie den Klagegegenstand berichtigt; sie ist daher gem. § 91 I VwGO zulässig.

Die Klage bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg:

1. Der Vorbehalt des Gesetzes, der Bestandteil des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist (Art. 20 III GG), verlangt von Verfassungen wegen grundsätzlich ein Gesetz als Voraussetzung von Verwaltungshandeln. Er hat seinen klassischen Anwendungsbereich bei den Eingriffen in Freiheit und Eigentum (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl., 2018, Rn. 46–53 zu § 44 VwVfG) und findet vorliegend im Hinblick darauf Anwendung, dass der Bescheid der Bekl. die Kl. dadurch belastet, dass er den Beigeladenen von der Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit.

Die Bekl. kann hier jedoch den von ihr erlassenen Feststellungsbescheid auf § 46b III 1 2. Alt. BRAO stützen:

Nach dieser Vorschrift ist auf Antrag die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nach Maßgabe des § 46a BRAO auf eine geänderte Tätigkeit zu erstrecken, falls innerhalb eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses eine wesentliche Tätigkeitsänderung eintritt.

2. Obwohl sich die anwaltliche Tätigkeit des Beigeladenen in Folge der Verschmelzung unstreitig nicht wesentlich geändert hat und gerade dieser Sachverhalt in § 46b III 1 2. Alt. BRAO nicht ausdrücklich geregelt ist,

§ 46b III 1 Alt. 2 = Ermächtigungsgrundlage

stützen:

a) Bei scheinbaren Gesetzeslücken stehen nämlich auch im Bereich des Verwaltungsrechts die herkömmlichen Auslegungsmethoden zur Verfügung, vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Rn. 53 zu § 44 VwVfG.

Die teleologische Auslegung der streitgegenständlichen Vorschrift ergibt, dass die von der Bekl. getroffene Feststellung vom Tatbestand des § 46b III 1 2. Alt. BRAO mit umfasst ist:

Denn die Feststellung, dass die dem Beigeladenen erteilte Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusanwalt die nach Unternehmensverschmelzung nunmehr für die U. Retail GmbH auszuübende, unveränderte anwaltliche Tätigkeit mit umfasst, ist ein Weniger zu dem in § 46b III BRAO geregelten Sachverhalt der Erstreckung der Zulassung als Syndikusanwalt bei geänderter Tätigkeit:

Nachdem es Sinn und Zweck des § 46b III BRAO ist, die Erstreckung der (tätigkeitsbezogenen) Zulassung als Syndikusanwalt selbst bei einer Tätigkeitsänderung unter den in § 46a BRAO genannten Voraussetzungen zu ermöglichen, ergibt die teleologische Auslegung der Vorschrift, dass eine Zulassungserstreckung bei einer bloßen Unternehmensverschmelzung ohne Tätigkeitsänderung vom Sinn und Zweck der Vorschrift mitumfasst ist.

b) Ein Fall der Unternehmensverschmelzung liegt zur Überzeugung des Senats vor: Entgegen der von der Kl. geäußerten Rechtsauffassung sind nämlich gem.

§ 20 I Nr. 1 UmwG mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des AG München als Sitz des übernehmenden Rechtsträgers am 30.8.2018 die Wirkungen der Verschmelzung eingetreten:

Der in § 20 I Nr. 1 UmwG geregelte Vermögensübergang ordnet eine sich automatisch vollziehende Gesamtrechtsnachfolge an (vgl. *Leonard*, in *Semler/Stengel*, UmwG, 4. Aufl., 2017, Rn. 8 zu § 20 UmwG). Auch die beim übertragenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen mit der Eintragung der Verschmelzung nach § 20 I Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger über (vgl. *Simon*, in *Semler/Stengel*, UmwG, Rn. 35 zu § 20 UmwG). Der Vorlage eines Verschmelzungsvertrages bedarf es insoweit nicht.

3. Dass die Bekl. sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben des Mittels des feststellenden Verwaltungsaktes bedienen kann, obwohl dies nicht ausdrücklich in § 46b III BRAO erwähnt ist, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.8.2014 – 6 C 15.13, zitiert nach BeckRS 2014, 56485, Rn. 23), wenn sich diese Befugnis dem Gesetz im Wege der Auslegung entnehmen lässt (vgl. BVerwG, a.a.O.). Diese Befugnis ist für den hier einschlägigen

§ 46b III 1 2. Alt. BRAO nach dessen Sinn und Zweck zu bejahen:

Nachdem die Vorschrift eine – weiter als die von der Bkl. getroffene Feststellung gehende – Erstreckung der Zulassung des Beigeladenen umfasst, beinhaltet sie auch die weniger weit gehende Befugnis für die von der Bkl. getroffene Feststellung, vgl. hierzu auch: Ewer, AnwBl. 2016, 721 f., hier Ziffer III.

Diese Feststellung erlaubt es nämlich, Sinn und Zweck des § 46b III BRAO entsprechend, im vorliegenden Fall auch ohne eine Zulassungserstreckung Klarheit über die Frage herbeizuführen, ob die Unternehmensverschmelzung die Zulassung des Beigeladenen als Syndikusrechtsanwalt berührt.

ANMERKUNG:

Der AGH hat hier eine im Zusammenhang mit dem Syndikusrecht wichtige Frage zugunsten der Syndikusrechtsanwälte und der Kammern entschieden. Gemäß § 46b IV 1 Nr. 4 BRAO ist der Syndikusrechtsanwalt verpflichtet, der RAK mitzuteilen, wenn sich seine Tätigkeit beim gleichen Arbeitgeber, für die er über eine Syndikuszulassung verfügt, wesentlich ändert. Und wenn es sich um eine wesentliche Änderung handelt, dann muss der Syndikusrechtsanwalt einen Erstreckungsantrag gem. § 46b III BRAO stellen.

Was eine „wesentliche Änderung“ ist, ist bisher unklar. Im Grundsatz ist meines Erachtens davon auszugehen, dass dann, wenn sich eines der insgesamt sechs Merkmale der Syndikustätigkeit verändert, die Änderung dabei wesentlich ist. Die sechs Merkmale sind die fachliche Unabhängigkeit, die Prägung und die vier Merkmale des § 46 III Nr. 1–4 BRAO. Zum Beispiel: Wird eine bisher erteilte Prokura durch eine Änderung der Tätigkeit (Wechsel vom Vertragsrecht zum Arbeitsrecht – an sich nicht wesentlich) zu einer Generaltermisvollmacht für alle Arbeitsgerichtsverfahren des Arbeitgebers, ist dies wesentlich. Dabei erfüllt die Generaltermisvollmacht das Merkmal des § 46 III Nr. 4 BRAO (verantwortliches Auftreten nach außen), die Zulassung bliebe erhalten. Der Wegfall eines der Merkmale kann auch zu einem Widerruf der Syndikuszulassung führen, dies ist in der Praxis der Ausnahmefall.

Allerdings herrscht bei vielen Syndikusrechtsanwälten und ihren Arbeitgebern große Verunsicherung, wann eine wesentliche Änderung vorliegt. Sie wünschen sich zu Recht von ihrer Rechtsanwaltskammer eine verbindliche Aussage darüber, ob eine konkrete Änderung wesentlich ist oder nicht. Denn wenn eine Änderung wesentlich sein sollte, dann ergeben sich hieraus auch befreiungsrechtliche Folgen in Bezug auf den § 6 SGB VI und die Bindung der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) nach § 46a II BRAO. Ist eine Änderung tatsächlich wesentlich, müsste zum Zeitpunkt der Änderung eine Ummeldung vom Versorgungswerk zur DRV stattfinden und eine Rückabwicklung nach einer bestandskräftigen positiven Entscheidung der Rechtsanwaltskammer, dass der Fall einer Erstreckung vorliegt. Ist eine Änderung „nicht wesent-

lich“, ist sowohl gegenüber der Kammer als auch gegenüber der DRV nichts zu unternehmen (s. dazu auch Huff, ZUJ 2020/1, 10 [11]).

Viele Syndikusrechtsanwälte stellen daher vorsorglich einen Erstreckungsantrag oder möchten von der RAK die verbindliche Feststellung haben, dass die Veränderungen nicht wesentlich sind. Ein typischer Fall ist die Beförderung in der Linie mit Übernahme von geringfügiger Führungsverantwortung, aber weiterhin prägender anwaltlicher Tätigkeit. Die Vorgehensweisen der RAKn sind hier unterschiedlich. Manche geben einfach einem Erstreckungsantrag statt, auch wenn keine wesentliche Änderung vorliegt, andere lehnen die Erstreckung ab und stellen fest, dass die ursprüngliche Zulassung weiter besteht. Einen guten – dritten – Weg ist die RAK Nürnberg (wie auch z.B. die RAK Köln) gegangen. Sie entscheidet über einen Antrag des Mitglieds auf Feststellung, dass eine Änderung nicht wesentlich ist. Im entschiedenen Fall war es streng genommen keinerlei Änderung, denn die Verschmelzung führt auch nach der Ansicht der DRV zu keinerlei Veränderung des Arbeitsvertrags.

Aber die RAK hat, nach Anhörung der DRV gem. § 46a II BRAO, durch eigenen Verwaltungsakt festgestellt, dass die Änderung nicht wesentlich ist. Dagegen hat die DRV geklagt, weil es für diesen Verwaltungsakt keine Ermächtigungsgrundlage gäbe.

Doch sagt zu Recht der AGH. Zwar sei der Fall einer „nicht wesentlichen Änderung“ gesetzlich nicht geregelt. Aber mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden könne der Fall gelöst werden. Der AGH stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des BVerwG. Hier werde, so kann man es zusammenfassen, zulässigerweise über ein „weniger“ als die Erstreckung entschieden.

Dieser Weg des AGH ist ausdrücklich zu begrüßen und es ist zu hoffen, dass der BGH, der von der DRV angerufen wurde (Aktenzeichen AnwZ [Brfg] 8/20), dem AGH im Ergebnis folgt.

Zu überlegen wäre, ob es nicht noch eine andere Begründung für einen zulässigen Feststellungsantrag gibt. Gemäß § 73 II Nr. 1 BRAO haben die Kammern ihre Mitglieder „zu beraten und zu belehren“. Daraus hat sich z.B. der sog. „belehrende Hinweis“ als Verwaltungsakt der Kammer gegenüber dem Mitglied entwickelt, der von dem Mitglied beim AGH/BGH gem. § 112a I BRAO angefochten werden kann, wenn er belastend ist. Beispiele dafür sind Fragen der Werbung oder der Briefbogengestaltung. Der BGH ist, wenn es sich um eine missbilligende Belehrung handelt diesen Weg mitgegangen (s. dazu nur Lauda, in Gaier/Wolf/Göcken, 3. Aufl. 2020, § 73 Rn. 27a). Wenn die RAK auf einen Antrag des Mitglieds durch einen Verwaltungsakt reagiert, dann erfüllt es die Aufgaben gem. § 73 II Nr. 1 BRAO. Lehnt sie beispielsweise die begehrte Feststellung ab, steht dem Mitglied die Anfechtungsklage offen. Und wenn sie dann den Dritten, die DRV, gem. § 46a II BRAO, beteiligt und diese mit dem Ergebnis nicht einverstanden ist, dann kann sie ebenfalls klagen. Dies wäre noch der klarere Weg als der Weg über das „weniger“ des Erstreckungsantrags.

Von Seiten der DRV ist zu hören, dass man hier aus grundsätzlichen Erwägungen eine Klärung haben möchte. Wenn der BGH für keine Klarstellung sorgt, wäre der Gesetzgeber im Rahmen der ausstehenden Evaluierung gefordert, eine klare Regelung zu schaffen und dies im Interesse aller Beteiligten (s. dazu und zu weiteren Anpassungsnotwendigkeiten Huff, ZUJ 2020, 10 ff.).

Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln

UNVEREINBARE TÄTIGKEIT BEI EINEM IMMOBILIENVERWALTER UND -MAKLER

BRAO § 7 Nr. 8

* 1. Selbst wenn der Schwerpunkt einer zweitberuflichen Tätigkeit im Bereich der Hausverwaltung und nicht bei der Maklertätigkeit liegt, ist dies unbeachtlich, da es auf den genauen Umfang der makelnden Tätigkeit nicht ankommt.

* 2. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, wenn der Rechtsanwaltsberuf in Deutschland und der Maklerberuf in Österreich ausgeübt werden soll.

Bayerischer AGH, Urt. v. 6.11.2019 – BayAGH I-5-39/18 n.rkr.

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdende Interessenkollisionen liegen bei all jenen unternehmerischen Aktivitäten nahe, die in besonderer Weise die Möglichkeit bieten, aus der anwaltlichen Tätigkeit stammende Informationen zweckwidrig zu nutzen.

VORAUSSETZUNGEN EINER ANWALTlichen TÄTIGKEIT ALS SYNDIKUSRECHTSANWALT

BRAO §§ 46, 46a

* 1. Es müssen nicht alle in § 46 III BRAO aufgezählten Merkmale in genau gleichem Maße erfüllt sein.

Die entsprechenden Tätigkeitsmerkmale müssen zwar kumulativ vorliegen; dies erfordert aber nicht, dass alle Tätigkeiten anteilig in gleichem Umfang ausgeübt werden. Das Merkmal der Prägung bezieht sich nicht auf die einzelnen Tätigkeiten, sondern auf die Gesamttätigkeit.

* 2. Unter die Erteilung von Rechtsrat gegenüber dem Arbeitgeber i.S.v. § 46 III Nr. 2 BRAO fällt beispielsweise auch die Darstellung abstrakter Rege-lungskomplexe bzw. deren schriftliche Aufarbeitung und die Bekanntgabe sowie Erläuterung von Ent-scheidungen im Einzelfall. Kurzgutachten können ebenso hierunter fallen wie Schulungen zur Durch-setzung konkreter Vorgaben.

Bayerischer AGH, Beschl. v. 7.10.2019 – BayAGH III-4-11/18 n.rkr.

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Ist ein Jurist mit der Erstellung von bzw. Mitwirkung in Rechtstipps-Videos bzw. juristischen Ratgebern befasst, rechtfertigt dies für sich allein noch keine Zu-lassung als Syndikusrechtsanwalt (vgl. Bayerischer AGH, BRAK-Mitt. 2018, 214).

TÄTIGKEIT IN RECHTSANGELEGENHEITEN DES ARBEITGEBERS

BRAO § 46a V

* Rechtsangelegenheiten von Kunden des Arbeitgebers werden nicht dadurch, dass sie über andere Mitarbeiter an den Berufsträger herangetragen werden, zu Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers. In welcher Sphäre eine Rechtsbesorgung erfolgt, ist unerheblich. Man muss sich nicht körperlich zu einem Kunden begeben, um dessen Rechtsangelegenheiten zu besorgen.

Bayerischer AGH, Urt. v. 30.9.2018 – BayAGH I-41/18 n.rkr.

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

ABWICKLUNG UND VERTRETUNG

VERGÜTUNGSANSPRÜCHE DES KANZLEIABWICKLERS

BRAO §§ 53 IX, X, 55 III 1; InsO §§ 54, 55 I, 108 I 1, 115, 116, 324 I

1. Die Ansprüche des Abwicklers einer Rechtsanwaltskanzlei auf Vergütung für seine Tätigkeit stellen keine Masseverbindlichkeiten dar.

2. Bürgerlich-rechtliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Kanzleiabwickler und dem ehemaligen

Rechtsanwalt bestehen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Rechtsanwalts nicht zu Lasten der Masse fort, soweit der ehemalige Rechtsanwalt als Auftraggeber anzusehen ist.

3. Ein Dienstvertrag des Schuldners, der kein Dauerschuldverhältnis begründet, besteht nicht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt auch für Anwaltsverträge.

BGH, Urt. v. 28.11.2019 – IX ZR 239/18

AUS DEM TATBESTAND:

[1] Die klagende RAK (fortan: Kl.) bestellte Rechtsanwalt A. zum Abwickler der Kanzlei des zum 16.8.2017 aus der RAK ausgeschiedenen Rechtsanwalts K. (fortan: Schuldner). Mit Beschl. v. 9.11.2017 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners und bestellte den Bekl. zum Insolvenzverwalter.

[2] Die Kl. setzte zugunsten von Rechtsanwalt A. für seine Tätigkeit als Abwickler Vergütungen mit zwei Bescheiden fest. Danach betrug die festgesetzte Vergütung für die Zeit von 24.8. bis 8.11.2017 insgesamt 1.044,50 Euro und für die Zeit von 9.11. bis 31.12.2017 weitere 591,51 Euro. Rechtsanwalt A. erzielte keine Einnahmen, aus denen er sich für die festgesetzte Vergütung hätte befriedigen können. Die Kl. zahlte ihm diese Vergütung daher aus. Mit ihrer Klage verlangt sie vom Bekl. 1.636,01 Euro erstattet.

[3] Das AG hat der Klage hinsichtlich der Vergütungen für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens i.H.v. 591,51 Euro stattgegeben und sie für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Sprungrevision verfolgt die Kl. ihre Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiter. Mit seiner Anschlussrevision erstrebt der Bekl. eine vollständige Klageabweisung.

AUS DEN GRÜNDEN:

[4] Die zulässige Sprungrevision hat keinen Erfolg; die zulässige Anschlussrevision führt zur vollständigen Klageabweisung.

[5] A. Das AG hat angenommen, der Kl. stünden Rückgriffsforderungen zu. Soweit diese vor Insolvenzeröffnung begründet worden seien, handele es sich um einfache Insolvenzforderungen. Die Kosten des bestellten Abwicklers könnten weder als Kosten des Insolvenzverfahrens nach § 54 InsO noch als sonstige Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO behandelt werden. Es liege auch keine Masseverbindlichkeit nach § 324 I Nr. 5 InsO vor. Die Norm sei nicht direkt anwendbar, weil sie nur ein Nachlassinsolvenzverfahren betreffe. Für eine analoge Anwendung sei kein Raum. Es sei bereits unklar, ob eine Regelungslücke bestehe. Der betroffene Rechtsanwalt könne nach § 53 II BRAO auch selbst seinen Vertreter bestellen, dessen vor Insolvenzeröffnung angefallene Vergütung zweifellos nur eine Insolvenzforderung darstelle. Daran ändere sich nichts, wenn der Vertreter von der RAK bestellt werde. Zudem bestehe im Unterschied zum Nachlassverwalter gem. § 53 X BRAO sogar eine Sicherung für die Vergütung des Abwicklers.

[6] Hinsichtlich der Zeiten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens handele es sich um eine Masseverbindlichkeit. Dies ergebe sich aus § 55 I Nr. 2 Fall 2 InsO, weil der Abwickler im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses bestellt werde. Demgemäß läge für seine Tätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine oktroyierte Masseverbindlichkeit vor.

[7] B. Dies hält rechtlicher Überprüfung nur teilweise stand.

[8] I. Gegenstand des Rechtsstreits sind die Rechtsanwalt A. gegen den Schuldner für seine Tätigkeit als Abwickler der Rechtsanwaltskanzlei zustehenden Vergütungsansprüche. Zwar macht im Streitfall nicht der Abwickler selbst seine Vergütungsansprüche geltend. Die Kl. verfolgt diese Ansprüche jedoch aus übergegangenem Recht.

[9] Die Kl. hat den Abwickler gem. § 55 V BRAO bestellt. Gemäß §§ 55 III, 53 X 4 BRAO steht dem Abwickler ein Vergütungsanspruch gegen den bisherigen Anwalt zu. Setzt der Vorstand der RAK die Vergütung fest, haftet die RAK für den Anspruch des Abwicklers auf die festgesetzte Vergütung gem. § 53 X 7 BRAO wie ein Bürge.

[10] Im Streitfall hat die Kl. die Vergütung des Abwicklers mit zwei Bescheiden in der geltend gemachten Höhe festgesetzt und an den Abwickler bezahlt. Damit ist der Vergütungsanspruch des Abwicklers gegen den Schuldner entsprechend § 774 I 1 BGB auf die Kl. übergegangen. Der Übergang setzt nicht voraus, dass der Bürge ausdrücklich als Bürge in Anspruch genommen worden ist (BGH, Urt. v. 14.1.1998 – XII ZR 103/96, WM 1998, 443, 446).

[11] II. Die Sprungrevision der Kl. ist unbegründet. Der Anspruch der Kl. für die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Vergütungsforderungen eines Abwicklers stellt keine Masseverbindlichkeit dar.

[12] 1. Die Voraussetzungen der §§ 54, 55 InsO hat das AG zutreffend verneint. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

[13] 2. Der Vergütungsanspruch des Abwicklers einer Rechtsanwaltskanzlei für seine Tätigkeit kann nicht in entsprechender Anwendung von § 324 I InsO als Masseverbindlichkeit eingeordnet werden. Ebenso wenig liegt § 324 I InsO ein allgemeines Prinzip zugrunde, das eine Rechtsanalogie ermöglichen würde.

[14] a) § 324 I InsO erweitert in enger Anlehnung an § 224 I KO für den Bereich der Nachlassinsolvenzverfahren den Kreis der Masseverbindlichkeiten (BT-Drs. 12/2443, 231 zu § 367 Reg-E). Die Vorschrift begünstigt Aufwendungen, die typischerweise nach Eintritt des Erbfalls im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung der Erbschaft erfolgt sind. Das Nachlassinsolvenzverfahren beruht nach der gesetzgeberischen Konzeption auf dem Grundsatz, dass die Wirkungen der Eröffnung soweit wie möglich auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen werden sollen (BT-Drs., a.a.O.). Schuldner i.S.d. Insolvenzrechts ist dabei der Nachlass (vgl. BT-Drs. 12/2443, 231 zu § 363 Reg-E). Auf dieser Grundlage sehen insbesondere § 324 I Nr. 4–6 InsO vor, dass Verbindlichkeiten und Kosten aus der Verwaltung des Nachlasses unter bestimmten Voraussetzungen Masseverbindlichkeiten im Nachlassinsolvenzverfahren darstellen.

Keine Masseverbindlichkeit

[15] b) Ob die Vergütung des Kanzleiabwicklers für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in entsprechender Anwendung des § 324 I InsO eine Masseverbindlichkeit darstellt, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird eine Einordnung auch der vorinsolvenzlichen Vergütungsansprüche als Masseverbindlichkeit bejaht (OLG Celle, BRAK-Mitt. 2002, 198 f.; OLG Rostock, ZIP 2004, 1857, 1858 f. unter II.3.a.bb; OLG Köln, ZIP 2009, 2395, 2396 unter II.1.a; MünchKomm-InsO/Siegmann, 3. Aufl., § 324 Rn. 12; Holzer, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2019, § 324 Rn. 10; FK-InsO/Schallenberg/Rafiqpoor, 9. Aufl., § 324 Rn. 23; HmbKomm-InsO/Böhm, 7. Aufl., § 324 Rn. 8; Staudinger/Dutta, BGB, 2016, § 1967 Rn. 38; Burandt/Rojahn/Bangha-Szabo, Erbrecht, 3. Aufl., § 324 InsO Rn. 6; Feuerich/Weyland/Schwärzer, BRAO, 9. Aufl., § 55 Rn. 51a; Sattler/Rickert, ZInsO 2006, 76, 77). Andere Stimmen verneinen die Frage (Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, 15. Aufl., § 324 Rn. 7; Braun/Bauch, InsO, 7. Aufl., § 324 Rn. 8; Nerlich/Römermann/Riering, InsO, 2004, § 324 Rn. 12; Tauchert/Dahns, in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., § 55 BRAO Rn. 61; Cranshaw, ZInsO 2019, 1033, 1047 f.). Der BGH hat dies bislang offengelassen (BGH, Ur. v. 23.6.2005 – IX ZR 139/04, ZIP 2005, 1742, 1743 unter III.1.b).

[16] c) Richtigerweise fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für eine Analogie.

Keine Analogie zu § 324 I InsO

Eine entsprechende Anwendung setzt zunächst voraus, dass die Interessenlage des gesetzlich geregelten Falles mit der des zu entscheidenden Falles übereinstimmt. Zusätzlich müssen auch die Wertungsgrundlage und die gesetzgeberische Interessenbewertung der Gesetzesnorm auf den zu entscheidenden Fall zutreffen. Schließlich darf die Übertragung der gesetzlichen Regelung auf den ungeregelten Fall nicht durch gesetzgeberische Entscheidung ausgeschlossen sein (BGH, Ur. v. 14.12.2017 – IX ZR 118/17, ZIP 2018, 233 Rn. 15). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Insbesondere ist § 324 I InsO kein Ausfluss eines allgemeinen Rechtsgedankens, dass die Kosten einer im Interesse der Gläubiger erfolgenden Verwaltung nach Insolvenzeröffnung vorrangig zu bedienen sind.

[17] aa) § 324 I Nr. 5 InsO ist nicht einschlägig, weil diese Vorschrift nur Verbindlichkeiten erfasst, die der Nachlasspfleger oder Testamentsvollstrecker zu Lasten des Nachlasses gegenüber Dritten begründet. Die Vergütung des Abwicklers stellt keine Verbindlichkeit aus einem mit einem Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäft dar.

[18] bb) Ebenso wenig können § 324 I Nr. 4, 6 InsO auf die Vergütungsansprüche eines Abwicklers einer Rechtsanwaltskanzlei entsprechend angewendet werden.

[19] (1) § 324 I Nr. 4 InsO erfasst Nachlassverwaltungsschulden und erklärt u.a. die Kosten einer Nachlasspflegschaft zu Masseverbindlichkeiten. Hierunter fällt auch die Vergütung der Nachlasspfleger und

Nachlassverwalter (BGH, Beschl. v. 15.12.2005 – IX ZA 3/04, FamRZ 2006, 411 m.w.N.; MünchKomm-InsO/Siegmann, § 324 Rn. 8). Nach § 324 I Nr. 6 InsO sind Masseverbindlichkeiten die Verbindlichkeiten, die für den Erben gegenüber einem Nachlasspfleger, einem Testamentsvollstrecker oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen entstanden sind, soweit die Nachlassgläubiger verpflichtet wären, wenn diese Personen die Geschäfte für sie zu besorgen gehabt hätten. Damit begründet diese Vorschrift Masseverbindlichkeiten unter dem Gesichtspunkt einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag für Aufwendungsersatzansprüche aus dieser Tätigkeit (vgl. Holzer, in Kübler/Prütting/Bork, § 324 Rn. 10; MünchKomm-InsO/Siegmann, § 324 Rn. 12). Der Sache nach betrifft dies einen Anspruch aus § 670 BGB (vgl. Holzer, a.a.O.; MünchKomm-InsO/Siegmann, a.a.O.); inwieweit sich dies auf eine Vergütung für die jeweilige Tätigkeit erstreckt, ist zweifelhaft (vgl. MünchKomm-InsO/Siegmann, a.a.O.; Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, § 324 Rn. 7).

[20] (2) Die rechtliche Lage eines Kanzleiabwicklers ist mit dieser Interessenlage und den diesen Bestimmungen zugrundeliegenden gesetzlichen Wertungen nicht vergleichbar. Eine entsprechende Anwendung der § 324 I Nr. 4, 6 InsO auf die Vergütungsansprüche des Abwicklers ist auch nicht als Rechtsanalogie zu einem allgemeinen Rechtsgedanken geboten. Es besteht kein allgemeiner Grundsatz des Insolvenzrechts, dass die Kosten einer im Interesse der Gläubiger vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfolgenden Verwaltung durch eine behördlich oder gerichtlich eingesetzte Vertrauensperson nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem verwalteten Vermögen vorweg zu decken sind.

[21] (a) Maßgebend für die Beurteilung, ob eine gegen den Schuldner gerichtete Forderung als Masseverbindlichkeit vorab aus der Masse zu berichtigen ist, sind die Normen des Insolvenzrechts (BGH, Ur. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, WM 2017, 379 Rn. 14). Vor diesem Hintergrund hat der BGH wiederholt eine Einordnung von Vergütungsansprüchen als Masseverbindlichkeiten wegen einer fehlenden gesetzlichen Grundlage abgelehnt. So stellt etwa der Vergütungsanspruch eines gemeinsamen Vertreters von Anleihegläubigern keine Masseverbindlichkeit dar (BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, WM 2016, 1547 Rn. 8 ff.; Ur. v. 12.1.2017, a.a.O. Rn. 12 ff.). Gleiches gilt für die Forderung des gemeinsamen Vertreters im Spruchverfahren auf Ersatz seiner Auslagen und Vergütung (BGH, Beschl. v. 15.1.2019 – II ZB 2/16, WM 2019, 643 Rn. 34 ff.). Auch der Vergütungsanspruch eines vorläufigen Insolvenzverwalters aus einem vorausgegangenem Insolvenzverfahren ist in einem neuen Insolvenzverfahren Insolvenzforderung, nicht Masseverbindlichkeit (BGH, Ur. v. 15.12.2011 – IX ZR 118/11, WM 2012, 276 Rn. 9 ff.).

[22] (b) § 324 I InsO ist eine Sonderform für das Nachlassinsolvenzverfahren. Die Vorschrift setzt kein allgemeines Prinzip um, dass die Kosten einer im Interesse

der Gläubiger erfolgenden Verwaltung nach Insolvenzeröffnung vorrangig zu bedienen sind. Sie beruht in erster Linie darauf, dass das Gesetz anstrebt, die Wirkungen eines Nachlassinsolvenzverfahrens so weit wie möglich auf den Erbfall vorzuverlagern (vgl. BT-Drs. 12/2443, 231). Demgemäß liegt der Hauptzweck des Nachlassinsolvenzverfahrens neben der gleichmäßigen Befriedigung der Nachlassgläubiger darin, dem Erben eine Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass zu ermöglichen (§ 1975 BGB; vgl. *Schmidt/Schmidt*, InsO, 19. Aufl., Vor § 315 Rn. 1; MünchKomm-InsO/*Siegmann*, Vor §§ 315–331 Rn. 1) und zugleich nur einen Zugriff der Nachlassgläubiger auf den Nachlass zuzulassen (§ 325 InsO). Die Nachlassinsolvenz folgt dem Prinzip der Vermögenstrennung und betrifft nur den Nachlass als ein Sondervermögen, nicht aber das Eigenvermögen des Erben (vgl. MünchKomm-InsO/*Siegmann*, Anh. § 315 Rn. 9). Auch wenn es sich beim Nachlass nicht um eine vollkommen statische Vermögensmasse handelt (vgl. BT-Drs., a.a.O., 230 f.), stehen das zum Nachlass gehörende Vermögen und die Nachlassverbindlichkeiten in der Regel mit dem Erbfall fest. Demgemäß wird der Eröffnungsgrund für ein Nachlassinsolvenzverfahren typischerweise bereits im Zeitpunkt des Erbfalls vorgelegen haben. Dies rechtfertigt die Rückbeziehung der Wirkungen auf den Erbfall.

[23] Unter diesen Voraussetzungen sieht das Gesetz es für angemessen an, Aufwendungsersatzansprüche aus der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses in bestimmtem Umfang als Masseverbindlichkeiten vorrangig zu befriedigen. Dies betrifft in erster Linie Ersatz für tatsächlich getätigte Aufwendungen oder gegenüber Dritten eingegangene Verbindlichkeiten (§ 324 I Nr. 1, 5, 6 InsO). Hier hielt der Gesetzgeber die für §§ 58, 59 KO (jetzt § 55 I InsO) sprechenden Gesichtspunkte ebenfalls für gültig, weil andernfalls die Insolvenzmasse auf Kosten Dritter bereichert würde (vgl. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 7, 1898, S. 254 zu § 224 KO). Diese Wertung trifft auf eine Vergütung nicht zu. Soweit der Gesetzgeber nach § 324 I Nr. 4 InsO auch bestimmte Kosten als Masseverbindlichkeiten einordnet, weil die der Insolvenzeröffnung vorausgehende Verwaltung des Nachlasses, aus der diese Kosten erwachsen, in ihrem Ergebnis auch den Nachlassgläubigern zugute kommt (vgl. *Hahn*, a.a.O. zu § 224 IV Nr. 4 KO), beruht dies darauf, dass ursprünglich eine Eröffnung des Nachlasskonkurses nur bei Überschuldung in Betracht kam (§ 215 KO) und die Konkursordnung davon ausging, dass die Konkursmasse statisch sei und der Eröffnungsgrund der Überschuldung daher bereits im Zeitpunkt des Erbfalls bestanden habe (vgl. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 4, Konkursordnung, 1881, S. 399 f.). Dass die Insolvenzordnung die Eröffnungsgründe für ein Nachlassinsolvenzverfahren erweitert hat (vgl. § 320 InsO), ändert nichts an der für § 324 InsO tragenden Überlegung, dass ein Insolvenzeröffnungsgrund typischerweise bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls vorliegt.

[24] Schließlich ist für § 324 I InsO bestimmend, dass die Tätigkeit des Nachlasspflegers und insbesondere des Nachlassverwalters das gesamte schuldnerische Vermögen erfasst. Gleiches gilt grundsätzlich für den Testamentsvollstrecker (§ 2205 S. 1 BGB). Die Aufgabe des Nachlasspflegers besteht in der Sicherung des Nachlasses (§ 1960 I 1 BGB). Der Sache nach handelt es sich um eine Art Vermögensverwaltung, bei welcher der Nachlasspfleger den Nachlass zu erhalten und zu verwalten sowie die Vermögensinteressen der Erben wahrzunehmen hat (vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB, 78. Aufl., § 1960 Rn. 9, 13). Der Nachlassverwalter ist – ähnlich wie ein Insolvenzverwalter – verpflichtet, den Nachlass abzuwickeln (vgl. Staudinger/*Dobler*, BGB, 2016, § 1975 Rn. 19). Denn die Nachlassverwaltung wird zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger angeordnet (§ 1975 BGB). In diesem Sinn betrifft die Tätigkeit von Nachlasspfleger, -verwalter oder Testamentsvollstrecker bereits die (zukünftige) Insolvenzmasse. Öffentliche Interessen werden mit einer Nachlasspflegschaft oder Testamentsvollstreckung grundsätzlich nicht verfolgt.

[25] (c) In diesen Punkten unterscheidet sich die Insolvenz eines Rechtsanwalts und die Lage des Abwicklers der Rechtsanwaltskanzlei erheblich von einer Nachlassinsolvenz und der Lage eines Nachlasspflegers. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Rechtsanwalts führt nicht zu einer Vermögensstrennung zwischen dem Privatvermögen des Rechtsanwalts und dem kanzleizugehörigen Vermögen. Das Vermögen eines Rechtsanwalts steht anders als bei einem Nachlass regelmäßig nicht ab einem Stichtag bereits fest; es unterliegt einer steten Veränderung, zumal der Rechtsanwalt weiter erwerbsfähig bleibt. Damit kann im Falle einer späteren Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Rechtsanwalts nicht angenommen werden, dass der Eröffnungsgrund typischerweise bereits vor der Bestellung eines Kanzleiabwicklers bestanden hat. Dass der Kanzleiabwickler bestellt wird, weil die Zulassung des Rechtsanwalts wegen Vermögensverfalls widerrufen worden ist (§ 14 II Nr. 7 BRAO), ist nur eine von mehreren Möglichkeiten.

[26] Anders als beim Nachlasspfleger oder Testamentsvollstrecker erstrecken sich die Befugnisse des Kanzleiabwicklers nur auf einen Teilbereich des schuldnerischen Vermögens (vgl. *Tauchert/Dahns*, in Gaier/Wolf/Göcken, § 55 BRAO Rn. 55). Er ist gerade nicht als Verwalter eines Vermögens tätig und rückt insbesondere nicht in allgemeine Verträge und Eigentumsrechte ein, sondern führt nur Mandate des ehemaligen Rechtsanwalts in eigener Person weiter (BGH, Urt. v. 7.2.2019 – IX ZR 5/18, WM 2019, 732 Rn. 24 m.w.N.). So stehen ihm grundsätzlich keine Befugnisse des ehemaligen Rechtsanwalts aus praxisbezogenen Mietverträgen, Arbeitsverträgen oder Eigentum zu (vgl. Feuerich/Weyland/*Schwärzer*, § 55 Rn. 20c). Seine Tätigkeit zielt in erster Linie darauf, die schwebenden Angelegenheiten zu beenden und auf die

se Weise die Anwaltskanzlei abzuwickeln (§ 55 II 1 BRAO; vgl. Feuerich/Weyland/Schwärzer, a.a.O. Rn. 4; Tauchert/Dahns, a.a.O. Rn. 4, 23, 55). In diesem Rahmen wird der Kanzleiabwickler nicht zum Zweck der Befriedigung von Gläubigern des Rechtsanwalts tätig. Die Bestellung eines Kanzleiabwicklers erfolgt zum Schutz der Mandanten, für die im Interesse der Rechtssicherheit die reibungslose Fortführung der laufenden Angelegenheiten sichergestellt werden soll, und in diesem Zusammenhang auch zur Wahrung des Ansehens der Anwaltschaft (BGH, Urt. v. 7.2.2019, a.a.O. Rn. 21).

[27] Es kommt hinzu, dass der Abwickler befugt ist, seine Vergütung aus den im Rahmen der Abwicklungstätigkeit erzielten Einnahmen zu entnehmen und gegen einen Herausgabeanspruch des Insolvenzverwalters gegebenenfalls aufzurechnen (vgl. BGH, Urt. v. 23.6.2005 – IX ZR 139/04, ZIP 2005, 1742, 1743). Soweit es an solchen Einnahmen fehlt, ist der Abwickler durch die Bürgenhaftung der RAK gem. § 53 X 7 BRAO geschützt. Für einen allgemeinen Grundsatz, dass Vergütungen für eine im Fremdinteresse ausgeübte Tätigkeit nach Insolvenzeröffnung vorrangig zu befriedigen sind, ist daher kein Raum. Ob der Abwickler weit mehr als ein Nachlasspfleger zur ordnungsgemäßen Abwicklung der Kanzlei beiträgt (so Münch-Komm-InsO/Siegmann, § 324 Rn. 12), ist kein gesetzliches Kriterium für eine Einordnung von Vergütungsansprüchen als Masseverbindlichkeit.

Schutz durch Bürgenhaftung der RAK

[28] III. Die Anschlussrevision des Bekl. ist begründet. Auch die Vergütungsansprüche des hier bestellten Abwicklers, die auf seine Tätigkeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfallen, stellen keine Masseverbindlichkeiten dar.

[29] 1. Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers können aus den dargelegten Gründen auch für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in entsprechender Anwendung des § 324 I Nr. 4–6 InsO als Masseverbindlichkeiten behandelt werden. Es kommt hinzu, dass diese Bestimmung keine erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Vergütungsansprüche des Nachlassverwalters erfasst, weil die Nachlassverwaltung mit der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens endet (§ 1988 I BGB).

[30] 2. Soweit angenommen wird, die Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers stellen gegenüber der Vergütung des Insolvenzverwalters vorrangige Masseverbindlichkeiten dar (OLG Celle, BRAK-Mitt. 2002, 198 f.; OLG Köln, ZIP 2009, 2395, 2396; Feuerich/Weyland/Schwärzer, § 55 Rn. 51a; Franke/Böhme, AnwBl. 2004, 339, 340), ist dies mit dem Gesetz nicht vereinbar. Was zu den Kosten des Insolvenzverfahrens gehört, ist in § 54 InsO gesetzlich definiert (BGH, Beschl. v. 14.10.2010 – IX ZB 224/08, ZIP 2010, 2252 Rn. 9). Die Regelung in § 54 Nr. 2 InsO beruht auf einer bewussten Abwägung des Gesetzgebers. Darin werden die zu berücksichtigenden Kosten des Verfahrens enumerativ

aufgeführt (BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, WM 2016, 1547 Rn. 22 m.w.N.). Die Vergütung des Kanzleiabwicklers gehört nicht hierzu. Die Regelungen der Insolvenzordnung über die Kosten des Insolvenzverfahrens beruhen auf gesetzlichen Wertungen, welche auf die Tätigkeit des Kanzleiabwicklers nicht zutreffen (vgl. BGH, Beschl. v. 14.7.2016, a.a.O. Rn. 13 ff. zur Vergütung des gemeinsamen Vertreters von Schuldverschreibungsgläubigern).

[31] 3. Die Vergütung des Kanzleiabwicklers unterfällt nicht § 55 I Nr. 1 Fall 2 InsO. Danach sind Masseverbindlichkeiten die in anderer Weise als durch Handlungen des Insolvenzverwalters durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründeten Verbindlichkeiten. Voraussetzung ist, dass die Verbindlichkeiten durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst werden oder jedenfalls einen Bezug zur Insolvenzmasse aufweisen (BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, WM 2017, 379 Rn. 19).

[32] a) Dies trifft auf die Tätigkeit des Kanzleiabwicklers nicht zu. Seine Tätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens betrifft nicht die Verwaltung, Verwertung oder Verteilung der Insolvenzmasse. Gemäß § 80 I InsO geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter über. Dies gilt grundsätzlich auch für das Vermögen eines in Insolvenz gefallenen Rechtsanwalts. Der Kanzleiabwickler hat gem. § 55 II BRAO die schwebenden Angelegenheiten abzuwickeln und insoweit auch die laufenden Aufträge fortzuführen. Diese auf eine möglichst unverzügliche Beendigung der Angelegenheiten zielende Tätigkeit (vgl. Tauchert/Dahns, in Gaier/Wolf/Göcken, § 55 BRAO Rn. 23) führt nicht dazu, dass seine Tätigkeit einen ausreichenden Bezug zur Insolvenzmasse aufweist.

[33] Der Kanzleiabwickler tritt nur bezüglich der anwaltlichen Rechte und Pflichten innerhalb der bestehenden Mandate an die Stelle des ausgeschiedenen Rechtsanwalts. Er übernimmt dessen anwaltliche Pflichten, Aufgaben und Befugnisse gegenüber dem Mandanten und den Gerichten, bei denen dieser Verfahren führt (vgl. Tauchert/Dahns, a.a.O.). Seine Rechtsstellung ist mithin auf die vorrangige Wahrnehmung der Interessen der Mandanten des Rechtsanwalts beschränkt (vgl. Tauchert/Dahns, a.a.O.). Dies stellt sich nicht als eine Verwaltung von Teilen der Insolvenzmasse dar. Die sonstigen Befugnisse des ehemaligen Praxisinhabers aus Mietverträgen, Arbeitsverträgen, Eigentum stehen dem Abwickler ohnehin grundsätzlich nicht zu (Feuerich/Weyland/Schwärzer, § 55 Rn. 20). Die Tätigkeit des Kanzleiabwicklers betrifft damit weder einen rechtlich selbstständigen Teil der Insolvenzmasse noch knüpft sie an eine auch nach Insolvenzeröffnung fortbestehende Rechtsstellung des Schuldners an. Gemäß § 14 II Nr. 7

BRAO ist die Zulassung des Schuldners zur Rechtsanwaltschaft vielmehr zu widerrufen, wenn der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist; dieser wird vermutet, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Rechtsanwalts eröffnet ist.

[34] b) Ein ausreichender Bezug zur Insolvenzmasse ergibt sich auch nicht dadurch, dass der Kanzleibewickler die Verpflichtungen des Schuldners aus den vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Anwaltsverträgen gegenüber den Mandanten erfüllt. Dies käme allenfalls in Betracht, wenn es sich bei den Verpflichtungen des Schuldners aus den Anwaltsverträgen um Masseverbindlichkeiten handelte. Die Kl. zeigt jedoch keinen Sachvortrag auf, der eine Einordnung der Verpflichtungen des Schuldners als Masseverbindlichkeiten begründet. Ebenso wenig zeigt sie auf, dass der Abwickler seine Tätigkeit nach Insolvenzeröffnung mit Einverständnis des Bekl. weitergeführt hat.

[35] aa) Allerdings erlöschen die Anwaltsverträge in der Insolvenz des beauftragten Rechtsanwalts nicht gem. §§ 115, 116 InsO gelten nicht für die Insolvenz des Beauftragten oder Geschäftsbesorgers (HK-InsO/*Marotzke*, 9. Aufl., § 115 Rn. 21, § 116 Rn. 10; Münch-Komm-InsO/*Vuia*, 4. Aufl., § 116 Rn. 4). Ebenso wenig führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Rechtsanwalts aus materiell-rechtlichen Gründen dazu, dass der Anwaltsvertrag beendet wird, zumal die Anwaltszulassung und damit die Prozessvollmacht oft bis zur Rechtskraft einer Rücknahme oder eines Widerrufs wirksam bleiben werden (*Rinkler*, in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 4. Aufl., § 1 Rn. 126).

[36] bb) Ansprüche des Mandanten auf weitere anwaltliche Dienstleistungen aus einem vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossenen Anwaltsvertrag stellen in der Insolvenz des Anwalts regelmäßig keine Masseverbindlichkeiten dar. Es ist kein Sachvortrag ersichtlich, auf dessen Grundlage der Abwickler zur Erfüllung von Masseverbindlichkeiten tätig geworden wäre. Sind die Erfüllungsansprüche des Mandanten nicht aus der Masse zu erfüllen, kann die auf sie bezogene Tätigkeit des Abwicklers keine Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 1 Fall 2 InsO begründen. Damit kann offenbleiben, inwieweit der Schuldner persönlich bei einem Anwaltsvertrag berechtigt und in der Lage ist, den Anwaltsvertrag nach Insolvenzeröffnung zu erfüllen. Ebenso kann offenbleiben, ob eine Erfüllung des Anwaltsvertrags durch den Schuldner persönlich Auswirkungen auf die Masse hätte.

[37] (1) Soweit die Dienste des Anwalts gem. § 613 S. 1 BGB im Zweifel in Person zu leisten sind, ist in der Insolvenz des Anwalts zweifelhaft, ob Ansprüche des Mandanten auf eine weitere Tätigkeit des Anwalts nach Insolvenzeröffnung sich gegen die Masse richten. So soll es im Falle einer persönlichen Dienstverpflichtung des Schuldners regelmäßig am erforderlichen Massebezug des in Rede stehenden Vertrags fehlen (vgl. *Jaeger/Jacoby*, InsO, § 108 Rn. 240; Vor § 103 Rn. 52; HK-InsO/

Marotzke, § 103 Rn. 60 für Verträge auf nicht vertretbare Leistungen des Schuldners; MünchKomm-InsO/*Huber*, § 103 Rn. 88 für höchstpersönliche Verpflichtungen des Schuldners). Der BGH hat für den umgekehrten Fall bereits entschieden, dass ein Anspruch des Schuldners auf Beratungsleistungen nicht in die Insolvenzmasse fällt, wenn dieser Anspruch gem. § 613 S. 2 BGB nicht übertragbar und deshalb nicht pfändbar ist (§§ 851 I, 857 I, III ZPO; BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 69/12, WM 2013, 572 Rn. 9).

[38] Träfe dies auf einen Anwaltsvertrag zu, stellten die Ansprüche des Mandanten keine Insolvenzforderungen dar, soweit sie auf eine vom Schuldner persönlich zu erbringende Dienstleistung gerichtet sind. Sind die Dienste in Person zu leisten, handelt es sich um Ansprüche auf unvertretbare Leistungen i.S.d. § 888 ZPO. Jedenfalls bei unvertretbaren Handlungen scheidet gem. § 888 III ZPO eine Vollstreckung im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag aus. Solche Ansprüche begründen keine Insolvenzforderungen, weil es sich nicht um einen Vermögensanspruch des Gläubigers handelt (*Schmidt/Büteröwe*, InsO, 19. Aufl., § 38 Rn. 8; Münch-Komm-InsO/*Ehrcke/Behme*, § 38 Rn. 50). Hierzu werden Dienste höherer Art von Ärzten, Künstlern und Wissenschaftlern gezählt (*Schmidt/Büteröwe*, a.a.O.), aber auch Ansprüche auf anwaltliche Leistungen (*Münch-Komm-InsO/Ehrcke/Behme*, a.a.O.; *Holzer*, in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 2017, § 38 Rn. 17).

[39] Inwieweit dieser Ansicht für einen Anwaltsvertrag zu folgen ist und welche Folgen dies bei einer ausbleibenden oder mangelhaften Leistung des Abwicklers hätte, kann im Streitfall jedoch dahinstehen. Auch wenn einem Mandanten Ansprüche auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung gegen den Schuldner zustehen, können diese ausnahmsweise Masseverbindlichkeiten darstellen; dies setzt jedoch einen Sachverhalt voraus, der einen Übergang der Verpflichtung auf den Insolvenzverwalter rechtfertigt (vgl. *MünchKomm-InsO/Ehrcke/Behme*, a.a.O. Rn. 51). In der Insolvenz des Anwalts fehlt es regelmäßig an hinreichenden Gründen, um Ansprüche des Mandanten auf vom Anwalt in Person zu erbringende weitere Dienstleistungen nach Insolvenzeröffnung als Masseverbindlichkeit zu behandeln. Allein die Tätigkeit des Abwicklers im Hinblick auf von ihm an Stelle des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Dienstleistungen genügt nicht, um einen Übergang der Verpflichtung auf die Masse zu begründen. Besondere Umstände, die eine andere Behandlung rechtfertigen, zeigt die Kl. nicht auf.

[40] (2) Auch im Hinblick auf § 108 I 1 InsO ergeben sich im Streitfall keine Masseverbindlichkeiten, für deren Erfüllung der Abwickler tätig gewesen sein könnte.

§ 108 I 1 InsO bestimmt, dass Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Masse fortbestehen. Auch wenn der typische Anwaltsvertrag regelmäßig als

Keine Anwendung des § 108 I 1 InsO

Dienstvertrag einzuordnen ist, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (vgl. BGH, Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817 unter I.3.a; v. 7.3.2019 – IX ZR 221/18, NJW 2019, 1870 Rn. 7), ist § 108 I 1 InsO in der Insolvenz des Anwalts grundsätzlich nicht auf einen Anwaltsvertrag anzuwenden. Soweit der BGH entschieden hat, dass § 108 I 1 InsO nach seinem Regelungszweck nicht eingreift, wenn der Dienstvertrag vom Insolvenzverwalter unter Begründung von Masseverbindlichkeiten mit den Mitteln eines zur Masse gehörenden Dienstleistungsunternehmens erfüllt werden muss (BGH, Urt. v. 20.10.2011 – IX ZR 10/11, ZIP 2011, 2262 Rn. 6 m.w.N.), kann dahinstehen, ob dies auch für einen Anwaltsvertrag gilt. Denn § 108 I InsO ist auf den typischen Anwaltsvertrag schon aus anderen Gründen nicht anwendbar.

[41] Zum einen knüpft § 108 I InsO daran an, dass es sich bei den darin genannten Verträgen um ein Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. MünchKomm-InsO/Hoffmann, § 108 Rn. 1, 116). Ein Dauerschuldverhältnis setzt voraus, dass ein dauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt (vgl. Palandt/Grüneberg, § 314 Rn. 2; Münch-Komm-BGB/Gaier, § 314 Rn. 6). Im Regelfall handelt es sich bei einem Anwaltsvertrag – anders als dies etwa bei einem Dauermandat möglich ist (vgl. Rinkler, in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Chab, § 1 Rn. 81; Holzinger, in Henssler/Gehrlein/Holzinger, Handbuch der Beraterhaftung, Kapitel 4 Rn. 14) – nicht um ein solches Dauerschuldverhältnis; dass sich die Erbringung der anwaltlichen Leistungen über eine gewisse Zeit erstreckt, genügt hierfür allein nicht.

[42] Zum anderen können bei Verträgen, die von § 108 InsO erfasst werden, gem. § 108 III InsO Ansprüche für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur als Insolvenzgläubiger geltend gemacht werden. § 108 III InsO ist Ausdruck des Gedankens, dass die Masse nur für solche Leistungen zur Gegenleistung verpflichtet sein soll, die ihr nach Verfahrenseröffnung auch tatsächlich zugute kommen (Uhlenbruck/Wegener, § 108 Rn. 42). Für vorinsolvenzlich an den Schuldner erbrachte Leistungen besteht daher nur ein Anspruch auf die Insolvenzquote. Aus § 108 III InsO folgt, dass die Kontinuitätsinteressen des solventen Vertragspartners nur in die Zukunft gerichtet geschützt werden (MünchKomm-InsO/Hoffmann, § 108 Rn. 154). Kern des § 108 III InsO ist, dass die zeitbezogene Überlassung eines Gegenstandes ebenso wie das nach Zeitabschnitten bemessene Entgelt teilbar sind (vgl. Uhlenbruck/Wegener, § 108 Rn. 44). Bei einem Anwaltsvertrag fehlt es hingegen regelmäßig an einer möglichen Trennung; die Vergütung des Anwalts ist im Allgemeinen nicht nach Zeitabschnitten bemessen. Demgemäß kommt bei Anwaltsverträgen, bei denen sich der Vergütungsanspruch des Anwalts nach der gesetzlichen Vergütung richtet, keine Aufteilung der Ansprüche des Mandanten auf solche in Betracht, die für die Zeit vor der Insolvenzeröffnung bestehen, und solche, die für die Zeit nach der Insolvenzer-

öffnung bestehen. Die von § 108 III InsO vorgesehene zeitliche Einschränkung beruht darauf, dass die wechselseitigen Ansprüche bestimmten Zeiträumen zugeordnet werden können. Daran fehlt es regelmäßig bei einem Anwaltsvertrag.

[43] (3) Sofern der Anwaltsvertrag als gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 103 InsO einzuordnen sein sollte, stellen die Verpflichtungen des Schuldners aus einem solchen Anwaltsvertrag grundsätzlich keine Masseverbindlichkeit dar. In diesem Fall käme eine Masseverbindlichkeit nur in Betracht, wenn eine Erfüllungswahl vorliegt. Ohne eine Erfüllungswahl, für die im Streitfall nichts ersichtlich ist, bestünden zugunsten des Mandanten nur Insolvenzforderungen.

[44] 4. Auch die Voraussetzungen des § 55 I Nr. 2 Fall 2 InsO sind nicht erfüllt. Danach sind Masseverbindlichkeiten die Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Die Vergütungsansprüche des Abwicklers, die nach der Insolvenzeröffnung entstehen, beruhen jedoch nicht auf einem gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung auch für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (vgl. Cranshaw, ZInsO 2019, 1033, 1049). Es handelt sich entgegen der Ansicht des AG nicht um „oktroiierte Masseverbindlichkeiten“.

[45] a) Der Kanzleiabwickler ist „im Interesse, für Rechnung und auf Kosten des Vertretenen“ (§§ 55 III 1, 53 IX 1 BRAO) tätig (Feuerich/Weyland/Schwärzer, § 55 Rn. 39). Aufgrund seiner Tätigkeit entsteht ein Rechtsverhältnis rein privatrechtlicher Natur zwischen dem Kanzleiabwickler und dem Anwalt (vgl. BGH, Urt. v. 7.7.1999 – VIII ZR 131/98, NJW 1999, 3037, 3039 unter II.B.1.b; Beschl. v. 24.10.2003 – AnwZ (B) 62/02, BGHZ 156, 362, 367; Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl., § 55 Rn. 13; Feuerich/Weyland/Schwärzer, § 55 Rn. 20a f.). § 55 III BRAO erklärt § 53 X BRAO für entsprechend anwendbar; danach hat der Rechtsanwalt dem Kanzleiabwickler eine angemessene Vergütung zu bezahlen (§ 53 X 4 BRAO). Insoweit sieht das Gesetz als Regelfall vor, dass sich Kanzleiabwickler und ehemaliger Rechtsanwalt über die Höhe der Vergütung einigen. Fehlt eine solche Einigung, setzt der Vorstand der RAK die Vergütung auf Antrag fest (§ 53 X 5 BRAO). Dies ist entsprechend auf den Fall anzuwenden, dass die mit dem vertretenen Rechtsanwalt vereinbarte Vergütung nicht gezahlt wird und auch nicht aus dem Gebührenaufkommen zu erlangen ist (BGH, Beschl. v. 15.9.2008 – AnwZ (B) 78/07, NJW 2009, 1003).

[46] b) Nach dem Gesetz ist das Verhältnis zwischen dem Kanzleiabwickler und dem Rechtsanwalt, der seine Zulassung verloren hat, rein zivilrechtlicher Natur. Es handelt sich um ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, auf das gem. §§ 55 III 1, 53 IX 2 BRAO die §§ 666, 667, 670 BGB entsprechend anzuwenden sind (vgl. BGH, Beschl. v. 24.10.2003 – AnwZ (B) 62/02, BGHZ 156, 362, 367 m.w.N.; Feuerich/Weyland/Schwärzer, § 55 Rn. 31a).

[47] Nach den gesetzlichen Wertungen sind Verbindlichkeiten aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis in der Insolvenz des Auftraggebers für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich nicht mehr zu erfüllen. Aus §§ 115, 116 InsO folgt, dass ein solches Geschäftsbesorgungsverhältnis – auch wenn es ein Dauerschuldverhältnis darstellt – mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftraggebers erlischt. Daraus folgt, dass die als Geschäftsbesorgungsverhältnis einzuordnenden privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Kanzleiabwickler und dem ehemaligen Rechtsanwalt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zu Lasten der Masse fortbestehen, weil der ehemalige Rechtsanwalt in dieser Hinsicht als Auftraggeber anzusehen ist. Entgegen der Annahme des AG handelt es sich daher bei den Vergütungsansprüchen um keine oktroyierten Masseverbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis. Gesetzliche Bestimmungen, die eine andere Bewertung ermöglichen würden, bestehen nicht.

[48] Inwieweit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines ehemaligen Rechtsanwalts die Rechtsstellung des amtlich bestellten Kanzleiabwicklers berührt (verneinend HK-InsO/Marotzke, § 115 Rn. 11), kann dahinstehen. Auch wenn dessen mit der Bestellung erlangte Befugnisse uneingeschränkt fortbestehen sollten, folgt daraus nicht, dass die Vergütungsansprüche Masseverbindlichkeiten nach § 55 I Nr. 2 Fall 2 InsO darstellen. Dass der Rechtsanwalt, der zum Kanzleiabwickler bestellt wird, gem. §§ 53 V 3, 55 III 1 BRAO diese Bestellung nur aus wichtigem Grund ablehnen kann, stellt ebenfalls keinen Grund dar, seine Vergütungsansprüche als Masseverbindlichkeiten zu behandeln. Ein hinreichender Schutz für den Kanzleiabwickler ergibt sich daraus, dass er mit seinen Ansprüchen auf Vergütung insolvenzfest gegen den Anspruch auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten aufrechnen kann (vgl. BGH, Urt. v. 23.6.2005 – IX ZR 139/04, ZIP 2005, 1742, 1743 unter III.1.b) und im Übrigen zu seinen Gunsten die Bürgenhaftung der RAK für die festgesetzte Vergütung besteht. Deren Zweck besteht gerade darin, den Kanzleiabwickler bei einem Forderungsausfall zu schützen.

[49] C. Die Revision der Kl. ist zurückzuweisen. Auf die Anschlussrevision des Bekl. ist die Klage insgesamt abzuweisen, weil die Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils nur wegen Rechtsverletzung erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO).

ANMERKUNG:

Mit dem Urteil v. 28.11.2019 hat sich der BGH mit der seit Längerem umstrittenen Frage nach dem Verhältnis von Kanzleiabwicklung und Insolvenz befasst. Er entschied, dass die Vergütungsansprüche des Abwicklers für seine Tätigkeit keine Masseverbindlichkeiten darstellen. Die Entscheidung geht zu Lasten der Solidargemeinschaft der Rechtsanwälte. Der Vermögensverfall eines Rechtsanwalts geht oft einher mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen.

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt in der Regel zum Widerruf der Zulassung nach § 14 II Nr. 7 BRAO. Die Bestellung eines Abwicklers ist in diesen Fällen unabdingbar.

Wer aber trägt die Kosten der Abwicklung?

Der Abwickler hat nach § 55 III i.V.m. § 53 X 4 BRAO Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Zunächst haftet der Vertretene (frühere Kanzleihinhaber). Im Fall der Insolvenz tritt an dessen Stelle der Insolvenzverwalter. Der Abwickler hat sich mit dem Insolvenzverwalter ins Benehmen zu setzen, sofern nicht bereits der im Vermögensverfall befindliche Anwalt eine Vergütungsvereinbarung getroffen hat. Wenn sich Abwickler und Insolvenzverwalter nicht einigen können, erfolgt eine Festsetzung der Vergütung durch die RAK. Für die festgesetzte Vergütung haftet die Rechtsanwaltskammer (RAK) nach § 55 III i.V.m. § 53 X 5, 7 BRAO wie ein Bürge, und damit die Solidargemeinschaft der Anwälte. Mit der Bürgenhaftung gehen die Ansprüche auf eine angemessene Vergütung auf die RAK über, die nun ihrerseits versucht die Ansprüche geltend zu machen. Für den Haushalt der RAK ist von Bedeutung, wie die abgetretenen Ansprüche im Insolvenzverfahren zu behandeln sind. Eine Entscheidung darüber hat der BGH bislang nicht getroffen, sondern vielmehr bewusst offen gelassen.

In seinem Urteil v. 23.6.2005, AnwBl. 2005, 716 hat sich der BGH mit der Kollision von Berufs- und Insolvenzrecht bei Kanzleiabwicklung auseinandergesetzt. Die bisherige Rechtsprechung und Literatur (Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 28.1.2016, NJW-RR 2016, 818; OLG Köln, Urt. v. 4.11.2009, BRAK-Mitt. 2010, 37 ff., OLG Rostock, Urt. v. 14.6.2004 – 3 U 37/03, Tauchert/Schulze-Grönda, BRAK-Mitt. 2010, 115 ff.) ging davon aus, dass der Insolvenzverwalter den auf die Zeit bis zur Insolvenzeröffnung entfallenen Vergütungsanspruch als Masseverbindlichkeit entsprechend § 324 I Nr. 6 InsO zu berichtigen hat. Die Rechtsprechung setzte die Tätigkeit des Abwicklers der Tätigkeit eines Nachlasspflegers oder Testamentsvollstreckers gleich. Die Abwicklung nach § 55 BRAO stelle eine besondere Art der Nachlasspflegschaft dar, die sich aus den Besonderheiten der beruflichen Stellung eines Rechtsanwalts erkläre. Eine bislang angenommene planwidrige Lücke rechtfertigte die Analogie.

Mit seiner aktuellen Entscheidung hat der BGH dieser Auslegung einen Riegel vorgeschoben. Er argumentiert vielmehr, dass der Kanzleiabwickler die anwaltlichen Pflichten des ehemaligen Rechtsanwalts übernehme, stelle sich nicht als reine Verwaltung von Teilen der Insolvenzmasse dar und knüpfe auch nicht an eine auch nach Insolvenzeröffnung fortbestehende Rechtsstellung des Schuldners an, da die Zulassung gem. § 14 II Nr. 7 BRAO zu widerrufen sei. Auch daraus, dass der Abwickler die Verpflichtungen des ehemaligen Rechtsanwalts aus Mandatsverträgen erfülle, ergebe sich kein ausreichender Bezug zur Insolvenzmasse.

Was ist nach der neuen Rechtsprechung des BGH v. 28.11.2019 zu beachten?

Ein Splitten der Abrechnung des Abwicklers für die Zeit vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nicht mehr erforderlich. Der BGH hat festgelegt, dass der Vergütungsanspruch des Abwicklers weder für eine Tätigkeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch für die Zeit danach eine Masseverbindlichkeit ist. Auch bislang galt, dass die Vergütung erst nach Abrechnung und Ende der Abwicklung fällig wird. Eine Festsetzung der Vergütung durch die RAK ist nicht obligatorisch und damit keine Fälligkeitsvoraussetzung.

Der BGH hat aber in seinem Urteil die bisherige Rechtsprechung dahingehend bestätigt, dass der Abwickler mit seinen Ansprüchen auf Vergütung insolvenzfest gegen den Anspruch auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten aufrechnen kann. Wenn sich aus der Abwicklung Einnahmen aus Honorar erzielen lassen, können diese Einnahmen mit den Ansprüchen aus Vergütung aufgerechnet werden. Im Übrigen ergebe sich „ein hinreichender Schutz für den Kanzleiabwickler daraus, dass er zu seinen Gunsten die Bürgenhaftung der RAK für die festgesetzte Vergütung in Anspruch nehmen kann“. Die RAK kann anschließend im Wege der Abtretung ihre Ansprüche zur Tabelle anmelden. Folge ist, dass sie auf einem Großteil ihrer Kosten sitzen bleiben wird, was wiederum die Kammerhaushalte belastet.

Das BGH-Urteil wirkt sich nicht zuletzt auch auf die Rechte eines Rechtsanwalts aus, der das Amt eines Abwicklers übernimmt. Der Abwickler hat ein öffent-

liches Amt, dem er sich nach der gesetzlichen Regelung nicht entziehen kann und welches der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Ansehen der Anwaltschaft dient. Der BGH verweist im Hinblick auf die angemessene Vergütung des Abwicklers zum einen auf die Möglichkeit der Aufrechnung und zum anderen auf die Bürgenhaftung der Kammer.

Wenn über das Vermögen eines Anwalts ein Insolvenzverfahren eröffnet, die Zulassung wegen Vermögensverfall widerrufen wurde und es sich um eine Einzelkanzlei handelt, ist regelmäßig auch von desolaten Kanzleiverhältnissen auszugehen. In diesen Fällen besteht erfahrungsgemäß keine Möglichkeit der Aufrechnung, da Honorareingänge nicht zu erwarten sind. Es verbleibt tatsächlich nur die Festsetzung der Vergütungsansprüche mit anschließender Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer. Für die Bemessung einer angemessenen Vergütung, haben sich in der Praxis Pauschalmodelle, meist Stundensätze, entwickelt (März, BRAK-Mitt. 2009, 162 ff.). Mit einer Rundfrage an alle Regionalkammern im Jahr 2019 teilte eine RAK mit, dass sich die Fälle der Abwicklung mit der Folge einer Bürgenhaftung in den letzten zwei Jahren häufen. Auch sei es immer schwieriger, geeignete Abwickler zu finden. Der Auswertung der Rückantworten ist zu entnehmen, dass die Vergütung im Fall der Bürgenhaftung deutlich unterhalb eines üblichen Anwaltshonorars angesiedelt ist. Festzuhalten ist aber, dass der Abwickler nach dem aktuellen Urteil in jedem Fall eine Vergütung erhält und nicht pro bono tätig ist.

Rechtsanwältin Elisabeth Schwärzer, München

ELEKTRONISCHER RECHTSVERKEHR

RECHTSMITTELBEGRÜNDUNG PER beA UNTER FREMDER NAMENSKENNUNG

BRAO § 31a; ZPO § 130a III, IV Nr. 2

1. Gemäß § 130a III ZPO muss ein elektronisches Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (qeS) der verantwortenden Person versehen sein (Alt. 1) oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden (Alt. 2).
2. Zu den sicheren Übermittlungswegen i.S.d. § 130a III Alt. 2 ZPO gehört nach § 130a IV Nr. 2 ZPO auch der Übermittlungsweg zwischen dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach nach § 31a BRAO und der elektronischen Poststelle des Gerichts.
3. Wird ein bestimmender Schriftsatz als elektronisches Dokument per beA eingereicht und ist das Dokument mit der qeS des Postfachinhabers versehen, werden die Anforderungen des § 130a III Alt. 1 ZPO

auch dann erfüllt, wenn der Postfachinhaber nicht die Person ist, deren Name am Ende des Schriftsatzes angegeben ist. Die qeS hat die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift. Mit ihr wird die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernommen.

BAG, Beschl. v. 24.10.2019 – 8 AZN 589/19

AUS DEN GRÜNDEN:

[1] I. Die auf einen absoluten Revisionsgrund gem. „§ 547 Nr. 6 ZPO“, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie auf grundsätzliche Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage gestützte Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

[2] 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht deshalb als unzulässig zu verwerfen, weil die über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) als elektronisches Dokument übermittelte Nichtzulassungsbeschwerdebegründung nicht wirksam i.S.v. § 130a III ZPO eingereicht worden wäre.

[3] a) Die Nichtzulassungsbeschwerdebegründung des Bekl. wurde als elektronisches Dokument per beA eingereicht. Am Schluss des Begründungsschriftsatzes ist der Name „L K, LL.M.“ mit dem Zusatz „Rechtsanwalt“ wiedergegeben. In der Zeile darüber heißt es: „mit qualifizierter elektronischer Signatur gezeichnet“. Die Übermittlung erfolgte ausweislich der im Transfervermerk ersichtlichen Angaben einschließlich der „Visitenkarte des Absenders“ aus dem beA von A M. Der Transfervermerk enthält die Angabe „Sicherer Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach“. A M ist ausweislich des auf der ersten Seite der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung befindlichen Kanzlei-Briefkopfs angestellter Rechtsanwalt in der Kanzlei K Rechtsanwälte. Zusätzlich wurde das elektronische Dokument von A R M qualifiziert elektronisch signiert.

[4] b) Die Nichtzulassungsbeschwerdebegründung ist wirksam eingereicht worden.

[5] aa) Die Nichtzulassungsbeschwerdebegründung kann nach § 72 V ArbGG i.V.m. § 130a ZPO auch als elektronisches Dokument bei Gericht eingereicht werden. Nach § 130a III ZPO, der dem § 46c III ArbGG entspricht, der seinerseits für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs gilt, jedoch für das Revisionsverfahren nicht in Bezug genommen wurde, muss ein elektronisches Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (qeS) der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Im Hinblick auf die nach § 130a III Alt. 1 ZPO erforderliche qeS der verantwortenden Person ergibt sich Näheres aus der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 (über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste, sog. eIDAS-Verordnung). Nach Art. 3 Nr. 12 dieser Verordnung ist eine qeS eine „fortgeschrittene elektronische Signatur“ (vgl. zu dieser Art. 3 Nr. 11 dieser Verordnung), die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht. Nach Art. 25 II dieser Verordnung hat eine qeS die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift. Sie muss von der „verantwortenden Person“ stammen, also von demjenigen, dessen handschriftliche Unterschrift dem Formerfordernis genügen würde (vgl. bereits BGH, Beschl. v. 21.12.2010 – VI ZB 28/10 Rn. 8, BGHZ 188, 38; BVerwG, Beschl. v. 14.9.2010 – 7 B 15.10 Rn. 24). Im Hinblick auf § 130a III Alt. 2 ZPO sind in § 130a IV ZPO verschiedene „sichere Übermittlungswege“ bestimmt, darunter in § 130a IV Nr. 2 ZPO der Übermittlungsweg zwischen dem beA nach § 31a BRAO und der elektronischen Poststelle des Gerichts.

[6] bb) Vorliegend genügt die Einreichung der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung den Anforderungen von § 130a III ZPO.

[7] (1) Es kann dahinstehen, ob bei nicht gegebener Personenidentität zwischen der am Ende des Schriftsatzes angegebenen Person (hier: L K, LL.M.) und dem beA-Postfachinhaber (hier: A M) eine Übermittlung nach

§ 130a III Alt. 2 ZPO – also ohne qeS der verantwortenden Person – genügen kann (zur Diskussion vgl. u.a. OLG Braunschweig, 8.4.2019 – 11 U 146/18; ArbG Lübeck, Verfügung v. 19.6.2019 – 6 Ca 679/19, BeckRS 2019, 16942; Müller, FA 2019, 170; Müller, FA 2019, 98; Lapp, jurisPR-ITR 17/2019 Anm. 3; Radke, jM 2019, 272, 276; Bernhardt/Leeb, in Heckmann jurisPK-Internetrecht, 6. Aufl., Kap. 6 Rn. 280.1).

[8] (2) Jedenfalls sind die Anforderungen von § 130a III Alt. 1 ZPO durch die hier zusätzlich erfolgte qeS erfüllt.

§ 130a III Alt. 1 ZPO berücksichtigt

[9] (a) Rechtsanwalt A M hat das Dokument nach den

Angaben im Transfervermerk selbst als beA-Postfachinhaber übermittelt und zudem seine qeS hinzugesetzt. Dies erfolgte in Übereinstimmung mit § 4 I Nr. 1 ERVV, wonach ein elektronisches Dokument, das mit einer qeS der verantwortenden Person versehen ist, auch „auf einem sicheren Übermittlungsweg“ übermittelt werden darf (vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.5.2019 – XII ZB 573/18 Rn. 11). Durch die Einreichung des elektronischen Dokuments mit qeS, die die gleiche Rechtswirkung wie seine handschriftliche Unterschrift hat, hat Rechtsanwalt A M die Verantwortung für dessen Inhalt übernommen, ist also „verantwortende Person“ i.S.v. § 130a III Alt. 1 ZPO. Die Rechtswirkung entspricht der der erfolgten eigenhändigen Unterschrift nach § 130 Nr. 6 ZPO (vgl. ebenso OLG Karlsruhe, 16.7.2019 – 17 U 423/19 Rn. 12).

[10] (b) Danach ist es unerheblich, dass am Schluss des Schriftsatzes der Name „L K, LL.M.“ mit dem Zusatz „Rechtsanwalt“ wiedergegeben ist und es in der Zeile darüber heißt: „mit qualifizierter elektronischer Signatur gezeichnet“, wobei es auch ohne Bedeutung ist, ob es sich dabei (nur) um ein Redaktionsversehen handelt oder ob der Entwurf des Schriftsatzes von Rechtsanwalt L K, LL.M. stammt. Wie auch außerhalb der elektronischen Übermittlungswege muss ein bevollmächtigter Rechtsanwalt einen bestimmenden Schriftsatz nicht selbst verfasst haben, sondern es genügt, diesen nach eigenverantwortlicher Prüfung zu genehmigen und zu unterschreiben und damit zugleich die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen (vgl. nur BGH, Beschl. v. 13.6.2017 – XI ZB 25/16 Rn. 6 ff. m.w.N.).

[11] 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Bekl. hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. (...)

HINWEISE DER REDAKTION:

Das Anbringen einer qeS wird weiterhin die sicherste Form bleiben, um einen Schriftsatz wirksam bei Gericht einzureichen. Selbst bei widersprüchlichen Angaben zur verantwortenden Person scheint eine gültige qeS allein maßgeblich zu sein. Das materielle Recht sieht das – jedenfalls dem Wortlaut nach – strenger. Nach § 126a I BGB muss der Aussteller einer Erklärung seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qeS versehen. Da die Identifizierung auch über die qeS möglich ist, bleiben Sinn und Zweck unklar.

NOTARRECHT

BEFRISTETE ENTFERNUNG AUS DEM NOTARAMT

BNotO §§ 93 IV 1, 97 III 1

1. Zu der Entfernung eines Notars aus dem Amt auf bestimmte Zeit wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten.

* 2. Ist ein Notar seinen Mitwirkungspflichten gegenüber der Dienstaufsicht wiederholt nicht nachgekommen, wird in diesem Verhalten eine ausge-

prägte Interesselosigkeit, Gleichgültigkeit und Geringschätzung gegenüber den ihm obliegenden Verpflichtungen und den Belangen der Dienstaufsicht sichtbar. Kommen weitere Amtspflichtverstöße hinzu, zeigen diese einen schwerwiegenden Mangel an dienstlicher Verantwortung und Einsicht, der erwarten lässt, dass der Notar durch weitere, auch höhere Geldbußen nicht mehr zu beeindrucken sein wird.

BGH, Urt. v. 18.11.2019 – NotSt (Brfg) 1/19

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

SONSTIGES

TARIFBEGÜNSTIGTE VERÄUßERUNG EINER FREIBERUFLICHEN PRAXIS

EStG §§ 16 I, 18 III, 34

1. NV: Die tarifbegünstigte Veräußerung einer freiberuflichen Praxis (§ 18 III i.V.m. § 34 EStG) setzt voraus, dass der Steuerpflichtige die wesentlichen vermögensmäßigen Grundlagen seiner bisherigen Tätigkeit entgeltlich und definitiv auf einen Anderen überträgt. Hierzu muss der Veräußerer seine freiberufliche Tätigkeit in dem bisherigen örtlichen Wirkungskreis wenigstens für eine gewisse Zeit einstellen. Wann eine „definitive“ Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen vorliegt, hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine starre zeitliche Grenze, nach der die Tätigkeit steuerunschädlich wieder aufgenommen werden kann, besteht nicht. Dementsprechend ist auch keine „Wartezeit“ von mindestens drei Jahren einzuhalten (Anschluss an BFH, Urt. v. 21.8.2018 – VIII R 2/15, BFHE 262, 380, BStBl. II 2019, 64).

2. NV: Grundsätzlich unschädlich ist es, wenn der Veräußerer als Arbeitnehmer oder als freier Mitarbeiter im Auftrag und für Rechnung des Erwerbers tätig wird. Auch eine geringfügige Fortführung der bisherigen freiberuflichen Tätigkeit steht der Annahme einer begünstigten Praxisveräußerung nicht entgegen (Anschluss an BFH, Urt. in BFHE 262, 380, BStBl. II 2019, 64), und zwar auch dann nicht, wenn sie die Betreuung neuer Mandate umfasst (gegen BMF).

BFH, Beschl. v. 11.2.2020 – VIII B 131/19

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Die Entscheidung betrifft zwar explizit die Veräußerung einer Steuerberaterkanzlei. Ein Steuerberater

hatte seine Kanzlei veräußert und war später für die gemeinsam mit den Erwerbern gegründete Partnerschaft als freier Mitarbeiter tätig. Die Aussagen des BFH sind jedoch auf Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte übertragbar.

KEINE HINWEISPFLICHT DES RICHTERS BEI ANWÄLTILICH VERTRETENEM BETEILIGTEN

FGO § 76 II; ZPO § 139; GG Art. 103 I

Wurden die für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im finanzgerichtlichen Verfahren angesprochen und ist der Kläger vor dem FG rechtskundig vertreten, bedarf es in der mündlichen Verhandlung keines richterlichen Hinweises, sich zu diesem entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern. Bei einem durch einen fach- und sachkundigen Prozessbevollmächtigten vertretenen Beteiligten stellt das Unterlassen eines (nach seiner Ansicht notwendigen) Hinweises gem. § 76 II FGO regelmäßig keinen Verfahrensmangel dar.

BFH, Beschl. v. 17.7.2019 – II B 35-37/18

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

HINWEISE DER REDAKTION:

Zu den aus dieser restriktiven Rechtsprechung folgenden Haftungsrisiken sowie zu Folgerungen für die Prozessführung durch die/den im finanzgerichtlichen Verfahren vertretenden Anwältin bzw. Anwalt s. *Sangmeister*, BRAK-Mitt. 2020, 73 (in diesem Heft).

Deutsche Richterzeitung (DRiZ) Nr. 1: *Guckelberger/Sta-rostta*, Rechtsschutzgarantie als Taktgeber für die Digitalisierung der Justiz (22).

Deutsches Steuerrecht (DStR) Nr. 50 (Beilage): *Mann*, Der Steuerberater als Organ der Steuerrechtspflege (37); *Kilian*, Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche (38); *Kämmerer*, Organ der Steuerrechtspflege: Steuerberater im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft (47); *Ring*, Der Steuerberater, ein „unabhängiges Organ der Steuerrechtspflege“. Zur Unabhängigkeit des Steuerberaters (54); Nr. 5: *o. Verf.*, Berufsrecht: Neue BStBK-Hinweise zu vereinbarten Tätigkeiten, (Beilage BStBK-Report) (3).

Die Steuerberatung (Stbg) Nr. 1: *Schepers*, Die Tätigkeiten des Steuerberaters im Einklang mit dem RDG (37); Nr. 2: *Beyme*, Änderungen im Steuerberatungsgesetz zum Jahreswechsel (87); *ders.*, Satzungsversammlung der BRAK: Berufsrechtliche Regelung für Rechtsanwälte für die Mandantenkommunikation per E-Mail (92).

Familie und Recht (FuR) Nr. 10: *Langwara*, Emotions- und Konfliktcoaching – eine Innovation für Familienanwälte (590).

Festschrift zu Ehren von Godehard Kayser: *Braeuer*, Rechtsanwälte vor dem BGH (77); *Dornblüth*, Mediation als Haftungsfalle? Besondere Pflichten von juristisch ausgebildeten Mediatoren (135); *Hüttenbrink*, Die

Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder einer Rechtsanwaltskammer im Spannungsfeld zur Informationsfreiheit (367); *Remmert*, Anwaltliches Berufsrecht und Insolvenzrecht – Verbindungslinien (773); *Schmittmann*, Insolvenzverwalter und Berufungsgerichtsbarkeit (875); *Sternal*, Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen an Sanierungsberater im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (931); *Waclawik*, Das Mitverschulden des Mandanten bei beschränktem Mandat des steuerlichen Beraters (1073); *Winter*, Drittschutzwille und Vertrauen bei Beratungsverträgen (1145).

Festschrift für Volkert Vorwerk: *Fullenkamp*, Haftung des Rechtsanwalts bei Fehlern des Gerichts (65); *Göcken*, Gedanken über das Ehrenamt (89); *Gross*, Der Revisions- und Kassationsanwalt – deutsch-französische Betrachtungen eines Unbeteiligten (97); *Hirtz*, Von Formularen und Strukturen – zur Rhetorik des Prozessvortrags (163); *Parigger*, Die Erklärung nach § 257 II StPO: Gedanken zu einem vernachlässigten Prozessrecht des Verteidigers (271); *Schäfer*, Der strukturierte Parteivortrag im elektronischen Rechtsverkehr (291); *Wolf*, Legal Tech und juristische Methodik (365).

Kammermitteilung der RAK Braunschweig Nr. 4: *beA: Nitschke*, Mahnverfahren wird elektronischer: Erweiterte Nutzungspflicht ab 1.1.2020 (17); *von Seltmann*, Technische Weiterentwicklungen und neue Funktionen (18); *Nitschke*, Akteneinsicht wird elektronisch – und

Fachanwalt
Karrieresprungbrett Weiterbildung

**Einfach.
Besser.**

www.fachseminare-von-fuerstenberg.de

Foto: Gettyimages



Fachseminare
von Fürstenberg

Mit Spezialisierung mehr erreichen.

Heben Sie sich mit einer Ausbildung zum Fachanwalt von Ihren Kollegen ab. Nutzen Sie die Zusatzqualifikation, um sich für neue Mandanten erfolgreich zu positionieren.

- ▶ **Unser Angebot: herausragend**
 - Erfolgreich seit 2006 mit mehr als 900 Absolventen
 - Umfassende Darstellung aller beraterrelevanten Felder
- ▶ **Unser Ausbildungsmodell: einzigartig**
 - 50 % weniger Präsenzunterricht
 - 50 % Online-gestütztes Eigenstudium
 - Mehr Flexibilität im Beruf und im Privaten



(Straf-)Akten auch (20); *dies.*, Aktuelle Weiterentwicklungen des beA-Systems (21).

Kammermitteilungen der RAK Düsseldorf Nr. 4: *Stronczek*, Tätigkeit eines Rechtsanwalts in einer Großkanzlei als Projektjurist im Wege der Arbeitnehmerüberlassung -Vorsicht Falle! (142).

KammerReport der RAK Hamm Nr. 5: *Wessels*, Berufsrecht selbst gestalten: ein Privileg (6).

KammerReport der RAK Oldenburg Nr. 2: *Pope*, Juristenausbildung – auch für die Anwaltschaft eine wichtige Aufgabe (8).

Kanzleiführung professionell (KP) Nr. 11: *Weyand*, Steuerberater im Strafverfahren: Durchsuchung und Beschlagnahme in der Kanzlei? (202); *Hölscheidt/König*, Steuerberaterhaftung: Mandanteninformationen bei Kanzleinachfolge. Verschwiegenheitspflicht und Haftung (207); Nr. 12: *Beyme*, Gesetzgebung: Änderungen im Anwaltsrecht: Was bedeutet das für Steuerberater? (221); Nr. 1: *Jähne*, Möglichkeiten und Grenzen von Mandantenschutzklauseln (12); Nr. 2: *Gilgan*, Honorar: Fallstricke der Pauschalvergütung nach § 14 StBVV (37).

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung – Wirtschaft Recht Steuern (KSI) Nr. 1: *o. Verf.*, Reformbedarf im Berufsrecht der Insolvenzverwalter (44).

Mitteilungen der RAK München Nr. 7: *von Seltmann*, Die Bedeutung von beA-Karte und PIN und warum man diese auf gar keinen Fall weitergeben sollte (83).

Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) Nr. 2: *Greger*, Gesetzliche Neuregelungen bei der Verbraucherstreitbeilegung (65); *Plum*, Das Gebot fairen Verhandeln bei Vertragsverhandlungen (69).

Neue Juristische Wochenschrift (NJW) Nr. 49: *Borgmann*, Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshafnungsrecht von Mitte 2018 bis Mitte 2019 (3557); Nr. 50: *Grunewald*, Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2019 (3620); Nr. 52: *Jerger*, Kontrolle und Unwirksamkeit von Preisnebenabreden (3752); Nr. 6: *Schneider*, KANZLEI & MANDAT. Gerichtskosten im zivilrechtlichen Mahnverfahren. Gebühren, Haftung, Vorauszahlungspflicht (378); Nr. 7: *Göcken*, AUS DER ANWALTSCHAFT. Neues Berufsrecht für Insolvenzverwalter, (Beilage NJW-aktuell) (17)..

Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) Nr. 23: *Ehrmann/Streyll*, Praxis des elektronischen Rechtsverkehrs und Formwahrung bei der Mietvertragskündigung. Im Fokus: Der beA-Weg (873).

NJW-Spezial Nr. 24: *Beukelmann*, Die angebliche Modernisierung des Strafverfahrens (760); *Dahns*, Automatisierte Rechtsdienstleistung durch einen Vertragsgenerator (766); *Dietmar*, Altersteilzeit für Syndikusanwälte (702).

Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) Nr. 22: *Fucik*, BRÄG 2020 – Neuerungen im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare in Begutachtung (989).

Österreichisches Anwaltsblatt Nr. 12: *Soyer*, Unternehmensverteidiger – ein neuer Anwaltstypus (746).

RVG professionell (RVG prof.) Nr. 12: *Schuldenberg*, Erstattungsanspruch der Parteien beim gemeinsamen Anwalt (213); Nr. 2: *Burhoff*, Pflichtverteidigung: Erstreckungsantrag – ein Update (31).

RVGreport Nr. 10: *Schneider*, Die doppelte Termingebühr für Hauptbevollmächtigten und Terminsvertreter (362); *Lissner*, Neues zur (elektronischen) Antragstellung in der Beratungshilfe (2); Nr. 2: *Burhoff*, Die anwaltliche Vergütung im strafverfahrensrechtlichen Revisionsverfahren (42).

Strafverteidiger (StV) Nr. 10: *Ignor*, Inhaltliche Grenzen geschützter anwaltlicher Tätigkeit (693); *Spoerr*, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger (697); *Rauxloh*, das Rechtsbeistandsprivileg bei internen Untersuchungen in England und Wales (706); *Wohlers*, Der Schutz anwaltlicher Tätigkeit gegenüber Ermittlungsbehörden: Die Situation in der Schweiz (712).

Wettbewerb in Recht und Praxis Nr. 2: *Günther/Grupe*, Instrumentalisierung des Berufsrechts als prozesstaktisches Mittel (166).

Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR) Nr. 2: *Schneider*, Höhe der Vergütung bei Kostenantrag nach Klagerücknahme (103).

Zeitschrift für Datenschutz (ZD) Nr. 12: *Bleckat*, Abdingbarkeit des § 50 BRAO durch Individualvertrag, (Beilage ZD-Fokus) (11).

Zeitschrift für die Anwaltspraxis (ZAP) Nr. 20: *Hansens*, Gebührentipps für Rechtsanwälte (II/2019). Arbeitsgerichtliches Verfahren bei überlanger Verfahrensdauer; Kostenerstattung, (Fach 24, S. 1721-1722) (1089); Nr. 22: *Reinelt*, Das anwaltliche Empfangsbekanntnis und die Eintragung von Fristen (1155); Nr. 23: *Geißinger*, Der holprige Kanzleialltag mit dem beA (1211); *Schneider*, Das Quotenvorrecht in der Rechtsschutzversicherung, (Fach 24, S. 1723-1736) (1261); Nr. 24: *Huff*, Der Rechtsmarkt wird sich verändern – BGH öff-

Wettbewerbszentrale

Wettbewerbsrecht – Grundlagenseminar UWG

Termine

Hamburg 16.06.2020

Frankfurt / Main 24.06.2020

Referenten

RAin J. Beal, Wettbewerbszentrale

RAin E. Schad, Wettbewerbszentrale

Themen

- Grundlagen des UWG, Schutzzweck, Verbraucherleitbild
- Anwendungsbereich
- Rechtsbruchtatbestand
- Mitbewerberschutz
- Aggressive geschäftliche Handlung
- Irreführung
- Irreführung durch Unterlassen
- Vergleichende Werbung
- Belästigende Werbung
- Wettbewerbsverfahrensrecht

www.wettbewerbszentrale.de/de/veranstaltungen/seminare/

net die Tür für Rechtsdienstleistungen außerhalb der Anwaltschaft (1275); *Ecker*, Legal Tech – Grundlegendes, Tools und Arbeitshilfen (1317).

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht (ZLVR) Nr. 3: *Gmeiner*, Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen anwaltsgerichtliche Entscheidungen? (62).

Zeitschrift für Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellte (RENOpraxis) Nr. 11: *Döbel*, beA und WTS – geht das? (262); *Natterer*, Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand: Welche Fehler sind zu vermeiden? (266); Nr. 12: *Ecker*, Elektronischer Rechtsverkehr: beA. Ausblick 2020 (286); Nr. 2: *Schrader*, Mitarbeitergespräche in der Kanzlei. Viele Möglichkeiten führen zu einer gelungenen Kommunikation (27).

Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) Nr. 7: *Kilian/Freudenberg*, Keine große BRAO-Reform, (Interview) (213); Nr. 8: *Brügmann*, Reform des Rechtsdienstleistungsmarkts (242).

DAI – VERANSTALTUNGSKALENDER



VERANSTALTUNGEN – JUNI 2020

Im Folgenden finden Sie die für Juni 2020 geplanten Präsenzveranstaltungen des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. Aufgrund der dynamischen Entwicklungen hinsichtlich des Coronavirus wird aktuell bei Redaktionsschluss (Anfang April 2020) noch weiter beobachtet, ob diese Veranstaltungen wie vorgesehen durchgeführt werden können oder z.B. stattdessen als Online-Vortrag stattfinden. Darüber hinaus steht auch das umfangreiche Angebot des DAI eLearning Centers mit über 150 Kursen und Vorträgen für die individuelle Fortbildung zur Verfügung. Aktuelle Informationen zum DAI und seinen Veranstaltungen finden Sie unter www.anwaltsinstitut.de.

Arbeitsrecht

DAI-Sommerkurs: Aktuelles Arbeitsrecht an der Nordsee
11.-12.6.2020, Den Haag/Scheveningen, Grand Hotel Amrath Kurhaus The Hague

Antragstellung im arbeitsgerichtlichen Verfahren
12.6.2020, Potsdam, Dorint Hotel Sanssouci Berlin-Potsdam

Erfolgreiche Prozessführung im Arbeitsrecht – Vergütungsklage
15.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Gestaltungsmöglichkeiten und Stolpersteine bei der einvernehmlichen Beendigung von Arbeitsverhältnissen – Freistellung – Abfindung – Urlaubsansprüche – Wettbewerbsverbot
25.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Die betriebsverfassungsrechtliche Einigungsstelle – Verfahren – praktische Tipps – wichtige Fallgestaltungen
30.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Bank- und Kapitalmarktrecht

Prozessführung und Prozesstaktik im Bank- und Kapitalmarktrecht
10.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Bau- und Architektenrecht

Baurecht in der Insolvenz
25.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Erbrecht

Aktuelle Rechtsprobleme des Internationalen Erbrechts und der Europäischen Erbrechtsverordnung
9.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Optimale Beratung von Erblassern zu Vor- und Nacherbenschaft, Vermächtnis, Auflagen, Teilungsanordnung und Testamentsvollstreckung
23.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Familienrecht

Abänderungsfallen im Unterhaltsrecht
16.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Begrenzung und Befristung des nahehelichen Unterhalts
26.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Informationstechnologierecht

Wettbewerbsrecht im Internet
23.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Mediation und Außergerichtliche Konfliktbeilegung

30. Fachausbildung Mediation – Ausbildung Mediator/in (§ 5 I MediationsG i.V.m. § 7a BORA) 90h – Ausbildung Zertifizierte/r Mediator/in (§§ 5 II, 6 MediationsG i.V.m. § 2 ZMediatAusv) 120 h
4.5.-5.9.2020, Timmendorfer Strand, Grand Hotel Seeschlösschen SPA & Golf Resort

Medizinrecht

Chefarztvertragsrecht
9.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Vertragsgestaltung im Gewerberaummietverhältnis
9.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main), DAI-Ausbildungszentrum

Sozialrecht

Aktuell – Lösungen für Honorarkräfte im medizinischen und IT-Bereich nach aktueller Rechtsprechung von BSG und BAG
10.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Sportrecht

Haftungsfragen und Versicherungsschutz bei Sportunfällen
3.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Aktuelle kartell- und gesellschaftsrechtliche Probleme des Sportrechts in der anwaltlichen Praxis
30.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main),
DAI-Ausbildungszentrum

Steuerrecht

Freiberufliche Zusammenschlüsse in der steuerrechtlichen Beratungspraxis
24.6.2020, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

Strafrecht

Aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafverfahrensrecht
4.6.2020, Hamburg, Sofitel Hamburg Alter Wall

7. Jahresarbeitsstagung Strafrecht

5.6.2020, Hamburg, Sofitel Hamburg Alter Wall

Urheber- und Medienrecht

Urheber- und Wettbewerbsrecht im digitalen Kontext unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Rechtsentwicklungen

23.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main),
DAI-Ausbildungszentrum

Versicherungsrecht

Fehler des Bebauungsplans und ihre gerichtliche Kontrolle

26.6.2020, Heusenstamm (bei Frankfurt am Main),
DAI-Ausbildungszentrum

Weitere aktuelle Informationen des DAI finden Sie unter
www.anwaltsinstitut.de

PERSONALIEN

PRÄSIDENT DER RAK KASSEL HEINRICH A. DILCHER VERSTORBEN

Der langjährige Präsident der Rechtsanwaltskammer Kassel, Rechtsanwalt und Notar a.D. Heinrich A. Dilcher, ist am 13.3.2020 im Alter von 73 Jahren verstorben. Dilcher gehörte dem Vorstand der Kammer seit 1985 an. Seit 1991 war er Vizepräsident und seit 2001 Präsident der Kammer. In dieser Funktion gehörte er auch der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer an.

WEGweiser



Stark erweiterte Neuauflage

Der neue „Köhler“ gewährleistet ein Höchstmaß an Beratungsqualität! Deutliche Hinweise vermeiden Haftungsrisiken, Tipps zu Strategie und Taktik erweitern Ihr Know-How. Beispiele, Checklisten und Musterformulierungen verhindern, dass entscheidende Aspekte des Falles übersehen werden. Jetzt mit neuen Kapiteln zur technischen Sicherheit, zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen, zum Datenschutz und zu versicherungsrechtlichen Aspekten des WEG-Mandats.

Das Handbuch ist hochaktuell und konnte bereits die letzten Fundamentalentscheidungen des BGH einbeziehen, z. B. zur Gemeinschaftsbezogenheit von Schadensersatzansprüchen, zur Reichweite von allgemeinen Öffnungsklauseln oder zur Geschäftsführung ohne Auftrag.

Bestellung unter www.otto-schmidt.de

Köhler Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht
Herausgegeben von RA Wilfried J. Köhler. Bearbeitet von 15 hochkarätigen Experten im Wohnungseigentumsrecht.
4., neu bearbeitete Auflage 2020, 1.784 Seiten, Lexikonformat, gbd., 139 €. ISBN 978-3-504-18072-0

i Das Werk online
www.otto-schmidt.de/akr
www.otto-schmidt.de/mietr

ottoschmidt

Meine Fälle bearbeite ich jetzt

voll digital.

Mit Legal Tech von DATEV.

Jetzt neu:
Juristische
Textanalyse
für Anwälte

Als Rechtsanwalt bekommen Sie bei DATEV in jedem Fall mehr: Die Juristische Textanalyse zum Beispiel, die Sie bei der Fallbearbeitung unterstützt. Oder weitere professionelle Lösungen rund um Recherche, digitale Zusammenarbeit in der Kanzlei, Abrechnung und betriebswirtschaftliche Kennzahlen. Für einen durchgängig digitalen Workflow.



Zukunft gestalten. Gemeinsam.

www.datev.de/anwalt

» Mit dem
kostenlosen
RA-MICRO 1 habe
ich alles, was ich
als Kanzleiogründer
brauche. Da kann
ich zu 100 %
Anwalt sein. «



RA Can Kaya
Warm und Kollegen Rechtsanwälte,
Paderborn

**Kostenloser Einstieg in die professionelle Kanzleiorganisation
mit bis zu 100 Akten pro Jahrgang:** Entdecken Sie die
Vorteile von RA-MICRO 1.

Jetzt informieren:
ra-micro.de
030 43598801

RA-MICRO 1