Mitteilungen

Herausgeber

Akzente

Aufgepasst! (RA Axel C. Filges)

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Aus dem Inhalt www.brak-mitteilungen.de

Beirat RAuN a.D. Dr. Eberhard Haas, Bremen RA Prof. Dr. Christian Kirchberg. Karlsruhe

RA JR Heinz Weil, Paris

Aufsätze Die Gewichtung von Fällen nach § 5 FAO (RA Dr. Andreas Klose)

Die Auswahl der Person eines Vertreters im Sinne des § 53 oder eines Abwicklers nach § 55 BRAO durch die Rechtsanwaltskammer (RA Dr. Detlef Haselbach/RAuN Lutz Tauchert)

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (RA Bertin Chab) Schutzbereich des Anwaltsvertrages (OLG Frankfurt v. 30.4.2008)

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Werbung – Bezeichnung als Verkehrsrechtsspezialist (EGMR v. 23.10.2007)

Berufsrechtsverstoß – Unterlassene Weiterleitung von Fremdgeld an den Mandanten (Niedersächsischer AGH v. 21.1.2008)

Abtretung von Vergütungsansprüchen an Nichtanwälte (m. Anm. RA Martin W. Huff)

(BGH v. 24.4.2008) 175

BRAKMagazin

Bologna: Qualität sichern – Chancen nutzen

(vom Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes Christoph Frank)



Startklar für den Elektronischen Rechtsverkehr?

Machen Sie den 5-Minuten-Check: www.annotext.de/erv





145

150

156

158

166

172



Generalthemen:

- Aktuelle Rechtsprechung zur Bürgschaft
- Mängelprobleme nach neuester Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH
- Grenzüberschreitendes Bauen in Europa
- Architektenrecht
- Aktuelle Rechtsprechungsübersicht Privates Baurecht
- Bauprozess

Kostenbeitrag: 495,– € Tagungsnummer: 162 028

Leitung:

Dr. Wolfgang **Koeble,** Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Reutlingen

Referenten:

Dr. Jürgen Ellenberger, Richter am BGH (XI. Zivilsenat); Prof. Dr. Jochen Glöckner, Universität Konstanz; Günther Jansen, Vors. Richter am OLG Hamm; Dr. Gundula Krüger-Doye, Vorsitzende Richterin am OLG Braunschweig; Dr. Ulrich Locher, Rechtsanwalt, Reutlingen; Dr. Achim Olrik Vogel, Rechtsanwalt, München



Das DAI ist zertifiziert nach DIN EN ISO 9001:2000 und zugelassener Träger nach § 84 SGB III / §§ 7,8 AZWV.

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.

Einrichtung von Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer, Rechtsanwaltskammern und Notarkammern Universitätsstr. 140 · 44799 Bochum · Tel. (02 34) 9 70 64 - 0 · Fax 70 35 07 baurecht@anwaltsinstitut.de

5 % Rabatt bei Online-Buchung: www.anwaltsinstitut.de

BRAK 4/2008 Mitteilungen Inhalt

Akzente	(OLG Koblenz, Urt. v. 1.2.2008 – 8 U 751/07) 161	
Aufgepasst! (A. C. Filges)	Fristen Vertrauen auf Befolgung von Weisungen (BGH, Beschl. v. 4.3.2008 – VI ZB 69/05; BGH, Beschl. v. 4.4.2007 – III ZB 85/06; BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – XII ZB 189/07)	
Aufsätze	Fristenkontrolle: Anweisung zur Überprüfung der Anzahl	
Sind Zweigstellen von Rechtsanwaltskanzleien in Briefbögen, E-Mails, Webseiten oder auf Kanzleischildern	der gefaxten Seiten (BGH, Beschl. v. 14.5.2008 – XII ZB 34/07)161	
als solche zu kennzeichnen? (Ch. Lemke)146	Berufshaftpflichtversicherung	
Die Gewichtung von Fällen nach § 5 FAO (A. Klose)	Wissentliche Pflichtverletzung (OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.10.2007 – 5 U 510/06) 162 Aus der Arbeit der BRAK	
Verknüpfungen einer Rechtsanwalts-Sozietät mit einer Steuerberatungs-GmbH aus steuerlicher Sicht		
(K. Otto)	Stellungnahmen	
Die Auswahl der Person eines Vertreters im Sinne des § 53 oder eines Abwicklers nach § 55 BRAO	Presseerklärungen	
durch die Rechtsanwaltskammer (D. Haselbach/L. Tauchert)	Satzungsversammlung in Berlin	
Pflichten und Haftung des Anwalts	Personalien	
Das aktuelle Urteil (B. Chab)	Personalien	
Schutzbereich des Anwaltsvertrages (OLG Frankfurt, Urt. v. 30.4.2008 – 4 U 176/07) 158		
Rechtsprechungsleitsätze (B. Chab/H. Grams/A. Jungk) Haftung		
Zur Haftung des Anwalts gegenüber Auftragnehmern des Mandanten (LG Offenburg, Urt. v. 28.2.2008 – 2 O 378/06) 160		
Haftung des Geschäftsführers in der Anwalts-GmbH (OLG Nürnberg, Hinweisbeschl. v. 21.1.2008 – 6 U 2208/07)	ANWÄLTE MIT RECHT	
Keine Scheinsozienhaftung bei nichtanwaltlicher Tätigkeit (BGH, Urt. v. 16.4.2008 – VIII ZR 230/07)160	IM MARKT WWW.ANWAELTE-IM-MARKT.DE	

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR	23.10.2007	2357/05	Werbung – Bezeichnung als Verkehrsrechtsspezialist	166
Bundesverfassungsgericht				
BVerfG	15.1.2008	1 BvL 2/04	Zur Verfassungsgemäßheit der Gewerbesteuerfreiheit von Freiberuflern (LS)	169
Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung				
BGH	28.4.2008	AnwZ (B) 16/08	Beiladung zu einem Wahlanfechtungsverfahren	169
BGH	21.4.2008	AnwZ (B) 42/07	Rechtsbeistand – Voraussetzungen für die Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer (LS)	170
BGH	11.3.2008	AnwZ (B) 55/07	Zulassung – Öffentliche Zustellung einer Widerrufsverfügung	170
BGH	10.12.2007	AnwZ (B) 64/06 u.a.	Ablehnungsgesuch gegen ehrenamtliche Richter des Anwaltssenats	171
Niedersächsische AGH	er 21.1.2008	AGH 1/07 (n.r.)	Berufsrechtsverstoß – Unterlassene Weiterleitung von Fremdgeld an den Mandanten	172
Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung				
BGH	30.4.2008	III ZB 8/08	Vergütung – Zur anteiligen Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens	174
BGH	24.4.2008	IX ZR 53/07	Abtretung von Vergütungsansprüchen an Nichtanwälte (m. Anm. <i>RA Martin W. Huft</i>)	175
BGH	16.4.2008	XII ZB 214/04	Vergütung – Reisekosten des RA bei überörtlicher Anwaltssozietät	178
BGH	14.4.2008	NotZ 100/07	Zugang zum Anwaltsnotariat – Besondere Berücksichtigung notarnaher Tätigkeiten	181
BGH	3.3.2008	II ZR 251/06	Anwaltswechsel nach Erschütterung des Vertrauensverhältnisses (LS)	184
BGH	13.3.2008	I ZB 20/07	Vergütung – Gebühr für die Einreichung einer Schutzschrift nach Rücknahme des Verfügungsantrags (LS)	184
BFH	8.4.2008	VIII R 73/05	Qualifizierung der Einkünfte einer freiberuflichen Personengesellschaft in Folge mitunternehmerischer Beteiligung einer Freiberufler-Kapital- gesellschaft	184
			Redaktioneller Hinweis	188

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

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

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

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

BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

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

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

Redaktion: Rechtsanwalt Stephan Göcken (Sprecher der Geschäftsführung/Schriftleiter), Rechtsanwalt Christian Dahns, Rechtsanwältin Peggy Fiebig, 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 99 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 19,80 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten.

ANZEIGEN: Regina Hamdorf (Anzeigenleitung), Telefon 02 11/8 87-14 84, Fax 02 11/8 87-15 00, E-Mail: fz.marketing@fachverlag.de

Gültig ist Preisliste Nr. 23 vom 1. 1. 2008

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 151.700 Exemplare (Verlagsausgabe).

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

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

IVW-Druckauflage 2. Quartal 2008: 150.850 Exemplare.

ISSN 0722-6934





Mehr Stil für die Straße. Der neue CITROËN C5.

Revolutionen fanden schon immer auf der Straße statt. Eine ganz besondere kommt jetzt aus Frankreich: der neue CITROËN C5. Je nach Version mit HYDRACTIVE III+ Fahrwerk, das sich automatisch an die Straßenverhältnisse und Ihren Fahrstil anpasst. Dabei sorgt es gemeinsam mit dem richtungsweisenden AFIL-Spurassistenten (Option) stets für eine perfekte Straßenlage. Reservieren Sie jetzt Ihre exklusive Testfahrt mit diesen und vielen weiteren Innovationen unter 08 00/4 45 1111 (kostenlos), und informieren Sie sich über die günstigen Leasing-Angebote ab € 279,- im Monat*. www.business.mehr-stil-fuer-die-strasse.de

*Kilometer-Leasingangebot der CITROËN BANK für Firmenkunden für den CITROËN C5 TOURER 1.8 16V STYLE bei \notin 0,- Mietsonderzahlung, 24 Monate und 20.000 km/Jahr. Alle Preise zzgl. MwSt und Fracht. Verbrauch innerorts 11,11/100 km, außerorts 6,3 1/100 km, kombiniert 8,11/100 km. CO $_2$ -Emissionen kombiniert 192 g/km (RL 80/1268/EWG).

CITROËN C5
NICHTS BEWEGT SIE WIE EIN CITROËN

Aktuelle Hinweise

Die BRAK in Brüssel

Am 1. Juli 2008 hat Frankreich die sechsmonatige Ratspräsidentschaft übernommen. Zu den Prioritäten seines Arbeitsprogramms gehören Energie und Klima, Fragen der Migration, Landwirtschaft sowie Sicherheit und Verteidigung. Schwerpunkte wird der französische Vorsitz auch bei den Themen Zugang zu Rechtsmitteln, Familienrecht, Überarbeitung der bestehenden Regelungen im Verbraucherrecht, Überlegungen für einen Gemeinsamen Referenzrahmen im Europäischen Vertragsrecht und Schaffung eines einheitlichen Patentrechtssystems setzen.

Seit dem 23. Juni 2008 ist das Register für Interessenvertreter der Kommission

ter der Interessenvertretung stehenden Interessen erkennbar sind. Zudem besteht bei der Eintragung die Verpflichtung, sich einem Verhaltenskodex unterwerfen. Zu den dort aufgestellten Verpflichtungen gehört es, keine falschen Angaben bei der Registrierung zu machen und nach bestem Wissen, unverzerrt, vollständig und nicht irreführend anzugeben, welche Interessen und ggf. welche Klienten oder Mitglieder vertreten werden. Bei einem mutmaßlichen Verstoß kann bei der Kommission eine Beschwerde eingelegt werden. Bestätigt sich der Verstoß, kann dies zur vorübergehenden Streichung oder zum endgültigen Ausschluss aus dem Register führen.

Aus Sicht der Anwaltschaft sind die Eintragung und Offenlegung insoweit problematisch, als dass sie mit dem im an-

den Schwierigkeiten der gegenseitigen Anerkennung sowie Vorschläge zum Grundsatz "ne bis in idem" und Kompetenzkonflikten sowie Opferrechten an. Die Vorlage eines Vorschlags für Mindestgarantien in Strafverfahren werde nur erfolgen, wenn von einer breiten Unterstützung für einen solchen auszugehen sei.

Zukünftige Themen des Forums werden e-Justiz, juristische Aus- und Fortbildung und Mindestverfahrensrechte sein.

Die von ihr im Bereich e-Justiz verfolgten Pläne hat die Kommission in einer Mitteilung vom 30. Mai 2008 vorgestellt. Mit Hilfe eines europäischen e-Justizportals soll ein erleichterter, schnellerer und günstigerer Zugang zur Justiz geschaffen werden. Das Portal soll in allen Amtssprachen Informationen über die Rechtssysteme und Verfahrensregeln aller Mitgliedstaaten zur Verfügung stellen. Insbesondere soll über die jeweiligen nationalen Beschuldigtenrechte, die Rechte von Opfern von Straftaten und ihre Kompensationsansprüche sowie über die Voraussetzungen gerichtlicher Schritte informiert werden. Auch praktische Informationen über die Zuständigkeit, das Bestehen von Anwaltszwang sowie Prozesskostenhilfe sollen abrufbar sein.

Darüber hinaus sind der Einsatz automatischer Übersetzungswerkzeuge, Bereitstellung standardisierter dynamischer Formulare und die Einrichtung einer Datenbank von spezialisierten Übersetzern und Dolmetschern geplant, um bislang bestehende Sprachbarrieren im Bereich der Justiz abzubauen.

Pläne hat die Kommission auch im Zusammenhang mit dem Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen (EJN): Das seit 2002 existierende EJN soll gestärkt werden.

Zentrale Aufgabe des EJN ist die Erleichterung der justiziellen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in Zivilund Handelssachen bei Verfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen. Die derzeit rund 400 Mitglieder, Vertreter der Justiz- und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten, können das EJN nutzen, um Auskünfte zu allgemeinen Fragen des Rechts der Mitgliedstaaten und über den Stand im Ausland anhängiger Rechtssachen zu erhalten sowie ggf. Direktkontakte herzustellen. Hierzu sind Kontaktstellen in den Mitgliedstaaten eingerichtet. Zudem stellt die Kommissi-

Rechtswirt (FSH), Betriebswirt (FSH) Wirtschaftsjura (FSH)

Fernstudiengänge, 4-7 Semester

Fachakademie Saar für Hochschulfortbildung (FSH) GmbH An der Universität, Science-Park 2, 66123 Saarbrücken Tel. 0681/390-5263, F. 390-4620, www.e-FSH.de

online und unter https://webgate.ec. europa.eu/transparency/regrin/ welcome.do?locale=de#de abrufbar.

Zur Eintragung in das freiwillige, öffentlich einsehbare Register sind Organisationen und Einrichtungen aufgefordert, die mit ihrer Tätigkeit "auf die Politikgestaltung und die Entscheidungsprozesse der europäischen Organe und Einrichtungen Einfluss" nehmen wollen. In diesem Sinne tätige Anwälte fallen dann unter die Definition, wenn ihre Tätigkeit nicht "im Zusammenhang mit Rechtsberatung oder sonstiger fachlicher Beratung [steht], sofern diese mit der Ausübung des Grundrechts auf ein faires Verfahren einschließlich jedes Recht auf Verteidigung in Verwaltungsverfahren, die von Rechtsanwälten oder anderen daran beteiligten Fachleuten wahrgenommen wird, verbunden sind".

Bei der Registrierung müssen die Organisationen und Einrichtungen angeben, wen sie vertreten, welche Ziele und Aufgaben sie verfolgen und welche Politikbereiche für sie von Interesse sind. Außerdem müssen sie den finanziellen Hintergrund offen legen, damit die hin-

waltlichen Berufsrecht verankerten Recht des Mandanten auf Verschwiegenheit des von ihm um Rechtsrat gebetenen Anwalts kollidieren können.

Die Kommission hat ein Forum zur Erörterung der EU-Rechtspolitik und Praxis ins Leben gerufen, das einen Dialog mit allen Beteiligten während sämtlicher Phasen der Konzeption und Umsetzung rechtspolitischer Maßnahmen gewährleisten soll. Ziel ist eine Verbesserung der justiziellen Zusammenarbeit im Zivil- und Strafrecht.

Die Anwaltschaft ist über den CCBE (Rat der Europäischen Anwaltschaften) und die ECBA (European Criminal Lawyers Association) in die Arbeiten des Forums eingebunden und setzte sich auf den ersten Sitzungen des Forums am 30. Mai 2008 und 10. Juli 2008 insbesondere für die Schaffung einer eigenen Generaldirektion Justiz sowie für Mindestgarantien in Strafverfahren ein. Sie betont, dass in Strafsachen das der gegenseitigen Anerkennung notwendig innewohnende gegenseitige Vertrauen fehlt, da es an Mindestgarantien mangelt. Die Kommission kündigte die Vorlage einer Mitteilung zu

on im Rahmen des EJN im Internet Informationen bereit, die sich auch an die Öffentlichkeit richten. Durch Informationsseiten über das Gemeinschaftsrecht, internationale Übereinkünfte und das nationale Recht der Mitgliedstaaten sowie Wege der internationalen Zusammenarbeit soll auch der Zugang des Bürgers zur Justiz erleichtert werden.

Der am 23. Juni 2008 von der Kommission vorgelegte Vorschlag sieht nun vor, dass der Rechtsrahmen überarbeitet, die Organisation neu strukturiert und zusätzliche Mittel bereitgestellt werden. Die Kapazität des Netzes soll durch die Öffnung des Netzes für Angehörige der Rechtsberufe erhöht werden, indem Berufskammern als Mitglieder des Netzes aufgenommen werden und als zusätzliche Kontaktstellen dienen sollen. Auch die Öffentlichkeit soll schrittweise Zugang zu den Kontaktstellen erhalten.

RAin Mila Otto, LL.M.

Veranstaltungen

"60 Jahre Israel – Schwerpunkte der Rechtsentwicklung"

18. Jahrestagung der Deutsch-Israelischen Juristenvereinigung e.V.

vom 17. bis 23. September 2008 in Tel Aviv/Israel

PROGRAMM Mittwoch, 17.9.2008

Anreise

Donnerstag, 18.9.2008 09.00 Uhr Begrüßung

Prof. Dr. Itzhak Englard, Präsident der IDJV/DIJV

Prof. Dr. Daniel Friedmann, Justizminister des Landes Israel

Yori Geiron, Präsident der Israel Bar Axel C. Filges, Präsident der BRAK (angefragt)

Dr. Werner Himmelmann, Vorstandsvorsitzender der DIJV

Dan Assan, Vorstandsvorsitzender der IDJV

09.45 Uhr Kaffeepause10.00 Uhr Festvortrag12.30 Uhr Mittagspause

14.00 Uhr Rechtsstatus von Minderheiten

"Der rechtliche und politische Status der arabischen Minderheit in Israel"

Dr. Eli Rekhess, Direktor des Konrad-Adenauer-Programms für Jüdisch-Arabische Kooperation, Dayan Zentrum, Universität Tel Aviv

Israel Harel, Zeitung Ha'aretz N.N. (weiterer israelischer Referent angefragt) Kaffeepause

"Neue Minderheiten in Deutschland"

Prof. Dr. Dres. h.c. Rüdiger Wolfrum, Präsident des Internationalen Seegerichtshofs, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg

19.00 Uhr Empfang des deutschen Botschafters

Dr. Dr. h.c. Harald Kindermann, Herzliya

25. und 26. September 2008 in Nürnberg

14. Kongress für die Beratungspraxis

DATEV 2008

Zukunft gestalten. Gemeinsam.



Beim 14. Kongress für die Beratungspraxis werfen wir einen Blick in die Zukunft. Gemeinsam mit Ihnen untersuchen wir, was sich in Deutschland und Europa verändert und was das für den Beratermarkt bedeutet.

- Wie wird sich der **Anwaltsberuf** verändern?
- Mit welchen Kanzleilösungen lässt sich die Wirtschaftlichkeit langfristig sichern?
- Und was erwarten Ihre Mandanten künftig von einer umfassenden Beratung?

Wer die richtigen Antworten kennt, hat den Schlüssel für zukünftige Beratungserfolge. Wir laden Sie ein, gemeinsam mit uns und hochkarätigen Experten darüber zu diskutieren und Ihre Erkenntnisse im Kollegenkreis auszutauschen. Beim DATEV-Kongress erwartet Sie eine einmalige Kombination aus Innovationsschau und Fachvorträgen. Und in der begleitenden Ausstellung erleben Sie individuelle Lösungen und Konzepte im Praxiseinsatz.

Blicken Sie mit uns in die Zukunft der Rechtsberatung.

Wir sehen uns in Nürnberg.

Anmeldung:

NürnbergMesse GmbH Telefon +49 911 8606-8375 E-Mail datev2008@nuernbergmesse.de

DATEV eG 90329 Nürnberg Telefon +49 911 276-0 E-Mail info@datev.de

www.datev.de/kongress



Sie finden in Ihrem langjährig bewährten Erfolgsstandardwerk selbstverständlich auch "Halt" rund um das Barcode-Mahnverfahren, ob mit oder ohne Signaturkarte, auf leichte und verständliche Weise.

Genau wie Sie es gewohnt sind. Große Der Große Halt Rechtsanwalt-Sekretärin Halt Der kleine Halt Auflage alias Die Praxis der

"Der ,Palandt' nicht nur für das Kanzleisekretariat." RA Martin Lang - Forum junge Anwaltschaft im DAV e.V. AdVoice 3/04 "Ein Muss für jedes Anwaltsbüro" in HAV Info 12/07, "Bürobibel, ohne die es nicht mehr geht", "Buch des Jahres 2006", "damit schon zig tausende EURO eingespielt" u.v.a.m.

Inhalte: Vom Management über Mahnwesen zum Gebührenrecht bis hin zur Zwangsvollstreckung. Von der Beratungshilfe/PKH über RS-Versicherungen bis hin zu Vergütungsvereinbarungen. Fast alles, was Ihnen und Ihren Mitarbeitern den Kanzleialltag erleichtert. Mehr als 1.500 aktualisierte Rechtsprechungen, über 500 Beispiele, Fälle, Muster aus der Praxis, 1.000 Seiten der Große (gbd.), 320 Seiten der Kleine (gbd.). Leichte Schreibweise für Anfänger, viele Tipps und Tricks für Fortgeschrittene.

Testen Sie Ihren Großen und kleinen Begleiter.

anze Halt

	_
$\overline{\mathbf{V}}$	Ja, ich bestelle mit vierwöchigem Rückgaberecht den Großen und
Kle	einen Halt für zusammen nur 99 EUR inkl. USt. zzgl. 6 EUR Versand.
Kar	nzleistempel/Absender:
Dat	um/Unterschrift:
	<u> </u>



Rotdornweg 9, 26532 Großheide Tel.: 0 49 36/91 78 13, Fax: 0 49 36/91 78 15 www.fm-verlag, k.halt@fm-verlag.de

SEMINARE: Offene und SkriptTel-Seminare zum Barcode-Mahnverfahren unter www.rechtsanwalt-sekretärin.de.

Freitag 19.9.2008

VIII

09.00 Uhr Der Staat Israel im Lichte der jüdischen **Tradition**

> "Jüdischer Staat im talmudischen Denken" Josef Elon, Richter am Obersten Gerichtshof, Jerusalem

"Staat und Halacha"

Rabbiner Shlomo Dichowski, Mitglied des Großen Rabbinatsgerichts, Jerusalem

13.30 Uhr Jahresmitgliederversammlung

im Hotel Renaissance, Tel Aviv

16.00 Uhr Bauhausführung

19.00 Uhr Shabbatdinner (fakultativ)

Samstag, 20.9.2008

08.30 Uhr Abfahrt nach Nazareth

Besuch der neugegründeten Rechtsanwalts-

kammer Nord und Vortrag

Sonntag, 21.9.2008

08.00 Uhr Abfahrt nach Jerusalem

09.30 Uhr Besuch des Obersten Gerichtshofs

Einführung durch Hanan Melcer, Richter am

Obersten Gerichtshof, Jerusalem

Besuch von Yad Vashem (fakultativ), Fühan-

schließend rung durch die Altstadt (fakultativ)

18.00 Uhr "Einflüsse des BGB auf das geplante israelische Zivilrecht"

Prof. Dr. Miguel Deutch, Juristische Fakultät, Universität Tel Aviv

Vortrag im Konrad-Adenauer-Konferenzzentrum Mishkenot Sha'ananim, Jerusalem

Montag, 22.9.2008

09.00 Uhr Staatliches und religiöses Recht

"Religiöses Ehe- und Scheidungsrecht in Israel"

Prof. Dr. Yehiel Kaplan, Juristische Fakultät, Universität Haifa

Shmuel Moran, Rechtsanwalt, Tel Aviv (angefragt)

Kaffeepause

"Rezeption des religiösen Familienrechts im IPR ausgewählter Rechtsordnungen (insbesondere Deutschlands)"

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan), Universität München

14.00 Uhr Einflüsse der Globalisierung

"Krise des Multilateralismus? Möglichkeiten und Grenzen globalen Regierens"

Dr. Ulrich Schneckener, Leiter Forschungsgruppe "Globale Fragen" der Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin (angefragt) Kaffeepause

"Sozialrechtliche Aspekte der Globalisie-

Dr. Dov Khenin, Mitglied der Knesset, Tel

N.N. (weiterer israelischer Referent

18.00 Uhr Empfang der Israel Bar Association auf dem Dach des Gebäudes der IBA in Tel Aviv

Fortsetzung Seite IX

4/2008
15. 8. 2008 39. Jahrgang

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik



BRAK Mitteilungen

Herausgeber
BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Akzente

Aufgepasst!

Nach unzähligen Mutmaßungen und Spekulationen, die teilweise sogar zu innerministeriellen Zerwürfnissen geführt haben, ist es vor wenigen Wochen vom Bundeskabinett verabschiedet worden – das neue BKA-Gesetz. Nun kann die konkrete Diskus-

sion um die einzelnen darin vorgesehenen Regelungen endlich beginnen. Auf die Online-Durchsuchung mit ihren Pro- und Contra-Argumenten will ich an dieser Stelle nicht eingehen: Die Tagesspresse hat hier über die jeweiligen Standpunkte umfassend berichtet und das weitere Gesetzgebungsvorhaben werden wir aufmerksam beobachten.

Ich möchte den Blick vielmehr auf eine Regelung im geplanten BKA-Gesetz richten, die uns schon bei der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes beunruhigt hat: Die unterschiedliche Reichweite der Zeugnisverweigerungsrechte von Rechtsanwälten und Strafverteidigern. Wie schon bei der Telekommunikation sollen Rechtsanwälte, die nicht als Strafverteidiger auftreten, keinen absoluten Schutz genießen. Bei ihnen soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung

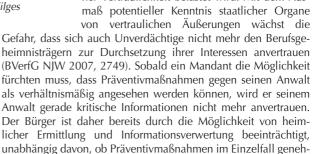
darüber entscheiden, ob Maßnahmen, wie beispielsweise die Onlinedurchsuchung, zulässig sind. Wie auch beim Telekommunikationsgesetz sind wir der Auffassung, dass eine solche Abstufung zwischen zeugnisverweigerungsberechtigten Personen abzulehnen ist.

Die anwaltliche Berufsausübung ist durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnet. Sie unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege. Das hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausdrücklich betont. Entsprechend ihrer Stellung wird daher in der StPO für Rechtsanwälte ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet. Und zwar unter-

schiedslos für alle Rechtsanwälte. Der Rechtsstaat ist auf solche Freiräume angewiesen: Nur wer sich ohne Furcht vor Überwachung rückhaltlos einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsgeheimnisträger anvertrauen kann, ist einer auf Bewahrung

oder Wiederherstellung von Recht und Frieden abzielenden Beratung zugänglich. Auch für die akustische Wohnraumüberwachung ist daher ein einheitlicher Schutz für alle in § 53 StPO genannten Berufsgruppen vorgesehen.

Unabdingbare Voraussetzung für die rechtliche Beratung und Vertretung ist das fundierte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Diese objektiv-rechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann beeinträchtigt, wenn wegen der Gefahr von Abhörmaßnahmen ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe



Das BKA-Gesetz betrifft zwar "nur" die Abwehr des internationalen Terrorismus, wird aber (schlechtes) Vorbild für alle Gefahrenabwehrmaßnahmen unterhalb dieser Bedrohungsschwelle in den Landespolizeigesetzen sein. Hier gilt es wachsam zu sein und den Anfängen zu wehren. Wir werden nicht nachlassen diesen rechtspolitischen Sündenfall zu bekämpfen.



Axel C. Filges

migt werden.

Axel C. Filges

Sind Zweigstellen von Rechtsanwaltskanzleien in Briefbögen, E-Mails, Webseiten oder auf Kanzleischildern als solche zu kennzeichnen?

Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke, Hamburg*

1. Ausgangslage

Durch Art. I Nr. 17 des Gesetzes zur Stärkung der Rechtsanwaltschaft vom 30.3.2007¹ wurde § 28 BRAO und damit auch das bisherige Zweigstellenverbot des § 28 Abs. 1 Satz 1 BRAO aufgehoben. Nur vereinzelt finden sich derzeit noch Regelungen zu Zweigstellen in der BRAO: Nach § 31 Abs. 3 BRAO haben die Kammern in dem elektronischen Verzeichnis der in ihrem Bezirk zugelassenen Rechtsanwälte auch deren etwaige Zweigstellen anzugeben. Nach § 27 Abs. 2 Satz 2 BRAO ist die Errichtung einer Zweigstelle im Bezirk einer anderen Rechtsanwaltskammer auch dieser Rechtsanwaltskammer anzuzeigen.

Damit stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung besteht, in Briefbögen oder sonst kenntlich zu machen, dass eine Kanzlei "nur" eine Zweigstelle einer anderweit belegenen "Hauptstelle" ist oder ob es hingegen etwa gestattet ist, für die Zweigstelle einen Briefbogen zu verwenden, dem keinerlei Hinweis auf die "Hauptstelle" zu entnehmen ist.

2. Berufsrechtliche Regelungen

Wie ausgeführt finden sich spezifische berufsrechtliche Regelungen zu Zweigstellen nur in den §§ 27 Abs. 2, 31 Abs. 3 BRAO. Notwendige Angaben für anwaltliche Briefbögen finden sich in den Bestimmungen des § 10 BORA. Nach § 10 Abs. 3 BORA ist bei Unterhaltung mehrerer Kanzleien für jeden auf den Briefbögen Genannten seine Kanzleianschrift anzugeben. Ob im Fall der Unterhaltung von Haupt- und Zweigstellen auch Letztere angegeben oder Zweigstellen als solche ausgewiesen sein müssen, ist dieser Bestimmung nicht zu entnehmen. Sie galt auch längst vor Wegfall des Zweigstellenverbotes und betrifft überörtliche Sozietäten. Für die nun zulässigen Zweigstellen kann dieser Bestimmung folglich nichts entnommen werden.

Römermann vertritt überdies die Auffassung, der Satzungsversammlung fehle die erforderliche Regelungskompetenz, um Bestimmungen zu Zweigstellen in die BORA aufzunehmen. Denn der Gesetzgeber des Jahres 1994, der in § 59b BRAO eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Berufsordnung durch die Satzungsversammlung schuf, sei schließlich von einem grundsätzlichen Zweigstellenverbot ausgegangen und habe demnach offenbar keinen Regelungsbedarf gesehen. Soweit § 59b Abs. 2 Nr. 1 lit. g) BRAO eine Kompetenz zur "Kanzleipflicht" statuiere, beziehe sich dies nur auf die "Kanzlei" im "engeren berufsrechtlichen Sinne" und "nicht auf die Zweigstelle oder gar auswärtige Sprechtage".²

Nach Römermann fehle es daher an einer Rechtsgrundlage, wenn Kammern zuweilen seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung forderten, der Anwalt möge auf seinen Briefbögen stets sämtliche Adressen der Kanzlei und der Zweigstelle(n) ange-

ben, was auch für die zum Teil postulierte Verpflichtung gelte, die Zweigstelle nach außen sichtbar als solche zu kennzeichnen, etwa auf dem Kanzleischild oder Visitenkarten.³

Auch *Römermann* verkennt indes nicht, dass für Rechtsanwälte nicht allein berufsrechtliche, sondern insbesondere wettbewerbsrechtliche Bestimmungen maßgebend sind und Berufsrecht und Wettbewerbsrecht nebeneinander stehen – wenngleich er gegen BGH und BVerfG die Auffassung vertritt, wettbewerbsrechtliches Vorgehen der Kammern gegen Berufskollegen sei verfassungswidrig. ⁴

Es bleibt daher zu prüfen, aus welchen sonstigen – insbesondere wettbewerbsrechtlichen – Bestimmungen sich Verpflichtungen im Hinblick auf die Kenntlichmachung von Zweigstellen als eben solchen ergeben könnten. Verstöße gegen entsprechende Bestimmungen könnten dann ggf. über § 43 BRAO auch berufsrechtlich zu ahnden sein.

3. Firmenrechtliche Regelungen

Gem. § 37a HGB sind auf Geschäftsbriefen des Kaufmanns u.a. Registernummer, Registergericht und "Ort seiner Handelsniederlassung" anzugeben. Ort der Handelsniederlassung ist der Ort seiner Hauptniederlassung (§ 13 Abs. 1 HGB).⁵ Über § 33 Abs. 4 HGB gilt § 37a HGB für alle juristischen Personen; ergänzend bestimmen der für die oHG geltende § 125a HGB – der über § 7 Abs. 5 PartGG auch für die Partnerschaftsgesellschaft gilt –, § 177a HGB für die KG, § 35a GmbHG für die GmbH oder etwa § 80 AktG die Angabe des "Sitzes" in Geschäftsbriefen. Anzugeben ist wiederum der Sitz der Hauptniederlassung; die Angabe des Ortes der Zweigniederlassung genügt nicht.⁶

Die in der Rechtsform etwa der GmbH oder der Partnerschaftsgesellschaft organisierten Sozietäten müssen Zweigstellen daher schon über die handelsrechtlichen Pflichtangaben in ihren Geschäftsbriefen als solche erkennbar machen.

Mit dem Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006⁷ hat der Gesetzgeber in Umsetzung der EU-Publizitätsrichtlinie überdies erweiterte Regelungen betreffend die Pflichtangaben der Kapitalgesellschaften, der Personengesellschaften, der Genossenschaft und des Einzelkaufmanns eingeführt und Pflichtangaben nach den §§ 37a, 125a HGB, § 35a GmbHG, § 80 AktG und § 25a GenG ausdrücklich auf Geschäftsbriefe "gleichviel welcher Art" – und damit auch geschäftliche E-Mails – ausgedehnt.

Für den Einzelanwalt und Sozietäten in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen entsprechende Regelungen hingegen nicht. In Betracht käme insoweit allenfalls deren analoge Anwendung. Schließlich verfolgt das EHUG das

Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, Fachanwalt für Informationstechnologierecht, Mitglied des Vorstands der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg.

¹ BGBl. I 2007, S. 358.

² *Römermann*, AnwBl. 2007, 609, 610.

³ Römermann, a.a.O. S. 610.

⁴ Römermann in Hartung, BORA Vor § 6 Rdnr. 134 ff.

⁵ Vgl. etwa Baumbach/Hopt, HGB § 37a Rdnr. 3; § 29 Rdnr. 5.

⁶ Vgl. etwa *Baumbach/Hueck*, GmbHG § 35a; *Hüffer* AktG, § 80 Rdnr. 2 je m.w.N.

⁷ BGBl. I 2006, 2553.

Ziel, über die Vorgaben der EU-Publizitätsrichtlinie hinaus den unabhängig von der Form der Geschäftsbriefe geltenden Pflichtangaben eine umfassende Geltung zu verschaffen. So heißt es in der Begründung zu der Neufassung des § 37a HGB wörtlich:

"Die EU-Publizitätsrichtlinie erfasst zwar nur Kapitalgesellschaften. Eine einheitliche Regelung für alle nach deutschem Recht insoweit Verpflichteten erscheint aber unumgänglich und notwendig. Der Geschäftsverkehr soll sich nicht auf verschiedene Standards bei Personen, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften einstellen müssen."⁸

Ob hieraus jedoch auf eine planwidrige Regelungslücke zu schließen und etwa § 37a HGB für den Einzelanwalt und die Anwalts-GbR analog anzuwenden ist, erscheint gleichwohl zweifelhaft. Hiergegen dürfte bereits sprechen, dass sich auch die Begründung zum Regierungsentwurf nur auf die "nach deutschem Recht insoweit Verpflichteten" bezieht und eine Ausweitung des Kreises der bislang "Verpflichteten" gerade nicht angesprochen ist.

4. Anbieterkennzeichnung, § 5 TMG

Nach § 5 TMG haben Diensteanbieter (d.h. natürliche oder juristische Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln, § 2 Ziff. 1 TMG) für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien u.a.

- die Anschrift, unter der sie niedergelassen sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG),
 und
- Angaben über die Kammer, der sie angehören (§ 5 Abs. 1 Nr. 5a)).

leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten. Es steht außer Frage, dass § 5 TMG auch für Homepages von Anwaltskanzleien gilt.⁹

Besitzt ein Anbieter mehrere Niederlassungen, so beantwortet sich die Frage nach der anzugebenden Niederlassung aus Erwägungsgrund 19 der E-Commerce Richtlinie (2000/31/EG)¹⁰, der wie folgt lautet:

"Die Bestimmung des Ortes der Niederlassung des Anbieters hat gemäß den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien zu erfolgen, nach denen der Niederlassungsbegriff die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit umfasst. Diese Bedingung ist auch erfüllt, wenn ein Unternehmen für einen festgelegten Zeitraum gegründet wird. Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen über eine Web-Site des Internets, so ist es weder dort niedergelassen, wo sich die technischen Mittel befinden, die diese Web-Site beherbergen, noch dort, wo die Web-Site zugänglich ist, sondern an dem Ort, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt. In Fällen, in denen ein Anbieter an mehreren Orten niedergelassen ist, ist es wichtig zu bestimmen, von welchem Niederlassungsort aus der betreffende Dienst erbracht wird. Ist im Falle mehrerer Niederlassungsorte schwierig zu bestimmen, von welchem Ort aus ein bestimmter Dienst erbracht wird, so gilt als solcher der Ort, an

8 BT-Drucks. 16/960, S. 47.

dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Anbieters in Bezug auf diesen bestimmten Dienst befindet."

Der Mittelpunkt der Tätigkeit des Anwalts wird sich nicht in einer Zweig-, sondern in seiner Hauptniederlassung befinden, wenn nicht gar befinden müssen. ¹¹ In der Homepage der Kanzlei ist folglich in jedem Fall – unabhängig von der Rechtsform, in der eine Sozietät geführt wird – die Anschrift der "Hauptstelle" der Kanzlei anzugeben. Hierüber hinaus bedarf es, wie ausgeführt, der Angabe der zuständigen Kammer.

5. Wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbote

Fraglich ist weiter, ob sich der Umstand, dass eine Zweigniederlassung auf Briefbögen oder Kanzleischildern nicht als solche gekennzeichnet wird, unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten als unzulässig erweisen kann.

a) In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen die §§ 3, 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Irreführung über geschäftliche Verhältnisse. Hierunter fallen etwa die Verwendung irreführender Unternehmensbezeichnungen sowie Irreführungen über Eigenschaften des Unternehmens.¹²

Unternehmensbezeichnungen - zu denen Kanzleibezeichnungen zählen – dürfen danach keine irreführenden Angaben enthalten, also dem Verkehr keinen falschen oder missverständlichen Eindruck vom dahinter stehenden Unternehmen vermitteln. Denn der Adressat soll Klarheit darüber haben, um welches Unternehmen es sich handelt. Die Irreführung kann dabei ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen. So soll etwa in der Werbung für einen Friseurbetrieb, der in einem Warenhaus von einem eigenständigen Unternehmen betrieben wird, nicht der Eindruck erweckt werden dürfen, als handele es sich um eine unselbstständige Abteilung des Warenhauses. 13 Nach einer älteren Entscheidung des OLG Bremen ist die Benutzung der Firmenbezeichnung eines Franchisegebers als Geschäftsbezeichnung für das Unternehmen des Franchisenehmers ohne Inhabervermerk wegen Irreführung über die geschäftlichen Verhältnisse des Franchisenehmers unzulässig, wenn dadurch der Eindruck erweckt wird, dessen Unternehmen sei eine Zweigstelle oder Zweigniederlassung des Franchisegebers. 14

Zu den Fällen der Irreführung über Eigenschaften eines Unternehmens zählen etwa die Verwendung der Bezeichnung "Wirtschaftsjuristenkanzlei" oder "Wirtschaftsjurist" ohne klarstellenden Hinweis darauf, dass der Werbende lediglich Dipl.-Wirtschaftsjurist (FH) ist, 15 oder die Verwendung der Bezeichnung "Spezialist" durch einen Rechtsanwalt, der in der von ihm beworbenen beruflichen Tätigkeit nicht qualitativ weit über seine Mitbewerber herausragt und in seinem speziellen Rechtsgebiet nicht über herausragende Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, welche selbst ein Fachanwalt nicht bieten kann. 16

Fraglich bleibt, ob der Umstand, dass auf Kanzleischild oder Briefbogen einer Zweigstelle einer Anwaltskanzlei die Eigenschaft als Zweigstelle nicht angegeben wird, eine relevante Irreführung begründen kann. Bringt ein Rechtsanwalt an seiner Zweigstelle ein Schild mit seinem bürgerlichen Namen und der Berufsbezeichnung "Rechtsanwalt" an, so sind diese Angaben

⁹ Vgl. Micklitz in Spindler/Schuster, TMG § 5 Rdnr. 8 m.w.N.

¹⁰ Vgl. auch Micklitz in Spindler/Schuster, TMG § 5 Rdnr. 35, wonach im Anwendungsbereich des § 5 TMG aus Erwägungsgrund 19 der E-Commerce-Richtlinie folgt, dass die Niederlassung anzugeben ist, bei der die organischen Ressourcen für den Betrieb der Telemedien gebündelt sind, im Zweifel die Hauptniederlassung.

¹¹ Anderenfalls wäre die Qualifizierung als "Haupt"- und "Zweigstelle" durch den Anwalt unzutreffend und damit irreführend im Sinne der §§ 3, 5 UWG.

¹² Hierzu im Einzelnen *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG § 5 Rdnr. 5.1 ff. m.w.N.

¹³ BGH, GRUR 1989, 211 – "Shop in the Shop II"; Hefermehl/Köhler/ Bornkamm, UWG § 5 Rdnr. 5.4.

¹⁴ OLG Bremen, NJW 1994, 1292.

¹⁵ OLG Hamm, GRUR 2007, 294 - "Wirtschaftsjuristenkanzlei".

¹⁶ OLG Nürnberg, GRUR-RR 2007, 292 – "Spezialist".

als solche zutreffend. Eine Irreführung durch konkludentes Handeln erscheint hier eher fraglich. Tatsächlich dürften die Fälle der unterbliebenen Aufklärung über den Zweigstellenstatus auch durchweg unter dem Gesichtspunkt der Irreführung durch Unterlassen zu prüfen sein. Wie sich aus § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG ergibt, kann auch das Verschweigen einer Tatsache irreführend sein. Danach sind bei der Beurteilung einer Irreführung durch Verschweigen einer Tatsache insbesondere deren Bedeutung für die Entscheidung zum Vertragsschluss nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen. Hieraus folgt aber keine Pflicht zu einer umfassenden Aufklärung; eine solche wird von einem verständigen Verbraucher auch nicht erwartet. Vielmehr ergibt sich aus dem Irreführungsverbot eine Verpflichtung zu aufklärenden Hinweisen im Grundsatz erst dann, wenn eine Werbung konkrete, für die Entscheidung über den Vertragsschluss relevante irrige Vorstellungen hervorruft.17

Bedeutsam dürften insoweit auch die Bestimmungen der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken sein (UGP-RL). Diese Richtlinie wurde am 11.05.2005 erlassen und musste von den Mitgliedsstaaten bis zum 12.06.2007 in nationales Recht umgesetzt werden. In Deutschland ist dies bislang unterblieben: Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für ein der Umsetzung der Richtlinie dienendes "Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb" (1. UWG-ÄnderungsG) liegt erst seit dem 27.7.2007 vor und erst am 21.5.2008 beschloss nun das Bundeskabinett einen entsprechenden Gesetzentwurf. 18 Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie kommt nach den Grundsätzen der "Marshall"¹⁹- "Faccini Dori"²⁰- und "El Corti Inglés"²¹-Entscheidungen des EuGH nicht infrage. Die Bestimmungen des nationalen Rechts, also insbesondere der §§ 3 und 5 UWG, sind indes nach zwei jüngeren Entscheidungen des OLG Hamm²² sowie des Kammergerichtes Berlin²³ richtlinienkonform auszulegen, was auch bereits nach den Grundsätzen der "Pfeifer"-Entscheidung²⁴ des EuGH gilt. Damit sind die Bestimmungen der Richtlinie gleichsam in die Unlauterkeitstatbestände des UWG "hineinzulesen".

Nach Art. 7 Abs. 1 der UGP-RL gilt nun eine Geschäftspraxis als irreführend,

"wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte".

Nach Art. 7 Abs. 2 UGP-RL gilt als irreführende Unterlassung auch, wenn ein Gewerbetreibender wesentliche Informationen verheimlicht oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt und dies jeweils einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

Als "wesentlich" gelten nach Art. 7 Abs. 4 lit. b) für den Fall der "Aufforderung zum Kauf" (der u.a. die Inanspruchnahme einer Dienstleistung nach Art. 2 lit. c) und i) UGP-RL gleichgestellt ist)

Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden (oder Freiberuflers; Art. 2 lit. b) UGP-RL), wie sein Handelsname und ggf. Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden, für den er handelt.

Der Regierungsentwurf zum 1. UWG-ÄnderungsG vom 21.5.2007 sieht dementsprechend in Art. 1 Nr. 6 die Einführung eines § 5a UWG (UWG-E) vor, der in Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 2 wie folgt lautet:

"§ 5a Irreführung durch Unterlassen

- (1) Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.
- (2) Unlauter handelt, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Abs. 2 dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist.
- (3) Werden Waren oder Dienstleistungen unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis in einer dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Weise so angeboten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann, gelten folgende Informationen als wesentlich im Sinne des Absatzes 2, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

1. ...

2. die Identität und Anschrift des Unternehmers, gegebenenfalls die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt;

...."

§ 5a UWG-E soll die bisherige Bestimmung des § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG ersetzen, was nicht nur in Anbetracht des (nicht abschließenden) Katalogs des § 5a Abs. 3 UWG-E eine nicht unwesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage zur Folge hat. Hinzu kommt nämlich weiter, dass nunmehr für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer verschwiegenen Tatsache nicht mehr nur auf deren Bedeutung für die "Entscheidung zum Vertragsschluss" abzustellen ist, sondern auf deren Bedeutung für die "geschäftliche Entscheidung", bei welcher es sich nach Art. 2 lit. k) UGP-RL und § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E auch um die nachvertragliche Entscheidung des Verbrauchers über die Geltendmachung von vertraglichen Rechten handeln kann.²⁵ Unlauter ist daher auch das Unterlassen von Angaben, die für die Durchsetzung von Rechten der Verbraucher wesentlich sind.

Fraglich ist damit, ob der Umstand, dass es sich bei einer Kanzlei nur um die Zweigstelle einer anderweit ansässigen Hauptstelle handelt, für den Durchschnittsverbraucher wesentlich ist und ihn das Unterlassen eines entsprechenden Hinweises zu einer Auswahlentscheidung veranlassen kann, die er sonst nicht getroffen hätte. Diese Frage ist zu bejahen – insbesondere wenn man mit Römermann die Auffassung vertritt, die Kanzleipflicht gelte nur für die Haupt-, nicht jedoch für die Zweigstelle. Denn für den Durchschnittsverbraucher wird neben der Qualifikation auch die Erreichbarkeit seines Anwaltes nicht un-

¹⁷ Vgl. BGH, GRUR 2007, 247, 250 – "Regenwaldprojekt I"; BGH GRUR 2007, 250, 252 – "Regenwaldprojekt II".

¹⁸ BR-Drucks. 345/08.

¹⁹ EuGH, NJW 1986, 2178.

²⁰ EuGH, NJW 1994, 2473.

²¹ EuGH, NJW 1996, 1401.

²² Beschl. v. 13.3.2008, Az. I-4 U 192/07.

²³ Urt. v. 25.1.2008, Az. 5 W 344/07; BeckRS 2008 04033.

²⁴ EuGH, NJW 2006, 2465.

²⁵ Hierzu vgl. Begr
RegE zu \S 2 Abs. 1 Nr. 1 und \S 5a Abs. 1 UWG-E.

²⁶ Römermann, AnwBl. 2007, 609, 611.

erheblichen Einfluss auf seine Auswahlentscheidung haben können. Dem eine oder gar mehrere Zweigstellen unterhaltenden Anwalt ist es jedoch nicht möglich, gleichzeitig an mehreren Orten präsent zu sein. Hinzu kommen Abwesenheitszeiten aufgrund erforderlicher Reisen zwischen der Haupt- und der oder gar den Zweigstellen. Durchweg wird der Durchschnittsverbraucher eine nicht als solche gekennzeichnete Zweigstelle auch für die "eigentliche" Kanzlei im Sinne einer "Hauptstelle" halten, schon weil Zweigstellen kaum verbreitet sind. Er wird folglich eine Präsenz des Anwaltes voraussetzen, die tatsächlich nicht in gleicher Weise gewährleistet ist, wie bei einem gleichermaßen engagierten und ausgelasteten Anwalt, der sich auf den Betrieb seiner "Hauptstelle" beschränkt. Ferner wird der Durchschnittsverbraucher erwarten, dass der Anwalt mit den Besonderheiten der Rechtsprechung der für seine "Hauptstelle" zuständigen Gerichte in höherem Maße vertraut ist, als dies bei einem Anwalt der Fall ist, der dort lediglich eine Zweigstelle betreibt. Im Übrigen dürfte der Durchschnittsverbraucher regelmäßig auch ausschließen, dass der von ihm ausgewählte Anwalt mit einem andernorts ansässigen Anwalt gleichen Namens identisch ist.

Angaben zur Anschrift und Identität sind überdies in jedem Fall als "wesentliche" Informationen zu werten.²⁷ Bei mehreren Anschriften der werbenden Kanzlei wird ebenso wie im Anwendungsbereich der §§ 13 Abs. 1, 37a, 125a, 177a HGB, § 7 Abs. 5 PartGG, § 35a GmbHG, § 80 AktG und auch des § 5 TMG die Angabe der Anschrift der "Hauptstelle" der Kanzlei (auch) in deren Briefbögen zu fordern sein. Nur so wird auch die nachvertragliche Rechtsdurchsetzung gegen den Anwalt erleichtert (spätestens im Falle notwendiger Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wird die Anschrift der Hauptstelle "wesentlich", insbesondere wenn die Zweigstelle bis dahin geschlossen worden sein sollte) und werden auch etwaige Irritationen über Identitätsfragen ausgeräumt.

Es wird daher klarzustellen sein, dass es sich bei der Zweigstelle einer Anwaltskanzlei um eben eine solche handelt. Dabei wird es insbesondere erforderlich sein, die Anschrift der Hauptstelle der Kanzlei anzugeben.

b) Fraglich ist, wie eine Irreführung darüber, dass es sich bei einer Zweigstelle tatsächlich nur um eine solche handelt, auszuräumen ist und in welcher Weise über die Anschrift der Hauptstelle informiert werden muss. Insbesondere ist insoweit fraglich, ob neben der Angabe der Anschrift der "Hauptstelle" weitere klarstellende Hinweise etwa auf dem Kanzleischild erforderlich sind.

Anhaltspunkte für die Beurteilung der Frage, wie über die Zweigstelleneigenschaft zu informieren ist, könnten sich aus der "Fachanwälte"-Entscheidung des BGH vom 29.3.2007²⁸ ergeben. Danach wird der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der Dienstleistungen der Rechtsanwälte und Notare in Anspruch nehmen möchte, Werbung einer Sozietät mit dem Zusatz "Fachanwälte" in der Kanzleibezeichnung in der Regel nicht nur flüchtig, sondern mit zumindest normaler Aufmerksamkeit betrachten. Zwar hält es der BGH unter Zugrundelegung dieses Maßstabs für erforderlich, dass bei der Verwendung des Begriffs "Fachanwälte" als Zusatz zu der Kurzbezeichnung einer überörtlichen Anwaltssozietät - etwa in der Form "Dr. X & Partner – Rechtsanwälte, Fachanwälte, Notare" – auf einem Praxisschild oder auf dem Briefkopf auch tatsächlich eine den Plural rechtfertigende Zahl von Sozietätsmitgliedern Fachanwälte sind. Nicht erforderlich sei jedoch, dass an jedem Standort, an dem – etwa auf dem Praxisschild – die firmenmäBige Bezeichnung mit dem Zusatz verwendet werde, ein oder mehrere Fachanwälte tätig sind. Ferner müsse eine Sozietät bei Verwendung entsprechender Zusätze – zumal wenn nicht alle Sozietätsmitglieder die zusätzliche Qualifikation aufwiesen dort, wo die Mitglieder der Sozietät namentlich aufgeführt seien, die (Zusatz-)Qualifikation jedes einzelnen Sozietätsmitglieds benennen. Dies könne die Namensleiste auf dem Briefbogen, das Praxisschild, das die Namen der an diesem Standort tätigen Sozietätsmitglieder aufführt, oder die Liste der Sozietätsmitglieder in einer Praxisbroschüre oder auf der Internetseite der Kanzlei sein. Dies bedeute, dass die werbende Sozietät zur Vermeidung einer Irreführung jedem Sozietätsmitglied jeweils konkret und eindeutig seine berufliche Qualifikation zuzuordnen habe, also Rechtsanwalt, Notar oder Fachanwalt unter Angabe des Fachgebiets. Der Kanzleiauftritt dürfe keinen Zweifel an der jeweiligen Qualifikation der einzelnen benannten Berufsträger aufkommen lassen. Dies sei insbesondere auch dann zu beachten, wenn die Bezeichnung "Fachanwälte" mit oder ohne Angabe des Gebiets, auf das sich diese Qualifikation bezieht, außerhalb einer Kurzbezeichnung der Sozietät verwendet werde.

Die Entscheidung des BGH deutet darauf hin, dass grundsätzlich auch zwingend erforderliche aufklärende Zusätze über Eigenschaften einer Anwaltskanzlei nicht notwendig bereits im Kanzleischild enthalten sein müssen. Überall dort allerdings, wo nähere Angaben zur Kanzlei zu erwarten sind (Briefbogen, Kanzleibroschüre, Internetseite), wird auch der Hinweis auf die Eigenschaft des jeweils angegebenen Standortes als Zweigstelle nicht fehlen dürfen.

Nicht weniger wird auch nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG-E gelten: § 5a Abs. 3 UWG-E enthält zur Umsetzung von Art. 7 Abs. 4 der UGP-RL eine nicht abschließende Liste von Informationen, die so wesentlich sind, dass der Unternehmer sie von sich aus, d.h. nicht erst auf Nachfrage hin zur Verfügung stellen muss.²⁹ Hierzu zählt, wie ausgeführt, die nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG-E erforderliche Angabe der ("Haupt"-) Anschrift und Identität des Unternehmers. § 5a Abs. 3 UWG-E vermeidet dabei den in Art. 7 Abs. 4 verwendeten, für den Anwendungsbereich der Informationspflichten maßgeblichen und in Art. 2 lit. i) UGP-RL definierten Begriff der "Aufforderung zum Kauf" nicht allein deshalb, weil sich aus der Definition des im Gesetzentwurf ebenfalls nicht verwendeten Begriffs "Produkt" in Art. 2 lit. c) UGP-RL der Richtlinie ergibt, dass die entsprechenden Vorschriften auch für Dienstleistungen gelten sollen. Vielmehr soll nach der Begründung zum Regierungsentwurf vermieden werden, dass durch den Begriff des "Aufforderns" der unzutreffende Eindruck erweckt wird, es gehe in diesen Fällen darum, durch eine invitatio ad offerendum schon unmittelbar zum Vertragsabschluss aufzufordern, während die Auflistung der wesentlichen Informationen in diesem engen Sinne aber nicht gemeint sei. 30 § 5a Abs. 3 UWG-E beschreibe daher, um was es der Sache nach gehe, dass nämlich Waren oder Dienstleistungen in einer dem verwendeten Mittel der kommerziellen Kommunikation angemessenen Weise so angeboten werden, dass ein Durchschnittsverbraucher in die Lage versetzt werde, einen Geschäftsabschluss zu tätigen. Bei richtlinienkonformer Auslegung komme es für die Frage, ob ein solches Waren- oder Dienstleistungsangebot vorliege, im Wesentlichen darauf an, ob der Verbraucher auf Grund der mitgeteilten Angaben (Preis, Waren- oder Dienstleistungsmerkmale) die Möglichkeit habe, eine auf den Erwerb der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung gerichtete Willenserklärung abzugeben. Deshalb sei der Tatbestand des § 5a Abs. 3 UWG-E nicht nur bei

²⁷ Art. 7 Abs. 4 lit. b) UGP-RL; § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG-E. 28 GRUR 2007, 807.

²⁹ Vgl. BegrRegE zu § 5a Abs. 3 UWG-E. 30 BegrRegE zu § 5a Abs. 3 UWG-E.

einer invitatio ad offerendum oder gar einem rechtlich bindenden Vertragsangebot im Sinne des § 145 BGB erfüllt, sondern bei jeder Erklärung des Unternehmers, auf Grund derer sich der Verbraucher zum Erwerb einer bestimmten Ware oder zur Inanspruchnahme einer bestimmten Dienstleistung entschließen könne. Nur bei bloßer Aufmerksamkeitswerbung werde dies im Allgemeinen nicht der Fall sein. 31 Um eine derartige, vom Anwendungsbereich des § 5a Abs. 3 UWG-E nicht erfasste Aufmerksamkeitswerbung wird es sich danach allein bei einer Imagewerbung ohne nähere Angaben zur Kanzlei handeln können, d.h. bei einer solchen, die zwar den Namen der werbenden Kanzlei nennt und dazu dient, diesen bekannt zu machen, die jedoch keine weiteren Angaben zu Leistungsbereichen oder Qualifikation der einzelnen Berufsträger aufweist. Denn nur dann wird die Werbung nicht geeignet sein, die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen.³²

c) Fraglich könnte schließlich sein, ob der Hinweis auf die Zweigstelleneigenschaft nicht deshalb entbehrlich ist, weil die Errichtung einer Zweigstelle im Bezirk einer anderen Rechtsanwaltskammer auch dieser Rechtsanwaltskammer § 27 Abs. 2

31 BegrRegE zu § 5a Abs. 3 UWG-E; einem derart weiten Verständnis ist der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.V. (BITKOM) in seiner Stellungnahme vom 18.12.2007 zum Referentenentwurf zum UWG-E vom 27.7.2007 entgegengetreten.

Satz 2 BRAO anzuzeigen ist. Dies ist zu verneinen: Den Anwalt zur Vermeidung von wettbewerbswidrigen Irreführungen treffende Pflichten zur Aufklärung des rechtsuchenden Publikums entfallen nicht durch Anzeigen seiner Tätigkeit gegenüber der Kammer und im Übrigen auch nicht durch die Eintragung der aufklärungsbedürftigen Tatsachen im Anwaltsverzeichnis. Vom rechtsuchenden Publikum kann nicht erwartet werden, dass es zunächst im Anwaltsverzeichnis recherchiert, um Informationen über Zweigstellen oder auch Fachanwaltsbezeichnungen (die nach § 31 Abs. 3 BRAO ebenfalls im Verzeichnis anzugeben sind) zu ermitteln. Die Ermittlung wäre im Übrigen auch nicht einfach. Denn im Register derjenigen Kammer, in deren Bezirk allein eine Zweigstelle unterhalten wird, ist der diese führende Rechtsanwalt nicht verzeichnet.

6. Fazit

Berufsrechtlichen Bestimmungen ist unmittelbar keine Verpflichtung zu entnehmen, eine anwaltliche Zweigstelle auch als solche zu kennzeichnen. Handelsrechtlich besteht allerdings insbesondere für die Partnerschaftsgesellschaft und die Anwalts-GmbH die Verpflichtung, die Anschrift der "Hauptstelle" in (konventionellen und elektronischen) Geschäftsbriefen auszuweisen. Für den Einzelanwalt und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt dies auch, soweit diese eine Kanzlei-Homepage betreiben und insoweit den Verpflichtungen nach § 5 TMG unterliegen.

Hierüber hinaus ist auch eine generelle wettbewerbsrechtliche Verpflichtung zu bejahen, anwaltliche Zweigstellen als solche kenntlich zu machen und insbesondere die Anschrift der "Hauptstelle" der Kanzlei in Briefbögen, Kanzleibroschüren und Webseiten mitzuteilen, da es sich insoweit um Angaben handelt, die für die Entscheidung über die Mandatierung und die Rechtsdurchsetzung wesentlich sind.

Die Gewichtung von Fällen nach § 5 FAO

Rechtsanwalt Dr. Andreas Klose, Potsdam*

Spezialisierungen und damit auch der Erwerb von Fachanwaltstiteln spielen in der Anwaltspraxis eine immer größere Rolle. Lag der Anteil der Rechtsanwälte, die einen Fachanwaltstitel führen, noch vor 15 Jahren bei rund sechs Prozent, waren es im Jahr 2007 bereits 19,6 Prozent. Die Zahl der jährlich neu verliehenen Fachanwaltstitel ist in der letzten Zeit sprunghaft angestiegen. Lag sie bis Mitte der 1990er Jahre bei jährlich unter 500, so schwankte sie in den darauf folgenden Jahren bis 2005 zwischen rund 1.500 und 2.000 jährlich. Im Jahre 2006 wurden knapp 3.000 Berechtigungen zur Führung von Fachanwaltstiteln verliehen, im Jahre 2007 über 5.100.1 Auf Grund der inzwischen vorhandenen Fachanwaltstitel bestehen rund 500 Fachanwaltsausschüsse. Zahlreiche Probleme bei der täglichen Arbeit der Fachanwaltsausschüsse bestehen bei der nach § 5 Satz 3 FAO möglichen Gewichtung der von den Antragstellern bearbeiteten Fälle. Insbesondere dann, wenn die Antragsteller gerade so die vorgeschriebenen Fallzahlen erreichen,

wird heftig zwischen Fachanwaltsausschuss bzw. Rechtsanwaltskammer und Antragsteller um die Zählung und Gewichtung jedes einzelnen Falles gerungen. Hiervon zeugen auch eine Vielzahl von in den vergangenen Jahren ergangenen Entscheidungen verschiedener Anwaltsgerichtshöfe. Gleichwohl erstaunt es, dass in den einschlägigen Kommentierungen kaum nähere Ausführungen zu den Fragen einer abweichenden Gewichtung und insbesondere der hierfür maßgeblichen Kriterien – Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit der einzelnen Fälle – vorhanden sind. Im Folgenden sollen die einzelnen, sich um die Gewichtung von Fällen rankenden Probleme sowie die dazu vertretenen Auffassungen dargestellt und versucht werden, sie einer Lösung zuzuführen.

1. Die Grenzen abweichender Gewichtung

Nach der seit dem 1.11.2006 geltenden Fassung des § 5 Satz 3 FAO² ist eindeutig geregelt, dass eine abweichende Gewich-

³² Vgl. auch BegrRegE zu § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E, wonach Image-Werbung eine "geschäftliche Handlung" sein kann, sofern sie objektiv geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen. Dabei müssten alle Umstände des Einzelfalls umfassend gewürdigt werden. Generell zur Aufmerksamkeits- bzw. Imagewerbung vgl. etwa Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG § 2 Rdnr. 29 und § 4 Rdnr. 1.155, je m.w.N.; zur Imagewerbung einer interdisziplinär tätigen Firmengruppe mit der Aussage "TAX AND LEGAL SERVICES" in einer Stellenanzeige vgl. BGH, GRUR 2003, 540 – "Stellenanzeige".

^{*} Richter am Brandenburgischen AGH.

¹ Hommerich/Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2007/2008, S. 81.

² BRAK-Mitt. 2006, 168.

tung sowohl nach oben als auch nach unten zulässig ist. § 5 Satz 2 FAO a.F. hatte hingegen lediglich von einer anderen Gewichtung gesprochen. Ob hiernach nur eine höhere Gewichtung oder auch eine niedrigere Gewichtung zulässig war, war sowohl in der Rechtsliteratur als auch in der Rechtsprechung der Anwaltsgerichtshöfe umstritten.³

Nachdem ab dem 1.1.2003 der bis dahin in § 5 FAO enthaltene Regel-Hinweis – "ist in der Regel nachgewiesen" – entfallen ist,4 ist davon auszugehen, dass die in § 5 FAO genannten Mindestzahlen absoluten Charakter haben und nicht unterschritten werden können.⁵ Bei einer vorgeschriebenen Mindestfallzahl macht eine Höhergewichtung nur dann Sinn, wenn sie bei gleichbleibender Fallzahl geringere Gewichtungen anderer Fälle ausgleicht, sodass die Summe der Gewichtungen der notwendigen Fallzahl entspricht. Die Zulassung nur einer höheren Gewichtung würde keinen Sinn machen, weil sie letztlich keine Auswirkungen hätte. Solche Auswirkungen bestanden, solange aufgrund des Regelhinweises die Fallzahlen nicht zwingend waren und demgemäß bei geringerer Fallzahl eine höhere Gewichtung zu einem Erreichen des Quorums führen konnte. Aus diesem Grunde ist jedenfalls seit dem 1.1.2003 auch von der Zulässigkeit einer niedrigeren Gewichtung auszugehen. Die Rechtslage davor hat in der Praxis heute keine Bedeutung

In welchem Umfang eine höhere oder niedrigere Gewichtung erfolgen kann, regelt die FAO nicht. Die Rechtsprechung hat sich bisher erstaunlicherweise nur mit der Grenze für eine geringere Gewichtung beschäftigen müssen. Angesichts des Umstandes, dass geringere Gewichtungen einzelner Fälle durch höhere Gewichtungen anderer Fälle ausgeglichen werden können, stellt sich aber auch die Frage, bis zu welcher oberen Grenze Fälle gewichtet werden können.

Der AGH Bremen geht in seinem Beschluss vom 3.12.2003 ohne nähere Begründung davon aus, dass selbst ganz einfach gelagerte Sachverhalte jedenfalls mit einer Fallzahl von 0,5 zu gewichten seien.⁷ Der Thüringer AGH hat sich mit Beschluss vom 15.11.2004 dem angeschlossen.⁸ In der Literatur wird es hingegen vereinzelt auch als zulässig angesehen, Fälle mit einem noch geringeren Bruchteil als 0,5 zu bewerten⁹ und die Grenze von 0,5 als beliebig angesehen.¹⁰

Da die FAO so gut wie keine Vorgaben für die Gewichtung von Fällen macht, liegt es nahe, nach vergleichbaren Sachverhalten zu suchen. Diese liegen auch in nicht allzu weiter Ferne, nämlich im anwaltlichen Gebührenrecht. Bei Rahmengebühren bestimmt nach § 14 RVG der Rechtsanwalt die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen. Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit sind auch die Kriterien, die nach § 5 Satz 3 FAO zu einer abweichenden Gewichtung führen können. Es liegt daher nahe, sich an denjenigen

3 Vgl. Nachweise bei BGH v. 6.3.2006, BRAK-Mitt. 2006, 131, 132.

Rahmengebühren des VV RVG zu orientieren, die nicht in festen Beträgen, sondern in Gebühren angegeben sind. Am passendsten erscheint dabei der Vergleich mit der Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 VV RVG. Als Mittelgebühr werden hier 1,3 Gebühren angesehen. Je nach Gewichtung des Falles an Hand der in § 14 RVG genannten Kriterien erfolgt innerhalb der Spanne von 0,5 bis 2,5 der Ansatz einer niedrigeren oder höheren Gebühr. Wenn der Gesetzgeber bei weitgehend identischen Gewichtungsumständen im Gebührenrecht eine Gewichtung von 0,5 bis 2,5 zulässt, so scheint mir diese Spannbreite auch für eine Gewichtung nach § 5 Satz 3 FAO als grundsätzlich angemessen.

Allerdings ist im Gebührenrecht durchaus ein Unterschreiten dieser Grenze möglich. Nach Nr. 2302 VV RVG beträgt die Gebühr lediglich 0,3, wenn sich der Auftrag auf ein Schreiben einfacher Art beschränkt. Das RVG definiert Schreiben einfacher Art als solche, die weder schwierigere rechtliche Ausführungen noch größere sachliche Auseinandersetzungen enthalten. In der Praxis handelt es sich vielfach um einfache Mahnoder Aufforderungsschreiben, die Anforderung oder Weiterleitung von Schriftstücken etc.¹¹ Im Vergleich könnte man bei den von einem Fachanwaltsaspiranten zu bearbeitenden Fällen hier vielleicht an einen bloßen Akteneinsichtsantrag denken, 12 dem aufgrund Mandatsbeendigung oder aus anderen Gründen keine weitere Bearbeitung folgt. Bei derartigen Angelegenheiten dürfte aber bereits kein Fall im Sinne des § 5 FAO vorliegen. Bei einer Widerspruchs- oder Einspruchseinlegung, die vor Begründung wieder zurückgenommen wird, dürfte aber selbst dann, wenn die Rücknahme nicht auf dem Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung, sondern auf Mandatsbeendigung beruht, von einer derartigen einfachen Angelegenheit nicht auszugehen sein. Bereits die Überprüfung der zuständigen Behörde und die Ermittlung der Widerspruchs- oder Einspruchsfrist dürfte zu einer wenn auch geringfügig höheren Gewichtung

Die Mittelgebühr nach Nr. 2300 VV RVG liegt bei 1,3. Bis zur einfachsten, mit 0,3 Gebühren zu bewertenden Angelegenheit herunter besteht eine Differenz von einer vollen Gebühr. Vor dem Hintergrund dieser Differenz im Gebührenrecht, teilweise identischen bzw. vergleichbaren Bewertungskriterien in § 14 RVG und § 5 FAO sowie schließlich der "Normalbewertung" eines Falles nach der FAO mit 1,0 ist nach § 5 Satz 3 FAO eine Gewichtung auch auf unter 0,5 vertretbar.

Dass bei einer Verschiebung des Mittel- bzw. Normalwertes von 1,3 auf 1,0 der Bewertungsspielraum nach oben größer wird, halte ich für unproblematisch. Bei vor allem in zeitlicher Hinsicht aufwendigeren Fällen wird ein Rechtsanwalt in der Regel ohnehin eine abweichende höhere Vergütungsvereinbarung abschließen.

2. Abstufungen innerhalb der Gewichtungsgrenzen

Stehen die Grenzen einer möglichen Gewichtung fest, so stellt sich die weitere Frage, wie die Gewichtung innerhalb dieser Grenzen erfolgt. Der Bremer AGH sieht eine Abstufung bei der Gewichtung in Zehntel-Schritten eines durchschnittlichen Falles als nicht zulässig an. Eine solche Gewichtung lasse sich ohne einen vorgegebenen Maßstab nicht nachvollziehbar durchführen und sei auch ohne genaue Kenntnis des jeweils bearbeiteten Lebenssachverhaltes unmöglich. Aus den Falllisten lasse sich der für eine derart detaillierte Gewichtung er-

⁴ BRAK-Mitt. 2002, 219

⁵ Quaas, BRAK-Mitt. 2006, 265, 267; Hartung/Scharmer, Anwaltliche Berufsordnung, 3. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 27; Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 8; widersprüchlich Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 15 bejahend, Rdnr. 17 verneinend; offen gelassen von BGH v. 18.4.2005, NJW 2005, 1943 = BRAK-Mitt. 2005, 187.

⁶ Vgl. hierzu Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 19 ff.

⁷ FamRZ 2004, 1645.

⁸ BRAK-Mitt. 2005, 134, 137.

⁹ *Quaas*, BRAK-Mitt. 2006, 265, 267; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 27.

¹⁰ Hartung/Scharmer, Anwaltliche Berufsordnung, 3. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 180.

¹¹ Madert, in Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl., Nr. 2302 VV Rdnr. 64.

¹² Auch derartige Tätigkeiten werden als Fall grundsätzlich anerkannt, vgl. Feuerich/Scharmer, BRAO, 3. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 169, 177.

forderliche Sachverhalt nicht entnehmen. ¹³ In welchen Abstufungen der AGH Bremen eine Gewichtung für zulässig hält, teilt er nicht mit. Der Thüringer AGH hält Gewichtungen in Schritten von jeweils 0,25 für zulässig, ohne auch dies aber näher zu begründen. ¹⁴ Weitere Rechtsprechung, die sich mit diesem Teilaspekt der Gewichtung beschäftigt, ist nicht ersichtlich. In der Literatur halten Quaas ¹⁵ und Scharmer ¹⁶ eine nach Bruchteilen des Faktors 1 gestufte Abgewichtung im Prinzip für zulässig, ohne allerdings mitzuteilen, in welchen Bruchteilen die Abstufung erfolgen soll. Feuerich/Weyland ¹⁷ und Offermann-Burckart ¹⁸ halten eine Gewichtung in Zehntel-Schritten für zulässig. Weitere Stellungnahmen sind auch hier nicht ersichtlich.

Soweit der AGH Bremen darauf hinweist, dass eine Gewichtung in Zehntel-Schritten eine genaue Kenntnis des jeweiligen Sachverhaltes voraussetzt, die sich aus den Falllisten nicht ergibt, ließe sich eine derartige Kenntnis jedenfalls aus den Arbeitsproben erlangen, die der Fachanwaltsausschuss nach § 6 Abs. 3 Satz 2 FAO sich vorlegen lassen kann. Die Tragfähigkeit dieser Begründung erscheint daher zweifelhaft.

Eine Gewichtung in Zehntel-Schritten würde jedoch allein bei einer unterdurchschnittlichen Gewichtung und einer unteren Grenze von 0,3 sieben Gewichtungsmöglichkeiten zulassen. Bei überdurchschnittlicher Gewichtung erheblich mehr. Da die Gewichtung im Streitfall gerichtlich überprüft werden kann, müssten entsprechende Kriterien zur jeweiligen Abgrenzung aufgestellt werden. Ohne derartige Kriterien würde nämlich bei der Gewichtung genau die Beliebigkeit zu Tage treten, die dem AGH Bremen bei der Festsetzung einer Untergrenze von 0,5 vorgeworfen wurde. Wer einmal Klausuren oder Ahnliches bewertet hat, weiß, welche Schwierigkeiten es bereitet, bei engen Punkt- bzw. Notenschritten die zu bewertende Arbeit in die Notenskala einzuordnen. Gründe der Praktikabilität sprechen daher für eine Gewichtung in den vom Thüringer AGH vorgeschlagenen Schritten von jeweils 0,25. Für eine Untergewichtung würden sich damit drei Stufen ergeben, nämlich Bewertungen mit 0,25 für allereinfachste Fälle, die sich mit minimalem Zeitaufwand und ohne weitere Tätigkeit mehr oder weniger in einem rechtlich nicht schwierigen Schreiben erschöpfen, sowie 0,5 und 0,75 für andere unter dem Durchschnittsfall liegende Fälle. Insoweit sei darauf hingewiesen, dass auch im Gebührenrecht nicht jeder zwischen 0,5 und 2,5 Gebühren liegende Zehntel-Bruchteil für die Gebührenfestsetzung gewählt wird, sondern bestimmte Bruchteile erfahrungsgemäß besonders häufig angesetzt werden.

3. Gewichtungskriterien

Bezugspunkte für die Gewichtung sind die Bedeutung, der Umfang und die Schwierigkeit des jeweiligen Falles. Der BGH hat in seinem Beschluss vom 6.3.2006 darauf hingewiesen, dass diese Kriterien an den gesamten Fall und nicht lediglich an die im maßgeblichen Beurteilungszeitraum erfolgte Bearbeitung anzulegen sind. Bei Fällen, deren Bearbeitung teilweise bereits vor Beginn des maßgeblichen Dreijahreszeitraumes lag und teilweise innerhalb, ist damit auf den Gesamtfall abzustellen. Eine zu Gunsten des Antragstellers höhere Gewichtung hat

daher auch dann zu erfolgen, wenn die besondere Schwierigkeit des Falles in den Bearbeitungsschritten vor Beginn des Dreijahreszeitraumes lag. Umgekehrt kann ein Fall nicht zu Lasten des Antragstellers geringer gewichtet werden, weil innerhalb des Dreijahreszeitraumes gem. § 5 FAO nur noch unterdurchschnittlich schwierige Arbeiten zu erledigen waren. War also etwa in einem verwaltungsrechtlichen oder steuerrechtlichen Klageverfahren der Sachverhalt schon vor Beginn des Dreijahreszeitraumes "ausgeschrieben", erfolgte die mündliche Verhandlung oder möglicherweise auch eine Entscheidung des Gerichtes ohne mündliche Verhandlung aber erst innerhalb des Dreijahreszeitraumes, so sind bei der Gewichtung auch Umfang und Schwierigkeit der Fallbearbeitung vor Beginn des Dreijahreszeitraumes mit zu berücksichtigen.

Was aber unter den Kriterien Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit zu verstehen ist, wird in den einschlägigen Kommentaren zur FAO nicht genannt. Hinsichtlich der Gewichtungskriterien Umfang und Schwierigkeit kann meines Erachtens auf die Ausführungen zu den entsprechenden Bemessungskriterien des § 14 Abs. 1 RVG zurückgegriffen werden.²⁰ Allerdings ist hier eine nach dem Sinn und Zweck der FAO differenzierte Betrachtung geboten.

Der Umfang eines Falles betrifft den zeitlichen Aufwand. Hier sind der Zeitaufwand für das Studium der Akte bzw. der relevanten Unterlagen, das Studium einschlägiger Literatur und Rechtsprechung, die Besprechungen mit Mandanten und anderen Beteiligten und der sonstige zeitliche Aufwand für die Bearbeitung der Angelegenheit zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind hingegen An- und Abfahrtzeiten zu Gerichtsterminen oder sonstigen auswärtigen Terminen sowie dort evtl. anfallende Wartezeiten. Diese Zeiten spielen bei der Bemessung der Höhe der Gebühren eine Rolle, da auch ein Rechtsanwalt wirtschaftlich arbeiten und Gewinne erzielen muss. Bei der Gewichtung eines Falles nach § 5 Satz 3 FAO kann derartiger "Leerlauf" aber nicht berücksichtigt werden.

Bei der Schwierigkeit handelt es sich um ein qualitatives Element der Bemessung der anwaltlichen Tätigkeit. Ein Fall kann sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht schwierig sein. Im Gebührenrecht wird zuweilen bei der rechtlichen Schwierigkeit zwischen derjenigen des relevanten Rechtsgebiets und derjenigen des Einzelfalls unterschieden. So seien beispielsweise die Gebiete des Konzernrechts, des EU-Beihilfenrechts oder des Umsatzsteuerrechts per se als schwierig anzusehen, während das Verkehrsrecht eher eine geringere Komplexität habe und damit abstrakt als nicht so schwierig anzusehen sei.²¹ Auch diese Differenzierung ist bei der Definition der Schwierigkeit im Sinne des § 5 Satz 3 FAO nicht zu treffen. Während im Gebührenrecht Fälle aus verschieden schwierigen Rechtsgebieten unter eine Gebührenvorschrift fallen können, ist der unterschiedlichen Schwierigkeit verschiedener Rechtsgebiete in der Fachanwaltsordnung bereits durch unterschiedlich hohe Fallzahlen Rechnung getragen. Die rechtliche Schwierigkeit im Sinne des § 5 Satz 3 FAO kann daher immer nur im Vergleich zu einem durchschnittlichen Fall des betroffenen Rechtsgebietes beurteilt werden.²²

¹³ FamRZ 2004, 1645.

¹⁴ BRAK-Mitt. 2005, 134, 137.

¹⁵ BRAK-Mitt. 2006, 265, 267.

¹⁶ Hartung/Scharmer, Anwaltliche Berufsordnung, 3. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 180

¹⁷ Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 22.

¹⁸ Offermann-Burckart, Fachanwalt werden und bleiben, 2. Aufl., Rdnr. 337.

¹⁹ BRAK-Mitt. 2006, 131, 132 f.

²⁰ Vgl. Madert, in Gerold/Schmidt/van Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl., § 14 Rdnr. 14 f.; Römermann, in Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 19 – 30; Riedel/Sußbauer, RVG, 9. Aufl., § 14 Rdnr. 8.

²¹ Römermann, in Hartung/Römermann/Schons, a.a.O., § 14 Rdnr. 26. 22 Vgl. insoweit auch BGH BRAK-Mitt. 2006, 131, 133; NJW 2005,

²² Vgl. insoweit auch BGH BRAK-Mitt. 2006, 131, 133; NJW 2005, 214, 215, der darauf hinweist, dass sich eine abweichende Gewichtung nicht allgemein mit einer bestimmten Art der Fallbearbeitung rechtfertigen lasse.

Bei der tatsächlichen Schwierigkeit kommt es auf die Komplexität der Fallgestaltung an. In Betracht kommen etwa verwickelte und nahezu undurchschaubare Sachverhalte, die Notwendigkeit von Sachverhaltsermittlungen durch den Rechtsanwalt, die Beschäftigung mit Fachgutachten auf ganz speziellen Gebieten oder eine Vielzahl unterschiedlicher Ansprechpartner. Die insoweit im Gebührenrecht genannten Aspekte des Studiums fremdsprachlicher Dokumente, überhaupt der Kommunikation in einer Fremdsprache oder auch die Persönlichkeitsstruktur des Mandanten mögen bei der Bemessung der Anwaltsgebühren eine Rolle spielen, bei der Gewichtung eines Falles nach § 5 Satz 3 FAO spielen diese Umstände keine Rolle. Hier müssen sich die tatsächlichen Schwierigkeiten auf den Fall und nicht auf den Mandanten oder die Kommunikation mit ihm beziehen.

Als weiteres Kriterium für die Gewichtung wird in der FAO die Bedeutung des Falles genannt. Bei der Bedeutung der Angelegenheit im Gebührenrecht wird in der Kommentarliteratur zwischen der Bedeutung für den Auftraggeber, der Bedeutung für den bearbeitenden Rechtsanwalt und der Bedeutung für die Öffentlichkeit unterschieden. Die Bedeutung einer Angelegenheit für die Öffentlichkeit ist dabei nur so weit relevant, wie sie sich im Interesse des Auftraggebers niederschlägt. Ein mögliches Interesse des Rechtsanwalts an einer Angelegenheit kann kein Kriterium für die Höhe der Vergütung sein. Aus diesem Grunde wird nahezu einhellig auf die Bedeutung der Angelegenheit für den Auftraggeber abgestellt. Die Bedeutung einer Angelegenheit für den Auftraggeber, die zudem häufig von subjektiven Umständen geprägt ist, kann für die Bedeutung eines Falles im Sinne der Fachanwaltsordnung aber nicht ausschlaggebend sein. Bedeutung im Sinne der FAO muss sich auf den Fall beziehen.

Nach dem Sinn und Zweck der Fachanwaltsordnung kommt hier ein Vergleich mit der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache im Sinne der §§ 511 Abs. 4 Nr. 1, 543 Abs. 2 Nr. 1, 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO bzw. dem Erfordernis einer Fortbildung des Rechts gem. §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 574 Abs. 2 Nr. ZPO in Betracht. Eine abweichende Gewichtung könnte damit dann erfolgen, wenn die Angelegenheit zwar in zeitlicher, tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einem durchschnittlichen Fall entspricht, es jedoch um eine Frage rechtsgrundsätzlicher Bedeutung bzw. der Fortbildung des Rechts geht. Allerdings kann hier dann nur nach oben, nicht aber nach unten gewichtet werden. Im Regelfall sind derartige rechtsgrundsätzliche Angelegenheiten aber rechtlich schwierig, sodass meines Erachtens dem Merkmal der Bedeutung des Falles keine eigenständige Bedeutung zukommt.

4. Konsequenzen einer unter der Mindestfallzahl liegenden Gewichtung

Führt eine Gewichtung der von dem Antragsteller bearbeiteten Fälle dazu, dass die Summe der Gewichtungen über der für den jeweiligen Fachanwaltstitel erforderlichen Fallzahl liegt, gibt es in der Praxis keine Probleme. Es stellt sich aber die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Summe der Gewichtungen unterhalb der erforderlichen Fallzahl liegt. Hier wird mitunter davon ausgegangen, dass die erforderliche Fallzahl nicht erreicht wird und der Antrag auf Gestattung der Führung eines Fachanwaltstitels zurückgewiesen oder eine größere Zahl von Fällen verlangt wird.²³

Hiergegen spricht der Umkehrschluss aus § 5 FAO in Verbindung mit der Formalisierung des Fachanwaltszulassungsverfahrens. Die in § 5 FAO genannten Fallzahlen stellen Mindestzahlen dar. Eine geringere Anzahl an Fällen kann nicht durch höhere Gewichtungen ausgeglichen werden. Bei formalem Erreichen der in § 5 FAO vorgeschriebenen Fallzahlen sollten dann aber auch gerade vor dem Hintergrund der hochgradigen Formalisierung des Verfahrens niedrigere Gewichtungen nicht zu einem Unterschreiten der formalen Fallzahlen und damit zu höheren Fallzahlen führen. Würde man dies annehmen, hätte das Fachgespräch keinen oder nur noch einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Denn wenn die Zahl und die Gewichtung der Fälle die maßgebliche Grenze überschreiten, wäre ein Fachgespräch nicht erforderlich und nach der Rechtsprechung auch nicht zulässig. Wenn eines von beiden die maßgebliche Grenze unterschreitet, käme man erst gar nicht mehr zu einem Fachgespräch. Das Fachgespräch hätte dann allenfalls noch eine Bedeutung für diejenigen Antragsteller, die zwar die erforderlichen Fallzahlen mit entsprechender Gewichtung nachweisen können, bei denen es aber Probleme mit der Aufteilung der Fälle auf die jeweiligen Bereiche eines Fachanwaltstitels gibt. Auch hier bestehen allerdings Fragen, die noch nicht abschließend geklärt sind.

Bis zum 31.12.2002 sah § 7 Abs. 1 FAO vor, dass der Antragsteller einen Anspruch auf ein Fachgespräch hat, wenn der Fachanwaltsausschuss Fälle zu seinen Ungunsten gewichtet hatte. Ein solches Fachgespräch wurde nicht durchgeführt, wenn der Antragsteller insgesamt deutlich mehr als die vorgeschriebenen Fälle nachgewiesen hatte und einzelne hiervon zu seinen Ungunsten gewichtet wurden. Die Regelung spielte vielmehr dann eine Rolle, wenn durch die Gewichtung die Summe der gewichteten Fälle nicht mehr der vorgeschriebenen Fallzahl entsprach. Das Zurückbleiben der Gewichtungen hinter der vorgeschriebenen Fallzahl führte also nicht dazu, dass sich die Zahl der Fälle verringerte und damit die Voraussetzungen nicht vorlagen, sondern dazu, dass ein Fachgespräch geführt werden musste. Auch dies spricht dafür, dass bei einem Zurückbleiben der Gewichtung hinter der formal erreichten Mindestfallzahl nicht der Antrag zurückzuweisen ist, sondern ein Fachgespräch stattzufinden hat.

Allerdings bestimmte bis zum 31.12.2002 § 5 FAO, dass die besonderen praktischen Erfahrungen "in der Regel" durch die in dieser Vorschrift genannten Fallzahlen nachgewiesen wurden. Demgemäß könnte man die frühere Notwendigkeit eines Fachgesprächs bei nach unten abweichender Gewichtung auch als Ausgleich für ein Abweichen von den formalen Fallzahlen ansehen. Der Anspruch auf ein Fachgespräch bestand aber auch dann, wenn die Mindestfallzahl formal erreicht wurde und allein die Gewichtung dahinter zurückblieb. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass mit dem Wegfall des Regel-Hinweises gleichzeitig dem Antragsteller die Möglichkeit genommen werden sollte, eine hinter dem formalen Erreichen der Fallzahlen zurückbleibende Gewichtung durch ein Fachgespräch ausgleichen zu können.

Seit dem 1.1.2003 ist grundsätzlich ein Fachgespräch zu führen. Hiervon kann jedoch abgesehen werden, wenn der Fachanwaltsausschuss eine Stellungnahme gegenüber dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer nach dem Gesamteindruck der vorgelegten Zeugnisse und schriftlichen Unterlagen auch ohne ein Fachgespräch abgeben kann. Auf Grund der Umkehrung von Regel und Ausnahme ist der früher vorhandene Hinweis auf die geringere Gewichtung von Fällen obsolet. Bleibt die Gewichtung der formal erreichten Mindestfallzahlen hierhinter zurück, kann der Fachanwaltsausschuss aber von der Durchführung eines Fachgesprächs nicht absehen, sondern muss dieses führen.

²³ Vgl. Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 19, die so viele Fälle fordern, bis aufgrund der Bewertungen die von der FAO geforderten Fallzahlen vorliegen.

Otto, Verknüpfungen einer Rechtsanwalts-Sozietät mit einer Steuerberatungs-GmbH aus steuerlicher Sicht

Verknüpfungen einer Rechtsanwalts-Sozietät mit einer Steuerberatungs-GmbH aus steuerlicher Sicht

Rechtsanwalt Dr. Klaus Otto, Nürnberg*

Rechtsanwalts-Sozietäten verweisen auf ihrem Briefbogen gerne auf die Kooperation mit einer Steuerberatungs-GmbH, um kundzutun, dass eine Beratung aus einer Hand in allen rechtlichen und steuerrechtlichen Angelegenheiten möglich ist. Dieser einfache Sachverhalt wirft eine Vielzahl von steuerrechtlichen Fragen auf, die meist auch in einer Betriebsprüfung gestellt werden und auf die nachfolgend eingegangen wird.

1. Teilweise Gesellschafter-Identität

Sind ein oder mehrere Gesellschafter der Rechtsanwalts-Sozietät auch Gesellschafter der Steuerberatungs-GmbH, werden die weiteren Gesellschafter darauf dringen, dass die Beratungsfelder der Sozietät und der GmbH gegeneinander abgegrenzt werden. Vielfach geschieht dies in der Weise, dass die Rechtsanwalts-Sozietät Mandate zur Bearbeitung steuerrechtlicher Rechtsbehelfe und zur Erstellung einer Finanzbuchhaltung, einer Lohnbuchhaltung, von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen nicht übernehmen darf und diese an die Steuerberatungs-GmbH weiterzuleiten hat, während umgekehrt die Steuerberatungs-GmbH Mandate zur Erstellung von Verträgen an die Rechtsanwalts-Sozietät weiterzuleiten hat, selbst wenn sie solche Verträge in eingeschränktem Umfang nach dem RechtsberatungG bearbeiten dürfte.

Besteht eine solche schuldrechtliche Abgrenzungsvereinbarung bezüglich der Geschäftsfelder, können wechselseitige Schadenersatzansprüche entstehen, wenn gegen diese Abgrenzungsvereinbarung schuldhaft verstoßen wird. Ein schuldhafter Verstoß liegt jedenfalls dann vor, wenn ein Mandat im Sinne der Abgrenzungsvereinbarung überleitungsfähig gewesen wäre.

Verletzt die Rechtsanwalts-Sozietät die Abgrenzungsvereinbarung schuldhaft, indem sie Mandate bearbeitet, die an sich der Steuerberatungs-GmbH zuzuweisen gewesen wären, tritt bei der Steuerberatungs-GmbH eine Vermögensminderung in Höhe der ausgefallenen Honorare ein. Beruht diese Vermögensminderung darauf, dass diejenigen Gesellschafter der Rechtsanwalts-Sozietät, die auch an der Steuerberatungs-GmbH beteiligt sind, darauf gedrungen haben, dass Mandate entgegen der Abgrenzungsvereinbarung nicht weitergeleitet werden, liegt dann in Höhe des Honorarausfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG bei der GmbH vor. Der körperschaftsteuerliche Gewinn und der Gewerbeertrag der GmbH sind um die ausgefallenen Honorare zu erhöhen, was ab dem 1.1.2009 zu einer zusätzlichen Körperschaftsteuerbelastung von 15 % und einer zusätzlichen Gewerbesteuerbelastung von ca. 15 % führt.

Die der Rechtsanwalts-Sozietät insoweit zugeflossenen Honorare führen zu Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG bei denjenigen Gesellschaftern, die auch an der Steuerberatungs-GmbH beteiligt sind. Soweit diese Honorare anteilig auch weiteren Gesellschaftern der Rechtsanwalts-Sozietät zufließen, liegen Werbungskosten bei den abge-

benden Gesellschaftern vor und Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG) bei den empfangenden Gesellschaftern.

Beruht der schuldhafte Verstoß der Rechtsanwalts-Sozietät gegen die Abgrenzungsvereinbarung nicht auf einem Handeln derjenigen Sozien, die auch Gesellschafter bei der Steuerberatungs-GmbH sind, entsteht bei der Steuerberatungs-GmbH die Vermögensminderung, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht, nur dann, wenn der der Steuerberatungs-GmbH zustehende Schadenersatzanspruch nicht geltend gemacht wird. Die verdeckte Gewinnausschüttung liegt dann in der Nichtgeltendmachung des Schadenersatzanspruches.

Wird keine schuldrechtliche Abgrenzungsvereinbarung bezüglich der Tätigkeitsbereiche getroffen, rechtfertigt dies für sich gesehen noch nicht die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung (BFH, Urt. v. 13.11.1996 – I R 149/94, DStR 1997, 323). Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann nur entstehen, wenn bei der Steuerberatungs-GmbH eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) eintritt, die in zivilrechtlichen Ansprüchen besteht (*Gosch*: Wettbewerbsverbot, Geschäftschancenlehre und verdeckte Gewinnausschüttung in DStR 1997, 442 und *Fleischer*: Verdeckte Gewinnausschüttung: Die Geschäftschancenlehre im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Steuerrecht, DStR 1999, 1249). Es ist dann zu fragen, ob gesellschaftsrechtliche oder dienstvertragliche Wettbewerbsverbote bestehen, gegen die verstoßen wurde.

2. Keine teilweise Gesellschafteridentität

Besteht keine teilweise Gesellschafteridentität zwischen der Rechtsanwalts-Sozietät und der Steuerberatungs-GmbH, wird vielfach vereinbart, dass für weitergeleitete Mandate eine Vergütung bezahlt wird.

Handelt es sich bei einer solchen Vergütung um eine echte Vermittlungsprovision, führt dies zu Einkünften aus Gewerbebetrieb. Einkünfte aus Gewerbebetrieb liegen gemäß § 15 Abs. 2 EStG immer dann vor, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufes noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Die Vermittlung von Mandanten fällt nicht unter § 18 EStG.

Bezieht die Rechtsanwalts-Sozietät für die Vermittlung von Mandaten von der Steuerberatungs-GmbH eine Provision, erzielt sie damit Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Dies führt gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG zwingend dazu, dass sämtliche Einkünfte der Rechtsanwalts-Sozietät zu Einkünften aus Gewerbebetrieb werden (frühere Infektions- oder Abfärbetheorie, jetzt verankert in § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG).

Nach dem Urteil des BFH v. 11.8.1999 – XI R 12/98, BStBI 2000 II 229 besteht eine Bagatellgrenze. Machen die gewerblichen Einkünfte einer Personengesellschaft höchstens 2 % aller Einkünfte aus und wird auch der Freibetrag nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewStG in Höhe von 24.500 Euro nicht überschritten, werden die übrigen Einkünfte der Rechtsanwalts-Sozietät nicht zu Einkünften aus Gewerbebetrieb.

Keine Vermittlungsprovisionen liegen vor, wenn im Zuge der Weiterleitung eines Mandates der Sachverhalt aufbereitet wird,

^{*} FAStR, FAHaGesR, vBP

Otto, Verknüpfungen einer Rechtsanwalts-Sozietät mit einer Steuerberatungs-GmbH aus steuerlicher Sicht

bezüglich dessen die Beratung des Kooperationspartners gewünscht wird und für diese Sachverhalts-Aufbereitung ein angemessenes Honorar bezahlt wird.

3. Geschäftsanteile im Sonderbetriebsvermögen

Hält ein Gesellschafter der Rechtsanwalts-Sozietät auch Geschäftsanteile an der Steuerberatungs-GmbH, können diese Geschäftsanteile notwendiges oder gewillkürtes Sonderbetriebsvermögen des innehabenden Gesellschafters bei der Rechtsanwalts-Sozietät sein. Die Eigenschaft von Sonderbetriebsvermögen liegt vor, wenn die Geschäftsanteile dazu geeignet und bestimmt sind, dem Betrieb der Rechtsanwalts-Sozietät zu dienen (Sonderbetriebsvermögen I) oder wenn die Geschäftsanteile der Beteiligung des Gesellschafters an der Rechtsanwalts-Sozietät zumindest förderlich sind (Sonderbetriebsvermögen II) (hierzu BFH, Urt. v. 19.10.2000 – IV R 73/99, BStBl. 2001 II 335 und Urt. v. 18.12.2001 – VIII R 27/0, BStBl. 2002 II 733).

Auch bei Rechtsanwalts-Sozietäten, die ihren Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG ermitteln, kann gewillkürtes Sonderbetriebsvermögen gebildet werden (BFH, Urt. v. 2.10.2003 – IV R 13/03, DStR 2003, 2156). Voraussetzung für gewillkürtes Betriebsvermögen ist, dass das Wirtschaftsgut objektiv geeignet ist, den Betrieb der Personengesellschaft oder die Beteiligung des Mitunternehmers an der Personengesellschaft zu fördern und dass das Wirtschaftsgut subjektiv auch dazu bestimmt ist, dem Betrieb der Personengesellschaft oder der Beteiligung des Mitunternehmers zu dienen und diese Widmung rechtzeitig klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht wird. Bei einer Einnahmen-Überschussrechnung geschieht dies durch die Aufnahme in das Anlagenverzeichnis.

Sind die Geschäftsanteile an einer Steuerberatungs-GmbH Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters bei der Rechtsanwalts-Sozietät, hat dies Auswirkungen, wenn der Rechtsanwalt aus der Rechtsanwalts-Sozietät gegen Abfindung ausscheidet. Die Geschäftsanteile an der Steuerberatungs-GmbH werden dann, wenn sie nicht gleichzeitig veräußert werden, notwendiges Privatvermögen. Der Unterschied zwischen dem gemeinen Wert des Geschäftsanteiles und seinem Buchwert, in der Regel die Anschaffungskosten des Geschäftsanteiles, ist als Entnahmegewinn zu versteuern. Der Veräußerungsgewinn, der bei dem ausscheidenden Rechtsanwalt anlässlich seines Ausscheidens anfällt (Unterschied zwischen der Abfindung und dem Buchwert des Gesellschaftsanteils), und der Entnahmegewinn können auf Antrag dem ermäßigten Einkommensteuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG unterworfen werden, wenn der Rechtsanwalt bereits das 55. Lebensjahr vollendet hat. Die Tarifermäßigung besteht darin, dass auf den Veräußerungs- und Entnahmegewinn nur 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes anfallen.

4. Mitunternehmerische Unterbeteiligung

Zwischen der Rechtsanwalts-Sozietät und der Steuerberatungs-GmbH können die Verhältnisse so gestaltet sein, dass der Steuerberatungs-GmbH eine mitunternehmerische Unterbeteiligung an der Rechtsanwalts-Sozietät eingeräumt worden ist. Eine solche mitunternehmerische Unterbeteiligung ist gegeben, wenn die Rechtsstellung der Steuerberatungs-GmbH vertraglich so ausgestaltet ist, dass die freiberufliche Tätigkeit der Rechtsanwalts-Sozietät mittelbar anteilig auch für Rechnung der Steuerberatungs-GmbH betrieben wird und die Steuerberatungs-GmbH dem Typus des Mitunternehmers genügt (BFH, Urt. v. 6.7.1995 – IV R 79/94, BStBI 1996 II 269; v. 16.12.1997 – VIII R 32/90, BStBI 1998 II 480; v. 8.4.2008 – VIII R 73/05).

Indizien für eine mitunternehmerische Unterbeteiligung sind:

- Auf dem Briefbogen ist nicht hinreichend deutlich gemacht, dass zur Steuerberatungs-GmbH kein Gesellschaftsverhältnis besteht.
- Die Steuerberatungs-GmbH ist prozentual am Umsatz oder am Gewinn aus der Bearbeitung solcher Mandate beteiligt, die von ihr vermittelt werden.
- Es gibt eine Vielzahl von gemeinschaftlich bearbeiteten Mandaten, bei denen die Honorargestaltung für die Rechtsanwalts-Sozietät und die Steuerberatungs-GmbH gemeinsam festgelegt wird.

Besteht eine mitunternehmerische Unterbeteiligung der Steuerberatungs-GmbH an der Rechtsanwalts-Sozietät, steht damit auch fest, dass der Gewinn der Mitunternehmerschaft "Rechtsanwalts-Sozietät" einerseits erwirtschaftet wurde von freiberuflich tätigen Anwälten und andererseits von einer Kapitalgesellschaft. Eine Steuerberatungs-GmbH ist nicht freiberuflich tätig. Sie erzielt kraft Rechtsform Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 8 Abs. 2 KStG). Die Rechtsanwalts-Sozietät hat damit ihre Gewinne zwingend als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu versteuern (§ 15 Abs. 2 Satz 1 EStG mit § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG). Die gleiche Rechtsfolge träte auch ein, wenn die Rechtsanwalts-Sozietät einen Gesellschafter aufnimmt, der nicht einen Katalogberuf gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausübt bzw. nicht die dafür erforderliche Ausbildung durchlaufen hat (BFH v. 4.7.2007 – VIII R 77/05, BFH/NV 2008, 53).

Die Rechtsanwalts-Sozietät, die aufgrund einer mitunternehmerischen Unterbeteiligung einer Steuerberatungs-GmbH Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, muss den Gewinn aus Gewerbebetrieb durch Vermögensvergleich nach § 5 Abs. 1 EStG ermitteln (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung), es sei denn, die Umsatz- oder Gewinngrenzen des § 141 AO sind nicht erreicht. Hat die Rechtsanwalts-Sozietät ihren Gewinn bisher durch Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG ermittelt und wird die mitunternehmerische Unterbeteiligung der Steuerberatungs-GmbH erst durch eine Betriebsprüfung aufgedeckt, kann der Gewinn aus Gewerbebetrieb für die Vergangenheit weiterhin durch Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG ermittelt werden (BFH, Urt. v. 8.3.1989 – X R 9/86, BStBl., 1989 II 714 und BMF, Schr. v. 26.3.2004, Ziff. 33 in DStR 2004, 632).

Der Zwang zur Bilanzierung für die Zukunft führt dazu, dass insbesondere die Honorarforderungen und die unfertigen Leistungen gewinnerhöhend zu erfassen sind.

5. Vollbeteiligung der Steuerberatungs-GmbH an der Sozietät

Die Rechtsanwalts-Sozietät erzielt auch dann Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn eine Steuerberatungs-GmbH als *Vollgesellschafter* in die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts aufgenommen worden ist. Einen solchen Fall hatte der BFH im Urt. v. 8.4.2008 – VIII R 73/05 (Volltext der Entscheidung in diesem Heft auf S. 184) zu entscheiden. Der zu beurteilende Sachverhalt war exotisch:

Zwei Gesellschafter einer Rechtsanwalts-Sozietät veräußerten ihre Beteiligung zu 79 % mit Zustimmung der übrigen beiden Gesellschafter an eine Steuerberatungs-GmbH. Der Gesellschaftsvertrag galt weiter. Die Rechtsanwalts-Sozietät mutierte somit zu einer GmbH & Co., also einer BGB-Gesellschaft, an der auch eine GmbH beteiligt war. Nachdem der Steuerberatungs-GmbH 79 % der Gewinnanteile zustanden, waren somit die von den verbleibenden Rechtsanwälten erwirtschafteten Honorare nach Abzug der Betriebsausgaben zu 79 % an die Steuerberatungs-GmbH abzuführen.

Berufsrechtlich ist dieser Sachverhalt in mehreren Punkten zu beanstanden. Zum einen verstößt die Aufnahme einer GmbH Haselbach/Tauchert, Die Auswahl der Person eines Vertreters im Sinne des § 53 oder eines Abwicklers nach § 55 BRAO

in eine Rechtsanwalts-Sozietät gegen § 59a BRAO, zum anderen ist auch die Grundpflicht des Rechtsanwalts nach § 43a Abs. 1 BRAO verletzt, wenn er unangemessene Honorarabgaben an Dritte vereinbart, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden.

Das Steuerrecht hat sich gleichwohl nicht darum zu kümmern, ob eine gelebte Gestaltung gegen ein Gesetz verstößt und eine geschlossene Vereinbarung nichtig ist. Für das Steuerrecht ist maßgeblich, ob und welcher Sachverhalt verwirklicht ist, an den Steuergesetze eine Rechtsfolge knüpfen (§ 41 Abs. 1 AO).

Die Rechtsanwalts-Sozietät erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb, weil nicht alle Gesellschafter die Qualifikationsmerkmale der Freiberuflichkeit nach § 18 Abs.1 Nr. 1 EStG erfüllen. Es ist unzulässig, bei der Steuerberatungs-GmbH auf deren Gesellschafter bzw. Geschäftsführer durchzugreifen (BFH, Urt. v. 8.4.2008 – VIII R 73/05 Rdnr. 22 der Entscheidungsgründe; Urt. v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BFH/NV 2008, 669).

Weil Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen, fällt auch Gewerbesteuer an. Der BFH weist im Urt. v. 8.4.2008 verfassungsrechtliche Bedenken zurück, die darauf gestützt werden, dass der gesamte Gewinn der Rechtsanwalts-Sozietät der Gewerbesteuer unterliegt und nicht nur der Gewinnanteil, der auf die Steuerberatungs-GmbH entfällt.

6. Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG

Im Interesse einer Haftungsbeschränkung wird vielfach gefordert, es zuzulassen, dass sich Rechtsanwälte auch in der

Rechtsform einer GmbH & Co. KG organisieren. Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass damit keine Einkünfte aus selbständiger Arbeit mehr erzielt werden, sondern Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Mehrere Nachteile sind damit verbunden:

- Der Gewinn muss durch Vermögensvergleich gemäß § 5
 Abs. 1 EStG ermittelt werden. Dies bedingt, dass die Gesellschaft auch schon die Honorarforderungen ab dem Zeitpunkt ihres Entstehens zu erfassen und als Gewinn zu versteuern hat, ohne dass es auf den Zufluss der Honorare ankommt.
- Zu erfassen sind in der Bilanz auch die unfertigen Leistungen mit ihren Herstellungskosten. Gewinnerhöhend wirken sich also auch die schwebenden Mandate aus.
- Honorarforderungen und angearbeitete Mandate führen also zu einem einmaligen zusätzlichen Steueraufwand.
- Der Gewinn der Kommanditgesellschaft unterliegt der Gewerbesteuer. Die gemäß dem Gewinnverteilungsschlüssel auf die einzelnen Gesellschafter verteilte Gewerbesteuer kann zwar gemäß § 35 EStG auf deren Einkommensteuer, die durch die gewerblichen Einkünfte verursacht ist, angerechnet werden. Ist die Einkommensteuerbelastung auf den Gewinnanteil aber dadurch gemindert, dass die Gewinnanteile aus der Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG mit anderen Verlustanteilen verrechnet wurden, kann es zu einem Überhang der Gewerbesteuer über die Einkommensteuer kommen.

Die Auswahl der Person eines Vertreters im Sinne des § 53 oder eines Abwicklers nach § 55 BRAO durch die Rechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Dr. *Detlef Haselbach,* Dresden, und Rechtsanwalt und Notar *Lutz Tauchert,*Frankfurt am Main

Mit diesen Hinweisen setzt der Ausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer "Vertreter/Abwickler" seine Berichterstattung über die Arbeit des Ausschusses fort. Auf die Ausführungen von Rechtsanwalt Graf von Pfeil "Die Auswirkungen der Abwicklertätigkeit auf die Kammerhaushalte" (BRAK-Mitt. 2008, 13) und diejenigen von Rechtsanwältin Schwärzer "Ablauf einer Kanzleiabwicklung" (BRAK-Mitt. 2008, 108) soll nachfolgend die Frage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsanwaltskammer die Auswahl der Person eines Vertreters oder eines Abwicklers vornehmen kann bzw. muss. Von vorneherein ist dabei auf das besonders sensible Verhältnis zwischen dem abzuwickelnden bzw. zu vertretenden Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, dem Vertreter bzw. Abwickler und der Rechtsanwaltskammer aufmerksam zu machen. Nur mit einer möglichst engen und vertrauensvollen Zusammenarbeit ist es möglich, die vielfältigen Fragen sachgerecht zu beantworten und dem Ziel zu dienen, die Interessen der Mandanten wahrzunehmen, die Rechtspflege aufrechtzuerhalten und den betroffenen Rechtsanwälten zu helfen, um damit das Ansehen der Anwaltschaft zu wahren, das durch vielfältige Lebenssachverhalte und damit unvorhergesehene Situationen im Berufsleben eines Rechtsanwalts gefährdet werden kann.

1. Das Gesetz zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft vom 26.3.2007 (BGBl. 2007 I S. 358) hat dazu geführt, dass die Rechtsanwaltskammern nur noch in besonderen Fällen einen Vertreter von Amts wegen bestellen müssen. Wesentlicher Fall der Vertreterbestellung wird der des § 53 Abs. 5 BRAO sein. § 53 Abs. 5 BRAO setzt einen konkreten Vertretungsfall voraus sowie eine fehlende Entscheidung des/der zu vertretenden Rechtsanwalts/Rechtsanwältin – unabhängig davon, aus welchen Gründen der/die Rechtsanwalt/Rechtsanwältin keinen Vertreter bestellt. Ansonsten bleiben nur wenige Fälle der Vertreterbestellung durch die Rechtsanwaltskammer, wenn dazu ein Antrag vorliegt.

Bei der Auswahl der Person des allgemeinen Vertreters kommen selbstverständlich in erster Linie Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen einschließlich der niedergelassenen europäischen Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen in Frage. Für die europäischen Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen gelten die §§ 2, 6 EURAG. Entgegen dem/der den Vertreter selbst bestellenden Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, der nur eine(n) Rechtsanwalt/Rechtsanwältin aus demselben Kammerbezirk bestimmen kann, kann die Rechtsanwaltskammer auch eine(n) Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, der nicht der Rechtsanwaltskammer des/der zu vertretenden Rechtsanwalts/Rechtsanwältin angehört,

Haselbach/Tauchert, Die Auswahl der Person eines Vertreters im Sinne des § 53 oder eines Abwicklers nach § 55 BRAO

auswählen. Die dadurch naturgemäß bestehenden räumlichen Entfernungen zwischen der Praxis des/der vertretenen Rechtsanwalts/Rechtsanwältin und seines Vertreters bedingt die Rücksichtnahme auf die Besonderheit des/der vertretenen Rechtsanwalts/Rechtsanwältin. Als Besonderheit ist anzunehmen, dass der Vertreter möglichst für den Vertretenen kein unbekannter oder unerwünschter Kollege oder Kollegin ist. Auch sollte er das anwaltliche Betätigungsfeld des Vertretenen beherrschen. Schließlich ist die Kanzleisituation zu berücksichtigen und hier insbesondere darauf zu achten, dass ständiges Personal in den Kanzleien der Vertretenen anwesend ist. Ist das nicht der Fall, wird die Aufgabe für den Vertreter erheblich erschwert. Als selbstverständlich ist vorauszusetzen, dass die allgemeinen Kommunikationsmittel in der Praxis vorhanden sind, wie Telefon, Telefax und möglichst E-Mail, um die anfallenden Informationen zwischen dem Büro des Vertretenen und des Vertreters schnell und unproblematisch übermitteln zu können. Ebenso selbstverständlich ist, dass dem Vertreter keine Bedenken oder gar Beschwerden, die sich aus seiner eigenen Berufsausübung begründen, entgegenstehen. Gerade weil die Rechtsanwaltskammer in besonderen Fällen die Auswahl der Person des allgemeinen Vertreters vorzunehmen hat, hat sie auf seine besondere Integrität und untadelige Berufsausübung zu achten, um sich nicht dem Vorwurf der unangemessenen Auswahl auszusetzen.

Dabei kann es sich auch um Richter außer Dienst oder Rechtsanwälte handeln, die nicht mehr als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin zugelassen sind. Um Fragen vorzubeugen, sollte ausgeschiedenen Rechtsanwälten die Befugnis zur Führung der Berufsbezeichnung "Rechtsanwält/Rechtsanwältin" gestattet worden sein (§ 17 BRAO). Die Erlaubnis, diese Berufsbezeichnung zu führen, enthebt die Rechtsanwaltskammer aber nicht der Prüfungsnotwendigkeit des Vorliegens aller Bestellungsvoraussetzungen für den Vertreter. Bei ihrer Entscheidung muss sie selbst Beschwerden beachten, die noch nicht rechtskräftig entschieden sind, sich aber im aufsichts- oder anwaltsgerichtlichen Ermittlungsverfahren so präzisiert haben, dass die Bestellung zum Vertreter ermessensfehlerhaft wäre.

Neben Rechtsanwälten/Rechtsanwältinnen kann die Rechtsanwaltskammer auch andere Personen mit der Befähigung zum Richteramt zu Vertretern einsetzen. Nach § 53 Abs. 4 BRAO können auch Referendare, die seit mindestens 12 Monaten im Vorbereitungsdienst beschäftigt sind, zu allgemeinen Vertretern bestellt werden. Sie benötigen allerdings eine Genehmigung ihres Dienstherrn, d.h., durch landesrechtliche Bestimmungen kann diese Bestellungsmöglichkeit durch Erlasse eingeschränkt werden

Die Regelung ermöglicht aber auch die Bestellung von in der Wirtschaft oder in anderen Bereichen tätigen Juristen. In diesen Fällen muss die Rechtsanwaltskammer jedoch besonders prüfen, ob sie geeignet sind, eine Anwaltskanzlei zu führen und die Interessen der Mandanten sachgerecht wahrzunehmen. Der Arbeitsbereich der Juristen ist vielfältig. Deshalb sollte ein Vertreter, der/die nicht Rechtsanwalt/Rechtsanwältin ist, in seiner juristischen Berufsausübung eine dem Rechtsanwaltsberuf ähnelnde Aufgabe wahrnehmen. Nur so ist gewährleistet, dass er sich möglichst unverzüglich in die Organisation eines Anwaltsbüros einfügt und die Interessen, Wünsche und Belange der Mandanten angemessen einschätzen, erfassen und in seinen Entscheidungen berücksichtigen kann.

2. Die Fälle, in denen die Rechtsanwaltskammer nach § 53 BRAO einen Vertreter bestellt, entsprechen oft den Situationen, die nach § 55 BRAO zur Bestellung eines Abwicklers führen. Nicht ohne Grund verweist § 55 in Absatz 3 auf mehrere Regelungen des § 53. Die Voraussetzungen, die der Abwickler erfüllen muss, sind deshalb auch denen der Vertreterbestellung angeglichen. So kann ein Rechtsanwalt, auch ein niedergelasse-

ner europäischer Rechtsanwalt, oder eine andere Person, welche die Befähigung zum Richteramt erlangt hat, bestellt werden. Ausgeschlossen ist allerdings die Bestellung eines Referendars. Das hat rein praktische Gründe. Die Dauer und die Intensität der Abwicklung ist – wenn auch regelmäßig auf ein Jahr beschränkt – nicht von vorneherein festzulegen. Des Weiteren erfordert die Abwicklung meist intensiveren Einsatz als die Vertretung, so dass die Ausbildung des Referendars beeinträchtigt werden könnte.

Örtliche Beschränkungen für den Abwickler gibt es dagegen nicht. Er muss nicht derselben Rechtsanwaltskammer angehören, wie der abzuwickelnde Rechtsanwalt. Auch hier aber werden praktische Erwägungen für einen ortsnahen Abwickler sprechen, der Aufgaben in seiner eigenen Praxis mit denen der abzuwickelnden Praxis verbinden kann. Zudem müssen für den Abwickler dieselben Voraussetzungen vorliegen, wie für den Vertreter. Dementsprechend sind auch die Gründe, die die Ablehnung von zum Abwickler vorgeschlagenen Personen begründen, gleichwertig ausgestaltet. So kann z.B. zwar ein Abwickler den ausgeschiedenen Rechtsanwalt zur Unterstützung seiner Abwicklertätigkeit heranziehen, er darf ihm aber nicht z.B. durch Vertreterbestellung die Ausübung des Anwaltsberufs insoweit wieder ermöglichen.

3. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen gibt es auch Personen, die grundsätzlich nicht auswählbar sind. So kann nicht jemand zum Vertreter bestellt werden, in dessen Person ein Versagungsgrund des § 7 offensichtlich vorliegt, obgleich dieser bei der Zulassung noch nicht vorgelegen hat. Regelmäßig ist auch ein weiterer (zweiter) Vertreter abzulehnen, der gesetzlich nicht vorgesehen ist. Hier ist lediglich in Ausnahmefällen (z.B. bei Interessenkollision in einzelnen Vorgängen, die nicht durch Abgabe an einen anderen Rechtsanwalt aufgelöst werden) die Bestellung eines zweiten Vertreters (für gerade diese Fälle) möglich. Selbstverständlich darf auch ein Rechtsanwalt, über den ein vorläufiges Berufsverbot für bestimmte Rechtsgebiete verhängt worden ist, nicht als amtlich bestellter Vertreter eines anderen Rechtsanwalts eingesetzt werden. Insoweit darf auch der Rechtsanwalt selbst einen solchen Vertreter nicht bestellen - jedoch kann ein Rechtsanwalt, gegen den ein Strafurteil ergangen ist, er altersbedingt aber von der Haft verschont wird, einen Vertreter bestellen, solange ein Vertretungsverbot nicht ausgesprochen ist. Das gilt selbst dann, wenn er den Sozius seines Verteidigers zu seinem Vertreter bestellt. Für die Rechtsanwaltskammer besteht in solchen Fällen keine Einflussmöglichkeit. Lediglich ihre Hinweise auf mögliche Interessenkollisionen können darauf aufmerksam machen, dass bei Feststellung eines tatsächlichen Verstoßes die Rechtsanwaltskammer mit den notwendigen Maßnahmen reagieren wird. Die Selbstbestellung eines Vertreters kann aber nicht beeinflusst werden, solange der Rechtsanwalt in seiner Berufsausübung nicht wesentlich beschränkt ist.

Schließlich können Rechtsbeistände, auch Kammerrechtsbeistände nicht zu Vertretern oder Abwicklern eines Rechtsanwalts bestellt werden, da ihre besondere Zulassung nicht den gesamten Bereich anwaltlicher Berufsausübung umfasst. Kammerrechtsbeistände können allerdings für Rechtsbeistände als Abwickler/Vertreter ebenso wie Rechtsanwälte eingesetzt werden.

Neben den Gründen, die gegen die Wählbarkeit einer Person vorgebracht werden können und ihren Einsatz als Vertreter/Abwickler verbieten, ist auch die fehlende Notwendigkeit zu berücksichtigen, einen Vertreter/Abwickler zu bestellen. Das gilt z.B. dann, wenn Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen in Sozietät, auch in Außensozietät verbunden sind. Trotz eines Anstellungsverhältnisses im Innenverhältnis ist der Außensozius/Scheinsozius nämlich durch die Anwaltsverträge, durch die die

Das aktuelle Urteil

Sozietät mandatiert worden ist, verpflichtet, die schwebenden Angelegenheiten und laufenden Vorgänge der Sozietät weiterzuführen. Diese Regelung gilt heute, nachdem die Gerichtszulassungen weggefallen sind, umfassender als zuvor.

4. Um die Bestellung des Vertreters und Abwicklers sicherzustellen, hat die Berufsrechtsänderung von 1989 die Pflicht zur Übernahme entsprechender Aufgaben begründet. Der von Amts wegen als Vertreter bestellte Rechtsanwalt - und entsprechend der Abwickler - kann die Vertretung/Abwicklung nur aus einem wichtigen Grund ablehnen. Dabei besteht diese Übernahmepflicht nur für Rechtsanwälte, nicht auch andere Personen. Sie ist eben lediglich als Berufspflicht begründet, da es eine der Aufgaben des Vertreters und Abwicklers ist, das Ansehen der Anwaltschaft zu bewahren. Deshalb sind auch die Bedingungen für die Annahme eines wichtigen Grundes eng auszulegen. Wichtige Gründe sind u.a. Krankheit, Störung des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten oder wenn die Übernahme der Aufgabe die eigene Leistungsfähigkeit konkret gefährdet. Schließlich ist die Bestellung nicht möglich, wenn Versagungsgründe der Berufstätigkeit im Sinne des § 45 BRAO vorliegen. Solche Interessenkollisionen hat der Vertreter-/Abwicklerausschuss schon bei der naheliegenden Möglichkeit gesehen, einen Insolvenzverwalter, der Rechtsanwalt ist, zugleich zum Abwickler zu bestellen - oder umgekehrt. Nach Auffassung des Ausschusses steht § 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 BRAO einer Bestellung entgegen, da die Vorschriften gerade den Zweck haben, einen etwaigen Interessenkonflikt zuverlässig auszuschließen. Ein solcher Konflikt kann bei Ausübung beider Ämter wegen verschiedener Zielrichtungen nicht entstehen, hat doch der Insolvenzverwalter vorrangig die Vermögensinteressen des abzuwickelnden Rechtsanwalts zu verwalten. Aus demselben Grund erscheint es bedenklich, wenn eine Verteidigung des ausgeschiedenen Rechtsanwalts im Strafverfahren durch den Abwickler vorgenommen wird. Hier liegt ein Fall des § 43a Abs. 4 BRAO zumindest dann vor, wenn die angeklagte Handlung mit der anwaltlichen Tätigkeit des ehemaligen Rechtsanwalts zu tun hat. Die dann anzunehmende Interessenkollision schließt aus, dass ein Strafverteidiger zugleich zum Abwickler seines Mandanten bestellt wird.

Wenn eine Erkrankung des Vertreters/Abwicklers eingetreten ist, die es ihm regelmäßig nicht ermöglicht, seine eigene Praxis

zu führen oder die seine Leistungsfähigkeit so weit begrenzt, dass die Übernahme der Abwicklung eine Gefährdung seiner eigenen Existenz begründet, ist dies ein wichtiger Grund zur Ablehnung der Aufgabe. Die Störung des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten ist in allen Bereichen ein wichtiger Grund, insbesondere in Strafverfahren. Äußert der Mandant, der Rechtsanwalt könne sich für ihn aus konkret angegebenen Gründen nicht voll einsetzen, liegt eine Störung des Vertrauensverhältnisses vor, die als wichtiger Grund anzuerkennen ist. Hier ist ein wesentlicher subjektiver Moment in dem Empfinden des Mandanten zu beachten. Auch Interessenkollisionen oder aber Unkenntnis der Rechtsmaterie, selbst fehlende Spezialkenntnisse, die zur Bearbeitung der von dem betroffenen Rechtsanwalt regelmäßig zu bearbeitenden Mandate offensichtlich notwendig sind, können wichtige Gründe zur Ablehnung der Vertreter-/Abwicklerposition sein.

5. Die Befugnisse des Vertreters und Abwicklers, aber auch ihre Aufgabe, in den laufenden Aufträgen die Interessen des Mandanten umfassend und ordnungsgemäß zu wahren, Gewähr für den ordnungsgemäßen Ablauf der Rechtsordnung zu bieten und das Ansehen der Anwaltschaft zu schützen und zu bewahren, macht deutlich, welche besondere Verantwortung die Rechtsanwaltskammer bei der Bestellung des Vertreters oder Abwicklers schon bei der Auswahl der Person aufwenden muss. Die Bedeutung der Position des Vertreters und Abwicklers für die Anwaltschaft wird noch unterstrichen von der Notwendigkeit, dass die Rechtsanwaltskammer einen amtlich bestellten Vertreter zu bestellen hat, wenn der Abwickler eines Rechtsanwalts in Urlaub geht. Eine Eigenbestellung ist nicht möglich, da der Abwickler ein öffentliches Amt wahrnimmt, dessen Aufgabenbereich nicht privatrechtlich weitergegeben werden kann, so dass der Rechtsanwalt seinen Vertreter nicht im Sinne des § 53 Abs. 1 Ziff. 1 BRAO selbst bestellen kann.

Schon die Auswahl der Rechtsanwaltskammer hat deshalb Gewähr zu bieten für die ordnungsgemäße Durchführung der Vertretertätigkeit bzw. der Abwicklung. Diese besondere Verantwortung korrespondiert mit der Berufspflicht des bestellten Rechtsanwalts zur Übernahme und Durchführung der Vertretung/Abwicklung, über deren Inhalt er sich mit Hilfe der Rechtsanwaltskammer selbst nach Bestellung informieren muss (Simonsen, Leverenzen, BRAK-Mitt. 1995, 224).

Pflichten und Haftung des Anwalts

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

Das aktuelle Urteil

Schutzbereich des Anwaltsvertrages

Verursacht ein schuldhafter anwaltlicher Beratungsfehler (hier: der unrichtige Hinweis, dass eine private Haftpflichtversicherung Brandschäden an der Mietsache von 600.000 Euro dann nicht deckt, wenn der VN als Mieter den Brand grob fahrlässig verursacht hat) Gesundheitsschäden des Mandanten, kann der Mandant gleichwohl Schmerzensgeldansprüche nicht gem. §§ 280, 253 BGB auf Verletzung des Anwaltsvertrages stützen. Denn der

Anwaltsvertrag war darauf gerichtet, Schadensersatzansprüche Dritter abzuwehren. Ein solcher auf die Wahrung der Vermögensinteressen des Mandanten gerichteter Vertrag begründet keine Obhutspflichten des Rechtsanwalts für die psychische Verfassung des Mandanten. Rücksichtnahme auf die psychische Befindlichkeit des Mandanten ist Ausdruck von sozialer Kompetenz und Verständnisfähigkeit des Rechtsanwaltes, nicht jedoch seine Rechtspflicht. (amtl. Leitsatz)

OLG Frankfurt, Urt. v. 30.4.2008 – 4 U 176/07, Beck RS 2008, 11064

Das aktuelle Urteil

Besprechung:

Es passiert nicht oft, aber doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit, dass Mandanten ihren Anwälten nicht nur mit der Behauptung gegenübertreten, ihnen sei ein Vermögensschaden entstanden, sondern dass – daneben oder ausschließlich – Schmerzensgeld wegen Gesundheitsbeeinträchtigungen verlangt wird. Der vom OLG Frankfurt entschiedene Fall kann von der Sachverhaltskonstellation her durchaus als exemplarisch bezeichnet werden.

Die klagende Mandantin und ihr Ehemann hatten ein Haus gemietet. Die fünfjährigen Zwillinge hantierten - es war Weihnachten - mit Wunderkerzen, was schließlich einen Feuerwehreinsatz und die endgültige Unbewohnbarkeit des Hauses zur Folge hatte. Die Vermieterin machte die Eltern der Kinder für den Brand verantwortlich und verlangte zunächst einmal den Mietzins weiter. Im Hinblick auf etwaige Schadenersatzansprüche wegen des Gebäudewerts - immerhin stand hier eine Forderung von 600.000 Euro im Raum - hatte der beklagte Rechtsanwalt den besorgten Mandanten erklärt, dass sich die Privat-Haftpflichtversicherung auf Leistungsfreiheit berufen könne, wenn sich erweise, dass die Klägerin, ihr Ehemann oder das Aupair-Mädchen grob fahrlässig ihre (Aufsichts-)Pflichten verletzt hatten. Das war im Hinblick auf den damaligen § 152 VVG a.F. (heute § 103 VVG) falsch, denn in der Haftpflichtversicherung gilt der Ausschluss nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung.

Negative Folgen in finanzieller Hinsicht hatte der Beratungsfehler denn auch nicht. Die Klägerin machte aber geltend, sie und ihr Ehemann hätten im Anschluss an den Brand und die Sorge um die eigene finanzielle Existenz an Dauerpanik und seelischer Auflösung im Sinne einer posttraumatischen Störung gelitten. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, die Begründung lässt sich dem OLG-Urteil nicht so recht entnehmen.

Bis zur Änderung des Schadenersatzrechts hätten derlei Ansprüche überhaupt nur auf § 823 BGB gestützt werden können, inzwischen gilt § 253 Abs. 2 BGB. Dennoch scheitern die Klagen auf Schmerzensgeld in der Regel bereits an der Substanziierungslast, spätestens am Kausalitätsbeweis.

Das Urteil des OLG Frankfurt ist nun vor allem deshalb so interessant, weil der Senat die Problematik an einer sehr grundsätzlichen Stelle anfasst. Selbst wenn die Darstellung der Klägerin richtig sei, fehle es an der haftungsrechtlichen Zurechnung. Diese setze – gleich ob bei deliktischer oder vertraglicher Haftung – stets einen Zusammenhang zwischen dem Schutzzweck der verletzten Pflicht und dem eingetretenen Schaden voraus. Danach sei ein Schaden nur dann zu ersetzen, wenn es sich dabei um Folgen handele, um derentwillen die verletzte Rechtsnorm oder Pflicht bestehe. Dem schuldhaft rechtswidrig Handelnden dürften nicht alle zufälligen Folgen seines Handelns zugerechnet werden. Diese Begrenzung der Schadenersatzpflicht korrespondiere mit dem die Haftung ebenfalls ausschließenden Begriff des allgemeinen Lebensrisikos.

Die Pflicht zur rechtlich richtigen Beratung ergebe sich aus dem Anwaltsauftrag, der hier allein auf die Vermögensinteressen der Mandantschaft gerichtet sei. Es bestünden keine Obhutspflichten für die psychische und geistige Verfassung der Mandantschaft. Auch Nicht-Juristen – so der Senat weiter – hätten einen fehlerhaften Hinweis geben können; die psychische Verarbeitung solcher Hinweise überantworte der Verkehr regelmäßig dem Empfänger derartiger Informationen, insbesondere seien Belastungen wegen der Sorge um das eigene Vermögen in diesem Zusammenhang dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen.

Mit dem Ansatz des OLG Frankfurt wären also Schmerzensgeldansprüche wegen psychisch vermittelter Gesundheitsverletzungen nach anwaltlicher Fehlberatung in der Regel unbegründet. Der Senat hat allerdings die Revision zugelassen. Ob sie eingelegt wurde, ist nicht bekannt. Wenn ja, darf man einer Entscheidung des BGH gespannt entgegensehen.

Das Interesse der Anwaltschaft an einer bestätigenden Entscheidung durch den BGH zugunsten dieser Lösung auf der Zurechnungsebene wäre natürlich evident und nicht zu gering zu schätzen. Gemäß § 51 BRAO sind Anwälte dazu verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus der Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen. Das sehen die entsprechenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen auch vor. Dazu gehören also Personenschäden, um die es hier gehen würde, nicht. Selbst wenn die endgültige Haftung wegen des bereits erwähnten schwierigen Kausalitätsnachweises eher selten sein dürfte: Man darf nicht vergessen, dass die Haftpflichtversicherung stets auch das Element des Abwehrschutzes enthält, der Versicherungsnehmer im Haftpflichtprozess also von den Kosten freizustellen ist. Das gilt aber nur, wenn und soweit die eingeklagten Ansprüche auch grundsätzlich vom Versicherungsschutz umfasst sind. Der betroffene Anwalt muss also auch bei evident unbegründeten Ansprüchen befürchten, zumindest auf seinen Prozesskosten sitzenzubleiben, wenn diese später nicht beitreibbar sein sollten. Ein deutliches Urteil zugunsten der Entscheidung des OLG Frankfurt könnte zur Vermeidung derlei Situationen beitragen, weil Anspruchsteller vielleicht eher dazu tendieren, von einer Klageerhebung Abstand zu nehmen.

Freilich ist die hier geschilderte Situation – Schmerzensgeld für durch falschen Rechtsrat vermittelte Gesundheitsbeeinträchtigung - zu unterscheiden von anderen immateriellen Ansprüchen der Mandanten gegen ihre Anwälte. So hatte das KG Berlin über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Strafverteidigerin die Verlegung eines Termins zur Hauptverhandlung unterlassen hatte, was für den Mandanten die Verhaftung und 76 Tage Untersuchungshaft zur Folge hatte. Er erstritt hierfür einen "angemessenen Ausgleich in Geld" (KG, NJW 2005, 1284; dazu Chab, AnwBl. 2005, 497 - dort auch zur Versicherbarkeit solcher Ansprüche). Der Schutzzweck der verletzten Pflicht unterlassene Terminsverlegung - steht hier tatsächlich in Zusammenhang mit der negativen Folge für den Mandanten -Freiheitsentziehung. Das kann dem Inhalt des Strafverteidigermandats ohne weiteres entnommen werden. Ganz sicher vor der Geltendmachung immaterieller Schäden wären die Anwälte also auch dann nicht, wenn der BGH die Entscheidung des OLG Frankfurt bestätigen würde.

Bemerkenswert ist, was der OLG-Senat dem hier beklagten Anwalt und damit auch allen anderen Kolleginnen und Kollegen nebenbei ins Stammbuch schreibt. Zwar werden die Schmerzensgeldansprüche als unbegründet zurückgewiesen; von einer optimalen Beratung und Betreuung könne man aber nicht gerade sprechen. Soziale Kompetenz und Einfühlungsvermögen seien wichtige Eigenschaften, die Anwälte mitbringen sollten, um dem Mandanten in jeder Hinsicht Hilfestellung bieten zu können, auch wenn die Rücksichtnahme auf die seelischen Befindlichkeiten der Mandantschaft nicht als Pflicht angesehen wird, deren Verletzung schon für sich Schadenersatzansprüche nach sich ziehen können.

Man wird aus Sicht des Haftpflichtversicherers ergänzen dürfen: Aufmerksamkeit und Einfühlungsvermögen in die Belange des Mandanten bereiten den Boden für eine vertrauensvolle, von gegenseitigem Verständnis geprägte und damit letztlich auch erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Mandant. Dies trägt entscheidend dazu bei, Unzufriedenheit beim Mandanten und letztlich Regresse zu vermeiden.

Rechtsanwalt Bertin Chab

Rechtsprechungsleitsätze

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Zur Haftung des Anwalts gegenüber Auftragnehmern des Mandanten

Für im Rahmen des Mandats erteilte Aufträge an Dritte kommt eine persönliche Haftung des Rechtsanwalts in der Regel nicht in Betracht. (eigener Leitsatz)

LG Offenburg, Urt. v. 28.2.2008 – 2 O 378/06

Anmerkung:

Man wundert sich, wieso es hier überhaupt zu einer Klage gegen die Anwälte kam. Das LG Offenburg hat jedoch die Gelegenheit genutzt, die Rolle des Anwalts im Mandat im Verhältnis zu Dritten ins rechte Licht zu rücken.

Der Anwalt hatte den Kl., einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, beauftragt, für einen von den Mandanten geführten Rechtsstreit ein Privatgutachten zu erstatten. Die Rechnung hierfür beglichen die Mandanten zunächst nicht. Der Kl. mahnte daher die Rechnung beim bekl. RA an, welcher zusagte, sich mit seinen Mandanten in Verbindung zu setzen und sich um die Begleichung der Rechnung zu kümmern. Mangels Zahlung verklagte der Sachverständige sowohl die Mandanten als auch alle Anwälte der Sozietät.

Das LG prüft den Anspruch gegen die Rechtsanwälte unter sämtlichen Aspekten:

Eine Eigenhaftung als Vertreter gemäß § 164 Abs. 2 BGB kommt nicht in Betracht, weil der Anwalt erkennbar im Rahmen eines Mandats für seine Mandanten agierte, also ein Fremdgeschäft tätigte.

Eine ausnahmsweise Vertreterhaftung würde erfordern, dass der RA wirtschaftlich an dem Rechtsstreit beteiligt war (d.h. über seine Gebühren hinaus) oder dass ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen wurde. Über die berufliche Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege hinaus wurde jedoch kein zusätzlicher Vertrauenstatbestand geschaffen.

Schließlich hat der Anwalt auch keine Garantie für die Bezahlung der Rechnung übernommen – dass er sich um die Bezahlung durch die Mandanten kümmern würde, kann nach Ansicht des LG nur so verstanden werden, dass es der RA mit gutem Zureden versuchen würde. Eine eigene Einstandspflicht würde die Fürsorgepflichten im Rahmen eines Mandatsverhältnisses bei weitem sprengen.

Dem ist nichts hinzuzufügen.

Rechtsanwältin Antje Jungk

Haftung des Geschäftsführers in der Anwalts-GmbH

- 1. § 13 Abs. 2 GmbHG gilt auch für Rechtsanwaltsgesellschaften nach §§ 59c ff. BRAO.
- 2. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers der Rechtsanwalts-GmbH kommt dann in Betracht, wenn er in besonderem Maß persönliches Vertrauen in Anspruch nahm oder ein unmittelbar eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgte.

OLG Nürnberg, Hinweisbeschl. v. 21.1.2008 – 6 U 2208/07, AnwBl. 2008, 468

Anmerkung:

Der Kl. hatte einer RA-GmbH den Auftrag erteilt, in einer Mietstreitigkeit tätig zu werden, in dessen Verlauf es zu einer anwaltlichen Pflichtverletzung kam. Eingeklagt wurden Regressansprüche dann aber nicht gegen die GmbH, sondern gegen den Geschäftsführer persönlich. Zu prüfen war also, ob auch eine persönliche Haftung des Geschäftsführers in Frage kam oder lediglich das Vermögen der GmbH haftet und diese damit allein passivlegitimiert wäre. Das LG hatte die Klage abgewiesen, das OLG erteilte in der Berufungsinstanz den Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO. Dazu führt der Senat aus:

Die persönliche Haftung des Organs sei nur dann zu begründen, wenn der Kl. gerade diesem gegenüber in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen habe. Das sei aber hier nicht ersichtlich. Eine bloß routinemäßige Mandatierung einer RA-GmbH ohne das Hinzutreten weiterer Umstände reiche für die Begründung der persönlichen Haftung gerade nicht aus. Derartige außergewöhnliche Umstände seien nicht dargelegt. Ebenso wenig habe der Kl. erläutern lassen, dass der Geschäftsführer über das allgemeine Interesse am Unternehmenserfolg hinaus ein besonderes Interesse am Mandat gehabt habe. Weitere Ausnahmen speziell für die Rechtsanwalts-GmbH bestünden nicht. Der Gesetzgeber sei sich über die Einschränkungen der Haftung durch die Zulassung der Anwalts-GmbH im Klaren gewesen. Dennoch habe er auf eine Handelnden-Haftung des Geschäftsführers bewusst verzichtet und den Schutz des geschädigten Mandanten durch eine erhöhte Pflichtversicherungssumme gewährleistet. Auch für andere Gesellschaftsformen gebe es im Übrigen die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung. Das Berufsbild des Rechtsanwalts habe sich also insgesamt seit Erlass der BRAO im Jahre 1959 erheblich gewandelt. Im Ergebnis sei die Anwalts-GmbH nach allgemeinen Haftungsgrundsätzen des GmbH-Rechts zu beurteilen.

Der Kl. hat nach Bekanntgabe des Beschlusses die Berufung zurückgenommen.

Die dargestellte Rechtsauffassung verdient im Ergebnis und in der Begründung Beifall. Wenn der Gesetzgeber schon die Anwalts-GmbH mit auch negativen Konsequenzen wie entsprechenden Bilanzierungs- und Steuerpflichten installiert, müssen die Anwälte auch in den Genuss der Vorteile des Haftungsregimes kommen. Das darf nicht durch eine ausufernde Rechtsprechung zur persönlichen Haftung durch besonderes in Anspruch genommenes Vertrauen ausgehöhlt werden (dazu auch mit Beispiel *Chab*, ZAP 2007, 85, 87).

Rechtsanwalt Bertin Chab

Keine Scheinsozienhaftung bei nichtanwaltlicher Tätigkeit

Keine Rechtsscheinhaftung des Mitglieds einer anwaltlichen Scheinsozietät für Forderungen, die nicht die anwaltstypische – rechtsberatende oder rechtsvertretende – Tätigkeit betreffen.

BGH, Urt. v. 16.4.2008 – VIII ZR 230/07, WM 2008, 1136; ZIP 2008, 1120

Anmerkung:

Eine angestellte Scheinsozia wurde von einer Computerfirma auf Zahlung einer Rechnung für eine an die Kanzlei gelieferte PC-Anlage sowie für Wartungskosten in Anspruch genommen. Beim Abschluss des Vertrags mit der Computerfirma war kein Briefpapier der Kanzlei verwendet worden; ein Geschäftsführer der Computerfirma hatte jedoch aufgrund eines von ihm anderweitig erteilten Anwaltsmandats Kenntnis vom Kanzleibriefbogen, der die Beklagte wie eine Sozia auswies. Das AG hatte der Klage stattgegeben, das LG sie abgewiesen. Der BGH wies die – zugelassene – Revision der Computerfirma zurück.

Die Sache wurde, da es sich nicht um eine Streitigkeit aufgrund einer anwaltlichen Tätigkeit handelte, nicht vom für AnwaltsRechtsprechungsleitsätze

haftung zuständigen IX. ZS, sondern von dem für Kaufrecht zuständigen VIII. ZS des BGH entschieden. Auch wenn im vorliegenden Fall gar kein Kanzleibriefpapier verwendet worden war, enthält das Urteil allgemeingültige Ausführungen, wonach eine Rechtsscheinhaftung von Scheinsozien (vgl. z.B. BGH, NJW 1978, 996, NJW 1991, 1225; NJW 1999, 3040; NJW 2001, 165; *Grams*, BRAK-Mitt. 2002, 119) ein anwaltliches Mandatsverhältnis und eine anwaltstypische Tätigkeit voraussetzt. Der Kauf einer PC-Anlage und deren Reparatur stelle, auch wenn sie für eine Anwaltskanzlei erfolgten, keine anwaltstypischen Tätigkeiten dar, so dass die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung von Scheinsozien nicht anwendbar seien.

Rechtsanwalt Holger Grams

Eintrittshaftung nach § 130 HGB

Ein nach dem 7.4.2003 in eine Anwaltssozietät eingetretener Gesellschafter haftet auch für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten aus beruflicher Tätigkeit seiner Sozien. (eigener Leitsatz)

OLG Koblenz, Urt. v. 1.2.2008 - 8 U 751/07

Anmerkung:

Mit der Haftung des neu in eine Anwaltssozietät eintretenden Sozius für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, die aus anwaltlicher Tätigkeit resultieren, ist die Rechtsprechung seit Jahren nicht recht weitergekommen. Nochmals zur Erinnerung: Nach der Grundsatzentscheidung des II. ZS des BGH v. 29.1.2001 (NJW 2001, 1056) werden die HGB-Vorschriften grds. auch auf die BGB-Gesellschaft für anwendbar gehalten. Zu § 130 HGB hat sich der II. ZS ebenfalls bekannt, jedoch im Urt. v. 7.4.2003 (NJW 2003, 1803) einen ausdrücklichen Vorbehalt für die Berufshaftung gemacht. Versuche, die Frage der Eintrittshaftung für Berufsfehler beim insoweit zuständigen IX. ZS des BGH klären zu lassen, sind bislang immer auf der Strecke geblieben. So auch hier, weil die Klage gegen den Neusozius aus anderen Gründen abgewiesen wurde.

Dennoch hat sich das OLG zur Frage der Eintrittshaftung geäußert, indem es sich auf das oben schon zitierte BGH-Urteil v. 7.4.2003 bezieht. Der Senat ignoriert aber offenbar völlig, dass genau die hier streitgegenständliche Frage der Haftung für Berufsfehler dort offenblieb, ebenso wie in dem vom OLG herangezogenen BGH-Urteil v. 12.12.2005 (WM 2006, 187). Insofern ist das Urteil weder verallgemeinerungsfähig noch bringt es die wissenschaftliche Diskussion um die Eintrittshaftung für Berufsfehler der Altsozien weiter.

Rechtsanwältin Antje Jungk

Fristen

Vertrauen auf Befolgung von Weisungen

Anmerkung:

Immer wieder stellt sich die Frage, inwieweit eine nicht beachtete mündliche Anweisung als Büroorganisationsverschulden anzusehen ist. Der Grundsatz lautet: Ein Anwalt darf darauf vertrauen, dass seine Weisungen – sei es generell oder konkret – von Mitarbeitern, die sich als zuverlässig erwiesen haben, befolgt werden (st. Rspr.). Der Anwalt muss sich nicht über die Ausführung seiner Anweisung vergewissern.

Die Rechtsprechung berücksichtigt allerdings, dass bestimmte Konstellationen ein erhöhtes Risiko bergen, dass die Anweisung vergessen wird. Dies soll der Fall sein, wenn es sich um "wichtige" Vorgänge wie die Wahrung von Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfristen handelt und die Anweisung nur mündlich erteilt wird. Der Vorhersehbarkeit dieses erhöhten Risikos trägt der BGH folgendermaßen Rechnung:

Wenn ein Rechtsanwalt seine Bürokraft nur mündlich anweist, eine Rechtsmittelfrist einzutragen, genügt er seiner Sorgfaltspflicht nur dann, wenn in seiner Kanzlei ausreichende organisatorische Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass eine korrekte Fristeintragung erfolgt.

BGH, Beschl. v. 4.3.2008 - VI ZB 69/05

Ein Rechtsanwalt, der seiner Kanzleiangestellten die Einzelweisung erteilt, einen Schriftsatz zur Wahrung einer Rechtsmitteloder Rechtsmittelbegründungsfrist noch am selben Tag per Telefax an das zuständige Gericht abzusenden, muss, jedenfalls wenn er nicht anordnet, den Schriftsatz sogleich abzuschicken, Vorkehrungen dagegen treffen, dass sein Auftrag im Drange der übrigen Geschäfte in Vergessenheit gerät und die Frist dadurch versäumt wird (Fortführung von BGH, Beschl. v. 22.6.2004 – VI ZB 10/04 – NJW-RR 2004, 1361 f.).

BGH, Beschl. v. 4.4.2007 - III ZB 85/06

Ausnahmsweise bedarf es keiner zusätzlichen Vorkehrung, wenn die unmissverständliche Weisung gegeben wird, den Vorgang (z.B. Eintragung der Frist im Fristenkalender) sofort auszuführen. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 2.4.2008 - XII ZB 189/07

Günstigenfalls gibt es also noch eine zusätzliche allgemeine Anweisung, dass solche Aufträge stets vor allen anderen Aufgaben zu erledigen sind. Wenn dies nicht der Fall ist, müssen laut BGH Vorkehrungen getroffen werden, dass die Weisung nicht in Vergessenheit gerät. Allerdings bleibt etwas unklar, wie das denn aussehen soll. Im Beschl. v. 4.4.2007 schlägt der Senat vor, dass angeordnet werden muss, sofort im Fristenkalender einen Vermerk über die gebotene Versendung per Fax anzubringen.

Eigentlich dürfte es zu dieser Konstellation bei ordentlicher Büroorganisation aber gar nicht kommen: Wenn bei Zustellung der gerichtlichen Entscheidung die Frist ordnungsgemäß im Fristenkalender eingetragen wird, steht sie ja bereits als Endfrist darin, und dann versteht es sich von selbst, dass eine fristwahrende Übermittlung nur noch per Fax erfolgen kann. Bei ordnungsgemäßem Ablauf muss die fehlende Übermittlung spätestens bei der abendlichen Fristenkontrolle auffallen.

Rechtsanwältin Antje Jungk

Fristenkontrolle: Anweisung zur Überprüfung der Anzahl der gefaxten Seiten

Ein Rechtsanwalt genügt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Dabei ist ein Vergleich der Anzahl der zu übermittelnden Seiten mit den laut Sendeprotokoll versandten Seiten besonders nachdrücklich anzuordnen, wenn die Vorgaben eines in der Anwaltskanzlei verwendeten Qualitätshandbuchs in diesem Punkt lückenhaft sind.

BGH, Beschl. v. 14.5.2008 - XII ZB 34/07

Anmerkung:

Durch ein Büroversehen wurde am Tag des Fristablaufs nur die erste Seite einer Berufungsschrift an das Gericht gefaxt. Die fehlende zweite Seite enthielt die Erklärung, dass Berufung eingelegt werde sowie die Unterschrift des Anwalts. Das OLG wies den Wiedereinsetzungsantrag zurück und verwarf die Berufung als unzulässig. Der BGH verwarf die dagegen gerich-

tete Rechtsbeschwerde als unzulässig. Der Zulässigkeitsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung liege nicht vor.

Nach st. BGH-Rspr. (z.B. BGH, FamRZ 2007, 1722; FamRZ 2005, 1534; FamRZ 2006, 1104) müsse der Anwalt seine Mitarbeiter anweisen, vor Streichung einer Frist im Falle einer Übersendung per Fax zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig (OK-Vermerk und Seitenzahl im Sendeprotokoll) und an den richtigen Empfänger (Fax-Nr.) erfolgt sei. Die Weisung müsse entweder allgemein oder im Einzelfall erteilt werden. Das auszugsweise vorgelegte Qualitätshandbuch der Kanzlei enthalte gerade keine konkreten Angaben zur Handhabung der Kontrolle der gefaxten Seitenzahlen. Deswegen hätte – sofern wahrheitsgemäß möglich – vorgetragen werden müssen, dass und in welcher Form die Mitarbeiterinnen – ggf. durch Einzelweisung – angewiesen worden seien, die Anzahl der gefaxten Seiten anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen.

Rechtsanwalt Holger Grams

Berufshaftpflichtversicherung

Wissentliche Pflichtverletzung

1. Ist nicht auszuschließen, dass ein Rechtsanwalt die drohende Verjährung eines Anspruchs aus dem Blick verloren hat, so ist eine wissentliche Pflichtverletzung vom Versicherer nicht bewiesen.

2. ...

3. Kennt ein Rechtsanwalt den unmittelbar bevorstehenden Ablauf der Berufungsbegründungsfrist, so schließt das durch keine objektiven Umstände begründete Vertrauen, er werde eine dritte Fristverlängerung erhalten, die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung nicht aus.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.10.2007 – 5 U 510/06

Anmerkung:

Der ehemalige Mandant eines Anwalts macht vorliegend im Wege der Drittschuldnerklage Ansprüche gegen den Berufshaftpflichtversicherer des Anwalts geltend. Der Anwalt wurde verurteilt, dem Mandanten Schadensersatz zu leisten, weil Ansprüche des Mandanten, die der Anwalt hatte geltend machen sollen, zum Teil verjährt seien; ein anderer Teil der Ansprüche des Mandanten war im Vorprozess in I. Instanz abgewiesen worden; die vom Anwalt eingelegte Berufung wurde als unzulässig verworfen, nachdem ein Antrag des Anwalts auf eine dritte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen worden war. Der Haftpflichtversicherer des Anwalts lehnte die Deckung wegen wissentlicher Pflichtverletzung gem. § 4 Nr. 5 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) ab.

Das OLG hielt die Deckungsablehnung insofern für unbegründet, als der Anwalt einen Teil der Ansprüche des Mandanten nicht eingeklagt hatte, was zur Verjährung führte. Für eine wissentliche Pflichtverletzung sei eine positive Kenntnis der verletzten Pflicht erforderlich. Wissentlichkeit werde zwar nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Versicherungsnehmer hoffe oder sogar überzeugt sei, dass durch sein Handeln kein Schaden eintreten werde. Im konkreten Fall sei aber davon auszugehen, dass der Anwalt die drohende Verjährung nicht erkannt habe, was allenfalls (grob) fahrlässig oder bedingt vorsätzlich gewesen sei, so dass der Versicherer insofern leistungspflichtig sei.

Eine wissentliche Pflichtverletzung des Anwalts sei aber insoweit zu bejahen, als dieser die Berufungsbegründungsfrist versäumt habe. Die dreimalige Beantragung einer Fristverlängerung zeige, dass der Anwalt die Frist nicht etwa aus den Augen verloren habe. Er habe die Pflicht, die Berufung zu begründen, auch willentlich verletzt, weil er lediglich (angeblich) darauf vertraut habe, eine weitere Fristverlängerung zu erhalten. Dieses angebliche Vertrauen habe jedoch allenfalls die Hoffnung begründet, dass kein Schaden eintreten werde, ändere aber nichts an der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung. Der Anwalt habe eingeräumt, dass er sich über den Fristablauf als solchen im Klaren gewesen sei. Er habe unstreitig nicht versucht, die Zustimmung des gegnerischen Anwalts zu einer weiteren Verlängerung zu erhalten. Für die Annahme, das Gericht werde eine dritte Fristverlängerung bewilligen, habe auch keinerlei tragfähige Grundlage bestanden (der Vorgang spielte im Jahre 2000; heute wäre auch § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu beachten).

Rechtsanwalt Holger Grams

Aus der Arbeit der BRAK

Stellungnahmen

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

Mai 2008

- Stellungnahme der BRAK (Nr. 15) zum Referentenentwurf für ein Jahressteuergesetz 2009
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 16) zur Verfassungsbeschwerde des Rechtsanwalts Prof. Dr. Holger Matt 1 BvR 1342/07
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 17) zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht

 Gemeinsame Stellungnahme von BRAK, BStBK, BNotK und WPK vom 29.5.2008 zu BT-Drucks. 16/9038 v. 5.5.2008 (Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung [Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG])

Juni 2008

- Stellungnahme der BRAK (Nr. 18) zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 19) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)

Presseerklärungen

Nr. 7 vom 25. April 2008

Zugang zum Recht für jeden

Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt Gesetz zum Erfolgshonorar

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Der Bundestag hat heute das Gesetz zu den anwaltlichen Erfolgshonoraren verabschiedet. Mit der Neuregelung wird das bisher bestehende absolute Verbot von Erfolgshonorarvereinbarungen gelockert. Ursprünglicher Initiator des Gesetzgebungsvorhabens war das Bundesverfassungsgericht, das in einer Entscheidung im vergangenen Jahr festgestellt hat, dass dieses Verbot dann verfassungswidrig ist, wenn es keine Ausnahmen für die Fälle vorsieht, in denen Bürger ohne eine solche Vereinbarung von der Verfolgung ihrer Rechte abgehalten würden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das neue Gesetz. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes seien mit Vernunft und Augenmaß umgesetzt worden, sagt der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges. "So wird gewährleistet, dass auch Bürger, die weder Prozesskostenhilfe erhalten noch über die Möglichkeit verfügen, einen Rechtstreit aus eigenen finanziellen Mitteln zu bestreiten, zu ihrem Recht kommen. Es ist einer der größten Vorzüge unseres Rechtsstaates, jedem den Zugang zum Recht zu ermöglichen", so Filges.

Das neue Gesetz hält im Interesse der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Rechtsuchenden im Grundsatz am Verbot von Erfolgshonorarvereinbarungen fest und lässt ein Erfolgshonorar nur im Einzelfall zu. "Insbesondere die noch erfolgten Klarstellungen im Bereich der Formalien stellen sicher, dass Bürgern und Rechtsanwälten ein verlässliches Instrument an die Hand gegeben wird, das auch die Gerichte nicht übermäßig belastet", betont Axel C. Filges.

Nr. 8 vom 3. Juni 2008

Europäische Rechtsanwälte unter einem Dach

Brüsseler Büro der Bundesrechtsanwaltskammer bezieht gemeinsam mit Kollegen aus Europa neue Büroräume

Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel. Anlässlich der Eröffnung ihres gemeinsamen Büros in Brüssel haben die Präsidenten der Rechtsanwaltskammern aus Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Österreich, Belgien und Luxemburg erneut die Bedeutung einer starken und unabhängigen Anwaltschaft für die Bürger im vereinten Europa betont. Nur unabhängige, verschwiegene und ihre Mandanten loyal vertretende Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sichern ihnen die Chance, ihr gutes Recht durchzusetzen und sich gegen unbegründete Ansprüche und Belastungen zu wehren. So wirkt die europäische Anwaltschaft zugleich an der Aufrechterhaltung und ständigen Verbesserung eines funktionierenden Rechtssystems mit.

"Durch die Präsenz der Bundesrechtsanwaltkammer vor Ort in Brüssel können wir die europäische Gesetzgebung wachsam beobachten und, wo notwendig, unsere Stimme erheben", erklärt der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges anlässlich der Eröffnung der neuen Büroräume. "Im Vordergrund steht für uns eine möglichst effektive Vertretung der Interessen unserer Mandanten und Kollegen. Die jetzt begrün-

dete Bürogemeinschaft mit sieben anderen europäischen Anwaltsvertretungen, die insgesamt 320.000 Rechtsanwälte repräsentieren, gibt uns die besondere Möglichkeit, gemeinsame Standpunkte gemeinsam zu vertreten und dabei unsere nationale Identität zu wahren."

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist seit 1991 mit einem eigenen Büro in Brüssel vertreten. Seine Aufgabe ist neben der Beobachtung und Begleitung der Aktivitäten und Vorhaben der EU-Institutionen die Kontaktpflege mit den Abgeordneten des Europäischen Parlaments, den Repräsentanten und Beamten der Kommission und den Vertretern des Rats. Die BRAK informiert so die am europäischen Rechtssetzungsprozess Beteiligten in Einzelgesprächen, durch die Abgabe von Stellungnahmen und die Beteiligung an Anhörungen über die Anliegen der deutschen Anwaltschaft. Die thematischen Schwerpunkte der augenblicklichen Tätigkeit lassen sich mit den Stichworten Sammelklagen, Europäisches Vertragsrecht, gegenseitige Anerkennung von Abwesenheitsurteilen und Transparenzinitiative benennen.

Im 14-tägigen Rhythmus informiert das Büro Brüssel in den "Nachrichten aus Brüssel" über die rechtspolitische Entwicklungen in Europa. Gern können Sie den Newsletter hier bestellen. Aktuelle und ältere Ausgaben sind im Internet abrufbar.

Nr. 9 vom 12. Juni 2008

Fast 147.000 Rechtsanwälte in Deutschland

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Zum 1.1.2008 waren in der Bundesrepublik insgesamt 146.910 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zugelassen. Dies bedeutet im Vergleich zum Vorjahr eine Steigerung um 2,86 %.

Die Rechtsanwaltskammer München verzeichnet erneut die meisten Mitglieder (17.981), gefolgt von der Rechtsanwaltskammer Frankfurt (16.382), der Rechtsanwaltskammer Hamm (13.092), der Rechtsanwaltskammer Köln (11.718), der Rechtsanwaltskammer Berlin (11.590) und der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf (10.730). Die Rechtsanwaltskammern Saarbrücken (1.367) und Zweibrücken (1.399) verzeichnen die niedrigste Mitgliederzahl.

Die Anzahl der Rechtsanwältinnen ist im Vergleich zum Vorjahr um 4,82 % angestiegen. 30,43 % der Anwaltschaft sind Rechtsanwältinnen (44.703).

Weiterhin bemerkenswert ist der Zuwachs an Fachanwälten. Nach der Einführung von vier neuen Fachanwaltschaften im Jahre 2006 und einer weiteren Fachanwaltschaft im Jahre 2007 gibt es mittlerweile 19 Fachanwaltschaften. Die Gesamtzahl der Fachanwälte stieg auf 32.747, das sind 22,29 % aller Rechtsanwälte.

Stärkste Fachanwaltschaft ist weiterhin die für Arbeitsrecht (7.669), gefolgt von der Fachanwaltschaft für Familienrecht (7.474). Einen starken Zuwachs haben die im Jahr 2005 neu eingeführten Fachanwaltschaften zu verzeichnen. Als besonders interessant erweisen sich hier die Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht (1.762), die Fachanwaltschaft für Bau- und Architektenrecht (1.610) und die Fachanwaltschaft für Mietund Wohnungseigentumsrecht (1.540).

"Gerade die zahlenmäßige Entwicklung der Fachanwaltschaften zeigt, dass der Trend zur Spezialisierung unvermindert anhält", erklärt der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer

Axel C. Filges, selbst Fachanwalt für Arbeitsrecht. "Durch die immer weiter fortschreitende Ausdifferenzierung des Rechts ist es unumgänglich geworden, sich vertieft auf einzelnen Rechtsgebieten fortzubilden. Nur so können wir dem Bedarf der Bürger und der Wirtschaft nach dauerhaft kompetenter Rechtsberatung auch weiterhin gerecht werden."

Nr. 10 vom 27. Juni 2008

Neues Rechtsdienstleistungsgesetz tritt am 1.7. in Kraft

Die umfassende Rechtsberatung bleibt dem Rechtsanwalt vorbehalten

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Am 1. Juli 2008 tritt das neue Rechtsdienstleistungsgesetz in Kraft. Mit der Neuregelung wird festgelegt, wer künftig in welchen Fällen befugt sein soll, Rechtsrat zu erteilen. Es wird definiert, welcher Rechtsrat überhaupt unter den Begriff der Rechtsdienstleistung fällt und wann diese ausschließlich durch Rechtsanwälte beziehungsweise wann auch durch Nichtanwälte erbracht werden darf. Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz ist, – wie sein Vorgänger das Rechtsberatungsgesetz – als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ausgestattet. Das heißt, die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen ist nur in dem Umfang zulässig, in dem sie ausdrücklich durch Gesetz erlaubt wird. Selbstdefiniertes Ziel des Gesetzes ist es, den Bürger vor unqualifiziertem Rechtsrat zu schützen.

Beispielsweise sind nach dem neuen Gesetz Rechtsdienstleistungen, die im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit stehen, auch durch nichtanwaltliche Berufsträger erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zu dieser anderen Tätigkeit erbracht werden. Im Interesse des Verbrauchers wird dabei nicht nur auf Inhalt, Umfang und sachlichem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit, sondern auch auf die dafür erforderlichen Rechtskenntnisse abgestellt. Ein Architekt darf deshalb nur so weit rechtsberatend tätig werden, wie er ohnehin zur Ausübung seines Berufes rechtliche (beispielsweise baurechtliche) Kenntnisse haben muss. Und eine Kfz-Reparaturwerkstatt wird entgegen einer weitverbreiteten Meinung nicht die Regulierung eines Unfallschadens, sondern allenfalls die direkte Abrechnung der Reparaturkosten mit dem Haftpflichtversicherer des Gegners vornehmen können.

Für den Verbraucher bedeutet das neue Gesetz zunächst zwar eine größere Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Dienstleistern, er muss sich aber vergegenwärtigen, dass nichtanwaltliche Rechtsberatungen häufig nicht denselben Qualitätsansprüchen genügen wie eine anwaltliche Beratung. Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und vor allem uneingeschränkte Interessenvertretung des Mandanten sind Kernqualitäten, die nur Rechtsanwälte bieten.

Auf der anderen Seite bedeutet die weitere Öffnung des Rechtsberatungsmarktes für die Rechtsanwaltschaft eine noch stärkere Motivation, die Qualität anwaltlicher Beratung weiter zu steigern und beispielsweise durch Fortbildung, aber auch durch ein noch mehr am Mandanten ausgerichtetes Angebot dem Verbraucher zu verdeutlichen, dass der umfassend kompetente Rechtsrat nur von einem Anwalt zu erhalten ist.

Hinweis: Ab Montag steht auf der Homepage der BRAK unter www.brak.de eine mp3-Datei mit einem Statement des Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges zum download zur Verfügung.

Nr. 11 vom 3. Juli 2008

Streiten ist Grundrecht!

Gemeinsame Veranstaltung des Deutschen Anwaltvereins, des baden-württembergischen Justizministeriums und der Bundesrechtsanwaltskammer zum Zugang zum Recht in Brüssel

Bundesrechtsanwaltskammer Berlin, Brüssel. Um den Zugang des Bürgers zum Recht ging es in einer Diskussionsrunde, die am Donnerstag (3. Juli 2008) gemeinsam vom Deutschen Anwaltverein, dem Justizministerium des Landes Baden-Württemberg und der Bundesrechtsanwaltskammer in Brüssel veranstaltet wurde. Unter dem Titel: "Die Beschreitung des Rechtsweges – wirtschaftlich kalkulierbare Entscheidung oder finanzielles Abenteuer?" verglichen die Podiumsteilnehmer aus England, Belgien und Deutschland ihre jeweiligen Rechtssysteme daraufhin, ob die Bürger ohne größere finanzielle oder bürokratische Hürden Streitfragen auf gerichtlichem Wege klären lassen können.

"Die Beschreitung des Rechtsweges ist in Deutschland kein finanzielles Abenteuer", betonte der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges im Rahmen der Diskussion. "Gerade bei niedrigeren Streitwerten ist aufgrund relativ geringer Kosten der Zugang zum Recht für den Verbraucher gewährleistet."

"Wer vor Gericht geht, möchte wissen, was es kostet, das gilt vor allem auch für den, der vor Gericht gezogen wird", betonte Baden-Württembergs Justizminister Prof. Dr. Ulrich Goll (FDP). Gutes Recht gebe es nicht umsonst. "Das Kostenrisiko ist für die Rechtssuchenden in Deutschland aber überschaubar. Das halte ich für einen wichtigen Teil des Zugangs zum Recht, den es zu bewahren gilt", so der Minister.

Der Präsident des Deutschen Anwaltvereins Rechtsanwalt Hartmut Kilger sagte: "Die Kalkulierbarkeit der Kosten für die Rechtsverfolgung in Deutschland zeichnet sich durch eine hohe Transparenz aus. Die bietet den Mandanten von vornherein die Möglichkeit, die voraussichtlichen Kosten eines Rechtsstreits zu überschauen."

In Deutschland ist es insbesondere die Streitwertabhängigkeit der Kosten, die es dem Bürger ermöglicht, mit einem kalkulierbaren Risiko seine Rechte zu verfolgen. Das hat eine Studie zu den Kosten der Rechtsverfolgung im internationalen Vergleich ergeben, die vor wenigen Monaten vom Institut der Deutschen Wirtschaft vorgestellt wurde. Die so gestaffelten Anwalts- und Gerichtskosten stellen sicher, dass der finanzielle Aufwand in jedem einzelnen Fall im angemessenen Verhältnis zum Wert der Sache steht.

Nr. 12 vom 4. Juli 2008

Keine Onlinedurchsuchung bei Strafverfolgung

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Nachdem die Bundesregierung mit dem BKA-Gesetz auch die so genannte Onlinedurchsuchung zur präventiven Terrorabwehr beschlossen hat, schlägt das Land Bayern jetzt vor, dieses Mittel künftig auch bei der repressiven Strafverfolgung zu verwenden. Ein entsprechender Gesetzentwurf soll heute auf Initiative Bayerns vom Bundesrat in den Bundestag eingebracht werden.

In der Begründung beruft sich der Entwurf im Wesentlichen auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zum nordrheinwestfälischen Verfassungsschutzgesetz. In dieser Entscheidung

hat das Karlsruher Gericht enge Vorgaben für eine gesetzliche Regelung der Onlinedurchsuchung gemacht. So muss das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

Der jetzt von Bayern initiierte Gesetzentwurf hält sich im Grundsatz zwar an diese engen Vorgaben und zitiert teilweise das Karlsruher Urteil wörtlich. Dabei wird aber verkannt, dass für die präventive Gefahrenabwehr auf der einen Seite und für die repressive Strafverfolgung auf der anderen Seite unterschiedliche Maßstäbe gelten müssen. Nicht jede Maßnahme, die zur Abwehr von Gefahren zulässig ist, darf auch zur Strafverfolgung eingesetzt werden.

"Die Onlinedurchsuchung ist eine Maßnahme, bei der allein schon auf Grund der technischen Gegebenheiten der Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes ganz besonders gefährdet ist", erläutert Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, der Vorsitzende des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer. "Bei der Vielzahl von Daten, die auf der Festplatte eines Computers gespeichert sind, ist eine Grenze zwischen höchstpersönlichen Inhalten und sonstigen Daten kaum zu ziehen." Wegen des hohen Wertes, den der Persönlichkeitsschutz aber in unserem Rechtssystem genießt, darf die Onlinedurchsuchung daher aus-

schließlich zur Gefahrenabwehr, und auch hier nur unter sehr engen Voraussetzungen, eingesetzt werden.

Wie nachlässig der Gesetzentwurf mit dem verfassungsrechtlich garantierten Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes umgeht, zeigt sich beispielsweise an einer Regelung zur Verwertbarkeit der bei der Onlinedurchsuchung erlangten Daten. Danach sollen auch Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung strafrechtlich verwertet werden können, wenn bloße Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Kernbereich zur Umgehung eines Erhebungsverbotes missbraucht werden sollte.

"Anders als bei der Gefahrenabwehr geht es bei der Verwertbarkeit von Ermittlungsergebnissen im Rahmen der Strafverfolgung aber um klare Fakten", so Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor. "Nur wenn feststeht, dass ein Bürger den Kernbereichsschutz missbraucht hat, dürfen diese Erkenntnisse verwertet werden. Auf Grund vager Verdachtsmomente darf eine rechtsstaatliche Strafverfolgung nicht in den Kernbereich eingreifen.

Die 2. Sitzung der 4. Satzungsversammlung findet am 14.11.2008 in Berlin statt.

Personalien

Führungswechsel bei der Rechtsanwaltskammer Celle

Nach einer verdienstvollen 12-jährigen Amtszeit hat sich die Rechtsanwaltskammer Celle von ihrem Präsidenten Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Scharf (69) auf der jährlichen Mitgliederversammlung am 21.5.2008 in Celle verabschiedet. Scharf zeichnete sich durch großes Engagement und hervorragenden Sachverstand aus. Als Nachfolger wählte der Vorstand der Rechtsanwaltskammer Celle den bisherigen 1. Vizepräsidenten Dr. Thomas Remmers (47) aus Hannover. Remmers sieht die Aufgabe des Präsidenten vor allem darin, den Berufsstand der Anwaltschaft in einer modernen Dienstleistungsgesellschaft noch fester zu verankern und zukünftige Einschnitte in unser bewährtes Rechtssystem zum Schutz der rechtsuchenden Bevölkerung abzuwehren. Gleichzeitig möchte er die Stellung der Anwaltschaft als freier Beruf in einer immer stärker regulierten und wirtschaftlich bedrängten Umgebung nach innen und außen stärken. Die langjährige Zusammenarbeit mit weiteren europäischen Partnerkammern will Remmers, wie schon sein Vorgänger, fortführen und europaweit für eine unabhängige Anwaltschaft streiten.

Remmers, seit 16 Jahren als Anwalt tätig, ist Partner in der Sozietät Stobbe: Rechtsanwälte, Hannover, arbeitet mit den Schwerpunkten Handels- und Gesellschaftsrecht, Existenzgründungsfragen, Versicherungsrecht und ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Auszüge aus der Pressemitteilung der RAK Celle v. 21.5.2008

Ehrung für Rechtsanwalt und Notar Peter Bohnenkamp, Borken

In der Vorstandssitzung vom 9.4.2008 wurde RAuN *Peter Bohnenkamp*, Borken, in Anerkennung seiner um den anwaltlichen Berufsstand und die Rechtsanwaltskammer erworbenen besonderen Verdienste mit der Ehrenmedaille der Rechtsanwaltskammer Hamm ausgezeichnet.

Herr Kollege *Bohnenkamp* wurde 1969 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und ist seit 1983 Mitglied des Vorstandes der RAK Hamm. Seine besondere Neigung gilt dem Gebührenrecht. Von Anfang an war er Mitglied der Gebührenabteilung und wurde bereits im Mai 1987 Vorsitzender der Gebührenabteilung IV und im Jahre 1994 – nach Teilung derselben – Vorsitzender der Gebührenabteilung IVa. Seitdem ist Herr Kollege *Bohnenkamp* Mitglied der Konferenz der Gebührenreferenten der Bundesrechtsanwaltskammer und Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen zu gebührenrechtlichen Themen in unserem KammerReport und darüber hinaus. Das Gebührenrecht war auch Thema seiner Dozententätigkeit im Einführungslehrgang bis Juni 2006.

Herr Kollege *Bohnenkamp* ist darüber hinaus seit November 1985 Mitglied des Vorstandes der Westfälischen Notarkammer und seit August 2001 deren Vizepräsident. Er gehört gleichzeitig dem Ausschuss "Zugang zum Anwaltsnotariat" und dem "Europaausschuss" der Notarkammer an. In der Bundesnotarkammer war er Mitglied und stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Angelegenheiten der EDV und ist nach wie vor

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Kostenrecht. Er nimmt also seit fast 25 Jahren die Interessen der Anwaltschaft und des Notariats in beiden Kammervorständen und auf Bundesebene wahr.

Im Juli 2006 wurde Herr Kollege *Bohnenkamp* als Nachrücker Mitglied der Satzungsversammlung und zum 1. Juli 2007 wurde er als ordentliches Mitglied in die Satzungsversammlung gewählt. In der Liste des Bundesjustizministeriums ist er als Rechtsanwalt mit speziellen Kenntnissen im Verschollenheitsrecht eingetragen und darüber hinaus Mitglied der Europäischen Anwaltsvereinigung DACH.

Darüber hinaus hat sich Herr Kollege *Bohnenkamp* im örtlichen Bereich ehrenamtlich in besonderem Maße engagiert, so seit Jahrzehnten als Vorsitzender der Kreisverkehrswacht Borken, als Mitglied des Kreistages Borken von 1979–1989 sowie als Vorsitzender des Heimatvereins Borken.

Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer dankt Herrn Kollegen *Peter Bohnenkamp* auch an dieser Stelle nochmals für sein herausragendes ehrenamtliches Engagement für die Anwaltschaft und das Notariat.

Rechtsanwaltkammer Hamm

Ernennung zum Justizrat

Der Ministerpräsident des Landes Rheinland-Pfalz hat am 29.5.2008 folgende Kollegen, die sich um die Rechtspflege im Bundesland Rheinland-Pfalz verdient gemacht haben, zum Justizrat ernannt:

- der Vorstandskollege, Vorsitzender der Gebührenabteilung im Vorstand der RAK Koblenz und langjähriges Mitglied der Satzungsversammlung RA JR Karl Otto Armbrüster,
- der langjährige Vorsitzende des Vereins der Rechtsanwälte für den Landgerichtsbezirk Koblenz und Mitglied im Anwaltssenat beim BGH RA JR Dr. Ottmar Martini
- und RA JR Eric Leis.

JR Dr. *Leis* ist zum Justizrat ernannt worden für einen vorbildlichen Einsatz für die Rechtspflege im Bereich des Strafrechts. So ist er im Anwaltsverein Koblenz für die dortige Arbeitsgemeinschaft Strafrecht und zudem seit 10 Jahren im Rahmen der Strafverteidigervereinigung Rheinland-Pfalz/Saarland tätig. Weiter ist JR Dr. *Leis* seit vielen Jahren im Vorstand des Vereins der Rechtsanwälte e.V. Koblenz.

Schreiben der RAK Koblenz v. 17.6.2008

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Werbung - Bezeichnung als Verkehrsrechtsspezialist

BORA § 7; UWG § 1, § 3; EMRK Art. 6, Art. 10

- *1. Unter Berücksichtigung des breiten Spektrums von Regelungen und der Veränderungen in den Staaten, die dem Europarat angehören, sind die anwaltlichen Gremien und die innerstaatlichen Behörden wegen ihrer unmittelbaren und ständigen Kontakte besser als die internationalen Gerichte in der Lage, darüber zu entscheiden, wie die verschiedenen betroffenen Interessen gegeneinander abgewogen werden können.
- *2. Die Auffassung eines deutschen LG, dass ein gewöhnlicher Bürger die Bezeichnung "Spezialist" fälschlicherweise so verstehen könnte, als spiegele sie eine noch höhere Fachkompetenz als die Bezeichnung "Fachanwalt" wider, kann nicht als willkürlich angesehen werden und einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung des RA rechtfertigen.

EGMR, Urt. v. 23.10.2007 - 2357/05

(Nichtamtliche Übersetzung aus dem Englischen)

Aus dem Sachverhalt:

Der Bf., Herr X., ist deutscher Staatsangehöriger und lebt in ...

A. Der Hintergrund der Rechtssache

Der vom Bf. vorgebrachte Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen.

Der Bf. ist niedergelassener RA und Mitglied der RAK Nürnberg. In seinem bei anwaltlichen Schreiben verwandten Briefkopf bezeichnete er sich als "Fachanwalt für Arbeitsrecht und Strafrecht" und als "Verkehrsrechtsspezialist". In einer Fußnote zur letztgenannten Bezeichnung gab der Bf. an, er sei geprüfter

Absolvent eines Spezialisierungslehrganges der DAA. Aufgrund der Beschwerde eines Anwaltskollegen forderte die Anwaltskammer den Bf. auf, die Verwendung der Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" zu unterlassen. Nachdem der Bf. dies abgelehnt hatte, erhob die Anwaltskammer gegen ihn Klage nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, siehe "Das einschlägige innerstaatliche Recht und die einschlägige innerstaatliche Praxis", unten).

Am 19.9.2003 wies das LG ... den Bf. an, die Verwendung der Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" auf seinem Briefkopf zu unterlassen, und verurteilte ihn für den Fall der Zuwiderhandlung zu einem Ordnungsgeld von Euro 250.000. Es stellte fest, dass die Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" eine unlautere und irreführende Werbung i.S.v. §§ 1, 3 UWG darstelle. Das LG wies darauf hin, dass nach deutschem Recht verschiedene Spezialisierungskategorien vorgesehen seien. Ein RA könne auf seinem anwaltlichen Briefkopf auf einen "Interessenschwerpunkt" verweisen, wenn er auf diesem besonderen Rechtsgebiet besondere Kenntnisse erworben habe. Ein RA könne auf einen "Tätigkeitsschwerpunkt" hinweisen, wenn er mindestens zwei Jahre lang auf einem besonderen Rechtsgebiet umfangreich tätig gewesen sei. Darüber hinaus könne einem RA das Recht gewährt werden, sich als "Fachanwalt" zu bezeichnen, wenn er auf einem besonderen Rechtsgebiet spezielle Fachkenntnisse und praktische Erfahrungen erworben habe, was u.a. die Teilnahme an speziellen Lehrgängen und Prüfungen sowie mehrere Jahre praktische Erfahrungen mit einer Mindestanzahl einschlägiger Fälle voraussetze. Das LG betonte, dass ein RA hohe Hürden nehmen müsse, bevor er sich als "Fachanwalt" bezeichnen dürfe. Aus der Sicht eines

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

gewöhnlichen Mandanten suggeriere die Bezeichnung "Spezialist" eine noch höhere Fachkompetenz als der Begriff "Fachanwalt". Dies wäre jedoch im Hinblick auf die hohen Anforderungen für den Erwerb der Befugnis, sich als "Fachanwalt" zu bezeichnen, ein Irrtum. Würde ein RA sich selbst als "Spezialist" bezeichnen, würde er gewöhnliche Mandanten daher durch die Erweckung eines nicht zutreffenden Eindrucks in die Irre führen. Dies würde gegenüber den RAen, die sich an die im deutschen Recht vorgesehenen Spezialisierungskategorien hielten, zu einem Wettbewerbsvorteil führen.

Am 30.3.2004 wies das OLG N. die Berufung des Bf. ab. Es verwies auf die Begründung des LG und stellte fest, dass die bloße Teilnahme an einem Verkehrsrechtslehrgang nicht ausreiche, um die Führung der Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" zu rechtfertigen. Der Bf. habe nicht dargelegt, dass er sich überdurchschnittlich häufig in entsprechenden Fällen betätigt habe. Er habe eine Fallliste vorgelegt, ohne in irgendeiner Weise ersichtlich zu machen, dass dafür besondere verkehrsrechtliche Kenntnisse erforderlich gewesen seien. Die Liste sei daher nicht geeignet, den Bf. tatsächlich als Verkehrsrechtsspezialisten zu qualifizieren. Diesbezüglich trage der Bf. die Beweislast

Am 7.7.2004 lehnte es das BVerfG ohne Angabe von Gründen ab, die Verfassungsbeschwerde des Bf. zur Entscheidung anzunehmen, da sie unzulässig sei.

- B. Das einschlägige innerstaatliche Recht und die einschlägige innerstaatliche Praxis
- 1. Einschlägige Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb:

§ 1 – Generalklausel

"Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

§ 3 – Irreführende Werbung

"Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Dienstleistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden."

- 2. Nach § 7 der BORA darf ein RA in seinem anwaltlichen Briefkopf auf einen "Interessenschwerpunkt" hinweisen, wenn er auf einem besonderen Rechtsgebiet durch Studien, Veröffentlichungen oder frühere anwaltliche Tätigkeit besondere Kenntnisse erworben hat. Wenn der RA auf einem besonderen Rechtsgebiet mindestens zwei Jahre nachhaltig tätig gewesen ist, darf er dieses Gebiet als Tätigkeitsschwerpunkt benennen. Darüber hinaus kann einem RA, der besondere Kenntnisse und Erfahrungen auf einem Rechtsgebiet erworben hat, durch die RAK, der er angehört, die Befugnis verliehen werden, eine "Fachanwaltsbezeichnung" zu führen (§ 43c der BRAO). Nach der FAO sind für den Erwerb solcher besonderen Kenntnisse und Erfahrungen u.a. die Teilnahme an besonderen Lehrgängen und Prüfungen sowie eine mehrjährige praktische Tätigkeit mit einer Mindestzahl einschlägiger Fälle erforderlich.
- 3. Am 28.7.2004 stellte das BVerfG in einem anderen Fall fest, dass die Entscheidung des niedersächsischen AGH, einem in Niedersachen niedergelassenen RA die Verwendung der Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" in seinem Briefkopf

nicht zu erlauben, diesen Anwalt in seinem Recht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verletze (1 BvR 159/04, EuGRZ 2004, 529 ff.). In dem betreffenden Fall hatte sich der RA seit Jahrzehnten praktisch und theoretisch auf dem Gebiet des Verkehrsrechts betätigt und wollte in seinem Briefkopf auf dieses Fachwissen verweisen. Das BVerfG vertrat die Ansicht, es sei zweifelhaft, ob die BORA sowohl den Interessen der Anwälte als auch denen ihrer Mandanten hinreichend Rechnung trage. Die Stufenfolge von "Interessenschwerpunkt", "Tätigkeitsschwerpunkt" und "Fachanwalt" könne in Rechtsbereichen gerechtfertigt sein, für die es "Fachanwälte" gebe. Die Bezeichnung "Fachanwalt für Verkehrsrecht" existiere im deutschen Recht jedoch nicht, weshalb es auch keine Gefahr der Verwechslung mit der Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" gebe. Die Gefahr einer Irreführung würde nur bestehen, wenn der RA tatsächlich im allgemeinen Wortsinn kein Spezialist

Rügen

Nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 10 der Konvention rügte der Bf. den Beschluss, mit dem ihm untersagt wurde, die Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" zu verwenden, sowie die nachfolgenden, diesen Beschluss bestätigenden Gerichtsentscheidungen.

Rechtliche Würdigung:

- 1. Der Bf. brachte vor, der Beschluss der innerstaatlichen Gerichte, durch den ihm untersagt wurde, sich in seinem anwaltlichen Briefkopf als "Verkehrsrechtsspezialist" zu bezeichnen, verletze ihn in seinem Recht auf freie Meinungsäußerung. Art. 10 der Konvention lautet:
- "(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernsehoder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.
- (2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden, sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung."

Der Bf. brachte vor, in seinem Briefkopf werde lediglich auf eine zutreffende und korrekte Information verwiesen, da er einen Verkehrsrechtslehrgang der DAA erfolgreich absolviert habe. Eine solche Selbstbewertung sei RAen in anderen Ländern, wie dem Vereinigten Königreich, Liechtenstein, Italien, Island, den Niederlanden und Skandinavien, erlaubt. Der Bf. brachte vor, dass die deutschen Gerichtsbeschlüsse auch gegen das Recht der EU verstießen, da er in einer Stadt niedergelassen sei, die 20 km von der tschechischen Republik entfernt liege, wo er auch praktiziere. Er fügte hinzu, dass das BVerfG in einer Rechtssache, über die nur drei Wochen nach der Unzulässigkeitserklärung seiner Verfassungsbeschwerde entschieden worden sei, festgestellt habe, dass die Versagung der Erlaubnis, die Bezeichnung "Spezialist für Verkehrsrecht" zu führen, einen RA in seinem Recht auf Berufsfreiheit unter Art. 8 GG verletzt habe. Schließlich rügte der Bf., dass das OLG N. seine Auflistung von Fällen zum Nachweis seiner Erfahrung nicht akzeptiert habe, obwohl er 243 privatrechtliche Fälle und 193 Fälle,

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

in denen es um Geldstrafen für Verkehrsstraftaten in den Jahren 2001–2002 gegangen sei, aufgelistet habe. Der Gerichtshof stellt fest, dass das dem Bf. auferlegte Verbot, die Bezeichnung "Verkehrsrechtsspezialist" in seinem anwaltlichen Briefkopf zu führen, einen Eingriff in sein Recht auf freie Meinungsäußerung darstellt.

Ein solcher Eingriff verstößt gegen Art. 10, wenn er nicht "gesetzlich vorgeschrieben" ist, ein oder mehrere legitime Ziele nach Abs. 2 verfolgt und "in einer demokratischen Gesellschaft" zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele "erforderlich" ist.

Der Gerichtshof stellt fest, dass die innerstaatlichen Gerichte ihre Entscheidungen auf §§ 1 und 3 UWG stützten. Diese gesetzlichen Bestimmungen enthalten Regeln über irreführende Werbung allgemein, einschließlich der Werbung durch RAe. Daher war der gerügte Eingriff "gesetzlich vorgeschrieben". Mit den o.g. Bestimmungen wurde auch ein i.S.v. Art. 10 Abs. 2 legitimes Ziel verfolgt, nämlich der Schutz der Rechte anderer, die Gefahr liefen, durch irreführende Werbung im Zusammenhang mit unfairem Wettbewerb einen Nachteil zu erleiden.

Bzgl. der Frage, ob der in Rede stehende Eingriff "in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich" war, weist der Gerichtshof erneut darauf hin, dass Werbung für den Bürger ein Mittel zur Ermittlung der Beschaffenheit der von ihm angebotenen Dienstleistungen und Waren darstellt. Dennoch darf sie gelegentlich eingeschränkt werden, insbesondere zur Verhinderung unlauteren Wettbewerbs oder wahrheitswidriger oder irreführender Werbung. Unter gewissen Umständen kann sogar die Veröffentlichung objektiver und wahrheitsgemäßer Werbung eingeschränkt werden, um die Rechte Dritter zu wahren oder die Besonderheiten bestimmter geschäftlicher Tätigkeiten oder Berufe zu berücksichtigen (siehe Stambuk ./. Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 37928/97, Rdnr. 39, 17.10.2002). Alle derartigen Einschränkungen sind jedoch durch den Gerichtshof genau zu prüfen, dieser muss die sich aus diesen Besonderheiten ergebenden Erfordernisse mit der in Rede stehenden Werbung abwägen und dazu die angefochtene Sanktion im Lichte des Falles als Ganzem betrachten (siehe Casado Coca ./. Spanien, Urt. v. 24.2.1994, Serie A, Bd. 285-A, S. 20, Rdnr. 51).

In RAe betreffenden Fällen hat der Gerichtshof festgestellt, dass sich die üblichen Einschränkungen bzgl. des Verhaltens von Mitgliedern der Anwaltskammern mit deren zentraler Position in der Rechtspflege als Mittler zwischen Allgemeinheit und Gerichten erklären lassen (siehe Schöpfer ./. Schweiz, Urt. v. 20.5.1998, Urteils- und Entscheidungssammlung 1998-III, S. 1052, Rdnr. 29, unter Verweis auf das oben erwähnte Urteil in der Rechtssache Casado Coca ./. Spanien, S. 21, Rdnr. 54, und, in jüngerer Zeit, Nikula ./. Finnland, Individualbeschwerde Nr. 31611/96, Rdnr. 45, 22.3.2002). Unter Berücksichtigung des breiten Spektrums von Regelungen und der Veränderungen in den Staaten, die dem Europarat angehören, sind die anwaltlichen Gremien und die innerstaatlichen Behörden wegen ihrer unmittelbaren und ständigen Kontakte besser als die internationalen Gerichte in der Lage, darüber zu entscheiden, wie die verschiedenen betroffenen Interessen gegeneinander abgewogen werden können (siehe Casado Coca, Urt., a.a.O., S. 21, Rdnr. 54-55).

Zwar nimmt der Gerichtshof zur Kenntnis, dass es innerhalb der EU in jüngerer Zeit Bemühungen gibt, alle vollständigen Verbote hinsichtlich kommerzieller Kommunikationen zu beseitigen (Art. 24 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt), findet es aber auch wichtig, herauszu-

stellen, dass das vorliegende Verfahren den Bereich des unlauteren Wettbewerbs betrifft, einen Bereich, den der Gerichtshof als komplex und als Schwankungen unterworfen ansieht, und in dem daher ein gewisser Ermessensspielraum unverzichtbar erscheint.

Gewisser Ermessensspielraum unverzichtbar

(Jacubowski ./. Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 15088/89, Urt. v. 23.6.1994, Serie A,

Bd. 291-A, S. 14, Rdnr. 26, markt intern Verlag GmbH und Klaus Beermann ./. Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 10573/88, Urt. v. 20.11.1989, Serie A, Bd. 165, S. 17–19, Rdnr. 33).

In dem vorliegenden Fall hielt das LG die Art und Weise, in der der Bf. für sich als "Verkehrsrechtsspezialist" Werbung betrieb, für irreführend, da das anwendbare deutsche Recht die Bezeichnung "Spezialist" nicht anerkannte, sondern stattdessen eine Spezialisierungsleiter vorsah, deren höchste Stufe die Bezeichnung "Fachanwalt" darstellte. Die Gerichte vertraten die Auffassung, dass ein gewöhnlicher Bürger die Bezeichnung "Spezialist" fälschlicherweise so verstehen könne, als spiegele sie eine noch höhere Fachkompetenz als die Bezeichnung "Fachanwalt" wider, und daher bei der Wahl eines RA dem Erstgenannten den Vorzug vor dem Letztgenannten geben könnte. Dies könnte gegenüber den RAen, die sich an die im deutschen Recht vorgesehene Qualifikationsleiter hielten, zu einem Wettbewerbsvorteil führen.

Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass die von dem LG angeführten Gründe nicht als

Keine Willkür

willkürlich angesehen werden können und den Eingriff in das Recht des Bf. auf freie Meinungsäußerung rechtfertigen könnten.

Gem. einer Entscheidung des BVerfG v. 28.7.2004 (auf die oben Bezug genommen wird) scheint es, dass nach deutschem Recht die Bezeichnung "Fachanwalt" für den Bereich des Verkehrsrechts nicht vorgesehen ist. Obwohl in dieser Entscheidung nicht auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Bezug genommen wurde, scheint daher nicht die Gefahr zu bestehen, dass gewöhnliche Bürger durch die unterschiedlichen Bezeichnungen "Fachanwalt für Verkehrsrecht" und "Verkehrsrechtsspezialist" verwirrt würden. Jedoch wurde dem Bf. die Verwendung der Bezeichnung "Spezialist" nicht nur wegen der möglichen Verwirrung hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnungen untersagt, sondern auch deswegen, weil er nicht substantiiert dargelegt hatte, dass er im Verkehrsrecht über so viel Erfahrung oder Fachwissen verfügte, wie erforderlich wäre, um eine Bezeichnung als "Verkehrsrechtsexperte" zu rechtfertigen.

Fachwissen nicht substantiiert dargelegt

Der Schriftsatz des Bf. an das OLG enthielt nur eine Auflistung von Fällen ohne jeden Hinweis darauf, dass diese

besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Verkehrsrechts erforderten. Das OLG stellte fest, dass diese Liste zum Nachweis, dass der Bf. sich tatsächlich als Verkehrsrechtsspezialist qualifiziert habe, nicht geeignet sei, und der Bf. hat dem Gerichtshof weder die Liste selbst noch sonstiges Material vorgelegt, aus dem sich ergeben könnte, dass das OLG sich hinsichtlich der Bewertung, die Liste sei zum Nachweis der Erfahrungen des Bf. nicht geeignet, geirrt habe.

Bzgl. der Fachkenntnisse des Bf. stellt der Gerichtshof fest, dass der Bf. nicht dargelegt hat, dass er neben seiner Teilnahme an einem Lehrgang der DAA über weitere besondere Kenntnisse verfügte. Daher lässt sich die vorliegende Rechtssache von der

Bundesverfassungsgericht/Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Rechtssache, die Gegenstand der Entscheidung des BVerfG v. 28.7.2004 war, unterscheiden (siehe "Das einschlägige innerstaatliche Recht und die einschlägige innerstaatliche Praxis").

Im Hinblick auf die oben aufgeführten Erwägungen und angesichts der Tatsache, dass es Staaten erlaubt ist, wahrheitswidrige oder irreführende Werbung zu untersagen, sowie darüber hinaus angesichts der zentralen Position der Mitglieder der Anwaltskammer, welche die üblichen Einschränkungen hinsichtlich deren Verhaltens erklärt, stellt der Gerichtshof fest, dass nicht gesagt werden kann, die innerstaatlichen Gerichte hätten ihren Ermessensspielraum überschritten.

Daraus folgt, dass diese Rüge offensichtlich unbegründet ist und nach Art. 35 Abs. 3 und 4 der Konvention zurückzuweisen ist.

2. Der Bf. rügte die Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte auch nach Art. 6 Abs. 1 der Konvention. Art. 6, soweit einschlägig, lautet wie folgt:

"Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen … von einem … Gericht in einem fairen Verfahren … verhandelt wird."

Der Bf. rügte, dass das OLG N. seine Fallauflistung aus lapidaren und bedeutungslosen Gründen für unzureichend erachtet habe. Darüber hinaus habe das BVerfG seine Verfassungsbeschwerde für unzulässig erklärt, obwohl die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt gewesen seien und obwohl das BVerfG in

einem parallelen Fall drei Wochen später eine Verfassungsbeschwerde zugelassen habe.

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Begründung des OLG N. auf die Tatsache Bezug nahm, dass die von dem Bf. vorgelegte Auflistung unzureichend sei, da er nicht dargelegt habe, inwieweit die Fälle besondere verkehrsrechtliche Kenntnisse erforderten. Daher kann der Gerichtshof nicht feststellen, dass die Begründung des OLG N. willkürlich war.

Hinsichtlich der Rüge des Bf., das BVerfG habe die Annahme seiner Verfassungsbeschwerde ohne eine weitere Begründung als die, sie sei unzulässig, abgelehnt, erinnert der Gerichtshof daran, dass es nach Art. 6 Abs. 1 als akzeptabel angesehen werden kann, dass ein oberstes Gericht eine Beschwerde lediglich unter Hinweis auf die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit solcher Beschwerden ablehnen kann, wenn die Angelegenheit keine Frage von grundsätzlicher rechtlicher Bedeutung aufwirft (Teuschler ./. Deutschland [Entsch.], Individualbeschwerde Nr. 47636/99, 4.10.2001). Die fehlende Begründung der Entscheidung des BVerfG hat daher keine Frage nach Art. 6 Abs. 1 aufgeworfen. Daraus folgt, dass dieser Teil der Individualbeschwerde nach Art. 35 Abs. 3 und 4 der Konvention als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen ist.

Aus diesen Gründen erklärt der Gerichtshof die Beschwerde einstimmig für unzulässig.

Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Zur Verfassungsgemäßheit der Gewerbesteuerfreiheit von Freiberuflern

GewStG § 2; EStG § 15 Abs. 3 Nr. 1, § 18; GG Art. 3 Abs. 1

1. Es ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar, dass die Einkünfte der freien Berufe, anderen Selbstständigen und der Land- und Forstwirte nicht der Gewerbesteuer unterliegen. 2. Es verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz, dass nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (so genannte Abfärberegelung) die gesamten Einkünfte einer Personengesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten und damit der Gewerbesteuer unterliegen, wenn die Gesellschaft auch nur teilweise eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04 Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Beiladung zu einem Wahlanfechtungsverfahren

BRAO § 91 Abs. 6 Satz 1, § 223

- *1. Die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung über die Beiladung in berufsrechtlichen Verfahren nach der BRAO sind entsprechend anzuwenden. Für die Anfechtung der Wahl von Mitgliedern des Vorstands einer RAK gilt insofern nichts anderes.
- *2. Gegen die Ablehnung einer Beiladung durch den AGH ist die sofortige Beschwerde nicht statthaft. In Verfahren über Anträge auf gerichtliche Entscheidung in Wahlanfechtungssachen ist eine sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen des AGH nach § 91 Abs. 6 Satz 1 BRAO nur zulässig, wenn der AGH sie zugelassen hat.

BGH, Beschl. v. 28.4.2008 - AnwZ (B) 16/08

Aus den Gründen:

- [1] I. Auf der Kammerversammlung am 22.5.2007 wurde der Beiladungspetent in den Vorstand der Agin. gewählt. Diese Wahl ficht der Ast. an. Der Beiladungspetent hat seine Beiladung zu dem Wahlanfechtungsverfahren beantragt. Diesen Antrag hat der AGH zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beiladungspetenten.
- [2] II. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.
- [3] 1. Dem Beiladungspetenten ist zwar einzuräumen, dass die Vorschriften der VwGO über die Beiladung in berufsrechtlichen Verfahren nach der BRAO entsprechend anzuwenden sind. Der Senat hat dies für das Zulassungsverfahren (BGHZ

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

171, 69, 71; Beschl. v. 13.10.2006, AnwZ [B] 87/05, unveröff.) und für die Wahl zum RA beim BGH entschieden (Beschl. v. 28.7.2006, AnwZ 1/06 und AnwZ 2/06, beide unveröff.). Für die Anfechtung der Wahl von Mitgliedern des Vorstands einer RAK gilt nichts anderes. Richtig ist auch, dass die Beiladung des Gewählten im verwaltungsgerichtlichen Wahlanfechtungsverfahren als Fall der notwendigen Beiladung anerkannt ist (BVerwGE 80, 228, 229; BVerwG, NVwZ 1982, 243; OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 420, 421; VGH München, Beschl. v. 17.2.1997, 4 D 96.4282, veröff. bei juris).

Sofortige Beschwerde nicht statthaft

[4] 2. Gegen die Ablehnung einer Beiladung durch den AGH ist aber die sofortige Beschwerde nicht statthaft

(Senat, Beschl. v. 27.11.2006, AnwZ [B] 102/05, RdL 2008, 44, insoweit in BGHZ 171, 69 nicht abgedruckt). In Verfahren über auf gerichtliche Entscheidung in fechtungssachen ist eine sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen des AGH nach § 91 Abs. 6 Satz 1 BRAO nur zulässig, wenn der AGH sie zugelassen hat. Das gilt auch für prozessuale Zwischenentscheidungen. An der Zulassung fehlt es hier. Die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde ergibt sich deshalb auch nicht aus § 223 BRAO, der ebenfalls eine Zulassung des Rechtsmittels durch den AGH verlangt (Abs. 3 Satz 1). Auch aus den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nach § 91 Abs. 7 i.V.m. § 40 Abs. 4 BRAO sinngemäß gelten, lässt sich die Statthaftigkeit der Beschwerde nicht herleiten. Entscheidungen der OLG in Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit sind unanfechtbar. Dies gilt auch dann, wenn das OLG im ersten Rechtszug entschieden hat (BGH, Beschl. v. 19.12.2002, V ZB 61/02, NJW-RR 2003, 644) und damit auch für solche Entscheidungen des beim OLG angesiedelten AGH (vgl. zur Zurückweisung eines Befangenheitsantrags: Senat, Beschl. v. 26.5.1997, AnwZ [B] 6/97, BRAK-Mitt. 1997, 203, 204; Beschl. v. 31.3.2006, AnwZ [B] 119/05, BRAK-Mitt. 2006, 174 Ls.).

Die Rechtslage unterscheidet sich damit im Ergebnis auch nicht von der Rechtslage im Verwaltungsprozess. Gegen

Gleiche Rechtslage im Verwaltungsprozess

die Zurückweisung einer Beiladung wäre zwar im Verwaltungsprozess die Beschwerde gegeben (VGH Mannheim, NJW 1977, 1308; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 65 Rdnr. 38). Das gilt aber nach § 146 VwGO nur im Verfahren vor dem VG. Gegen die Zurückweisung eines Beiladungsantrags durch das – dem AGH im Instanzenzug entsprechende – OVG wäre dagegen nach § 152 VwGO eine Beschwerde ebenfalls ausgeschlossen.

- [5] 3. Die erfolgte Zurückweisung der beantragten Beiladung hindert den AGH nicht, einem erneuten Antrag auf Beiladung zu entsprechen.
- [6] III. Über das unzulässige Rechtsmittel kann der Senat ohne vorherige mündliche Verhandlung entscheiden (BGHZ 44, 25).

Rechtsbeistand – Voraussetzungen für die Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer

BRAO § 209; RBerG Art. 1 § 1

*1. Lediglich Personen, die im Besitz einer uneingeschränkten oder unter Ausnahme lediglich des Sozial- oder Sozialversicherungsrechts erteilten Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Rechtsbesorgung sind, dürfen auf Antrag in die zuständige RAK aufgenommen werden.

*2. Die Regelung in § 209 Abs. 1 Satz 1 BRAO ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

BGH, Beschl. v. 21.4.2008 – AnwZ (B) 42/07 Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Zulassung – Öffentliche Zustellung einer Widerrufsverfügung

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 7; ZPO § 185

* Die öffentliche Zustellung ist unwirksam, wenn die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung nach § 185 ZPO nicht vorgelegen haben und das die öffentliche Zustellung bewilligende Gericht dies hätte erkennen können.

BGH, Beschl. v. 11.3.2008 - AnwZ (B) 55/07

Aus den Gründen:

[1] I. Die Agin. widerrief mit Verfügung v. 7.11.2005 die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft gem. § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO wegen Vermögensverfalls. Auf Antrag der Agin. bewilligte der AGH mit Beschl. v. 17.1.2006 die öffentliche Zustellung der Widerrufsverfügung. Dieser Beschluss wurde am 24.1.2006 ausgehängt.

[2] Mit Schriftsatz v. 24.4.2006 beantragte der Ast. gerichtliche Entscheidung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, er habe erst durch Schreiben des Präsidenten des OLG F. v. 19.4.2006 erfahren, dass seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft widerrufen sei. Der AGH hat vorab den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast. Die Beteiligten haben auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

- [3] II. Dem Ast. steht gegen die Versagung der Wiedereinsetzung das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu (§ 22 Abs. 2 Satz 3 FGG), weil gegen die (vom AGH noch nicht getroffene) Entscheidung in der Hauptsache der Beschwerdeweg gem. § 42 Abs. 1 Nr. 2 BRAO eröffnet wäre (st. Rspr.; Senatsbeschl. v. 28.6.2004 AnwZ [B] 3/04 unter II., m.w.N.).
- [4] Die sofortige Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig und hat Erfolg. Der AGH hätte den Wiedereinsetzungsantrag nicht zurückweisen dürfen, sondern als gegenstandslos behandeln müssen. Für eine Entscheidung über eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war kein Raum, weil die öffentliche Zustellung der Widerrufsverfügung unwirksam war und deshalb die Frist für einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung noch nicht zu laufen begonnen hatte. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung v. 24.4.2006 ist damit fristgerecht gestellt worden.
- [5] Der BGH hat im Anschluss an die Rspr. des BVerfG entschieden, dass die öffentliche Zustellung unwirksam ist, wenn die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung (früher § 203 ZPO, jetzt § 185 ZPO) nicht vorgelegen haben und das die öffentliche Zustellung bewilligende Gericht dies hätte erkennen können (BGHZ 149, 311 ff.). Das ist hier der Fall. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung in dem Zeitpunkt vorlagen, als die Agin. die öffentliche Zustellung beantragte. Eine Bewilligung der öffentlichen Zustellung war jedenfalls nicht mehr zulässig, nachdem die Agin. mit ihrem Schr. v. 19.12.2005 dem AGH die beiden Schreiben des RA X. v. 11.11. und 9.12.2005 zugeleitet hatte, in denen dieser der Agin. mitteilte, dass der Ast. unter der Anschrift "A. ...straße .., in ..." (wieder) erreichbar sei und die an ihn gerichtete Post - jedenfalls im Wege der Niederlegung – ankomme.

Kenntnis des AGH

Da der AGH hiervon Kenntnis erlangt hat – die Schreiben des RA X. befinden sich in den

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Gerichtsakten –, hätte er die öffentliche Zustellung nicht mehr – wie geschehen – mit Beschl. v. 17.1.2006 bewilligen dürfen. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, aus welchen Gründen davon hätte abgesehen werden können, einen Zustellversuch an die Anschrift A. ...straße .. in ..., unter der auch in der Vergangenheit mit dem Ast. korrespondiert worden war, zu unternehmen. Dass es sich bei der Mitteilung des RA X., wie die Agin. in ihrem Schreiben an den AGH v. 19.12.2005 gemeint hat, um eine "Schutzbehauptung" gehandelt habe, ist nicht belegt; dem steht auch entgegen, dass das Schr. des OLG F. v. 19.4.2006 den Ast. unter der von RA X. mitgeteilten Anschrift erreicht hat

[6] Wegen der Unwirksamkeit der öffentlichen Zustellung ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung rechtzeitig gestellt worden, ohne dass es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfte (vgl. BGHZ, a.a.O., 322 ff.). Der angefochtene Beschluss über die Versagung der Wiedereinsetzung ist damit gegenstandslos und – zur Klarstellung – aufzuheben. Der AGH wird nunmehr über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu befinden haben.

Ablehnungsgesuch gegen ehrenamtliche Richter des Anwaltssenats

BRAO § 106, § 107; ZPO § 41 Nr. 6, § 42

- *1. Ein Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit ist rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig, wenn nicht einzelne Richter, sondern das Gericht als solches oder ein ganzer Senat abgelehnt wird. Dies gilt auch für die Ablehnung aller ehrenamtlichen Richter des Anwaltssenats beim BGH.
- *2. Bei der Ablehnung eines Richters müssen ernsthafte Umstände angeführt werden, die die Befangenheit des einzelnen Richters aus Gründen rechtfertigen, die in persönlichen Beziehungen dieses Richters zu den Parteien oder zu der zur Verhandlung stehenden Streitsache liegen.
- *3. Die Regelungen über die Zusammensetzung des Senats für Anwaltssachen beim BGH bieten eine hinreichende Gewähr für die Unparteilichkeit der Richter. Damit unterscheidet sich das Rechtsbehelfsverfahren nach der BRAO in wesentlichen Punkten von dem Rechtsbehelfsverfahren, das der EuGH in der Entscheidung Wilson (BRAK-Mitt. 2006, 276) beanstandet hat.

BGH, Beschl. v. 10.12.2007 - AnwZ (B) 64/06 u.a.

Aus den Gründen:

- [1] I. Der Ast. war zunächst als europäischer RA i.S.d. § 1 EuRAG zugelassen und begehrte die Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltschaft. Mit Bescheid v. 28.10.2005 hat die Agin. die Zulassung abgelehnt. Den vom Ast. gegen den ablehnenden Bescheid gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der AGH zurückgewiesen. Gegen dessen Beschluss hat der Ast. sofortige Beschwerde eingelegt, die Gegenstand des Verfahrens AnwZ (B) 64/06 ist.
- [2] Daneben hat der Ast. gegen den Bescheid v. 28.10.2005 beim VG M. "Klage wegen Zulassung zur Rechtsanwaltschaft" erhoben. Mit Beschl. v. 20.1.2006 hat das VG M. festgestellt, dass der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben sei und den Rechtsstreit an den AGH des Landes S. verwiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde hat das OVG des Landes S. zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde ist vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden (NJW 2006, 3049). Der AGH hat den Antrag als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast. in dem Verfahren AnwZ (B) 79/06.

- [3] Der Ast. begehrt außerdem die Zulassung zum OLG N. Die Agin. hat einen entsprechenden Antrag mit Bescheid v. 11.7.2005 abgelehnt. Dagegen hat der Ast. zunächst Klage vor dem VG M. erhoben. Mit Beschl. v. 10.1.2006 hat das VG festgestellt, dass der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben sei und den Rechtsstreit an den AGH des Landes S. verwiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde hat das OVG des Landes S. zurückgewiesen. Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast. in dem Verfahren AnwZ (B) 73/06.
- [4] Mit Schriftsatz v. 12.9.2007 hat der Ast. mitgeteilt, er halte an allen bisher gestellten Befangenheitsanträgen fest. Zudem hat er erklärt, er möchte zusätzlich RiBGH Dr. X. ablehnen und weitere neue Gründe gegen RAin Dr. Z. vorbringen.
- [5] Mit inhaltlich gleichlautenden Schriftsätzen v. 14.2.2007 hatte der Ast. sämtliche RAe, die dem Senat als ehrenamtliche Richter angehören, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Zur Begründung hatte er im Wesentlichen geltend gemacht, die BRAK habe die abgelehnten Richter aufgrund "berufspolitischer und wirtschaftlicher Eigeninteressen der deutschen RAe" in die Vorschlagsliste für die zu berufenden anwaltlichen Beisitzer aufgenommen. Die abgelehnten Richter seien als RAe und damit "erwerbswirtschaftlich im finanziellen Eigeninteresse tätig" und würden zum Ast. "im deutschen Rechtsberatungsmarkt im direkten wettbewerbsrechtlichen Konkurrenzverhältnis" stehen.
- [6] Überdies hatte der Ast. mit weiterem Schriftsatz v. 7.5.2007 einen der als ehrenamtlichen Richter tätigen RAe wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, weil dieser an dem Senatsbeschl. v. 19.9.2003 (BGH AnwZ [B] 74/02, NJW 2003, 3706) mitgewirkt und darin "unwahre Tatsachenbehauptungen aufgestellt" und "Tatsachen fehlerhaft und willkürlich bewertet" sowie "die Rspr. des EuGH in willkürlicher Weise offensichtlich unzutreffend wiedergegeben und bewusst und gewollt missachtet" habe.
- [7] Die abgelehnten Richter haben sich zu den Ablehnungsgesuchen dienstlich geäußert.
- [8] II. 1. Die im Schriftsatz v. 14.2.2007 enthaltenen Ablehnungsgesuche gegen die ehrenamtlichen Richter des Senats sind als unzulässig zu verwerfen.

rechtsmissbräuchlich

[9] a) Die Gesuche sind rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig, weil nach § 42

ZPO nur einzelne Richter, nicht aber das Gericht als solches oder ein ganzer Senat abgelehnt werden können (vgl. BFH, Beschl. v. 2.3.1967 – VII R 42/66; BGH, Beschl. v. 7.11.1973 – VIII ARZ 14/73, NJW 1974, 55, 56, m.w.N.). Das gilt folgerichtig auch für die Ablehnung aller ehrenamtlichen Richter dieses Fachsenats.

[10] Bei der Ablehnung eines Richters müssen ernsthafte Umstände angeführt werden, die die Befangenheit des einzelnen Richters aus Gründen rechtfertigen, die in persönlichen Beziehungen dieses Richters zu den Parteien oder zu der zur Verhandlung stehenden Streitsache liegen (vgl. RG, JW 1935, 2894, 2895; BGH, NJW 1974, 55, 56; BVerwG, NJW 1997, 3327). Daran fehlt es bei den Ablehnungsgesuchen des Ast. Sie geben sich zwar den Anschein, als sollten die einzelnen namentlich benannten Richter abgelehnt werden, richten sich jedoch der Sache nach gegen alle ehrenamtlichen Richter, die für den Senat ausgewählt worden sind oder ausgewählt werden könnten. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass der Ast. die Besorgnis der Befangenheit der abgelehnten Richter allein daraus herleitet, dass diese aus einer Vorschlagsliste ausgewählt worden sind, in die sie zuvor von der BRAK aus den Reihen der zugelassenen RAe aufgenommen worden waren. Dies

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

entspricht jedoch der gesetzlichen Regelung. Der Anwaltssenat beim BGH ist ein Fachsenat mit besonderer Besetzung und als solcher Teil des BGH. Die Besetzung des Senats ergibt sich aus § 106 BRAO, der die Mitwirkung anwaltlicher Beisitzer vorsieht. Für diese ist in § 107 Abs. 1 Satz 1 BRAO bestimmt, dass sie vom BMJ berufen werden, und zwar aus einer Vorschlagsliste, die nach § 107 Abs. 2 Satz 1 BRAO das Präsidium der BRAK aufgrund von Vorschlägen der RAKn dem BMJ einreicht.

[11] b) Auch in der Sache hätten die Ablehnungsanträge, wären sie zulässig, keinen Erfolg. Entgegen der Ansicht

Hinreichende Gründe für Unparteilichkeit

des Ast. bieten die Regelungen über die Zusammensetzung des Senats für Anwaltssachen beim BGH eine hinreichende Gewähr für die Unparteilichkeit der Richter (BVerfG, NJW 2006, 3049, 3050; Senat, Beschl. v. 7.10.2003 – AnwZ [B] 38/02 n.v.; vgl. auch BVerfGE 26, 186, 195 f.; BVerfGE 48, 300, 315 f. zu den früheren anwaltlichen EGH).

[12] Das Vorbringen des Ast., der sich auf die Rspr. des EuGH beruft, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der erkennende Senat entscheidet in der Besetzung von vier Berufsrichtern und drei RAen als Beisitzern (§ 106 Abs. 2 BRAO). Er entscheidet als Beschwerdegericht in dem für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Verfahren (§ 42 Abs. 5, Abs. 6 BRAO) mit der absoluten Mehrheit der Stimmen (§ 196 Abs. 1 GVG) und ermittelt dabei als Tatsacheninstanz den Sachverhalt in eigener Verantwortung (BGH, Beschl. v. 13.10.2003 – AnwZ [B] 36/02 n.v.; Beschl. v. 17.5.2004 – AnwZ [B] 48/03 n.v.). Damit unterscheidet sich das Rechtsbehelfsverfahren nach der BRAO in wesentlichen Punkten von dem Rechtsbehelfsverfahren, das der EuGH in der Entscheidung Wilson (EuGH, Urt. v. 19.9.2006, Rs. C-506/04, NJW 2006, 3697 Tz. 54 ff.) beanstandet hat.

[13] 2. Soweit dem Schriftsatz v. 12.9.2007 entnommen werden kann, dass eine Ablehnung auch insoweit erfolgen soll, als die beiden dort bezeichneten Richter an einer früheren Entscheidung mitgewirkt haben, sind die Ablehnungsgesuche jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

[14] Ein Sonderfall, in dem die Mitwirkung an einem früheren Verfahren gegen den Ast. und an den damit verbundenen Ausführungen die Besorgnis der Befangenheit begründen könnte, liegt nicht vor.

Bloße Vorbefassung reicht nicht aus

Die Vorbefassung als solche begründet – abgesehen von dem Ausschließungstatbestand in § 41 Nr. 6 ZPO – die

Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht (vgl. *Kayser* in *Saenger*, ZPO, 2. Aufl., § 42 Rdnr. 16). Anders verhält es sich lediglich beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen sowie die übrigen genannten Aspekte hinausgehen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Äußerungen in früheren Entscheidungen nach der Sachlage unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über den Antragsteller enthalten oder wenn ein Richter sich bei einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Ast. geäußert hat (BGH, Urt. v. 29.6.2006 – 5 StR 485/05, NJW 2006, 2864).

[15] Soweit die Befangenheitsanträge darauf gestützt werden, dass abgelehnte Richter an einer früheren, zum Nachteil des Ast. ergangenen Entscheidung mitgewirkt haben, bei der aus Sicht des Ast. der Sachverhalt unzutreffend dargestellt und die rechtliche Würdigung unrichtig sei, ist ein ausreichender Befangenheitsgrund ebenfalls nicht gegeben. Dass die Senatsmitglieder in Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags das

Ergebnis der erhobenen Beweise und die aufgeworfenen Rechtsfragen im früheren Verfahren anders gewürdigt haben als der Antragsteller, begründet noch nicht ihre Befangenheit. Eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte vorangegangene Entscheidung rechtfertigt nicht die Besorgnis der Befangenheit.

[16] 3. Der Senat ist zu einer Entscheidung über diejenigen Ablehnungsgesuche, die unzulässig sind, in der Besetzung mit den abgelehnten Richtern befugt (vgl. BVerwG, NJW 1988, 722, m.w.N.; BGH, Beschl. v. 2.12.2004 – I ZR 92/02). Über die weiteren Ablehnungsgesuche entscheidet der Senat in der aus § 42 Abs. 6 Satz 2 BRAO i.V.m. § 45 ZPO analog (dazu Senat, BGHZ 46, 195, 198) folgenden Besetzung ohne die abgelehnten Mitglieder.

Berufsrechtsverstoß – Unterlassene Weiterleitung von Fremdgeld an den Mandanten

BRAO § 43a Abs. 5, § 114 Abs. 1 Nr. 4; BORA § 4

- *1. Die Pflicht, fremde Gelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten, gehört zu den anwaltlichen Kernpflichten. Ein Verstoß hat regelmäßig die Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft zur Folge, da in diesen Fällen nahezu immer eine Pflichtverletzung von derart erheblicher objektiver Schwere gegeben ist, dass von dem RA eine Gefahr für die Rechtspflege ausgeht.
- *2. Konnte zugunsten des RA berücksichtigt werden, dass dieser geständig ist und zwischenzeitlich den Schaden wieder gutgemacht hat, kann von einer Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft abgesehen und ausnahmsweise auf ein Vertretungs- und Beistandsverbot nach § 114 Abs. 1 Nr. 4 BRAO erkannt werden.
- *3. Welche Rechtsgebiete im Einzelfall für das Vertretungs- und Beistandsverbot in Betracht kommen, ist unter Berücksichtigung der Schuld des RA und des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks zu entscheiden. Regelmäßig handelt es sich hierbei um das Rechtsgebiet, auf dem sich der RA Berufspflichtverletzungen hat zuschulden kommen lassen.

Niedersächsischer AGH, Urt. v. 21.1.2008 – AGH 1/07 (n.r.)

Aus den Gründen:

Die 2. Kammer des AnwG Celle hat gegen den RA in der Hauptverhandlung am 5.12.2006 wegen eines Verstoßes gegen seine Berufspflicht im Zusammenhang mit der Wahrnehmung eines Auftrages, fremde Gelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten, für die Dauer von 18 Monaten auf dem Gebiet des Zivilrechts mit Ausnahme des Familienrechts ein Vertretungs- und Beistandsverbot verhängt (§§ 43, 43a, 113, 114 Abs. 1 Nr. 4, 197 BRAO, § 4 BO). Gegen dieses Urteil hat der Verteidiger des RA fristgemäß Berufung eingelegt und diese gleichzeitig auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt.

I. Das AnwG Celle hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Im Sommer 2004 vertrat der RA in einer Haftpflichtschadenssache einen Mandanten Z. aus X. gegenüber der ... Versicherung. Er erhielt am 9.8.2004 von der Versicherung einen Verrechnungsscheck über 10.500 Euro zum Ausgleich der Schadensersatzansprüche seines Mandanten Z. Diesen Verrechnungsscheck reichte der RA am 13.8.2004 seinem Geldinstitut zur Gutschrift auf seinem Konto ein, obwohl er wusste, dass dieses Konto zu diesem Zeitpunkt mit etwa 20.000 Euro bis 25.000 Euro überzogen war. Er war dann im Folgenden nicht in der Lage, diesen Betrag an den Mandanten weiterzuleiten, so dass schließlich der geschädigte Mandant, der sich insoweit anwaltlich vertreten lassen musste, am 15.11.2004 Klage vor dem LG X. gegen RA Y. erhob. Gegen RA Y. erging am 24.1.2005 ein Anerkenntnisurteil. Im Folgenden glich er raten

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

weise die Forderung nebst Verfahrenskosten und Zinsen bis Juli 2005 aus.

Wegen dieses Vorgangs hat das AG X. am 6.9.2005 einen Strafbefehl gegen den RA erlassen und wegen Untreue eine Freiheitsstrafe von 5 Monaten verhängt, deren Vollstreckung auf die Dauer von 3 Jahren zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der Strafbefehl ist rechtskräftig seit dem 20.3.2006.

II. Der RA musste sich bereits mehrfach wegen des Vorwurfs, Fremdgelder nicht rechtzeitig weitergeleitet zu haben, verantworten:

Am 8.9.2003 erteilte der Vorstand der RAK Celle dem RA eine Rüge, weil er Fremdgeld seiner Mandantin A. über einen längeren Zeitraum einbehalten hatte.

Am 14.9.2004 erließ das AG Celle gegen den RA einen Strafbefehl wegen des Vorwurfs, in 4 Fällen eine Untreue zum Nachteil seiner Mandanten B., C., D. und A. begangen zu haben. Der RA wurde verwarnt und zu einer vorbehaltenen Gesamtgeldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 40 Euro verurteilt. Die Bewährungszeit wurde auf 3 Jahre festgesetzt. Der Strafbefehl ist seit dem 1.10.2004 rechtskräftig. Wegen der Vorfälle A., C. und Z. wurden anschließend anwaltsgerichtliche Verfahren gegen den RA eingeleitet. Nach Verbindung dieser Verfahren hat die 1. Kammer des AnwG Celle in der Hauptverhandlung vom 7.4.2005 das Verfahren nach § 116 BRAO i.V.m. § 153a Abs. 2 StPO gegen Zahlung einer Geldauflage i.H.v. 400 Euro vorläufig eingestellt. Am 14.4.2005 erfolgte die endgültige Einstellung des Verfahrens, nachdem der RA die ihm erteilte Auflage erfüllt hatte.

III. Die persönlichen Verhältnisse hat der Senat wie folgt festgestellt:

Der RA hat im Jahre 1987 die 1. juristische Staatsprüfung und im Jahre 1990 die 2. juristische Staatsprüfung bestanden. Er wurde 1990 beim AG und LG X. als RA zugelassen. Im Jahre 2002 erfolgte seine Zulassung beim OLG Celle. ... Der RA ist als Einzelanwalt in X. tätig. ...

Wegen seiner schlechten Vermögensverhältnisse musste die RAK Celle im Jahre 2003 ein Überprüfungsverfahren einleiten. Am 29.1.2004 wurde der Widerruf der Zulassung als RA unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ausgesprochen. Nachdem der RA unter Mithilfe seines Vaters seine Vermögensverhältnisse wieder geordnet hatte, hob die RAK Celle am 10.2.2004 den Bescheid über die sofortige Vollziehung des Widerrufs auf und nahm schließlich am 26.2.2004 auch den Widerrufsbescheid zurück.

IV. In der Hauptverhandlung hat sich der RA zu dem Mandat Z. wie folgt eingelassen:

Er habe den Scheck über 10.500 Euro am 9.8.2004 von der ... Versicherung erhalten. Er habe diesen Scheck nicht an seinen Mandanten weitergeleitet, sondern am 13.8.2004 auf sein Geschäftskonto eingezahlt. Dieses Konto sei zu dem Zeitpunkt mit etwa 20.000 Euro bis 25.000 Euro überzogen gewesen, er habe jedoch eine Kreditlinie bis 35.000 Euro zur Verfügung gehabt. Er sei deshalb eigentlich finanziell in der Lage gewesen, den Betrag von 10.500 Euro von seinem Konto an den Mandanten Z. auszuzahlen. Das habe er aber nicht getan und stattdessen den Betrag für sich verbraucht. Insoweit räumte er den Sachverhalt ohne Einschränkungen ein. Den Mandanten Z. habe er sich aber nicht deshalb als Opfer ausgesucht, weil er erwartet habe, dass dieser aufgrund seines hohen Alters keine Nachforschungen anstellen werde.

Vielmehr sei die Weiterleitung des Geldes unterblieben, weil er sich in einer persönlichen Krisensituation befunden habe. Seine jetzige Ehefrau stamme aus ... und sei ... Er habe deren Familienangehörige mehrfach in Strafsachen verteidigt. Als etwa im Jahre 2003 bekannt geworden sei, dass er mit ihr eine

Beziehung habe, sei er massiv bedroht worden. Er habe anonyme Anrufe und Morddrohungen erhalten. Seine Kollegen und die Mitarbeiter der X. Justiz hätten ihn – bis auf einen Vorsitzenden Richter des LG – "geschnitten". Er habe keine Pflichtverteidigungen mehr erhalten. In dieser Zeit habe er seinen Beruf sehr vernachlässigt und allzu sehr dem Alkohol zugesprochen. Im Herbst 2004 habe er seine Frau dann geheiratet. Danach habe sich seine persönliche und berufliche Situation wieder beruhigt. In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor der 2. Kammer des AnwG Celle habe er deshalb angeben können, dass er nach Abzug von Betriebskosten, Krankenversicherungskosten und Altersversorgungskosten einen monatlichen Nettoerlös von 1.800 Euro bis 2.000 Euro erwirtschaftete. In seiner Allgemeinkanzlei habe er seinerzeit Strafsachen, Ausländersachen und Familiensachen bearbeitet. Das habe sich im Jahre 2007 aber geändert. Von 375 Akten entfielen jetzt 179 Akten auf Zivilsachen, 120 Akten auf Strafsachen und 30 Akten auf Familiensachen. Der Rest entfalle auf verschiedene Rechtsgebiete.

Darüber hinaus sei nicht nur eine persönliche und finanzielle Konsolidierung eingetreten. Seit der Untreue gegenüber Herrn Z. im Jahre 2004 – also seit mehr als 3 Jahren – habe er keine weiteren Berufspflichtverletzungen begangen. Auch das müsse zu seinen Gunsten berücksichtigt werden. Er sei einverstanden, wenn gegen ihn ein Verweis und eine Geldbuße verhängt werde.

V. Der Senat hat die Berufung des RA mit der Maßgabe verworfen, dass das Vertretungs- und Beistandsverbot auf 1 Jahr herabgesetzt wird.

1. Der RA hat zum Nachteil seines Mandanten Z. eine Untreue begangen, als er den von der gegnerischen Versicherung am 9.8.2004 erhaltenen Betrag i.H.v. 10.500 Euro trotz wiederholter Aufforderung nicht an seinen Mandanten weiterleitete und den Betrag für sich verbrauchte, §§ 43, 43a Abs. 5 Satz 1 und Satz 2, 113 Abs. 1 BRAO, § 4 BORA. Wegen dieses Sachverhalts ist gegen den RA durch Strafbefehl des AG X. eine Freiheitsstrafe ausgesetzt worden, deren Vollstreckung für 3 Jahre zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Der Strafbefehl ist seit dem 20.3.2006 rechtskräftig, so dass die Bewährungszeit derzeit noch nicht abgelaufen ist.

Anwaltliche Kernpflicht

Die Pflicht, fremde Gelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzulei-

ten, gehört zu den anwaltlichen Kernpflichten. Ein Verstoß hat regelmäßig die Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft nach § 114 Abs. 1 Nr. 5 BRAO zur Folge, da in diesen Fällen nahezu immer eine Pflichtverletzung von derart erheblicher objektiver Schwere gegeben ist, dass von dem RA eine Gefahr für die Rechtspflege ausgeht und ihm kaum mehr die umfassende Aufgabe weiter anvertraut werden kann, unabhängiger Berater und Vertreter der Rechtsuchenden zu sein (vgl. Feuerich/Weyland, 6. Aufl., § 114 BRAO Rdnr. 47, m.w.N.; Henssler/Prütting-Dittmann, 2. Aufl., § 114 BRAO Rdnr. 16). Dabei steht die strafrechtliche Verurteilung des RA zu seiner Freiheitsstrafe mit Bewährung der Verhängung einer Maßnahme gem. § 114 Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 BRAO nicht entgegen, § 115b Satz 2 BRAO.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass der veruntreute Betrag nicht gering war und dass der RA von Anfang an zielgerichtet den Schaden herbeigeführt hat, als er davon absah, den empfangenen Verrechnungsscheck unmittelbar an den Mandanten weiterzuleiten. Außerdem wurde die Tat gegenüber einem betagten, langjährigen Mandanten begangen, der erst anderweitige anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen musste, um zu seinem Recht zu kommen. Erschwerend ist weiterhin, dass der RA zur Tatzeit (August bis November 2004) im Oktober 2004

in dem Verfahren .../03 mit dem Vorwurf anderweitiger Untreuehandlungen konfrontiert wurde. Auch dieses schwebende berufsrechtliche Ermittlungsverfahren hat den RA nicht dazu veranlasst, den Betrag an den Mandanten Z. auszuzahlen.

Andererseits konnte zugunsten des RA berücksichtigt werden, dass dieser geständig ist und zwischenzeitlich den Schaden wieder gutgemacht hat. Wegen des Geständnisses konnte auf eine Zeugenvernehmung der betagten Eheleute Z. verzichtet werden. Auch die finanziellen Schwierigkeiten, die Anfang 2004 zum Widerruf der Zulassung geführt hatten, scheinen überwunden zu sein, ebenso die persönlichen Konflikte mit der Verwandtschaft seiner jetzigen Ehefrau. Es sind auch keine berufsrechtlichen Verfehlungen aus den letzten Jahren bekannt geworden.

Unter Abwägung aller Umstände konnte deshalb von einer Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft abgesehen

Vertretungs- und Beistandsverbot

und ausnahmsweise auf ein Vertretungs- und Beistandsverbot nach § 114 Abs. 1 Nr. 4 erkannt werden. Zugleich wurde damit dem Grundsatz Rechnung getragen, wonach der Ausschließung aus der Anwaltschaft regelmäßig die Verhängung eines Vertretungsverbotes als mildere Maßnahme vorauszugehen hat (Feuerich/Weyland, 6. Aufl., § 114 BRAO Rdnr. 24, m.w.N.). Die Ahndung mit einem Verweis und einer Geldbuße – wie von dem RA angestrebt – kann angesichts der Schwere seiner Verfehlung nicht in Betracht kommen.

Auswahl der Rechtsgebiete

2. Das Vertretungs- und Beistandsverbot war auf dem Gebiet des Zivilrechts mit Ausnahme des Familienrechts zu

verhängen. Welche Rechtsgebiete im Einzelfall für das Vertretungs- und Beistandsverbot in Betracht kommen, ist unter Berücksichtigung der Schuld des RA und des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks zu entscheiden. Regelmäßig handelt es sich hierbei um das Rechtsgebiet, auf dem sich der RA Berufspflichtverletzungen hat zu Schulden kommen lassen. Dabei gebietet es das Interesse der Öffentlichkeit, Anwälte vor der Vertretung auf Rechtsgebieten auszuschließen, auf denen sie schwere vorsätzliche Berufspflichtverletzungen begangen haben (Feuerich/Weyland, 6. Aufl., § 114 BRAO Rdnr. 31, m.w.N.). Im vorliegenden Fall hat der RA die Untreue im Zusammenhang mit der Regulierung eines Schadensersatzfalles - also auf dem Gebiet des Zivilrechts - begangen, so dass sich das Vertretungs- und Beistandsverbot auf dieses Rechtsgebiet zu erstrecken hat (vgl. AGH Celle, Urt. v. 14.10.2002 – AGH 35/01), auch wenn der Schaden wieder gutgemacht wurde (EGH München, Urt. v. 20.7.1994 - BayEGH II-8/94).

Jedoch ist das Familienrecht von dem Vertretungs- und Beistandsverbot auf dem Gebiet des Zivilrechts auszunehmen. Der

RA hatte bereits in erster Instanz darauf hingewiesen, dass er als Einzelanwalt in einer Allgemeinkanzlei tätig ist und dort überwiegend Strafsachen, Ausländersachen und Familiensachen bearbeitet. Da der RA auf diesen Rechtsgebieten – also dem Schwerpunkt seiner Tätigkeit – weiter tätig sein kann, kann sich das Vertretungs- und Beistandsverbot schon deshalb nicht als "verkapptes Berufsverbot" auswirken. Die verhängte Maßnahme nach § 114 Abs. 1 Nr. 4 hat deshalb keinen Existenzverlust zur Folge. Dem RA verbleibt die Chance zur weiteren Ausübung des Berufes, so dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch insoweit gewahrt ist (Feuerich/Weyland, 6. Aufl., § 114 Rdnr. 32, m.w.N.).

3. In der Berufungshauptverhandlung vor dem Senat hat sich der RA nun erstmals dahingehend eingelassen, er habe jetzt festgestellt, dass er im Jahre 2007 insgesamt 375 Akten bearbeitet habe, davon 179 Akten auf dem Gebiet des Zivilrechts, 120 Akten auf dem Gebiet des Strafrechts und 30 Akten auf dem Gebiet des Familienrechts. Die restlichen Akten verteilen sich auf weitere Rechtsgebiete.

Die Angaben des RA über die Aktenverteilung müssen bezweifelt werden. Der RA hatte in erster Instanz auf Befragung angegeben, dass er Strafsachen, Ausländersachen und Familiensachen bearbeitet, von Zivilsachen – zumal in einer Größenordnung von nahezu 50 % des Gesamtaufkommens – war nicht die Rede. Auch in seiner schriftlichen Berufungsrechtfertigung ist dieser Umstand nicht zur Sprache gekommen.

Erstmals in der Berufungshauptverhandlung vor dem Senat hat der RA insoweit seine Einlassung gewechselt, ohne jedoch Belege dafür vorzulegen. Der RA konnte auch nicht plausibel machen, aus welchen Gründen sich innerhalb eines Jahres ein solcher Strukturwandel in seiner Praxis vollzogen haben könnte. Der Senat folgt deshalb seiner neuen Einlassung nicht. Selbst wenn seine Angaben aber zulässig wären, würde sich das Vertretungs- und Beistandsverbot nur auf nahezu 50 % des Aktenaufkommens (179 Zivilakten) beziehen, diesen Prozentsatz aber nicht überschreiten. Dem RA blieben deutlich über 50 % des Aktenaufkommens zur weiteren Bearbeitung, so dass ein "verkapptes Berufsverbot" nicht vorliegt. Um aber nun mit Sicherheit auszuschließen, dass als zwangsläufige Folge des Vertretungs- und Beistandsverbotes der wirtschaftliche Existenzverlust eintritt (BGH, NJW 1996, 1836), hat der Senat die Dauer des Vertretungs- und Beistandsverbotes auf die Mindestdauer von 1 Jahr herabgesetzt.

Jedoch ist dem RA eindringlich vor Augen zu halten, dass er im Wiederholungsfall nicht noch einmal mit der Verhängung lediglich eines Vertretungsverbotes rechnen kann. Im Falle einer erneuten Untreue kann nur die Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft in Betracht kommen.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Vergütung – Zur anteiligen Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens

RVG VV Anl. 1 Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4; ZPO § 91

*1. Nach inzwischen gefestigter Rspr. des BGH vermindert sich durch die anteilige Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen anwaltlichen Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 VV RVG auf die

Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens nach Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG nicht die bereits entstandene Geschäftsgebühr, sondern die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren nach Nr. 3100 VV RVG anfallende Verfahrensgebühr.

*2. Das ist wegen § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO auch im Kostenfestsetzungsverfahren ohne Rücksicht darauf zu beachten, ob die Geschäftsgebühr auf materiellrechtlicher Grundlage vom

Prozessgegner zu erstatten ist oder ob sie unstreitig, geltend gemacht, tituliert oder bereits beglichen ist (im Anschluss an BGH, BRAK-Mitt. 2008, 141).

BGH, Beschl. v. 30.4.2008 - III ZB 8/08

Aus den Gründen:

[1] I. Im vorausgegangenen Erkenntnisverfahren hat der Kl. die Bekl. auf Herausgabe eines von ihr aus der Versteigerung eines Bildes erhaltenen Betrags von 6.292,35 Euro nebst Zinsen in Anspruch genommen. Außerdem hat er als vorgerichtliche Kosten eine halbe Geschäftsgebühr seines Prozessbevollmächtigten von 0,65 nach Nr. 2300 VV RVG i.H.v. 243,75 Euro zzgl. Postpauschale und MwSt. geltend gemacht. Das LG hat den Klageanträgen in vollem Umfang entsprochen und die Kosten des Rechtsstreits der Bekl. auferlegt.

[2] Im anschließenden Kostenfestsetzungsverfahren hat der Kl. u.a. eine 1,3-Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG von 487,50 Euro angemeldet. Das LG hat ihm wegen der Anrechnungsbestimmung in Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV RVG lediglich eine 0,65-Verfahrensgebühr zuerkannt. Die sofortige Beschwerde des Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Kl. sein Begehren auf Festsetzung der vollen Verfahrensgebühr weiter.

[3] II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die angefochtene Entscheidung ist nicht zu beanstanden.

[4] 1. Nach inzwischen gefestigter Rspr. des BGH vermindert sich durch die anteilige Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen anwaltlichen Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 VV RVG auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens nach Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG nicht die bereits entstandene Geschäftsgebühr, sondern die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren nach Nr. 3100 VV RVG anfallende Verfahrensgebühr (BGH, Urt. v. 7.3.2007 - VIII ZR 86/06 - NJW 2007, 2049; v. 14.3.2007 – VIII ZR 184/06 – NJW 2007, 2050 und v. 11.7.2007 - VIII ZR 310/06 - NJW 2007, 3500; Beschl. v. 22.1.2008 - VIII ZB 57/07 - NJW 2008, 1323, 1324, Rdnr. 6). Das ist, wie der VIII. Zivilsenat des BGH nunmehr nach Erlass des angefochtenen Beschlusses - ebenfalls entschieden hat, wegen § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO auch im Kostenfestsetzungsverfahren ohne Rücksicht darauf zu beachten, ob die Geschäftsgebühr auf materiellrechtlicher Grundlage vom Prozessgegner zu erstatten ist und ob sie unstreitig, geltend gemacht, tituliert oder bereits beglichen ist (Beschl. v. 22.1.2008, a.a.O., Rdnr. 6 ff.). Dem schließt sich der hier zuständige III. Zivilsenat an. Mit den von den abweichenden Auffassungen dagegen vorgebrachten Argumenten, die sich auch die Rechtsbeschwerde zu Eigen macht, hat sich der VIII. Zivilsenat eingehend auseinandergesetzt und sie sämtlich für nicht durchgreifend erachtet. Darauf wird Bezug genommen.

Eindeutige Fassung des Gesetzes

Die dadurch bedingte Belastung des Kostenfestsetzungsverfahrens mit materiellrechtlichen Fragen in man-

chen Fällen ist angesichts der eindeutigen Fassung des Gesetzes ebenso hinzunehmen wie Einschränkungen der Kostenerstattungsansprüche von Bekl. gegenüber der früheren Praxis, die die Anrechnungsvorschriften gegen deren Wortlaut im Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht angewendet hatte.

[5] 2. Mit Recht haben hiernach die Vorinstanzen die vom Kl. zur Festsetzung angemeldete 1,3-Verfahrensgebühr unter Teilanrechnung der unstreitig wegen desselben Gegenstandes ent-

standenen Geschäftsgebühr auf die Hälfte vermindert. Dass der Kl. im Erkenntnisverfahren lediglich eine halbe vorgerichtliche Geschäftsgebühr eingeklagt hatte, steht dem nach den vorstehenden Ausführungen nicht entgegen. Eine Ausnahme von der gesetzlichen Anrechnung auf die Verfahrensgebühr ist entgegen der Rechtsbeschwerde auch nicht in "Übergangsfällen", in denen nach bisheriger Übung klageweise nur die Hälfte der Geschäftsgebühr geltend gemacht worden war, geboten. Für einen Vertrauensschutz besteht dabei schon deswegen kein Bedürfnis, weil es dem Kl. freisteht, die zweite Hälfte der ihn belastenden anwaltlichen Geschäftsgebühr nachträglich gegen die Bekl. gerichtlich geltend zu machen.

Abtretung von Vergütungsansprüchen an Nichtanwälte

BRAO § 49b Abs. 4 Satz 2 i.d.F. v. 2.9.1994, § 49b Abs. 4 Satz 2 i.d.F. v. 12.12.2007; GG Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1

- 1. Bereits vor dem 18.12.2007 konnten Vergütungsansprüche von RAen mit wirksamer Zustimmung des Schuldners auch an Nichtanwälte abgetreten werden, ohne dass es unter dieser Voraussetzung auf eine rechtskräftige Feststellung der Forderung und einen erfolglosen Vollstreckungsversuch ankam.
- *2. § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. v. 2.9.1994 war mit den in Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Freiheits- und Eigentumsrechten unvereinbar.
- *3. Da der parlamentarische Gesetzgeber inzwischen selbst die Mangelhaftigkeit von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO a.F. erkannt und ihr für die Zukunft abgeholfen hat, gebietet es die Achtung vor seiner Autorität, dem geläuterten gesetzgeberischen Willen nach Möglichkeit durch die planwidrig nicht angeordnete Rückwirkung des neuen Rechts zum vollen Durchbruch zu verhelfen.

BGH, Urt. v. 24.4.2008 - IX ZR 53/07

Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kl. wurde in einem Arzthaftungsprozess durch die RAe X. vertreten. Ob der Kl. dafür Vergütung in Anwendung der BRAGO oder des RVG (Art. 3 des KostRMoG v. 5.5.2004, BGBl. I 718) schuldet, ist zwischen den Parteien streitig. Die Bekl. war Rechtsschutzversicherer des Kl. Sie hat die im Juli 2005 abgerechneten Kosten mit Ausnahme eines nach der BRAGO verlangten Mehrbetrages von 1.190,15 Euro beglichen. In Höhe dieses Streitbetrages beansprucht der Kl. Freistellung von der Forderung der C. GmbH, an welche die beauftragte RA-Sozietät ihren Vergütungsanspruch abgetreten hat. Diese GmbH lässt ihre Forderungen durch die A. einziehen.

[2] Der Kl. unterzeichnete im März 2006 eine ihm von den RAen X. vorgelegte Zustimmungserklärung folgenden Inhalts:

"Ich erkläre mich ausdrücklich einverstanden mit der

- Weitergabe der zum Zwecke der Abrechnung und Geltendmachung jeweils erforderlichen Informationen, insbesondere von Daten aus der Mandantenkartei (Name, Geburtsdatum, Anschrift, Gegenstandswert, Prozessdaten und -verlauf, Honorarsatz) an die A. und die C. GmbH,
- Abtretung der sich aus dem Mandat ergebenden Forderungen an die C. GmbH.

Diese Zustimmung gilt auch für alle laufenden und zukünftigen Mandatierungen. Sofern ich rechtsschutzversichert bin, bevollmächtige und beauftrage ich hiermit die C. GmbH und deren Prozessbevollmächtigte mit der Geltendmachung der Freistellungsansprüche aus dem Mandatsverhältnis. Hierdurch entstehen mir keine weiteren Kosten. Für den Fall der Geltendma-

chung von Schadensersatzansprüchen gegen den Gegner bevollmächtige ich A. und C. mit der Beauftragung eines RA in meinem Namen zur Einziehung der Forderung. Auch hierbei entstehen für mich keine Aufwendungen oder Kosten.

Die C. GmbH kann bei der Entscheidung, ob sie die Honorarforderungen ankauft, meine Bonität (Zahlungsfähigkeit) prüfen; hierzu kann die C. GmbH eine Auskunft bei einer Auskunftei oder Kreditschutzorganisation (Schufa, EG-Crefo o.Ä.) einholen

Ich wurde darüber aufgeklärt, dass die C. GmbH die Leistungen meines RA mir gegenüber durch die A. in Rechnung stellen und für eigene Rechnung einziehen wird. Sollte es über die Berechnung der Forderung unterschiedliche Auffassungen geben, kann der RA in einer etwaigen Auseinandersetzung als Zeuge gehört werden. Ich entbinde meinen RA von seiner anwaltlichen Schweigepflicht, soweit dies für die Abrechnung und Geltendmachung der Forderungen erforderlich ist.

Eine Ausfertigung dieser Einverständniserklärung habe ich erhalten."

[3] In den Vorinstanzen ist die Klage erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Sachantrag weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision ist begründet.

[5] I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Kl. gegen die Bekl., ihn nach § 1 Abs. 1 VVG und § 5 Abs. 2 Buchst. a) ARB 2000 von Ansprüchen der C. GmbH freizustellen, verneint, weil der abgetretene Anspruch auf das streitige Resthonorar der RAe X. gem. § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der RAe und der Patentanwälte v. 2.9.1994 (BGBI. I 2278), § 134 BGB nichtig sei. Die Zustimmung des Kl. genüge danach für eine wirksame Abtretung nicht; denn die im Gesetz außerdem als Wirksamkeitsvoraussetzung genannte rechtskräftige Forderungsfeststellung mitsamt einem ersten fruchtlosen Vollstreckungsversuch durch die Gläubigerin vor Abtretung sei unterblieben. Der aufzählende Wortlaut des anzuwendenden Gesetzes lasse die Umdeutung der kumulativen Wirksamkeitsvoraussetzungen in eine Alternative nicht zu. Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers könne nicht festgestellt werden. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

§ 49b IV 2 BRAO inzwischen geändert

[6] II. Der Gesetzgeber hat in Art. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts v. 12.12.2007

(BGBI. I 2840) die Mangelhaftigkeit des bisherigen § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO erkannt. Die Vorschrift ist nunmehr wie folgt gefasst:

"(4) Die Abtretung von Vergütungsforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an RAe oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften (§ 59a) ist zulässig. Im Übrigen sind Abtretung oder Übertragung nur zulässig, wenn eine ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten vorliegt oder die Forderung rechtskräftig festgestellt ist. Vor der Einwilligung ist der Mandant über die Informationspflicht des RA gegenüber dem neuen Gläubiger oder Einziehungsermächtigten aufzuklären. Der neue Gläubiger oder Einziehungsermächtigte ist in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte RA."

[7] Die Bundesregierung hat zur Begründung ihres vom Gesetzgeber beschlossenen Entwurfes ausgeführt: Der Schutzzweck der Regelung, die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht abzusichern, erfordere nur die ausdrückliche und schriftliche Einwilligung des Mandanten, um dem RA die Forderungsabtretung oder die Übertragung ihrer Einziehung zu gestatten. Weil der Mandant den RA von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbinden könne, sei es konsequent, dem Mandanten die Entscheidung zu überlassen, ob der Anwalt Vergütungsforderungen auch an Nichtanwälte abtreten dürfe. Die neue Regelung ermögliche es insbesondere, dass RAe das Inkasso ihrer Honorare auf Verrechnungsstellen übertragen. Die Abtretung könne im Rahmen eines Factoring auch als Finanzierungsinstrument genutzt werden (BT-Drucks. 16/3655, 82).

[8] Nach diesen zutreffenden Erwägungen war § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO in der hier anzuwendenden Fassung v. 2.9.1994 mit den in Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Freiheits- und Eigentumsrechten unvereinbar. Denn ein RA durfte in seiner Freiheit, über seine Vergütungsansprüche zu verfügen und entsprechende Verpflichtungen einzugehen, nicht ohne sachlichen Grund und nicht weiter als von einem solchen geboten beschränkt werden (vgl. BGHZ 171, 252, 256 ff.). Bereits früher hat der BGH zu § 64 Abs. 2 StBerG entschieden, dass diese gleichgelagerte Vorschrift die im Interesse des Gläubigerschutzes höheren verfassungsrechtlichen Anforderungen eines Pfändungshindernisses nicht erfüllt (BGHZ 141, 173, 177). Der Senat hat in seinem Urt. v. 1.3.2007 (BGHZ 171, 252, 257, Rdnr. 18, 23), auf welches sich die Revisionserwiderung beruft, die Verfassungsmäßigkeit von § 49b Abs. 4 BRAO i.d.F. v. 2.9.1994 nur im Hinblick auf den dort angewendeten Satz 1 der Vorschrift bejaht. Die hier entscheidungserhebliche Problematik des Satzes 2 spielte in jener Entscheidung keine Rolle.

[9] Dem Gesetzgeber stand zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes nur ein Weg offen. Denn jedenfalls musste die wirksame Zustimmung des Mandanten genügen, um bei der Abtretung von Vergütungsansprüchen die Mitteilung der Vergütungsgrundlagen an den Zessionar zu ermöglichen, die der RA aufgrund des Abtretungsvertrages nach § 402 BGB im Regelfall schuldet. Deshalb führte die Verfassungswidrigkeit von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. v. 2.9.1994 zur Nichtigkeit (vgl. BVerfGE 117, 163, 199 unter II. 1., m.w.N.). Der Gesetzgeber hätte demgemäß zur Schließung der Gesetzeslücke, die durch die Nichtigkeit der Altregelung entstanden war, die abhelfende Änderung von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO rückwirkend in Kraft setzen müssen. Dies hat der Gesetzgeber in Art. 20 Satz 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts übersehen und die dort in Art. 4 angeordneten Änderungen der BRAO mit Ausnahme der Aufhebung von § 52 einheitlich am Tage nach der Verkündung in Kraft treten lassen.

Die von Verfassungs wegen gebotene Sonderregelung für ein rückwirkendes Inkrafttreten des neuen § 49b Abs. 4

Keine Rückwirkung angeordnet

Satz 2 BRAO zum 9.9.1994, dem Inkrafttreten der Vorgängerregelung, fehlt. Diese Gesetzeslücke ist daher im Wege verfassungskonformer Auslegung zu schließen.

[10] Dies kann der BGH in eigener Zuständigkeit entscheiden, ohne in das Verwerfungsmonopol des BVerfG aus Art. 100 Abs. 1 GG einzugreifen. Die Vorlage an das BVerfG ist zwar grundsätzlich auch geboten, wenn ein Gericht ein nur mittelbar anzuwendendes Gesetz für ungültig hält (BVerfGE 2, 341, 345). Dies gilt jedoch nur dann, wenn davon die Gültigkeit oder Ungültigkeit des unmittelbar anzuwendenden Gesetzes abhängt. Hier ist dieses Gesetz, Art. 20 Satz 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, verfassungskonform auszulegen. Diese Auslegung wäre wegen der Zweckwidrigkeit

der Vorgängerregelung auch dann möglich, wenn sie infolge ihres Grundrechtsbezuges nicht die Nichtigkeit von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. v. 2.9.1994 zur Folge hätte.

[11] Die verfassungspolitische Bestimmung von Art. 100 Abs. 1 GG, die Autorität des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gegenüber dem richterlichen Prüfungsrecht abzusichern (BVerfGE 1, 184, 198 f.; 4, 331, 340; 63, 131, 141), rechtfertigt unter den gegebenen Umständen gleichfalls keine Vorlage an das BVerfG. Da der parlamentarische Gesetzgeber bereits selbst die Mangelhaftigkeit von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. v. 2.9.1994 erkannt und ihr für die Zukunft abgeholfen hat, gebietet es die Achtung vor seiner Autorität, dem geläuterten gesetzgeberischen Willen nach Möglichkeit durch die planwidrig nicht angeordnete Rückwirkung des neuen Rechts zum vollen Durchbruch zu verhelfen. Dem trägt die verfassungskonforme Auslegung von Art. 20 Satz 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts Rechnung.

[12] III. Keiner Entscheidung bedarf im Streitfall, ob an der Rückwirkung von § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO i.d.F. v. 12.12.2007 auch die Aufklärungspflicht des Gläubigers gem. § 49b Abs. 4 Satz 3 BRAO teilhat. Der Kl. ist nach dem Inhalt seiner Zustimmungserklärung über den Umfang der möglichen Informationsweitergabe an die Zessionarin und die zur Einziehung ermächtigte Verrechnungsstelle in Vorwegnahme von § 49b Abs. 4 Satz 3 BRAO n.F. bereits hinreichend aufgeklärt worden. Das war nach dem Schutzzweck des berührten Geheimhaltungsrechts ausreichend.

[13] Die Revisionserwiderung leugnet auch im Hinblick auf § 307 BGB zu Unrecht, dass das vom Kl. geschuldete Anwaltshonorar wirksam abgetreten worden ist. Dahinstehen kann, ob die hier allein maßgebende Zustimmung des Kl. überhaupt als nachträglich einbezogene Vertragsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB gewertet werden kann. Das könnte dann bezweifelt werden, wenn es sich nicht um eine formularmäßige Zustimmung gem. § 182 Abs. 1 BGB handelt, sondern wenn der Kl. nach formularmäßiger Belehrung mit eigenhändiger Unterschrift nur seine rechtfertigende Einwilligung zur Informationsweitergabe durch den beauftragten RA erklärt hat. Inhaltliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Erklärung bestehen jedenfalls auch im Hinblick auf § 307 BGB nicht, wenn der Mandant in einer nach dem Schutzzweck des Geheimhaltungsrechts ausreichenden Weise über die Folge belehrt worden ist, wie es der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich bestimmt hat (vgl. Mayer, AnwBl. 2006, 168, 170). Selbst die Zustimmung zur Vertragsübernahme kann bei namentlich bezeichneten Dritten, wie der Abtretungsempfängerin hier, nach § 309 Nr. 10 Buchst. a) BGB formularmäßig erteilt werden. Darauf, ob auch das formularmäßige Einverständnis des Mandanten mit einer Bonitätsprüfung durch die Zessionarin einschließlich der Abfrage bei Kreditschutzorganisationen wirksam ist (verneinend Mayer, a.a.O., 171), kommt es im Streitfall nicht an. Denn die Zustimmung des Mandanten zur Forderungsabtretung und Informationsweitergabe gem. § 402 BGB bleibt von einem etwaigen Mangel der Klausel über die Bonitätsprüfung unberührt. Die Bonitätsprüfung des Vergütungsschuldners kann jedenfalls wegen der möglicherweise aus § 17 Abs. 7 ARB 94, § 20 Abs. 1 ARB 75 und § 851 Abs. 1 ZPO folgenden Unpfändbarkeit des Befreiungsanspruchs auch bei rechtsschutzversicherten Mandanten erforderlich sein.

[14] Offen bleiben kann nach diesem Sachverhalt, ob eine der Neuregelung nicht genügende Aufklärung durch den RA die Wirksamkeit seines Verfügungsgeschäfts über den betroffenen Vergütungsanspruch berührt oder ihm nur die wegen seiner Verschwiegenheitspflicht von einer wirksamen Zustimmung abhängige Berechtigung nimmt, der Unterrichtungspflicht des Zedenten gegenüber dem Zessionar gem. § 402 BGB nachzukommen (vgl. dazu auch BG, HZ 171, 180, 185 ff. und BVerfG, NJW 2007, 3707, 3708).

[15] IV. Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderem Grunde richtig (§ 561 ZPO). Die von der Revisionserwiderung zur Nachprüfung gestellte Ansicht einzelner Instanzgerichte (z.B. AG Stuttgart, AGS 2006, 425 f., m. Anm. Kilian), die Zustimmung des Mandanten zur Abtretung des Anwaltshonorars sei seinem Rechtsschutzversicherer gegenüber nach § 17 Abs. 7 ARB 94, § 20 Abs. 1 ARB 75 unwirksam, weil der Versicherte damit einseitig auch über den Rechtsschutzanspruch verfüge, beruht auf Rechtsirrtum. Diesen Anspruch hat der Kl. nicht abgetreten, sondern er macht ihn in diesem Rechtsstreit gerade persönlich geltend. Der Zessionarin des Vergütungsanspruchs hat der Kl. insoweit ausdrücklich nur Vollmacht erteilt. Die Vinkulierung des Rechtsschutzanspruchs und die Unabtretbarkeit des Befreiungsanspruchs, die sich mit Ausnahme einer Abtretung an den Vergütungsgläubiger schon aus § 399 BGB ergibt, schützen den Rechtsschutzversicherer nicht davor, sich im Einzelfall wegen eines geschuldeten Anwaltshonorars, von dem der Versicherte freigehalten werden will, mit einem Zessionar oder einem Pfändungspfandgläubiger (vgl. dazu BGHZ 141, 173, 178) des RA auseinandersetzen zu müssen.

[16] V. Da das LG zur Berechtigung der Gebührenforderung, von welcher der Kl. freigehalten werden will, nach § 61 RVG und zu deren Fälligkeit gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 RVG, § 18 Abs. 1 BRAGO keine Feststellungen getroffen hat, ist die Sache selbst in der Revisionsinstanz nicht spruchreif. Sie muss zur weiteren Prüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Anmerkung

Das vorstehend abgedruckte Urteil des BGH gibt Anlass zu einer ganzen Reihe von Bemerkungen, denn es ist eine außergewöhnliche Entscheidung.

1. Es bestehen ganz erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken dagegen, dass der BGH für die Zeit vom 9.9.1994 bis zum 17.12.2007 (am 18.12.2007 ist die Neuregelung des § 49b BRAO in Kraft getreten, BGBl. 2007 Teil I, 2840) die in dieser Zeit geltende Regelung des § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO für verfassungswidrig und damit für nicht anwendbar erklärt.

Zwar ist das gefundene Ergebnis, nicht aber der Weg dorthin, richtig. Denn dass es einem Rechtsanwalt - im Gegensatz zu anderen freien Berufen (z.B. Ärzten) – verboten sein sollte, seine Honoraransprüche mit Zustimmung des Mandanten an einen Dritten zur Einziehung abzutreten, war nie mit besonders guten Argumenten zu begründen. Denn Gründe des Gemeinwohls, die für eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) erforderlich sind, waren hier nicht zu sehen. Einem Rechtsanwalt muss es ungenommen bleiben, immer in Absprache mit seinem Mandanten, seine Forderungsverwaltung nicht selber, sondern durch einen, ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten, durchführen zu lassen. Daher war die Neuregelung des § 49b Abs. 4 BRAO dringend notwendig (dies sieht der BGH zu Recht auch so, s. Rdnr. 8 des Urteils) und ein Aufschrei, dass diese Regelung falsch sei, ist ja auch innerhalb der Anwaltschaft ausgeblieben.

Doch der BGH durfte nicht von sich aus die alte Regelung für verfassungswidrig erklären. Denn das Verwerfungsmonopol des Art. 100 Abs. 1 GG steht auch im Fall eines außer Kraft getretenen Gesetzes alleine dem Bundesverfassungsgericht zu (s. dazu Müller-Terpitz in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 100 Rdnr. 12 unter Verweis auf BVerfGE 91, 118 und BVerfGE 108, 186). Die Voraussetzung, dass die nicht mehr geltende Regelung entscheidungserheblich sein muss (dazu Müller-Terpitz in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 100 Rdnr. 17), ist hier zudem eindeutig erfüllt, denn auf den Wortlaut des § 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO kam es ja im entschiedenen Fall an, denn ohne die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift hätte der BGH anders entscheiden müssen und die Klage wäre abzuweisen gewesen.

Es lagen also alle Voraussetzungen für eine Vorlage an das BVerfG vor. So richtig begründet der IX. Zivilsenat auch nicht, warum er nicht vorlegt. Das Argument, dass der Gesetzgeber jetzt eine andere Regelung gefunden hat, kann hier nicht entscheidend sein. Denn dass der Gesetzgeber eine Vorschrift anders fasst, bedeutet ja nicht, dass die bisherige Vorschrift verfassungswidrig war. Der BGH findet auch selber in der von ihm zitierten Gesetzesbegründung (Rdnr. 7 des Urteils) keine Aussage zur Verfassungswidrigkeit, sondern nur zu der Frage, dass eine Neuregelung erforderlich ist. Gleichwohl unterstellt er (Rdnr. 11 des Urteils), dass eine Mangelhaftigkeit des alten Rechts vorliege. Dies ist eine mutige Auslegung und Deutung der Tätigkeit des Gesetzgebers, die meines Erachtens so nicht haltbar ist. Raum für eine ohne Vorlage notwendige Schließung einer "Gesetzeslücke" in verfassungskonformer Auslegung (Rdnr. 9 des Urteils) bestand ebenfalls nicht. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für ein Inkrafttreten der Neufassung des § 49b Abs. 4 BRAO zum 18.12.2007 entschieden, eine Rückwirkung wäre auch gesetzestechnisch kaum machbar gewesen.

Daher hätte der BGH das Verfahren dem BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen müssen. Gründe für eine besondere Eilbedürftigkeit sind auch nicht zu erkennen.

Insoweit hat die Anwaltliche Verrechnungsstelle AG in Köln, die das Verfahren betrieben hat, eine späte Genugtuung erfahren, dass ihre Rechtsauffassung, dass § 49b Abs. 4 BRAO nicht haltbar ist, auch rückwirkend bestätigt worden ist.

- 2. Zudem wirft die Entscheidung des BGH auch die Frage auf, wie es jetzt mit der Rückwirkung steht. Denn es gab eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen, die die Abtretung von Honoraransprüchen als nichtig, weil gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßend, angesehen haben. Jetzt wären diese Urteile falsch, denn die Vorschrift war verfassungswidrig. Wie kann darauf jetzt reagiert werden? Sind jetzt Klagen wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB möglich, wenn Honoraransprüche im Ergebnis nicht realisiert werden konnten (dies müsste wohl Voraussetzung für eine solche Klage sein). Von den Fragen, wer hier Prozesskosten erstattet, einmal abgesehen. Kann sich der Gegner, der ja in der Vergangenheit gewonnen hatte, jetzt darauf berufen, dass der BGH die Entscheidung der Verfassungswidrigkeit überhaupt nicht fällen durfte? Alles spannende Fragen, die hier zu klären sein werden.
- 3. Zudem sind beim IX. Zivilsenat noch über zehn weitere Verfahren zu dem Themenkomplex der Wirksamkeit der Abtretung von Honoraransprüchen anhängig. Hauptsäch-

lich wehren sich wohl Rechtsschutzversicherungen gegen die Abtretung. Über die Gründe kann man nur mutmaßen. Ist den Versicherern etwa Bange davor, dass Verrechnungsstellen bei den Rechtsfragen des Anwaltshonorars und des RVG auf gleicher Höhe bei Kenntnis von Literatur und Rechtsprechung sind? Es ist zur hoffen, dass diese – nicht einmal für die Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene Entscheidung – trotz aller dogmatischen Zweifel, von den Versicherern anerkannt wird. Im Sinne der Rechtsklarheit wäre dies wünschenswert.

- 4. Doch der IX. Zivilsenat hat noch eine Reihe weiterer wichtiger Punkte mit entschieden (Rdnr. 12 ff. des Urteils), die hier mit erwähnt werden müssen. Um es vorweg zu nehmen: Die Aussagen des BGH stellen klar, dass die Neuregelung des § 49b Abs. 4 BRAO nicht durch Versicherungsbedingungen etc. unterlaufen werden darf und dass bei Einhalten der Vorraussetzungen des Satzes 4 keine Gründe mehr bestehen, irgendwie ein Abtretungsverbot zu konstruieren.
- a. Schon in der Vergangenheit, so der BGH zu Recht, war die oft verwendete Zustimmungserklärung des Mandanten (wiedergegeben im Sachverhalt des Urteils unter Rdnr. 2) ausreichend, um das Geheimhaltungsinteresse des Mandanten zu schützen, so wie es jetzt in Satz 4 vorgesehen ist.
- b. Auch war eine formularmäßige Abtretung zulässig (Rdnr. 13), der BGH findet hier keine Punkte, die dagegen sprechen könnten. Dem ist ebenfalls zuzustimmen.
- c. Und das Abtretungsverbot des § 17 ARB ist jetzt nach den klaren Worten des BGH (Rdnr. 15 des Urteils) nicht mehr haltbar. Der BGH stellt fest, dass die Abtretung nicht wie einige Rechtsschutzversicherer meinen ihnen gegenüber unwirksam ist. Denn im entschiedenen Fall wurden ja die Ansprüche vom Mandanten selber vertreten (prozesstaktisch sinnvoll gestaltet). Aber selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, stellt sich die Frage, warum dies notwendig ist. Ein Abtretungsverbot wäre hier rechtlich meines Erachtens nicht haltbar. Denn warum soll auch der rechtsschutzversicherte Mandant seine Ansprüche aus dem Vertrag nicht abtreten dürfen, fragt auch der BGH zu Recht. Gründe, warum dies so sein muss, finde ich wie der BGH nicht. Es ist zu hoffen, dass die Versicherer hier ihre Bedingungen ändern.

Insgesamt: Die Entscheidung ist im Ergebnis sehr zu begrüßen, nicht aber der Weg zur Begründung der Verfassungswidrigkeit.

RA *Martin W. Huff,* Mitglied des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Köln, Leverkusen

Vergütung – Reisekosten des RA bei überörtlicher Anwaltssozietät

ZPO § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2

Die durch die Terminswahrnehmung anfallenden Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftssitz der auswärtigen Partei ansässigen Prozessbevollmächtigten sind regelmäßig nach § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anzusehen und damit erstattungsfähig. Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn der sachbearbeitende RA einer überörtlichen Anwaltssozietät angehört, die auch am Sitz des Prozessgerichts mit dort postulationsfähigen RAen vertreten ist.

BGH, Beschl. v. 16.4.2008 - XII ZB 214/04

Aus den Gründen:

[1] I. Die in Bonn wohnende KI. nahm den Bekl. vor dem AG – Familiengericht – Tempelhof-Kreuzberg und dem KG auf Zahlung von Ehegattenunterhalt in Anspruch. Das Verfahren endete in zweiter Instanz mit einem Urteil, das die Kosten des Rechtsstreits der Kl. zu 44 % und dem Bekl. zu 56 % auferlegte. Mit ihrer rechtlichen Vertretung hatte die Kl. in beiden Instanzen eine überörtliche Anwaltssozietät mit Kanzleien u.a. in Bonn und Berlin beauftragt. Sachbearbeiter war ein dem Bonner Büro der Sozietät zugehöriger RA; die in Berlin residierenden Sozien waren sämtlich bei dem LG Berlin und dem KG zugelassen.

[2] Im Kostenfestsetzungsverfahren hat die Kl. u.a. Kosten i.H.v. 995,89 Euro geltend gemacht, die durch die Anreise ihres Bonner Prozessbevollmächtigten zu zwei Verhandlungsterminen bei dem AG – Familiengericht – und einem Termin bei dem KG entstanden seien (Reisekosten und Abwesenheitsgeld). Die Rechtspflegerin des AG hat diese Kosten, soweit sie nicht im einstweiligen Anordnungsverfahren angefallen sind, berücksichtigt und den der Kl. insgesamt zu erstattenden Betrag auf 967,75 Euro zzgl. Zinsen festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde des Bekl. hat das KG eine Einbeziehung der Reisekosten in den Kostenausgleich abgelehnt und den Kostenfestsetzungsbeschluss dahin abgeändert, dass der Kl. insgesamt nur 461,46 Euro zu erstatten sind.

[3] Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Kl. die Wiederherstellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses des AG

[4] II. Die gem. § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch sonst zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

[5] 1. Das KG hat seine Entscheidung, die in NJW-RR 2005, 655 veröffentlicht ist, im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Interesse der Kl., einen an ihrem Wohnsitz ansässigen Anwalt mit ihrer Vertretung vor einem auswärtigen Gericht zu beauftragen, sei zwar grundsätzlich anzuerkennen. Vorliegend seien aber die Kosten, die durch die Anreise des in Bonn niedergelassenen Prozessbevollmächtigten zu den Verhandlungsterminen in Berlin entstanden seien, nicht zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen und bei der Kostenfestsetzung deshalb nicht zu berücksichtigen. Mit ihrer rechtlichen Vertretung habe die Kl. nämlich nicht nur den nach außen auftretenden RA mit Kanzleisitz in Bonn beauftragt. Das Mandat sei vielmehr mit der gesamten Anwaltssozietät zustande gekommen, weshalb auch die in Berlin niedergelassenen Sozien zur Wahrnehmung der Gerichtstermine befugt gewesen seien. Die Anreise des in Bonn ansässigen (sachbearbeitenden) RA sei mithin nicht erforderlich gewesen. Dabei könne auf die speziellen Fachkenntnisse eines einzelnen Anwalts nicht abgestellt werden. Eine überörtliche Sozietät leite ihre Leistungsfähigkeit gerade auch aus ihrer Größe her und hebe diese im öffentlichen Auftreten regelmäßig hervor. An welchem Ort die Sozietät mit welchen fachlichen Kompetenzen präsent sei, obliege zwar ihrer internen Entscheidung. Durch die kanzleiinterne Organisation könne aber dem Mandanten, der die Sozietät mit der Gesamtheit ihrer Fähigkeiten beauftragt habe, gebührenrechtlich kein Nachteil entstehen.

[6] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[7] 2. Das Beschwerdegericht geht allerdings zutreffend davon aus, dass es sich i.d.R. um notwendige Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung i.S.v. § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO handelt, wenn eine vor einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei einen an ihrem

Wohn- oder Geschäftssitz ansässigen RA mit ihrer Vertretung beauftragt.

ortsnaher Rechtsanwalt

Denn eine Partei, die ihre Belange in angemessener Weise wahrgenommen wissen

will, wird in aller Regel einen RA in ihrer Nähe aufsuchen, um dessen Rat in Anspruch zu nehmen und ihn ggf. mit der Prozessvertretung zu beauftragen. Sie wird dies wegen der räumlichen Nähe und in der Annahme tun, dass zunächst ein persönliches mündliches Gespräch erforderlich ist. Diese Erwartung ist berechtigt, denn für eine sachgemäße gerichtliche oder außergerichtliche Beratung und Vertretung ist der RA zunächst auf die Tatsacheninformation der Partei angewiesen (st. Rspr., vgl. BGH Beschl. v. 13.12.2007 – IX ZB 112/05 – WM 2008, 422; v. 3.3.2005 - I ZB 24/04 - NJW-RR 2005, 922; v. 9.9.2004 - I ZB 5/04 - NJW-RR 2004, 1724; v. 17.2.2004 - XI ZB 37/03 - BGH-Report 2004, 780; v. 18.12.2003 - I ZB 18/03 – NJW-RR 2004, 856; v. 11.11.2003 – VI ZB 41/03 – NJW-RR 2004, 430 f.; v. 9.10.2003 - VII ZB 45/02 - BGH-Report 2004, 70, 71; v. 10.4.2003 - I ZB 36/02 - NJW 2003, 2027; v. 18.2.2003 - XI ZB 10/02 - JurBüro 2003, 427; v. 11.2.2003 -VIII ZB 92/02 – NJW 2003, 1534; v. 12.12.2002 – I ZB 29/02 – NJW 2003, 901, 902 und v. 16.10.2002 – VIII ZB 30/02 – NJW 2003, 898, 900).

[8] Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann eingreifen, wenn schon im Zeitpunkt der Beauftragung des RA feststeht, dass ein eingehendes Mandantengespräch für die Prozessführung nicht erforderlich sein wird (BGH, Beschl. v. 18.12.2003 – I ZB 18/03 - NJW-RR 2004, 856 f. und v. 16.10.2002 - VIII ZB 30/02 - NJW 2003, 898, 901). Dies kommt u.a. in Betracht, wenn die Partei als gewerbliches Unternehmen über eine eigene, die Sache bearbeitende Rechtsabteilung verfügt (BGH, Beschl. v. 10.4.2003 - I ZB 36/02 - NJW 2003, 2027, 2028) bzw. mit Hilfe eines ihrer fachkundigen Mitarbeiter einen am Ort des Prozessgerichts ansässigen RA zwecks Klageerhebung sachgerecht informieren kann (BGH, Beschl. v. 13.12.2007 -IX ZB 112/05 - WM 2008, 422 f.) oder wenn bei einem in tatsächlicher Hinsicht überschaubaren Streit um eine Geldforderung die Gegenseite versichert hat, nicht leistungsfähig zu sein und gegenüber einer Klage keine Einwendungen zu erheben (BGH, Beschl. v. 16.10.2002 - VIII ZB 30/02 - NJW 2003, 898, 901 und v. 14.9.2004 - VI ZB 37/04 - NJW-RR 2005, 707, 708). Entsprechende Umstände sind hier nicht ersichtlich.

[9] 3. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts steht vorliegend der Berücksichtigung der Reisekosten des in Bonn ansässigen Prozessbevollmächtigten der Kl. im Kostenfestsetzungsverfahren nicht entgegen, dass die Verhandlungstermine in Berlin auch ein am Ort des Prozessgerichts niedergelassener Anwalt der mandatierten überörtlichen Sozietät hätte wahrnehmen können.

[10] a) Ein RA, der einer Anwaltssozietät angehört, nimmt ein ihm angetragenes Mandat zur Prozessführung i.d.R. im Namen der Sozietät an; er will nicht nur sich persönlich, sondern auch die mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Kollegen verpflichten (vgl. BGHZ 124, 47, 49 = NJW 1994, 257; BGH, Urt. v. 19.1.1995 - III ZR 107/94 - NJW 1995, 1841). Da die Mitglieder einer RA-Sozietät regelmäßig eine GbR bilden (BGH, Urt. v. 20.6.1996 - IX ZR 248/95 - NJW 1996, 2859), kommt der Anwaltsvertrag unter Zugrundelegung der Rspr. des II. Zivilsenats zur Rechtsfähigkeit der GbR (vgl. BGHZ 146, 341, 343 ff.) mit der Sozietät als solcher zustande. Die der Sozietät angehörigen RAe haften dann grundsätzlich entsprechend § 128 Satz 1 HGB akzessorisch für die Erfüllung der aus dem Vertrag erwachsenden anwaltlichen Pflichten (vgl. BGHZ 157, 361, 364; MünchKomm/Heermann BGB, 4. Aufl., § 675 Rdnr. 36).

[11] Für die akzessorische Verpflichtung aller Sozien macht es dabei keinen Unterschied, ob es sich um eine örtliche oder um eine überörtliche Anwaltssozietät i.S.v. § 59a BRAO handelt. Zum einen kann es für die Verpflichtung der rechtsfähigen GbR nicht darauf ankommen, wo sich die einzelnen Gesellschafter örtlich niedergelassen haben; zum anderen will der Rechtsuchende in aller Regel gerade auch die Vorteile für sich in Anspruch nehmen, die sich aus der gesamten Größe der Kanzlei und der überregionalen Zusammenarbeit von spezialisierten Sozietätsmitgliedern ergeben (vgl. Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 59a Rdnr. 12). Ist einer (überörtlichen) Anwaltssozietät das Mandat zur Führung eines Rechtsstreits erteilt, schulden grundsätzlich alle anwaltlichen Mitglieder der Sozietät die Erfüllung der Anwaltspflichten (a.A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 376). Nur bei Vorliegen besonderer Umstände ist von der Begründung eines auf die Sozien einer bestimmten Niederlassung beschränkten Mandats oder von einem Einzelmandat auszugehen (vgl. BGHZ 124, 47, 49; 56, 355, 361).

[12] b) Es kann hier dahinstehen, ob mit der Verpflichtung aller RAe einer überörtlichen Sozietät aus dem Anwaltsvertrag stets eine nach außen gerichtete Prozessvollmacht für jeden Sozius einhergeht (verneinend KG, NJW 1994, 3111 f.). Es greift bereits zu kurz, die Erstattung der mit der Terminswahrnehmung verbundenen Reisekosten des am Wohnsitz der Kl. ansässigen Prozessbevollmächtigten allein mit dem Hinweis auf das formale, mit den am Gerichtsort niedergelassenen Sozien bestehende Mandatsverhältnis abzulehnen (so aber mit dem Beschwerdegericht die wohl h.M., vgl. OLG Hamburg, OLGR 2003, 152; OLG Bamberg, OLGR 2005, 127 f.; OLG Brandenburg, MDR 2007, 245; OLG Nürnberg, MDR 2007, 56 f.; OLG Köln, OLG-Report 2007, 66 f.; OLG München, FamRZ 2002, 1129; Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 91 Rdnr. 13 Stichwort: Reisekosten des Anwalts; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, 28. Aufl., § 91 Rdnr. 42a; Musielak/Wolst, ZPO, 5. Aufl., § 91 Rdnr. 19). Zwar hatten diese die Möglichkeit, die Verhandlungstermine in Berlin kostengünstiger wahrzunehmen. Die Beurteilung der Frage, ob aufgewendete Prozesskosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig i.S.d. § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO waren, hat sich jedoch nicht nur an der formalen Verpflichtung der Sozien aus dem Anwaltsvertrag auszurichten. Es ist vielmehr auch zu berücksichtigen, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die die Kosten auslösende Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Veranlassung als sachdienlich ansehen durfte. Dabei darf die Partei ihr berechtigtes Interesse verfolgen und die zur Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen. Sie ist lediglich gehalten, unter mehreren gleichartigen Maßnahmen die kostengünstigere auszuwählen (vgl. BGH, Beschl. v. 13.9.2005 – X ZB 30/04 – NJW-RR 2005, 1662; v. 11.11.2003 – VI ZB 41/03 – NJW-RR 2004, 430 und v. 16.10.2002 – VIII ZB 30/02 – NJW 2003, 898, 900).

[13] Mit Rücksicht darauf kann eine auswärtige Partei nicht darauf verwiesen werden, ihre Vertretung im Termin zur Kostenersparnis einem am Sitz des Prozessgerichts ansässigen Anwalt der mandatierten überörtlichen Sozietät zu überlassen.

Rechtsanwalt des Vertrauens

[14] aa) Der BGH hat bereits im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Anerkennung der Erstattungsfähigkeit von Ter-

minsreisekosten des am Wohn- oder Geschäftssitz der Partei niedergelassenen RA betont, dass der Mandant ein Interesse daran hat, von einem RA seines Vertrauens auch vor auswärtigen Zivilgerichten vertreten zu werden (vgl. BGH, Beschl. v. 11.3.2004 – VII ZB 27/03 – FamRZ 2004, 939 f. und v. 16.10.2002 – VIII ZB 30/02 – NJW 2003, 898, 901). Denn bei der Entscheidung über die Kosten des am Gerichtsort nicht

ansässigen Prozessbevollmächtigten muss dem Bedarf an persönlichem Kontakt und dem Vertrauensverhältnis zwischen der Partei und dem von ihr ausgewählten RA Rechnung getragen werden, zumal einem Zivilprozess in vielen Fällen eine vorgerichtliche Auseinandersetzung vorausgeht (vgl. BGH, Beschl. v. 11.3.2004 – VII ZB 27/03 – FamRZ 2004, 939 f.). Dieser Gesichtspunkt war ein entscheidender Grund für die Änderung des Lokalisationsprinzips in § 78 ZPO (vgl. BT-Drucks. 12/4993, 43, 53). Auch das BVerfG hat im Streit um die Singularoder Simultanzulassung von RAen das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, das auf Aktenkenntnis im konkreten Fall oder auch auf langjähriger Beratung und erfolgreicher Zusammenarbeit gründen könne, als einen rechtlich anzuerkennenden Vorteil aus der Sicht des Mandanten gewürdigt (BVerfGE 103, 1, 16).

[15] bb) Ein solches Vertrauensverhältnis bestand zwischen der Kl. und den am Prozessgericht in Berlin niedergelassenen RAen der mandatierten überörtlichen Sozietät nicht.

[16] Wenn eine Partei eine an ihrem Wohnsitz ansässige überörtliche Sozietät mit ihrer anwaltlichen Vertretung beauftragt, wird das Mandat regelmäßig ein am Wohnsitz der Partei niedergelassener Sozius bearbeiten. Auch hier wird für die Partei trotz der überregionalen Ausrichtung der Kanzlei die räumliche Nähe im Vordergrund stehen. Zwischen dem sachbearbeitenden Anwalt und der Partei besteht infolge von persönlichen Beratungsgesprächen, der außergerichtlichen bzw. gerichtlichen Wahrnehmung des Mandats und der damit verbundenen besonderen Akten- und Sachkenntnis des Anwalts ein besonderes Vertrauensverhältnis.

[17] Dieses Verhältnis ist mit demjenigen zu den am Sitz des Prozessgerichts niedergelassenen Sozien - mit denen ein formales Mandatsverhältnis, aber kein persönliches Vertrauensverhältnis besteht - nicht vergleichbar. Zwar will sich der Rechtsuchende mit der Mandatierung einer überörtlichen Sozietät gerade die Vorteile zunutze machen, die ihm eine solche Sozietät bietet. Ihm wird aber bekannt sein, dass innerhalb der Sozietät grundsätzlich nur einer der Anwälte allein oder zumindest federführend eine Sache bearbeitet. Ein Mandant wird darauf sogar Wert legen, weil er nicht alle Anwälte, sondern nur einen aufsuchen und informieren will, den er persönlich kennt, der ihn vor Gericht vertritt und mit dem er seine Angelegenheiten besprechen kann. Auf das, was das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt begründet und festigt, will er bei der Beauftragung einer Sozietät gerade nicht verzichten. Vielmehr will er nur insofern besserstehen, als er die Gewissheit hat, dass hinter "seinem" Anwalt die Sozietät mit ihren Vorteilen in Bezug auf Organisation und Arbeitsteilung steht. Der Mandant weiß, dass bei Verhinderung "seines" Anwalts stets für Vertretung gesorgt ist. Wenn seine Sache von einem der Sozien bearbeitet wird, der noch über keine große Erfahrung verfügt, rechnet er vielfach damit, dass dieser erforderlichenfalls, insbesondere in Spezialfragen, bei den anderen Sozietätsmitgliedern Rat einholen wird. Denn die gemeinsame Nutzung der Berufserfahrung und die Pflege des Gedankenaustauschs gehört zum Zweck der Sozietät (BGHZ 56, 355, 360).

[18] Wenn aber unter den oben (Ziffer II. 2) dargestellten Voraussetzungen das Interesse einer ihre Belange vernünftig und kostenbewusst wahrnehmenden Partei anzuerkennen ist, sich vor einem auswärtigen Gericht durch den an ihrem Wohnoder Geschäftssitz niedergelassenen RA ihres Vertrauens vertreten zu lassen, darf es kostenrechtlich keinen Unterschied machen, ob dieser als Einzelanwalt tätig oder Mitglied einer überörtlichen, auch am Ort des Prozessgerichts ansässigen Sozietät ist. Die durch die Terminswahrnehmung anfallenden Reisekosten des am Wohn- und Geschäftsort der auswärtigen

Partei ansässigen Prozessbevollmächtigten sind vielmehr regelmäßig als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig i.S.v. § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO anzusehen, selbst wenn – wie im vorliegenden Fall – der beauftragte RA Mitglied einer überörtlichen Anwaltssozietät mit einem Büro am Ort des Prozessgerichts ist, und deshalb auch die am Gerichtsort residierenden Sozietätsmitglieder die Erfüllung der anwaltlichen Pflichten schulden (vgl. für die Erstattungsfähigkeit von Reisekosten nach Schließung des am Gerichtsort bestehenden Büros einer überörtlichen Anwaltssozietät BGH, Beschl. v. 18.5.2006 – I ZB 57/05 – BGH-Report 2006, 1067 f.).

[19] cc) Eine andere Beurteilung ergibt sich vorliegend nicht etwa deshalb, weil ein Termin vor dem AG tatsächlich von einem Anwalt des Berliner Büros der von der Kl. mandatierten Sozietät wahrgenommen wurde. Bei der Prüfung der Notwendigkeit einer bestimmten Rechtsverfolgungs- oder Rechtsverteidigungsmaßnahme ist vielmehr eine typisierende Betrachtungsweise geboten. Denn der Gerechtigkeitsgewinn, der bei einer übermäßig differenzierenden Betrachtung im Einzelfall zu erzielen ist, steht in keinem Verhältnis zu den sich einstellenden Nachteilen, wenn in nahezu jedem Einzelfall darüber gestritten werden könnte, ob die Kosten einer bestimmten Rechtsverfolgungs- oder Rechtsverteidigungsmaßnahme zu erstatten sind oder nicht (BGH, Beschl. v. 12.12.2002 – I ZB 29/02 – NJW 2003, 901, 902 und v. 13.9.2005 – X ZB 30/04 – NJW-RR 2005, 1622).

[20] 4. Das Beschwerdegericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zur Höhe der dem Prozessbevollmächtigten der Kl. zur Wahrnehmung der Termine in Berlin entstandenen Reisekosten getroffen. Im Rechtsbeschwerdeverfahren können diese Feststellungen nicht nachgeholt werden (§ 577 Abs. 2 Satz 4 ZPO i.V.m. § 599 ZPO). Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Zugang zum Anwaltsnotariat – Besondere Berücksichtigung notarnaher Tätigkeiten

BNotO § 6

- *1. Es stellt keine unzulässige Doppelbewertung im Rahmen eines Notarbewerbungsverfahrens dar, wenn einerseits für die Anwaltstätigkeit und andererseits für die "notarnahe" Tätigkeit Punkte vergeben werden, da beide Maßgaben unterschiedliche Qualifikationen würdigen.
- *2. Soweit ein Bewerber im Vergleich zu anderen Beteiligten des Auswahlverfahrens auf längere Erfahrungen als hauptberuflich tätiger RA zurückblicken kann, hat er damit einen ins Gewicht fallenden Eignungsvorteil erlangt, den die Justizverwaltung nicht über eine individuelle Eignungsprognose als unerheblich beiseite schieben darf.

BGH, Beschl. v. 14.4.2008 - NotZ 100/07

Aus den Gründen:

- [1] I. Die Agin. schrieb im Amtsblatt für Berlin v. 31.3.2000 (ABI., 1091) 60 Notarstellen aus. Ablauf der Bewerbungsfrist war der 2.5.2000. Der Ast. und der weitere Beteiligte bewarben sich um eine dieser Stellen.
- [2] Der Ast. legte im Juli 1992 die Zweite juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend" (6,52 Punkte) ab. Er ist seit September 1992 als RA zugelassen und tätig.
- [3] Der weitere Beteiligte bestand im Juli 1990 die Zweite juristische Staatsprüfung ebenfalls mit "befriedigend" (7,13 Punkte). Er ist seit September 1990 als RA zugelassen. Vom 3.8.1992 bis

zum 31.12.1995 war er auf der Grundlage von Honorarverträgen bei dem Landkreis X. in B. tätig und dort insbesondere mit der Abwicklung offener Vermögensfragen betraut.

[4] Mit Bescheid v. 25.10.2001 teilte die Agin. dem Ast. mit, sie beabsichtige, ihm nach dem Abschluss des Bewerbungsverfahrens eine der Notarstellen zu übertragen. Ebenfalls unter dem 25.10.2001 eröffnete die Agin. dem weiteren Beteiligten, er komme für die Übertragung einer der Notarstellen nicht in Betracht. Zur Begründung führte sie u.a. aus, seine Beschäftigung bei dem Landkreis X. könne nicht als hauptberufliche Anwaltstätigkeit angerechnet werden. Der hiergegen gerichtete Antrag des weiteren Beteiligten auf gerichtliche Entscheidung hatte Erfolg. Das KG, dessen Entscheidung der Senat mit Beschl. v. 14.7.2003 (NotZ 2/03 - NJW 2003, 2752) bestätigte, verpflichtete die Agin., den Antrag des weiteren Beteiligten auf Übertragung einer der ausgeschriebenen Notarstellen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Es habe Anlass bestanden, die Vergabe von Sonderpunkten für die Tätigkeit bei dem Landkreis zu prüfen.

[5] Daraufhin teilte die Agin. dem Ast. mit Bescheid v. 13.1.2004 unter Abänderung ihrer Verfügungen v. 25.10.2001 mit, er nehme nach einer Neubewertung im Auswahlverfahren nunmehr nur noch hinter dem weiteren Beteiligten den 61. Rangplatz ein, weshalb er bei der Besetzung der Notarstellen nicht mehr berücksichtigt werden könne. Auf die hiergegen gerichteten Rechtsmittel des Ast. hob der Senat mit Beschl. v. 22.11.2004 (NotZ 16/04 - NJW 2005, 212) diesen Bescheid auf und verpflichtete die Agin., den Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden. Der Senat bezog sich hierbei insbesondere auf den Beschluss des BVerfG v. 20.4.2004 (BVerfGE 110, 304), wonach den bei der Vorbereitung auf das angestrebte Notaramt gezeigten theoretischen Kenntnissen und praktischen Erfahrungen bei demgegenüber zurücktretender Bedeutung des Ergebnisses der Zweiten juristischen Staatsprüfung und der Zeit der Anwaltstätigkeit stärkeres Gewicht als bisher beizumessen war.

[6] Die Agin. forderte die Bewerber daraufhin auf, ihre Anwalts- und Urkundstätigkeit näher zu konkretisieren. Mit Schr. v. 30.3.2006 bat der Ast. die Agin. um Mitteilung der von ihr nunmehr anzuwendenden Auswahlkriterien. Diese antwortete mit Schr. v. 10.5.2006, sie werde die Auswahlentscheidung auf der Grundlage des Senatsbeschl. v. 22.11.2004 treffen.

[7] Mit Bescheid v. 16.10.2006 teilte die Agin. dem Ast. mit, sie beabsichtige wiederum, die noch zu vergebende Notarstelle dem weiteren Beteiligten zu übertragen. In entsprechender Anwendung des für die Ausschreibung von Notarstellen v. 8.4.2005 (ABI., 1242) anzuwendenden Punktesystems sei seine fachliche Eignung mit 121,39 Punkten zu bewerten. Demgegenüber ergebe sich für den weiteren Beteiligten eine Gesamtpunktzahl von 121,57 Punkten. Auch eine individuelle von dem Punkteergebnis unabhängige Eignungsprognose ergebe, dass der weitere Beteiligte besser für das Notaramt geeignet sei als der Ast. Hierbei bezog sich die Agin. insbesondere darauf, dass die Tätigkeit des weiteren Beteiligten beim Landkreis X. in besonderem Maße als "notarnah" anzusehen sei.

- [8] Mit Schr. v. 1.11.2006 zeigte der Ast. gegenüber der Agin. weitere Zeiten an, in denen er eine Notarin vertreten hatte. Ferner beantragte er insoweit vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 6b Abs. 3 BNotO. Diesen Antrag wies die Agin. mit Bescheid v. 13.11.2006 zurück.
- [9] Gegen die Bescheide v. 16.10. und 13.11.2006 hat der Ast. Anträge auf gerichtliche Entscheidung gestellt, welche das KG durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen hat. Die nachträglich angezeigten Vertretungszeiten seien gem. § 6b

Abs. 4 BNotO nicht mehr zu berücksichtigen. Auch die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei nicht zu gewähren gewesen. Von dem für den weiteren Beteiligten errechneten Punkteergebnis seien allerdings 0,2 Punkte in Abzug zu bringen, da diesem ein Urkundsgeschäft zu viel zugerechnet worden sei. Im Übrigen sei die Punkteberechnung der Agin. nicht zu beanstanden. Insbesondere habe die Agin. dem weiteren Beteiligten für seine Tätigkeit beim Landkreis X. 8,20 Sonderpunkte gutbringen dürfen. Auch sei es nicht zu bemängeln, dass die Agin. dem Ast. über für Notarvertretungszeiten vergebene Wertungspunkte hinaus keine weiteren Sonderpunkte gutgeschrieben habe, auch wenn er im Rahmen seiner Anwaltstätigkeit "notarnah" gearbeitet habe. Dem weiteren Beteiligten seien - von den Sonderpunkten für die allerdings nicht als Anwaltstätigkeit zu qualifizierende Beschäftigung bei dem Landkreis X. abgesehen - ebenfalls keine Sonderpunkte für "notarnahe" Anwaltstätigkeit zugebilligt worden. Auch wenn der Ast. unter Berücksichtigung der korrigierten Punkteberechnung nunmehr einen minimalen rechnerischen Vorsprung vor dem weiteren Beteiligten habe, werde dessen Bevorzugung von den Erwägungen der Agin. in der individuellen Eignungsprognose getragen.

[10] Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast. Er ist der Auffassung, er habe insbesondere auch aufgrund der Antwort der Agin. auf sein Schr. v. 30.3.2006 nicht erkennen können, dass auch Notarvertretungen ohne Urkundstätigkeit mit Sonderpunkten honoriert werden würden. Deshalb seien die von ihm mit Schr. v. 1.11.2006 mitgeteilten Notarvertretungen noch mit zusätzlichen 0,41 Punkten zu berücksichtigen. Weiter beanstandet er, dass dem weiteren Beteiligten 8,20 Sonderpunkte für dessen Tätigkeit beim Landkreis X. zuerkannt wurden. Er ist der Auffassung, jedenfalls die Höhe der angerechneten Punktzahl sei unangemessen. Zumindest aber hätten ihm, dem Ast., ebenfalls Sonderpunkte für eine notarnahe Anwaltstätigkeit zugebilligt werden müssen. Er habe durch eine Einzelfallliste nachgewiesen, dass seine anwaltliche Tätigkeit durchschnittlich mit deutlich über 50 v.H. engen Notarbezug gehabt habe. Der Ast. meint deshalb, ihm seien zusätzliche 6,30 Sonderpunkte zuzurechnen. Unter Berücksichtigung der weiteren 0,41 Sonderpunkte für die mit Schr. v. 1.11.2006 vorgetragenen Notarvertretungen erhöhe sich sein rechnerischer Vorsprung gegenüber dem weiteren Beteiligten auf 128,10 zu 121,37 Punkte. Weiterhin greift der Ast. den individuellen Eignungsvergleich der Agin. an.

[11] Die Agin. und der weitere Beteiligte treten den Rechtsansichten des Ast. entgegen. Die Agin. nimmt überdies vorsorglich eine Neuberechnung der dem Ast. und dem weiteren Beteiligten zuzubilligenden Sonderpunkte vor. Hiernach sind dem weiteren Beteiligten neben den 8,20 Sonderpunkten für seine Tätigkeit beim Landkreis X. weitere 7,80 Sonderpunkte für "notarnahe" Anwaltstätigkeit in den Jahren 1996 bis 2000 gutzubringen. Bei dem Ast. berücksichtigt die Agin. außer den von ihm geforderten 6,30 Punkten für "notarnahe" Anwaltstätigkeit v. 3.11.1992 bis 30.4.1996 weitere 4,80 Punkte für derartige Tätigkeiten v. 1.5.1996 bis 2.5.2000. Hieraus errechnet die Agin. (ohne Berücksichtigung der strittigen 0,41 Punkte für Notarvertretungen) ein Punkteverhältnis von 132,49 zu 129,17 Punkten zugunsten des Ast. Sie meint, dieser rechnerische Vorzug sei jedoch nicht ausschlaggebend. Der Punktevorsprung beruhe allein darauf, dass dem weiteren Beteiligten seine Zeit beim Landkreis X. nicht als Anwaltstätigkeit habe zugerechnet werden können. Dies sei unangemessen, insbesondere weil der weitere Beteiligte im Zeitraum v. 7.9. 1990 bis zum 2.5.2000 wesentlich stärker notarbezogen tätig gewesen sei als der Ast.

[12] II. Die zulässige sofortige Beschwerde des Ast. führt zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides v. 16.10.2006 und zur Verpflichtung der Agin., dem Ast. die begehrte Notarstelle zu übertragen.

[13] Die von der Agin. getroffene Auswahlentscheidung erweist sich auch unter Berücksichtigung ihrer eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch die Gerichte (vgl. z.B. Senatsbeschl. BGHZ 124, 327, 330 f. und v. 14.3.2005 – NotZ 27/04 – NJW-RR 2006, 55, 56) als rechtswidrig und verletzt den Ast. in seinen Rechten.

[14] 1. Mit Recht beanstandet der Ast. die Vergabe von Sonderpunkten in dem angefochtenen Auswahlbescheid für "notarnahe" RA-Tätigkeiten entsprechend der Maßgabe 2 f cc der Ausschreibung von Notarstellen v. 8.4.2005.

[15] a) Gegen die analoge Anwendung des nach der Maßgabe 2 der Ausschreibung v. 8.4.2005 für die Feststellung der fachlichen Eignung von Notarbewerbern geltenden Punktesystems auf das hier streitige Besetzungsverfahren bestehen keine Bedenken. Die Maßgaben setzen die im Beschl. des BVerfG v. 20.4.2004 (BVerfGE 110, 304) enthaltenen Vorgaben um, die nach dem Senatsbeschl. v. 22.11.2004 (NotZ 16/04 – NJW 2005, 212, 213) für das hiesige Auswahlverfahren zu beachten sind.

[16] b) Unzutreffend ist überdies die Rüge, dem weiteren Beteiligten hätten für seine Tätigkeit beim Landkreis X. nicht 8,2 Sonderpunkte zugebilligt werden dürfen. Der Senat hat bereits in seinem Beschl. v. 14.7.2003 (NotZ 2/03 - NJW 2003, 2752, 2753) die Vergabe von Sonderpunkten für diese Tätigkeit als "notarnah" grundsätzlich für möglich gehalten. Auch die Anzahl der vergebenen Punkte ist nicht zu beanstanden. Die Agin. hat dem weiteren Beteiligten für jeden Monat, den dieser bei dem Landratsamt beschäftigt war, 0,2 Punkte zugebilligt. Dies hält sich im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsermessens, wie insbesondere der Vergleich der nach der Maßgabe 2 d aa für Beurkundungen zu vergebenden Punke ergibt. Danach sind für jede einzelne Urkunde, die der Bewerber innerhalb der letzten drei Jahre vor Ablauf der Bewerbungsfrist entworfen und protokolliert oder protokolliert und vollzogen hat, 0,4 Punkte gutzuschreiben. Im Verhältnis hierzu sind 0,2 Punkte für einen Monat "notarnaher" Tätigkeit nicht unverhältnismäßig viel. Unbeachtlich ist, ob, wie der Ast. geltend macht, in anderen Bundesländern eine Tätigkeit, wie sie der weitere Beteiligte ausgeübt hat, weniger günstig bewertet würde. Die Landesjustizverwaltungen verfügen über einen jeweils eigenen Beurteilungsspielraum.

[17] c) Mit Recht verlangt der Ast. jedoch, dass auch ihm für "notarnahe" Tätigkeiten Punkte entsprechend der Maßgabe 2 f cc der Ausschreibung v. 8.4.2005 zuzubilligen sind. Er hat, wie die Agin. nicht bezweifelt, v. 3.11.1992 bis 30.4.1996 zu 70,62 v.H. als Anwalt "notarnahe" Tätigkeiten ausgeübt. In der Zeit v. 1.5.1996 bis 2.5.2000 betrug diese Quote immer noch 38,55 v.H. Da die Agin. für die hier noch zu treffende Auswahlentscheidung das für die Ausschreibung v. 8.4.2005 geltende Punktesystem analog heranzieht, sind dem Ast. entsprechend der sich daran orientierenden Verwaltungspraxis der Agin. für 42 Monate "notarnaher" Tätigkeit (3.11.1992 bis 30.4.1996) jeweils 0,15 Sonderpunkte und für 48 Monate (1.5.1996 bis 2.5.2000) je 0,10 Sonderpunkte (Maßgabe 2 f cc) anzurechnen. Dies ergibt insgesamt 11,10 Punkte.

[18] Entgegen der Auffassung der Agin., mit der sie im Übrigen ihr eigenes Bewertungssystem konterkariert, wird der Ast. durch die Berücksichtigung dieser Sonderpunkte gegenüber dem weiteren Beteiligten nicht unangemessen bevorzugt, weil die Anwaltstätigkeit, die zugunsten des Ast. bereits entspre-

chend Maßgabe 2 b berücksichtigt wurde, doppelt gewertet würde. Die nach der Maßgabe 2 b für die bloße Anwaltstätigkeit – selbst wenn diese keinen "notarnahen" Bezug aufweist – anzurechnenden Punkte honorieren lediglich die für die künftige notarielle Tätigkeit nützlichen allgemeinen Kenntnisse der Praxis der Rechtsbesorgung und ihrer organisatorischen Bewältigung, die Sicherheit des Bewerbers im Umgang mit dem rechtsuchenden Publikum sowie das durch Erfahrung gewonnene Verständnis für dessen Anliegen (vgl. Regierungsbegründung des Entwurfs des Zweiten Gesetzes zur Änderung der BNotO, BT-Drucks. 11/6007, 10; Senatsbeschl. v. 22.11.2004 – NotZ 16/04 - NJW 2005, 212, 214, m.w.N.). Die für "notarnahe" anwaltliche Tätigkeiten entsprechend der Maßgabe 2 f cc zu vergebenden Sonderpunkte berücksichtigen hingegen die über diese allgemeinen Erkenntnisse hinausgehenden besonderen Erfahrungen, die der Bewerber bei der Bearbeitung notarspezifischer Rechtsmaterien gewonnen hat. Da beide Maßgaben unterschiedliche Qualifikationen würdigen, besteht keine unzulässige Doppelwertung, wenn dem Ast. neben den nach Maßgabe 2 b anzurechnenden Punkten zusätzlich Sonderpunkte wegen "notarnaher" Tätigkeit gewährt werden.

[19] Allerdings ist bei einem Vergleich des Ast. mit dem weiteren Beteiligten zu berücksichtigen, dass auch diesem über die für die Zeit v. 3.8.1992 bis zum 31.12.1995 zugebilligten 8,2 Sonderpunkte für die Tätigkeit beim Landratsamt hinaus Sonderpunkte für "notarnahe" Anwaltstätigkeiten zustehen. Dieser hat von Anfang 1996 bis zum 2.5.2000 über 50 v.H. seiner Anwaltstätigkeit in "notarnahen" Rechtsgebieten ausgeübt. Damit stehen ihm nach der Verwaltungspraxis der Agin. für 52 Monate je 0,15 zusätzliche Sonderpunkte, zusammen 7,80 Punkte zu. Dies ergibt insgesamt 16,00 Punkte. Allerdings können nach der Maßgabe 2 f cc nur maximal 15 Punkte angerechnet werden.

[20] Hieraus ergibt sich folgende Berechnung der dem Ast. und dem weiteren Beteiligten zustehenden Punkte:

Ast.:

Zweite juristische Staatsprüfung: 6,52 x 5 = Dauer der hauptberuflichen Tätigkeit als RA	32,60 Punkte
90 x 0,25 =	22,50 Punkte
Fortbildungskurse 52 Halbtage x 0,5 =	26,00 Punkte
beurkundete Niederschriften	36,60 Punkte
Sonderpunkte	
a) Erfahrungen bei Notarvertretungen	3,69 Punkte
b) für notarbezogene Anwaltstätigkeit	11,10 Punkte
insgesamt	132,49 Punkte

Dabei bleiben die vom Ast. für Erfahrungen bei Notarvertretungen zusätzlich beanspruchten 0,41 Punkte wegen der mit Schr. v. 1.11.2006 mitgeteilten Vertretungszeiten noch außer Ansatz.

[21] Weiterer Beteiligter:

Zweite juristische Staatsprüfung: 7,13 x 5 =	35,65 Punkte
Dauer der hauptberuflichen Tätigkeit als RA	
116 Monate – 41 Monate (Landratsamt)	
$= 75 \times 0.25 =$	18,75 Punkte
Fortbildungskurse 82 Halbtage x 0,5 =	41,00 Punkte
beurkundete Niederschriften	15,80 Punkte
Sonderpunkte	
a) Erfahrungen bei Notarvertretungen	1,97 Punkte
b) für notarbezogene Anwaltstätigkeit	15,00 Punkte
insgesamt	128,17 Punkte

[22] Damit ergibt sich insgesamt ein rechnerischer Vorsprung des Ast. i.H.v. 4,32 Punkten vor dem weiteren Beteiligten.

[23] 2. Auf sich beruhen kann, ob dem Ast. für die mit Schr. v. 1.11.2006 angeführten Zeiten, in denen er eine Notarin vertreten hat, weitere 0,41 Punkte gutzubringen sind. Bereits sein rechnerischer Vorsprung von 4,32 Punkten ohne Berücksichtigung dieser zusätzlichen Punkte verschafft ihm einen ausschlaggebenden Vorsprung vor dem weiteren Beteiligten.

[24] 3. Die von der Agin. angestellten Erwägungen zu der individuellen Eignungsprognose tragen die Entscheidung, dem weiteren Beteiligten ungeachtet seines rechnerischen Rückstandes gegenüber dem Ast. die zu besetzende Notarstelle zu übertragen, nicht.

[25] a) Zwar hat die Justizverwaltung zur Ausschöpfung ihres Beurteilungsspielraums vor der endgültigen Auswahl zusätzlich zu prüfen, ob für die jeweiligen Bewerber Umstände ersichtlich sind, die in dem Punktebewertungssystem zwar keinen Eingang gefunden haben, die aber unerlässlich zu berücksichtigen sind, um die Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerber zutreffend und vollständig zu erfassen (Senatsbeschl. v. 23.7.2007 – NotZ 2/07 – juris, Rdnr. 27 und v. 24.7.2006 – NotZ 3/06 – NJW-RR 2007, 63, 65, Rdnr. 15 f.). Darüber hinaus ist auch zu fragen, ob die in das Punktesystem aufgenommenen Kriterien und sonst eingeflossenen Gesichtspunkte im jeweiligen Einzelfall angemessen gewichtet sind. Die Justizverwaltung darf jedoch, wenn sie sich grundsätzlich eines Punktesystems bedient, nicht ohne besonderen Grund von der rechnerisch ermittelten Rangfolge durch einen darüber hinausgehenden Individualvergleich der Bewerber abweichen. Denn für eine derartige anlasslose Prüfung fehlt es mangels brauchbarer Beurteilungskriterien an einer tragfähigen Grundlage. Sie könnte daher im Ergebnis nur zu einer willkürlichen Abweichung von der ermittelten Rangfolge führen (Senatsbeschl. v. 23.7.2007 - NotZ 8/07 - ZNotP 2007, 475, 477, Rdnr. 14).

[26] b) Die Erwägungen, die die Agin. im Rahmen der "individuellen Eignungsprognose" zur Rechtfertigung des Vorrangs des weiteren Beteiligten vor dem Ast. angestellt hat, sind gemessen an diesen Maßstäben jedoch nicht tragfähig.

[27] aa) Die individuelle Eignungsprognose in dem angefochtenen Bescheid v. 16.10.2006 rechtfertigt die Vergabe der Notarstelle an den weiteren Beteiligten schon deshalb nicht, weil die Agin. darin unzutreffend vorausgesetzt hat, beide Bewerber lägen punktemäßig praktisch gleichauf.

[28] bb) Aber auch die in der Beschwerdeerwiderung enthaltene Abwägung, der die Agin. den – fast zutreffenden – rechnerischen Unterschied von 3,32 Punkten zugrunde gelegt hat, trägt die Auswahlentscheidung nicht. Zwar mögen die Ausführungen ggf. über eine entsprechende Anwendung von § 114 Satz 2 VwGO noch im gerichtlichen Verfahren zuzulassende Ergänzungen sein, um ein bis dahin bestehendes Ermessensoder Erwägungsdefizit auszugleichen (vgl. Senatsbeschl. v. 23.7.2007 – NotZ 51/06 – juris, Rdnr. 31, m.w.N.). Jedoch enthalten sie rechtsfehlerhafte Erwägungen.

[29] (1) Die Agin. meint, das rechnerische Ergebnis gebe die fachliche Eignung beider Bewerber nicht richtig wieder, weil der Vorsprung des Ast. allein darauf beruhe, dass dem weiteren Beteiligten für die Zeit, in der er als Syndikus beim Landkreis X. beschäftigt gewesen sei, keine Punkte für hauptberufliche Anwaltstätigkeit zugute gekommen seien. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch entgegen der Auffassung der Agin. für die Beurteilung der fachlichen Eignung nicht sachwidrig. Vielmehr hat der weitere Beteiligte während dieses Abschnitts seines Werdegangs die mit der hauptberuflichen Anwaltstätigkeit verbundenen Erfahrungen nicht oder jedenfalls nicht voll-

umfänglich sammeln können (vgl. auch Senatsbeschl. v. 14.7.2003 – NotZ 1/03 – NJW 2003, 2750, 2751). Diese sind aber, wovon die Agin. in ihrer Maßgabe 2 b der Ausschreibung v. 8.4.2005 selbst ausgeht, für die fachliche Eignung eines Notarbewerbers förderlich, weil er hierdurch allgemeine Kenntnisse der Praxis der Rechtsbesorgung und deren organisatorischer Bewältigung gewinnt, im Umgang mit dem rechtsuchenden Publikum sicher wird sowie Verständnis für dessen Anliegen erlangt (siehe 1 c). Soweit der Ast. im Vergleich zu dem weiteren Beteiligten auf längere Erfahrungen als hauptberuflich tätiger RA zurückblicken kann, hat er damit einen ins Gewicht fallenden Eignungsvorteil erlangt, den die Agin. nicht über eine individuelle Eignungsprognose als unerheblich beiseite schieben darf.

[30] (2) Nicht tragfähig ist auch die Erwägung der Agin., der weitere Beteiligte habe im Zeitraum v. 7.9.1990 bis zum 2.5.2000 erheblich "notarnäher" als der Ast. gearbeitet.

[31] Für die Zeit ab dem 3.8.1992 hat dies bereits Eingang in die Bemessung der Sonderpunkte für "notarnahe" berufliche Tätigkeit entsprechend der Maßgabe 2 f cc gefunden. Die Agin. rechnet pro Monat für mindestens 30 v.H. "notarnaher" Tätigkeit 0,1 Punkte, für mindestens 50 v.H. 0,15 Punkte und für mindestens 80 v.H. 0,2 Punkte an. Dementsprechend hat sie dem weiteren Beteiligten für 100 v.H. "notarnaher" Tätigkeit für den Zeitraum v. 3.8.1992 bis zum 31.12.1995 0,2 Sonderpunkte pro Monat und für die Folgezeit bis zum 2.5.2000 monatlich 0,15 Punkte für die über der Hälfte seiner Beschäftigung liegende "notarnahe" Betätigung gutgebracht. Demgegenüber hat sie zugunsten des Ast. für dessen "notarnahe" Anwaltstätigkeit, die v. 3.11.1992 bis zum 30.4.1996 70,62 v.H. und v. 1.5.1996 bis zum 2.5.2000 38,55 v.H. seiner Beschäftigung ausmachte, monatlich nur 0,15 Punkte für den ersten Zeitraum und 0,1 Punkte für den zweiten angerechnet. Damit hat die Agin. dem unterschiedlich hohen Anteil "notarnaher" Tätigkeiten beider Bewerber bereits angemessen Rechnung getragen. Da für eine vom rechnerischen Ergebnis abweichende Individualprognose grundsätzlich nur insoweit Raum ist, als Umstände in Rede stehen, die im Punktesystem noch keine hinreichende Berücksichtigung gefunden haben, durfte die Agin. den unterschiedlichen Umfang der "notarnahen" Berufstätigkeit nicht noch einmal in ihrem Individualvergleich berücksichtigen.

[32] Soweit die Agin. den Zeitraum v. 7.9.1990 bis 2.8.1992 im Rahmen des Individualvergleichs zugunsten des weiteren Beteiligten berücksichtigt, setzt sie sich in Widerspruch zu ihrer Bewertung innerhalb des von ihr angewandten Punktesystems. Sie hält die Angaben des weiteren Beteiligten zu seiner in dieser Zeit ausgeführten "notarnahen" Tätigkeit für nicht hinreichend konkretisiert, um die Vergabe von Sonderpunkten zu rechtfertigen. Ist dies der Fall, kann sie diese Tätigkeit aber auch nicht im Rahmen der Individualabwägung zugunsten des weiteren Beteiligten als ausschlaggebenden Gesichtspunkt berücksichtigen. Die fehlende Konkretisierbarkeit wirkt sich auch auf die Beurteilungsmöglichkeiten bei einer "freien" Eignungsprognose aus. Es lässt sich auch in diesem Rahmen nicht mit der notwendigen Zuverlässigkeit feststellen, inwieweit die Tätigkeit des weiteren Beteiligten diesem gegenüber dem Ast. einen entscheidenden Vorzug verschafft, der es rechtfertigen würde, trotz des beträchtlichen Punktevorsprungs des Ast. von einer besseren fachlichen Eignung des weiteren Beteiligten auszugehen.

[33] 4. Die Sache ist zugunsten des Ast. zur Endentscheidung reif. Neue entscheidungserhebliche Tatsachen sind, nachdem die streitige Besetzung bereits Gegenstand dreier gerichtlicher Verfahren war, nicht mehr zu erwarten. Auch ist nichts dafür ersichtlich, dass die Agin., die sich bereits umfassend und insbesondere unter Berücksichtigung der zutreffend berechneten Eignungspunkte des Ast. und seines Mitbewerbers mit der Sache befasst hat, im Rahmen eines erneuten Individualvergleichs noch zulässige Erwägungen wird anstellen können, die im Ergebnis ein Abweichen von der punktemäßig ermittelten Eignungsbeurteilung beider Kandidaten rechtfertigen könnte.

[34] Da der Senat die Agin. zur Vergabe der begehrten Notarstelle an den Ast. verpflichtet, sind dessen Anträge, die die Berücksichtigung der mit Schr. v. 1.11.2006 mitgeteilten Vertretungszeiten zum Gegenstand haben, überholt und damit nicht mehr zu bescheiden.

Anwaltswechsel nach Erschütterung des Vertrauensverhältnisses

BGB § 140; ZPO § 227, § 341 a, § 345, § 347, § 514, § 539, § 543, § 544, § 551, § 565

Ein Anwaltswechsel nach einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses ist nur dann ein erheblicher Grund für eine Terminsverlegung, wenn die Partei darlegt, dass der Anwalt den Vertrauensverlust verschuldet hat.

BGH, Beschl. v. 3.3.2008 - II ZR 251/06

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Vergütung – Gebühr für die Einreichung einer Schutzschrift nach Rücknahme des Verfügungsantrags

RVG § 2 Abs. 2 Satz 1 Anl. 1 Nr. 3100

Für die gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht eingereichte Schutzschrift mit Sachvortrag erhält der mit der Vertretung im erwarteten Eilverfahren betraute RA die 1,3-fache Gebühr nach Nr. 3100 RVG VV, wenn der Verfügungsantrag bei Gericht eingeht und später wieder zurückgenommen wird.

BGH, Beschl. v. 13.3.2008 – I ZB 20/07

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Qualifizierung der Einkünfte einer freiberuflichen Personengesellschaft in Folge mitunternehmerischer Beteiligung einer Freiberufler-Kapitalgesellschaft

AO § 40, § 41 Abs. 1; BGB § 716; EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 2; GewStG § 2 Abs. 1 Satz 2, § 7; KStG § 8 Abs. 2

- 1. Beteiligt sich eine so genannte Freiberufler-Kapitalgesellschaft mitunternehmerisch an einer Freiberufler-Personengesellschaft, so erzielt die Personengesellschaft insgesamt gewerbliche Einkünfte.
- *2. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Tätigkeit jeder Kapitalgesellschaft als gewerblich zu qualifizieren, verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

BFH, Urt. v. 8.4.2008 - VIII R 73/05

Aus den Gründen:

I. Kl. und Revisionskl. (Kl.) ist eine RA-Sozietät in der Rechtsform einer GbR.

Gesellschafter waren bis zum 31.12.1994 die RAe A., B., C. und D. Mit Wirkung zum 1.1.1995 veräußerten die Gesellschafter A. und B. ihre Gesellschaftsanteile an die X-GmbH und traten sie zugleich ab.

Im Kaufvertrag v. 15.12.1994 stimmten die Gesellschafter C. und D. dem Verkauf und der Abtretung dieser Anteile zu. Die Gesellschafter waren ab dem 1.1.1995 danach wie folgt beteiligt: X-GmbH zu 79 %, C. zu 20 % und D. zu 1 %.

Die Gesellschafter der X-GmbH sollten über eine entsprechende Gewinnbeteiligung an der Kl. einen angemessenen Ausgleich dafür erhalten, dass sie der Kl. die Gelegenheit dazu verschaffte, in größerem Umfang Mandate aus ihrem Mandantenstamm zu übernehmen bzw. zu erwerben.

Die Kl. erklärte für die Streitjahre 1995 bis 1998 Einkünfte aus selbstständiger Arbeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Im Anschluss an eine Außenprüfung erließ der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt - FA -) unter dem 7.8.2000 erstmals Bescheide über den einheitlichen GewSt.-Messbetrag für diese Jahre. In der Folgezeit gab die Kl. für die Jahre 1999 bis 2001 GewSt.-Erklärungen ab, denen das FA u.a. mit GewSt.-Messbescheid für 1999 v. 12.2.2001 folgte.

Gleichwohl legte die Kl. gegen die GewSt-Messbescheide für die Streitjahre 1995 bis 1999 Einspruch ein und erhob nach deren Zurückweisung (Einspruchsentscheidung v. 17.7.2002) Klage, mit der sie u.a. geltend machte, entsprechend dem sog. Klinik-Urteil des BVerfG (Beschl. v. 10.11.1999 – 2 BvR 2861/ 93, BVerfGE 101, 151, BStBl. II 2000, 160), wonach die USt-Pflicht eines Unternehmens nicht allein von dessen Rechtsform abhängig gemacht werden dürfe, könne auch die X-GmbH, deren Gesellschafter bzw. Geschäftsführer ausschließlich RAe und/oder StB seien, nicht allein wegen ihrer Eigenschaft als Kapitalgesellschaft gewerbesteuerpflichtig gem. § 2 Abs. 2 des GewStG sein. Deshalb könne deren Beteiligung auch nicht auf ihre, der Kl., Einkünfte gem. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG abfärben. Die X-GmbH sei zudem nicht mitunternehmerisch beteiligt. Vielmehr handele es sich nur um eine "faktische stille Beteiligung". Sie sei weder als Gesellschafterin im Innen- noch im Außenverhältnis aufgetreten, zumal sie als Steuerberatungsgesellschaft auch keine Rechtsberatung betreiben dürfe. Nach den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen stehe ihr deswegen auch kein Stimmrecht zu. Schließlich sei sie auch nicht in den Gesellschafterversammlungen vertreten gewesen und sie habe ebenso wenig ihre Rechte aus § 233 HGB wahrgenommen. Mithin könne sie auch nicht als "berufsfremde Person" zu einer GewSt.-Pflicht der Kl. führen.

Der Kaufvertrag zwischen den Gesellschaftern A. und B. sowie der X-GmbH sei gem. 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO sowie gegen Art. 1 § 1 i.V.m. § 3 Nr. 2 RBerG nichtig. Mangels wirksamer Beteiligung der X-GmbH an der GbR sei diese somit niemals Mitunternehmerin geworden.

Das FG wies die Klage mit in Entscheidungen der FG (EFG) 2005, 1373 veröffentlichtem Urteil als unbegründet ab.

Mit der – vom FG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen – Revision rügt die Kl. die Verletzung materiellen Rechts.

Die Kl. beantragt, das Urteil des FG ... sowie die GewSt.-Messbescheide für 1995 bis 1999 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung v. 17.7.2002 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen

II. Die Revision ist unbegründet und war zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

Das FG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die von der Kl. erzielten Einkünfte als gewerbliche qualifiziert und im Ergebnis zutreffend weder die Zuordnung der von Freiberufler-Kapitalgesellschaften erzielten Einkünfte als gewerbliche noch die sog. Abfärberegelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG als verfassungswidrig beurteilt.

1. Eine Personengesellschaft entfaltet nur dann eine Tätigkeit, die die Ausübung eines freien Berufes i.S.v. § 18 EStG darstellt, wenn sämtliche Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufes erfüllen (Urt. des BFH v. 4.7.2007 - VIII R 77/05, BFH/NV 2008, 53; v. 15.5.1997 - IV R 33/95, BFH/NV 1997, 751, m.w.N.; v. 11.6.1985 - VIII R 254/80, BFHE 144, 62, BStBI. II 1985, 584), denn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Freiberuflichkeit können nicht von der Personengesellschaft selbst, sondern nur von den natürlichen Personen erfüllt werden. Für eine selbstständige Arbeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist die persönliche Berufsqualifikation und eine berufsbezogene Tätigkeit des Steuerpflichtigen prägend. Um die Merkmale eines freien Berufes zu erfüllen, müssen die Gesellschafter zumindest in ihrem Bereich leitend und eigenverantwortlich tätig sein (BFH-Urt. v. 23.11.2000 – IV R 48/99, BFHE 193, 482, BStBl. II 2001, 241; in BFH/NV 2008, 53).

Insbesondere reichen eine rein kapitalmäßige Beteiligung und die bloße Beschaffung von Aufträgen nicht aus (vgl. auch Verfügung der Oberfinanzdirektion – OFD - Hannover v. 1.7.2007 – G 1401-24-StO 252, ESt-Kartei Niedersachsen, § 18 EStG Nr. 15).

Abfärbewirkung

Übt ein Gesellschafter keinen freien Beruf aus, so gilt nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1

Satz 1 Nr. 2 EStG die gesamte, mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit der Personengesellschaft als Gewerbebetrieb. Der gem. § 18 Abs. 4 Satz 2 EStG nur entsprechend anwendbare § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG muss personenbezogen (subjektiv) ausgelegt werden, weil im Rahmen des § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG die persönliche Arbeitsleistung des Berufsträgers entscheidend und der Kapitaleinsatz nur von untergeordneter Bedeutung ist.

Erfüllt auch nur einer der Gesellschafter diese Voraussetzungen nicht, so erzielen alle Gesellschafter Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG. Eine Aufteilung der Einkünfte in freiberufliche und – für den Berufsfremden – in solche aus Gewerbebetrieb scheidet aus (vgl. BFH-Urt. in BFH/NV 2008, 53; v. 5.10.1989 – IV R 120/87, BFH/NV 1991, 319; v. 9.10.1986 – IV R 235/84, BFHE 148, 42, BStBl. II 1987, 124, und in BFHE 144, 62, BStBl. II 1985, 584; ferner in BFH/NV 1997, 751; in BFHE 193, 482, BStBl. II 2001, 241; BFH-Beschl. v. 3.12.2003 – IV B 192/03, BFHE 204, 290, BStBl. II 2004, 303; *Stuhrmann*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 18 Rdnr. E 10, A 124 und 126; *Schmidt/Wacker*, EStG, 26. Aufl., § 15 Rdnr. 185).

Der Beteiligung eines Berufsfremden gleichgestellt ist die mitunternehmerische Beteiligung einer Kapitalgesellschaft, und zwar unabhängig von der Qualifikation der anderen Gesellschafter und ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG (vgl. BFH-Beschl. in BFHE 204, 290, BStBl. II 2004, 303; dazu Nichtannahmebeschl. des BVerfG v. 19.4.2004 – 1 BvR 549/04).

Eine GmbH erzielt in vollem Umfang Einkünfte aus Gewerbebetrieb (vgl. § 8 Abs. 2 KStG).

Sie kann keine freiberuflichen Einkünfte beziehen, selbst wenn sie durch ihre Organe, insbesondere durch ihre(n) Geschäftsführer, der Art nach ausschließlich freiberuflich tätig ist und

sowohl diese als auch sämtliche Gesellschafter die persönliche Qualifikation für eine freiberufliche Tätigkeit besitzen.

Eine GmbH ist deshalb einkommensteuer- und gewerbesteuerrechtlich bei der Qualifikation der Tätigkeit einer Per-

GmbH = "berufsfremde Person"

sonengesellschaft als "berufsfremde Person" zu werten.

Es ist unzulässig, bei der Besteuerung der GmbH als solcher durch sie hindurch zu greifen. Ebenso scheidet ein derartiger Durchgriff bei der Beurteilung der Tätigkeit einer Personengesellschaft aus, an der eine GmbH mitunternehmerisch beteiligt ist (vgl. BFH-Urt. v. 27.3.2007 – VIII R 64/05, BFHE 217, 497, BStBl. II 2007, 639; v. 27.3.2007 – VIII R 28/04, BFHE 217, 460, BStBl. II 2007, 699; v. 19.12.2007 – VIII R 13/05, BFH/NV 2008, 669, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt; v. 18.3.2004 – III R 25/02, BFHE 205, 470, BStBl. II 2004, 787; v. 1.8.1996 – VIII R 12/94, BFHE 181, 423, BStBl. II 1997, 272; v. 17.1.1980 – IV R 115/76, BFHE 130, 58, BStBl. II 1980, 336; BFH-Beschl. v. 9.4.1987 – VIII B 94/86, BFH/NV 1987, 509; ferner Beschl. des BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164, Rdnr. 115).

Da die X-GmbH selbst gewerblich und nicht freiberuflich tätig war (vgl. § 8 Abs. 2 KStG; Frotscher in Frotscher/Maas, KStG/UmwStG, Freiburg 1978 ff., § 8 Rdnr. 51; ferner Korn in Korn, § 18 EStG Rdnr. 7), ist auch die Kl. somit insgesamt gewerbesteuerpflichtig geworden.

Mitunternehmerstellung

2. Voraussetzung der Abfärbewirkung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 EStG ist jedoch, dass der Berufs-

fremde ebenfalls die Stellung eines Mitunternehmers innehat (vgl. BFH-Urt. v. 12.12.2001 – XI R 56/00, BFHE 197, 442, BStBl. II 2002, 202; in BFHE 193, 482, BStBl. II 2001, 241; in BFH/NV 1997, 751; in BFHE 148, 42, BStBl. II 1987, 124). Das ist hier der Fall.

a) Nach st. Rspr. des BFH ist nicht jeder zivilrechtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft auch Mitunternehmer i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Mitunternehmer ist er vielmehr nur dann, wenn er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen (oder einer wirtschaftlich vergleichbaren) Stellung Mitunternehmerinitiative ausüben kann und ein Mitunternehmerrisiko trägt.

Mitunternehmerrisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens. Im Regelfall wird dieses Risiko durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens, einschließlich eines Geschäftswertes, vermittelt.

Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen. Ausreichend ist indes bereits die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die z.B. den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nach § 716 Abs. 1 BGB entsprechen. Da der gesetzlich nicht näher erläuterte Begriff des Mitunternehmers einer abschließenden Definition nicht zugänglich ist, können die Merkmale der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein, sog. Typusbegriff (BFH-Urt. in BFHE 181, 423, BStBl. II 1997, 272, 275). Deshalb kann z.B. ein geringeres Initiativrecht durch ein besonders stark ausgeprägtes Mitunternehmerrisiko ausgeglichen werden. Allerdings müssen beide Merkmale vorliegen. Ob das zutrifft, ist unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen (BFH-Urt. v. 25.4.2006 – VIII R 74/03, BFHE 213, 358, BStBl. II 2006, 595; v. 17.5.2006 – VIII R 21/04, BFH/NV 2006, 1839, jeweils m.w.N.; ferner BFH-Urt. v. 10.5.2007 – IV R 2/05, BStBl. II 2007, 927, zur Beteiligung einer Genossenschaft im Rahmen einer stillen [Innen-]Gesellschaft).

Die Kriterien für die Annahme einer freiberuflichen Mitunternehmerschaft unterscheiden sich nicht von einer gewerblichen Mitunternehmerschaft (vgl. BFH-Urt. in BFH/NV 1991, 319; in BFHE 148, 42, BStBl. II 1987, 124; *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 18 Rdnr. 42; *Schoor*, Steuerliche Betriebsprüfung 2000, 225 und 530).

Ebenso wenig muss die Gesellschaft nach außen hin als solche auftreten. Es reicht, dass zwischen den Beteiligten eine Innengesellschaft besteht. Auch insoweit bestehen hinsichtlich der Beurteilung der Mitunternehmerkriterien grundsätzlich keine Besonderheiten (vgl. BFH-Urt. in BFHE 148, 42, BStBl II 1987, 124).

Auch wenn eine partnerschaftliche Zusammenarbeit nicht vorgenommen wird, so reichen i.d.R. zur Annahme einer Mitunternehmerinitiative bereits die bloßen Kontrollbefugnisse nach § 716 Abs. 1 BGB aus, insbesondere bei einem stark ausgeprägten Mitunternehmerrisiko (vgl. BFH-Urt. in BFHE 181, 423, BStBl. II 1997, 272; in BFH/NV 1991, 319; in BFHE 148, 42, BStBl. II 1987, 124; v. 19.2.1981 – IV R 152/76, BFHE 133, 180, BStBl. II 1981, 602; Beschl. des Großen Senats des BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, 751, 769).

b) Die Mitunternehmerstellung der X-GmbH kann allerdings nicht bereits aufgrund der entsprechenden gesonderten Feststellung im Rahmen der bestandskräftig gewordenen einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungsbescheide für die Streitjahre angenommen werden.

Bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages ist der Gewerbeertrag nach § 7 GewStG eigenständig und ohne Bindung an den Einkünftefeststellungsbescheid zu ermitteln (vgl. BFH-Urt. v. 20.4.2006 – III R 1/05, BFHE 214, 31, BStBl. II 2007, 375; v. 17.12.2003 – XI R 83/00, BFHE 205, 390, BStBl. II 2004, 699; v. 21.9.2000 – IV R 50/99, BFHE 193, 292, BStBl. II 2001, 299; v. 11.12.1997 – III R 14/96, BFHE 185, 177, BStBl. II 1999, 401).

- c) Das FG ist, wie sich aus seiner Gesamtwürdigung ergibt, indes zu Recht nicht von einer bloßen Innengesellschaft, sondern von einer im Rahmen einer Außengesellschaft bestehenden Mitunternehmerstellung der X-GmbH ausgegangen.
- d) Nach den mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen nicht angegriffenen, auf vertretbaren Erwägungen beruhenden Feststellungen des FG, die den BFH gem. § 118 Abs. 2 FGO binden (vgl. dazu z.B. BFH-Urt. v. 27.3.2007 VIII R 62/05, BFHE 217, 491, m.w.N. zur st. Rspr.), ist die X-GmbH ausweislich des Kaufvertrags v. 15.12.1994 durch den Erwerb sowie die gleichzeitige Abtretung der Mitunternehmeranteile von den vormaligen Gesellschaftern A. und B. uneingeschränkt in deren Rechtsstellung eingetreten, und zwar insbesondere auch in deren Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an dem Haftungsrisiko.

Zu Recht hat es das FG als unerheblich angesehen, ob die X-GmbH von den ihr nach § 716 BGB zustehenden Kon-

Kontroll- und Informationsrechte

troll- und Informationsrechten tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Gleiches gilt hinsichtlich der von der Kl. behaupteten

unterlassenen Inanspruchnahme der der X-GmbH als eingetretener Gesellschafterin zustehenden Stimmrechte. Denn es genügt die bloße Möglichkeit zur Ausübung von Rechten, die den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die einem Kommanditisten nach dem HGB zustehen oder die den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nach § 716 Abs. 1 BGB entsprechen (BFH-Urt. v. 4.11.1997 – VIII R 18/95, BFHE 185, 153, BStBl. II 1999, 384).

Zwar ist ein Ausschluss des Stimmrechts, soweit nicht in die Gesellschafterstellung eingegriffen wird, zivilrechtlich zulässig (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 705 Rdnr. 2 und 16; Vor § 709 Rdnr. 12; Urt. des BGH v. 14.5.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 336) und auch steuerrechtlich bei einer Komplementär-GmbH als zulässig angesehen worden (vgl. BFH-Urt. in BFHE 181, 423, BStBl. II 1997, 272). Allerdings hat der BFH im Urt. v. 11.10.1988 - VIII R 328/83 (BFHE 155, 514, BStBI. II 1989, 762) die Mitunternehmerstellung eines Kommanditisten verneint, wenn dieser in der Gesellschafterversammlung nicht mitstimmen darf und auch sein Widerspruchsrecht nach § 164 HGB abbedungen ist. In Abgrenzung dazu hat der BFH im Urt. v. 7.11.2000 - VIII R 16/97 (BFHE 193, 542, BStBl. II 2001, 186) die Mitunternehmerstellung minderjähriger Kinder bejaht, weil ihnen jedenfalls in allen wesentlichen Fragen der Gesellschaft ein Stimmrecht bzw. Widerspruchsrecht verblieben war; ferner zur begrenzten Abdingbarkeit von Rechten eines Kommanditisten BFH-Urt. v. 27.1.1994 - IV R 114/91 (BFHE 174, 219, BStBl. II 1994, 635).

Einen gesellschaftsvertraglichen Ausschluss des Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechts zu Lasten der X-GmbH hat das FG indes nicht festgestellt. Insoweit hat die Kl. auch keine Verfahrensrügen erhoben.

e) Aus dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, 751 kann hinsichtlich der ertragsteuerlichen Auswirkungen einer mitunternehmerischen Beteiligung einer Kapitalgesellschaft als Berufsfremder an einer isoliert betrachtet freiberuflich tätigen Personengesellschaft keine von der bisherigen Rspr. abweichende Einkünftequalifizierung hergeleitet werden. Der Große Senat hat hinsichtlich der Frage, ob eine Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreibt, allein auf deren Tätigkeit, wie sie sich in der gemeinschaftlichen Betätigung ihrer Gesellschafter widerspiegelt, abgestellt (ferner Beschl. des Großen Senats des BFH v. 3.7.1995 - GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617, 621; v. 11.4.2005 - GrS 2/02, BFHE 209, 399, BStBl. II 2005, 679, zur sog. Zebragesellschaft, wonach grundsätzlich für die einkommensteuerrechtliche Qualifizierung der Einkünfte der Gesellschafter einer Personengesellschaft maßgeblich ist, welche Einkunftsart durch die Tätigkeit der Gesellschaft, d.h. der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, verwirklicht wird; ferner BFH-Urt. v. 26.11.1996 - VIII R 42/94, BFHE 182, 101, BStBl. II 1998, 328). Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, dass ein mitunternehmerisch beteiligter berufsfremder Gesellschafter die Art der Leistungen einer freiberuflichen Personengesellschaft gleichermaßen nicht ändere, weil die Personengesellschaft trotz berufsfremder eteiligung am Markt nur freiberufliche Leistungen erbringe (dazu Nachweise bei Stuhrmann, a.a.O., § 18 Rdnr. A 125 Fn. 18), so dass die Gesellschaft unverändert freiberufliche Einkünfte erziele und erst bei dem beruflich nicht entsprechend qualifizierten Mitgesellschafter eine Umqualifizierung in gewerbliche Einkünfte erfolgen dürfe. Die Annahme, dass die Beteiligung eines Berufsfremden die Gewerblichkeit der Einkünfte der Personengesellschaft selbst indiziert, ist sachgerecht; denn – wie ausgeführt – wird in einem solchen Fall die von der Personengesellschaft entfaltete Tätigkeit nicht mehr von der individuellen persönlichen und als freiberuflich zu qualifizierenden Tätigkeit aller Gesellschafter geprägt, sondern beruht auf unternehmerischen Grundsätzen (zutreffend *Stuhrmann*, a.a.O., § 18 Rdnr. A 126, m.w.N. in Fn. 20; ferner *Korn* in *Korn*, § 18 EStG Rdnr. 7).

§§ 40, 41 AO

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Eintritt der X-GmbH in die Kl. als RA-Sozie-

tät standes- oder gesetzwidrig war; denn die steuerrechtliche Beurteilung der Einkünfte der Sozietät richtet sich insoweit nach den §§ 40, 41 Abs. 1 AO.

a) Nach § 40 AO ist es unerheblich, ob ein Verhalten, welches den Tatbestand eines Steuergesetzes ganz oder zum Teil erfüllt, gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt. Ist ein Rechtsgeschäft unwirksam, so ist dies für die Besteuerung unerheblich, soweit und solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis dieses Rechtsgeschäftes gleichwohl eintreten und bestehen lassen (§ 41 Abs. 1 AO; vgl. BFH-Urt. v. 28.2.2002 – V R 19/01, BFHE 198, 220, BStBl. II 2003, 950; in BFHE 197, 442, BStBl. II 2002, 202; v. 7.11.1989 – VII R 115/87, BFHE 159, 238, BStBl. II 1990, 251; Beschl. des Großen Senats des BFH v. 28.11.1977 – GrS 2-3/77, BFHE 124, 43, BStBl. II 1978, 105; Beschl. des BVerfG v. 12.4.1996 – 2 BvL 18/93, NJW 1996, 2086, wonach § 40 AO als Klarstellung einer sich aus dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ergebenden Rechtsfolge verfassungsmäßig ist).

b) Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des FG ist die X-GmbH uneingeschränkt in die Gesellschafterstellung der ausgeschiedenen Gesellschafter A. und B. eingetreten und hat nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich an den Gewinn- bzw. Verlustzuweisungen teilgenommen und auch das Haftungsrisiko mitgetragen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten dieses wirtschaftliche Ergebnis der Beteiligung der X-GmbH nicht hätten gelten bzw. bestehen lassen wollen, hat das FG nicht festgestellt (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 AO; BFH-Urt. v. 14.6.2005 – VIII R 47/03, BFH/NV 2005, 2181; v. 13.5.1998 – VIII R 81/96, BFH/NV 1999, 355; BFH-Beschl. v. 3.3.1998 – VIII B 62/97, BFHE 185, 131, BStBl. II 1998, 401).

Im Gegenteil hat die Kl. im Rahmen der jährlichen Gewinnverteilung bei der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der X-GmbH jeweils die ihr zustehenden Gewinnanteile zugerechnet. Wäre sie von einer lediglich typisch stillen Beteiligung ausgegangen, so hätte sie keinen Gewinnanteil zugerechnet, sondern in Höhe der Gewinnquote der X-GmbH im Rahmen der Gewinnermittlung diesen Gewinnanteil jeweils als Betriebsausgaben abgezogen (vgl. Dötsch, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. F 33).

4. Der Senat teilt nicht die verfassungsrechtlichen Bedenken des FG und die von der Kl. ebenfalls vorgetragenen Zwei-

Abfärberegelung ist verfassungsgemäß

fel an der Verfassungsmäßigkeit der GewSt. und der Abfärberegelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG, und sieht angesichts der gefestigten höchstrichterlichen, verfassungsgerichtlich bestätigten und von der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum geteilten Rspr. eine erneute grundsätzliche Überprüfung nicht als geboten an. Es kann dahingestellt bleiben, ob für die Geltendmachung dieser Einwendungen überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, weil die angefochtenen Gewerbesteuermessbescheide insgesamt "im Hinblick auf die anhängigen Verfahren vor dem BVerfG" nach § 165 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO

vorläufig ergangen sind (dazu BFH-Beschl. v. 22.3.1996 – III B 173/95, BFHE 180, 217, BStBl. II 1996, 506; BFH-Urt. v. 16.2.2005 – VI R 37/01, BFH/NV 2005, 1323, st. Rspr.).

a) Der BFH hat mehrfach entschieden, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, die Tätigkeit jeder Kapitalgesellschaft als gewerblich zu qualifizieren, nicht gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verstößt (vgl. BFH-Beschl. in BFHE 204, 290, BStBl. II 2004, 303, m.w.N.; dazu Nichtannahmebeschl. des BVerfG v. 19.4.2004 – 1 BvR 549/04, nicht veröffentlicht).

Insbesondere ist aus dem zur Rechtsformneutralität im USt-Recht ergangenen Beschl. des BVerfG in BVerfGE 101, 151, BStBl. II 2000, 160 nicht zugleich die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der GewSt.-Pflicht kraft Rechtsform zu folgern; denn USt. einerseits und GewSt. andererseits unterscheiden sich vom System her grundlegend.

In gleicher Weise hat der BFH einen Verfassungsverstoß durch die Erfassung eines Personenzusammenschlusses als gewerbliche Mitunternehmerschaft verneint, wenn an diesen neben freiberuflich tätigen Mitunternehmern auch eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Auch insoweit können die vom BVerfG zur USt. gemachten gegenteiligen Erwägungen nicht auf die ESt. und GewSt. übertragen werden (so bereits BFH-Urt. v. 29.11.2001 – IV R 65/00, BFHE 197, 228, BStBl. II 2002, 149; v. 19.9.2002 – IV R 45/00, BFHE 200, 317, BStBl. II 2003, 21; eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschl. v. 9.7.2003 – 1 BvR 2317/02 nicht zur Entscheidung angenommen).

Der I. Senat des BFH hat sich der Rechtsauffassung des IV. Senats des BFH im Beschl. v. 6.5.2004 – I B 36/04 (juris) ausdrücklich angeschlossen.

In dem zu § 32c EStG a.F. ergangenen Beschl. des BVerfG in BVerfGE 116, 164, betont das BVerfG, Art. 3 Abs. 1 GG enthalte kein allgemeines Verfassungsgebot der Rechtsformneutralität; denn es liege die rechtsformorientierte Sicht näher, bei der die Kapitalgesellschaft als rechtlich selbstständige und als juristische Person losgelöst von den dahinterstehenden Personen (Anteilseignern) arbeite. Entscheidend sei, ob es einen hinreichenden sachlichen Grund für die unterschiedliche steuerliche Behandlung unternehmerischer Tätigkeit gebe.

Diesen Grund liefere die Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern. Das Steuerrecht nehme bei der Bestimmung verschiedener Zurechnungssubjekte steuerlicher Leistungsfähigkeit verfassungsrechtlich bedenkenfrei die zivilrechtlichen Grundentscheidungen auf. Der Aussage des BVerfG in BVerfGE 101, 151, 155, BStBl. II 2000, 160 zum fehlenden Differenzierungsgrund bzgl. einer USt.-Befreiung liege keine allgemeine verfassungsrechtliche Aussage zu einer rechtsformneutralen Besteuerung zugrunde. Da die USt. darauf angelegt sei, auf die Verbraucher überwälzt zu werden, mithin Steuerbefreiungen folgerichtig auf die Entlastung der Verbraucher abzielten, könne es nach der umsatzsteuerlichen Grundentscheidung nicht auf unterschiedliche Rechtsformen der leistenden Unternehmer ankommen.

Diese Aussagen berührten die Ausgestaltung der direkten Steuern auf Einkommen und Gewerbeertrag nur insoweit, als auch hier entsprechend den Anforderungen an die folgerichtige Umsetzung die Belastungsgrundentscheidungen zu beachten seien. Diese folgerichtige und verfassungsrechtlich unbedenkliche Umsetzung bejaht das BVerfG ausdrücklich.

Gewerbesteuerliche Belastung selbstständiger Tätigkeiten verfassungsgemäß

b) Ebenso wenig begegnet die gewerbesteuerliche Belastung bestimmter selbstständiger Tätigkeiten verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Nichtannahmebeschl. des BVerfG v.

14.2.2001 – 2 BvR 460/93, Höchstrichterliche Finanzrspr. – HFR-2001, 496). Darin macht das BVerfG deutlich, dass die seinerzeitige Entscheidung des BVerfG v. 25.10.1977 – 1 BvR 15/75 (BVerfGE 46, 224, 233, 239) zur Verfassungskonformität der GewSt. die mit Bindungswirkung nach § 31 des Gesetzes über das BVerfG (BVerfGG) getroffene Feststellung der Verfassungsmäßigkeit der gewerbesteuerlichen Belastung bestimmter selbstständiger Tätigkeiten nicht lediglich auf die seinerzeit betroffenen früheren Streitjahre beschränkt habe.

c) Ebenso wenig haben BFH und BVerfG die Abfärberegelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG verfassungsrechtlich beanstandet (vgl. BFH-Urt. v. 13.11.1997 – IV R 67/96, BFHE 184, 512, BStBl. II 1998, 254, Nichtannahmebeschl. des BVerfG v. 26.10.2004 – 2 BvR 246/98, HFR 2005, 56; ferner BFH-Urt. v. 19.2.1998 – IV R 11/97, BFHE 186, 37, BStBl. II 1998, 603; v. 24.11.1998 – VIII R 61/97, BFHE 187, 297, BStBl. II 1999, 483; BFH-Beschl. v. 3.8.1999 – VIII B 79/98, BFH/NV 2000, 222, wo jeweils auch eine Aussetzungspflicht der Gerichte gem. § 74 FGO verneint wird; ferner BFH-Beschl. v. 5.12.2006 – XI B 137/05, BFH/NV 2007, 452; BFH-Urt. v. 17.1.2007 – XI R 19/05, BFH/NV 2007, 1315, m.w.N.; v. 29.11.2001 – IV R 91/99, BFHE 197, 400, BStBl. II 2002, 221, m.w.N.; ferner BFH-Beschl. v. 2.9.1999 – IV B 135/98, BFH/NV 2000, 312).

d) Schließlich haben sowohl der BFH als auch das BVerfG die Erhebung der GewSt neben der ESt. in st. Rspr. verfassungsrechtlich nicht beanstandet (vgl. Beschl. des BVerfG in BVerfGE 116, 164; ferner auch BFH-Urt. v. 11.11.11997 – VIII R 49/95, BFHE 185, 46, BStBI. II 1998, 272, m.w.N.; BFH-Beschl. v. 26.11.1998 – IV B 150/97, BFH/NV 1999, 657; in BFH/NV 2000, 222; v. 15.3.2005 – IV B 91/04, BFHE 209, 128, BStBI. II 2005, 647, dazu Anm. von *Fischer* in juris PR-Steuer R 29/2005, Anm. 3; v. 5.4.2005 – IV B 89/03, BFH/NV 2005, 1865; sowie nochmals grundlegend BFH-Urt. v. 18.9.2003 – X R 2/00, BFHE 203, 263, BStBI. II 2004, 17, m.umf.N.).

Redaktioneller Hinweis:

Mit Beschluss vom 9.11.2006 (BRAK-Mitt. 2007, 37) hat das OLG Karlsruhe der Klage einer Rechtsanwaltskammer stattgegeben, die eine deutsche Großbank wegen unlauteren Wettbewerbs in Form eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz auf Unterlassung in Anspruch genommen hatte. Das OLG Karlsruhe entschied unter anderem, dass es sich bei der Beratung über inhaltliche Fragen der Testamentserrichtung, der Erstellung und Überarbeitung von Testamentsentwürfen und der Erstellung von Satzungen für Stiftungen im Hinblick auf den Erbfall nicht um die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange, sondern um Rechtsbesorgungen im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG handelt.

Mit Beschluss vom 24.4.2008 – I ZR 198/06 – hat der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde der Bank nicht angenommen. Damit ist das Urteil des OLG Karlsruhe rechtskräftig geworden.

Fortsetzung von Seite VIII

Dienstag, 23.9.2008

Abreise

Renaissance Hotel Tagungsort/Unter- 121 Havarkon Street Tel Aviv 63453 bringung

> Israel Telefon:

0 09 72-3-5 21 55 55 Fax: 0 09 72-3-5 21 55 88

Anfragen DIJV Geschäftsführung Erika Hocks in

Deutsch-Marcobrunnerstraße 15 land 65197 Wiesbaden

Tel·

00 49-6 11-4 11 44 96

E-Mail:

DIJV.EH@t-online.de

Anfragen Dan Assan in Israel

Rechtsanwalt und Notar 14 Nachmani Street

Tel Aviv 65794 Telefon:

0 09 72-3-5 66 50 07

E-Mail:

danassan@netvision.net.il

Tagungs-Deutsch und Hebräisch sprachen (Simultanübersetzung)

Änderungen, die aus organisatorischen Gründen erforderlich werden, bleiben vorbehalten.

IBA-Konferenz vom 12. bis 17. Oktober 2008 in **Buenos Aires, Argentinien**

Anwälte aus aller Welt werden zum diesjährigen IBA-Jahreskongress vom 12. bis 17.10. in Buenos Aires erwartet. Weitere Informationen im Internet unter

http://www.ibanet.org/conferences/ BA2008/index.cfm.

Vermischtes

Veranstaltungsbericht **Kostenrechtliches Symposium** der Sozialgerichtsbarkeit **NRW**

Auf Einladung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen fand am 11.6.2008 in Essen erstmalig ein kostenrechtliches Symposium zu Fragen der Vergütung von Rechtsanwälten im sozialgerichtlichen Verfahren statt. Rund 200 Anwälte, Richter und Kostenbeamte nahmen die Gelegenheit wahr, um über die Kostenpraxis und die sozialgerichtliche Rechtsprechung zur Anwaltsvergütung ins Gespräch zu kommen.

In seinen Grußworten wies Dr. Jürgen Brand, Präsident des Landessozialgerichts und Richter des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, darauf hin, dass das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) seit seinem Inkrafttreten zum 1.7.2004 viele Zweifelsfragen aufgeworfen und zu einer Fülle von Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit geführt habe. Manche dieser Entscheidungen seien in der Anwaltschaft auf Kritik und auch auf Unverständnis gestoßen. Ein intensiver Gedankenaustausch zwischen Anwaltschaft, Richtern und Kostenbeamten könne das gegenseitige Verständnis fördern, Missverständnisse ausräumen und die Zusammenarbeit in Kostenfragen verbesRechtsanwalt Bernd Meisterernst aus Münster stellte in einem ersten Vortrag die sozialgerichtliche Rechtsprechung und Kostenpraxis zum RVG aus Sicht der Anwaltschaft dar. Er betonte, dass Anwaltskanzleien - wie jeder andere Dienstleister - darauf angewiesen seien, für ihre Arbeitsleistung ausreichend honoriert zu werden. Dies sei derzeit nicht der Fall. Meisterernst rechnete vor, dass bei einem erstinstanzlichen Verfahren vor dem Sozialgericht schon die Mittelgebühr nicht ausreiche, um den Aufwand des Anwalts bei durchschnittlichem Stundensatz und üblicher Dauer eines Verfahrens abzudecken. Im Vergleich könnten bei einem zivilrechtlichen Verfahren vor dem Amtsgericht bereits bei einem Streitwert von 3.000 Euro höhere Gebühren als im sozialgerichtlichen Verfahren erzielt werden. Hinzu komme. dass der Anwalt in einem Zivilverfahren zeitlich aber nur etwa halb so viel beansprucht werde. Da die Fachanwaltschaft die mangelnde Honorierung im Sozialrechtsstreit nicht über nachlassende Qualität der Arbeit ausgleichen wolle, würden Vergütungsvereinbarungen mit den Mandanten geschlossen. Das führe zum – nicht zufriedenstellenden – Ergebnis, dass der Mandant selbst in einem gewonnenen Rechtsstreit noch zahlen müsse. Im Zuge zunehmender Spezialisierung sei es den Fachanwälten für Sozialrecht nicht mehr möglich, die mangelnde Honorierung der Mandate in diesem Fachgebiet durch andere Mandate querzusubventionieren. Die diesbezüglich noch vom LSG Sachsen in einer Entscheidung Anfang 2008 vertretene "Sonderopfertheorie" gehe fehl. Unzutreffend seien auch Erwägungen des LSG Schleswig-Holstein, nach denen die Gebühren für die anwaltliche Tätigkeit im



Digta»

IHR GUTES RECHT AUF MEHR EFFIZIENZ

>> Das neue Diktiergerät Digta 420

Hier kommt der neue Maßstab für digitales Diktieren.

Wer Fakten mit absoluter Präzision zur Sprache bringt, braucht mehr als irgendein Diktiergerät. Erleben Sie digitale Hochleistungs-Werkzeuge für den souveränen Vorsprung: Mit überzeugenden Bedienkomfort und einer technischen Ausstattung, die keine Wünsche offen lässt. Zum Beispiel einem neuen Konzept zur sicheren Verschlüsselung Ihrer Daten.

Sie möchten den Workflow in Ihrer Kanzlei noch weiter optimieren? Mit dem neuen Digta 420 haben Sie es in der Hand.

Telefon: 0911-47 58-1 www.grundig-gbs.com Sozialrecht niedriger bemessen werden müssten, weil die Amtsermittlung dem Anwalt Arbeit abnehme oder weil die Auswertung von ärztlichen Berichten dem Sozialrecht immanent sei. Gerade Letzteres erhöhe vielmehr die Schwierigkeit der Prozessführung. Auch die Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Bedeutung eines Klagebegehrens stoße auf Bedenken. Hier werde der Hintergrund des Klageverfahrens für die Mandanten oftmals nicht ausreichend gewürdigt. Ebenso problematisch sei die Auslegung des Begriffs der Mitwirkung des Anwalts bei einer vergleichsweisen Erledigung des Rechtsstreits und die Versagung der vollen Terminsgebühr in Fällen der Erledigung des Rechtsstreits ohne mündliche Verhandlung. Als Fazit äußerte Meisterernst die dringende Bitte an die Sozialgerichtsbarkeit, das anwaltliche Gebühreninteresse bei der Auslegung des RVG in die Kostenentscheidungen einfließen zu lassen und entsprechend angemessene Gebühren festzusetzen.

Anschließend stellte Richterin am Landessozialgericht *Elisabeth Straßfeld* die sozialgerichtliche Rechtsprechung und Kostenpraxis zum RVG aus Sicht der Richterschaft dar. Sie wies darauf hin,

dass die Handhabung der Kostenfestsetzung durch die Sozialgerichte kaum zu überschauen sei. Es gebe eine Vielfalt von Entscheidungen, die zum Teil bereits schon von Kammer zu Kammer variierten bzw. divergierten. Bedauerlicherweise seien nur wenige Entscheidungen der Landessozialgerichte der einzelnen Bundesländer veröffentlicht und der Austausch in dieser Hinsicht gering, so dass eine einheitliche Handhabung weitgehend fehle. Grundsätzlich sei bei der Festsetzung von Rahmengebühren davon auszugehen, dass "Durchschnittsfälle" mit der Mittelgebühr zu honorieren seien. Die Beurteilung, ob ein "Durchschnittsfall" vorliege, habe sich an einem Vergleich mit sonstigen Streitsachen in der Sozialgerichtsbarkeit zu orientieren. Wenn man bedenke, dass die Mehrzahl der anhängigen Streitsachen existenzsichernde Leistungen betreffe, so könne nicht allein aus diesem Merkmal eine besondere Bedeutung des Rechtsstreits herausgelesen und der Streitfall als überdurchschnittlich angesehen werden. Auch die Frage, ob die Verfahrensbearbeitung für den Anwalt besonders schwierig gewesen sei, bedürfe einer

Prüfung im Einzelfall. Oftmals sei die Vorarbeit, die ein Anwalt vor Fertigung eines Schriftsatzes geleistet habe, für den Kostenbeamten bzw. Richter nicht erkennbar. Hier gelte es, im Kostenfestsetzungsverfahren entsprechend vorzutragen. Im Übrigen habe das Bundesverfassungsgericht noch im Jahr 2007 entschieden, dass das RVG nicht auf den tatsächlich betriebenen Aufwand des Anwalts abstelle und somit – anders als von der Anwaltschaft gewünscht - eine angemessene Entschädigung des Aufwandes gerade nicht sichere, sondern diese ggf. durch eine Mischkalkulation der betriebenen Verfahren erreicht werden müsse. Letztlich müsse der Gesetzgeber die Frage beantworten, ob die im RVG festgelegten Gebühren angemessen seien. Soweit das RVG zwischen Einigungs- und Erledigungsgebühr differenziere, sei der unterschiedliche Anwendungsbereich dieser Gebühren klar geregelt. Eine Einigungsgebühr komme nur dann in Betracht, wenn die Beteiligten über den Anspruch vertraglich verfügen könnten. Dies sei im Sozialrecht meist nicht der Fall, so dass hier allein eine Erledigungsgebühr anfallen könne. Beim



Hier bekommen Sie mehr für Ihr Geld!

Das Orts- und Gerichtsverzeichnis: Die aktuelle 13. Auflage 2008 jetzt noch günstiger. Ihr schneller Zugriff auf alle postalisch gültigen Orte und deren Gerichte, Fachgerichte, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsanstalten. Mit Anschriften und Telekommunikationsdaten. Bei den Gerichten immer dabei: die Angabe der Zuständigkeiten und Instanzenwege. Zusätzlich auf CD: Zuständigkeiten der Finanzbehörden und Fachgerichte, Bankleitzahl-Verzeichnis sowie die Anschriften der Landeskriminalämter und Arbeitsagenturen.



Recherchieren Sie im Buch oder auf der beigefügten CD die gewünschten Daten schnell und einfach und arbeiten Sie so nur mit aktuellen Adressen. Dieses Arbeitsmittel, gehört in jedes Büro. Wechseln Sie deshalb jetzt zur neuen Auflage.

Neu: Noch einfacher geht's online. Rufen Sie die Daten direkt übers Internet ab. Überzeugen Sie sich selbst und testen Sie 3 Wochen lang kostenlos und unverbindlich den Zugang. Jetzt unter www.orts-und-gerichtsverzeichnis.de anmelden.

Bestellschein	Fax (0)	221)9	37	38-943

•		•			
Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht					
Das Orts- und Gerichtsverzeichnis, 13. Auflage 2008	Name				
Buch, 556 S., inkl. CD jetzt nur 49,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-19329-4					
Nur CD 24,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-19330-0. (Netzwerk auf Anfrage)	Straße		PLZ	Ort	
Ja, bitte senden Sie mir Infos zur Internet/Intranetversion zu.					
	Telefon	Fax	Datum	Unterschrift	1/08
Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verla	g Dr.	Otto Schmidt ·	Postfach 51	10 26 ·	50946 Köln

Bundessozialgericht seien derzeit Streitverfahren zu der Frage anhängig, ob die Vorlage neuer Beweismittel im Widerspruchsverfahren ausreiche, um eine Erledigungsgebühr festsetzen zu können.

In der anschließenden Diskussion vertrat die Anwaltschaft neben der Darlegung einzelner Fragestellungen zum RVG (z.B. zur Vergütung einer Untätigkeitsklage) überwiegend die Auffassung, dass der Gesetzgeber gefordert sei, auch für sozialrechtliche Fälle angemessene Gebühren - ggf. auf Streitwertbasis vorzusehen. Das Konzept einer Mischkalkulation sei veraltet und lasse sich bei den heutigen tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr umsetzen. Zu bedenken sei auch, dass die Verfahren im Sozialrecht inzwischen nicht mehr lediglich sozial Schwache beträfen, so z.B. bei Fragen zur Feststellung des GdB oder der Gewährung von Pflegeleistungen. Man werde versuchen, bezüglich der Gebührenbemessung auf den Gesetzgeber einzuwirken. Unabhängig davon sei aber die Sozialgerichtsbarkeit gefordert, im Rahmen ihrer Rechtsprechung qualitativ gute Leistungen der Anwälte entsprechend abzugelten. Als Ärgernis werde insbesondere empfunden, wenn Rechnungsposten pauschal und ohne ausreichende bzw. nachvollziehbare Begründung gekürzt würden, so z.B. bei Kopierkosten oder wegen der Kürze einer Klagebegründung. Die Sozialgerichte müssten bei ihren Entscheidungen bedenken, dass eine angemessene Honorierung Voraussetzung für eine leistungsfähige Anwaltschaft im Bereich des Sozialrechts sei.

Die Durchführung des kostenrechtlichen Symposiums wurde allseits begrüßt und als Auftaktveranstaltung zu weiterem Austausch angesehen. Die Teilnehmer erhielten ein ausführliches Kompendium zum Kostenrecht, das unter www.lsg. nrw.de kostenlos abgerufen und ausgedruckt werden kann.

Anneke Boerner, Richterin am Landessozialgericht

Anm. der Redaktion: Zu dieser Thematik erscheint im kommenden Heft ein Aufsatz von Rechtsanwalt *Dirk Hinne*

LL.M. Rechtsgestaltung und Prozessführung (Master of Legal Advice and Litigation)

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld bietet einen weiterbildenden Masterstudiengang (LL.M.) "Master der Rechtsgestaltung und Prozessführung/ Master of Legal Advice and Litigation" mit den möglichen Schwerpunkten Arbeitsrecht, Familien- und Erbrecht sowie Strafverteidigung an. Juristinnen und Juristen sollen vertiefte Kenntnisse in zentralen anwaltlichen Arbeitsfeldern für eine hochqualifizierte Tätigkeit in Anwaltschaft, Notariat, Wirtschaft und Verwaltung erwerben.

Studienbeginn ist jährlich im Januar. Hieran schließen sich die Module des Bielefelder Kompaktkurses von Februar

Beilagenhinweis:

Dieser Ausgabe liegen die Prospekte der Firmen Arber-Verlag GmbH, Heilbronn, sowie Handelsblatt GmbH, Düsseldorf, bei. Einem Teil dieser Ausgabe liegt außerdem ein Prospekt von Büroplus Bürobedarf GmbH, Hamburg, bei.

Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

bis Mai an. Nach einer Kolloquiumsphase im Sommer ist eine Masterarbeit bis Ende November zu fertigen. Abgesehen von den Modulen des Bielefelder Kompaktkurses lässt sich der Studiengang mit bereits begonnender beruflicher Tätigkeit zeitlich vereinbaren, da im Januar und ab Juni Anwesenheitspflicht nur für einzelne Kolloquiumstermine besteht.

Studiendauer: Januar – November

Studiengebühr 2.950 Euro

Informationen und Bewerbung: Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld unter www.kompaktkurs.de/llm

Universität Bielefeld: Mediationsausbildung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Diese speziell auf Juristen zugeschnittene Ausbildung zur/zum "Mediatorin/Mediator Universität Bielefeld" umfasst 160 Unterrichtsstunden im Zeitraum vom 29.9. bis 13.12.2008. Nach einer Einführungswoche findet der Kurs im 2-Wochen-Takt jeweils ganztags von Do–Sa statt. Referenten sind Rechtsanwälte, Führungskräftetrainer und Psychologen. Unser Universitätszertifikat dient dem Nachweis gem. § 7a BORA gegenüber den Rechtsanwaltskammern.

Auskünfte: Institut für Anwalts- und Notarrecht (Prof. Dr. Fritz Jost), Universität Bielefeld, Postfach 100131, 33501 Bielefeld, Tel.: 0521-106 3924, E-Mail: fjost@uni-bielefeld.de, www. mediation-fuer-rechtsanwaelte.de



> Online-Rechner: www.afb24.de

Kaistraße 13 40221 Düsseldorf Fon: 0211. 493 65 65 Fax: 0211. 493 09 65 info@afb24.de



Versichert wie kein anderer.

Verlag
Dr.OttoSchmidt
Köln

Jede Reform hat ihre guten Seiten.



Das neue Unterhaltsrecht – mit neuer Düsseldorfer Tabelle – ist in dieser anschaulichen Darstellung der komplizierten Materie komplett eingearbeitet. Neben der ausführlichen Behandlung sämtlicher Unterhaltsansprüche und deren richtiger Berechnung zeigen Ihnen die Autoren auch, wie man sie außergerichtlich und prozessual erfolgreich durchsetzt. Ein Buch von Praktikern für Praktiker, mit vielen nützlichen Hilfsmitteln. Jetzt bestellen! – Leseprobe? www.otto-schmidt.de

	Bestellschein Fax (U2 21) 9 37 38-9 43
ter Ber am	ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Ehinger/Griesche/Rasch Handbuch Un- haltsrecht Ansprüche, Berechnung, Strategien, Durchsetzung. Von Richterin am KG in Dr. Uta Ehinger, Vors. Richter am KG Berlin a.D. Gerhard Griesche und Richterin KG Berlin Dr. Ingeborg Rasch. 5., neu bearbeitete Auflage 2008, 752 Seiten Lexikon- nat, gbd. 59,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-47946-6
Name	
Straße	
PLZ	Ort
Datum	Unterschrift 4/08

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt \cdot Postfach 51 10 26 \cdot 50946 Köln



Willkommen in der Ersten Liga.



Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis. Wenn Sie in dieser Liga mitspielen wollen, brauchen Sie dieses Buch. Das anerkannte Standardwerk orientiert sich am Ablauf des Verfahrens und erläutert Ihnen detailliert alle Grundzüge und Besonderheiten, auf die Sie achten müssen. Von der Weichenstellung bei der Schiedsvereinbarung über Vorbereitung und Durchführung bis zum Abschluss des Verfahrens. Und zwar auf dem neuesten Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

B	Bestellschein Fa	× (02 21) 9 37 38-9 43
Ja, ich die Scl 3., über	bestelle mit 14-tägige hiedsgerichtspraxi	m Rückgaberecht Lachmann Handbuch für s Von RA und Notar Jens-Peter Lachmann. 8, 1.296 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,– €
Name		
Straße		
PLZ	Ort	
Datum	Unterschrift	3/08

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt \cdot Postfach 51 10 26 \cdot 50946 Köln



Anwälte wählen

HWK.

Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar. Das ist der Kommentar der Praxis. Das gesamte Arbeitsrecht in einem Band, auf neuestem Stand.

Namhafte Herausgeber und ausgezeichnete Autoren aus Anwaltschaft, Wissenschaft und Rechtsprechung bürgen auch in der dritten Auflage dieses erfolgreichen Werkes für eine Kommentierung aus allen praxisrelevanten Perspektiven. Das gilt nicht nur für die klassischen Arbeitsgesetze, sondern auch für andere Rechtsgebiete, soweit sie für das arbeitsrechtliche Mandat von Bedeutung sind. Namentlich Sozialversicherungsrecht, Steuer-



Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.) Arbeitsrecht Kommentar Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler, RA Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen und Vizepräsident des LAG Köln Dr. Heinz-Jürgen Kalb. Bearbeitet von 39 angesehenen Autoren aus Anwaltschaft, Wissenschaft und Rechtsprechung. 3., neu bearbeitete Auflage 2008, 3.355 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,- €. ISBN 978-3-504-42659-0

recht, Gesellschaftsrecht und internationales Recht.

Dieses Werk ist weitaus mehr als ein bloßes Kommentarwerk, verbindet es doch die Vorteile eines klassischen Kommentars zu über 40 einzelnen Gesetzen mit den Gestaltungselementen moderner Praxisliteratur. Denn zu allem gibt es - optisch hervorgehoben – jede Menge Beispiele, Praxistipps, Checklisten, Prüfschemata, Stichwort-ABCs, Formulierungsvorschläge und tabellarische Übersichten.

Anwälte wählen HWK und gönnen sich vor der Bestellung höchstens noch eine Leseprobe bei

www.arbeitsrechtkommentar.de

-- Bestellschein ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-943 ------

🗶 Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.) Arbeitsrecht **Kommentar** 3. Auflage, gbd. 149,– € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42659-0

Name Straße PLZ Ort

Telefon Unterschrift 05/08 Verlag
Dr.OttoSchmidt

Durchsicht im Dickicht.



Mit diesem neuen Werk steht dem Leser ein neuer, altlastenfreier Kommentar zur Verfügung, der ihn sicher durch das Dickicht der systematischen, materiell- und verfahrensrechtlichen Neuregelungen führt. Gleichzeitig bietet es den idealen Einstieg in das Thema: die Besonderheiten des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes werden vollständig und verständlich dargestellt, sämtliche Fragen werden beantwortet. Ganz konkret benennt das Werk problematische Konstellationen, arbeitet tatsächliche und rechtliche Abgrenzungskriterien zu allen Zweifelsfällen heraus und macht deutlich, was Sie künftig beachten müssen. Natürlich ist die unverzichtbare Ausführungsverordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz ebenfalls bereits eingearbeitet! Erst Probelesen?

www.otto-schmidt.de

	Bestellschein Fax (U2 21) 9 3	37 38-943
leistungsgesetz Römermann. B Prof. Dr. Hans-	estelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Grunewal z Kommentar. Herausgegeben von Prof. Dr. Barbara learbeitet von Dr. Kurt Franz, Prof. Dr. Barbara G -Friedrich Müller, RA Dr. Volker Römermann, RA i Format, gbd. 49,80 €. ISDN 978-3-504-06254-5.	a Grunewald und RA Dr. Volker runewald, RA Dr. Bernd Hirtz, Dr. Rüdiger Suppé. 2008, 467
Name		
Straße		
PLZ	Ort	
Datum	Unterschrift	6/08

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt \cdot Postfach 51 10 26 \cdot 50946 Köln



Think Big!



Für die vielen großen Probleme des neuen Wohnungseigentumsrechts braucht man einen großen, neuen Kommentar. Auf rund 1.300 Seiten erläutern Ihnen die renommierten Autoren dieses brandneuen Werkes das gesamte Wohnungseigentumsgesetz und bieten Ihnen für alle Probleme praktikable Lösungen an. Innovativ und meinungsbildend. Praxisorientiert und wissenschaftlich fundiert. Für Gestaltungs- und Schriftsatzarbeit auf höchstem Niveau. Leseprobe? www.neues-wohnungseigentumsrecht.de

	Bestellschein Fax (02 21) 9 37 38-9 43	⊀
	Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Jennißen (Hrsg.) Wohnt eigentumsgesetz Kommentar. Herausgegeben von RA Dr. Georg Jeni Bearbeitet von 12 renommierten Praktikern des Wohnungseigentumsri 2007, 1.227 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,– € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-45062-5	nißen.
Nan	9	
Stra	е	
PLZ	Ort	
- I		1/00

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt \cdot Postfach 51 10 26 \cdot 50946 Köln



Damit liegen Sie immer richtig.

Nach dem großen Erfolg der Erstausgabe dürfen Sie sich jetzt auf die brandaktuelle Neuauflage dieses Handbuchs freuen: das gesamte Insolvenzrecht mandatsbezogen aufbereitet. Aus Sicht des Anwalts – ob er nun Insolvenzverwalter, Berater des Schuldners oder eines Gläubigers ist. Ob alter Hase oder ein Kollege, der in diese haftungsträchtige Materie erst noch hineinwachsen muss.

Hochkarätige Insolvenzrechtspraktiker haben wieder alle denkbaren Beratungssituationen so aufbereitet, dass Sie in jedem Fall auf der sicheren Seite sind. Mit vielen Tipps zu Strategie und Taktik. Mit vielen Beispielen, Übersichten, umfassend kommentier-



Runkel (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Insolvenz-recht** Herausgegeben von RA Hans P. Runkel. Bearbeitet von 16 hochkarätigen Praktikern des Insolvenzrechts. 2. Auflage 2008, 2.400 Seiten Lexikonformat, gbd. 149, − €. ISBN 978-3-504-18053-9

ten Checklisten und praxiserprobten Musterformulierungen. Mit Hinweisen auf Haftungsfallen, häufig gemachte Fehler, wichtige Aspekte. Mit ganz neuen Kapiteln, wie etwa dem zur Freiberuflerinsolvenz. Und einem Stichwortverzeichnis mit über 1.600 insolvenzrechtlich relevanten Begriffen.

Alles auf dem allerneuesten Stand. Von Rechtsprechung, Literatur und den jüngsten, tief greifenden Novellen des Gesetzgebers.

Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht. War die Erstauflage schon ein großer Wurf, ist die neue noch viel besser. Überzeugen Sie sich selbst. Mit einer Leseprobe.

www.otto-schmidt.de

------ Bestellschein ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ------



Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Runkel (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht**2. Auflage, gbd.149, − € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-18053-9

Name Straße PLZ Ort

Telefon Fax Datum Unterschrift 07/0



RA-MICRO Software GmbH - Hausvogteiplatz 10, 10117 Berlin Ein Unternehmen der Jurasoft Unternehmensgruppe

