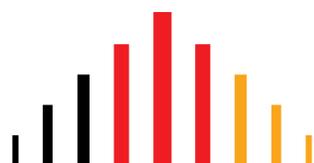


6/2005
15. 12. 2005 36. Jahrgang

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Beirat

RAuN Dr. Eberhard Haas, Bremen
RA Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe
RA JR Heinz Weil, Paris

Aus dem Inhalt

Akzente

Die Alte ist die Neue (RAuN Dr. Bernhard Dombek) 249

Aufsätze

Das Anwaltsexamen als Schlussstein der freien Advokatur?
(RA Dr. Tillmann Krach) 250

STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte
1993 bis 2002 (Dr. Willi Oberlander) 252

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (RA Holger Grams)
Beratungspflichten außerhalb des Mandats; Beweislastverteilung
(BGH v. 21.7.2005) 259

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer „BRAK-Papier zur
Großen Justizreform“ 263

Beschlüsse der Tagung der Gebührenreferenten 271

Amtliche Bekanntmachungen

Beschluss der 5. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der
Bundesrechtsanwaltskammer am 7.11.2005 in Berlin 273

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Sozietätsvertrag
(BGH v. 18.7.2005) 280

Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers
(BGH v. 23.6.2005) 282

BRAKMagazin

Juristenausbildung
Bologna ohne Juristen?

Zukunft mieten
ab 99€* * je Monat zzgl. 16% USt.

AnNoText – alles inklusive!
www.annotext.de/zukunftmieten

IBM Computer & TFT-Monitor + Laser-Drucker + Microsoft
Windows XP & Office 2003 Basic + AnNoText Kanzleisoftware
+ Installation + Schulung + Hotline 24 + Updates

AnNoText®
In erfolgreichen Kanzleien zu Hause.

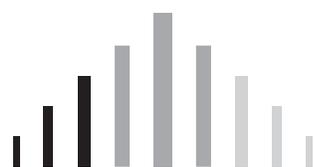
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Fragebogen zum Leseverhalten der
Anwälte ab Seite IX

6/2005

Inhalt

BRAK Mitteilungen



Akzente

Die Alte ist die Neue (*B. Dombek*) 249

Aufsätze

Das Anwaltsexamen als Schlussstein der freien Advokatur?
Ein Zwischenruf nicht nur aus tagesaktueller Sicht
(*T. Krach*) 250

STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der
Rechtsanwälte 1993 bis 2002
(*W. Oberlander*) 252

Die Anforderung aus § 3 FAO an die anwaltliche
Tätigkeit und das Problem der Einzelfallgerechtigkeit
(*M. Schroth*) 255

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (*H. Grams*)

Beratungspflichten außerhalb des Mandats;
Beweislastverteilung
(BGH, Ur. v. 21.7.2005 – IX ZR 6/02) 259

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

Haftung

Beratungspflichten außerhalb des Mandats
(OLG Karlsruhe, Ur. v. 24.3.2005 – 14 U 87/02) 260

Freie tatrichterliche Überzeugung bei unvollständiger
Belehrung vor Vergleich
(BGH, Ur. v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02) 260

Kostentragungspflicht des vollmachtlosen Prozess-
bevollmächtigten
(BAG, Beschl. v. 18.7.2005 – 3 AZB 65/04) 260

Substanziierungslast und Hinweispflichten des Gerichts
(OLG Rostock, Ur. v. 22.7.2005 – 6 U 132/04) 261

Umfang der geschuldeten Belehrung vor Einreichen
eines Arrestgesuchs
(OLG Düsseldorf, Ur. v. 25.1.2005 – I-24 U 43/04) 261

Fristen

Überprüfung der Postleitzahl
(BGH, Beschl. v. 10.8.2005 – XII ZB 224/04) 262

Unzulässigkeit nachgeschobenen Vortrags nach
Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist
(BGH, Beschl. v. 7.7.2005 – I ZB 35/04) 262

Korrektur 262

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer
„BRAK-Papier zur Großen Justizreform“ 263

Beschlüsse der Tagung der Gebührenreferenten 271

Presseerklärungen 272

Amtliche Bekanntmachungen

Beschluss der 5. Sitzung der 3. Satzungsversammlung
bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 7.11.2005
in Berlin 273

Personalien

Personalien 274

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof/Bundesverfassungsgericht

BVerfG	13.10.2005	1 BvR 1188/05	Fachanwalt – zur Beschränkung des Führens von Fachanwaltsbezeichnungen auf zwei Rechtsgebiete	274
BVerfG	23.8.2005	1 BvR 276/05	Zulassung – Widerruf wegen Verletzung der Kanzleipflicht	275

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

AGH Berlin	22.8.2005	1 AGH 16/04	Höhe der Zulassungsgebühr zu einem Gericht (LS)	277
AGH Rheinland-Pfalz	20.4.2005	2 AGH 19/04	Zulassung – Widerruf wegen nicht vereinbarter Tätigkeit	277

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	13.9.2005	X ZB 30/04	Kosten – zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten (LS)	279
BGH	28.7.2005	III ZB 56/05	Fehlender Hinweis auf Handeln als amtlich bestellter Vertreter	279
BGH	18.7.2005	II ZR 159/03	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Sozietätsvertrag	280
BGH	23.6.2005	IX ZR 139/04	Vergütungsansprüche des Kanzleiaabwicklers	282
OLG Hamm	22.8.2005	8 U 189/04	Sozietätsauflösung – Anspruch auf Kündigung der Telefonanschlüsse	285
OLG Stuttgart	4.8.2005	2 U 38/05	Unzulässige Namensfortführung früherer Kanzleihinhaber bei Neugründung	286
OVG Lüneburg	22.8.2005	2 LA 383/05	Zu den Voraussetzungen der Beiordnung eines Notarwalts (LS)	287
LAG Köln	6.5.2005	4 Ta 40/04	Einordnung des Rechtsanwalts als arbeitnehmerähnliche Person	288

Beilagenhinweis

Einem Teil dieser Ausgabe liegen die Prospekte: „Jahresprogramm 2006, Weiterbildung an der Bucerius Law School“, Bucerius Education GmbH, Hamburg, und „Vorwerk, Das Prozess-Formular-Buch“, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

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

BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

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

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

Redaktion: Rechtsanwalt Stephan Göcken (Sprecher der Geschäftsführung/Schriftleiter), Rechtsanwalt Christian Dahns, Frauke Karlstedt (sachbearbeitend).

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

E-Mail: info@otto-schmidt.de

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

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

BEZUGSPREISE: Den Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern werden die BRAK-Mitteilungen im Rahmen der Mitgliedschaft ohne Erhebung einer besonderen Bezugsgebühr zugestellt. Jahresabonnement 89 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 19,80 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten.

ORGANE: Hauptversammlung bestehend aus den 28 gewählten Präsidenten der Rechtsanwaltskammern; Präsidium, gewählt aus der Mitte der Hauptversammlung; Präsident: Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Dombek, Berlin. Vorbereitung der Organentscheidungen durch Fachausschüsse.

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

ANZEIGEN: an den Verlag.

Anzeigenleitung: Renate Becker (verantwortlich).

Gültig ist Preisliste Nr. 20 vom 1. 1. 2005

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 140 000 Exemplare (Verlagsausgabe).

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

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

IVW-Druckauflage 3. Quartal 2005: 136 700 Exemplare.

ISSN 0722-6934



Aktuelle Hinweise

Hilfskasse
Deutscher Rechtsanwälte

Kl. Johannisstraße 6/V
20457 Hamburg
Telefon (0 40) 36 50 79
Telefax (0 40) 37 46 45
E-Mail: Huelfskasse.Rae@t-online.de

AUFRUF ZUR WEIHNACHTSSPENDE 2005

Sehr geehrte Frau Kollegin,
sehr geehrter Herr Kollege,

aufgrund der großen Hilfsbereitschaft der Anwaltschaft im gesamten Bundesgebiet konnten im Jahr 2004 wieder zahlreiche in Not geratene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bzw. deren Angehörige unterstützt werden und wir möchten allen Spendern hierfür herzlich danken!

Die Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte zahlte im Dezember 2004 an 277 bedürftige Kolleginnen, Kollegen oder deren Familien aus 26 Kammerbezirken bundesweit 139.350 Euro aus. Zusätzlich wurden 88 minderjährigen bzw. in Ausbildung befindlichen Kindern Buchgutscheine im Wert von insgesamt 1760 Euro übersandt.

Wir hoffen durch Ihre Hilfe auch in diesem Jahr die finanzielle Situation besonders der hochbetagten Rechtsanwälte bzw. deren Witwen etwas zu erleichtern. Viele leben in Altenheimen und erhalten nur ein Taschengeld von weniger als 90 Euro im Monat. Aber ebenfalls die jüngeren Kollegen bzw. deren Witwen mit Kindern sind für diesen einmaligen Betrag aus der Weihnachtsspendenaktion sehr dankbar, da die neuen Reformen auch sie betreffen.

Daher unser Aufruf: Helfen Sie zu Weihnachten mit Ihrer Spende!

Jede Spende wird ohne Abzug von Verwaltungskosten für die Unterstützung bedürftiger Kollegen und deren Familien eingesetzt.

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

Mit kollegialen Grüßen
und herzlichem Dank für Ihre Hilfe
Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte
– Dr. Klaus Willenbruch –
Vorstandsvorsitzender

P.S.: Für Beträge bis 100 Euro gilt der von Ihrem Kreditinstitut quittierte Beleg als Spendenbescheinigung. Für Beträge über 100 Euro erhalten Sie eine Spendenquittung bis spätestens Ende Januar 2006.

Konten: Deutsche Bank Hamburg 0 309 906 (BLZ 200 700 00) – Postbank Hamburg 474 03-203 (BLZ 200 100 20).

Sehr geehrte Frau Kollegin,
Sehr geehrter Herr Kollege,

im Oktober 2005 erhielten Sie Fragebögen zu den Themen „Ein Jahr Rechtsanwaltsvergütungsgesetz“ und „Fortbildung bei Rechtsanwälten“. Um eine ausreichende Fallzahl für aussagekräftige Aus-

wertungen zu erhalten, ist es unabdingbar, dass möglichst alle ausgewählten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an der Befragung teilnehmen. Daher möchten wir Sie nochmals herzlich bitten, sich einige Minuten Zeit zu nehmen und die Fragebögen auszufüllen und an

das Institut für Freie Berufe an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Marienstraße 2 / IV, D-90402 Nürnberg, zurückzusenden. Sollten Sie dies bereits getan haben, möchten wir uns auf diesem Wege herzlich bei Ihnen bedanken. Wenn Sie keine Fragebogen mehr verfügbar haben, genügt eine kurze Nachricht an das Institut für freie Berufe Nürnberg, Frau Anja Spengler, Tel.: 0911-23565-24, E-Mail: anja.spengler@ifb.uni-erlangen.de. Frau Spengler steht Ihnen auch für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen



Dr. Dombek
Präsident
der Bundesrechtsanwaltskammer

Veranstaltungshinweise

Ringvorlesung „Einführung in den Anwaltsberuf“ des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln

Im Wintersemester 2005/06 werden im Rahmen der von Prof. Dr. *Barbara Grunewald* und Prof. Dr. *Martin Henssler*, Direktoren des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, angebotenen Ringvorlesung „Einführung in den Anwaltsberuf“ Referenten zu den folgenden Themen vortragen:

- **6.12.2005:** Prof. *Laurel S. Terry* (Penn State University): „American Lawyers“ (in englischer Sprache)
- **17.1.2006:** RA Dr. *Matthias Kilian* (Soldan Institut für Anwaltmanagement): „Vergütungsvereinbarungen deutscher Rechtsanwälte“

(Fortsetzung Seite VI)

(Fortsetzung von Seite V)

- **31.1.2006:** RA Dr. *Marko Brambach* (Gerling-Konzern): „Tätigkeit als Rechtsanwalt in der Versicherungswirtschaft“

Die Veranstaltungen finden jeweils von 17–19 Uhr in der Universität zu Köln, Hauptgebäude, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, im Neuen Senatssaal statt. Abweichend hiervon findet die Veranstaltung am 25.10.2005 in Hörsaal VIIa statt. Die Teilnahme ist kostenlos, eine Anmeldung nicht erforderlich.

Nähere Informationen zu den einzelnen Veranstaltungen: www.anwaltsrecht.org (Veranstaltungen) oder unter Tel. 02 21/4 70-57 11.

Institut für Anwaltsrecht, München

Im Wintersemester 2005/2006 bietet das Institut für Anwaltsrecht an der Universität München Vortragsveranstaltungen zu den folgenden Themen an:

Vortragsreihe

jeweils donnerstags,
am 19.1., 9.2.2006

Anwaltliche Berufsfelder: Anwälte berichten über ihren Beruf. Referenten: **RA Markus Schließ:** „Internetrecht in der anwaltlichen Praxis“, **RA Dr. Frank Remmert:** „Aktuelle Rechtsprechung zur anwaltlichen Werbung“, **RA Dr. Mathias Heisse:** „Mergers & Acquisitions-Unternehmenszusammenschluss, Unternehmenskauf und -verkauf aus anwaltlicher Sicht“, **RA Dr. Robert Jofer:** „Strafverteidigung in der Praxis“, jeweils ab 18.00 Uhr, Hörsaal M 001, im Hauptgebäude der LMU, Geschwister-Scholl-Platz 1

Aktuelle Probleme des Strafrechts

jeweils dienstags,
am 13.12.2005
17.1., 7.2.2006

Vortrags- und Diskussionsreihe: Aktuelle Probleme des Strafrechts und Strafverfahrensrechts in der Anwaltspraxis – XVIII. Leitung: **Prof. Dr. Bernd Schünemann**, Referenten: **Dr. Hanna Ziegert** „Die Qualitätskontrolle von psychiatrischen Gutachten“, **RA Dr. Markus Götzens:** „Aktuelle Probleme des Steuerstrafrechts I: Grenzüberschreitung im Steuerfahndungsverfahren“, **N.N.** „Aus dem Alltag eines Wirtschaftsstaatsanwaltes“,

RA Dr. Leonard Walischewski „Wirtschaftsstrafrecht I: Kapitalmarktstrafrecht“, jeweils ab 18.00 Uhr, Bibliothek des Inst. f. Rechtsphilosophie, Ludwigstr. 29/1. Stock, 80539 München

Vorlesung

Montags, am 19.12.2005,
9., 23.1., 6.2.2006

Einführung in das US-amerikanische Recht und die englische Rechtssprache, Referent: **RA Dr. Wolfgang Fritzemeyer**, LL.M., jeweils 14.00–17.00 Uhr, Hörsaal E 006, Hauptgebäude LMU, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Seminar

Montags, am 12.12.2005,
16.1., 30.1.2006

Erstellung anwaltlicher Schriftsätze im Zivilprozess, Referent: **RA Dr. Sebastian Weber**, jeweils 14.00–17.00 Uhr, Hörsaal E 006, Hauptgebäude der LMU, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Fragen & Vernehmen II

Freitag, 16.12.2005

Rhetorik und Kommunikation für Juristen, Referent: **Mathias H. Markert** (Con-

(Fortsetzung Seite VII)

(Fortsetzung von Seite VI)

sultant für COM International, Spezialist für juristische Rhetorik), 9.00–17.00 Uhr, im Seminarraum E 341, 4. Stock, Eulenturm, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München. Workshop setzt Teilnahme an Fragen & Vernehmen I voraus.

Vortrag

Mittwoch, 11.1.2006

Typische Anwaltsfehler auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. Referent: **RA Prof. Dr. Robert Schweizer**, 14.00–17.00 Uhr, im Karl-Neumeyer-Saal, 1. Stock, Veterinärstr. 5, 80539 München

Workshop

Freitag, 13.1.2006

Das Mandantengespräch, Referentin: **RAin Ruth Hellmich**, 9.00–17.00 Uhr, im Seminarraum E 341, 4. Stock, Eulenturm, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Der Jurist und die EDV

Dienstag, 17.1.2006

Elektronische Fachbücher und Recherche, Referenten: **Thomas Hofer** (Akad. Rat); **Michael Schmidt-Plankemann** (Wiss. Ass., LL.M.) 17.00–19.00 Uhr, im CIP-Pool, Raum E 49, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München

Gesprächsführung in Beratungssituationen

Freitag, 27.1.2006

Rhetorik und Kommunikation für Juristen, Referent: **Mathias H. Markert** (Consultant für COM International, Spezialist für juristische Rhetorik), 9.00–17.00 Uhr, im Seminarraum 306, 3. Stock, Ludwigstr. 29, 80539 München

Vortrag

Der Vergleich in der anwaltlichen Praxis – unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsgefahren. Referentin: **RAin Dr. Brigitte Borgmann**, Ort und Zeit werden noch bekannt gegeben.

Nähere Informationen: Institut für Anwaltsrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 0 89/21 80-68 22, Fax: 0 89/21 80-1 65 93, Internet: www.anwaltsrecht.de, E-Mail: info@anwaltsrecht.de.

Veranstaltungen

Bericht: IBA-Konferenz 2005 in Prag

Die alljährliche Konferenz der International Bar Association (IBA) fand Ende

September 2005 in der tschechischen Hauptstadt statt. Insgesamt nahmen mehr als 4000 Rechtsanwälte an dem Treffen teil, diskutierten über die Neuheiten im internationalen Rechtsverkehr und lernten einander kennen.

Der Verfasser ist einer von sechs Deutschen, die ein Stipendium der Legal Practice Division der IBA für Rechtsanwälte unter 35 Jahren bekommen haben. Er wurde dabei tatkräftig von der RAK Frankfurt am Main und der BRAK unterstützt. Das Stipendium umfasste die Teilnahmegebühren, Hotel- und Verpflegungskosten sowie größtenteils An- und Abreisekosten.

Die IBA-Konferenz wurde eröffnet von dem Präsidenten der Tschechischen Republik, Herrn *Václav Klaus*, der in seiner Rede einen interessanten Beitrag über das Verhältnis von „neuen“ Rechten, wie zum Beispiel Kinder-, Frauen- und Verbraucherrechten, und traditionellen Lebenswegen leistete. Entsprechend dem Aufbau der IBA folgten sodann Arbeitsgruppen und Vorträge in einer Vielzahl von Bereichen. Der Verfasser besuchte vornehmlich die Veranstaltungen, die im Zusammenhang mit dem Kartellrecht standen, darüber hinaus aber auch andere interessante Vorträge. Im Bereich des Kartellrechts waren besonders spannend die Veranstaltungen über die Durchsetzung des Kartellrechts durch Privatpersonen, die extraterritoriale Anwendung, die Verpflichtung, mit anderen Unternehmen zu verhandeln, sowie die Einführung von Kartellrechtsregimen, vornehmlich in den neuen Mitgliedsstaaten der EU. Lehrreich war stets der Vergleich der Erkenntnisse von Juristen aus common law-Staaten mit denjenigen aus civil law-Staaten. Insbesondere im Kartellrecht können alle Beteiligten viel voneinander lernen, und zwar sowohl bezüglich der positiven wie hinsichtlich der negativen Erfahrungen.

Äußerst anregend waren auch Vorträge über Verwaltung und Marketing von kleineren Sozietäten sowie Veranstaltungen über die erfolgreiche Anbahnung von Mandantenverhältnissen. Besonders hervorzuheben sind auch die angebotenen Abendprogramme. Neben zahlreichen Empfängen in Kanzleien sowie Vereinigungen organisierte die IBA mit der tschechischen Anwaltskammer Empfänge in wunderschöner Lage, nämlich im Municipale House sowie im Prager Schloss. Auch für die Stipendiaten und andere junge Rechtsanwälte wurden besondere Empfänge ausgerichtet.

(Fortsetzung Seite VIII)

(Fortsetzung von Seite VII)

Die Teilnahme an einer IBA-Konferenz empfiehlt sich für alle, die im internationalen Rechtsverkehr tätig sind. Sie bietet neben äußerst interessanten Vorträgen über die aktuellsten Entwicklungen im nationalen und internationalen Recht die Möglichkeit, bemerkenswerte Persönlichkeiten aus dem In- und Ausland in entspannter Atmosphäre kennen zu lernen.

Rechtsanwalt *Roland Stein*, LL.M. Eur¹

Bericht über die 33. Tagung der DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. vom 29.9. bis 1.10.2005 in Düsseldorf

Die diesjährige Herbsttagung der Vereinigung fand in Düsseldorf und damit am Kanzleisitz des im Mai neu gewählten Präsidenten, Rechtsanwalt Dr. *Peter Zimmermann*, statt. Tagungsthema war: „Betriebliche Expansion ins Ausland – praktische Hinweise“. Trotz des für Verhältnisse der DACH bereits sehr weit nördlich gelegenen Tagungsortes nahmen weit über 50 Mitglieder an der Tagung teil.

Das Rahmenprogramm der Veranstaltung begann mit einem Abendempfang im Tagungshotel, dem gerade neu eröffneten Hotel InterContinental an der Königsallee. Dieser Empfang wurde

gesponsert durch die Deutsche Bank, Niederlassung Düsseldorf, die neue deutsche Hausbank der Vereinigung. Bei dem anschließenden feierlichen Abendessen im Ballsaal konnten die Teilnehmer bereits die kulinarischen und die visuellen Annehmlichkeiten des neuen Düsseldorfer Luxushotels genießen.

Der erste Arbeitstag begann nach der Begrüßung durch den neuen Präsidenten mit den Referaten zu den drei Kernländern der Vereinigung, Deutschland, Österreich und Schweiz. Diese wurden gehalten von den Herren Rechtsanwälten Dr. *Christoph F. Wetzler*, Frankfurt, Dr. *Roland Grilc*, Klagenfurt und Dr. *Bruno Derrer*, Zürich. Bei allen drei Referaten kristallisierte sich als Schwerpunkt der betrieblichen Expansion ins Ausland die Gründung von Tochtergesellschaften in der Rechtsform einer GmbH heraus. Schnell wurde deutlich, welche Gleichheiten insoweit bestehen (z.B. notarieller Gründungsakt, Zulässigkeit von Geld- und Sacheinlagen etc.) und welche Unterschiede zu beachten sind (z.B. Höhe des Mindeststammkapitals und der Einzahlung bei Anmeldung etc.). Für alle drei Länder rieten die Referenten grundsätzlich davon ab, die Expansion durch den Erwerb von Vorratsgesellschaften einzuleiten. Die damit verbundenen Risiken stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem möglichen minimalen Zeitgewinn. Auch bei der anschließenden lebhaften Diskussion wurde deutlich, dass zum Beispiel für einen möglichen Haftungsdurchgriff auf die ausländische Muttergesellschaft in allen drei behandelten Ländern vergleichbare – enge – Voraussetzungen gelten.

Bei den am Nachmittag präsentierten Länderberichten zum Fürstentum Liechtenstein (Rechtsanwalt *Rudolf Schächle*,

Vaduz), zu Frankreich (Rechtsanwältin *Monique Stengel*, Paris), zu den Niederlanden (Rechtsanwalt *Sip van Dijk*, Apeldoorn), zu Italien (Rechtsanwältin *Susanne Hein*, Mailand) und zu Tschechien (Rechtsanwalt Dr. *Karel Cermák jr.*, Prag) wurden zum Teil andere Schwerpunkte einer möglichen betrieblichen Expansion ins Ausland beleuchtet. Zu nennen sind insoweit neben der bereits am Vormittag behandelten Gründung von Zweigniederlassungen die Einbindung von Handelsvertretern und Vertragshändlern sowie generell der grenzüberschreitende Lieferverkehr.

Das abendliche Rahmenprogramm wurde mit einem Empfang im Rathaus der Landeshauptstadt Düsseldorf eröffnet. Herr Bürgermeister *Elbers* hat es dabei hervorragend verstanden, die Vorzüge Düsseldorfs, insbesondere im internationalen Wirtschaftsleben, mit der bekannten rheinischen Gastfreundschaft zu verknüpfen, die sich insbesondere in Form von Altbier und deftigen Häppchen dokumentierte. Das anschließende Galadiner in den Rheinterrassen rundete den Veranstaltungstag würdevoll ab.

Bei den Referaten am Samstagvormittag zeigte sich der österreichische Rechtsanwalt Dr. *Roland Grilc* als profunder Kenner auch der Rechtsordnungen von Slowenien und Kroatien. Als Besonderheit wurde insbesondere in Bezug auf Slowenien hervorgehoben, dass bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Tätigkeit dieser Gesellschaft präzise in den Anmeldeunterlagen aufgeführt sein muss.

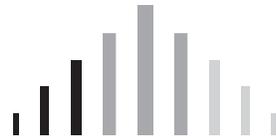
(Fortsetzung von Seite XVIII)

¹ Der Autor ist Rechtsanwalt der Kanzlei Rechtsanwälte Salger in Frankfurt am Main.

6/2005

15. 12. 2005 36. Jahrgang

Informationen
zu Berufsrecht und
Berufspolitik



BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Akzente

Die Alte ist die Neue

Wer während der Koalitionsverhandlungen die Zeitungen darauf durchforschte, was in der Rechtspolitik verhandelt würde, wurde selten fündig. Nur eines erfuhren wir schnell: „Die Alte ist die Neue“. Brigitte Zypries bleibt Bundesjustizministerin. Und das ist gut so. Die Zusammenarbeit der Bundesrechtsanwaltskammer mit dem Ministerium ist, seit Brigitte Zypries ins Amt gelangte, erheblich besser geworden, geprägt von Sachlichkeit, wachsender Offenheit und gegenseitigem Vertrauen. Wir stellen uns gegenseitig keine Beine. Wir hoffen, dass das in Zukunft so bleibt und noch besser wird, trotz der z.B. zum Rechtsdienstleistungsgesetz zu erwartenden Auseinandersetzungen.

Wem Rechtspolitik am Herzen liegt, der reagiert auf den Koalitionsvertrag gespalten. Nur fünf von 190 Seiten des Koalitionsvertrages befassen sich mit der Rechtspolitik. Gemessen an der Bedeutung des Rechtsstaats für unsere Demokratie sind fünf Seiten nicht viel. Angesichts der Reformnöte, die die politische Diskussion in den letzten Monaten beherrscht haben, ist es allerdings beruhigend zu wissen, dass die Justiz nicht zu den Problemfällen unserer Republik gehört. Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, dass die Öffentlichkeit und die sie bedienenden Journalisten die Rechtspolitik relativ gering wahrnehmen.

Die BRAK hat die schlanken Formulierungen zur Rechtspolitik aus dem Koalitionsvertrag auf ihre Homepage (www.brak.de) gestellt. Jede Anwältin und jeder Anwalt sollte sich die kurze Zeit nehmen und den Text lesen. Bitte schreiben Sie uns Ihre Bedenken und Probleme, aber auch Ihre Zustimmung. Es ist Aufgabe der BRAK und der Rechtsanwaltskammer, die Interessen der Gesamtheit der Anwaltschaft gegenüber der Politik zu vertreten, und dazu

benötigen wir die Meinung jedes einzelnen Anwalts, jeder einzelnen Anwältin.

Die BRAK und die Rechtsanwaltskammern haben vor den Bundestagswahlen so genannte Wahlprüfsteine an die Rechtspolitiker versandt. Die Antworten der Obleute und Sprecher der Fraktionen im Rechtsausschuss des Bundestages haben wir in Heft 4 des BRAKMagazins veröffentlicht. Der Koalitionsvertrag beantwortet unsere Fragen im Wesentlichen positiv. Er schlägt keine Türen zu. Das ist wichtig, denn in einer großen Koalition kann die parlamentarische Debatte an Bedeutung für die endgültige Richtung von Gesetzen verlieren, wenn die Entscheidungen der Koalitionäre bereits in den Ministerien oder am Kabinetttisch gefällt werden.

Ausdrücklich zu danken ist den Rechtspolitikern für ihre klaren Worte zur Bachelor-/Master-Debatte. Die Koalitionspartner sehen derzeit keinen Bedarf für neue juristische Studienabschlüsse und lehnen deshalb die Übertragung des Bologna-Prozesses auf die Juristenausbildung ab. Die Justizministerkonferenz ist auf ihrer Herbstkonferenz dieser Linie mit den Argumenten der BRAK gefolgt. Sie entscheiden jedoch nicht allein. Die Bildungsminister scheinen noch anderer Auffassung zu sein. Die Justizministerkonferenz hat einen Koordinierungsausschuss eingerichtet, der bis 2008 die Einführung der Bachelor-Master-Struktur in der Juristenausbildung anderer europäischer Staaten beobachten soll. Die Diskussion wird also weitergehen. Die BRAK wird sich daran wie bisher beteiligen. Dabei geht es nicht darum, Traditionen um ihrer selbst willen zu wahren, sondern allein um die Frage, ob die qualitativen Standards unserer bisher guten und europaweit anerkannten Juristenausbildung gesenkt werden sollen. Dagegen werden wir uns wehren.

Bernhard Dombek

Das Anwaltsexamen als Schlusstein der freien Advokatur?

Ein Zwischenruf nicht nur aus tagesaktueller Sicht

Rechtsanwalt Dr. *Tillmann Krach*, Mainz

Der Präsident des Deutschen Anwaltvereins wirbt für die Abschaffung der einheitlichen Juristenausbildung mit einem neuen, auf den ersten Blick faszinierenden Argument: Mit der „Befreiung von der staatlichen Umklammerung auch in der Zugangsfrage“ werde das vollendet, was 1879 mit der Einführung der freien Advokatur begonnen worden sei.¹ Ist die Spartenausbildung tatsächlich der Königsweg zur berufsständischen Autonomie?

I. Ein verlockendes Konzept und seine praktische Umsetzung

Es ist dies nicht der erste Versuch, das Ziel einer zahlenmäßigen Reduzierung der Anwaltschaft und damit den Erhalt (oder Wiedergewinn) ihrer wirtschaftlichen Prosperität als Beitrag zur Festigung einer freien Advokatur zu verkaufen.² Die Verlockung, das *Kilgersche* Argument aufzugreifen, ist deswegen besonders groß, weil es die Aura von Liberalität und Staatsferne trägt: Die Anwaltschaft selbst soll ihren Nachwuchs rekrutieren, dessen Ausbildung finanzieren und schließlich die Kandidaten examinieren. Der Staat möge diejenigen alimentieren, die in der (ausbildenden) Anwaltschaft keinen Platz finden wollen oder können – allerdings auch nur während der Referendarzeit, denn natürlich wäre ihre Zahl nach wie vor weit größer als das zur Verfügung stehende Planstellenreservoir.

Unstreitig wäre dies das Ende des „Einheitsjuristen“. Über die Vor- und Nachteile der klassischen preußisch-deutschen Juristenausbildung wäre viel zu sagen,³ dafür ist hier nicht der Platz. Lediglich der Frage, ob die Realisierung des „Spartenmodells“ der Advokaturfreiheit nutzt oder sie gar beschädigt, möchte ich nachgehen. Dabei sollte nicht bemäntelt werden, was das vom DAV favorisierte Ausbildungskonzept in der *Praxis* bedeuten würde:

- Nach bestandenen Staatsexamen könnte den Weg Richtung Anwaltsberuf nur gehen, wer eine Ausbildungskanzlei findet.
- Diese Kanzlei wäre verpflichtet, eine mehrjährige Ausbildung (nicht nur Beschäftigung) des vormaligen Studierenden zu gewährleisten und den „Assistenzanwalt“ bzw. die „Assistenzanwältin“ angemessen zu entlohnen.
- Am Ende der Ausbildungsphase stünde ein „Anwaltsexamen“, dessen Bestehen dann einen Zulassungsanspruch begründen würde.

Ein solches Modell wirft zunächst einmal viele praktische Fragen auf, zum Beispiel:

Wie viele Ausbildungsplätze gäbe es überhaupt? Welche Art Kanzleien könnte ein Interesse – und ggf. welches – daran ha-

ben, einen Uni-Absolventen über mehrere Jahre hinweg zu beschäftigen und zu bezahlen? Würden ausschließlich Anwälte über das (Nicht-)Bestehen des zweiten Examens entscheiden? Was machen die „klassischen“ Referendare, die nach dem Assessorexamen keine Anstellung finden und denen der Anwaltsberuf versperrt ist? Dies alles sind ungelöste Probleme. Aber schwerer wiegen die grundsätzlichen Bedenken.

II. Ein historischer Exkurs zum „Massenproblem“

Das „Massenproblem“ in der deutschen Anwaltschaft ist so alt wie die freie Advokatur selbst. Die Begriffe und Metaphern sind phantasievoll und zahlreich – „Überfüllung“, „Anwaltschwemme“, „Überfrachtung“, „Lawine“ – und meinen immer dasselbe: Der Anwälte gibt es zu viele. Man halte sich vor Augen, dass die Zahl der im Deutschen Reich zugelassenen Rechtsanwältinnen in den Jahren 1880 bis 1913 eine Verdreifachung erlebt hat und dann bis 1935 nochmals um 50 % gestiegen ist! Oder anders ausgedrückt: Die Zahl der Einwohner pro Anwalt hat sich in 30 Jahren (1901–1931) etwa halbiert.⁴ Aber Zahlen sind immer interpretationsbedürftig und eine Betrachtung derartiger Statistiken hilft nur eingeschränkt, die Problematik zu erfassen, zumal das Recht selbst immer komplexer und damit der Rechtsberatungsbedarf auch immer größer geworden ist. Jedenfalls haben die erschreckenden Zulassungskurven den Deutschen Anwaltverein seit seinem Bestehen bis November 1932 nicht daran gehindert, Berufszugangsbeschränkungen konsequent abzulehnen. Zwar gab es Versuche, dem akuten Zulauf durch die Einführung einer Vorbereitungs- bzw. Wartezeit Herr zu werden: 1894 schlug der Berichterstatter Justizrat *Pemsel* dem Anwaltstag vor, den Eintritt in den Beruf von einer (weiteren) zweijährigen Vorbereitungszeit als „Konzipient“ eines Anwalts abhängig zu machen. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt.⁵ Dagegen verabschiedete die Abgeordnetenversammlung des DAV im Jahre 1930 mit Mehrheit den Antrag, vor Zulassung zur Anwaltschaft eine dreijährige Wartezeit einzuführen und forderte zudem, die Zahl der einzustellenden Rechtsreferendare am Bedarf der Rechtspflege, der Universitäten und der Wirtschaft zu orientieren (welcher regelmäßig von der Landesjustizverwaltung ermittelt werden sollte).⁶ Gehör fanden solche Ideen beim Gesetzgeber nicht. Schließlich setzten sich die Befürworter eines echten numerus clausus durch: Im November 1932 empfahl die Abgeordnetenversammlung, „um der drohenden Verelendung Einhalt zu gebieten“, eine sofortige Zulassungssperre für die Dauer von drei Jahren und die anschließende Einführung der geschlossenen Zahl.⁷ Die weitere politische Entwicklung hat dann bekanntlich zu einem folgenschweren Perspektivwechsel geführt – *allege-*

1 *Kilger* AnwBl. 2005, 534; vgl. auch schon *Kilger* AnwBl. 2004, 273.

2 Vgl. *Krach* AnwBl. 1991, 73 und die dortigen Nachweise.

3 Vgl. etwa die Debatte im Anwaltsblatt vor nunmehr sechs Jahren: *Streck* AnwBl. 1999, 101; *Bischof*, *Streck* und *Kilger* AnwBl. 1999, 595 und die Reaktionen von *Kreß* und *Gantert* AnwBl. 2000, 88.

4 Vgl. JW 1928, 2765; 1929, 894; Statistische Jahrbücher für das Deutsche Reich 1915–1935.

5 Vgl. das Protokoll, Beilage zu JW Nr. 55/1894 vom 5.10.1894.

6 Vgl. den Gesetzentwurf in AnwBl. 1931, 118.

7 Vgl. Beilage zum AnwBl. 1933, 70.

Krach, Das Anwaltsexamen als Schlusstein der freien Advokatur?

meine Zulassungsbeschränkungen waren jedenfalls kein Thema mehr.⁸

Man sieht also: Die Diskussion darüber, wie man den juristischen Nachwuchs daran hindern könnte, den Anwaltsberuf zu ergreifen, hat wahrlich eine lange Tradition. Das ist auch kein Wunder, denn schon immer war die Anwaltschaft ein Opfer der „Zwangsbekleidung durch den Staat“ (Kilger); noch nie hatte der Assessor ohne Prädikatsexamen eine echte Wahlfreiheit zwischen einer Beschäftigung in der Justiz bzw. der Verwaltung und der Zulassung als Anwalt. Sigbert Feuchtwanger hat es schon 1922 auf den Punkt gebracht:⁹

Die Anwaltschaft muss dagegen ankämpfen, dass die Staatsverwaltung, einseitig eigene Interessen wahrnehmend, dem Anwaltsstand ungebührliche Opfer auferlegt, diesem eigentlich die Kosten ihrer Bewerberauswahl aufbürdet, indem sie die Auswahl einerseits streng gestaltet, andererseits aber Leuten, die sie niemals als Richter anstellen würde, in Gnaden formelle Richterqualität, in Wahrheit bloße Anwaltsqualität verleiht ...

Wenn die Staatsverwaltung weiterhin die erfolgreichen Examenabsolventen in staatsdienstfähige, beschränkt staatsdienstfähige und staatsdienstunfähige einteile, müsse die Anwaltschaft auch für sich die Unterscheidung „bestanden“ oder „nicht bestanden“ durch eine „besondere Anwaltsqualifizierung“ – so Feuchtwanger wörtlich – ersetzen. Das klingt ja wie die Vorwegnahme des DAV-Spartenmodells! Aber hätte Feuchtwanger auch den dort vorgesehenen Weg zum Erwerb einer „Anwaltsqualifizierung“ gutgeheißen?

III. Das Gefahrenpotential einer Ausbildung in Anwaltshand

Ich glaube nicht. Denn er hat auch geschrieben, dass Zulassungsbeschränkungen „für den Stand als Ganzes, seine Stellung im Staat“ den „ideellen Verfall und Untergang“ bedeuten würden, weil nur der „ständige Zufluss junger Kräfte“ der Anwaltschaft die Erhaltung derjenigen Eigenschaften verbürge, „die den Anwalt zur Erfüllung seiner sozialen Funktion befähigen, dem Recht gegen das Unrecht, dem Schwachen gegen den Starken beizuspringen“, während eine mit der „Gefahr der Vergreisung und Erstarrung“ erkaufte Existenzsicherung die „Untergrabung der eigenen Existenz“ bedeuten würde.¹⁰ Befreit man diese Aussage von ihrer blumigen Diktion, so lautet sie: Wenn man den Zugang zur Anwaltschaft – wie auch immer – einer Steuerung unterwirft, liegt darin die Gefahr, dass sich ihre soziale und ihre Altersstruktur ändert, und zwar zu Lasten der herrschenden (relativen!) Vielfalt. Und auch die politischen Implikationen sollte man nicht auf die leichte Schulter nehmen: Für Außenseiter und Querdenker, die sich zu anwaltlicher Tätigkeit berufen fühlen, ist die Erreichung dieses Ziels gegenwärtig mit dem Bestehen zweier Staatsexamina verknüpft. Aber wird man sie auch freudig als „Assistenzanwälte“ empfangen?

Mit anderen Worten: Der Versuch, das Anwaltsexamen als den „Schlusstein der freien Advokatur“ anzupreisen, ist ein Täuschungsmanöver. Entscheidend ist nicht, dass die Anwaltschaft den eigenen Nachwuchs ausbilden und examinieren soll. Entscheidend ist vielmehr, dass sie die Auswahl treffen dürfte und hierbei nicht nur die wirtschaftliche Lage eine Rolle spielen würde (Kilger: „Geht es der Anwaltschaft gut, gibt es viele Plätze, geht es ihr schlecht, vermindert sich ihre Zahl“), sondern

naturgemäß auch jedes andere beliebige Einstellungskriterium zur Anwendung kommen könnte.

Der (in jeder Hinsicht) freie Zugang zur Anwaltschaft ist kein Anachronismus oder ein historisches Relikt, dass man ab einer bestimmten Anwaltsdichte oder auch im Zuge europäischer Entwicklungen mal eben entsorgen kann. Vergleiche mit anderen Berufsgruppen gehen von vorneherein fehl. Die Anwaltschaft sollte sich hüten, ihre hervorragende – durch Gesetz und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abgesicherte – Rolle im Gefüge des freiheitlichen Rechtsstaates durch eine Gleichsetzung mit anderen Dienstleistungsberufen in Frage zu stellen und damit aufs Spiel zu setzen. Wenn sie ihre gesellschaftliche Funktion weiterhin selbstbewusst wahrnehmen will, dann muss sie auch die althergebrachten freiheitlichen Prinzipien – so lästig das auch sein mag – als ein Privileg offensiv verteidigen. Es gilt immer noch das, was Ernst Fraenkel im Januar 1933 über die Bestrebungen der numerus-clausus-Befürworter geschrieben hat:¹¹

Wie immer man auch die Auswahl treffen mag: die Gefahr, dass die im Staat herrschende Schicht ihre Macht dahin erweitert, oppositionellen Köpfen den Weg zur Anwaltschaft zu versperren, ist nur allzu offenkundig. Darum geht es keineswegs an, dem Staat das Recht der Auswahl zu übertragen. Ebenso bedenklich wäre es aber, der Anwaltschaft selbst die Auswahl zu überlassen, weil dergestalt die Gefahr einer Klügelwirtschaft entsteht, deren Folgen nicht abzusehen sind.

IV. Quantität und Qualität

Was wiegen demgegenüber die Bedenken, eine ständige Vergrößerung der Zahl der Berufsangehörigen führe zu einer Verschlechterung der Qualität anwaltlicher Dienstleistung? Diese Sorge ist durchaus nachvollziehbar, aber sie rechtfertigt es nicht, auch den talentierten (aber womöglich nicht ins Schema passenden) Kräften Steine in den Weg zu legen. Im Übrigen muss ein „Teilzeit-Anwalt“ nicht unbedingt ein schlechter Anwalt sein. Und wer ausdrücklich „Honorardumping und ruinösen Verdrängungswettbewerb“ befürchtet,¹² sollte seine Energien lieber auf die Erhaltung eines durchsetzungsfähigen Standesrechts konzentrieren statt ein „am Markt ausgerichtetes Ausbildungssystem“ zu fordern, wie die verharmlosende Formulierung bei Streck lautet. Denn das Bild, das hier von der Anwaltschaft als einem Berufsstand gezeichnet wird, der allein aufgrund seines Anwachsens verstärkt zu Gesetzes- und Regelverletzungen neigt, ist wahrlich kein positives. Schon anlässlich des Anwaltstages 1927, auf dem der spätere DAV-Präsident Rudolf Dix die These einer Vereinbarkeit von freier Advokatur und numerus clausus vehement vertrat, kritisierte Heinrich Riegner die von dem Redner geäußerte Besorgnis, „dass die moralische Widerstandskraft des Anwalts nicht auf zu harte Proben gestellt werden möge“, als „fatal“:¹³

Donnerwetter! Dass ich keine silbernen Löffel stehle und mich nicht an den Geldern meiner Mandanten vergreife, ist doch, weiß Gott, keine Verdienst. Wer es sich zum Lebensberuf erkorren hat, fremde Interessen wahrzunehmen, wird umso besser fahren, je ernster und rückhaltloser er sich seiner Aufgabe hingibt.

Es ist daher auch kein Wunder, dass den Befürwortern einer Quantitätsreduzierung immer schon und auch heute noch Besitzstandsdenken unterstellt wird. Riegner störte bei Dix, dass er den „Wunsch nach Verbesserung des Anwalts Einkommens

8 Vgl. ausführlich zur nc-Diskussion 1879 bis 1932 Krach, Jüdische Rechtsanwälte in Preußen, Bedeutung und Zerstörung der freien Advokatur, München 1991, S. 40 ff.

9 Die freien Berufe. Im besonderen: Die Anwaltschaft, München und Leipzig 1922, S. 156.

10 Feuchtwanger a.a.O., S. 147.

11 Die Justiz VIII, 189 (191).

12 Streck NJW Heft 20/2004, Editorial.

13 Die Justiz II, 626 (630).

Oberlander, STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1993 bis 2002

als Forderung der Standeswürde drapiert“. Und Prof. *Hadding* schrieb 1999 in einer Replik auf *Michael Streck*, damals Präsident des DAV:¹⁴

Und auch bei der angesprochenen „Anwaltschwemme“ geht es allein um Geld, nämlich um die Sorge sich mindernder Einkünfte für die Angehörigen eines Berufsstandes, was durch eine verschleierte, aber nichtsdestotrotz verfassungsmäßig zweifelhafte Zulassungsbeschränkung in Gestalt eines „Anwaltsexamens“ bekämpft werden soll.

14 WM 1999, 2299 (zu *Streck* WM 1999, 2155).

Die Anwaltschaft und ihre Standesvertreter täten gut daran, alle Kräfte dafür einzusetzen,

- noch mehr Bezüge zur Anwaltstätigkeit sowohl in die universitäre als auch die praktische Ausbildung zu integrieren und
- eine Ausweitung der nichtanwaltlichen Rechtsberatung (Stichwort: Rechtsdienstleistungsgesetz) zu verhindern – bei gleichzeitiger Vergrößerung bzw. Vermehrung anwaltlicher Arbeitsfelder.

Von Forderungen, die an den Prinzipien der freien – im Sinne von frei zugänglichen – Advokatur rütteln, sollte man dagegen Abstand nehmen.

STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1993 bis 2002

Dr. Willi Oberlander, Institut für Freie Berufe, Nürnberg

Seit 1993 führt das Institut für Freie Berufe (IFB) jährlich eine Befragung zur beruflichen und wirtschaftlichen Situation der Anwaltschaft durch. Anfang des Jahres 2004 wurden hierfür 9582 Rechtsanwälte¹ aus den Kammern Bremen, Celle, Koblenz, Köln, Mecklenburg-Vorpommern, Nürnberg, Oldenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Tübingen befragt. 3.703 Berufsangehörige schickten die Fragebögen ausgefüllt an das IFB zurück. Dies entspricht einer Rücklaufquote von 39 %. Für Befragungen dieser Art ist dies ein relativ hoher Rücklauf². Im Rahmen dieses Beitrags werden die zentralen Ergebnisse zur persönlichen wirtschaftlichen Situation der Rechtsanwälte im Jahr 2002 berichtet.

Im Folgenden soll ausschließlich auf die persönlichen Wirtschaftsdaten eingegangen werden, wobei die selbständigen Rechtsanwälte im Zentrum der Betrachtung stehen. Für sie werden die persönlichen Umsätze und Überschüsse ausgewiesen.

Dabei wird insbesondere die Gruppe der so genannten „Vollzeit-Rechtsanwälte“ analysiert: Dies sind ausschließlich in eigener Kanzlei tätige Rechtsanwälte, die mindestens 40 Stunden pro Woche arbeiten. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Anwaltsnotare nicht in die Auswertung mit eingehen. Ebenso wurde aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die erneute Darstellung der Wirtschaftsdaten des Jahres 1992 verzichtet; diese Zahlen finden sich im Bericht zu den Wirtschaftsdaten 1996³.

Die Abbildungen zum persönlichen Jahresumsatz und Jahresüberschuss stellen jeweils die Entwicklung von 1993 bis 2002 getrennt nach neuen und alten Bundesländern dar. Neben den Durchschnittswerten werden auch die Mediane⁴ präsentiert.

Entwicklung der persönlichen Jahresumsätze

Das Wirtschaftsjahr 2002 ist durch Umsatzsteigerungen in den alten und Umsatzrückgänge in den neuen Ländern gekennzeichnet.

Der persönliche Jahreshonorarumsatz der Vollzeit-Einzelanwälte in den alten Bundesländern stieg im Jahr 2002 nach starken Rückgängen in den Vorjahren gegenüber 2001 um rund 10,5 %. Erzielte diese Gruppe der Anwälte im Jahr 1999 im Schnitt noch einen Umsatz von 137.000 Euro, lag der entsprechende Wert 2002 nur noch bei 116.000 Euro. Dies ist der drittniedrigste Jahresumsatz, der seit Beginn der STAR-Erhebungen für diese Gruppe ermittelt wurde. In den neuen Bundesländern zeigt sich für 2002 keine Erholung. Hier gingen die Umsätze der Einzelanwälte 2002 im Vergleich zu 2001 um 1,9 % zurück. Mit durchschnittlich 103.000 Euro haben sie trotz des Gebührenabschlags in 2002 deutlich weniger Umsatz erzielt als die westdeutschen Einzelanwälte (siehe Abb. 1).

Auch die persönlichen Jahresumsätze der Partner in lokalen Sozietäten in den alten Bundesländern stiegen im Jahr 2002 nach erheblichen Rückgängen in den Vorjahren wieder an. Mit 4,7 % fiel dieser Zuwachs recht deutlich aus. Dennoch lag 2002 der durchschnittliche Umsatz in dieser Gruppe mit 155.000 Euro nominal nur 3,3 % über dem Wert von 1993! Auch die ostdeutschen Partner in lokalen Sozietäten hatten 2002 im Schnitt weniger Umsatz als noch 2001. Die Umsätze gingen um 4,4 % im Vergleich zum Vorjahr auf 112.000 Euro rück, sie erreichten damit den Tiefstand des ersten Ausweisungsjahres 1993 (siehe Abb. 2).

Die westdeutschen Partner in überörtlichen Sozietäten aus den alten Bundesländern berichteten für 2002 gegenüber dem Vorjahr eine deutliche Erholung. Sie erreichten im Schnitt noch einen persönlichen Umsatz von 237.000 Euro, das sind 9,2 % mehr als noch 2001. Damit setzte sich die ausgeprägt negative Tendenz der letzten Jahre nicht fort. Die ostdeutschen Partner in überörtlichen Sozietäten konnten ihre Umsätze nicht wie im Vorjahr steigern. Sie erreichten im Schnitt einen Umsatz von 152.000 Euro und folglich 13,6 % weniger als 2001. Damit vergrößerten sich die bereits in der Vergangenheit besonders großen Differenzen zwischen den Umsätzen der Partner aus den neuen und alten Bundesländern (siehe Abb. 3).

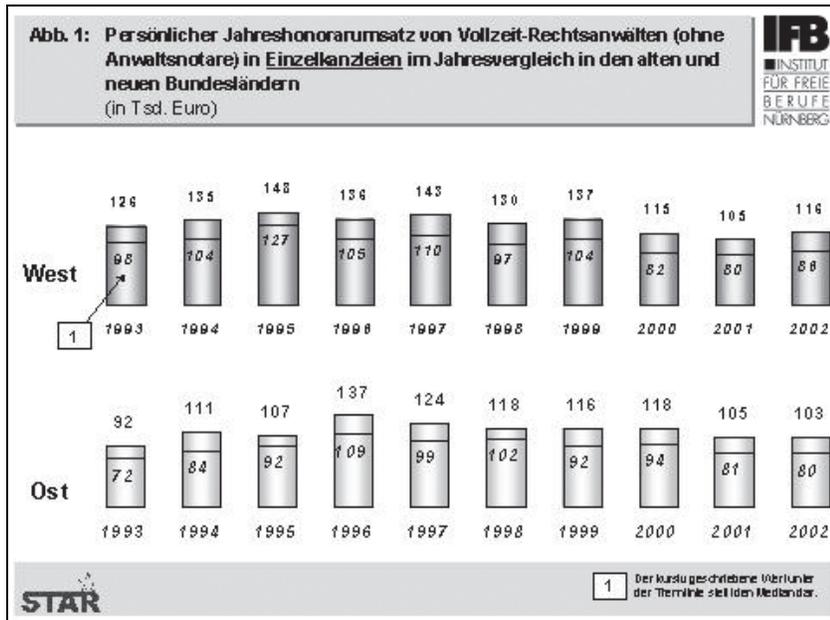
1 Zwecks Straffung der Darstellung wird im Folgenden ausschließlich die männliche Berufsbezeichnung verwendet.

2 In diesem Zusammenhang soll allen Rechtsanwälten, die sich bei der Befragung beteiligt haben, ein herzliches Dankeschön für ihre Bemühungen ausgesprochen werden.

3 Siehe *Wasilewski/Schmucker/Kaimer/Funk*: STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1992 bis 1996. In: BRAK-Mitt. 1998, 250 ff.

4 Der Median ist derjenige Wert in einer Verteilung, den jeweils 50 % der Befragten über- bzw. unterschreiten.

Oberlander, STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1993 bis 2002



Entwicklung der persönlichen Jahresüberschüsse

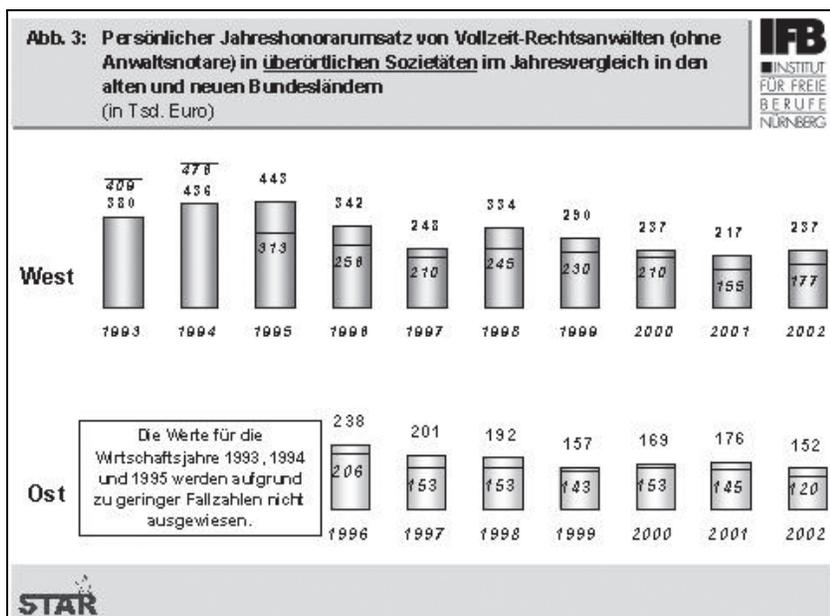
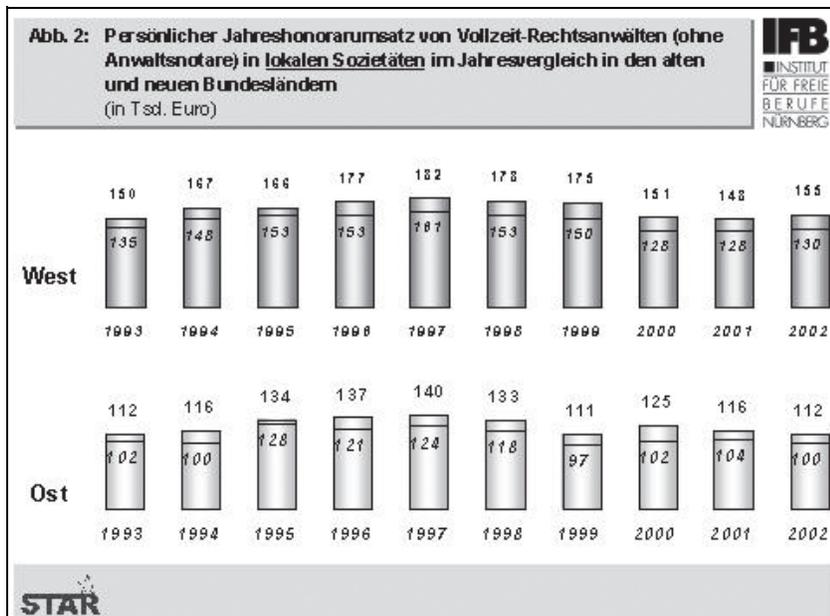
Bei den persönlichen Überschüssen⁵ sind 2002 im Osten wie im Westen der Republik Steigerungen zu verzeichnen.

Der bei der Umsatzentwicklung gewonnene positive Eindruck von der wirtschaftlichen Lage der Rechtsanwälte zumindest im Vergleich der Jahre 2002 und 2001 verstärkt sich bei der Betrachtung der persönlichen Jahresüberschüsse noch, insbesondere in Bezug auf die neuen Länder.

Die Vollzeit-Einzelanwälte in den alten Bundesländern verzeichneten 2002 eine Gewinnerhöhung um 14,6 % und hatten somit im Schnitt einen Überschuss von 47.000 Euro. Für ihre Kollegen in den neuen Bundesländern sieht es weiterhin deutlich schlechter aus. Ihr Durchschnittsgewinn stieg zwar im Vergleich zum Vorjahr um 8,6 %. Jedoch ging die Schere bei den Überschüssen in Ost und West weiter auf. Mit 38.000 Euro konnten die ostdeutschen Einzelanwälte im Jahr 2002 nur um 9000 Euro geringe Überschüsse gegenüber den Kollegen aus dem Westen erzielen, im Vorjahr hatte dieser Abstand noch 6000 Euro betragen (siehe Abb. 4).

Der durchschnittliche persönliche Gewinn der Partner in lokalen Sozietäten in den alten Bundesländern lag 2002 mit 77.000 Euro bzw. 6,9 % deutlich über dem Niveau des Vorjahres. Weniger deutlich fiel dagegen der Zuwachs bei den ostdeutschen Rechtsanwälten in lokalen Sozietäten aus. Ihr Überschuss 2002 stieg im Vergleich zu 2001 um 4,3 % auf 49.000 Euro. Damit konnten sie nicht nur die gestiegenen Überschüsse aus dem Jahr 2000 (55.000 Euro) nicht wieder erzielen, sondern erreichten sogar fast den Tiefststand des Jahres 1999 (48.000 Euro – siehe Abb. 5).

Nach einem moderaten Anstieg der Überschüsse im Vorjahr mussten die westdeutschen Partner in überörtlichen Sozietäten im Jahr 2002 einen deutlichen Rückgang von 99.000 auf 89.000 Euro hinnehmen. Dies entspricht einer Abnahme um 11,2 %. Damit wurde mit deutlichem Abstand der niedrigste Wert seit Beginn der Erhebungen im Jahr 1993



⁵ Der persönliche Überschuss des Rechtsanwalts aus seiner anwaltlichen Tätigkeit ergibt sich aus der Differenz zwischen persönlichem Honorarumsatz und den individuell zurechenbaren Kosten des Kanzleibetriebs (Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben = Gewinn). Die Angaben beziehen sich auf die Überschüsse vor Steuern.

Oberlander, STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1993 bis 2002

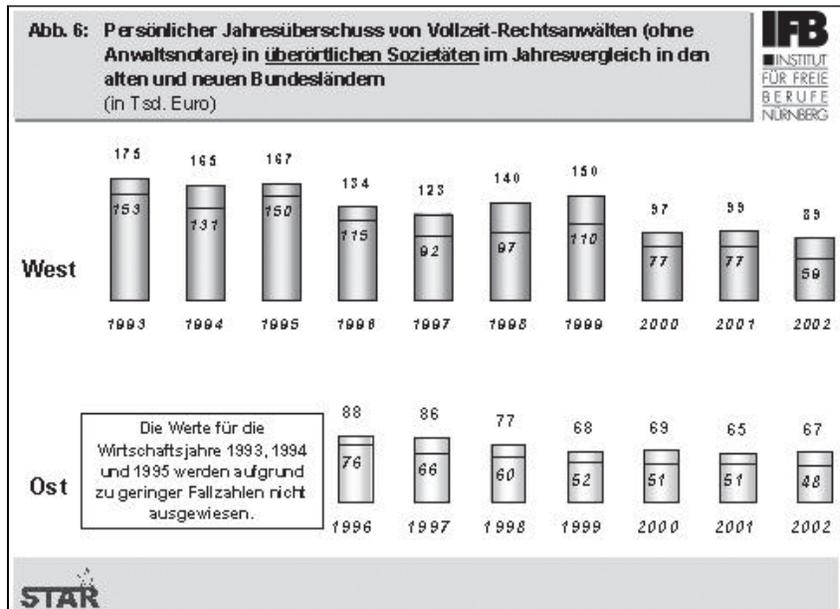
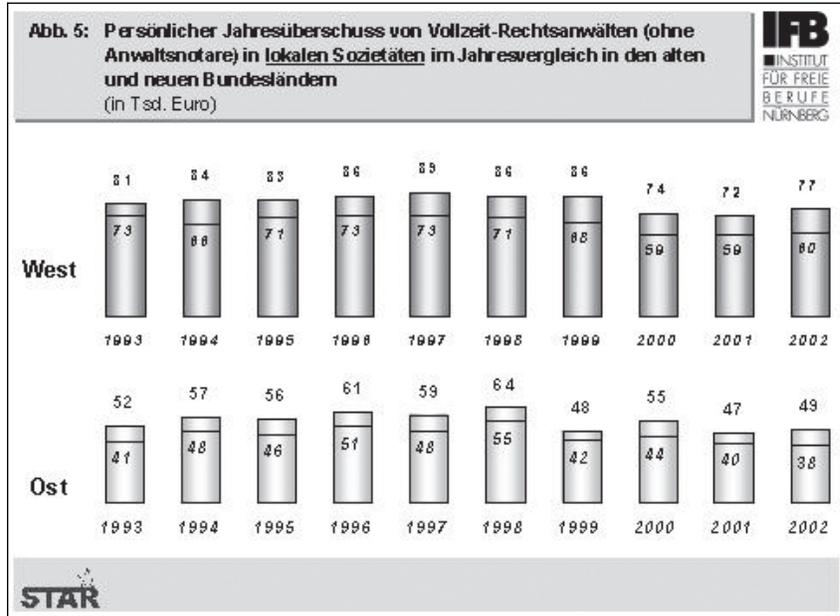
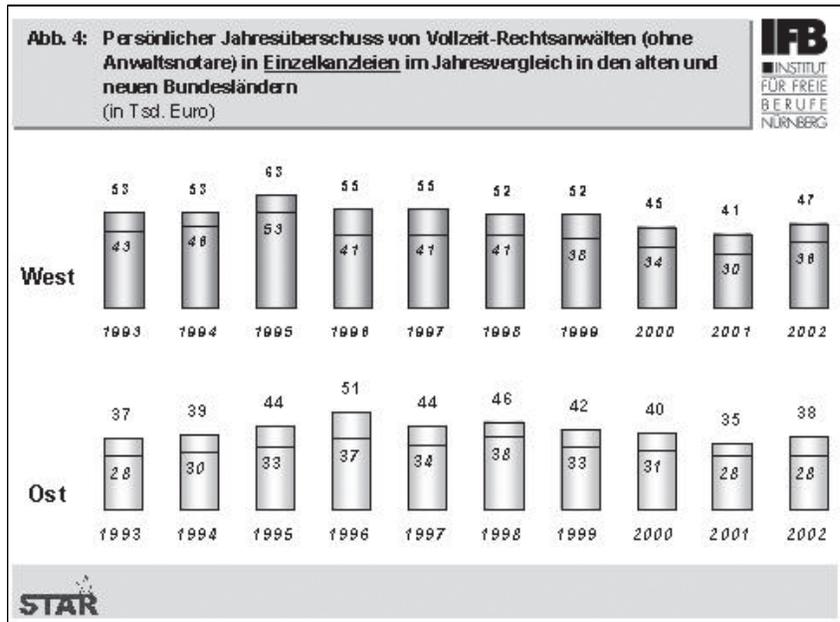
verzeichnet. Bei den ostdeutschen Partnern zeigt sich eine freundlichere Entwicklung. Die persönlichen Jahresüberschüsse stiegen in 2002 von 65.000 auf 67.000 Euro und damit um 3,1%. Gleichwohl ist dies nach 2001 das zweitschlechteste Ergebnis. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass die Einkommensschere zwischen Ost und West auch hier weit geöffnet ist.

Bemerkenswert ist hierbei noch, dass die Mediane der westdeutschen Partner aus überörtlichen Sozietäten im Vergleich zum Vorjahr deutlich gesunken sind. Damit konnte ein höherer Anteil der Vollzeit-Rechtsanwälte in überörtlichen Sozietäten mit höheren Überschüssen das Niveau des Vorjahres nicht wieder erreichen, aber dennoch im Vergleich zu Kollegen noch überdurchschnittlich gut abschneiden (siehe Abb. 6).

Insgesamt zeigt sich ein eher positives Gesamtbild der wirtschaftlichen Situation der Rechtsanwälte, sofern man diese Feststellung auf das Jahr 2000 begrenzt. Bei den Umsätzen von Vollzeit-Rechtsanwältinnen und -anwälten in Einzelkanzleien wie auch in lokalen und überörtlichen Sozietäten zeigt sich für den Westen der Republik eine positive Entwicklung, während in den neuen Ländern alle drei Gruppen Umsatzrückgänge hinnehmen mussten, darunter wiederum besonders die Juristen in überörtlichen Sozietäten.

Die persönlichen Jahresüberschüsse sind mit Ausnahme der Rechtsanwältinnen und -anwälte in überörtlichen Sozietäten der alten Länder gestiegen. Nach den Erkenntnissen aus den STAR-Erhebungen deutet dies vor allem auf erhebliche Anstrengungen bei der Kostensenkung hin.

Trotz der überwiegend positiven Entwicklungen von Tendenzen oder gar Trends zu sprechen, wäre dem Zahlenbild völlig unangemessen. Vielmehr weisen die Zeitreihen zwischen 1993 und 2002 deutlich darauf hin, dass gerade bei den Überschüssen sämtliche Anwaltskategorien Rückgänge zu verzeichnen haben. Dass diese Reduzierungen teilweise über diesen relativ langen Zeitraum sogar hoch ausfallen, ist mehr als bezeichnend für die Entwicklung. Würde man in diesem Zusammenhang die Ertragslage der Anwaltschaft über Realeinkünfte bestimmen, wäre die Entwicklung sogar als dramatisch zu bezeichnen. STAR wird hier seiner zentralen Aufgabe gerecht, die wirtschaftliche Lage der Anwaltschaft differenziert und zugleich stetig zu beobachten.



Die Anforderung aus § 3 FAO an die anwaltliche Tätigkeit und das Problem der Einzelfallgerechtigkeit

Rechtsanwalt und Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth) *Marvin Schroth*, Freiburg

Durch die „Spezialisten-Entscheidung“ des BVerfG¹ sowie die Ende November 2004 beschlossene Einführung von 6 weiteren Fachanwaltschaften² hat das Thema „Neukonzeption der Fachanwaltschaften“ wieder an Aktualität gewonnen.³ Dieser Beitrag nimmt die neuerliche Diskussion zum Anlass, aus Sicht eines „jungen Kollegen“ zu beleuchten, ob in bestimmten Fällen nicht ein Abweichen vom dreijährigen Zulassungserfordernis angezeigt wäre.⁴

Die FAO als Ausgangspunkt:

Für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung sind nach § 2 Abs. 1 FAO besondere theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen nachzuweisen. Solche liegen nach Abs. 2 dann vor, wenn sie auf dem Fachgebiet erheblich das Maß dessen übersteigen, das üblicherweise durch die berufliche Ausbildung und praktische Erfahrung im Beruf vermittelt wird. Der Satzungsgeber stellte also ersichtlich darauf ab, dass der Bewerber sowohl über reichlich durch Aus- und Fortbildung erworbenes theoretisches Wissen als auch über viel in der Berufsausübung gewonnene praktische Erfahrung verfügt.⁵ Welche Anforderungen im Einzelnen an die besonderen theoretischen und praktischen Erfahrungen zu stellen sind, führen die §§ 4 ff. FAO weiter aus. Regelmäßig sind demnach der Besuch eines Fachanwaltslehrgangs sowie der Nachweis der jeweils geforderten Fallzahlen anhand einer Bearbeitungsliste notwendig.

Zusätzlich ist gem. § 3 FAO für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung noch eine dreijährige Zulassung als Rechtsanwalt und entsprechende Tätigkeit innerhalb der letzten sechs Jahre vor Antragstellung erforderlich, da dies als gesonderte Zulassungsvoraussetzung anzusehen ist.⁶

Demnach hängt die Verleihung von drei selbständigen Erfordernissen ab: theoretischen Kenntnissen, praktischer Erfahrung sowie einer dreijährigen Zulassung. Wenn der erforderliche Nachweis an Erfahrungen und Kenntnissen noch nicht in ausreichender Weise geführt wurde und deswegen weiterer Klärungsbedarf besteht, ist zudem im „Regelfall“⁷ gem. § 7 FAO ein Fachgespräch zu führen. Dieses stellt dabei keine eigenständige, vollumfängliche Prüfung der fachlichen Qualifikation dar, sondern dient lediglich als ergänzende Beurteilungsgrundlage, um festgestellte Defizite bei den Nachweisen auszugleichen.⁸ Durch die Novellierung des Fachgesprächs Anfang 2003 sollte in erster Linie eine Art Qualitätssicherung⁹ stattfinden, weil auf der anderen Seite ganz bewusst davon abgesehen wurde, im Bereich der theoretischen Erfordernisse eine Zertifizierung der Veranstalter bzw. der Veranstaltung vorzunehmen.¹⁰ Im Ergebnis wäre dies wohl auch kaum praktikabel gewesen. Leitbild bei der Qualitätssicherung zum Schutz des Rechtsuchenden sollte eine Bewerber- und nicht eine Veranstalterprüfung sein.¹¹ Angesichts der aktuellen Rechtsprechung ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung weitgehend formalisiert ist. Sind alle erforderlichen Nachweise erbracht, kann insoweit kein Fachgespräch mehr geführt werden. Dies liegt darin begründet, dass § 43c Abs. 1 und 2 BRAO nicht zur individuellen Ermittlung des Wissens und der Fähigkeiten durch eine umfassende Prüfung berechtigt, sondern für den Prüfungsausschuss nur Kompetenzen in Bezug auf die Überprüfung der vorzulegenden Nachweise vorsieht.¹²

Insbesondere angesichts der Tatsache, dass die geforderten Fälle innerhalb der letzten drei Jahre vor Antragstellung bearbeitet worden sein müssen, diese Fallzahlen jedoch bei einer rein spezialisierten Tätigkeit auch von Berufseinsteigern weit aus früher zu erreichen sind, stellt sich die Frage, ob an der bisherigen Fassung des § 3 FAO auch in Zukunft festgehalten werden sollte.

1 BVerfG, Beschl. v. 28.7.2004 – 1 BvR 159/04, NJW 2004, 2656.

2 Aktuelle Fundstelle: http://www.brak.de/seiten/pdf/Berufsregeln/FAOStand1_7_05.pdf. Der Beschluss der 3. Satzungsversammlung auf der 3. Sitzung v. 22./23.11.2004 ist in BRAK-Mitt. 2005, 77 ff. zu finden.

3 Zur Neukonzeption der Fachanwaltsordnung vgl. 2. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung v. 25.4.2004 i.V.m. mit der Anlage 3b (Vorschlag von *Bühren*: Heraufsetzung der Zulassungsfrist auf 6 bzw. 8 Jahre [allerdings missverständlich: oder doch insgesamt 5 Jahre gemeint?]) 3. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung v. 21.6.2004, S. 19 f.; 3. Sitzung der 3. Satzungsversammlung am 22./23.11.2004, S. 6.

4 Ein erstes Anzeichen, dass u.U. ausnahmsweise doch von den in § 3 FAO normierten Voraussetzungen abgewichen werden könnte, ergibt sich aus BGH in BRAK-Mitt. 2000, 257 ff. (258): „... solange der Antragsteller noch nicht drei Jahre lang ununterbrochen als Rechtsanwalt tätig war; denn er hatte keine Gründe geltend gemacht, die es eventuell hätten rechtfertigen können, **ausnahmsweise** von der in § 3 FAO normierten Voraussetzung abzusehen ...“ [Herzvorhebung d.d. Verfasser]; vgl. ebenso RAuN *Brieske*, 8. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.12.2002, S. 13 f.; dagegen RAin Dr. *Offermann-Burckart*.

5 AGH Koblenz in BRAK-Mitt. 1998, 238; ähnlich BGH in NJW 2003, 885.

6 Vgl. etwa *Hartung/Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 5.

7 Vgl. dazu auch *Kirchberg*, NJW 2003, 1833 ff.; Interview *Spilker*, AnwBl. 2005, 30; *Quaas*, BRAK-Mitt. 2003, 250 ff.; ders., 1. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung am 17.2.2004, S. 8 f.; *Offermann-Burckart*, BRAK-Mitt. 2005, 126, die aufgrund des Urteils vom „Ausnahme-Fachgespräch strenger formaler Anbindung“ spricht.

8 Dies gilt nach jüngster Rechtsprechung des BGH – bei verfassungskonformer Auslegung – auch für die Neufassung des § 7 FAO; BGH, Beschl. v. 7.3.2005 – AnwZ (B) 11/04; in BRAK-Mitt. 2005, 123 ff. mit Anm. *Offermann-Burckart*.

9 Gerade das Merkmal „geprüfte Qualifizierung und Qualitätskontrolle“ spielt zurzeit im Rahmen der Diskussion um die Konsequenzen aus der Spezialisten-Entscheidung des BVerfG die entscheidende Rolle, da das Führen des Fachanwaltstitels gerade nicht auf einer ungeprüften Selbsteinschätzung beruht, vgl. dazu etwa *Offermann-Burckart*, NJW 2004, 2617 ff.; *dies.*, BRAK-Mitt. 2004, 60 ff.; *Hellwig*, BRAK-Mitt. 2004, 48 ff.; *Busse*, AnwBl. 2005, 29; *Lührig*, AnwBl. 2005, 28 ff.; *van Bühren*, AnwBl. 2004, 557; *Quaas/Sieben*, BRAK-Mitt 2004, 198 ff.

10 6. Sitzung der 1. Satzungsversammlung v. 5./6.11.1998, S. 4.

11 4. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.6.2001, S. 6 ff., insb. 9.

12 BGH, Beschl. v. 23.9.2002 – AnwZ (B) 40/01; in BRAK-Mitt. 2003, 25; *Feuerich/Weyland*, BRAO, § 7 FAO Rdnr. 10; aufgegriffen in BGH, Beschl. v. 7.3.2005 – AnwZ (B) 11/04 (vgl. Fn. 8).

Schroth, Die Anforderung aus § 3 FAO an die anwaltliche Tätigkeit und das Problem der Einzelfallgerechtigkeit

Der Blick auf andere berufsrechtliche Bestimmungen und Vorgaben:

Zunächst ist festzustellen, dass § 43c BRAO – abgesehen von den Kriterien der besonderen Kenntnisse und Erfahrungen – keinerlei Regelungen hinsichtlich der Voraussetzungen zur Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung enthält.¹³

Im Gegensatz zum Fachanwaltstitel können gem. § 7 Abs. 2 BORA Tätigkeitsschwerpunkte bereits nach zweijähriger Berufserfahrung angegeben werden, wenn in dieser Zeit auf dem Rechtsgebiet in erheblichem Umfang anwaltliche Tätigkeit entfaltet wurde. Dies ist bei einer Spezialisierung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet wohl unproblematisch der Fall. Interessenschwerpunkte können sogar ganz ohne zeitliche Beschränkung, also bereits ab Zulassung, gewählt werden. In beiden Fällen sind allerdings besondere Kenntnisse auf dem benannten Gebiet – unabhängig davon, wie diese erworben wurden (Studium, vorherige Berufstätigkeit, Veröffentlichungen etc.) – erforderlich.

Ohne auf die an sich beabsichtigten Änderungen des § 7 BORA¹⁴ im Einzelnen einzugehen, so ist doch jedenfalls für die hier diskutierte Frage von Bedeutung, dass sowohl für die Nennung von Teilbereichen der Berufstätigkeit als auch für die qualifizierenden Zusätze keine zeitlichen Restriktionen hätten gelten sollen. Dies zeigt deutlich, dass für die Satzungsversammlung die Zeitkomponente hier weniger relevant war als die berufliche Qualifikation und Erfahrung. Es bleibt an dieser Stelle abzuwarten, wie sich das Ringen um das neue Werberecht künftig entwickeln wird.

Wie die Angabe von Interessens-, Tätigkeitsschwerpunkten, Teilbereichen der Berufsausübung oder anderen qualifizierenden Zusätzen, dient auch das Führen einer Fachanwaltsbezeichnung in erster Linie Marketingzwecken, da seitens der Rechtsuchenden dem jeweiligen Anwalt aufgrund dieser Bezeichnung regelmäßig eine besondere Qualifikation auf dem fraglichen Rechtsgebiet zugeschrieben wird. Rechtsanwälten ohne eine dreijährige Zulassung wird somit ein wichtiges – wenn nicht das wichtigste – Mittel zur Eigenwerbung für bestimmte Zeit vorenthalten.¹⁵

Ohne eine verfassungsrechtliche Diskussion im Hinblick auf Art. 12 GG führen zu wollen, zeigt insbesondere die letzte Änderung des § 3 FAO, dass es im Bereich der Fachanwaltsordnung immer wieder Gesprächsbedarf gab und immer noch gibt.¹⁶ Es soll an dieser Stelle allerdings nicht verschwiegen werden, dass in verschiedenen gerichtlichen Entscheidungen die in § 3 FAO vorgesehene Zulassungsfrist von drei Jahren als angemessen angesehen wurde.^{17, 18}

13 *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43c Rdnr. 5.

14 Nach der oben zitierten Entscheidung des BVerfG standen eigentlich Änderungen der Berufsordnung unmittelbar bevor. In der Sitzung v. 21.2.2005 hatte die Satzungsversammlung eine Änderung des § 7 BORA beschlossen, vgl. dazu AnwBl. 2005, 275. Durch das BMJ wurde zwischenzeitlich jedoch § 7 Abs. 3 BORA aufgehoben. Die anfänglichen Bedenken (!) gegen Abs. 2 wurden allerdings fallengelassen. Dennoch hat sich der Vorsitzende der Satzungsversammlung dazu entschlossen, § 7 BORA insgesamt nicht zu verkünden, sondern die Vorschrift auf der nächsten Sitzung am 7.11.2005 erneut zur Diskussion zu stellen. Zur Kritik zum neuen Werberecht, vgl. etwa *Kleine-Cosack*, AnwBl. 2005, 275 ff. oder *Römermann*, AnwBl. 2005, 490.

15 Vor dem Hintergrund des mit der Fachanwaltsbezeichnung zu erzielenden Mehrerlöses erscheint dies umso problematischer, vgl. etwa *Krömer/Wilger*, AnwBl. 2005, 447 ff., insb. 449, die belegen, dass der akzeptierte Stundensatz („Marktgerechte Preisaufschläge“) eines Fachanwalts zwischen 20 und 177 Euro höher als bei einem Generalisten sein „darf“; zu den sonstigen Vorteilen eines Fachanwalts gegenüber einem Allgemeinanwalt vgl. etwa *Dombek*, BRAK-Mitt. 2004, 1; *Offermann-Burckart*, BRAK-Mitt. 2004, 61 ff.; zu den Vorteilen aus richterlicher Sicht: *Nöhre/Aust-Dodenhoff*, BRAK-Mitt. 2004, 66 ff.

§ 3 FAO dient insoweit vergleichbar mit den Vorschriften der §§ 20 Abs. 1 Nr. 4, 226 Abs. 2 BRAO über die notwendige Wartefrist vor einer Zulassung beim Oberlandesgericht der Sicherung eines qualifizierten beruflichen Standards.¹⁹ Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Vorschriften als Regelfälle ausgestaltet und damit Ausnahmen zumindest prinzipiell möglich sind.²⁰

Es war nicht immer eine dreijährige Zulassung als Rechtsanwalt erforderlich, um die Fachanwaltsbezeichnung führen zu können: Das RFAchBezG sah nur einen Zeitraum von 2 Jahren bis zur möglichen Antragsstellung vor. Nach der Bochumer Empfehlung von 1993²¹ war damals noch zur lediglich zweijährigen Anwaltstätigkeit aus § 7 Abs. 2 RFAchBezG ausgeführt, dass das Führen des Fachanwaltstitels nur einem Rechtsanwalt erlaubt sein sollte, der die typischen Merkmale anwaltlicher Tätigkeit erfüllt und über hinreichende Fähigkeiten und Grundfertigkeiten verfügt. Beispielhaft waren dort Eigenverantwortlichkeit verbunden mit persönlicher Haftung, außergerichtliche Beratung und Streitverhütung, Interessenvertretung und Prozesstaktik, Sachverhaltsermittlung, Zwangsvollstreckung und Kostenrecht sowie Büroorganisation samt Termin- und Fristenkontrolle genannt. Nach dem Gesetz wurden diese Kenntnisse und Fertigkeiten nach zweijähriger anwaltlicher Tätigkeit unterstellt.²² Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese mindestens zweijährige Tätigkeit den Regelfall darstellen, so dass aufgrund der gesetzlichen Formulierung im Einzelfall sogar noch ein Unterschreiten der Zulassungsfrist von 2 Jahren vorstellbar war, an das jedoch strenge Anforderungen gestellt wurden. So kam eine Verkürzung der zweijährigen Tätigkeit nur dann in Betracht, wenn der Antragsteller vor der Zulassung nachhaltig eine am vollen Tätigkeitsbild des Rechtsanwaltsberufs ausgerichtete Tätigkeit ausgeübt hatte.

Dies ist nach der nunmehr geltenden Rechtslage ausgeschlossen, obwohl § 3 FAO an die alte Regelung des § 7 Abs. 2 RFAchBezG anknüpft.²³ Der beauftragte Ausschuss der 1. Satzungsversammlung hatte zunächst beschlossen, dass eine wie auch immer befristete anwaltliche Tätigkeit zwingende Grund-

16 So etwa in der Satzungsversammlung: 4. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.6.2001, S. 4 f.; sowie 8. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.12.2002, S. 12 ff.; 2. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung v. 25.4.2004 i.V.m. mit der Anlage 3b; 3. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung v. 21.6.2004, S. 19 f.; oder innerhalb der Literatur: *Scharmer*, Anwalt-Magazin 1/2/2004, S. 12, ders., BRAK-Mitt. 2004, 54 ff., der ausdrücklich auch die Berufsanfänger in den Kreis der potentiellen Fachanwälte mit einschließt, im Gegensatz aber eine umfassende Qualitätsprüfung der Erfahrungen und Kenntnisse fordert; im Zusammenhang mit der Spezialisten-Entscheidung des BVerfG: vgl. Fn. 7.

17 Beispielhaft BGH in BRAK-Mitt. 1999, 233 f. (234): „3 FAO hält sich im Rahmen der dem Satzungsgeber durch § 59b Abs. 2 Nr. 2 b BRAO erteilten Ermächtigung, denn sie ist geeignet, das mit jener Regelung verfolgte Ziel zu verwirklichen. (...) Der von § 3 FAO geforderte Zeitraum ist im Hinblick auf den von der Bestimmung verfolgten Zweck angemessen und belastet den einzelnen Rechtsanwalt auch deshalb nicht unzumutbar, weil er im Regelfall erst dann auch die praktischen Erfahrungen erworben hat, die er gem. § 5 zur Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung benötigt.“ [Hervorhebung d.d. Verfasser]; ebenso BGH in BRAK-Mitt. 2000, 257 ff.

18 Der Beschluss des BGH v. 18.4.2005 – AnwZ (B) 31/04, betrifft hingegen § 5 FAO, also die Frage, innerhalb welchen Zeitraums die nachzuweisenden Fälle **höchstens** beigebracht werden können. Dort führt der BGH sogar aus, dass der Beurteilungszeitraum mit 3 Jahren relativ lange bemessen ist. Dies entspricht aber auch dem Ansinnen der Satzungsversammlung, da ein relativ langer Zeitraum eine leichter zu überwindende Zulassungsschranke darstellte.

19 BGH in BRAK-Mitt. 1999, 233 f.

20 Vgl. etwa *Kleine-Cosack*, BRAO, § 20 Rdnr. 15.

21 BRAK-Mitt. 1993, 83 ff.

22 BRAK-Mitt. 1993, 83.

23 *Hartung/Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 1.

Schroth, Die Anforderung aus § 3 FAO an die anwaltliche Tätigkeit und das Problem der Einzelfallgerechtigkeit

voraussetzung für die Zulassung zur Fachanwaltschaft sein sollte. In weiteren Abstimmungen wurde dann eine mindestens fünfjährige Tätigkeit abgelehnt, eine mindestens dreijährige Zulassung und Tätigkeit jedoch verabschiedet.²⁴

Damit wurde bezweckt, dass sich die Fachanwaltsbewerber nicht lediglich nur das erforderliche Lehrgangswissen aneignen und die erforderlichen Fallzahlen absolvieren, sondern über den Zeitraum von drei Jahren tatsächlich allgemeine Berufserfahrung als Rechtsanwalt sammeln.²⁵ Inzwischen verlangt § 3 FAO darüber hinaus, dass der Bewerber auch als Rechtsanwalt innerhalb der letzten sechs Jahre tätig gewesen ist. So soll sichergestellt sein, dass die Fachanwaltsbezeichnung nur einem solchen Rechtsanwalt verliehen wird, der zum Zeitpunkt der Antragsstellung die typischen Merkmale anwaltlicher Tätigkeit erfüllt und über hinreichende Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt.²⁶ Diese können nämlich nicht nur mit der Dauer und Intensität der Berufsausübung wachsen, sondern im Laufe der Zeit auch veralten.²⁷

Nach dem Gesetzeswortlaut gilt die Voraussetzung einer dreijährigen Zulassung ausnahmslos. Die Aufnahme eines Regelfalls wurde im Ausschuss denkbar knapp mit 10 zu 10 Stimmen abgelehnt.²⁸ Die damalige Regelung des § 7 Abs. 2 RAFach-BezG wurde somit in zweifacher Weise verschärft.

Warum aber sollte die dreijährige Zulassung ein unumstößliches Erfordernis und nicht lediglich nur den – womöglich allerdings streng zu handhabenden – Regelfall darstellen?

Die Argumente für eine entsprechend angepasste Regelung:

§ 4 FAO ermöglicht vom Regelfall des Lehrgangsbesuchs abzuweichen, soweit die außerhalb eines Lehrgangs erworbenen Kenntnisse mit dem bei einem Lehrgang vermittelten Wissen vergleichbar sind. Gem. § 5 FAO ist neben der reinen Anzahl der Fälle auch deren Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit zu berücksichtigen, was zu einer anderen Gewichtung führen kann. Selbst hinsichtlich des Nachweises einer Fortbildung sind grundsätzlich Alternativen zu den üblichen Fortbildungsveranstaltungen zu akzeptieren.²⁹ Folglich wurde hier das Problem einer zu starren Betrachtungsweise erkannt. Fraglich ist, warum nicht auch § 3 FAO insoweit überdacht und novelliert wurde.

Durch Spezialisierung kann in wesentlich kürzerer Zeit erheblich mehr an Erfahrung auf einem Rechtsgebiet gesammelt werden, als dies Rechtsanwälten möglich ist, die ein weites Spektrum verfolgen. Solch spezialisierten Anwälten erschließen sich nämlich durch die tägliche Arbeit die Besonderheiten, Eigenarten und typischen Problemfelder eines Rechtsgebiets sehr viel schneller als ihren Kollegen.

Die Fachanwaltsbezeichnung vermittelt dem Rechtsuchenden in erster Linie, dass der Anwalt auf einem bestimmten – genauer gesagt, dem durch den Fachanwaltstitel bezeichneten – Rechtsgebiet besondere Kenntnisse und Erfahrungen besitzt und es sich bei ihm deswegen auch um einen besonders erfah-

renen Praktiker handelt. So jedenfalls § 2 Abs. 1 FAO. Ein Anspruch auf Kompetenz auf vielen oder gar nur mehreren Gebieten erhebt die FAO hingegen nicht,³⁰ wenngleich mit dem BGH und der Literatur davon auszugehen ist, dass ein Fachanwalt hinsichtlich der Kenntnisse und Fertigkeiten in den *allgemeinen* Bereichen seiner Tätigkeit nicht hinter dem üblichen beruflichen Standard zurückbleibt.³¹ Eine Frage des reinen Zeitablaufs ist dies allerdings nicht.

Ebenso wenig lässt sich der Anspruch an die anwaltstypischen „Soft-Skills“ an einer starren Zeitgrenze festmachen. Es erscheint jedenfalls äußerst fragwürdig anzunehmen, dass ein Rechtsanwalt, der nach 2 Jahren beruflicher Praxis so essentielle Fähigkeiten wie Eigenverantwortlichkeit, Personalführung, einzelfallgerechte Beratung, Streitvermeidung, Interessenvertretung oder Prozesstaktik nicht erworben hat, diese nun aber urplötzlich allein durch weiteren Zeitablauf von einem Jahr beherrschen soll. Dies wurde in der 6. Sitzung der 1. Satzungsversammlung ähnlich gesehen, als die Diskussion geführt wurde, ob nicht sogar eine fünfjährige Zulassungsvoraussetzung in Betracht gezogen werden sollte.³² Allerdings bleibt unklar, aus welchen Gründen die Satzungsversammlung diese Erwartung schlussendlich in die dreijährige Berufszulassung gesetzt hat.

Der Tatsache, dass angesichts des großen Wettbewerbs, dem sich die meisten Rechtsanwälte ausgesetzt sehen, eine frühzeitige Spezialisierung von besonderer Bedeutung ist,³³ sind sich bereits viele der Referendare bewusst. Nicht zuletzt um ihre Einstiegschancen in den Beruf zu erhöhen, absolvieren diese zunehmend bereits im Laufe der Referendarszeit einen Fachanwaltslehrgang. Außerdem eignet sich dieser, wie etwa im Steuerrecht, auch direkt zur Vorbereitung auf das zweite juristische Staatsexamen. Die Spezialisierung beginnt damit weitaus früher, als dies noch vor Jahren der Fall war.³⁴

Des Weiteren besteht für die Referendare seit dem 1.7.2003 die Möglichkeit der Anwaltsausbildung. Der DAV hat hierfür ein eigenes Ausbildungsprogramm auf den Weg gebracht, das nach bestandener Prüfung mit dem „DAV-Ausbildungszertifikat“ lockt.³⁵ Dieses steht dann neben dem 2. Staatsexamen, das in der Regel gerade keine Aussage über die Geeignetheit für den Anwaltsberuf treffen kann. Die DAV-Ausbildung vermittelt all diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse, die der Anwalt benötigt, um seinen Beruf *von Anfang an* eigenverantwortlich und sachkompetent auszuüben.³⁶ Der Anforderungskatalog ist denkbar umfassend und ein Blick in das 200 Seiten starke DAV-Ausbildungshandbuch belegt dies nachdrücklich.³⁷ Berufseinsteiger, die über eine solche Ausbildung verfügen, können da-

24 1. Sitzung des AS 1 der 1. Satzungsversammlung v. 8./9.12.1995, S. 4; 2. Sitzung der 1. Satzungsversammlung v. 1.–3.2.1996, S. 10.

25 Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 7.

26 Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 8.

27 BGH, Beschl. v. 18.4.2005 (vgl. Fn. 19); Henssler/Prütting, BRAO, § 3 FAO Rdnr. 5.

28 4. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.6.2001, S. 4; vgl. auch Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 12.

29 Vgl. etwa BGH in NJW 2002, 1372; insb. auch zum Fachgespräch: AGH Rheinland-Pfalz in BRAK-Mitt. 2004, 131; AGH Bremen in BRAK-Mitt. 2004, 85; Schleswig-Holsteinischer AGH in BRAK-Mitt. 2004, 179; AGH Hamburg in BRAK-Mitt. 2004, 181; AGH Baden-Württemberg in BRAK-Mitt. 2004, 274 ff. AGH Sachsen-Anhalt in BRAK-Mitt. 2004, 277 ff.

30 Zumal nach § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO mehr als 2 Fachanwaltsbezeichnungen nicht geführt werden können. Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. BGH, Beschl. v. 4.4.2005 – AnwZ (B) 19/04. Als Begründung werden das geforderte hohe Niveau der Kenntnisse, die Fortbildungspflicht sowie die intensive berufliche Betätigung angeführt.

31 Vgl. etwa BGH in BRAK-Mitt. 1999, 233 ff.; in NJW 2003, 884 f.; Bürkle, AnwBl 2004, 578 ff., mit der zutreffenden Bemerkung „Fachanwalt für Kanzleimanagement“, S. 580; Lach/Dahms, BRAK-Mitt. 2004, 5; Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, § 3 FAO, Rdnr. 7.

32 6. Sitzung der 1. Satzungsversammlung v. 5./6.11.1998, S. 4 f.; gegen eine solche Überlegung spricht ferner, dass durch eine Verlängerung der Frist die Motivation der Antragsteller auf eine noch härtere Probe gestellt und der Befürchtung des „closed-shop“ weiter Vorschub geleistet werden würde.

33 Vgl. etwa Presseerklärung des DAV 33/04.

34 Vgl. hierzu auch Schroth, JuS 2002, 723 ff.

35 Aktuelle Informationen sind auf der Homepage des Deutschen Anwaltvereins <http://www.anwaltverein.de/anwaltausbildung/index.html> zu finden.

36 Vgl. „Die DAV-Anwaltsausbildung“, S. 2 ff.; Download: <http://www.anwaltverein.de/anwaltausbildung/materialien/Einfuehrung.pdf>.

37 Vgl. dazu auch den anschaulichen Bericht von Holz, AnwBl. 2004, 281 f. oder das Interview mit Schäfers, AnwBl. 2005, 334.

Schroth, Die Anforderung aus § 3 FAO an die anwaltliche Tätigkeit und das Problem der Einzelfallgerechtigkeit

her nicht mit solchen verglichen werden, die lediglich die innerhalb der Ausbildung zum Volljuristen vorgeschriebene Anwaltsstation absolviert haben, wenngleich es natürlich auch dort immense Unterschiede bei der Qualität der Ausbildung, aber auch beim Engagement der Referendare gibt.

Weiterhin berücksichtigt eine starre Regelung, wonach es allein auf die Zulassung zur Anwaltschaft ankommt, in keiner Weise, dass in nicht wenigen Fällen Referendare während ihrer gesamten Referendarszeit voll in Kanzleien mitarbeiten und dort bereits viele der grundlegenden Qualifikationen für den späteren Anwaltsberuf vermittelt bekommen. Sie bearbeiten oftmals (fast) eigenständig die ihnen übertragenen Mandate, nehmen die entsprechenden Gerichtstermine wahr und lernen während ihrer Arbeit den internen Kanzleiblauf kennen. Die Tatsache, dass eine solche Mitarbeit von besonderer Bedeutung und für die Entwicklung der eigenen Fertigkeiten immens wichtig ist, lässt sich bereits daran erkennen, dass diese Referendare in Anwaltsklausuren wesentlich besser abschneiden als ihre Kollegen, die keiner entsprechenden Nebentätigkeit nachgehen.

Ebenso kann „Quereinsteigern“ nicht grundsätzlich eine fehlende Qualifikation als „Freiberufler“ unterstellt werden. Ein bislang als Steuerberater tätiger Freiberufler, der nun auch als Rechtsanwalt tätig werden möchte – etwa weil er sich vermehrt dem Bereich des Steuerstrafrechts widmen will –, verfügt sicherlich über alle notwendigen Fertigkeiten, die die Selbständigkeit fordert. Gleiches gilt für Volljuristen in den verantwortlichen Positionen der Rechtsabteilungen von beispielsweise Versicherungen, Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden.³⁸ Jedenfalls werden all diese Personen aufgrund ihres bisherigen Werdegangs sicherlich keine weiteren drei Jahre mehr benötigen, um entsprechende Erfahrungen zu sammeln. Diesen Umständen müsste durch § 3 FAO Rechnung getragen werden.

Resümee:

Letztlich darf bei der gesamten Diskussion niemals außer Acht gelassen werden, dass das Motiv „Konkurrentenschutz“ gänzlich unzulässig ist, sondern allein der Aspekt der „Qualitätssicherung mit dem Ziel des Verbraucherschutzes“ taugliches Argument sein und folglich Beschränkungen bei der Berufsausübung rechtfertigen kann.³⁹ Aber Qualität durch Zeitablauf?

Die starre Regelung des § 3 FAO führt in nicht wenigen Fällen⁴⁰ zu ungerechtfertigten Benachteiligungen und augenscheinlich unbilligen Ergebnissen. Dies ließe sich jedoch sehr einfach dadurch vermeiden, dass die grundsätzliche Möglichkeit geschaffen würde, im Einzelfall auch vor dem Ablauf von 3 Jahren seit

Zulassung die Fachanwaltsbezeichnung zu erwerben, ohne dass dabei der Aspekt der Qualitätssicherung leiden müsste:

Vor dem Hintergrund, dass das Fachgespräch gegebenenfalls den Nachweis der theoretischen sowie praktischen Kenntnisse und Fertigkeiten ergänzen soll und diesem Baustein damit die entscheidende Bedeutung bei der Qualitätssicherung zukommt, würde es sich möglicherweise anbieten, das Fachgespräch thematisch auch auf Fragen der *allgemeinen anwaltlichen Berufsausübung* zu erstrecken. Dem würde im Grunde auch die aktuelle BGH-Rechtsprechung⁴¹ nicht entgegenstehen. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen danach nur insoweit, als dass mit dem Fachgespräch die individuellen Kenntnisse und Erfahrungen des Antragstellers im *Fachgebiet* umfassend geprüft werden sollen.⁴² Es geht dabei um die jeweiligen besonderen Kenntnisse und Erfahrungen aus §§ 4 ff. i.V.m. mit §§ 8 ff. FAO. In diesem Bereich kann aber aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 43c Abs. 2 BRAO tatsächlich nur eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der beizubringenden *Nachweise* bestehen. Die Zulassungsvoraussetzung des § 3 FAO ist hingegen hiervon nicht erfasst. Eine solche Erweiterung würde auch mit dem Ansinnen der 2. Satzungsversammlung einhergehen, die der Auffassung war, dass mit der Stärkung des Fachgesprächs viele der aktuell auftretenden Probleme zu lösen gewesen wären.⁴³

Rechtsanwälte, die bereits früh einen bestimmten Weg eingeschlagen und konsequent weiterverfolgt haben, aber auch Berufsquereinsteiger, die zuvor in anderen Bereichen tätig waren, würden sich sicherlich einem solchen „Fachgespräch“ stellen, sofern sie bereits tatsächlich über die zu fordernden anwaltlichen Kenntnisse verfügen und nicht die „Wartezeit“ in Kauf nehmen wollen. Alternativ könnte etwa auch auf das „DAV-Ausbildungszertifikat“ o.Ä. abgestellt werden.

Zudem erscheint es wie dargelegt sehr fraglich, ob bestimmte Anforderungen an die anwaltliche Berufsausübung tatsächlich allein durch Zeitablauf erfüllt sind. Durch den Zeitpunkt der Zulassung wird ebenso wenig über die Art und Weise oder gar die Qualität der anwaltlichen Arbeit ausgesagt, wie durch die bloße Anzahl bearbeiteter Mandate. Anwälte, die spezialisiert in einem Bereich tätig sind, können die geforderten Fallzahlen in einem weitaus kürzeren Zeitraum absolvieren und so in dem in § 5 vorgeschriebenen Drei-Jahres-Zeitraum unter Umständen ein Vielfaches der geforderten Fallzahlen nachweisen.^{44, 45} Gerade in solchen Fällen stellt sich aber die Frage, ob diese durch ihre weitaus höhere Fallzahl nicht bereits den grundsätzlichen Nachweis einer angemessenen allgemeinen anwaltlichen Berufsausübung geführt haben.

Dem Anspruch der Qualitätssicherung würde jedenfalls durch eine flexible und einzelfallorientierte Betrachtungsweise in weitaus größerem Maße Rechnung getragen werden als allein durch verordneten Zeitablauf!

38 In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des BGH v. 13.1.2003 zum Syndikusanwalt zu sehen, NJW 2003, 883 ff. Dort wurde entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Fälle eines Syndikusanwalts im Rahmen der notwendigen Fallbearbeitung zu berücksichtigen sind. Problematisch dabei waren bislang die grundsätzlich unterschiedlichen Berufsbilder des unabhängigen Rechtsanwalts einerseits sowie des abhängigen Syndikusanwalts andererseits. Es ist aber auch hier auf den *Einzelfall* abzustellen, also darauf, ob im konkreten Fall eine weisungsunabhängige Bearbeitung vorliegt oder nicht. Dazu auch: *Bürkle*, AnwBl. 2004, 578 ff., beide allerdings unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung des 3-Jahres-Postulats; BayAGH in BRAK-Mitt 2004, 129.

39 So etwa 4. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung vom 11.6.2001, S. 3 f.; 3. Sitzung des AS 1 der 3. Satzungsversammlung, S. 19 f.; *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2004, 46 f.; im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben: *Hellwig*, BRAK-Mitt. 2004, 45 ff.

40 Soweit immer wieder behauptet wird, dass für Berufsanfänger die Fallzahlen ohnehin zu hoch seien, so lässt sich dies nach meiner Erfahrung in dieser Allgemeinheit nicht bestätigen, jedenfalls so weit nicht, als dass Kollegen betroffen sind, die frühzeitig und nachhaltig das Ziel „Spezialisierung/Fachanwalt“ verfolgen und ihren Berufseinstieg entsprechend vorbereiten und ausrichten.

41 BGH, Beschl. v. 7.3.2005 (vgl. Fn. 8).

42 So auch in *Feuerich/Weyland*, § 7 FAO Rdnr. 10; *Henssler/Prütting*, § 7 FAO Rdnr. 5.

43 4. Sitzung des AS 1 der 2. Satzungsversammlung v. 11.6.2001, S. 5.; allerdings vor dem Hintergrund der falsch verstandenen Funktion des bisherigen Fachgesprächs im Rahmen des § 7 FAO.

44 Das Argument, bei der tatsächlichen Bearbeitung werde häufig manipuliert, greift m.E. nicht, da sich die praktische Erfahrung im Rahmen des Fachgesprächs gegebenenfalls überprüfen ließe, sofern tatsächliche Anhaltspunkte für Missbrauch bestünden. Soweit dem Vorschlag von *Scharmer* (vgl. Fn. 16) zur völligen Abschaffung der bisherigen Zulassungsvoraussetzungen bei gleichzeitiger umfassender Qualitätsprüfung der Bewerber gefolgt werden sollte, so kann sich diese Qualitätsprüfung ohne weiteres auch auf die allgemeine anwaltliche Berufsausübung beziehen.

45 Dies dürfte auch der BGH nach seinem Beschluss v. 18.4.2005 (vgl. Fn. 19) so sehen.

Pflichten und Haftung des Anwalts

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

Das aktuelle Urteil

Beratungspflichten außerhalb des Mandats; Beweislastverteilung

a) Aufgrund eines eingeschränkten Mandats muss ein Steuerberater den Mandanten vor steuerlichen Nachteilen, die außerhalb des Mandats drohen, nicht warnen, wenn er davon ausgehen darf, der Mandant sei anderweitig fachkundig beraten.

b) Leitet der Berater daraus, dass der Mandant eine besondere Nachfrage bei ihm unterlassen habe, ein Mitverschulden her, muss er darlegen und beweisen, dass die Anfrage unterblieben ist.

BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 6/02, WM 2005, 1904

Besprechung:

Die Entscheidung ist keineswegs nur für Steuerberater, sondern ebenso für Anwälte interessant.

Die Firma eines 1992 verstorbenen Unternehmers war von einem StB betreut worden, der auch noch die Erbschaftsteuererklärung der Erben erstellt hatte. Die Witwe teilte ihm Ende 1994 mit, dass sie den Auftrag zur Ausarbeitung des notariell zu beurkundenden Erbauseinandersetzungsvertrages zwischen sich und den Kindern einem RA/WP/StB erteilt hatte, wobei insbesondere erbschaftsteuerliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden sollten. Sie bat den StB, hierzu das Zahlenmaterial zu liefern. Im April 1995 sandte sie dem StB den vom RA ausgearbeiteten Entwurf mit der Bitte um Prüfung, die der StB auch durchführte. Auf Nachfrage erfuhr der StB im August 1995, dass fraglich sei, ob der Vertrag noch im Jahre 1995 beurkundet werden könne.

Zwischen dem RA und dem Notar entstand eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob aufgrund der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der erbschaftsteuerlichen Bewertung von Grundbesitz (NJW 1995, 2624) eine Beurkundung des Erbauseinandersetzungsvertrages noch im Jahre 1995 stattfinden müsse, da eine Änderung der Bemessungsgrundlage für Grundbesitz zu erwarten sei. Der RA riet dazu, der Notar hielt dies nicht für erforderlich. Der Vertrag wurde erst 1996 beurkundet. Aufgrund des Ende 1996 verkündeten Jahressteuergesetzes 1997 (BGBl. I S. 2049) legte das Finanzamt bei der erbschaftsteuerlichen Bewertung des Erbauseinandersetzungsvertrages die ab 1.1.1996 geltenden Bewertungsrichtlinien zugrunde. Dadurch entstand ein Steuernachteil von über 680.000 DM.

Die Erben nehmen den StB auf Schadensersatz in Anspruch. Sie werfen ihm vor, nicht auf die Notwendigkeit der Beurkundung in 1995 hingewiesen zu haben. Streitig ist, ob der StB zu dieser Frage ausdrücklich um seinen Rat gebeten wurde und ob der StB die Eilbedürftigkeit der Beurkundung verneint hat. Das

OLG Frankfurt hat dennoch eine Haftung des StB wegen Verletzung einer nachvertraglichen Hinweispflicht dem Grunde nach bejaht. Auch ohne einen konkreten Auftrag sei für ihn aufgrund der Mitteilung vom August 1995 offensichtlich gewesen, dass bei einer Verzögerung der Beurkundung ein Steuernachteil drohe. Hätte er einen Hinweis erteilt, wäre dieser wegen seiner besonderen Vertrauensstellung auch befolgt worden. Das OLG hielt jedoch von Seiten der Erben für nicht erwiesen, dass der StB ausdrücklich gefragt worden sei. Daher müssten sich die Erben ein hälftiges Mitverschulden anrechnen lassen, da die Einholung eines Rats von dritter Seite aufgrund der Uneinigkeit zwischen dem RA und dem Notar geboten gewesen sei. Beide Seiten legten gegen das Urteil Revision ein.

Der BGH hob die Entscheidung auf und verwies die Sache an das OLG zurück. Zunächst könne auf der Grundlage der vom OLG festgestellten Tatsachen keine Pflichtverletzung des StB angenommen werden. Zwar entspricht es der BGH-Rechtsprechung, dass ein Rechtsberater auch außerhalb eines Mandats verpflichtet sein kann, seinen Mandanten durch einen Hinweis vor Nachteilen zu bewahren (BGH, NJW 1995, 958; NJW-RR 1991, 1125). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Mandant anderweitig fachkundig beraten wird. So muss der allgemeine Berater den eingeschalteten Spezialisten nicht überwachen und den Mandanten nur warnen, wenn der Spezialist erkennbare Fehler macht, von denen der allgemeine Berater annehmen muss, dass der Mandant diese nicht erkennt (BGH, WM 2000, 1591; 2001, 1868). Ein Berater, der überhaupt nicht (mehr) mandatiert ist, könne keine weitergehenden Pflichten haben. Im vorliegenden Fall sei jedoch vom OLG nicht konkret festgestellt worden, ob der StB davon ausgehen durfte, dass das Mandat des RA fortbestand. Auch stehe nach der Beweiswürdigung des OLG gar nicht fest, ob der StB ausdrücklich um Rat gefragt wurde.

Auf die Revision der Klägerseite erklärte der BGH jedoch auch die Beweiswürdigung des OLG zu der Frage, ob der StB um Rat gefragt worden sei, für fehlerhaft. Dies kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Der BGH stellte weiter fest, dass für den Fall, dass eine konkrete Anfrage an den StB und die Erteilung einer fehlerhaften Auskunft bewiesen werden könne, dies eine eigenständige haftungsbegründende Pflichtverletzung darstelle. Insofern trage die Klägerseite die Beweislast.

Falls jedoch nach erneuter Verhandlung feststehe, dass der StB gar nicht hätte annehmen dürfen, die Klägerseite sei noch anderweitig fachkundig beraten, stelle bereits die Unterlassung eines Warnhinweises eine Pflichtverletzung dar. Soweit der StB sich dann auf Mitverschulden der Klägerseite berufen wolle, müsse er nach allgemeinen Beweislastregeln beweisen, dass die Klägerseite ihn nicht um Rat gefragt habe.

Nicht in Frage gestellt wurde mit der Revision die Entscheidung des OLG, dass für einen durchschnittlichen Steuerberater offen-

Rechtsprechungsleitsätze

kundig gewesen sei, dass aufgrund der Entscheidung des BVerfG Handlungsbedarf bestand, da davon auszugehen war, dass der Gesetzgeber die Bemessungsgrundlage für Grundbesitz anheben werde.

Die Frage nach einer Haftung des Notars, der offenbar unstreitig einen unzutreffenden Rat erteilt hat, stellt sich wegen der Subsidiarität der Notarhaftung gem. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht, solange nicht feststeht, ob nicht ein Schadensersatzanspruch gegen den StB besteht.

Der konkrete Umfang der Belehrungs- und Hinweispflichten des Rechtsberaters ist also im Einzelfall anhand der Reichweite und des Umfangs des jeweiligen Mandats zu bestimmen.

Mit einem ähnlichen, allerdings nicht so komplexen Fall hatte sich das OLG Karlsruhe zu befassen, siehe die nachfolgende Anmerkung.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Beratungspflichten außerhalb des Mandats

Rechtsberater müssen außerhalb ihres konkreten Auftrags nicht ungefragt auf lediglich möglicherweise günstigere Gestaltungsmöglichkeiten hinweisen.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.3.2005 – 14 U 87/02, DStRE 2005, 979

Anmerkung:

Wie im oben besprochenen Aktuellen Urteil geht es auch hier um Beratungspflichten außerhalb des Mandats. Hier wurde eine Beraterhaftung des StB verneint. Ein mit der Erstellung der privaten Steuererklärungen und der Bilanzen für den Gewerbebetrieb des Mandanten beauftragter Berater schuldet keine ungefragte Beratung zu Fragen der steuergünstigsten Gestaltung (hier: Hinweis auf das sog. Zwei-Konten-Modell). In Übereinstimmung mit der BGH-Rspr. (NJW 1995, 958) ist der Berater lediglich verpflichtet, den Mandanten auf offensichtlich drohende Nachteile hinzuweisen und vor ihnen zu warnen.

Eine Hinweispflicht außerhalb des konkreten Auftrags ergebe sich insbesondere nicht bei Steuermodellen wie dem Zwei-Konten-Modell, das nicht generell, sondern nur in bestimmten Konstellationen, deren Feststellung einer genauen Analyse bedarf, zu einem Steuervorteil führe.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Freie tatrichterliche Überzeugung bei unvollständiger Belehrung vor Vergleich

Zu den Anforderungen an die Begründung der freien tatrichterlichen Überzeugung, der Mandant hätte einen Abfindungsvergleich trotz der damit verbundenen Vorteile nicht geschlossen, wenn er vom Anwalt zutreffend über dessen rechtliche Risiken belehrt worden wäre.

BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02

Anmerkung:

Die Anwendung der Beweisregeln und die Beurteilung des Schadens in Anwaltschaftpflichtfällen ist dort, wo es um den Vorwurf unvollständiger oder fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einem Vergleichsabschluss geht, durchaus kompliziert. Das OLG Köln als Berufungsgericht musste sich hier jedenfalls einige Belehrungen durch den BGH anhören, hatte es doch die beklagte Anwalts-Partnerschaftsgesellschaft offenkundig etwas vorschnell verurteilt.

Es ging um die Aufhebung eines Anstellungsvertrages zwischen einer AG und einem Vorstandsmitglied. Die Anwälte hatten den Mandanten nicht darauf hingewiesen, dass durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages bestimmte Pensionsansprüche nicht insolvenzgesichert waren. Das Berufungsgericht hatte ausreichen lassen, dass die AG die Aufhebungsvereinbarung nicht gegen den Willen des Klägers hätte erzwingen können und unterstellte dann, dass die Vereinbarung dementsprechend bei vollständiger und richtiger Aufklärung nicht zustande gekommen wäre. Der BGH moniert: Die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zähle zwar zur haftungsbegründenden Kausalität und sei dementsprechend nach § 287 ZPO gewissen Beweiserleichterungen zugänglich; so spreche in der Regel die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens für den Mandanten. Dies könne aber nur dann unterstellt werden, wenn nach der Lebenserfahrung lediglich ein bestimmtes Verhalten des Mandanten nahe gelegen hätte, was im konkreten Fall nicht festgestellt werden könne. Zur Beurteilung der Kausalfrage müsse in diesen Fällen zunächst geprüft werden, welche Handlungsalternativen im Raum standen und welche rechtlichen Folgen sich ergeben hätten. Der Vergleich der Rechtsfolgen untereinander und mit den Handlungszielen des Mandanten könne erst die Frage beantworten, ob nun eine einzige oder mehrere alternative Entscheidungen möglich waren. Da das Berufungsgericht zu diesen Fragen bei weitem nicht alle vorgetragene Umstände berücksichtigt hatte, hob der BGH die Entscheidung auf und wies gleichzeitig darauf hin, dass zu diesem Ergebnis auch eine weitere Überlegung geführt hätte. Das Feststellungsurteil war nämlich zu weit gefasst und berücksichtigte nicht in ausreichendem Maße die Differenzhypothese, also die Frage, wie der Geschädigte bei Vergleich seiner jetzigen mit der hypothetisch vorliegenden Vermögenssituation stünde.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Kostentragungspflicht des vollmachtlosen Prozessbevollmächtigten

Eine Haftung nach dem Veranlasserprinzip in entsprechender Anwendung der kostenrechtlichen Vorschriften der §§ 91, 97 ZPO setzt voraus, dass der Anwalt um das Löschen der Prozessvollmacht wusste. Es reicht nicht aus, dass er den Mangel der Vollmacht hätte bemerken können. (Orientierungssatz des BAG)

BAG, Beschl. v. 18.7.2005 – 3 AZB 65/04, NZA 2005, 1076

Anmerkung:

Es kann vorkommen, dass ein RA tätig wird, ohne tatsächlich bevollmächtigt zu sein. In den seltensten Fällen wird er dies in dem Bewusstsein des Fehlens der Vollmacht tun, sondern meistens wird es daran liegen, dass die vermeintliche Vollmacht unwirksam ist, so z.B. bei Geschäftsunfähigkeit des Mandanten. Hier hatte der Geschäftsführer der Mandantin den (auch

Rechtsprechungsleitsätze

erstinstanzlich tätigen) RA mit der Berufungseinlegung beauftragt. Bereits zuvor war ein vorläufiger Insolvenzverwalter für die Bekl. bestellt worden. Am Tage der Berufungseinlegung wurde um 8.00 Uhr das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter nahm das Verfahren nicht auf, so dass gemäß § 117 Abs. 1 InsO die Prozessvollmacht erlosch. Der RA nahm daraufhin die Berufung zurück. Ihm wurden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die Kostentragungspflicht könnte sich aus § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO ergeben. Sie trafe jedoch die Berufungskl. selbst, die indes mangels Vollmacht keine Prozesshandlung vorgenommen hat. Einschlägige Vorschrift wäre dann § 89 ZPO. Der vollmachtlose Vertreter muss grundsätzlich die von ihm veranlassten Kosten tragen. § 89 ZPO regelt allerdings nur die bewusst vollmachtlose Vertretung. Bei der vermeintlich berechtigten Vertretung werden die Kosten nach h. M. in entsprechender Anwendung der §§ 91, 97 ZPO demjenigen auferlegt, der das Auftreten als vollmachtloser Vertreter „veranlasst“ hat. Hier muss man also prüfen, wie es dazu kam, dass der RA vollmachtlos handelte. Er soll das Kostenrisiko nur dann tragen, wenn er den Mangel der Vollmacht kennt (so z.B. wenn ihm die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bekannt ist, vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 265, und OLG Karlsruhe, NZI 2005, 39). Bloße Zweifel – hier wegen der bereits erfolgten Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters – reichen nicht aus.

Da der vollmachtlose Vertreter selbst nicht Prozesspartei ist und daher die Entscheidung in der Hauptsache nicht angreifen könnte, muss ihm die Möglichkeit einer (Rechts-)Beschwerde gegeben werden (so schon BGH, NJW 1993, 1865).

Sofern es bei der Kostentragung des RA bleibt, muss sich dieser bewusst sein, dass er hierfür keinen Versicherungsschutz im Rahmen seiner Berufshaftpflichtversicherung hat (OLG Köln, NJW-RR 2003, 66).

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Substanziierungslast und Hinweispflichten des Gerichts

1. Den zu stellenden Anforderungen an die Substanziierung des Parteivortrags ist nicht genügt, wenn sich sein Inhalt auf die Bezugnahme von vorgelegten Anlagen erschöpft. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, sich den Sachverhalt, der den geltend gemachten Anspruch begründen oder die Verteidigung dagegen erheblich machen soll, aus den Anlagen selbst zu ermitteln.

2. Dabei trifft das Gericht im Rahmen seiner Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) grundsätzlich die Verpflichtung, auf Mängel des Vortrags hinzuweisen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn – im Anwaltsprozess – bereits der Prozessgegner Kritik an der Schlüssigkeit des Klagevorbringens oder der Erheblichkeit der Verteidigung angebracht hat, diese die nötige Klarheit besitzt und die Partei über die Mängel ihres Vortrags zuverlässig ins Bild setzt.

OLG Rostock, Ur. v. 22.7.2005 – 6 U 132/04

Anmerkung:

Mangelhafter und unsubstanziierter Vortrag stellt eine häufige Fehlerquelle in der Anwaltspraxis dar. Die zum 1.1.2002 wirksam gewordene ZPO-Reform hat das Problem durch die eingeschränkten Möglichkeiten, in der Berufung noch weiter vorzutragen, deutlich verschärft. Schadensersatzansprüche des Mandanten können dadurch in unterschiedlicher Weise ausgelöst werden. Das Urteil des OLG Rostock fasst den aktuellen Stand

der Rspr. prägnant zusammen, ohne sich in Details zu verlieren, und sollte deshalb zur Pflichtlektüre jedes forensisch tätigen Rechtsanwalts gehören.

Die Kl. forderte von der Bekl. die Zahlung von bereits geliefertem Malerbedarf. Die Bekl. ließ vortragen, die Rechnungen seien bereits bezahlt. Hierzu bezog sich ihr Prozessbevollmächtigter auf ein „Anlagenkonvolut“, aus dem sich die Zahlungen jeweils hätten ergeben sollen. Das LG hatte diesen Vortrag als unsubstanziert zurückgewiesen, worüber sich der Prozessbevollmächtigte der Bekl. in der Berufungsschrift empört zeigte. Das OLG prüft dogmatisch korrekt zunächst, ob der Vortrag tatsächlich unsubstanziert und daher zu Recht durch das LG zurückgewiesen worden war. Hierzu wird ausgeführt, dass grundsätzlich sehr wohl eine Ergänzung der Schriftsätze durch Bezugnahme auf beigefügte Anlagen möglich sei, dies aber voraussetze, dass die Schriftsätze aus sich heraus verständlich bleiben und die Bezugnahme selbst substanziiert erfolgt. Eine Beschränkung darauf, eine Zusammenstellung vorzulegen und diese beispielhaft zu erläutern, genüge nicht. Die Bekl. hätte schon vortragen müssen, welcher der offenen Rechnungen aus welchem Grund und in welcher Höhe der Einwand der Erfüllung entgegengestellt werden könne.

Die zweite Stoßrichtung der Berufungsbegründung zielte auf den Vorwurf, das Gericht habe es unterlassen, einen Hinweis zu erteilen, dass es den Vortrag als ungenügend ansehe. In den Urteilsgründen weist der Senat deutlich darauf hin, dass die ZPO-Reform den Gerichten nochmals eine erhöhte Mitwirkungspflicht aufbürdete. Die Frage, inwieweit aber Hinweise des Gerichts geschuldet seien, wenn schon der Prozessgegner eigens in seinen Schriftsätzen auf die jeweiligen Mängel im Vortrag aufmerksam macht, ist noch nicht vollständig geklärt. Das OLG Rostock löst das Problem nach einer vermittelnden Ansicht. Die Hinweispflicht des Gerichts entfalle dann, wenn die vom Prozessgegner geäußerte Kritik die nötige Klarheit besitze und die Partei zuverlässig ins Bild setze. Allgemein gehaltene Rügen reichen hierzu nicht aus.

Diese Lösung ist eindeutig der ganz strengen Auffassung vorzuziehen, die immer dann, wenn die Rüge des Gegners nur irgendwie erfolgt, die Hinweispflicht entfallen lässt. Allzu häufig wird nämlich ohne weitere Erläuterung sozusagen der Vollständigkeit halber und geradezu mechanisch in Form von Textbausteinen die Rüge der fehlenden Schlüssigkeit/mangelnden Substanziierung vorgebracht. Dadurch würde die Prozessförderungspflicht der Gerichte durch die Hintertüre ad absurdum geführt. Andererseits sollte man aber auch nicht dahin kommen, dass dem Vortrag der Gegenseite überhaupt keine Aufmerksamkeit mehr geschenkt werden muss. Das würde im Ergebnis zu überfrachteten gerichtlichen Hinweisen und Auflagen führen, die der Prozessförderung letztlich auch nicht dienen können.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Umfang der geschuldeten Belehrung vor Einreichen eines Arrestgesuchs

Der Rechtsanwalt muss von einem Arrestgesuch abraten, wenn er dieses nur auf Vermutungen seines Mandanten stützen kann (hier: befürchtete Vermögensverschiebungen durch geschiedenen Ehemann der Mandantin).

OLG Düsseldorf, Ur. v. 25.1.2005 – I-24 U 43/04, MDR 2005, 1140

Rechtsprechungsleitsätze

Anmerkung:

Die vormalige Mandantin und nunmehrige Kl. befürchtete, ihren Anspruch auf Zugewinnausgleich nicht mehr durchsetzen zu können. Der geschiedene Ehemann beabsichtigte, seinen Grundbesitz zu verkaufen, und die Kl. argwöhnte, dass der Erlös anschließend auf die neue Lebensgefährtin übertragen werde. Dies hatte der bekl. Anwalt im Arrestverfahren so vorgetragen.

Das OLG Düsseldorf erläutert zunächst, dass die Veräußerung des Grundbesitzes für sich genommen noch keinen Arrestgrund darstellen kann, weil der Zugewinnausgleichsanspruch nur auf eine Geldzahlung gerichtet ist und diese nicht gefährdet wäre allein durch den Verkauf von Grundstücken. Dadurch komme es lediglich zu einer Vermögensumschichtung beim Prozessgegner. Blieb also nur der Vortrag, dass zu befürchten war, das Vermögen werde anschließend auf die neue Lebensgefährtin übertragen. Hierzu gab es aber keinerlei nähere Indizien. Allein die Spekulation hierüber stelle keinen ausreichenden Arrestgrund dar, so dass das Gericht im Arrestverfahren zu Recht den Vortrag als unsubstanziert zurückwies. Auch wenn die Befürchtungen bei der Mandantin lagen und der Anwalt insoweit nur vortrug, was die Mandantschaft forderte, haftet dieser für die Kosten des Arrestverfahrens. Der Anwalt hätte nämlich die Pflicht gehabt, seine Mandantin deutlich darauf hinzuweisen, dass der Vortrag insoweit nicht ausreichen wird, allgemein gehaltene Belehrungen zu (unbestimmten) verbleibenden Risiken genügen hier nicht. Wäre die Mandantin eindeutig belehrt worden, hätte sie erfahren, dass die Spekulation nicht ausreichte, um das Verfahren positiv zu gestalten. Sie hätte dann entweder „nachlegen“ (was hier wohl objektiv nicht möglich war) oder vom Gesuch Abstand nehmen können (wofür die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens sprach). Der Anwalt musste die Kosten des Arrestverfahrens und damit auch sein Honorar als Schadensersatz (zurück-)zahlen.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Fristen

Überprüfung der Postleitzahl

Das Vertrauen auf die Einhaltung der üblichen Postlaufzeit ist nur gerechtfertigt, wenn die zutreffende Postleitzahl verwendet wird.

Die Überprüfung der Postleitzahl darf der Anwalt seinem geschulten und zuverlässigen Personal überlassen, wenn die Überprüfung durch geeignete organisatorische Maßnahmen sichergestellt ist. (eigene Leitsätze)

BGH, Beschl. v. 10.8.2005 – XII ZB 224/04

Anmerkung:

Der Schriftsatz wäre vermutlich rechtzeitig bei Gericht eingetroffen, wenn nicht eine falsche Postleitzahl verwendet worden wäre. Der Antrag auf Wiedereinsetzung wurde abgelehnt. Die Ablehnungsbegründung zeigt wieder einmal, wie wichtig es ist, im Wiedereinsetzungsantrag umfassend zur Büroorganisation vorzutragen. Die Überprüfung der Anschrift selbst darf dem Personal überlassen werden. Es muss jedoch eine allgemeine Anweisung darüber geben, wer dies tun muss und wie die Prüfung zu erfolgen hat. Dies war hier nicht ausreichend vorgetragen worden. Allerdings haben die Gerichte auch schon mehrfach verlangt, dass der RA bei Durchsicht des Schriftsatzes überprüft, ob die Adressierung überhaupt plausibel ist. Fehlt

die Postleitzahl ganz oder ist sie erkennbar falsch, so muss der RA dies bemerken (vgl. BGH, NJW 2000, 1520).

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Unzulässigkeit nachgeschobenen Vortrags nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist

BGH, Beschl. v. 7.7.2005 – I ZB 35/04, WRP 2005, 1250

Anmerkung:

Ein Markeninhaber beantragte am 23.5.2003 Wiedereinsetzung in die 2002 abgelaufene Frist zur Zahlung einer Verlängerungsgebühr. Er hatte die Geschäftsführung seiner GmbH 1995 aus gesundheitlichen Gründen niederlegt, wurde aber 1999 von der GmbH angestellt. Die Marke, die weiterhin von der GmbH genutzt wurde, war auf ihn persönlich eingetragen. Bzgl. anderer Schutzrechte sei etwa im Jahre 2000 wegen seiner hohen Arbeitsbelastung ein Patentanwalt mit der Überwachung beauftragt worden. Die gegenständliche Marke sei dabei jedoch übersehen worden. Ein Schreiben des DPMA vom 17.9.2002, mit dem auf den Ablauf der Schutzdauer und die Möglichkeit der Verlängerung hingewiesen wurde, sei versehentlich nicht beachtet, falsch abgelegt und erst am 1.4.2003 wieder aufgefunden worden.

Der Wiedereinsetzungsantrag und eine Beschwerde zum BPatG blieben erfolglos. Entscheidender Grund für die Fristversäumung sei bereits die unterbliebene Beauftragung des Patentanwalts gewesen. Der Markeninhaber habe ein fehlendes Verschulden hieran nicht hinreichend dargelegt. Dagegen erhob der Markeninhaber Rechtsbeschwerde zum BGH, wobei er die Versagung rechtlichen Gehörs rügte. Das BPatG habe nicht darauf hingewiesen, dass es auf den Zeitpunkt der Beauftragung des Patentanwalts abstellen wolle. Bei einem Hinweis hätte er nähere Ausführungen dazu gemacht, dass er auch im Jahre 2000 gesundheitlich sehr angeschlagen gewesen und sogar kurz vor der Beauftragung des Patentanwalts im Krankenhaus gewesen sei.

Der BGH wies die Rechtsbeschwerde zurück. Eine Hinweispflicht des BPatG habe nicht bestanden, da bereits das DPMA dargelegt habe, dass und warum den Markeninhaber ein Verschulden treffe. Neuer Vortrag, der erst auf einen Hinweis erfolgt wäre, hätte das BPatG gar nicht mehr berücksichtigen dürfen, da alle die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen innerhalb der Antragsfrist vorgetragen werden müssen. Nur unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben können nach Fristablauf noch erläutert oder vervollständigt werden (vgl. BGH, NJW 2000, 365; BGH-Rep 2001, 982). Nachträglicher Vortrag zum Gesundheitszustand im Jahr 2000 hätte daher ohnehin nicht berücksichtigt werden können.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Korrektur:

Im letzten Heft auf S. 234 habe ich u.a. den Beschluss des BGH vom 20.7.2005 (XII ZB 31/05) besprochen. In diesem Beitrag findet sich der Satz: „*Wer also die Durchführung des Rechtsmittels ausdrücklich und unmissverständlich von der Gewährung der PKH abhängig macht, legt ein unwirksames Rechtsmittel ein.*“ Diese Terminologie hat auch das OLG Frankfurt in dem dort zitierten Beschluss verwendet, sie ist aber missverständlich. Korrekt muss es heißen: „*Wenn also die Einlegung des Rechtsmittels ausdrücklich und unmissverständlich von der Gewährung der PKH abhängig gemacht wird, ist dieses Rechtsmittel unwirksam.*“

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer „BRAK-Papier zur Großen Justizreform“

erarbeitet durch die Arbeitsgruppe Justizreform der BRAK
Mitglieder: RA Dr. *Ulrich Tschöpe* (Vorsitzender des AS Arbeitsrecht); RAin *Ulrike Börger* (Vorsitzende des AS Familienrecht); RA *Hans Hänel* (Vorsitzender der AG Insolvenzrecht); RA *Arno Zurstraßen* (Vorsitzender des AS Sozialrecht); RA Dr. *Klaus Otto* (Vorsitzender des AS Steuerrecht); RA Prof. Dr. *Gunter Widmaier* (Vorsitzender des AS Strafrecht); RA Dr. *Christian Kirchberg* (Vorsitzender des AS Verfassungsrecht); RA Prof. Dr. *Michael Quaas* (Vorsitzender des AS Verwaltungsprozessrecht); RA Dr. *Herrmann Büttner* (Vorsitzender des AS ZPO/GVG); RA *Frank Johnigk* (BRAK); RAin *Friederike Lummel* (BRAK)

Juni 2005

BRAK-Stellungnahme-Nr. 18/2005

BRAK-Papier zur „Großen Justizreform“

In ihrer Herbstkonferenz am 25.11.2004 in Berlin haben die Justizministerinnen und Justizminister der Länder Eckpunkte für eine „Große Justizreform“ verabschiedet. Wegen der „Allgemeinen Finanzsituation“ und bestehender „Sparzwänge“ sollen „nachhaltige Strukturverbesserungen in der Justiz“ in Angriff genommen werden. Als Ansatzpunkte einer solchen „Großen Justizreform“ werden die Themen Deregulierung, Aufgabenübertragung/Auslagerung, Konzentration und Qualitätssicherung identifiziert und in diesem Rahmen Empfehlungen in Beschlussform ausgesprochen.

1. Teil: Allgemeine Erwägungen

Der deutschen Justiz wird international eine sehr große Qualität bescheinigt. Deutschland liegt in Fragen der Rechtssicherheit weit vorn. Während Deutschland in Bezug auf sonstige Standortvorteile insgesamt im internationalen Ranking erst im Mittelfeld gelistet wird, steht die Rechtssicherheit auf den ersten Plätzen. Dies wird u.a. dadurch verdeutlicht, dass ca. 20 bis 30 % des Kapitals in Deutschland aus den USA stammen und dies in erster Linie mit dem hohen Maß an Rechtssicherheit in Deutschland begründet wird. Viele internationale Patentverletzungsstreitigkeiten werden deshalb vor deutschen Gerichten geführt. Diese Gesichtspunkte werden in den Beschlüssen der JuMiKo nicht berücksichtigt oder erwähnt.

Zudem liegt die deutsche Justiz insgesamt im europäischen Mittelfeld, was sich aus einer Studie der vom Europarat im Jahr 2002 gegründeten European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) ergibt:

Deutschland gibt für das Gerichtssystem ca. 53 Euro pro Einwohner im Jahr aus¹ und damit weitaus weniger als für Subventionen.

Zur Zahl der Prozesse ermittelte die CEPEJ-Studie, dass nach den Zahlen der Zivil- und Verwaltungsverfahren in Bezug zur Bevölkerung und in Bezug auf das Bruttosozialprodukt Deutschland die wenigsten Prozesse hat.

Auch die Dauer der Prozesse nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes² gibt keinen Anlass, von überlangen Verfahrensdauern zu sprechen. Im Bereich der Ziviljustiz werden die Verfahren vor den Amtsgerichten zu 50,9 % innerhalb von drei Monaten abgewickelt. Am Landgericht sind es noch 36,6 % aller Verfahren, die innerhalb von drei Monaten abgeschlossen werden und weitere 25,7 %, die innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen werden. Die meisten Berufungsverfahren an den Landgerichten werden innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen. Die Oberlandesgerichte erledigen immerhin noch über 50 % der Berufungsverfahren innerhalb von sechs Monaten. Im Jahr 2003 lag die durchschnittliche Verfahrensdauer der vor dem Amtsgericht erledigten Verfahren bei 4,4 Monaten. Die durchschnittliche Dauer der Verfahren, die mit einem streitigen Urteil endeten, betrug dabei 6,9 Monate.³ Demzufolge erledigt die Ziviljustiz ihre Verfahren innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens, so dass für die Ziviljustiz eine Effizienzsteigerung nicht zu erwarten ist.

Weniger positiv stellt sich die Situation in den öffentlichen Gerichtsbarkeiten dar. Vor den Verwaltungsgerichten ist zwar die durchschnittliche Verfahrenslänge rückläufig, aber gemessen an den Zivilrechtsstreitigkeiten mit im Schnitt 15,3 Monaten deutlich länger. Bei erstinstanzlichen Verfahren bei den Oberverwaltungsgerichten lag die durchschnittliche Verfahrensdauer im Jahr 2003 bei 20,3 Monaten. Rechtsmittelverfahren bei den Oberverwaltungsgerichten dauerten ab dem Eingang beim Rechtsmittelgericht durchschnittlich 8,6 Monate.⁴ 35 % aller Verfahren vor den Verwaltungsgerichten wurden innerhalb von sechs Monaten erledigt, 54 % innerhalb von zwölf Monaten.⁵

In der Finanzgerichtsbarkeit, die als einzige der Gerichtsbarkeiten funktional zweigliedrig strukturiert ist, liegt die durchschnittliche Verfahrensdauer bei über 18 Monaten. Bei den Finanzgerichten werden 34 % der Verfahren innerhalb von sechs Monaten erledigt, 53 % nach 12 Monaten. Die Revisionen beim Bundesfinanzhof werden zu 18 % in den ersten 12 Monaten erledigt. 62 % der Revisionen werden innerhalb von 24 Monaten erledigt.⁶

Bei den Sozialgerichten werden 23 % der Klagen innerhalb von sechs Monaten erledigt und 49 % innerhalb von 12 Monaten. Von den Berufungen beim Landessozialgericht werden 23 % innerhalb von sechs Monaten erledigt und 49 % innerhalb von 12 Monaten. Der Anteil der innerhalb von sechs

2 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

3 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Zivilgerichte, Fachserie 10/Reihe 2.1, 2003

4 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Verwaltungsgerichte, Fachserie 10/Reihe 2.4, 2003

5 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

6 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

1 Die deutsche Justiz macht nach Abzug des Strafvollzugs lediglich ca. 1,7 % des deutschen Gesamthaushaltes aus. Die Gerichtsbarkeiten tragen sich im Grundsatz selbst, lediglich in der Strafergerichtsbarkeit und in der Sozialgerichtsbarkeit ist dies nicht der Fall.

Monaten erledigten Berufungsverfahren vor dem Landessozialgericht beträgt 23 %, der innerhalb von zwölf Monaten erledigten Berufungen 49 %.⁷

Demgegenüber werden in Strafsachen die Verfahren an den Amtsgerichten zu 58,1 % innerhalb von drei Monaten erledigt. Weitere 25,1 % der Verfahren werden innerhalb von sechs Monaten abgewickelt. Die durchschnittliche Verfahrensdauer lag im Jahr 2003 bei 3,9 Monaten. Bei Strafverfahren vor den Landgerichten in erster Instanz werden im Schnitt 40,5 % der Verfahren innerhalb von drei Monaten erledigt und 32,8 % in sechs Monaten. Die durchschnittliche Verfahrensdauer lag hier bei 6,1 Monaten.⁸

Bei vor den Amtsgerichten erledigten Familiensachen lag die Verfahrensdauer im Schnitt bei 10,4 Monaten. Innerhalb der ersten drei Monate wurden 14,2 % der Verfahren, zwischen drei und sechs Monaten 16,6 % aller Verfahren erledigt. Bei den vor dem OLG erledigten Berufungsverfahren betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer 5,3 Monate.⁹ In Familiensachen hängt die Verfahrensdauer in erster Instanz häufig von gerichtsfremden Faktoren ab, z.B. dem Warten auf die Versorgungsausgleichsberechnung der Rententräger.

Die Verfahren vor den Arbeitsgerichten werden zu 82 % binnen sechs Monaten erledigt und zu 97 % innerhalb von zwölf Monaten. Nach der Verfahrensdauer bei den Landesarbeitsgerichten liegt der Anteil der innerhalb von sechs Monaten erledigten Verfahren noch bei 66 %, der innerhalb von zwölf Monaten erledigten Berufungen bei 90 %.¹⁰

Die Rechtsmittelquote ist insgesamt rückläufig. Bei amtsgerichtlichen Zivilurteilen ist die Rechtsmittelquote seit 1990 rückläufig. Auch absolut bewegt sie sich auf einem niedrigen Stand. Im Jahr 2002 betrug sie gemessen an den Neueingängen bei den Amtsgerichten lediglich 5 % der Fälle. Gleiches lässt sich für die Berufungsquote bei den landgerichtlichen Verfahren feststellen. Zwar liegt die Berufungsquote hier absolut höher (im Jahr 2002 bei 13,7 %), aber auch hier ist die Berufungsquote seit 1990 rückläufig. Ebenfalls rückläufig ist die Rechtsmittelquote in verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Sie sank von 16,7 % im Jahr 1998 auf 11,3 % im Jahr 2002. Auch in Strafsachen ist die Rechtsmittelquote rückläufig. Bei den am Amtsgericht anhängigen Verfahren betrug sie im Jahr 2003 6,4 %, während sie bei den am Landgericht anhängigen Verfahren zwar deutlich höher bei 18,6 % im Jahr 2003 lag, aber ebenfalls rückläufig ist.¹¹

Die Unterschiedlichkeit der Verfahrensdauer bei den verschiedenen Gerichtsbarkeiten ist zum Teil durch die unterschiedlichen Prozessordnungen bedingt. Die Unterschiedlichkeit der Verfahrensdauer innerhalb einer Gerichtsbarkeit in den verschiedenen Bundesländern ist nicht nachvollziehbar. So liegt die durchschnittliche Dauer für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in Rheinland-Pfalz bei 3,9 Monaten, in Hessen bei 16,7 Monaten und in Brandenburg bei 25,7 Monaten.¹² Dies legt nahe, dass ein Binnenproblem in der Führung und Organisation der Gerichte ausschlaggebend ist. Eine Änderung der

Verfahrens- und Prozessordnungen wird an diesem Problem nichts ändern können.

Nach der aufgezeigten derzeitigen Situation in der deutschen Justiz sind die durch die JuMiKo vorgeschlagenen Reformen nicht zwingend erforderlich. Als einziger Auslöser für die geplanten Veränderungen, die zum Teil erheblich in Rechte der Bürger eingreifen, sind Sparzwänge auszumachen, die kein Rechtfertigungsgrund für eine Verkürzung des Rechtsschutzes sein können. Die Tatsache, dass die Staatssekretärinnen und Staatssekretäre in ihren anlässlich ihres Treffens im März 2005 gefassten Beschlüssen bereits von den ursprünglichen Beschlüssen der Herbst-JuMiKo abgewichen sind, beweist bereits, dass diese Überlegungen der JuMiKo in weiten Teilen weder sinnvoll noch praktikabel sind. Die Justiz repräsentiert das Gewaltmonopol des Staates und nur eine funktionierende Justiz mit Rechtsmittelmöglichkeiten legitimiert das staatliche Gewaltmonopol. Kürzungen sind insofern keine Rücknahme von Wohltaten des Staates gegenüber seinen Bürgern, sondern greifen unmittelbar in dessen Grundrechte ein.

2. Teil: Anmerkungen zu den Beschlüssen der JuMiKo zu den Eckpunkten für eine „Große Justizreform“

1. Deregulierung

1.1 Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen/Prozessordnungen

Eine Vereinheitlichung der Prozess- und Verfahrensordnungen darf nicht dazu führen, dass sämtliche Prozessordnungen auf einen Minimalkonsens herabgeschmolzen werden und Maximen aus der einen Prozessordnung in nicht zu vertretender Weise in eine andere Prozessordnung übernommen werden. Beispielsweise sollten keine Merkmale des Amtsermittlungsgrundsatzes im Zivilprozess eingeführt werden, wie dies bereits im familienrechtlichen Unterhaltsverfahren der Fall ist, oder der Amtsermittlungsgrundsatz zu Gunsten der Parteimaxime im öffentlich-rechtlichen Prozess aufgeweicht werden. Rechtsstaatliche Standards dürfen durch die Vereinheitlichung nicht gefährdet werden.

Eine mit der Vereinheitlichung der Prozessordnung einhergehende Vereinheitlichung von bestimmten Verfahrensvorschriften, die derzeit aus nicht erkennbaren Gründen in den verschiedenen Prozessordnungen unterschiedlich geregelt sind, wäre wünschenswert. So könnten beispielsweise die Vorschriften zur Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Streitgenossenschaft, zu Prozessbevollmächtigten, Prozesskostenhilfe, sowie zum Verfahren bei Zustellungen, zu Ladungen, Terminen, Fristen, zu den Folgen der Versäumung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens weitestgehend vereinheitlicht werden. Auch eine Angleichung der Beweisaufnahmeregelungen, der Abnahme von Eiden, der Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen sowie der Rechtsmittelfristen wäre sinnvoll. Dies würde zu mehr Transparenz und Bürgerfreundlichkeit führen. Ein weiterer Vorteil wäre, dass sich die vereinheitlichten Vorschriften auch einheitlich weiterentwickeln würden durch eine einheitliche Rechtsprechung und Rechtsfortbildung. Diese Vorschriften könnten in einem vorangestellten Allgemeinen Teil zusammengefasst werden.

Allerdings müssten die notwendigen Verfahrensbesonderheiten einzelner Gerichtsbarkeiten Berücksichtigung finden. Das Strafverfahrensrecht eignet sich wegen seiner besonderen Ausgestaltung und seines speziellen Aufgabenbereichs nicht dazu, in eine etwa zu schaffende Verfahrensordnung für mehrere Gerichtsbarkeiten einbezogen zu werden. Ebenso wenig kann

7 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

8 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafgerichte, Fachserie 10/Reihe 2.3, 2003

9 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Familiengerichte, Fachserie 10/Reihe 2.2, 2003

10 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

11 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

12 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Verwaltungsgerichte, Fachserie 10/Reihe 2.4, 2003

eine Harmonisierung der Besetzung der Richterbänke mit der Zivilgerichtsbarkeit in Betracht gezogen werden. Ein Verzicht auf funktionslose Differenzierungen in verschiedenen Verfahrensordnungen bei sachlich gleichen Regelungen ist hingegen vertretbar. Den Besonderheiten des Strafverfahrens ist dabei aber Rechnung zu tragen, so namentlich bei der Beweiserhebung, der Akteneinsicht, der Dauer von Rechtsmittelfristen und der Protokollierung. Im Bereich des Arbeitsrechts ist durch die verschiedenen Änderungen der Arbeitsgerichtsgesetze in den letzten Jahren, zuletzt durch das Anhörungsrügensgesetz, bereits eine weitgehende und zweckgerichtete Harmonisierung im Verhältnis zur relevanten Zivilprozessordnung erreicht worden.

Bei allen zu begrüßenden Vereinfachungs- und Angleichungsmöglichkeiten in den Prozessordnungen muss aber gewährleistet sein, dass die Vereinheitlichung der Prozessordnungen im öffentlich-rechtlichen Bereich keine Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten für den Bürger nach sich zieht. Es ist davon auszugehen, dass das SGG und die FGO der VwGO angeglichen werden würden und nicht umgekehrt. Durch die Reform der VwGO im Jahr 1997 sind die Rechtsmittelmöglichkeiten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren stark eingeschränkt worden. Dies gilt insbesondere für die Zulassungsberufung. Die Vereinheitlichung von SGG, VwGO und FGO darf nicht zu einer Einschränkung des Zugangs in der zweiten Instanz auch in der FGO und im SGG führen.

Im Sozialrecht geht es oftmals um die Existenz betreffende Lebenssachverhalte. In diesen Fällen ist der bürgerunfreundliche Rechtsschutz der VwGO unangemessen. Insbesondere darf der in langer Tradition entwickelte und etwa durch den Amtsermittlungsgrundsatz besonders bürgerfreundliche und niederschwellige Zugang zu den Sozialgerichten durch eine Verkürzung des Rechtsweges nicht dazu führen, dass der einzelne Bürger daran gehindert wird, seine existenziellen Rechte wahrzunehmen.

Eine Gleichsetzung der FGO mit der VwGO erscheint ebenfalls unangemessen, da das Steuerrecht Eingriffsverwaltung in seiner stärksten Form darstellt. Der Steuerbürger hat oftmals im Steuerungsverfahren nur eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten durch die Tatsache, dass Widersprüche gegen bestimmte Bescheide keine aufschiebende Wirkung haben und dass Steuerbescheide sofort vollstreckbar sind.

1.2 Funktionale Zweigliedrigkeit

Die Einführung einer funktionalen Zweistufigkeit ist nicht nur aus Gründen der Verfahrenspraxis sondern bereits aus rechtsgrundsätzlichen Überlegungen abzulehnen. Ein solches Verfahren wird nicht zu einer Entlastung der Justiz führen, sondern im Gegenteil zu einer deutlichen Belastung. Die erste Instanz muss in der Sachverhaltsermittlung wesentlich sorgfältiger durchgeführt werden, wenn den Parteien die – zumindest theoretische – Möglichkeit verwehrt wird, die erstinstanzliche Entscheidung vom Berufungsgericht überprüfen zu lassen. Diese sorgfältigere Prozessführung trifft wiederum nicht nur die Verfahren, in denen bislang tatsächlich Berufung eingelegt wurde (bei amtsgerichtlichen Urteilen 5,2 % und bei landgerichtlichen Urteilen 13,7 % in der Zivilgerichtsbarkeit¹³), sondern alle Prozesse. Der erhöhte Arbeitsaufwand in der ersten Instanz würde sich im Pensenschlüssel der erstinstanzlichen Richter niederschlagen und so zu einer deutlichen Belastung der Länderjustizhaushalte führen.

Wenn die erstinstanzlichen Verfahren allerdings in gleicher Weise wie bisher durchgeführt würden, würde dies eine erhebliche Verkürzung des Rechtsschutzes bedeuten. Die BRAK hält es (entgegen den Vorgaben der JuMiKo) für unvertretbar, dass die Rechtsmittelstruktur auf das „verfassungsrechtlich Notwendige“ beschränkt werden sollte. Recht auf Minimalniveau ist eines der freiheitlichen Demokratie verbundenen modernen Industriestaates nicht würdig. Gerade durch die zweite Tatsacheninstanz wird ein effektiver und verfassungskonformer Rechtsschutz gewährleistet. Dies hängt auch damit zusammen, dass im deutschen Rechtssystem teilweise Richter direkt nach der Referendarausbildung über Sachverhalte entscheiden müssen, bei denen ihnen zum Teil die juristische Erfahrung, das Wissen und die notwendige Lebenserfahrung fehlen, um zu richtigen und gerechten Ergebnissen zu kommen. Die zweite Tatsacheninstanz mit ihren berufs- und lebenserfahrenen Richtern ist deshalb eine zwingend notwendige Kontrollinstanz für die meist streitentscheidenden Tatsachenfeststellungen.

Im Bereich der Ziviljustiz wurde die Zivilprozessordnung gerade umfangreich reformiert. Nach dieser Reform gibt es bereits heute keine zwei vollwertigen Tatsacheninstanzen mehr. Vielmehr sind die Parteien mit Vorbringen, welches sie bereits in der ersten Instanz hätten vortragen können, in der zweiten Instanz präkludiert. Zudem gibt es die Möglichkeit für das Berufungsgericht, offensichtlich erfolglose Berufungen durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen. Das Bundesministerium der Justiz arbeitet derzeit an einer Evaluierung der ZPO-Reform, die bis Ende 2006 abgeschlossen sein soll. Sie sollte unbedingt abgewartet werden, bevor erneut am zivilprozessualen Instanzenzug „herumgedoktert“ wird. Bei einer vollständigen Abschaffung der zweiten Tatsacheninstanz würde die erste Instanz noch mehr aufgebläht, als sie es ohnehin schon durch die letzte ZPO-Reform werden sollte. Nach der Erfahrung mit der ZPO-Reform ist zudem davon auszugehen, dass diese stärkere Belastung der ersten Instanz nicht durch zusätzliche Richterstellen aufgefangen würde.

Strikt abzulehnen ist auch die Abschaffung des Parteirechtsmittels der Revision. In Zivilsachen würde der BGH als reines Vorlagegericht nicht mehr mit einer ausreichenden Zahl von Streitfällen aus allen Lebensbereichen befasst werden und auf diese Weise quantitativ und qualitativ „verkümmern“. Es kann keinesfalls erwartet werden, dass die Berufungsgerichte in dem Umfang, in dem sie heute die Revision zulassen, zukünftig Vorlageverfahren einleiten würden; denn im Gegensatz zur Zulassung der Revision bedarf ein Vorlagebeschluss aufgrund der (voraussichtlich an § 543 ZPO orientierten) Zulässigkeitsvoraussetzungen eines mit erheblichem Arbeitsaufwand zu begründenden Beschlusses.

Die BRAK hat bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass das gegenwärtige Rechtsmittelsystem in Strafsachen effektiv und Kosten sparend ist und zu einer zügigen Verfahrenserledigung beiträgt. Es besteht keine Notwendigkeit zu einer umfassenden Reform, sie kann namentlich mit einem ideologischen Konzept einer sog. „funktionalen Zweigliedrigkeit“ nicht begründet werden. Keinesfalls akzeptiert werden kann die Einführung eines Wahlrechtsmittels gegen die Urteile der Amtsgerichte; es würde die unverzichtbare revisionsrechtliche Kontrolle der Tätigkeit der Berufungsgerichte zu sehr reduzieren und die Möglichkeiten der Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung zu sehr einschränken.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die „funktionale Zweigliedrigkeit“ aufgrund der Einführung der Zulassungsberufung durch die VwGO-Novelle aus dem Jahr 1997 praktisch weitgehend Realität. Eine Tatsachenüberprüfung findet in der Berufungsinstanz kaum statt. In 97 % aller Verfahren (in allgemei-

13 Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10/Reihe 1, 2002/2003

nen Rechtsgebieten ohne Asylrecht in 95 % aller Verfahren) wird somit die Sach- und Rechtslage nicht mehr vollständig geprüft. Die Revision betrifft weniger als 1 % aller Verfahren.

Das Kernargument der Justizminister für eine funktionale Zweigliedrigkeit, d.h. wenig effiziente Verfahren und zu lange Verfahrensdauern, trifft – wie oben im 1. Teil ausgeführt – nicht zu. Ergänzend wird auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit angeführt, dass die einschlägigen Statistiken – trotz wieder ansteigender Eingangszahlen – eine im Vergleich zur ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit schnellere Beilegung von Streitigkeiten belegen. Im Urteilsverfahren nach § 2 ArbGG wurden 82 % der Verfahren innerhalb von sechs Monaten beendet. Gleiches gilt für die Beschlussverfahren nach § 2a ArbGG.

Zwingende Folge der inakzeptablen Einführung der funktionalen Zweigliedrigkeit müsste im Übrigen ein genereller Anwaltszwang schon in der Eingangsinstanz sowie ein durchgehendes Kollegialsystem sein, um in Ansehung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG bzw. des Justizgewährungsanspruchs des Art. 20 Abs. 3 GG zumindest das „verfassungsrechtlich Notwendige“ an (effektivem) Rechtsschutz zu gewährleisten. Eine Kostenersparnis ist durch die Einführung der funktionalen Zweigliedrigkeit nicht zu erreichen.

1.3 Flexibler Richtereinsatz

Einem flexibleren Richtereinsatz kann nur dann zugestimmt werden, wenn dadurch die Arbeit der Gerichte effizienter gestaltet werden kann und dies nicht mit einem Abbau richterlicher Sachkompetenz einhergeht. Insbesondere darf ein solcher flexibler Richtereinsatz keinesfalls der fachlichen Spezialisierung schaden. Diese muss zukünftig weiterhin und besser sichergestellt werden, beispielsweise durch die Einrichtung von Spruchkörpern mit Spezialzuständigkeiten. Die Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten ist kein Selbstzweck und auch kein hinreichend tragfähiges Argument für einen flexiblen Richtereinsatz. Sie muss aus sich selbst heraus gerechtfertigt sein, wie dies grundsätzlich für eine Zusammenlegung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten nach dem Modell einer einheitlichen Gerichtsbarkeit mit spezialisierten Spruchkammern für möglich gehalten wird. Dies setzt allerdings voraus, dass zuvor die Prozess- und Verfahrensordnungen unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten vereinheitlicht würden. Wenn eine Zusammenlegung zu einer tatsächlichen Verkürzung der Verfahrensdauer führen könnte, so wäre dies unterstützenswert. Keineswegs darf jedoch die richterliche Unabhängigkeit, die durch Art. 97 GG grundgesetzlich garantiert wird, durch die Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten umgangen werden.

Es bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine ein-fachgesetzliche Erweiterung der Richtereinsatzmöglichkeiten. Art 97 Abs. 2 GG garantiert die persönliche Unabhängigkeit des Richters. Danach können Richter auf Lebenszeit und auf Zeit nicht gegen ihren Willen und nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen unter Wahrung der Formen, welche Gesetze bestimmen, an eine andere Stelle versetzt werden. Die Unabhängigkeit des Richters gehört zu den verfassungsgestaltenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes und damit zum Grundstandard rechtsstaatlichen Handelns. Eine Änderung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe könnte, weil die persönliche Unabhängigkeit des Richters zu den in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsgrundsätzen gehört, in Widerspruch zu der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG geraten.

In der Begründung zu 1.3. werden von der JuMiKo, neben „der Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten oder Präsidien ...“, die

Erweiterung der Versetzungsmöglichkeiten der Richter durch Änderung des § 32 DRiG oder durch landesgesetzliche Zuordnung von Richterstellen, Verlängerung der Abordnungsfrist des § 37 Abs. 3 DRiG, Bildung größerer Gerichtseinheiten innerhalb einer Gerichtsbarkeit, Übertragung weiterer Richterämter nach § 27 Abs. 2 DRiG und eine Kombination mehrerer dieser Maßnahmen“ als Möglichkeiten zum flexiblen Richtereinsatz in Betracht gezogen. Problematisch ist, dass eigentlich nur über die Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten diskutiert wird. Über die anderen genannten Alternativen wird nicht mehr gesprochen.

Nicht im Interesse des rechtsuchenden Bürgers ist es, wenn durch eine Öffnungsklausel in den unterschiedlichen Bundesländern unterschiedliche Verhältnisse geschaffen werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund eines vereinten Europas nicht wünschenswert.

Von der durch das 7. Sozialgerichtsänderungsgesetz geschaffenen Öffnungsklausel, durch die Aufgaben der Sozialgerichte auf spezielle Spruchkörper der Verwaltungsgerichte übertragen werden können, hat bislang nur ein Bundesland (Bremen) Gebrauch gemacht. Das 7. Sozialgerichtsänderungsgesetz sollte die in der Sozialgerichtsbarkeit zu erwartende Prozessflut durch Hartz IV abfedern. Dies scheint in der Praxis nicht erforderlich gewesen zu sein, da der notwendige Personaltransfer im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten durchgeführt wurde. Dies geschah zum einen durch Versetzung von Richterinnen und Richtern auf Probe, durch Abordnung, durch Neueinstellung, aber auch durch die Motivation zum freiwilligen Wechsel aus anderen Gerichtsbarkeiten in die Sozialgerichtsbarkeit. Nach Angaben, die beim 50. Jahrestag des Bundessozialgerichts gemacht wurden, ging es deutschlandweit um 144 Richterstellen, die verschoben werden mussten.

2. Aufgabenübertragung/Auslagerung

2.1 Übertragung von Aufgaben

a) Übertragung von Aufgaben auf Notare

Die Zuständigkeit der Gerichte muss in allen Fällen (potentiell) kontradiktorischer Verfahren erhalten bleiben. Dies gilt insbesondere für einverständliche Ehesachen. Die Übertragung einverständlicher Ehescheidungen auf die Notare müsste den Versorgungsausgleich ausklammern (Durchführung des Versorgungsausgleichs oder Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit einer Verzichtvereinbarung). Der Entlastungseffekt für die Justiz wäre dementsprechend marginal, weil bei einverständlichen Ehescheidungen der diesbezügliche Zeitaufwand der Justiz (kurze Anhörung der Parteien und Urteilsbegründung mit einem standardisierten Satz) nur in Minuten zu messen ist.

Notare sind zur Neutralität verpflichtet und dürfen nicht einseitig bzw. interessenorientiert beraten. Sie können deswegen nicht überprüfen, ob eine ihnen vorgetragene Einigung der Ehegatten tatsächlich auf einem angemessenen Interessenausgleich und gleichberechtigter Verhandlungsposition beruht oder aufgrund strukturellen Ungleichgewichtes einseitig diktiert ist. Einverständliche Ehescheidungen vor den Notaren müssten deswegen zur Voraussetzung haben, dass beide Parteien vorab eine einseitige Beratung in Anspruch nehmen und dies nachweisen. Die Kostenentlastung für die Parteien wäre gering, weil auch vor Gericht im Falle völliger Einigkeit das Verfahren mit einseitiger anwaltlicher Vertretung geführt werden kann. Die Kostenbelastung wird für die Parteien auf der anderen Seite höher gegenüber der Kostenbelastung durch ein Verbundverfahren mit Regelung der

Ehescheidungsfolgen in einem Verfahren, wenn vor dem Notar die Ehescheidung mit einer Mindest-Einigung betrieben wird, danach aber noch streitige Verfahren betrieben werden, z.B. zum Zugewinnausgleich oder Versorgungsausgleich.

Das bewährte Verbundverfahren sollte deswegen beibehalten bleiben. Nur dieses gewährleistet auch, dass die Ehegatten mit richterlicher Autorität auf ihre Verantwortung gegenüber minderjährigen Kindern hingewiesen werden, wie dies durch § 613 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Rahmen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes eingeführt worden ist.

b) Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens

Eine Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens wird nicht per se abgelehnt, wenn durch eine solche Privatisierung die Zwangsvollstreckung tatsächlich schneller und effektiver wird. Da sichergestellt sein muss, dass die Gerichtsvollzieher auch als freier Beruf einer umfassenden Aufsicht unterliegen, spricht sich die BRAK für die Einführung einer Kammer aus.

Einer generellen Erweiterung der Aufgaben der Gerichtsvollzieher steht die BRAK jedoch skeptisch gegenüber. Denn es droht die Gefahr, dass die Gerichtsvollzieher in diesem Fall die eigentliche Tätigkeit der Zwangsvollstreckung zurückstellen und die Dauer der Verfahren sich nicht verkürzen würde. Nach der letzten Reform der Zwangsvollstreckung und Übertragung des Verfahrens zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf die Gerichtsvollzieher sind die Verfahrensdauern weiter angestiegen. Der teilweise angeführte Vergleich mit anderen europäischen Ländern vermag insoweit nicht zu überzeugen, da die Gerichtsvollzieher in Deutschland dem mittleren Justizdienst entstammen und keine umfangreiche juristische Ausbildung haben.

Strikt abzulehnen ist das in diesem Zusammenhang diskutierte sog. „Rechnungspräsentationsverfahren“, mit dem der Gerichtsvollzieher in Konkurrenz zum Mahnverfahren dem Schuldner nicht titulierte Forderungen präsentieren und diesen zur Zahlung auffordern können soll. Diese Überlegungen begegnen erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken wegen der Vermischung von staatlichem Zwangsvollstreckungsverfahren einerseits und privater Forderungseintreibung andererseits. Ein staatliches Vollstreckungsorgan, welches der Gerichtsvollzieher auch nach einer Privatisierung als beliehener Unternehmer bleiben würde, darf weder in eine Nähe zum Gläubiger geraten, wie es durch das Rechnungspräsentationsverfahren beabsichtigt ist, noch zur privaten Inkassotätigkeit die Autorität staatlicher Vollstreckungsorgane für eine rein private Forderungseintreibung missbrauchen.

Zudem handelt es sich um eine „Haustürsituation“, die den Gesetzgeber im Privatrechtsverkehr gerade dazu bewogen hat, sie mit besonderen Widerrufsrechten (§ 312 BGB) auszustatten. Es ist rechtsstaatswidrig, diese vom Gesetzgeber als besorgniserregend angesehene „Haustürsituation“ zusätzlich dadurch zu verstärken, dass ein staatliches Vollstreckungsorgan faktischen Zahlungsdruck ausübt, weil dem Bürger der Rollenwechsel beim Gerichtsvollzieher – weg vom staatlichen Vollstreckungsorgan hin zum privaten Inkassounternehmen – nicht bewusst wird.

Im Übrigen würde sich der Gerichtsvollzieher bei seiner privaten Inkassotätigkeit permanent in einem in seiner Person vereinigten Interessenwiderstreit befinden: Wollte man sich überhaupt dem Gedanken nähern, den Gerichtsvollziehern neben ihrer hoheitlichen Vollstreckungstätigkeit zugleich eine private Inkassotätigkeit zu erlauben, müssten den Gerichtsvollziehern so weit reichende Belehrungspflichten auferlegt werden – insbesondere die Klarstellung, dass der

Gerichtsvollzieher nicht als staatliches Vollstreckungsorgan, sondern als privater Inkassohelfer des Gläubigers auftritt, dass die Berechtigung der Forderung nicht geprüft ist und der Schuldner deswegen auch keinesfalls verpflichtet ist, der Zahlungsaufforderung des Gläubigers Folge zu leisten –, dass er sich selbst um seinen – erfolgsabhängigen – Vergütungsanspruch redet. Dieser Konflikt zwischen korrekter Belehrung einerseits und Vergütungsinteresse andererseits wird dadurch verschärft, dass bisher für die nicht vollständige Belehrung keinerlei Sanktionen vorgesehen sind.

Gänzlich untragbar für die Rolle eines staatlichen Vollstreckungsorgans ist der Wechsel von der – rein privaten – Inkassohelfertätigkeit (Übermittlung der Zahlungsaufforderung) zu der hoheitlichen Tätigkeit bei Aufnahme einer Zahlungsvereinbarung in der Form eines vollstreckbaren Titels. Erst wird die „Haustürübertretungssituation“ durch den Auftritt eines staatlichen Zwangsvollstreckungsorgans verschärft, um anschließend in der gleichen Situation auch einen vollstreckbaren Titel „vereinbaren“ zu können. Das ist die Potenzierung von Verbraucherrisiken, denen ansonsten immer – zu Recht – entgegengesteuert werden soll.

c) Registerführung

Die BRAK spricht sich gegen eine Öffnungsklausel zur Übertragung der Zuständigkeit für die Führung der Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister durch die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern aus. Das Handelsregister gewährleistet ein Höchstmaß an Rechtsschutz und Rechtssicherheit für die Eintragenden, die Gläubiger sowie die Öffentlichkeit. Von den Funktionen des Handelsregisters sind besonders hervorzuheben die Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB), die Tatsache, dass zahlreichen Eintragungen in das Handelsregister konstitutive Wirkung zukommt, und die Kontrollfunktion, die weit über die bloße Registrierung von Daten hinausgeht. Mit diesen Funktionen wirkt das Register in erheblichem Umfang Streit mildernd und trägt dadurch zur Entlastung der streitigen Gerichtsbarkeit und zur Erhaltung des Rechtsfriedens bei. Die Führung der Register ist eine Rechtspflegeaufgabe, der eine präventiv Streit verhütende Funktion im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit immanent ist. Einer Zuordnung zur Verwaltung steht die unmittelbar gestaltende Wirkung der Registereintragungen für privatrechtliche Rechtsverhältnisse entgegen. Die Bedeutung dieser Aufgabe fordert ein hohes Maß an Objektivität und Unabhängigkeit, weshalb sie ursprünglich den Gerichten zugewiesen worden ist. Der Nutzen einer Öffnungsklausel, nach der die Anmeldung und Vorprüfung der Anträge für das Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister auf die oben genannten Kammern übertragen werden kann, erscheint fraglich, zumal damit eine Zuständigkeitsdivergenz in den verschiedenen Bundesländern verbunden wäre.

2.2 Förderung der konsensualen Streitbeilegung

Die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung wird grundsätzlich begrüßt, soweit sie freiwillig erfolgt. Der jetzige Vorstoß des Landes Bayern, das einen Gesetzesentwurf in den Bundesrat eingebracht hat zur Installierung eines so genannten „Güterichters“, ist deswegen abzulehnen, da der im Verfahren zuständige Richter die Parteien zwingen können soll, ihr Anliegen dem Güterichter vorzutragen. Dies entspricht nicht dem Grundgedanken der Mediation. Diesbezüglich sollte die Evaluation von § 15a EGZPO abgewartet werden. Der Pflicht, über die Risiken und Folgen eines Prozesses und über die alternative Streitbeilegung aufzuklären, genügen Rechtsanwälte bereits bei geltender Rechtslage.

3. Konzentration

3.1 Effektivere Strafverfolgung durch Konzentration und Schwerpunktsetzung

Die BRAK teilt die Auffassung, dass eine effektive Strafverfolgung Schwerpunktsetzungen und eine Konzentration auf die wesentlichen Aufgaben erfordert. Sie vermisst dabei den Hinweis und die Bereitschaft des Gesetzgebers, dass hierfür in erster Linie eine Reduktion des immer weiter ausufernden materiellen Strafrechts erforderlich ist. Im Übrigen kommt es entscheidend auf den Inhalt der für dieses Ziel vorgeschlagenen Einzelmaßnahmen an. Von den hierzu erwähnten unterstützt die BRAK den Gedanken, die Einstellungsmöglichkeiten bei vorwiegend zivilrechtlichen Fragen zu erweitern. Sie hat dagegen Vorbehalte gegen eine Ausweitung des beschleunigten Verfahrens und spricht sich gegen die Annahmeerhebung und damit auch gegen ihre Erweiterung aus.

1. Einstellung bei zumutbaren Befriedigungsmöglichkeiten außerhalb des Strafverfahrens

Grundsätzlich wird die gesetzliche Normierung einer solchen Einstellungsmöglichkeit begrüßt. Es sollte jedoch gerade vor dem Hintergrund der erstrebten Entlastung der Strafjustiz geprüft werden, ob eine solche Einstellungsmöglichkeit nicht auch ohne Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichtes allein durch die Staatsanwaltschaft möglich sein sollte. Eine gerichtliche Zustimmung sollte entsprechend § 153a Abs. 2 StPO nur nach Erhebung der Anklage geboten sein.

2. Erstreckung des § 153a StPO auf das Revisionsverfahren

Dem Vorschlag wird zugestimmt. Gerade aus der distanzierten Sicht des Revisionsgerichts besteht immer wieder das Bedürfnis, ein Verfahren durch Einstellung auch dann zu beenden, wenn eine Einstellung ohne Auflage nach § 153 StPO nicht in Betracht kommt. Bestimmung und Bemessung einer Auflage haben zwar an sich trichterlichen Charakter. Das Revisionsgericht wird dadurch aber schon deshalb nicht überfordert, weil die Notwendigkeit der staatsanwaltschaftlichen Zustimmung eine Vorklärung ermöglicht. Der Strafrechtsausschuss der BRAK hatte eine solche Einstellungsmöglichkeit nach § 153a StPO im Revisionsverfahren bereits 1995 gefordert (BRAK-Mitt. 1995, 237).

3. Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen

Dieser Vorschlag hat das größte Justizbelastungspotential. Auf das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen kann über den geltenden § 200 Abs. 2 StPO hinaus nicht verzichtet werden. Es dient der Vorbereitung des rechtlichen Gehörs für den Angeklagten und seinen Verteidiger und hat eine wichtige Informationsfunktion für das über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidende Gericht, weil es die von der Staatsanwaltschaft für wichtig gehaltenen Aktenteile erkennen kann und nicht auf Mutmaßungen über die Relevanz des restlichen, möglicherweise von der Staatsanwaltschaft für irrelevant gehaltenen Akteninhalts angewiesen ist. Die Abfassung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen bedeutet auch eine wertvolle Selbstkontrolle des Anklageverfassers und ermöglicht überhaupt erst eine Sitzungsververtretung der Staatsanwaltschaft durch einen anderen Staatsanwalt als den Anklageverfasser. Deshalb darf auch für Strafrichtersachen nur dann von der Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen abgesehen werden, wenn bei einfacher Beweislage die Mitteilung des Ankla-

gesatzes zusammen mit der Angabe der Beweismittel den Erfordernissen des § 33 Abs. 3 StPO genügt (vgl. Nr. 112 Abs. 1 RiStBV). Der vollständige Wegfall der Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen würde gerade in umfangreichen und schwierigen Verfahren dazu führen, dass das Gericht, der Angeklagte und sein Verteidiger im Unklaren gelassen werden, worauf es der Staatsanwaltschaft ankommt und was ihr wichtig erscheint. Ohne Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen außerhalb ganz einfach gelagerter Anklagen wäre der nicht durch einen Verteidiger begleitete Angeklagte völlig überfordert, den für Laien oft schwer verständlichen Anklagesatz überhaupt zu erfassen. Ohne Akteneinsichtsrecht und ohne wesentliches Ergebnis der Ermittlungen wäre er nahezu schutzlos, weshalb ein Verzicht auf die Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen zwangsläufig zu einer Erweiterung der Fälle notwendiger Verteidigung führen müsste.

Missverständnisse und vermeidbare Verfahrensverzögerungen durch prozessuales Agieren in die „falsche Richtung“ wären vorprogrammiert. Der Verzicht auf die Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen und damit der Verzicht auf Kommunikation würde bei einer minimalen Entlastung der Staatsanwaltschaft zu einer maximalen Belastung von Gericht und Verteidigung und damit zur Verfahrensverzögerung führen, weil sie nicht mehr von vornherein wissen, wo der Anklageverfasser die Schwerpunkte hinsichtlich des Sachverhalts, des Akteninhalts und der Beweismittel sieht. Wenn der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nur den dürren Anklagesatz kennt, weil er selbst nicht die Anklage verfasst hat, dürfte er nicht nur der am schlechtesten informierte Prozessbeteiligte sein, sondern auch zu sachgerechten Entscheidungen über etwaige Einstellungsmöglichkeiten kaum in der Lage sein. Verzicht auf Kommunikation bewirkt zwangsläufig eine Justizbelastung und keine Justizentlastung, weil er Missverständnisse begünstigt und damit streitfördernd wirkt.

4. Gerichtliche Feststellung der Verschleppungsabsicht in § 244 Abs. 3 StPO

Soweit damit frühere Vorschläge aus der 65. Justizministerkonferenz 1994 aufgegriffen werden sollen, wonach der Beweisantrag nach der freien Würdigung des Gerichts wegen Prozessverschleppung abgelehnt werden kann, ist dies abzulehnen. Die „freie Würdigung des Gerichts“ führt zwangsläufig zur Verflachung der Begründungsanforderung. Es liegt in der Natur der „freien Würdigung“, dass sie solchen „Beurteilungsmaßstäben Raum gibt, die einer scharfen verstandesmäßigen Begründung oft nur schwer zugänglich sind“ (vgl. BGHSt 1, 175, 177). Der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung würde damit von den Tatgerichten gerade in den Fällen herangezogen werden, in denen von der Sache her besonderer Anlass dafür besteht, einer festgefahrenen Meinung des Gerichts durch Beweisanträge nachdrücklich entgegenzutreten. Letztlich wäre das Einfallstor für rasche und revisionsrechtlich kaum überprüfbare Ablehnungen missliebiger Beweisanträge geschaffen.

5. Verzicht auf das Inhaltsprotokoll im amtsgerichtlichen Verfahren

Für das sog. Inhaltsprotokoll wird kein Bedürfnis mehr gesehen. Protokollführer sind in der Mehrzahl der Fälle überfordert, in Zeugen- und Sachverständigenaussagen das für den Verfahrensgegenstand Wesentliche zu erkennen und zutreffend festzuhalten. Die Erfahrungen der Praxis sind insoweit eindeutig negativ. Entsprechendes gilt für die Verlesung in der Berufung gem. § 325 StPO. Hinzu kommt, dass solche Protokolle trotz

ihrer inhaltlichen Zweifelhaftigkeit vielfach als Grundlagen von Strafverfahren wegen Falschaussage oder Meineids herangezogen werden und hierbei eine unheilvolle Rolle spielen. Eine Modernisierung der Justiz erfordert die Aufzeichnung der Hauptverhandlung auf Tonträger, weil die erweiterte Unterbrechungsmöglichkeit bis zu drei Wochen das parallele Verhandeln mehrerer Strafsachen ermöglicht und dabei die Erinnerung verblasst und der Unmittelbarkeitszusammenhang verloren geht. Handschriftliche Aufzeichnungen der Richter über den Inhalt von Zeugenaussagen, die die Konzentration auf das Verhandlungsgeschehen beeinträchtigen, sind dann nicht mehr erforderlich.

6. Veränderung des Rechtsmittelrechtes

a) Eine Änderung des bisherigen Rechtsmittelsystems im Strafrecht wird abgelehnt. Das bisherige System hat sich bewährt. Nach den vorliegenden empirischen Ergebnissen der Strafverfolgungsstatistik besteht auch unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Justiz kein Handlungsbedarf. Nach dem Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht aus dem Jahre 1999¹⁴ werden nur 5 % der amtsgerichtlichen Entscheidungen (unter Einbeziehung der rechtskräftigen Strafbefehle) angefochten. Selbst hiervon gelangt nur die Hälfte auch zur Erledigung vor das Landgericht. Von diesen Berufungen ist fast die Hälfte erfolgreich.

Diese Zahlen bestätigen, dass die derzeitige Ausgestaltung des Berufungsrechtes ein wichtiges Instrument zur Sicherstellung materieller Gerechtigkeit darstellt. Das zeigt sich auch daran, dass lediglich 15 % der landgerichtlichen Berufungsentscheidungen mit der Revision angegriffen werden (gegenüber einer Revisionsquote von 40 % bei erstinstanzlichen Verurteilungen der Landgerichte).

b) Die Abschaffung der Sprungrevision ist mit dem Argument einer Entlastung der Justiz nicht zu rechtfertigen. Eine Neuregelung, wonach Revision nur gegen Berufungsurteile möglich sein soll, würde dazu führen, dass notwendigerweise auch dann ein Berufungsverfahren durchzuführen ist, wenn tatsächliche Fragen außer Streit stehen und lediglich eine Rechtsfrage zu klären ist. Bei der nur statistisch geringen Anzahl von Sprungrevisionen (ca. 10 % aller OLG-Revisionen) und der überproportional hohen Erfolgsquote (bei Sprungrevisionen der Staatsanwaltschaft über 60 %) würde damit ein entlastendes, zielgerichtetes Rechtsmittel abgeschafft. Eine Abschaffung der Sprungrevision würde die Qualität der Rechtsprechung in Strafsachen verschlechtern. Die Sprungrevision ist ein ganz wesentliches Mittel zur Sicherstellung eines gesetzmäßig verlaufenden Strafverfahrens bei den Amtsgerichten, bei denen die Masse aller Strafverfahren erledigt wird. Die Erfahrung der Revisionsenate bei den Oberlandesgerichten zeigt, dass es bei den Amtsgerichten öfters zu einer Missachtung wichtiger verfahrensrechtlicher und sachlich-rechtlicher Vorschriften kommen kann. Das beruht vor allem auf dem teilweise extrem hohen Arbeitsdruck. Dieser wird künftig nicht geringer werden, sondern sich eher noch verstärken. Die Sprungrevision als „Damoklesschwert“ stellt mit der Möglichkeit einer – nicht unbemerkt bleibenden – Urteilsaufhebung und Zurückverweisung i.d.R. an einen Kollegen des ersten Richters ein sehr wirksames Korrektiv dar. Wenn dieses entfiel, muss realistischerweise befürchtet werden,

dass die gesetzlichen Vorgaben des Strafverfahrens im amtsgerichtlichen Verfahren zunehmend vernachlässigt würden. Denn die Amtsrichter hätten dann als Konsequenz einer rechtsstaatlich nicht akzeptablen gesetzeswidrigen Arbeitsweise lediglich zu befürchten, dass gegen ihre Urteile Berufung eingelegt wird. Da dann der Fall im Tatsächlichen und Rechtlichen vollständig neu verhandelt wird, werden dabei auch schwerste Rechtsfehler des Amtsrichters für diesen völlig folgenlos „zugedeckt“.

c) Die Verkürzung der Revisionsmöglichkeit gegen landgerichtliche Berufungsurteile auf ein Zulassungsrechtsmittel birgt die Gefahr eines Qualitätsverlustes berufsrechtlicher Urteile und führt nicht zu einer Entlastung der Justiz.

aa) Das Argument, durch ein Zulassungsrechtsmittel würden Transparenz und Klarheit geschaffen, ist nicht überzeugend. Die erwähnten Gütemerkmale treffen ausschließlich für die bisherige Ausgestaltung der Rechtsmittel zu. Ein Zulassungsrechtsmittel schafft Unsicherheit. Für den betroffenen Angeklagten ist nicht mehr vorhersehbar, ob die Möglichkeit einer revisionsrechtlichen Überprüfung besteht oder nicht. Die Begriffe „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ und „Fortbildung des Rechts“ eröffnen nicht prognostizierbare Beurteilungsspielräume. So gilt schon nach derzeitiger Rechtslage bei Zulassungsentscheidungen für Rechtsbeschwerden, dass ein individuelles Fehlurteil nicht unter die vorgenannten Kategorien subsumierbar ist und somit keine Revision eröffnet. Zur Entlastung des BVerfG muss nach dessen Rechtsprechung auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs ein Zulassungsgrund sein. Andere Rechtsfehler, etwa die Verurteilung wegen einer nicht angeklagten oder einer verjährten Tat, dürften aber verfassungsrechtlich ebenso schwer wiegen. Eine Differenzierung verstößt gegen das zentrale Gebot der materiellen Gerechtigkeit und ist geeignet, das Vertrauen des Bürgers in eine funktionierende Strafrechtspflege zu beeinträchtigen.

Dem Vorschlag liegt offenbar die Annahme zugrunde, die erstinstanzlichen Urteile der Landgerichte seien häufiger rechtsfehlerhaft als Berufungsurteile, weshalb Letztere nur noch sehr eingeschränkt revisibel sein sollen. Diese Annahme dürfte indessen nicht zutreffen. Für die vorgeschlagene Differenzierung der Revision in Strafsachen, die die Rechte des Angeklagten und die Revisionsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft empfindlich verkürzt, ist ein Sachgrund nicht zu erkennen. Ob eine Strafsache erstinstanzlich beim Amtsgericht oder beim Landgericht angeklagt wird, beruht zunächst auf der Straferwartung, wie sie nach Aktenlage bei Eröffnung des Hauptverfahrens eingeschätzt wird. Diese Prognose erweist sich naturgemäß nicht selten später als unzutreffend. Eine danach differenzierende Ausgestaltung der Revision wäre deshalb nicht sachgerecht und im verfassungsrechtlichen Sinne willkürlich. Das gilt um so mehr, als in der Rechtswirklichkeit bei der – zumeist ausschlaggebenden – Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob eine Sache vor dem Schöffengericht oder vor dem Landgericht angeklagt wird, häufig auch andere Erwägungen eine Rolle spielen, vor allem ein Ausweichen auf weniger belastete Gerichte zwecks schnellerer Erledigung. Bestätigt wird dies durch die bei unveränderter Rechtslage steigenden Eingangszahlen der Amtsgerichte in Umfangsverfahren oder Wirtschaftsstrafsachen. Von solchen rein pragmatischen Vorentscheidungen darf eine schwerwiegende Folge, wie es die Gewährung bzw. Versagung einer uneingeschränkten Revision darstellt, nicht abhängig gemacht werden.

¹⁴ Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafrecht, Band 1/1 Interdisziplinäre Untersuchungen aus Strafrecht und Kriminologie, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2000

- bb) Durch die generelle Rechtsmittelmöglichkeit für den Angeklagten wird vor allem auch die hohe Qualität der Berufungsrechtsprechung in Deutschland gesichert. Der Berufsrichter ist gehalten, ein Urteil im Bewusstsein einer Überprüfbarkeit zu fällen. Hieraus resultiert eine tatsächlich und rechtlich wünschenswerte Gewissenhaftigkeit bei der Rechtsanwendung sowohl im Interesse des einzelnen Betroffenen, als auch im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege.
- cc) Eine qualifizierte Ausgestaltung des Rechtsmittelzulassungsverfahrens bedingt notwendigerweise einen nicht unerheblichen Arbeitsaufwand bei der Bearbeitung eines Zulassungsrechtsmittels. Da es rechtsstaatlich nicht akzeptabel wäre, die Zulassungsentscheidung alleine in das nicht überprüfbare Ermessen des „angegriffenen“ Gerichtes selbst zu stellen, wäre zwingend auch die Einbindung des Rechtsmittelgerichtes selbst in das Zulassungsverfahren geboten. Dass der Arbeitsaufwand bei der Verbescheidung eines Zulassungsrechtsmittels geringer sein wird als bei der Entscheidung über das Rechtsmittel selbst, ist eine reine Hoffnung, die äußerst zweifelhaft ist. Eine solche vage Entlastungsmöglichkeit ist nicht geeignet, den Verlust an individuellem Rechtsschutz und drohender Qualitätseinbuße aufzuwiegen.
- d) Auch die Einführung eines Wahlrechtsmittels entsprechend § 55 Abs. 2 JGG ist abzulehnen.
- aa) Das Jugendstrafrecht weist Besonderheiten auf, die nicht schematisch auf das Erwachsenenstrafrecht übertragen werden können. So folgt insbesondere aus der erzieherischen Zielrichtung des Jugendstrafrechtes, dass eine besondere Beschleunigungsmaxime im Jugendstrafrecht gilt. Aus erzieherischen Gründen ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Tatgeschehen und letztllicher Ahndung geboten. Auch das Gebot der Gleichbehandlung relativiert sich im Jugendstrafrecht durch die stärkere Gewichtung der individuellen Täterpersönlichkeit. Hieraus rechtfertigt sich auch das völlig unterschiedliche Sanktionssystem.
- bb) Das Wahlrechtsmittel kann systematisch nur an amtsgerichtliche Entscheidungen anknüpfen. Dies würde nicht zu einer Entlastung, sondern zwangsläufig zu einer Belastung der amtsgerichtlichen Verfahren führen. Der Amtsrichter muss nicht nur mit einer Berufung, sondern verstärkt mit einer Revision gegen seine erstinstanzliche Entscheidung rechnen. Hieraus resultieren verstärkte Anforderungen an die Verhandlungsintensität und an den Inhalt der Entscheidungsbegründung. Vor dem Hintergrund der bisher seltenen Sprungrevisionen wäre dies eine erhebliche zusätzliche Belastung.
- cc) Die dem Revisionsverfahren innewohnende Funktion der Vereinheitlichung der Rechtsprechung ist gefährdet, wenn das Bemühen um den Sachverhalt und die Beweiswürdigung mit dem Verzicht auf eine rechtliche Überprüfung des gefundenen Ergebnisses erkaufte werden müsste. Die quantitativ und qualitativ hohe Leistungsfähigkeit des amtsgerichtlichen Verfahrens wäre erheblich beeinträchtigt.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das bisherige Rechtsmittelsystem sich auch im internationalen Vergleich bewährt hat und eine wichtige Grundlage der hohen Effizienz und Gerechtigkeitsgarantie der aktuellen Strafrechtspflege darstellt. Die vorgeschlagenen Änderungen führten zu keiner Entlastung, sondern nur zu einer Entwertung der jetzigen Situation.

- e) Erweiterung der Annahmberufung auf Verurteilungen bis zu 60 Tagessätzen

Dieser Vorschlag wird abgelehnt. Geldstrafen bis zu 60 Tagessätzen gehören nicht mehr zum „Bagatellbereich“. Auch die

Verurteilung zur Geldstrafe von 50 Tagessätzen kann größte persönliche und soziale Folgen für den betroffenen Bürger haben. Der Rechtsstaat muss in diesem Bereich einen vollwertigen Instanzenzug zur Verfügung stellen. Die Erweiterung der Annahmberufung auf Verurteilungen bis zu 60 Tagessätzen bei gleichzeitiger Einführung eines Wahlrechtsmittels würde einen Großteil der amtsgerichtlichen Verurteilungen erfassen und praktisch zur Unüberprüfbarkeit dieses Grundrechtseingriffs führen (vgl. *Rottleuthner*, Entlastung durch Entformalisierung? – Rechtstatsächliche Untersuchungen zur Praxis von § 495a ZPO und § 313 StPO, 1997).

- f) Einführung einer Berufungsbegründungspflicht

Das Ziel einer Berufung ist meist schon aus dem Verteidigungsverhalten des Angeklagten in erster Instanz erkennbar und kann vom Vorsitzenden notfalls nachgefragt werden. Eine förmliche Begründung des Angeklagten, dass er den Schuldspruch oder nur das Strafmaß anfechte, bringt keinen zusätzlichen Nutzen und ist nicht erforderlich. Eine echte Berufungsbegründungspflicht würde den unverteidigten Angeklagten völlig überfordern und müsste einen Fall der notwendigen Verteidigung nach sich ziehen.

7. Erstreckung der Privatklage auf den Nötigungstatbestand

Dieser Reformvorschlag wird begrüßt.

8. Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens

Einer Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens bis hin zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren mit Straussetzung zur Bewährung kann nur zugestimmt werden, wenn das Beweisantragsrecht in Strafbefehlsverfahren durch Rücknahme der Verweisung des § 411 Abs. 2 StPO auf § 420 Abs. 4 StPO wieder hergestellt wird. Als summarisches Strafverfahren ist das Strafbefehlsverfahren nur hinnehmbar, wenn der Beschuldigte den Strafbefehl akzeptiert. Nach Einspruch gegen den Strafbefehl muss aber eine vollwertige Hauptverhandlung gewährleistet sein. Dies gilt umso mehr deshalb, weil in diesem Bereich das Verschlechterungsverbot nicht eingreift. Vollends untragbar ist es, wenn die §§ 411 Abs. 2, 420 Abs. 4 StPO der Staatsanwaltschaft das Recht einräumen, durch die Wahl des Strafbefehlsverfahrens dem Beschuldigten das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung vorzuenthalten.

9. Verzicht auf eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft am bußgeldrechtlichen Zwischen-, Haupt- und Vollstreckungsverfahren

Eine Verlagerung des Bußgeldverfahrens auf die Verwaltungsbehörden ist sicher grundsätzlich geeignet, eine Entlastung der Staatsanwaltschaften herbeizuführen und eine Effektivierung des Bußgeldverfahrens zu erreichen. Die auch aus Sicht der Anwaltschaft aber grundsätzlich wichtige Rasterfunktion der staatsanwaltschaftlichen Zwischenschaltung sollte nicht gänzlich entfallen. Der Staatsanwaltschaft sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, sich einem Bußgeldverfahren anzuschließen. Eine entsprechende Erklärung sollte bei Vorlage der Akte an das Gericht abgegeben werden.

10. Änderung der örtlichen Zuständigkeit des Ermittlungsrichters

Die Prüfung und Gestattung des Grundrechtseingriffs (sowie seine etwaige nachträgliche Bestätigung) sollte konzentriert durch Ermittlungsrichter erfolgen, die einer eigenen Abteilung des Amtsgerichts am Sitz des Landgerichts angehören. Der mit

der Gestattung befasste Richter soll mindestens die Befähigung für das Amt eines Vorsitzenden des Schöffengerichts (§ 29 Abs. 1 GVG) haben. Eine langjährige, aber nicht notwendig ausschließliche Befassung des Ermittlungsrichters mit Ermittlungsmaßnahmen ist zu begrüßen.

Um den Maßstäben der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00 – gerecht zu werden, sollte eine Zuständigkeitskonzentration bei dem Amtsgericht erfolgen, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat (vgl. § 391 AO). Die Konzentration bei diesem Amtsgericht wird zu einer größeren Anzahl an Anträgen und zu größerem Prüfungsaufwand führen. Daher ist es erforderlich, hierfür regelmäßig eine eigene Abteilung einzurichten und ausreichende Vertretungsregelungen aufzustellen. Eine unzureichende personelle Ausstattung der Amtsgerichte führt oft zu Mängeln der richterlichen Kontrolle. Diese Mängel könnten nicht allein durch den jeweils zuständigen Richter behoben werden. Seine verfassungsrechtlich begründete Pflicht, sich die notwendige Zeit für die Prüfung eines Antrags zu nehmen und sich Kenntnis von der Sache sowie das erforderliche Fachwissen zu verschaffen, kann er nur bei einer entsprechenden Geschäftsverteilung und bei ausreichender personeller und sächlicher Ausstattung seines Gerichts, durch Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten sowie vollständige Information seitens der Strafverfolgungsbehörden über den Sachstand erfüllen. So sollten in der Bestellung der Ermittlungsrichter durch die Präsidien (§ 21e Abs. 1 Satz 1 GVG) Alter, Berufserfahrung und Erfahrung in ermittlungsrichterlich geprägten Dezernaten maßgeblich berücksichtigt werden (*Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 247 f.; LR-Schäfer § 98 StPO Rdnr. 35; *Schnäbele* in: Gefahr im Verzug, Tagung der Neuen Richtervereinigung, 1989, S. 12; *Dubbers*, ebenda, S. 36 f.; *Werkentin*, ebenda, S. 26).

3.2 OWi-Verfahren: Reduzierung von Rechtsmittelmöglichkeiten

Die Möglichkeiten der Rechtsbeschwerde in Bußgeldverfahren sind in jüngerer Zeit kontinuierlich erheblich eingeschränkt worden; die Besetzung der Bußgeldsenate der Oberlandesgerichte wurde reduziert. Bei einer Gesamtbetrachtung ist der Anteil der hierfür eingesetzten Richter gering. Eine ins Gewicht fallende Freisetzung von Justizressourcen kann schon deshalb nicht erwartet werden. Darüber hinaus erscheinen die zur Diskussion gestellten Maßnahmen auch inhaltlich bedenklich.

Mit der Anhebung der Wertgrenze für die Rechtsbeschwerde nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 OWiG von 250 Euro auf 500 Euro und die Abschaffung der Rechtsbeschwerde bei Anordnung eines Fahrverbotes von nicht mehr als einem Monat wird faktisch das gesamte Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht von der Möglichkeit ausgeschlossen, amtsgerichtliche Urteile durch die Rechtsbeschwerde überprüfen zu lassen. Damit wird der Anspruch des Bürgers, ein materiell gerechtes Urteil zu erhalten, erheblich eingeschränkt.

Die Anordnung des Fahrverbots bedarf in den Fällen, in denen die Anordnung nicht durch die BKatVO indiziert ist, einer besonderen Prüfung im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wobei die Anordnung bei bloß ordnungswidrigem Handeln unverhältnismäßig ist (BVerfG NZV 1996, 284, 285). Auch in den Fällen, in denen nach der Tat eine längere und unbeanstandete Verkehrsteilnahme vorliegt, kann die Verhängung eines Fahrverbots gegen das Übermaßverbot verstoßen (OLG Rostock ZfS 2001, 381). Amtsgerichtliche Urteile in Verkehrsordnungswidrigkeiten zeitigen regelmäßig Wirkungen über die verhängte Geldbuße hinaus. Wegen des Mehrfachtä-

terpunktsystems können Verurteilungen in Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren dazu führen, dass der Betroffene seine Fahrerlaubnis verliert. Es geht somit nicht nur um Bagatellen. Die Anordnung eines Fahrverbotes kann bei Berufskraftfahrern durchaus existenzvernichtende Wirkung haben. Die Regelung des § 25a Abs. 2 StVG läuft leer, wenn der Betroffene seinen Urlaub bereits in der ersten Jahreshälfte angetreten hat und das Fahrverbot in der zweiten Jahreshälfte rechtskräftig wird. Im Übrigen ist es auch kaum einem Arbeitnehmer möglich, einen Monat Urlaub am Stück zu nehmen.

Die aufgezeigten Gefahren werden auch nicht dadurch entschärft, dass der Betroffene bei Verhängung eines Fahrverbots die Möglichkeit besitzen soll, Zulassungsrechtsbeschwerde einzulegen. Die Zulassungsrechtsbeschwerde dient nicht mehr der Einzelfallgerechtigkeit. Sie soll lediglich die Klärung der über den Einzelfall hinausgehenden und für die allgemeine Rechtsanwendung bedeutungsvollen Rechtsfragen ermöglichen. Von daher ist die Zulassungsrechtsbeschwerde auf die Zulassungsgründe Fortbildung des Rechts bzw. Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beschränkt. Es würde sich im großen Maße ein kontrollfreier Raum ergeben. Die Erfahrung zeigt, dass Richter durchaus geneigt sein können, die gelegentlich als lästig empfundenen Formvorschriften der StPO bzw. des OWiG außer Acht zu lassen, wenn eine Kontrolle durch die Rechtsmittelinstanz nicht in Betracht kommt. Allein die Möglichkeit, dass das Rechtsmittelgericht auf eine entsprechend erhobene formelle Rüge ein Urteil aufhebt, wirkt in der Praxis disziplinierend.

3.3 Attraktivität der Ziviljustiz steigern/ Prorogationsmöglichkeiten erweitern

Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, wenn die Attraktivität der Ziviljustiz gesteigert werden soll. Insoweit könnte es sinnvoll sein, in bestimmten Fällen gesetzlich eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte vorzusehen. Prorogationsmöglichkeiten hinsichtlich der Wahl des Spruchkörpers können demgegenüber mit dem von Verfassung wegen geschützten Recht auf den gesetzlichen Richter nicht in Einklang gebracht werden und sind deswegen abzulehnen.

3.4 Reform der Verbraucherentschuldung

Die BRAK wird zu den diskutierten Vorschlägen zur Reform der Verbraucherentschuldung gesondert detailliert Stellung nehmen.

4. Qualitätssicherung

Eine Sicherung und Verbesserung der Qualität der Justiz erscheint wünschenswert; die dazu vorgeschlagenen Maßnahmen weisen hierzu geeignete Wege. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass auch ein gut ausgebautes und effektives Rechtsmittelsystem einen wichtigen unverzichtbaren Beitrag zur Qualitätssicherung leistet.

Die Stellungnahme finden Sie unter www.brak.de.

Beschlüsse der Tagung der Gebührenreferenten

1. Beschluss der 50. Tagung der Gebührenreferenten am 19. März 2005 in Friedrichshafen

Im Zuge der Diskussion um die gerichtsnahen Mediation hatte sich die Tagung der Gebührenreferenten mit der Vergütung des

Rechtsanwalts befasst, der eine Partei in einem Mediationsverfahren begleitet. Es wurde folgender Beschluss gefasst:

„Nimmt der Rechtsanwalt als Parteivertreter an einem Mediationsverfahren teil, handelt es sich gegenüber der vorgegerichtlichen Tätigkeit und/oder gegenüber der gerichtlichen Tätigkeit um eine besondere Angelegenheit.“

Für die Abrechnung bei der Begleitung eines Mediationsverfahrens bedeutet dies, dass neben der Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Tätigkeit und ggf. der Verfahrensgebühr und Terminsgebühr für das gerichtliche Verfahren eine eigene Geschäftsgebühr für die Begleitung im Mediationsverfahren anfällt.

2. Beschlüsse der 51. Tagung der Gebührenreferenten am 24. September 2005 in Bad Dürkheim

1. Angemessenheit von Zeitvergütungen

Ein Schwerpunkt der Diskussion in der 51. Tagung der Gebührenreferenten war die Entscheidung des BGH zu Vergütungsvereinbarungen in Strafsachen vom 27.1.2005 – Az. 9 ZR 273/02. Die Tagungsteilnehmer waren sich einig, dass die Entscheidung sich ausschließlich auf Strafsachen bezieht. Im Übrigen bestand Einigkeit, dass die Grenze des Fünf- bis Sechsfachen der gesetzlichen Gebühren nicht für die Vereinbarung von Zeithonoraren gelten kann. Zeithonorare sind nicht unangemessen, wenn der Stundensatz für sich genommen angemessen und die Anzahl der aufgewandten Stunden angemessen sei. Es wurde folgender Beschluss gefasst:

1. Eine Vereinbarung, die beinhaltet, dass das Fünf- bis Sechsfache der gesetzlichen Höchstgebühr nicht überschritten wird, ist nicht unangemessen.

2. Bei Vergütungsvereinbarungen, die das Fünf- bis Sechsfache der gesetzlichen Höchstgebühren überschreiten, muss der Maßstab der Aufwandsbezogenheit, z.B. der Zeitaufwand, herangezogen werden.

3. Die vereinbarte Zeitvergütung ist dann angemessen, wenn der Stundensatz angemessen ist und der Zeitaufwand nachvollziehbar dargelegt wird.

2. Geltendmachung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten

Die Auffassung von Ruess, MDR 2005, 313, dass der Anfall einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2400 VV RVG nur dann gegenüber dem Gegner abgerechnet werden könne, wenn die vorgerichtliche Tätigkeit eine inhaltliche Auseinandersetzung mit vom Schuldner erhobenen Einwendungen erforderlich gemacht habe oder sonst die vorgerichtliche Tätigkeit über ein einfaches Mahnschreiben hinausgegangen sei, ist von den Gebührenreferenten abgelehnt worden. Folgende gemeinsame Auffassung wurde festgestellt:

Die entstandene Gebühr nach Nr. 2400 VV RVG ist bei Vorliegen von Schadensersatzansprüchen zu erstatten.

3. Hinweispflicht auf die Abrechnung nach Streitwerten gem. § 49b Abs. 5 BRAO

Bei den Rechtsanwaltskammern häufen sich die Anfragen, was die Folgen der Unterlassung des Hinweises darauf, dass nach Gegenstandswerten abgerechnet wird, seien. Die Gebührenreferenten bestätigten ihre bereits festgestellte Auffassung wie folgt:

§ 49b Abs. 5 BRAO hat ausschließlich berufsrechtlichen Charakter. Eine Schadensersatzpflicht bei Unterlassen des Hinweises besteht nicht.

4. Zuständigkeit für Gebührengutachten bei mehreren Filialen einer Rechtsanwaltsgesellschaft

Bei bundesweit tätigen Rechtsanwaltsgesellschaften stellt sich die Frage, welche Rechtsanwaltskammer für die Erstattung von Gebührengutachten zuständig ist. In Frage kommt sowohl die Rechtsanwaltskammer am Hauptsitz der Gesellschaft als auch die Rechtsanwaltskammer am Ort des sachbearbeitenden Rechtsanwalts. Die Teilnehmer der Tagung der Gebührenreferenten waren der Auffassung, dass die Frage der richtigen Abrechnung eine berufsrechtliche Frage sei, sodass folgender Beschluss gefasst wurde:

Zuständig für die Gutachtenerstattung ist die RAK am Ort des sachbearbeitenden Rechtsanwalts.

5. Höhe der Terminsgebühr bei zweitem Versäumnisurteil

Die Teilnehmer der Gebührenreferententagung haben sich mit der Frage beschäftigt, ob für die Wahrnehmung eines Termins, in dem ein zweites Versäumnisurteil ergeht, weil auch in diesem Termin für den Beklagten kein Rechtsanwalt erschienen ist, die Terminsgebühr in Höhe von 0,5 nach Nr. 3105 VV RVG oder in Höhe von 1,2 nach Nr. 3104 VV RVG anfällt. Das OLG Celle hat gegen die zum Teil in der Literatur vertretene Auffassung (vgl. *Hansens*, JurBüro 2004, 251) entschieden, dass der Ermäßigungstatbestand der Nr. 3105 VV RVG auf den Fall eines zweiten Versäumnisurteils keine Anwendung findet, wenn derselbe Prozessbevollmächtigte bereits das erste Versäumnisurteil erwirkt hat (Beschl. v. 24.2.2005 – Az 2 W 36/05). Diese Entscheidung entspricht der gemeinsamen Auffassung der Gebührenreferenten, dass beim zweiten Versäumnisurteil die Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG in Höhe von 1,2 anfällt.

RAuN Dieter Ebert,
Vorsitzender der Tagung der Gebührenreferenten

Presseerklärungen

Nr. 26 vom 7.11.2005

Bundesrechtsanwaltskammer: Satzungsversammlung beschließt zwei neue Fachanwaltschaften

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Die Satzungsversammlung bei der BRAK hat heute die Einführung des Fachanwalts für gewerblichen Rechtsschutz und des Fachanwalts für Handels- und Gesellschaftsrecht mit klaren Mehrheiten beschlossen. „Dies ist ein wichtiges Signal des Anwaltsparlaments für eine Qualitätsoffensive der Anwaltschaft. Die Satzungsversammlung trägt mit der Ausweitung der Fachanwaltschaften dem zunehmenden Bedarf der Mandanten nach besonderem Fachrat Rechnung“, erklärt hierzu der Präsident der BRAK Dr. Bernhard Dombek.

Anwälte können damit demnächst mit 16 Fachanwaltschaften für ihre Qualitäten werben. (Die bestehenden Fachanwaltschaften sind: Medizinrecht, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Verkehrsrecht, Bau- und Architektenrecht, Erbrecht, Transport- und Speditionsrecht, Steuerrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht, Familienrecht, Arbeitsrecht, Sozialrecht, Insolvenzrecht und Versicherungsrecht).

Auch für die neuen Fachanwaltschaften müssen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte besondere praktische und theoretische Kenntnisse nachweisen. Fachanwälte müssen sich jährlich auf diesen Rechtsgebieten fortbilden. Die Beschlüsse der Satzungsversammlung bedürfen noch der Zustimmung des Bundesjustizministeriums. Mit den ersten Fachanwälten auf den neuen Rechtsgebieten ist ab Mitte 2006 zu rechnen.

Nr. 25 vom 7.11.2005

Kein Bachelor für Anwälte und Richter BRAK begrüßt Entscheidung der Koalitionspartner

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Die BRAK begrüßt die Entscheidung von Union und SPD im Rahmen der Koalitionsverhandlungen, keine Bachelor-Abschlüsse für Juristen als Ersatz für die Staatsexamen einzuführen. Auf eine entsprechende Regelung haben sich beide großen Parteien jetzt geeinigt. 1999 hatten sich die EU-Bildungsminister in Bologna in unverbindlichen Beschlüssen darauf verständigt, bis 2010 die Abschlüsse und Studiengänge in Europa zu vereinheitlichen und Bachelor- und Master-Abschlüsse mit berufsqualifizierender Wirkung fächerübergreifend einzuführen. „Wir begrüßen ausdrücklich diese Entscheidung der Politik, denn Juristenabschlüsse, die zu Billigjuristen führen, darf es nicht geben. Deshalb müssen die hohen Standards der bisherigen juristischen Staatsexamina im Interesse der Qualität aufrecht erhalten bleiben“, erklärt der Präsident der BRAK Dr. Bernhard Dombek. „Der Jura-Bachelor würde zu einem vollständigen Umbau der bekannten Juristenausbildung führen und damit im Zweifel zu

einer Herabsetzung der Qualität. Dies würde immer nur zulasten der Verbraucher gehen“, erklärt Dombek.

Nr. 24 vom 28.10.2005

Föderalismusdebatte: Bundesrechtsanwaltskammer fordert Erhalt der Bundeskompetenz für den Strafvollzug

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Die BRAK fordert die Vertreter von CDU/CSU und SPD auf, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Strafvollzug zu erhalten. Beide großen Parteien verhandeln im Rahmen des Koalitionsvertrages auch über Inhalte der in der zurückliegenden Legislaturperiode gescheiterten Föderalismusreform. In diesem Zusammenhang wird angestrebt, die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug vom Bund auf die Länder zu übertragen.

„Wir warnen vor den Überlegungen einiger Politiker, den bisher bundeseinheitlich geregelten Strafvollzug in die Kompetenz der Länder zu übertragen. Damit droht die Gefahr von unterschiedlichen Standards des Strafvollzugs in den einzelnen Bundesländern“, erklärt der Präsident der BRAK, Dr. Bernhard Dombek. Dombek verweist insbesondere auf die Gefahr, dass damit die Gestaltung des hochsensiblen Strafvollzugs in den einzelnen Ländern von wahltaktischen und populären Überlegungen bestimmt werden könnte. „Wir sind insbesondere darüber besorgt, dass aus Kostengründen die Länder in Eigenregie die Mindeststandards der Haft senken, was sowohl die Sicherheit als auch den verfassungsrechtlich verankerten Resozialisierungsauftrag gefährden würde“, erläutert Dombek die Bedenken der Anwaltschaft.

Die BRAK sieht sich mit ihrer Forderung im Einklang mit den juristischen Verbänden, Kirchen, Gewerkschaften und namhaften Professoren für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie.

Amtliche Bekanntmachungen

Beschluss der 5. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 7.11.2005 in Berlin

Berufsordnung

Nachdem das Bundesministerium der Justiz mit Schreiben vom 26.5.2005 (BRAK-Mitt. 2005, 184) § 7 Abs. 3 BORA in der Beschlussfassung der Satzungsversammlung vom 21.2.2005 (BRAK-Mitt. 2005, 183 f.) aufgehoben hat, hat die Satzungsversammlung in ihrer Sitzung am 7.11.2005 beschlossen, dass § 7 BORA im Übrigen in Kraft treten soll mit der Maßgabe, dass § 7 Abs. 4 BORA der Beschlussfassung vom 21.2.2005 zu § 7 Abs. 3 BORA wird.

§ 7 Benennung von Teilbereichen der Berufstätigkeit

(1) Unabhängig von Fachanwaltsbezeichnungen darf Teilbereiche der Berufstätigkeit nur benennen, wer seinen Angaben entsprechende Kenntnisse nachweisen kann, die in der Ausbildung, durch Berufstätigkeit, Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben wurden. Wer qualifizierende Zusätze ver-

wendet, muss zusätzlich über entsprechende theoretische Kenntnisse verfügen und auf dem benannten Gebiet in erheblichem Umfang tätig gewesen sein.

(2) Benennungen nach Absatz 1 sind unzulässig, soweit sie die Gefahr einer Verwechslung mit Fachanwaltschaften begründen oder sonst irreführend sind.

(3) Die vorstehenden Regelungen gelten für Berufsausübungsgemeinschaften nach § 9 entsprechend.

Der vorstehende Beschluss wird hiermit ausgefertigt und verkündet.

Berlin, den 17.11.2005
gez. Dr. Dombek
Vorsitzender

Bamberg, den 17.11.2005
gez. Böhnlein
Schriftführer

In-Kraft-Treten

Diese Änderung tritt am 1.3.2006 in Kraft.

Die 6. Sitzung der 3. Satzungsversammlung findet am 3.4.2006 in Berlin statt.

Personalien

Verabschiedung von Rechtsanwalt Dr. von Heimendahl aus der Tagung der Gebührenreferenten

Auf ihrer 51. Tagung in Bad Dürkheim, die von der Pfälzischen Rechtsanwaltskammer Zweibrücken ausgerichtet wurde, haben sich die Gebührenreferenten von ihrem bisherigen Vorsitzenden, Herrn Rechtsanwalt Dr. *Christoph von Heimendahl*, verabschiedet. Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* war seit 1990 als Delegierter der Rechtsanwaltskammer München Teilnehmer der Konferenz. Er wurde am 29.4.1995 anlässlich der Tagung in Bonn einstimmig zum Vorsitzenden der Tagung und damit zum Nachfolger des Kollegen Dr. *Strohm* aus Stuttgart gewählt. Mit der Übernahme des Amtes als Vorsitzender hat Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* die Zusammenkünfte der Gebührenreferenten in ihrer durch Herrn Dr. *Strohm* begründeten und über mehr als 20 Jahre entwickelten Tradition fortgeführt, die Kontinuität gewahrt, der Tagung aber gleichwohl sein eigenes Präsesiegel aufgedrückt. Das hohe Maß an Anerkennung, das Herrn Dr. *von Heimendahl* für seine Tätigkeit entgegengebracht wurde, ist durch die erneut einstimmige Wiederwahl am 15.4.2000 anlässlich der 40. Tagung in Bamberg eindrucksvoll bestätigt worden. Mit der 50. Tagung der Gebührenreferenten in Friedrichshafen hat Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* nach 10-jähriger Tätigkeit das Amt des Vorsitzenden niedergelegt, weil er der Auffassung war, jeder Inhaber eines öffentlichen Amtes solle dieses nur auf Zeit ausüben, der Wechsel sei Wesensmerkmal demokratisch legitimer Amtsinhaberschaft.

Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* hat in seiner 10-jährigen Tätigkeit als Vorsitzender die Tagung der Gebührenreferenten mit allergrößtem Sachverstand im Gebührenrecht, aber auch mit gleicher Sachkenntnis in anderen Bereichen des Rechtswesens begleitet. Die Behandlung gebührenrechtlicher Probleme erstreckt sich auf alle Felder, auf denen die Anwaltschaft tätig wird, so dass für die Bearbeitung des Gebührenrechts umfassende Kenntnisse des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts notwendig sind. Solche Kenntnisse hat Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* in die Beratungen der Gebührenreferenten eingebracht, was für den Ablauf der Konferenzen von unschätzbarem Wert war. Darüber hinaus zeichnete ihn ein breites Spek-

trum von persönlichen Interessen aus, was er durchblicken ließ, wenn er auf den jeweiligen Begrüßungsabenden die Teilnehmer in die Geschichte des Tagungsorts und der Region einführte. Kein Gebührenreferent wird die profunden Darlegungen vergessen, mit denen Herr Dr. *von Heimendahl* mit großem Verständnis für Hintergründe und Zusammenhänge die historischen Entwicklungen erläuterte. Allein dies stellte eine zusätzliche Bereicherung aller Zusammenkünfte dar.

Die 20 Tagungen unter der Leitung des Vorsitzenden Dr. *von Heimendahl* waren von seiner vornehmen und liebenswürdigen Persönlichkeit geprägt. Das befähigte ihn, auch dann die Wogen zu glätten, wenn es bei sachlichen Kontroversen einmal hoch her ging. Seine noble Art schuf eine sachbezogene Atmosphäre und trug in Form und Stil zur Mäßigung in der Auseinandersetzung bei. Die Verhandlungsführung war ausgleichend. Es war immer wieder der Vorsitzende, der zielführend auf Einigungen hinwirkte und diese herbeiführte. Neue Teilnehmer wurden von ihm mit freundschaftlicher Selbstverständlichkeit in den kollegialen Kreis der alten Hasen eingebunden. Dadurch blieb die Konferenz eine sehr harmonische Familie der in den Kammern tätigen Gebührenrechtler. Bei den Vorbereitungen der Tagungen und der Aufstellung der Tagesordnungen bewies Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* ein sensibles Gespür für Aktualität und Relevanz von Problemen. Im Ergebnis gelang es ihm, immer wieder gemeinsame Auffassungen der Gebührenreferenten beschließen zu lassen, die dann auch prägnant formuliert und veröffentlicht wurden. Damit haben sie Einfluss auf die Rechtsentwicklung im Gebührenrecht genommen.

Rechtsanwalt Dr. *von Heimendahl* hat sich in den 10 Jahren seiner Vorsitzenden-Tätigkeit um das anwaltliche Gebührenrecht und die Tagung der Gebührenreferenten verdient gemacht. Bei seiner Verabschiedung am 25.9.2005 brachten die Gebührenreferenten – auch diesmal wieder ohne Gegenstimme – zum Ausdruck, dass sie das Ausscheiden ihres bisherigen Vorsitzenden aus dem Amt bedauern und ihn vermissen werden. Als Gast ist er bei den zukünftigen Tagungen jederzeit willkommen. Sein Sachverstand und seine immer klugen Beiträge werden der Anwaltschaft auch weiterhin nützen.

RAuN *Dieter Ebert*,

Vorsitzender der Tagung der Gebührenreferenten

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Fachanwalt – zur Beschränkung des Führens von Fachanwaltsbezeichnungen auf zwei Rechtsgebiete

BRAO § 43c Abs. 1 Satz 3; GG Art. 12

***1. Mit der Beschränkung auf zwei Fachanwaltsbezeichnungen soll bei dem geforderten hohen Niveau der Kenntnisse die Glaubwürdigkeit des Fachhinweises gewahrt werden.**

***2. Um im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege das Vertrauen der Öffentlichkeit in die besondere Qualifikation der Fachanwaltsbezeichnungen führenden RAe zu schützen, ist eine zahlenmäßige Beschränkung der verliehenen Fachanwaltsbezeichnungen geeignet, erforderlich und zumutbar.**

***3. Anderenfalls könnte für den Rechtsuchenden der Eindruck entstehen, dass Fachanwaltsbezeichnungen lediglich nach rein forma-**

len Kriterien vergeben würden und keine Rückschlüsse auf besondere Kenntnisse und Erfahrungen des betreffenden RA zuließen.

BVerfG, Beschl. v. 13.10.2005 – 1 BvR 1188/05

Aus den Gründen:

1. Der Bf. ist RA und wendet sich dagegen, dass die Befugnis zur Führung von Fachanwaltsbezeichnungen auf höchstens zwei Rechtsgebiete beschränkt ist (§ 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO).
2. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der vom Bf. als verletzt gerügten Rechte angezeigt. Eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht ersichtlich. Der mit § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO verbundene Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.

Glaubwürdigkeit des Fachhinweises ist schützenswert

Mit der Beschränkung auf zwei Fachanwaltsbezeichnungen soll bei dem geforderten hohen Niveau der Kenntnisse die Glaubwürdigkeit des Fachhinweises gewahrt werden (vgl. Bericht der Abgeordneten *Eylmann, Kleinert* – Hannover – und *Wiefelspütz*, BT-Drucks. 11/8307, 16, 19). Geschützt wird mithin das im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege liegende Vertrauen der Öffentlichkeit in die besondere Qualifikation der Fachanwaltsbezeichnungen führenden RAe. Um dieses Ziel zu erreichen, ist eine zahlenmäßige Beschränkung der verliehenen Fachanwaltsbezeichnungen geeignet, erforderlich und zumutbar. Durch die – in zulässiger Weise typisierende – restriktive Regelung wird gewährleistet, dass der RA nicht nur über die erforderlichen theoretischen Kenntnisse verfügt, sondern auf den betreffenden Fachgebieten mit der gebotenen Intensität tätig werden und seinen Kenntnisstand auch in dieser Hinsicht vertiefen kann (vgl. *Kleine-Cosack*, AnwBl. 2005, 593, 600 f.). Zudem würde das Vertrauen der Öffentlichkeit in die qualitative Aussagekraft der Fachanwaltsbezeichnungen leiden, wenn einzelne RAe eine Vielzahl von Fachanwaltsbezeichnungen führen dürften. Es könnte der Eindruck entstehen, dass Fachanwaltsbezeichnungen lediglich nach rein formalen Kriterien vergeben würden und keine Rückschlüsse auf besondere Kenntnisse und Erfahrungen des betreffenden RA zuließen.

Von einer weiteren Begründung wird gem. § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Zulassung – Widerruf wegen Verletzung der Kanzleipflicht

BRAO § 35 Abs. 1 Nr. 5, § 114 Abs. 1 Nr. 1 bis 3

***1. Mit der Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist es nicht vereinbar, die Regelung über den Zulassungswiderruf undifferenziert bei jedem Verstoß gegen die mit der Kanzleipflicht verbundenen Obliegenheiten anzuwenden.**

***2. Bevor auf die schwerwiegende Maßnahme des Zulassungswiderrufs zurückgegriffen werden darf, muss sorgfältig geprüft werden, ob alternativ mit den anwaltsgerichtlichen Maßnahmen nach § 114 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BRAO schonendere Mittel zur Verfügung stehen.**

BVerfG, Beschl. v. 23.8.2005 – 1 BvR 276/05

Aus den Gründen:

1. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den auf Verletzung der Kanzleipflicht gestützten Widerruf der Zulassung des Bf. zur Rechtsanwaltschaft.

1. a) Die BRAO bestimmt, dass der RA an dem Ort des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, eine Kanzlei errichten muss (§ 27 Abs. 1 Satz 1 BRAO), sofern er nicht im Interesse der Rechtspflege oder zur Vermeidung von Härten ausnahmsweise von dieser Pflicht befreit wird (§ 29 Abs. 1 BRAO).

Nach der Rspr. des BGH genügt ein RA der ihm obliegenden Kanzleipflicht nur dann, wenn er über einen Raum verfügt, in dem er seinen Berufsgeschäften nachgehen kann und zu den üblichen Geschäftsstunden normalerweise erreichbar ist, dort zudem einen Telefonanschluss unterhält und der rechtsuchenden Öffentlichkeit zumindest durch ein Kanzleischild seinen Willen, eine RA-Kanzlei zu betreiben, offenbart (vgl. BGHZ 38, 6, 11; BGH, BRAK-Mitt. 1/1984, 36).

b) Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO kann die Zulassung bei einem Gericht widerrufen werden, wenn der RA seine Kanzlei aufgibt, ohne von der Pflicht des § 27 BRAO befreit worden zu sein. Als zwingende Folge des Widerrufs der Zulassung bei einem Gericht bestimmt § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO den Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft.

2. Der 1991 erstmals zur Rechtsanwaltschaft zugelassene Bf. war seit 1999 bei dem AG, bei den LG und dem OLG in M. zugelassen. Er war zunächst bis jedenfalls Ende Dezember 2000 als angestellter RA einer RA-Gesellschaft mit Sitz in M. tätig. Danach sollte sich sein Angestelltenverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis umwandeln. Die Kanzleiräume sollten dem Bf. weiterhin zur Verfügung stehen. Infolge von Streitigkeiten zwischen ihm und der RA-Gesellschaft wurde dem Bf. jedoch der Zugang zu den Kanzleiräumen verweigert. Im Mai 2001 zeigte die RA-Gesellschaft der RAK an, dass der Bf. aus der Kanzlei ausgeschieden sei.

a) Die RAK hat den Bf. mehrmals – auch unter Hinweis auf die Kanzleipflicht – zur Aufklärung seiner Kanzleiverhältnisse aufgefordert. Die Kammer trägt vor, das vom Bf. vorgelegte Antwortschreiben nicht erhalten zu haben.

Mit Bescheid v. 21.8.2001 widerrief die RAK unter Hinweis auf § 35 Abs. 1 Nr. 5 und § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO die Zulassung des Bf. zur Rechtsanwaltschaft. Damit sei zugleich auch seine Zulassung bei den AG und LG sowie dem OLG erloschen. Er habe seine Kanzlei in M. aufgegeben, ohne von der Kanzleipflicht befreit worden zu sein (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 5, §§ 27, 29 BRAO). Eine Mitteilung über die Änderung der Kanzleianschrift oder die Einrichtung einer neuen Kanzlei sei nicht erfolgt.

Mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung machte der Bf. geltend, noch bei der RA-Gesellschaft eine Kanzlei zu haben. Die gegenteilige Äußerung seiner Arbeitgeberin müsse auf einem Irrtum beruhen; „subsidiär und vorsorglich“ unterhalte er seine Kanzlei in seinem Privathaus.

Der Bayerische AGH wies den Antrag zurück. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde blieb erfolglos. Der BGH führte aus, der Bf. sei bei der RA-Gesellschaft nicht mehr tätig, so dass er für das rechtsuchende Publikum dort nicht mehr erreichbar sei. Der Bf. habe die Einrichtung einer Kanzlei in seiner Privatwohnung nicht glaubhaft gemacht. Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei seien bestimmte organisatorische Maßnahmen. So habe der RA zumindest ein Praxisschild anzubringen und einen Telefonanschluss zu unterhalten; außerdem müsse er zu angemessenen Zeiten dem rechtsuchenden Publikum in den Praxisräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung stehen. Daran fehle es hier. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus der Erklärung des Bf., er sei bereit, diese organisatorischen Maßnahmen zu treffen. Denn diese Bereitschaft habe er davon abhängig gemacht, dass die RAK ihm die genannten Maßnahmen in rechtsmittelfähiger Weise auferlege.

Bundesverfassungsgericht

b) Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. insbesondere, dass er durch den Widerruf der Zulassung und die bestätigten gerichtlichen Entscheidungen in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt werde.

Die AnwG hätten – ebenso wie die RAK – die gesetzliche Systematik von § 35 Abs. 1 und § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO nicht verstanden. Sie hätten deswegen unerörtert gelassen, aufgrund welcher Tatsachen sie zwingend von einem Widerruf der Zulassung bei den Gerichten ausgegangen seien. An keiner Stelle sei erkennbar geworden, dass sich die Kammer und nachfolgend die AnwG über die Notwendigkeit einer Ermessensausübung im Klaren gewesen seien. Die Widerrufsgründe des § 35 Abs. 1 BRAO seien fakultativ ausgestaltet; deshalb sei eine Abwägung widerstreitender Interessen notwendig.

Die rechtsfehlerhafte Anwendung und Auslegung des § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO führe zu einer Verletzung der Berufsfreiheit. Ein Widerruf der Anwaltszulassung käme nur als „letztes Mittel“ in Betracht. Es müsse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden.

Die Gerichte hätten schließlich seine Beweisanträge ignoriert. So habe er die tatsächliche Bereitstellung eines Büros und der erforderlichen technischen Einrichtungen in seinem Privathaus unter Zeugenbeweis gestellt. Ein Kanzleischild habe er zwar nicht angebracht, ebenso wenig habe er sich als RA im Telefonbuch eintragen lassen; er wolle als etablierter Wirtschaftsanwalt aber ohnehin keine Laufkundschaft. Insoweit sehe er in der Auferlegung publizierender Maßnahmen keinen rechten Sinn. Er halte die Kanzleipflicht in ihrer Grundsätzlichkeit nicht für verfassungskonform.

c) Zu der Verfassungsbeschwerde haben die BRAK, der DAV und die Gegnerin des Ausgangsverfahrens Stellung genommen.

II. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr statt, weil dies zur Durchsetzung des Grundrechts des Bf. aus Art. 12 Abs. 1 GG angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Auch die weiteren Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG liegen vor. Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind durch das BVerfG bereits entschieden.

Die angefochtenen Entscheidungen verletzen den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

1. Die gesetzliche Regelung über die Kanzleipflicht stellt eine verfassungsrechtlich zulässige Regelung der Berufsausübung dar (vgl. BVerfGE 65, 116, 125 – zur Residenzpflicht der Patentanwälte).

**Mindestanforderungen
der Kanzleipflicht sind
verfassungsgemäß**

Auch die Mindestanforderungen, welche die Rspr. in Auslegung der gesetzlichen Regelung zur Erfüllung der Kanzleipflicht entwickelt hat (vgl. BVerfGE 72, 26, 30 f.), bezeugen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts tragen die angegriffenen Entscheidungen allerdings der Bedeutung und Tragweite der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit nicht hinreichend Rechnung.

a) Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung darf nicht außer Acht bleiben, dass die gesetzliche Regelung der Kanzleipflicht zwar nur die Berufsausübung beschränkt, sich aber die Anwendung der Regelung i.V.m. der gesetzlich vorgesehenen Sanktion als Eingriff in die Berufswahl auswirken kann und insoweit strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss (vgl. BVerfGE 65, 116, 127; 72, 26, 32). Denn wenn die RAK von der Möglichkeit zum Widerruf der Zulassung

Gebrauch macht, verliert der Betroffene die Befugnis, die Berufsbezeichnung RA zu führen (§ 17 BRAO); seine Eintragung in die Liste der zugelassenen RAe, mit welcher die Befugnis zur Ausübung der Anwaltstätigkeit verbunden ist (§ 32 BRAO), wird gelöscht (§ 36 BRAO). Danach ist ihm eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten grundsätzlich untersagt (Art. 1 § 1 RBERG).

Diese schwerwiegenden Auswirkungen haben nicht zur Folge, dass bereits gegen die normative Regelung verfassungsrechtliche Bedenken bestünden. Denn diese enthält nicht nur die Möglichkeit einer Befreiung von der Kanzleipflicht. Vielmehr sieht sie auch davon ab, einen Widerruf der Zulassung bei Verletzung der Kanzleipflicht zwingend vorzuschreiben. Auf diese Weise trägt die BRAO dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinreichend Rechnung. Das Gesetz überlässt es der RAK, ihre Entscheidung von der Lage des Einzelfalls abhängig zu machen und den Widerruf der Zulassung auf Fälle zu beschränken, in denen dieser schwerwiegende Eingriff in die Freiheit der Berufswahl zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich ist. Mit der Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist es hingegen nicht vereinbar, die Regelung über den Zulassungswiderruf undifferenziert bei jedem Verstoß gegen die mit der Kanzleipflicht verbundenen Obliegenheiten anzuwenden (vgl. BVerfGE 72, 26, 32 f.).

b) Der Bf. ist der Behauptung der RAK, er verfüge über keine Kanzleiräume, unter Beweisantritt entgegnetreten; der Beweis wurde nicht erhoben. Der BGH stellte darauf ab, dass der Bf. kein Praxisschild angebracht habe und keinen Telefonanschluss als RA unterhalte. Der Bf. habe damit versäumt, die organisatorischen Maßnahmen, aus denen sich die Errichtung einer Kanzlei in seiner Wohnung ergeben sollen, im Einzelnen darzulegen und glaubhaft zu machen. Zudem ist nicht festgestellt worden, dass der Bf. sich beharrlich weigert, ein Praxisschild anzubringen und sich nicht durch mildere anwaltsgerichtliche Maßnahmen (vgl. § 114 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BRAO) von seiner Weigerung abbringen lassen würde. Der Bf. macht selbst geltend, er wäre zur Anbringung eines Kanzleischildes und einem Telefonbucheintrag als RA bereit gewesen, wenn die RAK ihm einen rechtsmittelfähigen Bescheid erteilt hätte.

c) Bei dieser Sachlage stellt der angegriffene Widerruf der Zulassung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl dar. Es ist schon nicht erkennbar, welche besonders wichtigen Gemeinwohlbelange derzeit einen solchen Eingriff erforderlich machen könnten. Im Ausgangsverfahren sind nur das Nichtanbringen eines Kanzleischildes und der fehlende Telefonbucheintrag als RA beanstandet worden, also lediglich organisatorische Maßnahmen der Kanzleipflicht, mit deren Nichterfüllung sich im Allgemeinen ein RA eher selbst schadet. In jedem Fall aber war die schwerwiegende Maßnahme des Zulassungswiderrufs deshalb unverhältnismäßig, weil mit den anwaltsgerichtlichen Maßnahmen nach § 114 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BRAO schonendere Mittel zur Verfügung standen, um die Anbringung des Kanzleischildes und den Telefonbucheintrag durchzusetzen. Da die RAK vor Erschöpfung dieser Mittel von der Ermessensvorschrift des § 35 Abs. 1 BRAO Gebrauch machte, hat sie unter den gegebenen Umständen die Grenzen überschritten, die Art. 12 Abs. 1 GG ihrem Ermessen setzt.

3. Der den Widerruf der Anwaltszulassung bestätigende Beschluss des BGH ist deshalb gem. § 93c Abs. 2 i.V.m. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben, ohne dass es auf die weiter erhobenen Rügen noch ankommt. Die Sache ist an den BGH zurückzuverweisen.

**Widerruf war
unverhältnismäßig**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Höhe der Zulassungsgebühr zu einem Gericht

BRAO § 192, § 224a Abs. 4

***1. Die Kammerversammlung ist berechtigt, abweichend von den §§ 192 bis 194 BRAO die Erhebung von Verwaltungsgebühren sowie deren Höhe und Fälligkeit zu bestimmen.**

***2. Zur Wahrung des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums des Normgebers bei der Gebührenbemessung ist die gerichtliche Kontrolldichte am Maßstab finanzverfassungsrechtlicher Rechtfertigungsanforderungen eingeschränkt.**

***3. Eine Gebührenbemessung ist verfassungsrechtlich nur dann nicht gerechtfertigt, wenn sie in einem groben Missverhältnis zu den verfolgten legitimen Gebührens Zwecken steht.**

AGH Berlin, Beschl. v. 22.8.2005 – I AGH 16/04

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Zulassung – Widerruf wegen nicht vereinbarter Tätigkeit

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 8

***1. Für die Vereinbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit mit dem Beruf des RA nach § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO ist maßgebend, ob der RA rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, den Anwaltsberuf in einem, wenn auch beschränkten, so doch nennenswerten Umfang und jedenfalls mehr als nur gelegentlich auszuüben.**

***2. Liegt zwischen der Kanzlei und dem Ort, an dem der RA einer Tätigkeit aus einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis nachgeht, eine gewisse Entfernung, ist in diesem Zusammenhang ausschlaggebend, innerhalb welcher durchschnittlichen Zeit der RA in der Lage ist, zwischen beiden Orten zu wechseln und welche Zeit für ihn unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes für die Hauptberufstätigkeit noch für eine angemessene durchschnittliche Bürozeit zur Wahrnehmung anwaltlicher Tätigkeit verbleibt.**

***3. Allein die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten am Sitz der Kanzlei kann nicht als ausreichende Büroorganisation verstanden werden.**

AGH Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 20.4.2005 – 2 AGH 19/04

Aus den Gründen:

I. Mit Bescheid v. 18.4.1996 wurde der Ast. zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Seinerzeit stellte er zugleich den Antrag, ihn von der Kanzleipflicht zu befreien, da er seine anwaltliche Tätigkeit ausschließlich in Japan ausüben werde.

Dem damaligen Antrag auf Befreiung der Kanzleipflicht wurde entsprochen. Die Befreiungen wurden mit weiteren Bescheiden bis zum 31.8.2004 verlängert.

Nachdem der Ast. seine Tätigkeit in Japan beendete, nahm er eine Tätigkeit für die S... I... E... GmbH in S. auf. Zum 1.5.2003 richtete der Ast. seine Kanzlei unter der Anschrift seiner bisherigen Zustellungsbevollmächtigten ... ein. Mit Schr. v. 4.9.2003 teilte der Ast. der Agin. mit, dass er zum 1.5.2003 nach Deutschland zurückgekehrt sei und seine Tätigkeit unter der vorgenannten Kanzlei anschrift ausübe.

Zugleich übermittelte er einen Anstellungsvertrag der S... I... E... GmbH. Nach Maßgabe des Anstellungsvertrages ist der derzeitige Arbeitsort in S., ...-Straße 1 zu finden.

Der Ast. merkte zugleich an, dass der Sitz des Unternehmens zwar in B. sei, er doch beruflich viel unterwegs sei. Hier verwies er auf das Forschungs- und Entwicklungszentrum der Gesellschaft in S. wie aber auch auf die Vertriebsniederlassung in K. Hinzu kämen Umweltbetriebsprüfungen im Elsass, in Barcelona, in Gödölö (Ungarn) und an zwei Standorten in Großbritannien.

Für seine Erreichbarkeit erklärte der Ast., dass nach der Durchführung abschließender Arbeiten an der Kommunikationseinrichtung seine Erreichbarkeit per E-Mail, Mobiltelefon und die Entgegennahme von Zustellungen gesichert seien.

Mit Schr. v. 19.11.2003 wies die Agin. darauf hin, dass einerseits die Gründe für die Befreiung von der Kanzleipflicht nach § 29a BRAO weggefallen seien und dementsprechend der Ast. im Bezirk des Zulassungsgerichts gem. § 27 BRAO eine Kanzlei einzurichten habe.

Zugleich machte die Agin. darauf aufmerksam, dass nach ihrer Auffassung die Tätigkeit für die S... I... E... GmbH mit einer anwaltlichen Tätigkeit nicht zu vereinbaren sei. Die Agin. wies hierbei auf § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO hin.

Zur Begründung führte die Agin. aus, dass aufgrund der erheblichen Entfernung zwischen dem Sitz der ... und dem Arbeitsort in S. der Ast. rein tatsächlich nicht zur Ausübung des Anwaltsberufs in der Lage sei. Die Agin. begründet dies weiter in ihrem Schr. v. 19.11.2003 und regte an, der Ast. möge seinen Kanzleisitz in den Bezirk der RAK S. verlegen. Die Agin. gab ihm zugleich Gelegenheit, bis zum 10.12.2003 hierzu Stellung zu nehmen und sich zu entscheiden.

Mit Schr. v. 5.12.2003 teilte der Ast. mit, dass der Standort S. seines Arbeitgebers erheblich verkleinert und auf Dauer geschlossen werden solle. Seine neue Funktion werde er künftig in der K. Zentrale ausüben. Die Änderung sollte zum 1.4.2004 wirksam werden. Die Agin. hat daraufhin dem Ast. signalisiert, dass Bedenken für die Vereinbarkeit dann nicht mehr bestünden, wenn sein Dienstszitz in K. gelegen sei. Sie bat insoweit allerdings um Vorlage eines geänderten Arbeitsvertrages mit Schr. v. 19.12.2003.

Die Agin. erinnerte inzwischen mehrfach an die Vorlage eines geänderten Arbeitsvertrages. Zuletzt mit Schr. v. 18.4.2004 wies der Ast. darauf hin, dass die unternehmerische Entscheidung revidiert worden sei. Er bat um eine Fristerstreckung bis Juli 2004, dort sollten Entscheidungen gefallen sein.

Mit Schr. v. 16.8.2004 und 31.8.2004 erinnerte die Agin. an eine Rückäußerung. Mit Schr. v. 20.9.2004 teilte der Ast. mit, dass die neue arbeitsrechtliche Eingliederung kurz vor ihrem Abschluss stehe, der Termin für einen geplanten Umzug allerdings noch immer nicht fixiert sei. Die lokale Eingliederung stehe voraussichtlich erst für das neue Jahr – 2005 – an. Zugleich bat der Ast. darum, ihn über die Rechtslage zu unterrichten, insbesondere darüber, ob die Rspr. sich geändert habe.

Mit Bescheid v. 22.10.2004, zugestellt am 26.10.2004, widersprach die Agin. die Zulassung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO mit der Begründung, dass nach Maßgabe der bisher geführten Korrespondenz die Schließung des Betriebs in S. auf unabsehbare Zeit zurückgestellt und aufgrund der erheblichen Entfernung zwischen dem Sitz der ... und dem Arbeitsort in S. der Ast. rein

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

tatsächlich nicht zur Ausübung des Anwaltsberufs in der Lage sei. Im Übrigen wurde auf das Schr. v. 19.11.2003 Bezug genommen, anlässlich dessen die Agin. die Rechtslage aus ihrer Sicht bereits erläutert hatte.

Gegen den Widerruf der Zulassung rief der Ast. mit Schr. v. 23.11.2004, zugegangen am 24.11.2004, den AGH an. Obschon dem Ast. eine Frist zur Antragsbegründung bis zum 31.1.2005 gesetzt wurde, liegt bislang eine Antragsbegründung noch nicht vor.

Der Ast. beantragt die Aufhebung des mit Bescheid der Agin. v. 22.10.2004 unter dem Aktenzeichen 2627 erfolgten Widerrufs der Zulassung.

Die Agin. beantragt, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.

Die Agin. begründet ihre Position damit, dass einerseits noch der Sitz der Kanzlei ... gelegen sei und andererseits an dem Arbeitsort des Ast. in S. sich nichts geändert habe. Die Vereinbarkeit einer anderen Tätigkeit mit einer anwaltlichen Tätigkeit sieht die Agin. dann als gegeben, wenn dem Anwalt die tatsächliche Möglichkeit zur Ausübung des Anwaltsberufes zur Verfügung stehe. Die Agin. wies darauf hin, dass nach Maßgabe der Rspr. auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen sei. Ausschlaggebend sei, innerhalb welcher durchschnittlichen Zeit der Zulassungsbewerber in der Lage sei, zwischen Arbeitsort und dem vorgesehenen Praxisort zu wechseln und welche Zeit für ihn unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes für seine Hauptberufstätigkeit zwischen der Haupttätigkeit und Kanzleiort sowie einer angemessenen durchschnittlichen Bürozeit verbleibt, um die anwaltliche Tätigkeit mit einem Mindestmaß an Professionalität auszuüben.

Nach Maßgabe der Rspr. sei die Möglichkeit der Ausübung des Anwaltsberufs verneint, wenn längere Fahrzeiten als eine Stunde zurückzulegen seien und wenn sich täglich eine Arbeits- und Fahrzeit von insgesamt elf Stunden ergäben.

Auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH v. 17.3.2003 (BRAK-Mitt. 2003, 129 ff.), wonach eine Entfernung zwischen Kanzlei- und Arbeitsort von ca. 260 km der tatsächlichen Ausübungsmöglichkeit des Anwaltsberufs nicht entgegensteht, sei der Vorstand der Auffassung, dass vorliegend eine Vereinbarkeit nicht gegeben sei. Die Agin. stellt darauf ab, dass der Anwalt in der Lage sein müsse, den Anwaltsberuf wenn auch in einem beschränkten, so doch nennenswerten Umfang, jedenfalls mehr als nur gelegentlich auszuüben. Eine bloße geringe Möglichkeit, sich als RA zu betätigen, reiche nicht aus. Die Agin. weist schließlich darauf hin, dass nach Maßgabe der ihr zugegangenen E-Mail v. 8.10.2004 davon auszugehen sei, dass der Ast. seinen Lebensmittelpunkt in S. habe und entgegen seiner Behauptung er auch keine ordnungsgemäß eingerichtete Kanzlei unterhalte und somit einer anwaltlichen Tätigkeit nicht nachgehen wolle. Die Agin. hat sich zugleich vorbehalten, die Zulassung aus weiteren Gründen zu widerrufen.

II. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid der Agin. v. 22.10.2004 ist gem. § 16 Abs. 5, § 37 BRAO zulässig, aber nicht begründet. Die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft wurde gem. § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO zu Recht widerrufen.

Nach § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn der RA eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des RA, insbesondere mit seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist, es sei denn, dass der Widerruf für ihn eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Nach herrschender Rspr. (BGHZ 33, 266; BGHZ 71, 138 ff.; BGH, BRAK-Mitt. 1993, 219; BGH, NJW

2003, 1527), der der Senat folgt, ist dabei für die Vereinbarkeit der anderweitigen Tätigkeit mit dem Beruf des RA nach § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO maßgebend, ob der RA rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, den Anwaltsberuf in einem, wenn auch beschränkten, so doch nennenswerten Umfang und jedenfalls mehr als nur gelegentlich auszuüben; eine nur geringfügige Möglichkeit, sich als RA zu betätigen, reicht nicht aus. Anlässlich der Entscheidung des BVerfG (NJW 1993, 317) wurde diese Rspr. auch im Hinblick auf das Grundrecht der freien Berufswahl und Berufsausübung gebilligt, um ein Mindestmaß an Unabhängigkeit und Professionalität der RAe zu sichern.

Ausschluss des reinen „Feierabend-Anwalts“

Zugleich wurden die Grundsätze der Rspr. für erforderlich gehalten, um einen reinen „Feierabend-Anwalt“ auszuschließen und die Bezeichnung des RA nicht zu einem bloßen Titel werden zu lassen. Bei der Prüfung der Bewertung ist dabei immer auf den konkreten Einzelfall abzustellen, die besonderen Umstände sind jeweils angemessen zu berücksichtigen.

Nach Maßgabe des durch den Ast. eingereichten Arbeitsvertrages – § 3 Ziff. 3.1 – hat dieser eine regelmäßige Arbeitszeit von 38,5 Std. wöchentlich zu leisten. Gemäß § 3 Ziff. 3.3 ist der Ast. darüber hinaus verpflichtet, Sonn- und Feiertags Mehrarbeit zu leisten, soweit dies betrieblich notwendig und gesetzlich zulässig ist.

Hier liegt zwar eine Erklärung des Arbeitgebers v. 2.9.2003 dahingehend vor, dass dem Ast. jederzeit die Entfernung von seinem Dienstplatz möglich ist, ohne im Einzelfall hierüber eine Erlaubnis einholen zu müssen, selbst wenn etwaige für das Unternehmen wahrzunehmende Termine mit denen seiner Anwaltspraxis kollidieren sollten.

Indes hat die Agin. zu Recht darauf hingewiesen, dass für die Frage, welche Entfernung zwischen Kanzlei und Beschäftigungsort bei einem vollzeitarbeitenden RA noch hingenommen werden könne, auf den Einzelfall abzustellen ist. Ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang, innerhalb welcher durchschnittlichen Zeit der RA in der Lage ist, zwischen Arbeitsort und Ort des Kanzleisitzes zu wechseln und welche Zeit für ihn unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes für die Hauptberufstätigkeit noch für eine angemessene durchschnittliche Bürozeit zur Wahrnehmung anwaltlicher Tätigkeit verbleibt (AGH Koblenz, NJW-RR 2000, 1662; Feuerich/Weyland, Anm. 133 zu § 7 BRAO).

Entfernung zwischen Kanzlei und Beschäftigungsort

Die Rspr. hat dabei die Möglichkeit, den Anwaltsberuf in hinreichendem Umfang wahrzunehmen verneint, wenn längere Fahrzeiten als eine Stunde zurückzulegen seien und insgesamt die tägliche Arbeits- und Fahrzeit elf Stunden erreiche.

Nach Maßgabe des aus den Akten erkennbaren Inhalts – der Ast. hat eine Begründung nicht abgegeben – ergibt sich, dass der Ast. primär seinen dienstlichen Sitz in S. hat und darüber hinaus auch gerade im Ausland Reisen unternehmen muss.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Ast. im Rahmen der von ihm wahrzunehmenden hauptberuflichen Tätigkeit vielfach auch durch Reisen ortsabwesend ist, muss ihm hier zugute gehalten werden, dass er ggf. bei längeren Reisen sich vertreten lassen kann. Entscheidend kommt es darauf an, dass der Ast. unter Zugrundelegung seines Anstellungsvertrages wie aber auch der von der Agin. herangezogenen E-Mail seinen Lebensschwerpunkt in S. hat.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Keine anwaltliche Tätigkeit in nennenswertem Umfang

Aus den zugänglichen Akten lässt sich nicht entnehmen, dass der Ast. in nennenswertem Umfang anwaltlich tätig ist. Der Ast. hat insbesondere nicht zur

Frage seiner anwaltlichen Büroorganisation, der etwaigen Einbindung in eine Sozietät oder gar der Frage, wie er sich konkret eine anwaltliche Berufsausübung vorstellt, vorgetragen. Insbesondere die bereits angesprochene Mail, in der mitgeteilt wird, dass die Zustellungsbevollmächtigte zwei Wochen in Urlaub sei und man ihm die Post daher nachsenden möge, verdeutlicht, dass der Ast. kaum über eine Praxis verfügen

kann, die in nennenswertem Umfang ihm eine anwaltliche Tätigkeit gewährleistet. Dabei darf nicht verkannt werden, dass alleine die Bestellung einer Zustellungsbevollmächtigten am Sitz der Kanzlei nicht als ausreichende Büroorganisation verstanden werden kann. Nach Lage der Dinge ist dementsprechend davon auszugehen, dass aufgrund der Ortsverschiedenheit, des vertraglich dem Arbeitgeber geschuldeten Leistungsvolumens der Ast. den Anwaltsberuf nicht in einem nennenswertem Umfang ausübt und ausüben kann. Die bloße geringfügige Möglichkeit, sich als RA zu betätigen, reicht indes nicht aus. Der Widerruf der Zulassung erfolgte daher zu Recht.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Kosten – zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten

ZPO § 91 Abs. 1 Satz 1

Die erstattungsfähigen Reisekosten des nicht am Gerichtsort ansässigen RA sind der Höhe nach nicht notwendig auf diejenigen Kosten beschränkt, die durch die Beauftragung eines Terminvertreters entstanden wären.

BGH, Beschl. v. 13.9.2005 – X ZB 30/04

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Fehlender Hinweis auf Handeln als amtlich bestellter Vertreter

BRAO § 53; ZPO § 78 Abs. 1 Satz 2

***1. Ein nicht postulationsfähiger RA kann auch dann wirksam als Vertreter seines postulationsfähigen Kollegen handeln, wenn er sich selbst nicht ausdrücklich als dessen amtlich bestellter Vertreter bezeichnet.**

***2. Die Verwendung des Plurals „legen wir namens und in Vollmacht unserer Mandantin Berufung ein“ lässt zwanglos die Deutung zu, dass nach außen hin diejenigen Mitglieder der Sozietät handeln wollen, die beim Gericht postulationsfähig sind.**

BGH, Beschl. v. 28.7.2005 – III ZB 56/05

Aus den Gründen:

I. Die in M. wohnhafte Kl. erhob, vertreten durch die dortige RA-Sozietät Dr. H., E. und Kollegen, die aus den RAen Dr. H., E., F., D., S. und Dr. S. bestand, vor dem LG F. gegen die Bekl., ein Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen, Klage auf Schadensersatz wegen Ausfalls einer Telefonleitung. Sachbearbeitender Anwalt war RA S., der auch die Klageschrift verfasst und unterzeichnet hatte. Die Klage wurde durch Urteil des LG F. v. 13.7.2004, der Kl. zugestellt am 18.8.2004, abgewiesen. Mit Schriftsatz der Anwaltssozietät Dr. H., E. und Kollegen vom 24.8.2004, beim Berufungsgericht eingegangen am 26.8.2004, legte die Kl. Berufung ein. Die Berufungsschrift war wiederum von RA S. unterzeichnet, der nicht bei einem OLG zugelassen ist. Zumindest ein weiteres Mitglied der Sozietät, RA F., besaß jedoch die Zulassung bei einem OLG; RA S. war, wie die Kl. vorträgt, zum allgemeinen Vertreter von RA F. bestellt worden. Nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zum 25.10.2004

verlängert worden war, begründete RA S. die Berufung mit einem am 22.10.2004 eingegangenen Schriftsatz, der drucktechnisch ebenso gestaltet war wie die Berufungsschrift selbst.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig verworfen, da innerhalb der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist weder eine der gesetzlichen Form entsprechende Berufungsschrift noch eine dieser Form entsprechende Berufungsbegründungsschrift bei Gericht eingegangen sei. Sowohl die Berufungsschrift (§ 519 ZPO) als auch die Berufungsbegründungsschrift (§ 520 ZPO) müsse von einem beim OLG zugelassenen RA unterzeichnet sein (§ 78 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Im vorliegenden Fall seien die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift von dem bei keinem OLG zugelassenen RA S. unterzeichnet, und zwar jeweils ohne einen Zusatz dahingehend, dass dieser in Vertretung einer anderen Person (hier: des postulationsfähigen RA F.) gehandelt habe.

Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Kl.

II. 1. Die Rechtsbeschwerde ist von Gesetzes wegen statthaft (§ 522 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Sie ist auch im Übrigen zulässig. Zwar bindet die Zulassung einer kraft Gesetzes statthaften Rechtsbeschwerde durch das Berufungsgericht das Rechtsbeschwerdegericht nicht (BGH, Beschl. v. 20.2.2003 – V ZB 59/02 = BGHR ZPO § 574 Abs. 1 Rechtsbeschwerde, statthaft 1). Der Senat bejaht jedoch aufgrund eigener Sachprüfung den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rspr. (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

a) Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Parteien sich vor den OLG durch einen bei einem OLG zugelassenen RA vertreten lassen müssen (§ 78 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Berufung ist im vorliegenden Fall daher nur dann frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, wenn RA S. den Einlegungs- und den Begründungsschriftsatz nicht im eigenen Namen, sondern als amtlich bestellter Vertreter für RA F. unterschrieben hat.

Klarer Hinweis zweckmäßig, aber nicht notwendig

Um darüber keinerlei Missverständnisse aufkommen zu lassen, wäre es zwar zweckmäßig gewesen, wenn RA S. sich in jenen Schriftsätzen ausdrücklich als

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

„allgemeiner Vertreter“ oder „amtlich bestellter Vertreter“ bezeichnet hätte; notwendig für die Wirksamkeit der Prozesshandlung ist ein solcher Zusatz aber nicht (BGH, Beschl. v. 9.2.1993 – XI ZB 2/93 = BGHR ZPO § 78 Abs. 1 Vertreter, amtlicher 2 m.zahlr.w.N.). Es reicht aus, wenn das Handeln als Vertreter sich aus den Umständen ergibt (BGH, a.a.O.).

b) Diese Grundsätze verkennt vom rechtlichen Ansatz her auch das Berufungsgericht nicht. Entgegen der von dem Berufungsgericht weiter vertretenen Auffassung ist jedoch hier nach den Umständen davon auszugehen, dass RA S. nicht im eigenen Namen, sondern in seiner Eigenschaft als amtlich bestellter Vertreter für RA F. gehandelt hat.

aa) Sowohl die Berufungsschrift als auch die Berufungsbegründungsschrift trugen die Briefköpfe der gesamten Anwaltssozietät. Die Verwendung des Plurals („legen wir namens und in Vollmacht unserer Mandantin Berufung ein“; „begründen wir namens der Kl. und Berufungskl. die ... Berufung“) lässt zwanglos die Deutung zu, dass nach außen hin diejenigen Mitglieder der Sozietät handeln wollten, die beim Berufungsgericht postulotionsfähig waren. Daraus ergab sich weiter der Rückschluss, dass RA S. insoweit kraft der ihm zustehenden Vertretungsmacht für dasjenige Mitglied der Sozietät handeln wollte, das rechtlich in der Lage war, aufgrund der ihm zustehenden Postulationsfähigkeit die betreffenden Prozesshandlungen vor dem OLG wirksam vorzunehmen. Eine andere Deutung würde RA S. den Willen zu einer eindeutig unzulässigen Prozesshandlung unterstellen und damit gegen den Auslegungsgrundsatz verstoßen, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht (BGH a.a.O.; ebenso BGH, Beschl. v. 3.5.1995 – XII ZB 53/95 = BGHR ZPO § 78 Abs. 1 Vertreter, amtlicher 3).

bb) Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem Beschluss des VII. Zivilsenats des BGH v. 22.10.1998 (VII ZB 15/98 = BGHR ZPO § 78 Abs. 1 Vertreter, amtlicher 4 = NJW 1999, 365) entnehmen, auf den sich das Berufungsgericht vornehmlich stützt. Der dort in Rede stehende Beschwerdeschriftsatz hatte den Briefkopf des (nicht postulotionsfähigen) RA enthalten, hatte diesen als Prozessbevollmächtigten der dortigen Bekl. bezeichnet und war auch von ihm unterschrieben worden. Im Gegensatz zu dem vorliegenden Fall war der tatsächlich postulotionsfähige Anwalt dort weder in dem Schriftsatz selbst noch in sonstiger Weise in Erscheinung getreten. Jene Fallkonstellation, bei der der VII. Zivilsenat ein rechtswirksames Handeln des nicht postulotionsfähigen RA als amtlich bestellter Vertreter für einen postulotionsfähigen RA nicht für hinreichend deutlich erkennbar erachtet hat, ist mithin mit der hier zu beurteilenden nicht vergleichbar.

c) Der angefochtene Beschluss kann daher nicht bestehen bleiben. Die Sache war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Anzumerken ist noch, dass die in der Verfügung des Berufungsgerichts vom 28.12.2004 geäußerten Bedenken gegen die Wirksamkeit der Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist nicht durchgreifen. Die Fristverlängerung wäre auch dann wirksam, wenn der um sie nachsuchende RA beim Berufungsgericht nicht postulotionsfähig gewesen sein sollte (BGH, Beschl. v. 22.10.1997 – VIII ZB 32/97 = NJW 1998, 1155).

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Sozietätsvertrag

BGB § 138, § 705, § 737; GG Art. 12

***1. Eine Überschreitung der räumlichen, gegenständlichen und zeitlichen Grenzen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Gesellschaftsvertrag einer Anwaltssozietät kann nicht mit dem**

Wunsch gerechtfertigt werden, den ausgeschlossenen Gesellschafter einer besonderen Sanktion zu unterwerfen.

***2. Nur wenn eine Wettbewerbsklausel ausschließlich die zeitlichen Grenzen überschreitet, im Übrigen aber unbedenklich ist, kommt eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht. Die Missachtung der gegenständlichen und räumlichen Grenzen dagegen hat die Nichtigkeit des Verbots zur Folge.**

BGH, Urt. v. 18.7.2005 – II ZR 159/03

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten nach Beendigung ihres Sozietätsverhältnisses darum, ob die Kl. von dem Bekl. verlangen konnte, dass dieser bis zum 31.12.2003 im Bereich des Regierungsbezirks O., insbesondere an der Anschrift K.straße 23/III, M., nicht als RA tätig werde.

Der Bekl., ein auf dem Gebiet des Medizinrechts tätiger RA, war nach neunmonatiger Tätigkeit als freier Mitarbeiter am 1.7.1996 als Sozius in die klagende RA-Sozietät eingetreten, die ebenfalls einen medizinrechtlichen Schwerpunkt besitzt. Der zusammen mit anderen Verträgen und Vereinbarungen zum Bestandteil des Eintrittsvertrages gemachte Änderungs- und Ergänzungsvertrag v. 23.11.1981 enthält in § 10b Nr. 1 Abs. 1 eine Fortsetzungsklausel sowie in § 12e Nr. 5 ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter, die aufgrund einer Kündigung durch Pfändungsgläubiger, durch den Verlust der Anwaltszulassung oder durch Ausschließung aus der Gesellschaft aus der Sozietät ausscheiden. Das Wettbewerbsverbot verbietet jegliche Konkurrenzaktivität, insbesondere als RA; es untersagt die Beteiligung an einer RA-Kanzlei, Rechtsbeistandskanzlei, Steuerberatungsgesellschaft sowie ähnlichen Unternehmen; es betrifft auch eine Tätigkeit als angestellter oder freier Mitarbeiter, wenn damit die Übernahme von Mandaten aus dem Mandantenkreis der Kl. durch den Arbeitgeber verbunden ist, unabhängig davon, ob der Ausgeschiedene an den eingehenden Gebühren in irgendeiner Form teilhat oder nicht. Das Verbot soll mit dem Ausscheiden aus der Sozietät beginnen, fünf Jahre lang gelten und sich auf den Bereich des Regierungsbezirks O. erstrecken.

Ab Mitte 1999 führte die Kl. im Einvernehmen aller Sozien mit der in demselben Haus wie sie selbst ansässigen M. RA-Kanzlei F. Fusionsgespräche. Diese mündeten am 26.10.2001 in einen von beiden Seiten akzeptierten Vertragsentwurf. Der Bekl. hatte ab Mitte September 2001 mit Einverständnis seiner Mitgesellschafter für die Kl. daneben Fusionsgespräche mit der Anwaltssozietät R. aufgenommen, die wie die Kl. schwerpunktmäßig medizinrechtliche Mandate wahrnimmt, in M. seinerzeit aber noch keinen Kanzleisitz hatte. Nach dem Inhalt des bestimmten Strukturen der künftigen fusionierten Kanzlei festlegenden Vertragsentwurfs mit F. wäre nach dem in den Vorinstanzen nicht geprüften Vortrag des Bekl. ein Zusammengehen mit der Kanzlei R. nicht mehr in Betracht gekommen. Der Bekl. hielt deswegen den Abschluss des Fusionsvertrages mit F. für verfrüht und strebte eine weitere Klärung an. Trotz seines Widerspruchs unterzeichneten die übrigen Gesellschafter den mit der Kanzlei F. ausgehandelten Fusionsvertrag am 29.10. bzw. 8.11.2001.

Unter dem 20.11.2001 kündigte der Bekl. seine Mitgliedschaft in der Sozietät aus wichtigem Grund zum 31.12.2001, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Am 21.12.2001 – inzwischen war es zu einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zwischen den Parteien gekommen – kündigte er seine Mitgliedschaft erneut aus wichtigem Grund, jedoch mit sofortiger Wirkung. Die Kl. wies die Kündigungen zurück und beschloss auf der Gesellschafterversammlung v. 2.1.2002 den Ausschluss des Bekl. aus der Sozietät.

Formulierungen im Schriftsatz

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Der Bkl. übte seine Anwaltstätigkeit ab 2.1.2002 als Mitglied der Sozietät R. in M., K.straße 23/III, aus. Nach Erlass des angefochtenen Urteils wechselte er in die B.er Kanzlei dieser Sozietät.

Die Kl., die die Wettbewerbsklausel des Gesellschaftsvertrages gerichtlich durchsetzen will, hat ihr Unterlassungsbegehren in zweiter Instanz durch den Hilfsantrag ergänzt, den Bkl. zu verurteilen, es bis zum 31.12.2003 zu unterlassen, im Bereich des Regierungsbezirks O. als bei der RAK für den OLG-Bezirk M. zugelassener RA tätig zu werden, insbesondere an der Anschrift K.straße 23/III in M. einen Kanzleisitz zu unterhalten. LG und OLG haben der Klage im Hauptantrag stattgegeben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Bkl. seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen zur Abweisung der Klage.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass der Bkl. wirksam aus der Sozietät ausgeschlossen worden ist. Seine vor der Ausschließung erklärten außerordentlichen Kündigungen seien mangels eines wichtigen Grundes unwirksam. Der Bkl. habe keinen Anlass gehabt anzunehmen, seine Mitgesellschafter könnten den Fusionsvertrag mit der Kanzlei F. auch ohne ihn wirksam abschließen oder dies versuchen. Dass sie den Vertrag trotz seiner Erklärung, nicht unterzeichnen zu wollen, ihrerseits unterschrieben hätten, sei weder pflicht- noch treuwidrig. Die Gefahr einer „Zwangsvergesellschaftung“ des Bkl. habe zu keiner Zeit bestanden. Seine Mitgesellschafter seien, wie ihr Drängen auf Unterzeichnung des Fusionsvertrages zeige, davon ausgegangen, dass es ohne Zustimmung des Bkl. nicht zu der Fusion komme. Das Wettbewerbsverbot verstoße nicht gegen § 138 BGB. Dessen Dauer sei mit fünf Jahren zwar zu lang bemessen, das habe die Kl. jedoch berücksichtigt, indem sie es in zulässiger geltungserhaltender Reduktion nur für einen Zeitraum von zwei Jahren geltend gemacht habe.

II. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

Schon in dem zur Anwendbarkeit des § 12e Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages führenden Ausgangspunkt begegnet das angefochtene Urteil durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Denn es fehlt an tragfähigen Feststellungen zur Unwirksamkeit der Kündigungserklärungen des Bkl. und der Wirksamkeit des von seinen ehemaligen Mitgesellschaftern gefassten Ausschließungsbeschlusses. Dazu wäre nach der st. Rspr. des Senats (vgl. zuletzt Sen.Urt. v. 31.3.2003 – II ZR 8/01, ZIP 2003, 1037, 1038 m.w.N.) erforderlich gewesen zu klären, ob den Beteiligten nach der Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses bis zum nächsten angemessenen ordentlichen Beendigungstermin zumutbar war. Wenn, wie im hier zu entscheidenden Fall, das Vertrauensverhältnis unter den Sozien zerrüttet ist, kann diese Frage nicht ohne Berücksichtigung der beiderseitigen Verhaltensweisen beantwortet werden. Diese umfassende – hinsichtlich des Verhaltens der Mehrheit der Sozietät auch aus dem Blickwinkel des Bkl. – vorzunehmende Gesamtwürdigung lässt das angefochtene Urteil vermissen. Es berücksichtigt vor allem nicht das robuste Vorgehen der ehemaligen Mitgesellschafter in den entscheidenden Wochen im November und Dezember 2001.

Für die Berechtigung der von dem Bkl. ausgesprochenen fristlosen Kündigung spricht, dass seine Mitgesellschafter in Kenntnis seiner bereits Ende Oktober 2001 erklärten und Anfang November 2001 wiederholten Weigerung, den Fusionsvertrag vor einem Abschluss der mit der Sozietät R. geführten Kooperationsgespräche zu unterzeichnen, ihrerseits die Vereinbarun-

gen mit der Kanzlei F. gleichwohl am 29.10. und 8.11. unterschrieben haben. Die Ernsthaftigkeit ihres Willens, das Fusionsvorhaben mit F. zum 1.1.2002 zu verwirklichen, haben sie nicht nur durch die wiederholten Aufforderungen an den Bkl., ebenfalls zu unterzeichnen, sondern vor allem dadurch unterstrichen, dass sie Ende November 2001 – wenn auch nur „probeweise“ – die EDV-Systeme beider Kanzleien zusammengeführt und wenige Tage später eine gemeinsame Weihnachtsfeier abgehalten haben, bei der die jeweils „neuen Sozien“ vorgestellt wurden. Gerade im Hinblick darauf, dass die Kl. ihrer Antwort auf das erste Kündigungsschreiben des Bkl. deutlich gemacht hatte, dass die anderen Partner der Sozietät an den Fusionsplänen festhalten wollten und der Ansicht waren, von ihnen habe eine Verweigerung der Unterzeichnung nicht verlangt werden können, durfte der Bkl. annehmen, dass seine Mitgesellschafter sich ohne Rücksicht auf das bestehende Einmütigkeitserfordernis mit ihrer Auffassung durchsetzen und sich über seine Belange als Mitglied der Sozietät hinwegsetzen wollten. Dafür, dass der Bkl., was nach der gefestigten Rspr. des Senats nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann (*Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB § 119 Rdnr. 26 m.w.N.), den Vorstellungen der anderen Gesellschafter hätte zustimmen müssen, ist nichts vorgetragen oder ersichtlich.

Selbst wenn diese Verhaltensweisen der Mitgesellschafter des Bkl. noch nicht so schwerwiegend gewesen sein sollten, dass ihm ein weiteres Verbleiben in der Sozietät bis zum nächstmöglichen Termin seines Ausscheidens zumutbar blieb, dürften sie bei der Überprüfung der Ausschließungsentscheidung nicht – wie in dem angefochtenen Urteil geschehen – völlig unberücksichtigt bleiben. Vielmehr kann nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen werden, dass die gebotene Gesamtabwägung aller Umstände des Falles das Ergebnis hätte haben müssen, dass auch die Gesellschaftermehrheit nicht berechtigt war, den Bkl. im Hinblick auf sein Vorgehen gegenüber den gemeinsamen Mandanten im Dezember 2001 aus wichtigem Grund auszuschließen.

Diese Rechtsfehler nötigen indessen nicht zu einer Zurückverweisung der Sache, vielmehr kann der Senat in der Sache selbst abschließend entscheiden. Denn die Klage erweist sich unabhängig davon, ob der Bkl. wirksam aus der Kl. ausgeschlossen worden ist, bereits deshalb als nicht begründet, weil das Wettbewerbsverbot des § 12e Nr. 5 des Vertrages vom 23.11.1981, auf das sie sich stützt, entgegen der Ansicht des OLG nicht wirksam, sondern gem. § 138 BGB nichtig ist.

Sittenwidriges Wettbewerbsverbot

1. Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen sind nach der st. Rspr. des Senats mit Rücksicht auf die grundgesetz-

lich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt und nicht gem. § 138 BGB sittenwidrig, wenn und soweit sie notwendig sind, um die Partner des ausgeschiedenen Gesellschafters vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge der gemeinsamen Arbeit oder vor einem Missbrauch der Ausübung der Berufsfreiheit zu schützen; sie dürfen insbesondere nicht dazu eingesetzt werden, den früheren Mitgesellschafter als Wettbewerber auszuschalten. Ihre Wirksamkeit hängt davon ab, dass sie in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten (vgl. BGHZ 91, 1, 6 f.; Sen.Urt. v. 28.4.1986 – II ZR 254/85, ZIP 1986, 1056, 1058; v. 14.7.1986 – II ZR 296/85, WM 1986, 1282; v. 29.10.1990 – II ZR 241/89, WM 1990, 2121, 2122; v. 29.1.1996 – II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742; v. 14.7.1997 – II ZR 238/96, WM 1997, 1707, 1708; v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, WM 2000, 1496, 1498; v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, WM 2003, 2334).

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Nur wenn eine solche Wettbewerbsklausel ausschließlich die zeitlichen Grenzen überschreitet, im Übrigen aber unbedenklich ist, kommt nach der Rspr. des Senats eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht, die Missachtung der gegenständlichen und räumlichen Grenzen dagegen hat die Nichtigkeit des Verbots zur Folge (vgl. zuletzt Sen.Urt. v. 8.5.2000, a.a.O.). Diesen Anforderungen wird die hier in Rede stehende Regelung nicht gerecht.

Keine geltungserhaltende Reduktion

2. Die Bestimmung geht nicht nur zeitlich weit über das erforderliche Maß hinaus, wie die Kl. ausweislich ihres auf die nach der Rspr. des Senats (Urt. v. 8.5.2000, a.a.O.) zulässige Dauer von zwei Jahren beschränkten Unterlassungsantrags selbst erkannt hat, sondern auch in gegenständlicher und räumlicher Hinsicht. Sie verbietet einem aus der Kl. ausgeschlossenen Gesellschafter auf die Dauer von fünf Jahren für den gesamten Regierungsbezirk O. mit einer Einwohnerzahl von mehreren Millionen Menschen jegliche Konkurrenzfähigkeit und sieht einen Verstoß hiergegen schon darin, dass der ausgeschlossene Partner „als RA oder wie ein solcher tätig“ wird, „oder sich an einer Anwaltssozietät“ beteiligt „oder in ähnlicher Weise (z.B. Rechtsbeistandskanzlei, Steuerberatungsgesellschaft oder ähnliche Büros bzw. Unternehmen) sich“ betätigt oder beteiligt. Das Wettbewerbsverbot beschränkt sich zudem nicht, wie dies bei einer Mandantenschutzklausel der Fall ist (vgl. Sen.Urt. v. 8.5.2000, a.a.O.), auf die bisher von der Kanzlei betreuten Mandanten, sondern erfasst alle im Bezirk O. wohnenden potentiellen Mandanten.

3. Das Berufungsgericht verkennt schon im Ansatz die oben näher dargestellte Bedeutung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, wenn es meint, der von ihm in der Klausel gefundene Sanktionscharakter rechtfertige die Überschreitung der beschriebenen Grenzen. Ebenso wenig, wie das Wettbewerbsverbot dazu eingesetzt werden darf, den ehemaligen Partner für die Zukunft als Wettbewerber auszuschalten, ist es gerechtfertigt, den aus wichtigem Grund ausgeschlossenen Partner auf diesem Wege zusätzlich zu „bestrafen“.

Es kommt deswegen nicht darauf an, ob schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zutreffend ist, dass § 12e Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages der Parteien ein gesellschaftsschädliches Verhalten hat sanktionieren wollen.

Vergütungsansprüche des Kanzleiabwicklers

BRAO § 53 Abs. 9 und 10, § 55 Abs. 3; BGB § 271, § 667; InsO § 95 Abs. 1

1. Der amtlich bestellte Abwickler einer Kanzlei kann auch dann mit seiner Vergütungsforderung gegen den Anspruch auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten aufrechnen, wenn zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vertretenen eröffnet worden ist.

2. Nach Ablauf seiner Bestellung ist der ehemalige Abwickler zur Herausgabe des bis dahin nicht ausgekehrten Fremdgeldes an den Verwalter verpflichtet. Eine Aufrechnung mit seinem Vergütungsanspruch ist unzulässig.

BGH, Urt. v. 23.6.2005 – IX ZR 139/04

Aus dem Tatbestand:

Der Bekl. war vom 1.1.1999 bis zum 31.12.2001 amtlich bestellter Abwickler der Kanzlei des ehemaligen RA R. (fortan: Schuldner). Am 14.10.1999 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet; der Kl. wurde zum Treuhänder bestellt. Der Kl. verlangt die Auszahlung eines

Betrages von 21.057,78 Euro, der sich am 31.12.1999 auf dem vom Bekl. für die Abwicklung eingerichteten Bankkonto befand. Der Bekl. hat die Ansicht vertreten, die Kanzlei werde nicht vom Insolvenzbeschlagn erfasst. Hilfsweise hat er mit seinem Vergütungsanspruch aufgerechnet, den er zunächst mit 32.058,00 Euro beziffert hat.

Das LG hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen, weil die Abwicklung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht beendet war (ZInsO 2002, 290). Während des Berufungsverfahrens hat die RAK ... die Vergütung des Bekl. auf 17.639,57 Euro festgesetzt. Am 31.12.2001, als die Bestellung des Bekl. auslief, wies das Abwicklungskonto einen Stand von 31.593,08 Euro auf, ein Betrag von 9.592,36 Euro entfiel auf Fremdgeld. Der Kl. hat weiterhin nur Auszahlung des Guthabens am 31.12.1999 verlangt. Das Berufungsgericht hat den Bekl. unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung zur Zahlung von 7.963,49 Euro nebst Zinsen verurteilt (ZIP 2004, 1857). Es hat die Revision zugelassen, weil die Rechtsfrage, ob die Vergütungsforderung des Abwicklers einer Anwaltskanzlei eine Masseverbindlichkeit oder eine einfache Insolvenzforderung darstelle, von grundsätzlicher Bedeutung sei.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revision des Kl. und die Anschlussrevision des Bekl. Der Kl. verlangt Zahlung des gesamten Guthabens des Abwicklungskontos am 31.12.1999; der Bekl. erstrebt die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision des Kl. und die Anschlussrevision des Bekl. bleiben ohne Erfolg.

I. Dem Kl. war gegen die Versäumung der Revisions- und der Revisionsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Das Berufungsurteil ist dem Kl. am 16.6.2004 zugestellt worden. Am 16.7.2004 hat der Kl. PKH für das Revisionsverfahren beantragt. Der Beschluss über die Bewilligung von PKH ist ihm am 9.2.2005 zugestellt worden. Noch am 9.2.2005 hat der Kl. durch einen am BGH zugelassenen RA Revision eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt; am 9.3.2005 ist die Revisionsbegründung eingegangen. Die Wiedereinsetzungsfristen für die Einlegung der Revision (§ 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und deren Begründung (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) sind damit gewahrt worden.

II. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Anspruch des Kl. auf Herausgabe dessen, was der Bekl. aus der Abwicklung der Kanzlei erlangt habe, folge aus § 667 BGB i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO. Er erstreckte sich insbesondere auf die Entgelte, die der Bekl. nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingenommen habe, aber auch auf die Fremdgelder i.H.v. 7.963,49 Euro; denn der Bekl. sei nach Ende der Abwicklung nicht mehr berechtigt, über diese Fremdgelder zu verfügen. Nunmehr sei es Aufgabe des Kl., die Fremdgelder an die Berechtigten – denen ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zustehe – herauszugeben. Der Anspruch sei mit Ende der Abwicklung am 31.12.2001 fällig geworden.

Der Bekl. könne jedoch mit seiner Vergütungsforderung aus § 670 BGB i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO in der festgesetzten Höhe aufrechnen. Die Vergütungsforderung sei eine Masseverbindlichkeit, auch soweit die Tätigkeit des Bekl. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entgolten werde. Die durch Fehlen einer den Rang der Abwicklungsvergütung bestimmenden Norm begründete Regelungslücke in der Insolvenzordnung sei durch die entsprechende Anwendung des § 324 Abs. 1 Nr. 6 InsO zu füllen. Die Bürgenhaftung der RAK gem. § 53 Abs. 10 Satz 6 BRAO stehe nicht entgegen. Der Bekl. könne seine gesamte Vergütungsforderung zur Aufrech-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

nung stellen, obwohl der Kl. den Saldo per 31.12.1999 verlange; denn die Vergütung sei insgesamt fällig. Nur gegenüber dem Anspruch auf Auskehrung des Fremdgeldes sei die Aufrechnung unzulässig.

III. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Revision des Klägers

Grundlage des Begehrens des Kl. ist § 667 BGB i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO und § 80 InsO. Der Anspruch auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten ist gem. § 35 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse.

a) Gegenstand der Revision des Kl. ist der vom Berufungsgericht wegen der vom Bekl. erklärten Aufrechnung abgewiesene Anspruch auf Zahlung (vgl. BGHZ 71, 380, 382) von (21.057,78 – 7.963,49 =) 13.094,29 Euro. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe keinen richterlichen Hinweis erteilt, welchen Streitgegenstand es annehmen wolle, geht fehl. Das Berufungsgericht hat im Termin zur letzten mündlichen Verhandlung am 24.5.2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Bekl. mittlerweile die Schlussrechnung vorgelegt habe und auf dieser Basis entschieden werden könne. Der Kl. hat seinen Antrag gleichwohl nicht umgestellt. Damit hat er ausdrücklich davon abgesehen, eine über den Betrag von 21.057,78 Euro hinausgehende Forderung – sei es auch hilfsweise – in diesem Rechtsstreit geltend zu machen.

<p>Aufrechnung war zulässig</p>
--

b) Dieser Anspruch ist jedoch gem. §§ 387, 389 BGB durch Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch erloschen. Die

Parteien streiten darum, ob der Vergütungsanspruch des Bekl. aus § 55 Abs. 3, § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO als Abwickler der Kanzlei des Schuldners eine Masseforderung oder nur eine Insolvenzforderung darstellt. Diese Rechtsfrage wird jedoch nicht entscheidungserheblich; denn die Aufrechnung ist auch dann, wenn man dem Bekl. nur eine Insolvenzforderung zugesteht, gem. § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO zulässig.

aa) Die Abwicklung ist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners angeordnet worden. Damit entstanden dem Grunde nach sowohl der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten (vgl. BGHZ 71, 380, 384 f.) als auch der Vergütungsanspruch.

bb) Beide Ansprüche sind gleichzeitig mit dem Ende der Abwicklung – also nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – fällig geworden.

(1) Die Fälligkeit eines Anspruchs aus § 667 BGB richtet sich nach den getroffenen Vereinbarungen, hilfsweise nach den Umständen des jeweiligen Falles (§ 271 Abs. 1, 2. Fall BGB). Der Anspruch auf Herausgabe dessen, was der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags erhalten hat, wird in der Regel erst dann fällig, wenn der Zweck erreicht oder endgültig verfehlt wurde (BGH, Urt. v. 3.5.2005 – IX ZR 401/00, z.V.b.; *Soergel/Beuthien*, BGB, 12. Aufl., § 667 Rdnr. 19; *Erman/Ehmann*, BGB, 11. Aufl., § 667 Rdnr. 7; *MünchKomm-BGB/Seiler*, 4. Aufl., § 667 Rdnr. 20). Das aus der Geschäftsführung Erlangte – insbesondere für den Auftraggeber eingezogenes Geld – kann demgegenüber schon dann herauszugeben sein, wenn der Beauftragte etwas erlangt hat, was herauszugeben ist (*Erman/Ehmann*, a.a.O., Rdnr. 27), auch hier kommt es jedoch auf die Umstände des Einzelfalles an (*Soergel/Beuthien*, a.a.O., Rdnr. 21; *Palandt/Sprau*, BGB, 64. Aufl., § 667 Rdnr. 8; vgl. auch BGHZ 109, 260, 264).

(2) Das vom Bekl. während der Dauer der Abwicklung verwaltete Guthaben auf dem Abwicklungskonto war – auch soweit der Bekl. gem. § 55 Abs. 3, § 53 Abs. 9 und 10 BRAO Gebührenforderungen des Schuldners eingezogen hat – nicht nur „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ (§ 667 Fall 2 BGB), sondern diente auch der weiteren „Ausführung des Auftrags“ (§ 667 Fall 1 BGB). Der nach § 55 BRAO bestellte Abwickler hat das vorhandene Barvermögen in Besitz zu nehmen, um daraus die Kosten für die vorläufige Aufrechterhaltung des Kanzleibetriebs zu bestreiten (*Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 36; vgl. auch die Hinweise der BRAK für die Tätigkeit des Abwicklers, BRAK-Mitt. 1995, 238, 239). Gleiches gilt für eingehende Gebühren. Diese können im Rahmen des Erforderlichen ebenfalls für Aufwendungen wie Porto- oder Gerichtskosten (§ 55 Abs. 3, § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO, § 670 BGB) und für Vorschüsse auf die spätere Vergütung verwandt werden (BGHZ 156, 362, 369 f.).

I.d.R. wird der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO, § 667 BGB also erst mit dem Ende der Abwicklung fällig werden.

<p>Fälligkeit mit dem Ende der Abwicklung</p>
--

(3) Anders könnte möglicherweise zu entscheiden sein, wenn der Abwickler Überschüsse erwirtschaftet, die offensichtlich nicht mehr für die weitere Abwicklung benötigt werden (§ 271 Abs. 1 Fall 2 BGB). Um einen solchen Fall handelte es sich hier jedoch nicht. Nach der jetzt vorliegenden Endabrechnung wies das Abwicklungskonto am 31.12.2001 einen Stand von 31.593,03 Euro auf. Abzüglich der Fremdgelder von insgesamt 9.592,36 Euro und der Abwicklervergütung von 17.639,57 Euro bleibt nur ein Betrag von 4.361,10 Euro, welcher der Masse zugute kommt. Am 31.12.1999 – auf diesen Stichtag möchte der Kl. abstellen – stand keinesfalls fest, ob die Abwicklung einen Überschuss erbringen oder auch nur zur Deckung aller Unkosten ausreichen würde. Entgegen der Ansicht der Revision war es nicht Sache des Bekl., im Einzelnen darzulegen, in welcher Höhe das am 31.12.1999 vorhandene Guthaben auf dem Abwicklungskonto für die weitere Abwicklung der Kanzlei benötigt werden würde. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 667 BGB ist der Auftraggeber (BGH, Urt. v. 18.11.1986 – IVa ZR 79/85, WM 1987, 80), der gem. § 666 BGB jederzeit einen Auskunftsanspruch über den Stand der Geschäfte geltend machen kann. Der Auftragnehmer hat lediglich die bestimmungsgemäße Verwendung etwa erhaltener Gelder – die hier nicht im Streit ist – zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 4.10.2001 – III ZR 290/00, BGH-Report 2002, 71; v. 4.11.2002 – II ZR 210/00, BGH-Report 2003, 331; v. 19.2.2004 – III ZR 147/03, WM 2004, 2213).

(4) Der Vergütungsanspruch des Abwicklers wird ebenfalls mit dem Ende der Abwicklung fällig. Zuvor hat der Abwickler nur Anspruch auf Sicherheit (§ 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO) und Vorschüsse (§ 53 Abs. 10 Satz 6 BRAO). Die Festsetzung durch die zuständige RAK ist keine Fälligkeitsvoraussetzung. Sie ist nicht obligatorisch, sondern wird nur dann erforderlich, wenn sich die Beteiligten nicht über die Höhe der Vergütung einigen können (§ 53 Abs. 10 Satz 5 BRAO).

c) Folge der Aufrechnung ist das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen, soweit sie sich decken (§ 389 BGB). Der Vergütungsanspruch des Bekl. gem. § 55 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO beträgt 17.639,57 Euro. In dieser Höhe hat die zuständige RAK die Vergütung gem. § 55 Abs. 3, § 53 Abs. 10 Satz 5 BRAO festgesetzt. Die Festsetzung ist auch im Verhältnis

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

zum Kl. bestandskräftig. Der Einwand des Kl., er sei am Festsetzungsverfahren nicht beteiligt worden, widerspricht den Feststellungen des angefochtenen Urteils. Das Berufungsgericht hat die Akten der RAK beigezogen. Aus diesen ergab sich, dass der Bescheid über die Festsetzung der Vergütung dem Kl. spätestens am 9.2.2004 zugestellt worden ist und der Kl. innerhalb der Monatsfrist des § 223 Abs. 1 BRAO keinen Antrag auf gerichtliche Überprüfung gestellt hat. Die entsprechenden Ausführungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils hat der Kl. nicht durch einen Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen.

2. Anschlussrevision des Bekl.

a) Die Revision des Bekl. ist als Anschlussrevision zulässig. § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO erklärt die Anschlussrevision auch dann für statthaft, wenn „die Revision nicht zugelassen worden ist“. In der bisherigen Rspr. des BGH ist offen geblieben, ob mit Rücksicht auf die Abhängigkeit der Anschlussrevision von der Hauptrevision ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand der Hauptrevision und demjenigen der Anschlussrevision bestehen muss (BGHZ 155, 189, 191 f.; BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 276/03, z.V.b.). Diese Frage bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, weil ein entsprechender Zusammenhang besteht. Sowohl die Haupt- als auch die Anschlussrevision betreffen die Frage, ob und in welchem Umfang der nach §§ 55, 53 BRAO bestellte Abwickler einer RA-Kanzlei gegenüber dem Treuhänder im Insolvenzverfahren über das Vermögen des RA herausgabepflichtig ist. Die Frist des § 554 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist eingehalten worden.

b) Die Anschlussrevision bleibt jedoch ohne Erfolg.

<p>Anspruch auch bzgl. des Fremdgeldes</p>

Der Herausgabeanspruch des Kl. aus § 667 BGB i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1, § 53 Abs. 9 Satz 2 BRAO und § 80 InsO erstreckt sich auch auf das vom Bekl. eingezogene Fremdgeld.

aa) Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision steht das Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) der Auftraggeber des Schuldners diesem Anspruch nicht entgegen. Der Herausgabeanspruch der Mandanten aus § 667 BGB richtet sich gegen den Schuldner, den ehemaligen RA nämlich, in dessen Interesse, für dessen Rechnung und auf dessen Kosten der Bekl. tätig geworden ist (§ 55 Abs. 3, § 53 Abs. 9 Satz 1 BRAO). Während seiner Bestellung zum Abwickler der Kanzlei des Schuldners hätte der Bekl. diese Ansprüche befriedigen können und müssen. An Weisungen des Vertretenen ist der Abwickler nicht gebunden (§ 55 Abs. 3, § 53 Abs. 10 Satz 2 BRAO). Nach Ablauf der Bestellung besteht demgegenüber keine Grundlage für ein Handeln des Bekl. namens des Schuldners mehr, wie auch die Gläubiger keine Möglichkeit mehr haben, Zahlungen durch den Bekl. zwangsweise durchzusetzen.

bb) Dass der Kl. während der Dauer der Abwicklung einer Auszahlung von Fremdgeld an die Berechtigten zu Unrecht widersprochen hat, steht seinem Anspruch auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten nach Ablauf der Bestellung des Bekl. nicht entgegen. Ggf. haftet er den Berechtigten aus § 60 InsO; der Bekl. – der die Auszahlungen trotz des Widerspruchs des Kl. hätte vornehmen müssen (§ 55 Abs. 3, § 53 Abs. 10 Satz 2 BRAO) – kann sich darauf jedoch nicht berufen. Im Übrigen war sein eigenes Verhalten nicht weniger widersprüchlich als dasjenige des Kl., denn er hat seinerseits die Auszahlung an die Mandanten wegen des angeblichen „Insolvenzbeschlages“ des Geldes verweigert.

c) Die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit dem restlichen Vergütungsanspruch des Bekl. ist unzulässig. Über die gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ist eine Aufrechnung ausgeschlossen, wenn das nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar erscheinen lässt. Nach st. Rspr. des BGH dürfen insbesondere Treuhänder gegen den Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nicht beliebig aufrechnen, es sei denn, die Gegenforderungen haben ihren Grund in dem Treuhandverhältnis oder dem Auftrag und den damit verbundenen Aufwendungen (BGHZ 95, 109, 113; 113, 90, 93 f.; BGH, Urt. v. 21.1.1999 – I ZR 209/96, WM 1999, 1462, 1463).

aa) Das Fremdgeld, dessen Auskehrung der Kl. verlangt, beruht auf Einziehungsaufträgen, die der Bekl. in seiner Eigenschaft als Abwickler der Kanzlei des Schuldners von dessen Mandanten erhalten hatte. Es musste an die Mandanten des Schuldners ausgekehrt werden, in deren Auftrag es eingezogen worden war. Diesen gegenüber wäre eine Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch allerdings schon mangels Gegenseitigkeit der beiderseitigen Forderungen unzulässig gewesen, denn der Vergütungsanspruch des Abwicklers richtet sich gegen den Vertretenen, nicht gegen dessen Mandanten (§ 55 Abs. 3, § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO).

bb) Auch nach dem Ende der Abwicklungstätigkeit besteht die Zweckbindung des Fremdgeldes fort. Der Anspruch der Mandanten des Schuldners gegen diesen auf Auskehrung der ihnen zustehenden Beträge bleibt unberührt (vgl. für den umgekehrten Fall der Anordnung der Abwicklung OLG Düsseldorf, AnwBl. 1997, 226). Der Bekl. ist lediglich nicht mehr berechtigt, für den Schuldner zu handeln; dieser – und für ihn gem. § 80 InsO der Kl. – muss den Anspruch vielmehr selbst erfüllen. Diese Zweckbindung prägt auch das Rechtsverhältnis der Parteien. Der Bekl. kann sich folglich nicht dadurch, dass er die Ansprüche der Gläubiger pflichtwidrig nicht erfüllt hat, einen Vorteil verschaffen, nämlich die vor dem Ende der Bestellung zum Abwickler nicht bestehende Möglichkeit der Aufrechnung mit seiner Gebührenforderung.

3. Der Senat sieht Anlass zu folgendem Hinweis: In den Tatsacheninstanzen hat der Kl. die Auffassung vertreten, nicht zur Aussonderung des vom Bekl. eingezogenen Fremdgeldes verpflichtet zu sein, weil der Bekl. dieses Geld nicht auf einem Anderkonto, sondern auf dem von ihm selbst eingerichteten und auf seinen Namen lautenden Abwicklungskonto verwahrt habe (ebenso *Bähr*, jurisPR-InsR 2/2005 v. 12.5.2005, Anm. 4). Diese Ansicht ist unrichtig. Das Fremdgeld wäre nur dann vom Insolvenzbeschluss erfasst worden, wenn es sich auf einem Konto des Schuldners befunden hätte. Rechte an einem Konto des Bekl. standen der Masse hingegen nicht zu.

Während der Dauer der Abwicklung gehörte das Fremdgeld unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zur Masse. Daran ändert sich nichts durch die Herausgabe des Fremdgeldes an den Kl. Die für den Bekl. geltende Zweckbindung der Treuhand gegenüber den Mandanten des Schuldners hat der Kl. daher in gleicher Weise zu beachten. Das Geld ist ohne weitere Sachprüfung an die Mandanten auszukehren, denen es seit 1999 rechtswidrig vorenthalten wird.

<p>Fremdgeld gehörte nicht zur Masse</p>

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Sozietätsauflösung – Anspruch auf Kündigung der Telefonanschlüsse

BRAO § 59a; BGB § 730, § 738

***1. Hatten sich zwei RAe zu einer Sozietät zusammengeschlossen, kann ein Anwalt nach Beendigung der Zusammenarbeit von dem anderen verlangen, dass die gemeinsamen Telefon- und Telefaxanschlüsse gekündigt werden.**

***2. Kein Sozius hat, soweit eine anderweitige Vereinbarung fehlt, einen Anspruch auf alleinige Übertragung und Nutzung der gemeinsamen Telefon- und Telefaxnummern.**

***3. Für die Zwecke der Abwicklung und Auseinandersetzung der Sozietät genügt es vielmehr, die bisherigen Durchwahlnummern auf einen Ansagedienst zu legen, so dass Mandanten selbst entscheiden, welchen Anwalt sie anrufen wollen.**

OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2005 – 8 U 189/04

Aus den Gründen:

A. Die Parteien betrieben gemeinsam bis Ende des Jahres 2003 eine Anwaltssozietät. Sie schlossen keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag. Im vorliegenden Prozess streiten sie über die Frage, ob die Telefon- und Faxanschlüsse der beendeten Sozietät zu kündigen sind oder von dem Bekl. weiterhin benutzt werden können. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das LG hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird verwiesen auf die Entscheidungsgründe des Urteils, das der Kl. mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung angefochten hat.

Dieser wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Sachvortrag und trägt ergänzend vor:

Nach der Auflösung der Sozietät zum 31.12.2003 sei insgesamt deren Abwicklung erforderlich. Diese erfordere auch die Beendigung des Telefonvertrages. Die Gesellschafter seien verpflichtet, zur raschen Beendigung beizutragen. Seine langjährige Bindung im Außenverhältnis sei nicht zumutbar, er würde für die Verbindlichkeiten gegenüber der U. haften. Der Bekl. habe auch keinen Anspruch auf Fortführung des Vertrages im Hinblick auf die Abwicklung der Sozietät. Die Betreuung der ehemaligen Sozietätsmandanten sei, soweit überhaupt erforderlich, auch mit einer neuen Telefonnummer möglich. Der Bekl. habe angekündigt, die Kosten weiterhin von dem positiven Sozietätskonto zu begleichen, obwohl die Telefonate im Wesentlichen in seiner neuen Kanzlei anfallen würden. Die Rechtslage im vorliegenden Fall sei der bei Mietverträgen von Lebensgefährten vergleichbar. Berufsrechtliche Vorschriften seien für die vorliegende Frage der Kündigung des Telefonanschlussvertrages und die Abwicklung der Sozietät irrelevant.

Der Kl. beantragt, das Urteil des LG ... v. 6.8.2004 abzuändern und den Bekl. zu verurteilen, die Telefon- und Telefaxanschlüsse der ehemaligen Anwaltssozietät O/I, ehemals geschäftsansässig L-Straße in T., mit den Nummern .../... und .../... der U. AG zu kündigen.

Der Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Sachvortrag und trägt ergänzend vor:

Die Telefon- und Faxanschlüsse seien für die Abwicklung der Gesellschaft erforderlich, an der der Kl. bisher nicht mitgewirkt habe. Auch der Vertrag betreffend die Telefonanlage habe den Kl. bisher nicht interessiert; dies sei ein Indiz dafür, dass er mit der Klage lediglich geschäftsfremde persönliche

und wirtschaftliche Eigeninteressen verfolge. Ferner sei die Vorschrift des § 59a BRAO auch für die Auseinandersetzung relevant. Die Abwicklung der Sozietätsmandate werde sich noch hinziehen. Der Kl. könne nicht verlangen, dass die Weiterbetreuung eines Teils des alten Mandantenstamms mit neuer Telefonnummer erfolge. Dieser hafte auch nicht für die Telefongebühren, weil er, der Bekl., bereit sei, ihn freizustellen, wie dies bereits mit Schriftsatz v. 19.5.2004 mitgeteilt worden sei. Zudem würden die Telefonkosten seit Januar 2005 nicht mehr vom Sozietätskonto bezahlt, sondern von ihm – dem Bekl. – getragen.

B. Die zulässige Berufung des Kl. ist begründet.

Der geltend gemachte Anspruch folgt aus dessen Recht, die Auseinandersetzung der beendeten Sozietät der Parteien nach § 730 I BGB zu verlangen.

Recht auf Auseinandersetzung der Sozietät
--

I. Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Abgabe einer Kündigungserklärung betreffend die Telefon- und Telefaxanschlüsse der von ihnen ehemals betriebenen Sozietät. Der vom Kl. formulierte Klageantrag, die Telefon- und Telefaxanschlüsse gegenüber der U. zu kündigen, ist darauf gerichtet und deshalb als Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung auszulegen. Dementsprechend hat der Senat den Urteilstenor klarstellend formuliert.

II. Der Vertrag mit der U. betreffend die Telefon- und Faxanschlüsse gehört zu den abzuwickelnden Verträgen der Sozietät. Vertragspartner waren entgegen der Meinung des Bekl. beide Parteien. Durch den Auftrag zur Umstellung des ursprünglich auf den Bekl. angemeldeten Anschlusses v. 21.9.1999 wurde der Kl. zusammen mit dem Bekl. Vertragspartner der U. Der Auftrag lautete ausdrücklich auf beide Parteien als Auftraggeber. Aus dem maßgeblichen Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) der U., der auch in ihrem Schr. v. 31.3.2004 dokumentiert ist, hat sie den Auftrag auch so verstanden. Der diesen allein unterzeichnende Bekl. hat den Kl. dabei wirksam nach § 714 BGB vertreten.

III. Der Anspruch des Kl. gegen den Bekl., an der Beendigung des Vertragsverhältnisses zur U. mitzuwirken, indem er die Kündigung gegenüber der U. erklärt, folgt aus seinem Recht, die Auseinandersetzung der beendeten Sozietät nach § 730 I BGB zu verlangen. Dieser geht der subsidiär geltenden Vorschrift des § 731 Satz 2 BGB (i.V.m. § 753 BGB) vor (vgl. *Ulmer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, 4. Aufl., § 731 BGB Rdnr. 1; *Palandt/Sprau*, 64. Aufl., § 731 BGB Rdnr. 1; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 731 BGB Rdnr. 2, 4; ebenso OLG Hamburg, NJW-RR 2001, 1012).

Kein Gesellschafter hat, soweit eine anderweitige Vereinbarung fehlt, einen Anspruch auf alleinige Übertragung und Nutzung der gemeinsamen Telefon- und Telefaxnummern (vgl. Senat, NJW-RR 2001, 245).

Kein Anspruch auf alleinige Nutzung
--

IV. Demgegenüber greifen die Einwendungen des Bekl. nicht durch.

1. Soweit dieser behauptet, dass der Kl. mit der vorliegenden Klage gesellschaftsfremde Zwecke verfolgt, weil ihn bisher der Vertrag mit der U. über die Telefonanlage nicht interessiert hat, ist dieser Sachvortrag unerheblich. Die unterschiedlichen Verträge können unterschiedlich abgewickelt werden. Ferner spielt der Wettbewerbsaspekt bei dem Vertrag über die Telefonanlage keine Rolle.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

2. Welche konkreten Auswirkungen die Ausführungen in der Berufungserwiderung zum anwaltlichen Berufsrecht auf den hier zu entscheidenden konkreten Einzelfall haben, legt der Bekl. nicht dar. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

3. Der Kl. weist unter Bezugnahme auf das Urteil des Senats v. 5.6.2000 – 8 U 180/99, NJW-RR 2001, 245 ff. zutreffend darauf hin, dass der Bekl. nicht verlangen kann, dass ihm die Telefon- und Faxanschlüsse der beendeten Sozietät zur alleinigen Nutzung übertragen werden. Deren Beibehaltung ist auch bis zur endgültigen Abwicklung der Sozietätsmandate nicht erforderlich.

Einrichtung eines Ansagedienstes

Für die Zwecke der Abwicklung und Auseinandersetzung genügt es vielmehr, die bisherigen Durchwahlnummern auf einen

Ansagedienst zu legen, so dass Mandanten selbst entscheiden können, welche Partei sie anrufen wollen; dies hat die U. in ihrem Schr. v. 31.3.2004 auch angeregt.

4. Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Bekl. die Telefon- und Faxanschlüsse auch als Vorsitzender des X-Vereins T. e.V. vor und nach der Gründung der Sozietät der Parteien nutzte und nutzt. Entscheidend ist, dass der Kl. im Außenverhältnis für die Kosten gegenüber der U. mithaftet. Die Umstellung der Anschlüsse und deren „Erweiterung“ auf den Kl. hat der Bekl. selbst in Kenntnis aller Umstände veranlasst, so dass kein Grund besteht, deshalb von der üblichen Folge der Auflösung und Auseinandersetzung der GbR abzuweichen. Allein eine etwaige Freistellung des Bekl. gegenüber dem Kl. ändert daran nichts; darauf müsste Letzterer sich nur einlassen, wenn die Parteien vereinbart hätten, dass der Bekl. die Gesellschaft „übernimmt“ und die Kanzlei fortführt; dann würde die Vorschrift des § 738 I 2 BGB entsprechend anzuwenden und der Kl. freizustellen sein (vgl. dazu *Ulmer*, § 738 BGB Rdnr. 11 m.w.N.). Hier haben die Parteien aber die Auflösung und Abwicklung der Sozietät gewählt, so dass für eine Freistellung nach vorgenannter Vorschrift kein Raum ist.

V. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

VI. Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage vertretener und anerkannter Auffassungen in Rspr. und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt so weder grundsätzlich Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des BGH zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rspr. erforderlich.

Unzulässige Namensfortführung früherer Kanzleihinhaber bei Neugründung

BORA § 10 Abs. 4; UWG § 4 Nr. 11

***1. § 10 Abs. 4 BORA gibt dem RA kein Recht, Namen früherer Kanzleihinhaber auf dem Briefbogen weiter zu führen, wenn die ehemalige Kanzlei in Wirklichkeit nicht mehr besteht, sondern es sich um eine neu gegründete RA-Kanzlei handelt.**

***2. Anderenfalls kann eine nicht unerhebliche Zahl von Rechtsuchenden dazu verleitet werden, im Vertrauen auf eine tatsächlich bestehende Tradition der Kanzlei gerade diese aufzusuchen und mit entsprechenden Mandaten zu betreuen.**

OLG Stuttgart, Ur. v. 4.8.2005 – 2 U 38/05

Aus den Gründen:

I. Die Verfügungskl. erwirkte gegen den Verfügungsbekl. eine Beschlussverfügung des LG ... v. 17.12.2004, mit der dieser verpflichtet wurde, es zu unterlassen, auf seinem Briefkopf oder in den sonstigen Verlautbarungen seiner Kanzlei, die Herren G. und S. aufzuführen. Auf den Widerspruch des Verfügungsbekl. hat der Einzelrichter der 17. Zivilkammer des LG ... diese Beschlussverfügung mit Ur. v. 4.2.2005 bestätigt. Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass der Verfügungskl. ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8; 4 Nr. 11; 3 UWG zustehe, weil die Herren G. und S. nicht mehr zugelassene Anwälte i.S.d. § 59a BRAO seien und gem. §§ 43, 43b BRAO i.V.m. § 10 Abs. 4 BORA im Anwaltsbriefkopf grundsätzlich nur zugelassene RAe oder Personen, deren Zusammenarbeit ausdrücklich in § 59a BRAO erwähnt sei, geführt werden dürften. Allein die Angabe des Enddatums der Tätigkeit der Herren G. und S. reiche für den Ausschluss einer Täuschung des Verkehrs nicht aus. Denn der Verfügungsbekl. spiegele durch seine Gestaltung des Briefkopfs dem Verkehr vor, dass zwischen ihm und den beiden Herren sowie auch möglicherweise zwischen diesen beiden früher eine Anwaltssozietät bestanden habe, was tatsächlich nicht der Fall gewesen sei.

Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung bringt der Verfügungsbekl. vor, dass ein Verstoß gegen § 10 Nr. 4 BORA (i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG) nicht vorliege, weil die Herren G. und S. aus der Kanzlei, deren Inhaber er heute sei, ausgeschieden seien. Durch die Gestaltung des Briefkopfs werde nicht der Eindruck erweckt, zwischen ihm und den beiden Herren habe zu irgendeinem Zeitpunkt eine Sozietät oder eine Form der gemeinsamen Berufsausübung bestanden. Im Übrigen sei eine etwaige Fehlvorstellung einzelner Rechtsuchender auch wettbewerbsrechtlich nicht relevant.

Der Verfügungsbekl. beantragt:

1. Das Urteil des LG ... v. 4.2.2005 wird abgeändert.

2. Die durch Beschluss des LG ... v. 17.12.2004 erlassene einstweilige Verfügung wird aufgehoben. Der Antrag der Verfügungskl. auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Verfügungskl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen und verteidigt das angefochtene Urteil als richtig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

1. Der Verfügungsbekl. hat gegen § 10 Abs. 4 BORA verstoßen und somit einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, § 4 Nr. 11 UWG.

a) §§ 8–10 BORA, durch die die Regelung des § 43b BRAO ausgestaltet wird, sind gesetzliche Vorschriften i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

b) Gem. § 10 Abs. 4 BORA können ausgeschiedene Kanzleihinhaber, Gesellschafter, Angestellte oder freie Mitarbeiter auf den Briefbögen einer RA-Kanzlei nur weitergeführt werden, wenn

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

ihr Ausscheiden kenntlich gemacht wird. Voraussetzung für die Fortführung eines RA auf dem anwaltlichen Briefbogen ist somit zum einen, dass er in dieser Kanzlei in einer der in § 10 Abs. 4 BORA genannten Funktion tätig gewesen ist, da nur dann ein „Ausscheiden“ i.S.d. Bestimmung vorliegen kann; und zum anderen, dass sein Ausscheiden im Briefkopf kenntlich gemacht wird.

Die Anhörung der Parteien in der Sitzung v. 21.7.2005 hat ergeben, dass die Herren G. und S. nicht in der Kanzlei tätig gewesen sind, die der Verfügungsbekl. betreibt. Es handelt sich vielmehr um zwei unterschiedliche Kanzleien. Ein „Ausscheiden“ i.S.v. § 10 Abs. 4 BORA aus der vom Verfügungsbekl. betriebenen Kanzlei liegt daher nicht vor.

Unstreitig wurde die Zulassung als RA Herrn S. im Oktober 1998, Herrn G. im Juni 2004 entzogen. Nachdem Herrn G. die Zulassung entzogen worden war, wurde zunächst RA K. als Abwickler bestellt.

In der mündlichen Verhandlung v. 21.7.2005 hat der Vertreter der Kl., RA B., erklärt, die zunächst angeordnete Abwicklung der Kanzlei G. sei von der Verfügungskl. aufgehoben worden, weil Herr G. mitgeteilt habe, dass RA K. 98 % der Mandate der früheren Kanzlei G. übernommen habe. RA K. habe diese Mandate nicht in den Räumen der Kanzlei G., sondern in den Räumen seiner eigenen Kanzlei in der ...straße betreut. Der Verfügungsbekl. hat diesen Vortrag in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten.

Unter Zugrundelegung dieses Sachvortrags ergibt sich aber, dass der Bestand und Betrieb der Kanzlei G. spätestens in dem Moment endete, als nach Anordnung der Abwicklung RA K. nahezu die gesamten Mandate der Kanzlei übernahm und in seiner eigenen Kanzlei weiterbetreute.

**Kein Ausscheiden
i.S.d. § 10 IV BORA,
sondern Kanzlei-
neugründung**

Bei der Kanzlei, die der Verfügungsbekl. später in den früheren Räumen der Kanzlei G. eröffnete, handelt es sich daher um eine von der nicht mehr bestehenden Kanzlei G. zu unter-

scheidende, neu gegründete RA-Kanzlei. Die Kontinuität der Kanzlei G. wurde daher durch die Übernahme der Mandate in die RA-Kanzlei K. endgültig unterbrochen und durch die spätere Übertragung des Mandantenstammes durch RA K. auf den Verfügungsbekl. nicht mehr fortgesetzt. Die heute nicht mehr zugelassenen RAe G. und S. sind somit nicht aus der Kanzlei, die der Verfügungsbekl. betreibt, ausgeschieden und dürfen daher auch nicht in deren Briefkopf als ausgeschiedene Kanzleihinhaber oder Gesellschafter fortgeführt werden, und zwar auch dann nicht, wenn der Verfügungsbekl. das Enddatum ihrer Tätigkeit angibt.

2. Dieser Verstoß gegen §§ 4 Nr. 11 UWG, 10 Abs. 4 BORA ist auch geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und Verbraucher (Rechtsuchenden) nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, § 3 UWG.

Es besteht die nicht unerhebliche Gefahr, dass insbesondere Rechtsuchende, die nur wenig Kontakt mit RAen haben und daher auch die Gepflogenheiten der Gestaltung anwaltlicher Briefköpfe nicht kennen, aufgrund der Briefkopfgestaltung des Verfügungsbekl. den falschen Eindruck gewinnen, es handele sich bei der Kanzlei, die der Verfügungsbekl. heute betreibt, um dieselbe Kanzlei, in der früher die Herren S. und G. tätig gewesen sind, so dass diese Kanzlei eine gewisse Tradition aufweise.

Dieser den Tatsachen nicht entsprechende Eindruck kann eine nicht unerhebliche Zahl von Rechtsuchenden dazu verleiten,

**Vorspiegelung
falscher Tatsachen**

im Vertrauen auf eine entsprechende Tradition der Kanzlei gerade diese aufzusuchen und den Verfügungsbekl. mit entsprechenden Mandaten zu betrauen. Es besteht somit die Gefahr, dass der Wettbewerb durch eine Fehlvorstellung, die der Verfügungsbekl. bei den Rechtsuchenden hervorruft, zum Nachteil anderer RAe, die sich an die Regelung des § 10 Abs. 4 BORA halten, verzerrt wird. Gegenüber dem Interesse der Rechtsuchenden, vor derartigen Fehlvorstellungen geschützt zu werden, und dem Interesse der Mitbewerber an der Vermeidung einer solchen Wettbewerbsverzerrung hat das Interesse des Verfügungsbekl., mit den Namen G. und S. zu werben, zurückzutreten. Ein legitimes Interesse eines RA, mit einer Tradition seiner Kanzlei und daher auch mit dem Namen früherer Kanzleihinhaber oder -gesellschafter zu werben, ist nur dann anzuerkennen, wenn eine solche Tradition wirklich besteht, nicht aber dann, wenn es sich bei seiner Kanzlei tatsächlich um eine Neugründung handelt.

3. Aus den genannten Gründen handelt es sich bei der Nennung der beiden Herren im Briefkopf des Verfügungsbekl. auch um eine in wettbewerbsrelevanter Weise irreführende Werbung, so dass auch ein Verstoß gegen §§ 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3; 3 UWG vorliegt.

4. Aus diesen Gründen ist ein Verfügungsanspruch auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG gegeben. Dass ein Verfügungsgrund vorliegt, hat der Verfügungsbekl. nicht widerlegt, § 12 Abs. 2 UWG.

Das LG hat die einstweilige Verfügung daher zu Recht erlassen, so dass die Berufung zurückzuweisen war.

III. Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz des Verfügungsbekl. v. 3.8.2005 war gem. § 296a ZPO nicht zu berücksichtigen. Er bot keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO, nachdem der Verfügungsbekl. in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit hatte, den Vortrag der Gegenseite zumindest zu bestreiten und, soweit er sich zu weiteren Einzelheiten nicht sofort erklären konnte, ein Schriftsatzrecht nach § 283 ZPO zu beantragen.

Zu den Voraussetzungen der Beiordnung eines Notarwalts

ZPO § 78b

***1. Die Beiordnung eines Notarwalts in einem Verfahren, in dem Anwaltszwang herrscht, kommt nur dann in Betracht, wenn der Rechtsuchende nachgewiesen hat, dass es ihm trotz zumutbarer Anstrengungen nicht möglich gewesen ist, einen zur Vertretung bereiten RA zu finden.**

***2. In diesem Zusammenhang kann von dem Rechtsuchenden zwar nicht verlangt werden, dass dieser sich bei allen am Sitz des Gerichts tätigen RAen um die Übernahme des Mandats vergeblich bemüht hat. Beschränkt sich jedoch die Nachfrage auf lediglich vier RAe am Sitz des Gerichts und zwei weitere RAe, sind diese Bemühungen nicht als ausreichend für eine Notarwaltsbestellung gem. § 78b ZPO anzusehen.**

OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.8.2005 – 2 LA 383/05

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Einordnung des Rechtsanwalts als arbeitnehmerähnliche Person

ArbGG § 5, § 48; GVG § 17a

***Ein RA, der als freier Mitarbeiter für eine Kanzlei tätig ist, ist jedenfalls dann als eine arbeitnehmerähnliche Person anzusehen, wenn er tatsächlich sein gesamtes Einkommen von dieser Kanzlei bezieht und dort dem geregelten Arbeitsablauf, der eine bestimmte Reihenfolge für die Erstellung der Schriftsätze vorsieht, unterworfen ist.**

LAG Köln, Beschl. v. 6.5.2005 – 4 Ta 40/04

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 48 Abs. 1 ArbGG, 17a Abs. 4 Satz 3 GVG zulässige sofortige Beschwerde der Kl. ist begründet. Der Rechtsweg zu den ArbGG ist für sie eröffnet, weil sie jedenfalls eine arbeitnehmerähnliche Person ist und als solche nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmerin i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG gilt. Ob sie darüber auch die weiteren Voraussetzungen einer Arbeitnehmerin erfüllt, kann dahinstehen.

1. Arbeitnehmerähnliche Personen sind, was zumeist auf ihrer gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsabhängigkeit oder ihrer fehlenden intensiven Eingliederung in die betriebliche Organisation beruht, wesentlich weniger persönlich abhängig als Arbeitnehmer (BAG v. 17.6.1999 – 5 AZB 23/98 –; *Kliemt* in: *Schwab/Weth* (Hrsg.), ArbGG, § 5 Rdnr. 202); dafür tritt an Stelle der persönlichen Abhängigkeit das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. Unselbständigkeit und eine einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit (BAG v. 8.9.1997 – 5 AZB 3/97 –; *Müller-Glöge* in: *Germelmann* u.a., ArbGG, 5. Aufl. § 5 Rdnr. 20a; *Kliemt*, a.a.O., Rdnr. 209). Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist gegeben, wenn die Person auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft und die Einkünfte aus ihrer Dienstleistung als Existenzgrundlage angewiesen ist (BAG v. 2.10.1990 – 4 AZR 106/90 –; *Müller-Glöge*, a.a.O.); dies ist dann der Fall, wenn die Tätigkeit die einzige wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt, ohne dass es von Belang ist, ob eine vertragliche Erlaubnis vorliegt, daneben anderen Tätigkeiten nachzugehen (BAG v. 30.8.2000 – 5 AZB 12/00 –, NZA 2000, 1359 [1360]). Eine vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind (*Müller-Glöge*, a.a.O.; m.w.N.; *Kliemt*, a.a.O.).

Bezeichnung im Vertrag ist unerheblich

Für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ist es jedenfalls unbedeutend, ob die jeweiligen Verträge eine Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ vorsehen (OLG München v. 24.11.1998 – 29 W 3071/98 –, MDR 1999, 1412; OLG Brandenburg, 7.2.2002 – 14 W 10/01 –, NJW 2002, 1659).

2. Danach war die Kl. zumindest als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen.

Wirtschaftliche Abhängigkeit

Ihr gesamtes Einkommen stammte vom Bekl. Dass sie daneben die rechtliche Möglichkeit hatte, eigene Mandanten zu betreuen, hinderte ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom Bekl. nicht.

Denn diese Möglichkeit bot ihr gerade auf dem von zahlreichen Anwälten besetzten Arbeitsmarkt in und um Köln keine

realistische Chance, ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Die Kl. unterhielt kein eigenes Anwaltsbüro, keine eigene Büroorganisation, die ihr eine Chance zur Akquisition von eigenen Mandanten in einem nennenswerten Umfang gegeben hätten.

Sofern der Bekl. darauf hinweist, dass die Kl. neben ihrer Tätigkeit als RA in sich um ihr Weiterbildungsstudium zur Wirtschaftsjuristin an der Universität bemüht habe, so steht das schon aus den vorgenannten Erwägungen im Gesamtbild der Annahme einer einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit nicht entgegen. Im Übrigen hat das BAG in dem vom Bekl. angeführten Beschluss (16.7.1997 – 5 AZB 29/96 –) nicht generell die wirtschaftliche Abhängigkeit dadurch charakterisiert, dass die Gestaltung des Vertragsverhältnisses den Dienstleistenden derart beansprucht, dass er daneben keine nennenswerte weitere Erwerbstätigkeit mehr ausüben kann. Es hat diese Tatsache im konkreten Fall lediglich als eine von mehreren Kriterien zur Gesamtwürdigung herangezogen. Die Tätigkeit der Kl. steht in ihrer Sozialtypik einem Teilzeitarbeitsverhältnis sehr nahe.

Die Kl. war auch im Hinblick auf ihre monatlichen Einkünfte von durchschnittlich 2.440 Euro im Zeitraum von Januar bis November 2003 und die Notwendigkeit, ihre Dienste für den Bekl. persönlich zu erbringen, einem Arbeitnehmer ähnlich schutzbedürftig. Bei der Höhe der Einkünfte ist zu berücksichtigen, dass die Kl. von diesem Verdienst im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer die gesamte Vorsorge selbst bestreiten musste.

Hierarchische Einordnung

Für die arbeitnehmerähnliche Sozialtypik spricht ferner die hierarchische Einordnung der Kl. Unstreitig hat der Bekl. nicht nur Schriftsätze der Kl. korrigiert, er hat auch selbst vorgetragen, dass die Kl. einem „geregelten Arbeitsablauf, der eine bestimmte Reihenfolge für die Erstellung der Schriftsätze vorsah“, unterworfen gewesen sei, und dazu betont, dass er selbst dabei „sein legitimes Recht als Inhaber der Kanzlei und nach außen hin alleinverantwortlicher RA“ ausgeübt habe, für alle die Richtlinien der Büroorganisation vorzugeben. Die Kl. arbeitete persönlich innerhalb einer vorgegebenen Organisation für den Bekl., der das Unternehmerrisiko trug.

Da die Arbeitszeit eines RA z.B. aufgrund einzuhaltender Fristen, wachsender Gerichtstermine und der Notwendigkeit von Besprechungen mit Mandanten ohnehin erheblichen zeitlichen Vorgaben unterliegt, spricht im Übrigen einiges dafür, angesichts der hierarchischen Einordnung der Kl. die ihr noch verbleibende Freiheit zu Zeitdispositionen nicht als entscheidendes Moment in der Gesamtwürdigung auch bei der hier offen gelassenen Frage zu berücksichtigen, ob ein Arbeitsverhältnis i.e.S. vorlag.

Schließlich spricht für die zumindest arbeitnehmerähnliche Einordnung der Kl. der Vortrag des Bekl. selbst, es habe „in der Natur der Sache“ gelegen, dass die Kl. bei der Bearbeitung oftmals ihre Arbeit zwangsläufig im Büro des Bekl. habe durchführen müssen, so dass sie aus diesem Grunde auch die Nutzung der entsprechenden Ausstattung zur Verfügung gestellt bekommen habe.

Dass die Kl. lediglich aus dem Vertragsverhältnis zum Bekl. ihre Erwerbseinkünfte bezog, hat sie durch Schreiben ihrer Steuerberaterin v. 20.1.2005 und die weiteren detaillierten Aufstellungen hinreichend glaubhaft gemacht. Letztlich hat der Bekl. dies auch nicht mehr bestritten. Irrelevant ist demgegenüber, ob der Lebensgefährte der Kl. über hohe Einkünfte verfügte.

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

(Fortsetzung von Seite VIII)

Dabei kann jedoch auf vorformulierte und chiffrierte Tätigkeitsblöcke Bezug genommen werden. Den letzten Länderbericht zu Polen präsentierte Herr Rechtsanwalt *Ryszard Armatowski*, Posen, in dem er insbesondere auf die Vor- und Nachteile der einzelnen Rechtsformen, die für die Gründung von Tochtergesellschaften in Polen in Frage kommen, einging. Einen Gesamtüberblick verschaffte im Übrigen eine synoptische Gegenüberstellung zu den Themen GmbH Gründung, Publizitätserfordernisse und Organisationsverfassung sowie zu der Gründung und rechtlichen Behandlung von Zweigniederlassungen, die die Teilnehmer neben den schriftlichen Referaten in ihren Tagungsunterlagen vorfanden.

In der anschließenden 19. Mitgliederversammlung wurde insbesondere die Verlegung des Sitzes der Vereinigung von München, dem Kanzleisitz des bisherigen Präsidenten Dr. *Peter Wieland*, nach Düsseldorf, dem Kanzleisitz des

neuen Präsidenten Dr. *Peter Zimmermann*, beschlossen. Weiterhin wurde auf die im nächsten Jahr stattfindenden Tagungen der Vereinigung wie folgt hingewiesen:

Vom 18. bis 20.5.2006 findet im Hotel Sacher in Wien die Frühjahrstagung zu dem Thema „Unternehmensnachfolge“ und vom 21. bis 23.9.2006 findet im Best Western Premier Hotel Slon in Ljubljana die Herbsttagung zu dem Thema „Personenfreizügigkeit“ statt.

Den angenehmen Ausklang fand die Tagung bei einem Empfang in den Kanzleiräumen der Sozietät Hölters & Elsing in Düsseldorf, zu der der neue Präsident zusammen mit seinen Partnern eingeladen hatte. Dazu fanden sich auch die Mitglieder des Vorstands der befreundeten Belgisch-Deutsche Juristenvereinigung ein.

Weitere Informationen über die DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. sind erhältlich bei der Mitgliederverwaltung, c/o Frau Rechtsanwältin Dr. Susanne Hüppi, Klosbachstraße 10, CH-8032 Zürich, Tel.: 00 41 44 2 52 66 88,

Fax: 00 41 44 2 52 63 90, E-Mail: sh@interlaw.ch oder im Internet unter www.dach-ra.de.

Rechtsanwalt Dr. *Peter Zimmermann*,
Düsseldorf

Fragebogen des BFB zum Ausbildungsengagement der Freien Berufe

Der Bundesverband der Freien Berufe hat einen Fragebogen entwickelt, um mehr über das Ausbildungsengagement der Freien Berufe in Erfahrung bringen zu können. Wir bitten Sie, sich einige Minuten Zeit zu nehmen, die Fragen zu beantworten und den Fragebogen bis zum 31. Januar 2006 an den Bundesverband der Freien Berufe, Reinhardtstraße 34, 10117 Berlin, Fax: 0 30-28 44 44 40 zurückzusenden. Sie finden den Fragebogen auf der Internetseite der BRAK unter www.brak.de.