

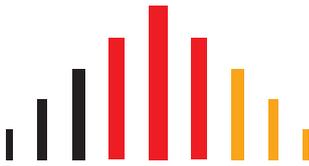
5/2003

15. 10. 2003 34. Jahrgang

# BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



## Aus dem Inhalt

### Beirat

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

### Akzente

Hoffnung auf Vernunft im Steuerrecht? (RAuN Dr. Bernhard Dombek) 201

### Aufsätze

Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen  
(RA Dr. Hermann Büttner) 202

Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft  
(Prof. Dr. Hanns Prütting) 210

Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft  
(Prof. Dr. Rolf Stürner) 214

### Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (RAin Antje Jungk)  
Beratungspflichten nach Abschluss der Instanz  
(BGH v. 10.7.2003) 222

Verkehrs- und Prozessanwalt 225

Untervollmacht 225

### Amtliche Bekanntmachung

Geldwäschebekämpfungsgesetz (GwG): Anordnung der  
Bundesrechtsanwaltskammer nach § 14 Abs. 4 Satz 2 GwG 229

### Berufsrechtliche Rechtsprechung

Widerstreitende Interessen – zur Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 BORA  
(mit Anm. RA Dr. Christian Kirchberg und RA Hansjörg Staehle)  
(BVerfG v. 3.7.2003) 231

Anwaltliche Werbung – zur Verwendung einer Phantasiebezeichnung  
durch eine Rechtsanwalts-AG (OLG Nürnberg v. 10.6.2003) 240

Unzulässige Ordnungshaft gegen einen Strafverteidiger  
(OLG Hamm v. 6.6.2003) 241

### BRAKMagazin

Bewegung bei Anwaltsgebühren

Franchise: Rechtsrat von der Stange

5/2003

Inhalt

# BRAK

# Mitteilungen

## Akzente

Hoffnung auf Vernunft im Steuerrecht? (*B. Dombek*) . . . . . 201

## Aufsätze

Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision  
in Zivilsachen (*H. Büttner*) . . . . . 202

Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft  
(*H. Prütting*) . . . . . 210

Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissen-  
schaft (*R. Stürner*) . . . . . 214

Die Umsatzsteuer in den Rechnungen der Rechtsanwälte  
und Notare (*J. Scharnhoop*) . . . . . 220

## Pflichten und Haftung des Anwalts

**Überblick** (*B. Chap*)

Neues zur Berufungsbegründungsfrist bei PKH . . . . . 221

**Das aktuelle Urteil** (*A. Jungk*)

Beratungspflichten nach Abschluss der Instanz  
(BGH v. 10.7.2003 — IX ZR 5/00) . . . . . 222

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

**Haftung**

Verjährung von Regressansprüchen gegen Anwälte  
(Schleswig-Holsteinisches OLG v. 2.3.2000 –  
11 U 119/98) . . . . . 223

Verantwortung des Anwalts für unwahren Tatsachenvortrag  
(BVerfG v. 16.7.2003 – 1 BvR 801/03) . . . . . 223

Zurechnung von Anwaltsverschulden  
(OLG Köln v. 4.6.2003 – 26 WF 121/03) . . . . . 223

## Fristen

Überprüfung des Schriftsatzinhalts  
(BGH v. 14.5.2003 – XII ZB 154/02) . . . . . 224

Postausgangskontrolle und Überprüfung  
des Fristenkalenders  
(BGH v. 22.5.2003 – I ZB 32/02)  
(BGH v. 23.7.2003 – XII ZB 75/03) . . . . . 224

Berufungsbegründungsfrist nach PKH-Antrag  
(BGH v. 9.7.2003 – XII ZB 147/02) . . . . . 225

**Zusammenschluss von Anwälten** (*H. Grams*)

Verkehrs- und Prozessanwalt . . . . . 225

Untervollmacht . . . . . 225

## Aus der Arbeit der BRAK

Statistik Jurastudenten, Prüfungen, Rechtsanwälte . . . . . 225

Presseerklärungen/Stellungnahmen . . . . . 228

## Amtliche Bekanntmachung

Geldwäschebekämpfungsgesetz (GwG): Anordnung  
der Bundesrechtsanwaltskammer nach § 14 Abs. 4  
Satz 2 GwG . . . . . 229

## Personalien

Personalien . . . . . 230

## Berufsrechtliche Rechtsprechung

### Bundesverfassungsgericht

BVerfG	3.7.2003	1 BvR 238/01	Widerstreitende Interessen – zur Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 BORA (mit Anm. <i>Ch. Kirchberg</i> ; mit Anm. <i>H. Staehle</i> )	231
--------	----------	--------------	--	-----

### Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Niedersächsischer AGH	5.6.2003	AGH 27/02	Zulassungswiderruf – zur Verfassungsgemäßheit des § 14 Abs. 2 Ziff. 2 BRAO (LS)	239
Niedersächsischer AGH	3.2.2003	AGH 15/02	Anwaltliche Werbung – zur Briefkopfgestaltung („... & Coll.“) (LS)	239

### Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	14.7.2003	NotZ 2/03	Syndikusanwalt – zur Berücksichtigung der Beschäftigung als Syndikus bei der Bewerbung um ein Notaramt (LS)	239
OLG Nürnberg	10.6.2003	3 U 588/03 (n.r.)	Anwaltliche Werbung – zur Verwendung einer Phantasiebezeichnung durch eine Rechtsanwalts-AG	240
OLG Hamm	6.6.2003	2 Ws 122/03	Unzulässige Ordnungshaft gegen einen Strafverteidiger	241
OLG Frankfurt a.M.	13.5.2003	3 Ws 292/03	Kontrolle von Verteidigerpost (LS)	244
AG Bonn	13.5.2003	14 C 3/03	Unaufgeforderte E-Mail-Werbung gegenüber Rechtsanwaltskanzleien (LS)	244
OLG Hamm	27.3.2003	4 Ws 94/03	Vergütung für die Tätigkeit eines Assessors (LS)	244
OLG Hamm	18.2.2003	4 Ws 75/03	Postkontrolle eines von einem Rechtsanwalt an einen Untersuchungsgefangenen gerichteten Briefes (LS)	244
OLG München	19.12.2002	29 U 3722/02	Anwaltliche Werbung – Angabe einer fachlichen Spezialisierung (LS)	244
KG	5.11.2002	13 U 31/02	Erfolgshonorar – Nichtigkeit eines Prozessfinanzierungsvertrages (LS)	244

#### 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.

#### BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

HERAUSGEBER: Bundesrechtsanwaltskammer (Littenstr. 9, 10179 Berlin, Tel. 0 30/ 28 49 39-0, Telefax 0 30/28 49 39-11).

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

Schriftleitung: Rechtsanwalt Stephan Göcken (Geschäftsführer der BRAK)  
Redaktion: Rechtsanwalt Frank Johnigk, Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher (beide Geschäftsführer der BRAK), Rechtsanwalt Christian Dahns, Berlin (Rubrik: Rechtsprechung)

VERLAG: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Unter den Ulmen 96–98, 50968 Köln (Marienburg), Tel. (02 21) 9 37 38-01; Telefax 02 21/ 9 37 38-9 21.

E-Mail: [info@otto-schmidt.de](mailto:info@otto-schmidt.de)

Konten: Stadtparkasse Köln (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 72 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 18 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten.

ORGANE: Hauptversammlung bestehend aus den 28 gewählten Präsidenten der Rechtsanwaltskammern; Präsidium, gewählt aus der Mitte der Hauptversammlung; Präsident: Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Dombek, Berlin. Vorbereitung der Organentscheidungen durch Fachausschüsse.  
AUFGABEN: Befassung mit allen Angelegenheiten, die für die Anwaltschaft von allgemeiner Bedeutung sind; Vertretung der Anwaltschaft gegenüber Gesetzgeber, Gerichten, Behörden; Förderung der Fortbildung; Berufsrecht; Satzungsversammlung; Koordinierung der Tätigkeit der Rechtsanwaltskammern, z. B. Zulassungswesen, Berufsaufsicht, Juristenausbildung (Mitwirkung), Ausbildungswesen, Gutachtenerstattung, Mitwirkung in der Berufsgerichtsbarkeit.

ANZEIGEN: an den Verlag.

Anzeigenleitung: Renate Becker (verantwortlich).

Gültig ist Preisliste Nr. 18 vom 1. 1. 2003

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 🍏 Exemplare (Verlagsausgabe).

DRUCK: Westholsteinische Verlagsdruckerei Boyens & Co., Heide/Holstein. 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 🍏. Quartal 2003: 🍏 Exemplare.

ISSN 0722-6934



## Aktuelle Hinweise

Hilfskasse  
Deutscher Rechtsanwälte

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

### AUFRUF ZUR WEIHNACHTSSPENDE 2003

Sehr geehrte Frau Kollegin,  
sehr geehrter Herr Kollege,

aufgrund Ihrer Großzügigkeit verlief die Spendenaktion 2002 sehr erfolgreich und wir möchten Ihnen hierfür nochmals herzlich danken.

Sie haben es ermöglicht, dass die Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte an 341 in Not geratene Kolleginnen, Kollegen oder deren Familien aus 26 Kammerbezirken bundesweit 175.338,30 Euro auszahlen konnte. Zusätzlich wurden 87 minderjährigen bzw. in Ausbildung befindlichen Kindern Buchgutscheine im Wert von insgesamt 1.566,00 Euro übersandt.

Besonders in der gerade jetzt für alle wirtschaftlich schwierigen Zeit hoffen und warten viele Bedürftige auf diesen einzigartigen Solidaritätsbeweis der Deutschen Anwaltschaft.

Jede Spende ist steuerabzugsfähig. Wenn Sie einen Betrag für einen wirklich guten Zweck zur Verfügung stellen wollen, überweisen Sie ihn bitte auf eines der unten angegebenen Konten. Geben Sie Ihre Anschrift bitte deutlich und vollständig an, eine Zuwendungsbestätigung wird Ihnen unverzüglich ausgestellt werden.

Zu Ihrer Information. Die Weihnachtsspendenaktion der Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte wird seit 1948 durchgeführt.

Abschließend noch eine Bitte: Sollte Ihnen im Kollegenkreis ein Notfall bekannt sein, informieren Sie uns. Wir helfen gern!

Mit kollegialen Grüßen  
und herzlichem Dank für Ihre Hilfe

Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte  
– Dr. Willenbruch –  
Vorstandsvorsitzender

Konten: Deutsche Bank Hamburg 0309906 (BLZ 200 700 00) – Postbank Hamburg 474 03-203 (BLZ 200 100 20)

In einem dokumentarischen Teil schildert *Morisse* den historischen Ablauf und die (Un-)Rechtsgrundlagen der Verdrängung der Hamburger Rechtsanwälte jüdischer Herkunft aus ihrem Beruf durch Rücknahme der Zulassung und Ausschluss aus den anwaltlichen Standesorganisationen und Vereinen. Er bezieht dabei auch die Rechtsanwälte ein, die in den früheren preußischen, im Jahre 1938 nach Hamburg eingemeindeten Städten Altona, Harburg-Wilhelmsburg und Wandsbek tätig waren. So zählte zu den früheren Altonaer Rechtsanwälten auch Dr. *Rudolf Katz*, der nach der Rückkehr aus der Emigration Vizepräsident des BVerfG wurde. Schließlich geht er auch auf die Hamburger Referendare jüdischer Herkunft ein, denen der Weg zu dem angestrebten Anwaltsberuf durch Entlassung aus dem juristischen Vorbereitungsdienst verstellt worden war.

Nur sehr wenige jüdische Rechtsanwälte durften, wie *Morisse* ebenfalls eingehend darlegt, nach einem besonderen, am angeblichen Bedarf ausgerichteten Zulassungsverfahren unter der aufgezwungenen, bewusst herabwürdigenden Berufsbezeichnung „Konsulent“ ausschließlich jüdische Mandanten anwaltlich beraten und vor Gerichten und Behörden vertreten. Zu ihnen zählte der frühere Rechtsanwalt Dr. *Walter Schüler*, dessen Schicksal besonders bewegt: In gewissem Umfang durch eine – nach damaliger Terminologie – „privilegierte Mischehe“ geschützt, wurde er nach einer Denunziation in ein KZ verschleppt und kam dort um.

*Morisse* verfolgt auch die Wege derer, die diesem Schicksal durch rechtzeitige Emigration entkommen konnten und zeichnet anschließend in einem biographischen Teil Werdegang und Lebensweg jedes betroffenen Rechtsanwalts nach. Trotz aller ersichtlich mühevoll und aufwändig recherchierten biographischen Einzelheiten ist hier oft nur zu ahnen, in welchem Ausmaß die Verfolgungsmaßnahmen Lebenspläne zerstört oder zumindest stark verändert und beeinträchtigt haben.

Eine Vielzahl abgedruckter Dokumente belegt und veranschaulicht die Darstellung, deren Wert außerordentlich hoch einzuschätzen ist.

Dr. *Peter Dahns*, Hamburg

(Fortsetzung Seite VI)

### Buchbesprechungen

**Heiko Morisse, Jüdische Rechtsanwälte in Hamburg – Ausgrenzung und Verfolgung im NS-Staat, Band XXVI der Hamburger Beiträge zur Geschichte der deutschen Juden, Christians Verlag Hamburg, 2003, 192 S., 22,00 Euro, ISBN 3-7672-1418-0**

Das Verfolgungsschicksal Hamburger jüdischer Rechtsanwälte wurde bisher nur im Rahmen von Einzelbiographien oder allenfalls indirekt in allgemeinen Darstellungen behandelt.

Jetzt beschreibt *Heiko Morisse*, Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg und als Kenner der Materie ausgewiesen durch seine frühere Veröffentlichung über „Rechtsanwälte im Nationalsozialismus – Zur Funktion der Ehrengerichtbarkeit“, erstmals umfassend die Schicksale der jüdischen Rechtsanwälte in Hamburg nach 1933. Das Buch wurde von *Stefanie Schüler-Springorum* und *Ina Lorenz* im Institut für die Geschichte der deutschen Juden herausgegeben und ist mit Unterstützung der Hanseatischen RAK Hamburg erschienen.

(Fortsetzung von Seite V)

## Veranstaltungshinweise

### Fränkisch-Tschechischer Juristentag 2003

Am 17./18. Oktober 2003 veranstalten die RAK Bamberg und die Tschechische Rechtsanwaltskammer den Fränkisch-Tschechischen Juristentag im Ost-West-Kompetenzzentrum, Marktredwitz. Mitveranstalter sind die Euregio Egrensis Arbeitsgemeinschaft Bayern e.V., die Deutsch-Tschechische Juristenvereinigung e.V. und die Projektförderung durch die Europäische Union. Themen sind u.a.: Rechtliche Rahmenbedingungen für ausländische Unternehmungen in der Tschechischen Republik, Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kaufvertrages, Werkvertrags- und Gewährleistungsrecht, Gerichtsaufbau in Deutschland und der Tschechischen Republik, Gesellschaftsrecht, insbesondere Gründung von Gesellschaften und Handelsregister, Grundbuch und Handelsregister, Zwangsvollstreckung von Forderungen.

Zu den oben aufgeführten einzelnen Themen ist jeweils ein ca. 20-minütiges Referat über das deutsche und das tschechische Recht vorgesehen. Anschließend steht Diskussionszeit zur Verfügung. Die Veranstaltung wird simultan in die jeweils andere Sprache übersetzt.

Der Kostenbeitrag beträgt für deutsche Teilnehmer 50 Euro und umfasst Veranstaltungsgebühr, evtl. Unterlagen, Pausengetränke und Imbiss sowie Empfang und Abendessen. Von tschechischen Teilnehmern wird kein Kostenbeitrag verlangt.

**Weitere Informationen:** RAK Bamberg, Friedrichstr. 7, 96047 Bamberg, Tel.: 09 51/98 62 00, Fax: 09 51/20 35 03, E-Mail: info@rakba.de.

### Jahrestagung der Deutsch-Portugiesischen Juristenvereinigung im Oktober 2003

Mit dem komplexen Thema **Neue Rechtsentwicklungen in Deutschland und Portugal** befasst sich die Tagung, die am 17. und 18. Oktober in Ludwigsburg/Stuttgart stattfinden wird. Neben einem qualifizierten Fachprogramm ist auch ein attraktives Rahmenprogramm organisiert.

Auskünfte und Informationen: Frau RAin Dr. Daniela Kreidler-Pleus,

Bahnhofstr. 29, 71638 Ludwigsburg, Tel. 0 71 41/92 00 05, Fax: 0 71 41/90 29 00, E-Mail: kanzlei@kreidler-pleus.de.

### Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin Wintersemester 2003/2004 Anwaltliches Berufsrecht

Das Anwaltsinstitut veranstaltet für Studenten, Referendare und (junge) Praktiker eine Einführung in das Anwaltsrecht.

Themen sind unter anderem:

- Mandatsvertrag. Pflichtverteidigung. Interessenkollision
- Mandatsführung. Handakte. Fristenkontrolle. Fremdgelder
- Verschwiegenheit. Datenschutz
- Haftung. Versicherung. Anwaltsgerichtsbarkeit
- Honorar. BRAGO
- Werbung. Briefbogen
- Kanzleiorganisation. Sozietät. Anwaltliches Gesellschaftsrecht
- Organisation der Anwaltschaft. Zulassung. Kammern. DAV
- Berufsrecht für Notare, Schiedsrichter, Mediatoren (Überblick)

Die Veranstaltung findet während des Wintersemesters 2003/2004 ab dem 27.10.2003 **montags von 18 bis 20 Uhr** in Raum **E.44/46, Juristische Fakultät der HU, Bebelplatz 1**, statt.

Die Teilnahme ist auch für Nicht-Studenten kostenlos. Eine Anmeldung ist nicht erforderlich.

#### Weitere Informationen:

Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 11, Raum E.09, Tel.: 0 30/20 93-35 78, E-Mail: anwaltsinstitut@rewi.hu-berlin.de

### Institut für Anwaltsrecht, München

Im Wintersemester 2003/2004 bietet das Institut für Anwaltsrecht an der Universität München Vortragsveranstaltungen zu den folgenden Themen an:

#### Ringvorlesung „Anwaltliche Berufsfelder“

jeweils Donnerstags, 18.00 Uhr – Hauptgebäude der LMU München – HS 219

- 6.11.2003: „**Insolvenzrecht – Der Anwalt als Insolvenzverwalter**“, RA Dr. Jobst Wellnsiek, Heidelberg

- 13.11.2003: „**Mergers & Acquisitions – Unternehmenszusammenschluss, Unternehmenskauf und -verkauf aus anwaltlicher Sicht**“, RA Dr. Matthias Heisse, München
- 20.11.2003: „**Der Fachanwalt für Steuerrecht**“, RA Dr. Klaus Bauer, München
- 27.11.2003: „**Öffentliches Recht abseits der ausgetretenen Pfade**“, RA Andreas Meisterernst, München
- 4.12.2003: „**Der Rechtsanwalt in Zusammenarbeit mit der Rechtsschutzversicherung**“, RA Helmut Plote, München
- 15.1.2004: „**Strafverteidigung in der Praxis**“, RA Dr. Robert Jofer, München
- 22.1.2004: „**Gewerblicher Rechtsschutz**“, RA Prof. Dr. Reinhard Ingerl, München
- 29.1.2004: „**Internetrecht in der anwaltlichen Praxis**“, RA Markus Schließ, Stuttgart
- 5.2.2004: „**Aus dem Alltag eines Fachanwalts für Arbeitsrecht**“, RA Dr. Fritz Kempter, München

Anmeldung nicht erforderlich, keine Teilnehmergebühr.

#### Informations- und Ausspracheveranstaltung

#### „Erfolg oder Misserfolg der Zivilprozessreform“

**Referenten:** Vors. RiOLG Dr. Reiner Hüstege (OLG München), Vors. RiLG Stefan Bischoff (LG München I), RA Dr. Jürgen F. Ernst (ehem. Präsident RAK München), RA Dr. Detlef Haas (RAe Lovells Boesebeck Droste)

**Moderation:** Prof. Dr. Peter F. Schlosser

**Ort und Zeit:** 6.11.2003, 17.00 bis 20.00 Uhr, im Hörsaal 147, Hauptgebäude der Universität, Geschwister-Scholl-Platz 1

**Zielgruppe:** RAe; **Anmeldung** erforderlich im Institut; **Teilnehmergebühr:** 50 Euro.

#### Sonderveranstaltungen

– „**Modernes Kanzleimanagement – Kanzlei der Zukunft**“

**Referentin:** QMB/TÜV Kaufr. Gisela Brück

**Ort und Zeit:** 18.11.2003, 17.00 bis 20.00 Uhr, im Institut

**Zielgruppe:** Referendare, RAe; **Anmeldung** erwünscht; **Teilnehmergebühr:** 10 Euro

– „**Der Jurist und die EDV**“

**Referenten:** RAin Kirsten Schulz, Thomas Riehm (Wiss. Mitarb. am Lehrst. Prof. Canaris)

(Fortsetzung Seite VIII)

(Fortsetzung von Seite VI)

**Ort und Zeit:** 13.1.2004, 17.00 bis 19.00 Uhr, CIP-Pool, Raum E 49, Juristisches Seminargebäude

**Anmeldung** erwünscht; **Teilnehmergebühren:** Referendare und Studenten kostenlos, RAe: 25 Euro

– „Die entscheidenden Regeln für Aufstieg und Karriere, auch für Rechtsanwälte?!“

in Zusammenarbeit mit COM International, Grünwald

**Referent:** *Mathias H. Markert*

**Ort und Zeit:** 21.1.2004, 19.00 bis 21.00 Uhr, im Institut

**Zielgruppe:** Referendare, Studenten; **Anmeldung** erwünscht; **Teilnehmergebühren:** 5 Euro

#### Lehrveranstaltung

„Typische Anwaltsfehler auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts“

**Referenten:** Prof. Dr. *Robert Schweizer*, RA *Stefan Söder*

**Ort und Zeit:** 24.1.2004, 10.00 bis 13.00 Uhr, im Institut

**Zielgruppe:** Studenten, Referendare, RAe; **Anmeldung** erwünscht; **Teilnehmergebühren:** Studenten und Referendare kostenlos, RAe: 25 Euro

#### Spezialveranstaltung

„Rhetorik und Kommunikation für Juristen“

**Seminarleiter:** *Matthias H. Markert* (Consultant für COM International)

**Ort und Zeit:** 31.1. und 7.2.2004, 9.00 bis 17.00 Uhr, im Institut

**Zielgruppe:** Referendare, Studenten; **Anmeldung** erforderlich; **Teilnehmergebühren:** 130 Euro

#### Vortrags- und Diskussionsreihe

in Zusammenarbeit mit der Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

„Aktuelle Probleme des Strafrechts und Strafverfahrensrecht in der Anwaltspraxis – XIV“

jeweils Dienstag, 18 Uhr, Bibliothek des Instituts für Rechtsphilosophie, Ludwigstr. 29/1. Stock

**Leitung und Koreferat:** Prof. Dr. *Bernd Schünemann*

- 6.11.2003: „Wie gläsern ist der Mensch? Zum Stand der Entwicklung der DNA-Analyse“, N.N.
- 16.12.2003: „Der Strafprozess im Griff clandestiner Ermittlungsmethoden: Die Verteidigersicht“, RA Dr. *Kai Wagler*

- 13.1.2004: „Die Europäisierung des Strafprozesses – Auswirkungen der EU-Verfassungen“, RA *Wolfgang Bendler*

- 10.2.2004: „Der junge Strafverteidiger II“, RA *Thomas Pfister*

Nähere Informationen:  
Institut für Anwaltsrecht,  
Ainmillerstr. 11,  
80801 München,  
Tel.: 0 89/34 02 94-76,  
Fax: 0 89/ 34 02 94-78,  
E-Mail: [info@anwaltsrecht.de](mailto:info@anwaltsrecht.de),  
Internet: <http://www.anwaltsrecht.de>.

### Bielefelder Anwaltskurse

Das Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld führt seine Vortragsreihe der Bielefelder Anwaltskurse fort. In diesem Rahmen werden folgende Veranstaltungen zur Anwaltsfortbildung angeboten:

- Praxis des neuen Kauf- und Vertriebsrechts** **150 Euro**  
**Samstag, 15.11.2003,**  
**10.00–15.00 Uhr**  
Prof. Dr. *Hans Schulte-Nölke*
- Scheidungsmediation** **140 Euro**  
**Freitag, 28.11.2003,**  
**14.00–18.30 Uhr**  
Prof. Dr. *Barbara Stichelbrock*
- Fortbildung im Wirtschaftsstrafrecht mit Schwerpunkt Korruption** **140 Euro**  
**Freitag, 5.12.2003,**  
**14.00–18.00 Uhr**  
Prof. Dr. *Britta Bannenberg*
- Internationales Familienrecht** **150 Euro**  
**Samstag, 28.2.2004,**  
**10.00–15.00 Uhr**  
Prof. Dr. *Ansgar Staudinger*

Nähere Informationen einschließlich eines Anmeldeformulars erhalten Sie beim Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
Tel.: 05 21/1 06-39 23 oder -39 24,  
Fax: 05 21/1 06-80 97 oder im Internet unter [www.anwaltskurse.de](http://www.anwaltskurse.de).

### Rechtssysteme im Austausch – Juristen Israels, Polens und Deutschlands im Dialog

Der Stärkung des Dialogs zwischen israelischen, polnischen und deutschen Juristen soll eine Veranstaltungsserie auf Initiative der Deutsch-Polnischen Juris-

tenvereinigung, Berlin, und der Polnisch-Deutschen Juristenvereinigung, Warschau, dienen. Die Veranstaltungen finden jeweils statt unter dem Motto

- „Menschenrechte als Prüfungsmaßstab für Gesetzgebung und Rechtsprechung“ – Berlin, 19. bis 22.11.2003
- „Rechtsvergleichende Betrachtungen zu ausgewählten Fragen des Wirtschaftsrechts der Länder Israel, Polen und Deutschland“ – Warschau, 19. bis 23.5.2004
- „Ausbildung und Berufsausübung der Juristen in Israel, Polen und Deutschland, nationale und internationale Betrachtungen“ – Jerusalem, 16. bis 20.10.2004

In der abschließenden Konferenz beabsichtigen die Initiatoren die Gründung einer eigenständigen trilateralen Juristenvereinigung „Israelisch-Polnisch-Deutsche Juristenvereinigung“ in Jerusalem.

Weitere Informationen sowie das Anmeldeformular unter [www.dpvj.de](http://www.dpvj.de).

### Deutsch-Polnische Juristenvereinigung e.V. 2. Veranstaltung „Quo Vadis“ – polnisches Arbeitsrecht im Kontext der Erweiterung der Europäischen Union am 4.4.2004 in Warschau

Am 4.4.2004 findet in Warschau der zweite Teil dieser Veranstaltungsreihe statt mit dem Titel „Kollektive Interessenvertretung auf betrieblicher Ebene im polnischen und deutschen Arbeitsrecht“.

Referenten werden u.a. Prof. *Ryszard Wratny*, Warschau, Prof. Dr. *Wolfgang Hromadka*, Passau, *Janusz Wojciechowski*, Vizemarschall des polnischen Parlaments, *Wojciech Blaszczyk*, polnische Konföderation privater Arbeitgeber, und *Ryszard Lepik*, gesamtpolnischer Gewerkschaftsverband, sein.

**Ort:** Bayer Sp.z o. o., Aleje Jerozolimskie 158, 02-326 Warschau

**Zeit:** 4.4.2004, Beginn 9.00 Uhr

**Teilnehmerbeitrag:** 50 Euro bzw. 200 PZN pro Person. Für Mitglieder der DPJV und der PDJV 25 Euro bzw. 100 PZN.

**Anmeldungen** bitte bis zum 2.4.2004 an die DPJV, Markgrafenstr. 33, 10117 Berlin, Telefax: 030/264 73 971.

(Fortsetzung Seite IX)

(Fortsetzung von Seite VIII)

## Vermischtes

### **Nuremberg Trials Project der Harvard Law School**

Die US-amerikanische Universität Harvard Law School hat damit begonnen, Originaldokumente aus den Nürnberger Prozessen gegen NS-Kriegsverbrecher ins

Internet zu stellen. Unter dem Titel „Nuremberg Trials Project: a digital document collection“ können unter der Internetseite <http://nuremberg.law.harvard.edu> künftig digitalisierte Beweisstücke, Verhandlungsmitschriften und Übersetzungen aus dem Zeitraum von 1945 bis 1949 abgerufen werden.

Mit der Internet-Veröffentlichung will die Harvard-Universität, die mehr als 1 Mio. Papierdokumente zu den Nürnberger

Prozessen archiviert hat, dem physischen Zerfall der Akten zuvorkommen. Im Laufe der nächsten Jahre sollen alle 13 NS-Kriegsverbrecher-Prozesse, die vor dem International Military Tribunal und den United States Nuremberg Military Tribunals abgehalten wurden, abrufbar sein. Über eine Suchmaschine können Prozessdaten, Dokumente und Namen der Beteiligten ausfindig gemacht werden.

5/2003

15. 10. 2003 34. Jahrgang

Informationen  
zu Berufsrecht und  
Berufspolitik

BRAK

Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



## Akzente

### Hoffnung auf Vernunft im Steuerrecht?

Es war zum Verzweifeln. Seit Jahren predigt *Paul Kirchhof*, renommierter Steuerrechtler, ehemaliger Bundesverfassungsrichter und jetziger Präsident des Deutschen Juristentages, dass unser Steuerrecht erheblich vereinfacht werden müsse. Und er hatte auch eine Lösung. Aber man hatte den Eindruck, er redete gegen eine Wand. Seine Predigt schien ungehört zu bleiben. Niemand setzte sich mit ihm auseinander. Jetzt endlich kommt Hoffnung auf. Endlich hat eine unserer Volksparteien die Argumente von *Kirchhof* verstanden und nimmt sich ihrer an.

Es ist zum Verzweifeln. Seit Jahren war es anerkannte Auffassung der Steuer-Experten, dass die Gewerbesteuer abgeschafft werden müsse. Die Finanzierung der Gemeinden müsse anders geschaffen werden als durch die Gewerbesteuer, sei es durch Anteile an der Einkommensteuer, sei es durch Anteile an der Umsatzsteuer. Trotz dieser übereinstimmenden Auffassung soll die Gewerbesteuer jetzt „revitalisiert“ werden. Da das bisherige Gewerbesteueraufkommen nicht ausreicht, sollen auch die Freien Berufe zur Gewerbesteuer herangezogen werden. Und zu ihrer Bemessung sollen, wenn es nach den Gemeinden geht, sogar einkommensmindernde Umstände, wie Mieten, Zinsen usw. herangezogen werden.

Nun kommt Hoffnung auf. Der Bundesrat wird das Vorhaben der Regierung voraussichtlich ablehnen.

Als die Diskussionen um die Erweiterung der Gewerbesteuer auf die Freien Berufe wieder aufkamen, fragte ich bei der Bundessteuerberaterkammer an, welche Argumente es gegen die Erweiterung auf die Freien Berufe gebe. Es gebe keine, sagte man mir, außer dem Argument, dass die Steuer völlig überholt sei. Am Begriff „Gewerbe“-Steuer könne man ein Gegenargument nicht festmachen. Es sei leicht, die Steuer umzubenennen. So ist es auch tatsächlich geschehen. Der Gesetzentwurf spricht nicht mehr von einer Gewerbesteuer, sondern von einer Gemeindefinanzierungssteuer. Dennoch hatte der Steuerberater eines übersehen. Anders als seine Berufskollegen

und anders als Gewerbetreibende haben die Rechtsanwälte ein Gegenargument. Kein Gewerbetreibender verkauft seine Brötchen billiger an Sozialhilfeempfänger, kein Handwerker erteilt eine niedrigere Rechnung, weil sein Besteller wenig Geld hat. Ein Sozialhilfeempfänger wird einen Steuerberater kaum jemals aufsuchen, denn er zahlt keine Steuern. Er muss sich aber vielleicht scheiden lassen oder hat Ärger mit seinem Vermieter oder wird mit einem Strafverfahren überzogen. Er braucht also die Rechtsanwältin, er braucht den Rechtsanwalt. Und wir müssen für ihn tätig werden, weil dies zu unseren, von uns nie bestrittenen Aufgaben als Organe der Rechtspflege gehört und die §§ 48, 49 BRAO uns dazu verpflichten. Und wir müssen das zu einem weitaus niedrigeren Honorar tun, als es uns ansonsten zustünde. Im Bereich der Beratungshilfe, der Prozesskostenhilfe und der Pflichtverteidigung übernehmen wir damit Aufgaben der Daseinsvorsorge, die typischerweise von der öffentlichen Hand, vor allem von den Gemeinden geleistet wird. Damit erbringen wir unseren Beitrag zur Stabilisierung der Gemeindefinanzen. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe sowie die Pflichtverteidigergebühren werden aus den Justizhaushalten, also von den Ländern, nicht von den Gemeinden gezahlt. Würden wir die Leistungen für Mitteleuse nicht erbringen, müssten die Gemeinden dies im Rahmen der Sozialhilfe tun. So ersparen wir durch unsere Mitwirkung beim Zugang zum Recht den Gemeinden erhebliche Kosten. Wir sind daher empört, wenn wir über die Gewerbesteuer (jetzt Gemeindefinanzierungssteuer) noch einmal zur Gesundung der Finanzen der Gemeinden herangezogen werden sollen.

Wenn jetzt im Vermittlungsausschuss über die Gemeindefinanzierungssteuer beraten wird, sollte man an dieses Argument denken. Vielleicht besteht sogar die Hoffnung, dass jetzt, wo man sich des Predigers *Kirchhof* endlich erinnert, auch bei der Gewerbesteuer die längst notwendige Vereinfachung eintritt, nämlich ihre Abschaffung.

*Bernhard Dombek*

## Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen\*

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. *Hermann Büttner*, Karlsruhe

### I. Die Auswirkungen auf die Geschäftsbelastung des BGH

Die Erfahrungen mit dem neuen Revisions- und Rechtsbeschwerdrecht sind noch sehr jung, aber nicht minder eindrucksvoll. Mit dem am 1.1.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reformgesetz sind bekanntlich die Zugangsbarrieren zur Revisionsinstanz grundlegend umgestaltet worden<sup>1</sup>. Ein Beobachtungszeitraum von gerade 15 Monaten erlaubt sicherlich keine definitiven Werturteile über das Reformgesetz. Aber allein die im ersten Jahr erhobenen Daten zeigen signifikante Veränderungen an. Von den weitreichenden Auswirkungen des reformierten Verfahrensrechts war wohl der BGH selbst am meisten überrascht. Wie der Präsident des BGH, Prof. Dr. *Hirsch*, beim Jahrespressegespräch Ende Januar 2003 erläuterte, hat das Gericht mit einer Flut von Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden zu kämpfen<sup>2</sup>. Die ZPO-Reform hat bereits im Jahr 2002, dem ersten Jahr ihrer Geltung, insgesamt zu einer **deutlich höheren Geschäftsbelastung** geführt. So ist die Zahl der zugelassenen Revisionen, über die der BGH grundsätzlich nach mündlicher Verhandlung durch Urteil entscheiden muss, „explosionsartig gestiegen“<sup>3</sup>, nämlich auf 783 Neueingänge. Noch dramatischer verlief die Entwicklung bei den Beschwerden. Den Anstieg auf 1642 Neueingänge, wovon 1228 auf Rechtsbeschwerden entfallen, bezeichnete *Hirsch* als „Springflut“; besonders belastet worden ist dadurch der IX. ZS, bei dem nicht weniger als 542 Rechtsbeschwerden eingingen, wovon 121 auf Insolvenz- und 400 auf Zwangsvollstreckungsbeschwerden entfielen<sup>4</sup>.

Die zu Beginn dieses Jahres vorgestellte Statistik für das Jahr 2002 ist, was die strukturellen Auswirkungen der Reform für die Gegenwart und die Zukunft anlangt, allerdings nur bedingt verwertbar. Denn in den ersten Monaten des Jahres 2002 gingen beim BGH aufgrund der Übergangsvorschrift des § 26 Nr. 7 EGZPO<sup>5</sup> überwiegend noch Revisionen nach altem Recht ein. Erst im März 2002 begannen die zugelassenen Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden nach neuem Recht die nach altem Recht eingelegten Revisionen zu verdrängen. Aus diesem Grunde sollten die Auswirkungen des neuen Verfahrensrechts auf die Geschäftsbelastung des BGH erst anhand der Ergebnisse seit Beginn des zweiten Halbjahres 2002 untersucht werden.

Unter den (nach neuem Recht) zugelassenen Revisionen befinden sich auch diejenigen, die von den LG als Berufungsgerichten zugelassen wurden:

Im Jahr 2002	
zugelassene Revisionen (gesamt)	783 (= 100 %)
davon von LG	
zugelassene Revisionen	163 (= 21 %) <sup>6</sup> .
Rebus sic stantibus dürften deshalb auf die Zivilsenate des BGH schwere Zeiten zukommen. Aufgrund grober Schätzungen ist mit folgenden jährlichen Größenordnungen zu rechnen:	
mündliche Verhandlungen und Urteile über von LG und OLG	
zugelassene Revisionen	900 bis 1000
mündliche Verhandlungen und Urteile über angenommene Revisionen nach altem Recht bzw. vom BGH zugelassene Revisionen nach neuem Recht	200 bis 300.

Die Zahl der Urteile belief sich im Jahr 2002 auf 686, im Durchschnitt der letzten fünf Jahre (1997–2001) auf 648<sup>7</sup>. Diese Zahl wird sich künftig wohl nahezu verdoppeln. In diesem und im nächsten Jahr sind außer den Revisionen nach neuem Recht insbesondere die nach altem Recht angenommenen und noch anzunehmenden Wertrevisionen zu erledigen. In 2002 waren 443 Revisionen angenommen worden. Gleichsam an die Stelle der bisher angenommenen Revisionen treten nunmehr die vom BGH auf Beschwerde zugelassenen Revisionen (§ 544 ZPO). Ausgehend von rund 3500 Nichtzulassungsbeschwerden und einer Rücknahmequote von etwa einem Drittel wird über 2300 Nichtzulassungsbeschwerden streitig zu entscheiden sein. Legt man eine Zulassungsquote von (nur) 8 % zugrunde, dann generieren die Nichtzulassungsbeschwerden ebenfalls rund 180 mündliche Verhandlungen und Urteile.

Wie sich die von dem Berufungsgericht zugelassenen Revisionen auf bestimmte Streitwertbereiche verteilen, kann, da derzeit noch keine statistischen Angaben vorliegen, nicht angegeben werden. Allerdings ist eine – wenn auch sehr grobe und unverbindliche – Schätzung insofern möglich, als die von den LG zugelassenen Revisionen (voraussichtlich 250 Eingänge p.a.) auf den amtsgerichtlichen Wertbereich von regelmäßig bis 5000 Euro<sup>8</sup> entfallen; im Übrigen kann angenommen werden, dass die OLG bei den darüber hinausgehenden Werten bis 30 000 Euro ihre bisherige Zulassungspraxis beibehalten und folglich in diesem Bereich wiederum 170 bis 180 Revisionen zulassen werden. Danach verbleiben 570 bis 580 der von

\* Überarbeitete und erweiterte Fassung eines Erfahrungsberichts, den der Verfasser im Rahmen des 2. ZPR-Symposiums der BRAK am 29.3.2003 in Berlin erstattet hat. Berücksichtigt sind die Geschäftsentwicklung und die Rspr. bis zum 31.3.2003.

1 Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) v. 27.7.2001 (BGBl. I 1887, geändert 3138). Vgl. hierzu *Büttner*, MDR 2001, 1201; *Wenzel*, NJW 2002, 3353; *G. Müller*, VersR 2003, 1, 11 ff.

2 NJW 2003, Heft 7 S. XII; vgl. ferner „Bilanz des BGH für das Jahr 2002“ mit Einzelangaben zur Geschäftsentwicklung in NJW 2003, Heft 8 S. XXVII ff.

3 *Hirsch* a.a.O. S. XII.

4 *Hirsch* a.a.O. S. XIV; „Bilanz des BGH für das Jahr 2002“ a.a.O. S. XXX.

5 Stichtag für das anwendbare Revisionsrecht war der Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz: Lag dieser vor dem 1.1.2002, war noch das alte Recht der §§ 545 ff. ZPO a.F. anzuwenden.

6 In den ersten Monaten des Jahres 2003 weist dieser Anteil eine steigende Tendenz auf. Nach einer inoffiziellen Erhebung per 12.3.2003 waren 221 zugelassene Revisionen eingegangen; davon entfielen auf von OLG zugelassene Revisionen 163 (= 74 %) und auf von LG zugelassene Revisionen 58 (= 26 %). Vgl. auch *Hirsch* (a.a.O. S. XII), der den Anteil der von den LG zugelassenen Revisionen bei einem Viertel sieht.

7 Einschließlich der nunmehr wegfallenden 30 Urteile über unbeschränkt statthafte Revisionen nach §§ 547, 621d Abs. 2 ZPO a.F.

8 Vgl. § 23 Nr. 1 GVG; in den in § 23 Nr. 2 GVG bezeichneten Streitigkeiten kommen gelegentlich auch höhere Streitwerte vor.

## Entwicklung des Geschäftsgangs des BGH in Zivilsachen

Zeitraum	Revisionen Nichtzu- lassungs- beschwerden	davon		Ablehnung der Zulassung (§ 544 ZPO)	Zulassung der Revision durch den BGH (§ 544 ZPO)	streitig erledigte Nichtzu- lassungs- beschwerden	Zulassungs- quote	Rechts- beschwerden
		zugelassene Revisionen	Nichtzu- lassungs- beschwerden					
2002	4592	783	3809	202	15	217	6,9 %	1228
VII/02 bis III/03 (9 Monate)	3321	731	2590	486	39	525	7,4 %	1109
Hoch- rechnung*) auf 12 Monate	4428	975	3453	648	52	700	7,4 %	1479

\*) Anhand der letzten 9 Monate (Juli 2002 bis März 2003).

den OLG zugelassenen Revisionen für den Streitwertbereich über 30 000 Euro, also den Bereich der Wertrevisionen nach altem Recht, in welchem der BGH im Durchschnitt der letzten fünf Jahre (1997–2001) 520 Revisionen angenommen hat. Signifikant ist die Veränderung im Streitwertbereich unterhalb 30 000 Euro (60 000 DM): Hier stehen zu erwartende 420 zugelassene Revisionen nach neuem Recht 164 nach altem Recht zugelassene Revisionen (Durchschnitt der Jahre 1997–2001) gegenüber, also mit einer Steigerungsrate von mehr als 150 %.

Diese aus dem knappen statistischen Material abgeleiteten Schätzungen werden durch die Beobachtungen der Praxis bestätigt. Denn die OLG verfahren bei der Zulassung von Revisionen im bisherigen Streitwertbereich der Wertrevisionen (über 30 000 Euro) keineswegs kleinlich oder zurückhaltend<sup>9</sup>. Auf der anderen Seite führen die von den LG zugelassenen Revisionen zu einer drastischen Zunahme im Bagatellbereich; nicht selten muss sich der BGH inhaltlich mit Revisionen befassen, deren Streitwert unterhalb der Berufungssumme von 600 Euro<sup>10</sup> liegt.

Geradezu hoffnungslos ist der Zustand bei der **Rechtsbeschwerde**. Hierzu hat soeben der Vorsitzende des IX. ZS Dr. *Kreft* öffentlich den „Missstand“ ausgerufen und gefordert, der daraus resultierenden unerträglichen Belastung des BGH „ein schleuniges Ende zu bereiten“<sup>11</sup>. Als nahe liegende Lösung schlägt *Kreft* vor, in den beim AG beginnenden Verfahren anstelle des BGH die OLG als Rechtsbeschwerdegerichte zu bestimmen und diese ihrerseits zu verpflichten, den BGH anzurufen, wenn sie von der Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen wollen. Das bedeutete im Bereich des Insolvenzrechts im Ergebnis die Rückkehr zu § 7 der InsO in seiner ursprünglichen Fassung und dessen Erstreckung auf weitere Rechtsgebiete, insbesondere das Zwangsvollstreckungsverfahren<sup>12</sup>. Diese Forderung trifft sich in ihrem rechtspolitischen Kern mit Vorschlägen, die die Anwaltschaft in der Diskussion um die Neugestaltung der Rechtsmittel durch die ZPO-Reform – un-

gehört – vorgetragen hatte<sup>13</sup>. So aber musste der BGH, um der „Springflut“ der Rechtsbeschwerden in Insolvenz- und Zwangsvollstreckungssachen Herr zu werden, den IXa-ZS als Hilfssenat einrichten. Ungeachtet der dramatischen Zunahme der Arbeitsbelastung in allen Rechtsmittelbereichen schreckt der BGH vor der Forderung nach Einrichtung eines ordentlichen XIII. ZS jedoch zurück, weil andernfalls nach einem Beschluss der sog. Föderalismuskommission ein weiterer Strafsenat nach Leipzig umziehen müsste<sup>14</sup>.

Schon jetzt – nach gerade einem Jahr – muss festgestellt werden, dass die regierungsamtlichen Aussagen zu den Auswirkungen, die die ZPO-Reform auf den BGH haben würde, auf einer beachtlichen Fehlprognose beruhen. So sollte mit der Neuregelung des Zugangs zur Revisionsinstanz eine „Blockade der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ gerade vermieden werden<sup>15</sup>. Die Übergangsregelung in § 26 Nr. 8 EGZPO, die für die Dauer von fünf Jahren eine Wertgrenze von 20 000 Euro als Voraussetzung der Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde vorschreibt, sollte zu einer „spürbaren Entlastung des BGH“ führen<sup>16</sup>. Schließlich wurde prophezeit, dass die Reform „keinen personellen oder sächlichen Mehrbedarf beim BGH“ verursache<sup>17</sup>. Alle diese Aussagen sind widerlegt. Dementsprechend hat die Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage bestätigt, dass dem BGH zusätzliche Mittel zur Bewältigung des unerwarteten Aufgabenzuwachses bewilligt wurden<sup>18</sup>. Vollends als Illusion erweist sich schließlich die im Gesetzestext selbst wie in der amtlichen Begründung ausgedrückte Hoffnung, nach Ablauf der fünfjährigen Übergangszeit falle die Wertgrenze von 20 000 Euro ersatzlos weg mit der Folge, dass ab 1. Januar 2007 jedes Berufungsurteil, in welchem die Revision nicht zugelassen wurde, ohne jegliche wertmäßige Beschränkung mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen werden könne. Die praktischen Entlastungserfordernisse machen es vielmehr wahrscheinlich, dass die Wertgrenze – mit einem Be-

9 Der Vizepräsident des BGH, Dr. *Wenzel*, führt dies, wie er bei dem Jahrespressesgespräch mutmaßte, auf eine gewisse Unsicherheit bei den OLG zurück; manche OLG ließen lieber die Revision zu, als später vom BGH im Wege der stattgebenden Nichtzulassungsbeschwerde entsprechend belehrt zu werden, dass die Zulassungsvoraussetzungen (grundsätzliche Bedeutung oder Sicherung der Einheitlichkeit der Rspr.) doch vorgelegen hätten (NJW 2003, Heft 7 S. XII).

10 § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO in der Fassung des ZPO-RG.

11 *Kreft*, ZRP 2003, 77, 78.

12 *Kreft* a.a.O. S. 77 f.

13 So wurde nicht nur für die Beibehaltung des Rechtsentscheids in Wohnraummietssachen (§ 541 ZPO a.F.), sondern für eine Ausweitung eines solchen Vorlageverfahrens auf andere Rechtsgebiete plädiert; vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, März 2000, AnwBl. 5/2000, Sonderheft S. 50; Stellungnahme der BRAK zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, November 2000, S. 43.

14 Beschl. v. 27.5.1992 Drucks. 12/2853.

15 Amtliche Begründung zum ZPO-RG, BT-Drucks. 14/4722 S. 66.

16 A.a.O. S. 68, 71.

17 A.a.O. S. 71.

18 Antwort des Parl. Staatssekretärs *Hartenbach* v. 26.2.2003 (BT-Drucks. 15/512).

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

trag, der eher über 20 000 Euro als darunter liegen dürfte – als fester Bestandteil der in § 544 ZPO selbst zu regelnden Statthaftigkeitsvoraussetzungen verankert wird. Die Sympathie, die seinerzeit der Präsident und zahlreiche Richter des BGH der Einführung der Grundsatzrevision entgegengebracht haben, ist einer deutlichen Ernüchterung gewichen. Die Auswüchse bei der – der Grundsatzrevision nachgebildeten – Rechtsbeschwerde lassen den BGH schon als „Opfer der Prozessreform“ erscheinen<sup>19</sup>. Handlungsbedarf bahnt sich an.

## II. Die neuen Verfahrensvorschriften in der praktischen Anwendung

Seit Ende Mai 2002 hat der BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen, von denen ein großer Teil auch für die amtliche Sammlung BGHZ vorgesehen ist, zu einer Reihe mehr oder minder strittiger Auslegungsfragen Stellung genommen und Leitlinien für die Handhabung des neuen Revisionsrechts aufgestellt<sup>20</sup>.

### 1. Sprachliches

Da die neue, durch das ZPO-Reformgesetz erstmals für den Zivilprozess eingeführte Nichtzulassungsbeschwerde kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts in der Hauptsache ist<sup>21</sup>, richtet sie sich nicht gegen das anzufechtende Urteil als Ganzes, sondern nur gegen die darin gleichzeitig ausgesprochene Entscheidung, dass die Revision nicht zugelassen wird. Dementsprechend tenoriert der BGH seine ablehnenden Beschlüsse in Anlehnung an den Wortlaut des § 543 Abs. 1 Nr. 2 ZPO regelmäßig wie folgt:

„Die Beschwerde des Kl./Bekl. gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des ... vom ... wird zurückgewiesen.“

Folglich sollte für den Bf. auch nicht „Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil ...“, sondern „Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil ...“ eingelegt werden.

In § 544 Abs. 5 Satz 2 ZPO ist von der „Ablehnung“ der Beschwerde durch das Revisionsgericht die Rede. Der Reformgesetzgeber entfernt sich damit ohne einleuchtenden Grund von dem üblichen, von ihm selbst für die neue Rechtsbeschwerde (§ 577 Abs. 3 ZPO) gepflogenen Sprachgebrauch, wonach eine Beschwerde wie jedes Rechtsmittel nicht als unbegründet abgelehnt, sondern „zurückgewiesen“ wird<sup>22</sup>. Der BGH tenoriert deshalb in ständiger Praxis die unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerden mit der herkömmlichen Formulierung, indem die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision „zurückgewiesen“ wird.

### 2. Zeitlicher Anwendungsbereich des neuen Rechtsmittels

Sowohl für die Berufung als auch für die Revision ist nach den Übergangsvorschriften des § 26 Nr. 5 und 7 EGZPO der Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das angefochtene Urteil ergeht, als Kriterium für die Anwendung des neuen Rechts bestimmt. Dies hat des Öfteren zu Missverständnissen und Fehlern bei Anwälten in der Berufungsinstanz geführt. In zwei Beschlüssen hat der BGH jedoch klargestellt, dass es für die Frage, wann die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist, ohne Be-

deutung ist, ob einem Beteiligten gem. § 283 Abs. 1 ZPO ein Schriftsatzrecht eingeräumt worden ist<sup>23</sup>. Der Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist, ist gem. § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zwingend im Urteil anzugeben. Das ist der Zeitpunkt, den die Übergangsvorschriften zur einheitlichen Bestimmung des anwendbaren Berufungs- oder Revisionsrechts meinen. Die Anknüpfung an das einer Partei eingeräumte Schriftsatzrecht würde in einem Fall, in dem beide Parteien durch das Urteil beschwert sind, zu der unhaltbaren Folge führen, dass etwa die Berufung (Revision) der einen Partei dem alten und die der anderen Partei dem neuen Recht unterworfen wäre, das Rechtsmittelgericht also ein und denselben Fall nach zwei unterschiedlichen Verfahrensordnungen behandeln müsste.

Die nach dem Übergangsrecht nicht ausdrücklich geregelte Frage, nach welchen Vorschriften das Berufungsgericht sein Urteil abzufassen hat, ist inzwischen ebenfalls entschieden. Finden für ein Berufungsverfahren die am 31.12.2001 geltenden Vorschriften Anwendung, so bedarf es im Berufungsurteil auch dann einer Darstellung des Tatbestandes nach § 543 a.F. ZPO, wenn das Revisionsverfahren nach dem ab 1. Januar 2002 geltenden Prozessrecht zu führen ist<sup>24</sup>. Die regelmäßig zur Aufhebung des Berufungsgerichts führende Rüge des fehlenden Tatbestandes greift indessen, wie der BGH in mehreren Entscheidungen inzwischen klargestellt hat, auch dann ein, wenn das Berufungsurteil nach der neuen Vorschrift des § 540 ZPO gestaltet wurde, aber keine Angaben zu den Berufungsanträgen enthält; denn eine – wenigstens sinnngemäße – Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil ist auch nach neuem Recht, das eine weitgehende Entlastung der Berufungsgerichte bei der Urteilsabfassung bezweckt, nicht entbehrlich<sup>25</sup>.

### 3. Wertgrenze für Nichtzulassungsbeschwerden

Gem. § 26 Nr. 8 EGZPO hängt für eine Übergangszeit von fünf Jahren die Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde davon ab, dass „der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20 000 Euro übersteigt“. Im Schrifttum war und ist umstritten, ob für die damit beschriebene Wertgrenze die Beschwer des Bf. aus dem Berufungsurteil<sup>26</sup> oder vielmehr der Wert des Beschwerdegegenstandes aus dem beabsichtigten Revisionsverfahren<sup>27</sup> maßgebend ist. Bereits mit Beschl. v. 27.6.2002<sup>28</sup> hat sich der BGH eindeutig für die letztere Auffassung entschieden. Es blieb allein dem Gesetzgeber überlassen, ob er die Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde an den aus dem bisherigen Recht bekannten „Wert der Beschwer“ oder aber an den vom Bf. anzugebenden Wert seines künftigen Abänderungsbegehrens knüpfen wollte. Die Formulierung des § 26 Nr. 8 EGZPO weicht eindeutig von den in den §§ 546, 554b ZPO a.F. verwendeten Begriffen ab und zwingt den Bf. dazu, innerhalb laufender Begründungsfrist darzulegen, dass er mit der beabsichtigten Revision die Abänderung des Berufungsurteils in

19 Krefit, ZRP 2003, 77.

20 Alle nachfolgend zitierten Entscheidungen sind im Internet veröffentlicht unter: www.bundesgerichtshof.de.

21 Wenzel, MünchKomm zur ZPO-Reform 2002, § 544 Rdnr. 1; Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl., § 544 Rdnr. 2; Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 544 Rdnr. 5.

22 Vgl. Wenzel, a.a.O. Rdnr. 15.

23 Beschl. v. 5.11.2002 – X ZB 22/02, NJW 2003, 434; Beschl. v. 5.11.2002 – X ZB 29/02. A.A. OLG München, Urte. v. 9.7.2002 – 18 U 2803/02.

24 BGH, Urte. v. 19.2.2003 – VIII ZR 205/02.

25 BGH, Urte. v. 19.2.2003 – VIII ZR 205/02; Urte. v. 26.2.2003 – VIII ZR 262/02; Urte. v. 26.2.2003 – VIII ZR 261/02; ebenso Meyer-Seitz, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 540 Rdnr. 7; Musielak/Ball, a.a.O., § 540 Rdnr. 3.

26 So Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., § 544 Rdnr. 4; Hannich, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 544 ZPO Rdnr. 4; Ullmann, WRP 2002, 593, 595; aus jüngster Zeit Jauernig, NJW 2003, 465, 466 f., 469; von Gierke/Seiler, JZ 2003, 403, 404.

27 So Musielak/Ball, a.a.O., § 544 Rdnr. 6; Büttner, MDR 2001, 1201, 1206; Zöller/Gummer, a.a.O., § 26 EGZPO Rdnr. 14.

28 V ZR 148/02, NJW 2002, 2720; ferner Beschl. v. 25.7.2002 – V ZR 118/02, NJW 2002, 3180; ebenso BGH, Beschl. v. 23.10.2002 – IV ZR 154/02, VersR 2002, 1578.

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

einem Umfang, der die Wertgrenze von 20 000 Euro übersteigt, erstrebe<sup>29</sup>. Unterlässt der Bf. – wie in der Anfangszeit wiederholt zu beobachten war – diese Angabe, dann riskiert er die Verwerfung seines Rechtsmittels als unzulässig.

Im praktischen Ergebnis bedeutet diese gesetzliche Wertgrenze, dass der Wert der (zulässigerweise) geltend zu machenden Beschwerde durch die Beschwer des Bf. aus dem Berufungsurteil begrenzt ist<sup>30</sup>. Übersteigt der Wert der Beschwer 20 000 Euro nicht, so findet eine Nichtzulassungsbeschwerde in keinem Fall statt. Falls der Wert der Beschwer dagegen 20 000 Euro übersteigt, kann und muss der Bf. sich innerhalb laufender Begründungsfrist dafür entscheiden und angeben, ob er mit der beabsichtigten Revision den vollen Wert der Beschwer ausschöpfen oder nur einen Teil davon zum Gegenstand seiner Nichtzulassungsbeschwerde und der künftigen Revision machen will.

Bei Teilanfechtungen ist gleichfalls Vorsicht geboten. Sind Teile des Prozessstoffs abtrennbar und einer beschränkten Revisionszulassung zugänglich, so muss die Wertgrenze hinsichtlich des Teils überschritten sein, für den in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO ein Zulassungsgrund für die Revision hinreichend dargelegt wird<sup>31</sup>.

Noch nicht eindeutig geklärt ist dagegen die weitere Frage, ob für **jeden** Teil des Prozessstoffs, für den der Bf. einen Zulassungsgrund geltend macht, die Grenze von 20 000 Euro überschritten sein muss oder ob es genügt, dass die Summe aller geltend gemachten Teile 20 000 Euro übersteigt. Diese Frage stellt sich geradezu regelmäßig bei Prozessen mit Anspruchshäufung. Weder der Wortlaut noch der Zweck des § 26 Nr. 8 EGZPO geben einen hinreichenden Anhalt für die Auffassung, dass für jeden ordnungsgemäß begründeten Teil die Wertgrenze überschritten sein muss<sup>32</sup>.

Schließlich ist noch der Fall zu erwähnen, dass das Berufungsgericht wegen eines von mehreren abtrennbaren Ansprüchen die Revision zulässt, nicht aber wegen eines anderen Anspruchs. Ist der Bf. wegen eines solchen Anspruchs nur mit einem Betrag unterhalb der Wertgrenze beschwert, dann ist dieser Teil der Entscheidung, weil das Berufungsgericht die Revision insoweit nicht zugelassen hat, gem. § 26 Nr. 8 EGZPO unanfechtbar. Übersteigt dagegen die Beschwer aus diesem Teil der Entscheidung 20 000 Euro, so kann der Bf. ein und dasselbe Urteil zugleich mit der zugelassenen Revision und der Nichtzulassungsbeschwerde anfechten<sup>33</sup>. Diese Fallgestaltung war zwar, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des BGH; die Statthaftigkeit und Notwendigkeit einer parallelen Anfechtung durch Revision und Nichtzulassungsbeschwerde wird jedoch weder durch den Wortlaut noch durch die Systematik des neuen Revisionsrecht ausgeschlossen.

Gem. § 546 Abs. 2 ZPO a.F. musste das OLG in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche den Wert der Beschwer in seinem Urteil festsetzen; daran war das Revisionsgericht gebunden, wenn der festgesetzte Wert 60 000 DM überstieg. Obwohl diese Vorschrift ersatzlos weggefallen ist, setzen Berufungsgerichte häufig noch immer den Wert der Beschwer fest. Darauf sollte sich der Bf. jedoch nicht verlassen. Denn der BGH ist an eine solche Beschwerfestsetzung nicht mehr gebun-

den, d.h. auch dann nicht, wenn der Wert fehlerhaft auf mehr als 20 000 Euro festgesetzt wurde. Vielmehr muss der Bf. in eigener Verantwortung den Wert seiner Beschwer aus dem Berufungsurteil ermitteln, um festzustellen, ob eine Nichtzulassungsbeschwerde überhaupt in Betracht kommt. Nach der Rspr. des BGH reicht es aber zur Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde hin, dass der Bf. glaubhaft macht, der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer übersteige 20 000 Euro; einer Wertermittlung nach § 3 Halbs. 2 ZPO bedarf es nicht<sup>34</sup>. Bemisst sich die Beschwer nach §§ 2, 3 ZPO, dann wird allerdings häufig die tatrichterliche Wertschätzung des Berufungsgerichts eine taugliche Grundlage für den vom Bf. geltend zu machenden Wert sein<sup>35</sup>.

Die Wertgrenze von 20 000 Euro gem. § 26 Nr. 8 EGZPO gilt nicht für die Rechtsbeschwerde gegen einen Verwerfungsbeschluss nach § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO<sup>36</sup>. Bei Verwerfung der Berufung durch Urteil (ohne Zulassung der Revision) gilt für die Nichtzulassungsbeschwerde – dem Wortlaut nach – die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO. Damit wird der Gleichlauf der Anfechtbarkeit, unabhängig von der Form der Entscheidung, verfehlt. Der BGH hat bisher offengelassen, ob bei Verwerfung durch Urteil die Wertgrenze nicht anzuwenden ist<sup>37</sup>. Im Schrifttum wird eine „teleologische Reduktion“ des § 26 Nr. 8 EGZPO befürwortet mit der Folge, dass auch für eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Verwerfungsurteil die Wertgrenze keine Anwendung findet<sup>38</sup>.

#### 4. Begrenzung des Instanzenzuges gem. § 542 Abs. 2 ZPO

Im Schrifttum zur ZPO-Reform ist umstritten, ob eine Revision oder Rechtsbeschwerde, die das Berufungsgericht gegen seine Entscheidung in einer Arrest- oder Verfügungssache zugelassen hat, statthaft ist<sup>39</sup>. Diesen Streit hat der BGH mittlerweile in vereinendem Sinne entschieden.

Vorangegangen war in der Diskussion um die Limitierung des Instanzenzuges die Entscheidung in einem anderen Rechtsgebiet<sup>40</sup>. Der BGH hatte dort eine Rechtsbeschwerde, die ein LG im Kostenansatzverfahren nach dem Gerichtskostengesetz zugelassen hatte, als unzulässig verworfen. Da nach § 5 Abs. 2 Satz 3 GKG eine Beschwerde an einen obersten Gerichtshof des Bundes nicht stattfindet, besteht eine Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die Zulassung nicht, weil eine Entscheidung, die vom Gesetz der Anfechtung entzogen ist, auch bei – irriger – Rechtsmittelzulassung unanfechtbar bleibt. Die Zulassung des Rechtsmittels kann nicht dazu führen, dass dadurch ein gesetzlich nicht vorgesehener Instanzenzug eröffnet wird.

Erfolglos blieb auch eine (nicht zugelassene) Rechtsbeschwerde, mit welcher sich ein Arrestbeklagter gegen die Verwerfung seiner verfristeten Berufung und die Versagung der Wiedereinsetzung wandte: Auf die unbeschränkte Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gem. § 522 Abs. 1 ZPO konnte sich der Bf. nach Auffassung des BGH<sup>41</sup> nicht berufen, weil sich die Beschränkung des Instanzenzuges aus den Regelungen über das Revisionsverfahren (§ 542 Abs. 2 ZPO) zwingend ergibt. Dass das Berufungsgericht nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss entscheidet, ändert am provisorischen Charakter der in § 542

29 So zutreffend BGH, Beschl. v. 27.6.2002 a.a.O. S. 2721 und Beschl. v. 23.10.2002 a.a.O.

30 Zutreffend *Zöller/Gummer*, a.a.O., § 26 EGZPO Rdnr. 14.

31 BGH, Beschl. v. 27.6.2002 a.a.O. S. 2721.

32 A.A. *Wenzel*, NJW 2002, 3357.

33 Sollte in einer bayerischen Sache das Berufungsgericht die Revision für den einen Teil zum Bayerischen Obersten Landesgericht zugelassen haben (§ 7 Abs. 1 EGZPO), dann muss die Revision dort, die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den anderen Teil jedoch beim BGH eingereicht werden (§ 7 Abs. 2 EGZPO).

34 BGH, Beschl. v. 25.7.2002 – V ZR 118/02, NJW 2002, 3180.

35 BGH, Beschl. v. 25.7.2002 a.a.O.

36 Beschl. des BGH v. 4.9.2002 – VIII ZB 23/02, NJW 2002, 3783; Beschl. v. 19.9.2002 – V ZB 31/02, NJW-RR 2003, 132.

37 Beschl. v. 4.9.2002 a.a.O.; Beschl. v. 19.09.2002 a.a.O.

38 *Wenzel*, NJW 2002, 3357; *Meyer-Seitz* in *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002, § 522 Rdnr. 16.

39 Bejahend *Wenzel*, MünchKomm zur ZPO-Reform, § 542 Rdnr. 13; *Hannich*, in *Hannich/Meyer-Seitz*, a.a.O., § 542 Rdnr. 7.

40 BGH, Beschl. v. 1.10.2002 – IX ZB 271/02, NJW 2003, 70.

41 BGH, Beschl. v. 10.10.2002 – VII ZB 11/02, NJW 2003, 69.

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

Abs. 2 ZPO genannten Eilverfahren nichts. Die äußere Form der Entscheidung hat keine Auswirkungen auf den Inhalt der Entscheidung und eröffnet deshalb nicht entgegen § 542 Abs. 2 ZPO eine Überprüfung durch den BGH.

Mit Beschl. v. 27.2.2003<sup>42</sup> hat der BGH sodann ausdrücklich entschieden, dass im Arrest- oder Verfügungsverfahren wegen des durch § 542 Abs. 2 ZPO begrenzten Instanzenzuges die Rechtsbeschwerde ungeachtet ihrer Zulassung durch das Berufungsgericht nicht statthaft ist. Daraus folgt zwangsläufig, dass auch die in einem Urteil des Berufungsgerichts gem. § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ausgesprochene Zulassung der Revision den BGH nicht binden würde, eine gleichwohl eingelegte Revision also als unstatthaft verworfen werden müsste.

Die Grundsätze dieser Rspr. sind allerdings nicht neu. Schon zum alten Verfahrensrecht hatte der BGH entschieden, dass die Zulassung der Revision gegen ein Urteil des OLG, das (wie das LG) die örtliche Zuständigkeit verneint, nicht entgegen § 549 Abs. 2 ZPO a.F. eine dritte Instanz eröffnet<sup>43</sup>.

### 5. Darlegungserfordernisse für die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO ist – wie eh und je – die Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage. Da auch ein Revisionsgericht nicht die Aufgabe hat, abstrakte Rechtsfragen zu beantworten, sondern nur wegen einer Streitfrage angerufen werden kann, die sich im konkreten Rechtsstreit stellt, muss die geltend gemachte klärungsbedürftige Rechtsfrage entscheidungserheblich sein<sup>44</sup>. Wird in der Beschwerdebegründung nicht ausreichend dargetan, dass die als grundsätzlich bezeichnete Rechtsfrage entscheidungserheblich ist, dann ist die Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig<sup>45</sup>.

Entgegen der allgemeinen Auffassung des Schrifttums<sup>46</sup> hat der BGH entschieden, dass im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO das Revisionsgericht nur die Revisionszulassungsgründe prüft, die in der Beschwerdebegründung schlüssig und substantiiert dargelegt sind<sup>47</sup>. Dabei bezieht sich der BGH auf eine entsprechende Rspr. der anderen obersten Bundesgerichte und auf eine in § 544 ZPO fehlende Verweisung auf § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Mit dieser zwiespältigen und wenig überzeugenden Ansicht wird die Maxime der Rechteinheit, auf die die ZPO-Reform als den entscheidenden Revisionszweck so nachdrücklich abgestellt hat, gegen die Parteimaxime ausgespielt. Es ist schwer verständlich, warum der BGH sehenden Auges eine Grundsatzfrage unentschieden lassen soll, nur weil der Bf. dies vielleicht anders beurteilt und den aus der Sicht des BGH entscheidenden Revisionszulassungsgrund nicht vorgebracht hat.

### 6. Begründungsfrist für Nichtzulassungsbeschwerde und Revision (§§ 544 Abs. 2, 551 Abs. 2 Satz 2 bis 6 ZPO)

Im Gegensatz zum bisherigen Recht setzt die Zustellung des Urteils nicht nur die Frist für die Einlegung des Rechtsmittels, sondern auch die Frist für dessen Begründung in Lauf (§ 544 Abs. 2

Satz 1, § 551 Abs. 2 Satz 3 ZPO)<sup>48</sup>. Die Regelung ist theoretisch klar und ansprechend, führt in der Praxis jedoch zu neuen Unsicherheiten. Für das Rechtsmittelgericht steht der Fristlauf erst fest, wenn die Gerichtsakten mit dem Empfangsbekanntnis vorliegen. Da in der dritten Instanz zwingend ein Anwaltswechsel stattfindet, kann der Revisionsanwalt die Fristenkontrolle nur aufgrund der Angabe seines Voranwaltes durchführen. Der BGH seinerseits verlässt sich, auch bei Verlängerung der Begründungsfrist, zunächst auf die Angabe in der Revisionsschrift. Da diese aber mangels Gerichtsakten nicht sofort überprüft werden kann, verlängern manche Vorsitzende deshalb nur „unter Vorbehalt“. Urkundliche Klarheit tritt nicht selten erst nach Monaten ein.

Die Limitierung der (zustimmungsfreien) Verlängerung auf zwei Monate (§§ 551 Abs. 2 Satz 6, 544 Abs. 2 Satz 2 ZPO) ist für die Praxis der BGH-Anwaltschaft unerträglich. Das bedarf zur Vermeidung von Fehlverständnissen einer kurzen Erläuterung: Ein Zeitraum von bis zu vier Monaten ab Zustellung des anzufechtenden Urteils erscheint für die Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde oder einer (zugelassenen) Revision bei abstrakter Betrachtung reichlich und auskömmlich, in der Praxis allerdings nur dann, wenn

- der Anfall bearbeitungsreifer fristgebundener Arbeiten keinen größeren Schwankungen unterliegt und keine unkalkulierbaren Überlastungen auftreten,
- das Mandat alsbald nach Zustellung des Urteils und nicht erst gegen Ende der einmonatigen Einlegungsfrist erteilt wird,
- die für die Bearbeitung unentbehrlichen Gerichtsakten alsbald nach Einlegung des Rechtsmittels zur Verfügung stehen,
- die Kostendeckung geklärt ist,
- die Erledigung nicht durch Urlaub oder Krankheit behindert wird und
- der Mandant der Empfehlung des Revisionsanwalts – Durchführung des Rechtsmittels mit einer bestimmten Begründung oder Rücknahme des Rechtsmittels wegen Aussichtslosigkeit – unverzüglich folgt und keine zeitraubenden Diskussionen über die weitere Behandlung des Rechtsmittels notwendig werden.

Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Als Haupthindernis erweist sich jedoch vor allem der Umstand, dass die Vorinstanzen die Aufforderung des BGH, die Prozessakten zu übersenden (§ 565 i.V.m. § 541 ZPO), nicht ernst nehmen und die Akten mitunter erst nach Monaten vorlegen. Bevor die Akten übersandt werden, werden dort nicht selten Kostenfestsetzungsanträge, Tatbestandsberichtigungsanträge oder Verfahrenshandlungen nach Erlass eines Teil- oder Grundurteils erledigt. Dass die sachgerechte Bearbeitung einer Nichtzulassungsbeschwerde oder einer Revision die Einsicht der vorinstanzlichen Gerichtsakten voraussetzt, ist unter den Richtern und Anwälten der Revisionsinstanz völlig unumstritten. Insbesondere schwerwiegende Verfahrensfehler, die zugleich als Verstöße gegen Verfahrensrechte geltend zu machen sind, lassen sich nur anhand der Gerichtsakten ermitteln und belegen.

Aber auch die späte Beauftragung des Revisionsanwalts und Verzögerungen und Schwierigkeiten beim Nachweis der Kostendeckung reduzieren die dem Revisionsanwalt zur Verfügung stehende Zeit für die Begründung. Schließlich muss der Revisionsanwalt bei seiner Zeitkalkulation berücksichtigen, dass er nach Prüfung der Erfolgsaussichten zu einem negativen Ergebnis kommen kann und dem Mandanten raten muss, das Rechts-

42 I ZB 22/02 (für BGHZ bestimmt). Ebenso BAG, Beschl. v. 22.1.2003 – 9 AZB 7/03.

43 BGH NJW 1988, 3267.

44 BGH, Beschl. v. 19.12.2002 – VII ZR 101/02, NJW 2003, 831; Beschl. v. 5.12.2002 – IX ZR 70/02; Beschl. v. 7.1.2003 – X ZR 82/02, NJW 2003, 1125, 1126; Wenzel, NJW 2002, 3354; a.A. von Gierke/Seiler, JZ 2003, 406.

45 BGH, Beschl. v. 18.12.2002 – IX ZR 117/02.

46 Musielak/Ball, a.a.O., § 544 Rdnr. 22; Zöller/Gummer, a.a.O., § 544 Rdnr. 10; Ullmann, WRP 2002, 593, 598.

47 BGH, Beschl. v. 23.7.2002 – VI ZR 91/02, NJW 2002, 3334.

48 Gleich lautend für die Berufungsbegründung § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO und für die Rechtsbeschwerde § 575 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

mittel zurückzunehmen; dem Mandanten muss fairerweise diese Empfehlung aber so rechtzeitig offenbart werden, dass er noch die Möglichkeit hat, einen anderen Revisionsanwalt mit der Überprüfung dieses Votums und ggf. mit der Begründung des Rechtsmittels zu beauftragen, für die dieser nicht mit einer weiteren Fristverlängerung rechnen kann.

Besonders unangenehm trifft die Fristenproblematik die mittellose Partei und, im Falle der Bewilligung von Prozesskostenhilfe, deren beigeordneten Revisionsanwalt. Reicht die Partei, wozu ihr aus Kostengründen und mangels Anwaltszwangs zu raten ist, das Prozesskostenhilfesuch selbst beim BGH ein, so verstreicht bis zur Entscheidung über das Gesuch nicht nur die einmonatige Frist zur Einlegung des Rechtsmittels, sondern – als Folge des neuen Rechts – auch die zweimonatige, ebenfalls mit der Zustellung des Urteils beginnende Rechtsmittelbegründungsfrist. Deshalb muss gegen die Versäumung von **zwei** Fristen gem. § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden. Dann aber ist innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist nicht nur die Wiedereinsetzung zu beantragen, sondern zugleich die Rechtsmittelbegründung als die versäumte Prozesshandlung nachzuholen (§ 236 Abs. 2 ZPO). Eine nur zweiwöchige Begründungsfrist ist aber für einen Revisionsanwalt, der Inhalt und Umfang des Prozessstoffs noch gar nicht kennt, unzumutbar, wenn nicht unmöglich; überwiegend arbeiten die Revisionsanwälte noch immer in Einzelpraxen und verfügen dementsprechend in Verhinderungsfällen (Urlaub, Krankheit) nicht über einen Sozius als leistungsfähigen und belastbaren Vertreter<sup>49</sup>.

Die verfehlte Regelung der Begründungsfristverlängerungen hat zweifelhafte Abhilfeschläge hervorgebracht, um die starre Vier-Monats-Grenze zu durchbrechen. So soll etwa eine „missbräuchliche“ Versagung der Einwilligung des Gegners den Grund für eine weitere Fristverlängerung abgeben; welcher Vorsitzende dazu bereit ist, eine solche Fristverlängerung contra legem zu bewilligen, ist unbekannt. Für den Fall, dass dem Anwalt des Rechtsmittelführers die Gerichtsakten nicht rechtzeitig vor Fristablauf ausgehändigt werden können, wurde des Weiteren erwohnen, der Anwalt möge die Frist verstreichen lassen und nach Aushändigung der Gerichtsakten sodann innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO Wiedereinsetzung beantragen und das Rechtsmittel begründen. Solche Vorschläge sind gut gemeint, für einen vorsichtigen und verantwortungsbewussten Revisionsanwalt aber viel zu riskant. Wenn im Ernstfall die Hoffnung trügt, die Frist verstreicht und Wiedereinsetzung nicht bewilligt wird, riskiert der Anwalt womöglich noch seinen Haftpflichtversicherungsschutz wegen wissentlicher Pflichtverletzung.

Die BGH-Anwaltschaft hat es deshalb sehr begrüßt, dass der Präsident des BGH mit Schreiben v. 16.9.2002 das Bundesministerium der Justiz mit eingehender und überzeugender Begründung darum gebeten hat, § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 ZPO schnellstens zu ändern und den Vorsitzenden der Zivilsenate des BGH wieder die bisher gegebene flexible Verlängerungsmöglichkeit für Rechtsmittelbegründungsfristen (§ 554 Abs. 2 ZPO a.F.) einzuräumen. Die Bundesministerin der Justiz hat im Rahmen der Justizpressekonferenz am 6.3.2003 in Karlsruhe erfreulicherweise bestätigt, dass dieser Bitte alsbald entsprochen werden soll.

49 Die Auffassung *Meyer-Seitz* in: *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002, § 520 Rdnr. 10, dass als Wegfall des Hindernisses i.S. des § 234 Abs. 2 ZPO nicht die PKH-Bewilligung, sondern erst die Einlegung des Rechtsmittels anzusehen ist und dass deshalb dem Rechtsmittelführer zwei mal zwei (= vier) Wochen Zeit für die Begründung zur Verfügung stehen, erscheint zu gewagt, als dass ein der anwaltlichen Vorsicht verpflichteter Prozessbevollmächtigter sich darauf verlassen sollte.

## 7. Die Zulassungsgründe gem. §§ 543 Abs. 2, 574 Abs. 2 ZPO

In einer ganzen Reihe von Grundsatzentscheidungen hat sich der BGH – erwartungsgemäß – mit den in den §§ 543 Abs. 2 und 574 Abs. 2 ZPO übereinstimmend formulierten Voraussetzungen beschäftigt, unter denen die Revision oder die Rechtsbeschwerde zuzulassen ist. Dass eine Sache **grundsätzliche Bedeutung** i.S. dieser Vorschriften hat, „wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann“<sup>50</sup>, ist nicht neu und entspricht einem schon durch die §§ 546, 554 b ZPO a.F. und vergleichbare Vorschriften anderer Verfahrensordnungen geprägten Normverständnis. Der BGH betont allerdings zunehmend als weiteres Element auch dieses Zulassungsgrundes das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der „einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts“<sup>51</sup>. Auch den Zulassungsgrund der **Fortbildung des Rechts** definiert der BGH – im Anschluss an die amtliche Begründung<sup>52</sup> – als die durch den Einzelfall veranlasste Erforderlichkeit einer höchstrichterlichen Entscheidung zu dem Zweck, „Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen“<sup>53</sup>; in der Rechtsmittelpraxis hat dieser eher seltene Zulassungsgrund aber nur eine untergeordnete Bedeutung.

Für Verwirrung und Unruhe hat dagegen die neue BGH-Rspr. zu dem dritten, für die Praxis wichtigsten Zulassungsgrund der **Sicherung einer einheitlichen Rspr.** geführt. Dass zu diesem Zulassungsgrund die Divergenz im herkömmlichen Sinne zählt, d.h. also der Fall, dass in der angefochtenen Entscheidung ein (abstrakter) Rechtssatz aufgestellt ist, der von einem die höchstrichterliche Vergleichsentscheidung tragenden (abstrakten) Rechtssatz abweicht<sup>54</sup>, ist gleichfalls nicht neu und beschreibt die aus anderen Verfahrensordnungen bekannte „Divergenzrevision“ – eine Rechtsmittelvariante, die wegen der Seltenheit echter Divergenzen (im engeren Sinne) und ihrer extrem hohen Erfolglosigkeitsrate bei den Parteien und ihren Anwälten wenig Freunde hat. Die aus Sicht der Rechtsuchenden wichtigste Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein **kausaler Rechtsanwendungsfehler im Einzelfall** unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rspr. die Zulassung der Revision ermöglicht, ist jedoch vom BGH in einer inzwischen schon als gefestigt zu bezeichnenden Rspr. extrem restriktiv und in offenem Widerspruch zu den aus den Gesetzesberatungen bekannten Interpretationen beantwortet worden.

Fehler bei der Anwendung von Rechtsnormen des revisiblen Rechts sollen nur dann die Voraussetzungen dieses Zulassungsgrundes erfüllen, wenn sie die Wiederholung durch dasselbe Gericht oder die Nachahmung durch andere Gerichte erwarten ließen und wenn dadurch über die Einzelfallentscheidung hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berührt würden. Zu diesem Zweck müsse der Bf. darlegen, dass das Berufungsgericht etwa eine höchstrichterliche Rspr. in ständiger Praxis

50 BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3029 (für BGHZ bestimmt); Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 67 (für BGHZ bestimmt); Beschl. v. 19.12.2002 – VII ZR 101/02, NJW 2003, 831.

51 BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – V ZR 75/02, NJW 2002, 2957; Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02 a.a.O.

52 BT-Drucks. 14/4722 S. 104.

53 BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3029, 3030 (für BGHZ bestimmt).

54 BGH, Beschl. v. 29.5.2002 – V ZB 11/02, NJW 2002, 2473, 2474 (für BGHZ bestimmt); Beschl. v. 4.7.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3020, 3030 (für BGHZ bestimmt); Beschl. v. 4.7.2002 – V ZR 75/02, NJW 2002, 2957; Beschl. v. 25.7.2002 – V ZR 118/02, NJW 2002, 3180, 3181; Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 66 (für BGHZ bestimmt) mit krit. Anm. *Schlosser*, JZ 2003, 266.

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

oder in einer Weise nicht berücksichtige, die Wiederholungen oder Nachahmungen besorgen lasse. Erforderlich soll hiernach sein, dass ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts „symptomatische Bedeutung“ hat<sup>55</sup>. Diese neuartige Kategorie von Rechtsfehlern wird gar mit dem erstaunlichen Begriff der „Ansteckungsgefährlichkeit“ gekennzeichnet<sup>56</sup>. Um die Nichtzulassungsbeschwerde ordnungsgemäß zu begründen, muss der Bf. nach Auffassung des BGH nicht nur einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts benennen, sondern darüber hinaus auch konkrete Angaben zur symptomatischen Bedeutung des Fehlers machen; dabei ist darzulegen und zu belegen, dass es sich bereits um eine ständige Praxis des Berufungsgerichts handelt, oder darzulegen, dass und warum eine Wiederholung oder Nachahmung konkret zu besorgen ist<sup>57</sup>.

An solchen Erfordernissen muss jede seriöse Beschwerdebeurteilung scheitern. Denn dem Revisionsanwalt stehen für solche Zwecke keine geeigneten Aufklärungsmittel zur Verfügung. Oder sollte man sich vorstellen, dass der Revisionsanwalt das Berufungsgericht zum Zwecke der Vorlage beim Revisionsgericht um eine schriftliche Auskunft bittet, ob es den gerügten Rechtsfehler zu wiederholen gedenkt? Soll er durch Einholung eines Meinungsforschungsgutachtens den Grad der „Ansteckungsgefährlichkeit“ und die Frage klären, ob der Rechtsfehler „symptomatische Bedeutung“ mit der Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte hat? Die römische Rechtsweisheit „nemo ultra posse obligatur“ verdiente auch im Verfahrensrecht mehr Respekt<sup>58</sup>.

Nicht weniger restriktiv geht die Rspr. des BGH mit dem **schweren oder offensichtlichen Rechtsanwendungsfehler** um. Eine Differenzierung nach dem Gewicht oder nach der Evidenz eines Rechtsfehlers lehnt der BGH ausdrücklich ab; gegenteilige Äußerungen in den Gesetzesmaterialien<sup>59</sup> erklärt er für unbeachtlich, weil sie im Wortlaut der Vorschrift „Sicherung einer einheitlichen Rspr.“ keinen Ausdruck gefunden hat<sup>60</sup>. Ob ein Zulassungsgrund gegeben ist, beurteilt sich nach Auffassung des BGH nach dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde; die Zulassung der Revision wird also versagt, wenn die vom Bf. (mit Recht) für grundsätzlich gehaltene Rechtsfrage kurz zuvor durch eine Entscheidung des BGH geklärt worden ist<sup>61</sup>. Dem kann zugestimmt werden, wenn die Revision aufgrund der nunmehr geklärten Rechtsfrage ohne Erfolg geblieben wäre, nicht aber, wenn sich das angefochtene Urteil im Lichte der neuen Grundsatzentscheidung des BGH als Fehlurteil erweist<sup>62</sup>. Dem gleichen Zweck, nämlich der vereinfachten Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde dient die vom BGH vertretene Auffassung, dass ein Zulassungsgrund infolge einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, die in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen ist, nach der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde entfallen kann<sup>63</sup>.

Soweit schließlich die Verletzung von Verfahrensgrundrechten, namentlich der Grundrechte auf Gewährung rechtlichen

Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf objektiv willkürfreies Verfahren (Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) gerügt wird, soll die Revision oder Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer Einheitlichkeit der Rspr. nur dann zugelassen werden können, wenn dieser Verstoß im Einzelfall „klar zutage tritt, also offenkundig ist“<sup>64</sup> oder wenn – mit anderen Worten – die Grundrechtsverletzung sich geradezu aufdrängt und unter Berücksichtigung der Rspr. des BVerfG „nicht zweifelhaft sein kann, dass das angegriffene Urteil einer Nachprüfung durch das BVerfG nicht standhalten würde“<sup>65</sup>. Auch diese überspitzten Anforderungen sind auslegungsdogmatisch anfechtbar und schwerlich zu rechtfertigen. In dem offensichtlichen Bemühen, Parteien von der Nichtzulassungsbeschwerde möglichst fern zu halten, werden sie eher kontraproduktiv wirken, weil der BGH nicht die oberste Instanz für die Prüfung von Grundrechtsverletzungen ist und die Parteien die Nichtzulassungsbeschwerde schon zur Erschöpfung des Rechtswegs durchführen werden, um ihr Rechtsschutzbegehren sodann mit der Verfassungsbeschwerde weiterzuverfolgen<sup>66</sup>.

Die Rechtsanwaltschaft sieht sich aufgrund dieser Rspr. des BGH in der durch die Gesetzesberatungen genährten Erwartung, dass jedenfalls der schwere oder offensichtliche Rechtsfehler die Zulassung der Revision eröffnen werde, schwer enttäuscht. Vor allem der damalige Präsident des BGH hatte wiederholt erklärt, dass bei einem evidenten prozessualen oder materiellen Fehler die Revision möglich sein müsse und dass offenkundige Ergebnisverfehlungen in einem besonders wichtigen Fall von der neuen Zulassungsformel erfasst würden, weil die Aufhebung eklatant falscher Urteile zur Sicherung der Rechtsanwendungsähnlichkeit notwendig sei<sup>67</sup>. Die auf dem DAV-Forum für die Anwaltschaft erhobene Forderung, das von *Geiß* postulierte Zulassungskriterium in der Norm selbst zu verankern<sup>68</sup>, blieb unerfüllt.

In konsequenter Anwendung dieser Rspr. liest man in Zurückweisungsbeschlüssen des BGH inzwischen geradezu standardmäßig Sätze wie

„Die offensichtliche Unrichtigkeit eines Urteils ist allein kein hinreichender Grund, die Revision zuzulassen.“<sup>69</sup>

oder

„Die Entscheidung über den Hilfsanspruch ist zwar offensichtlich fehlsam ..., dies reicht zur Zulassung der Revision aber nicht hin. Es kann davon ausgegangen werden, dass Fehler dieser Art in der Rspr. der Berufungsgerichte vereinzelt bleiben.“<sup>70</sup>

oder

„Ob das Berufungsgericht damit dem Fall gerecht geworden ist, erscheint allerdings sehr zweifelhaft. ... Die Frage, ob das Berufungsurteil materiell richtig ist, hat der Senat indes nicht zu prüfen. Ein einfacher Rechtsanwendungsfehler stellt nur

55 BGH, Beschl. v. 29.5.2002 – V ZB 11/02, NJW 2002, 2473, 2474 (für BGHZ vorgesehen); Beschl. v. 4.7.2002 – V ZR 75/02, NJW 2002, 2957; Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 66 (für BGHZ bestimmt).

56 *Wenzel*, NJW 2002, 3356.

57 BGH, Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 66 f.

58 Vgl. hierzu auch die kritischen Ausführungen von *Rimmelspacher*, LMK 2003, 13, 14.

59 Nach der amtlichen Begründung (BT-Drucks. 14/4722 S. 104) berühren materielle oder formelle Fehler bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts über den Einzelfall hinaus allgemeine Interessen nachhaltig, wenn sie von erheblichem Gewicht und geeignet sind, das Vertrauen in die Rspr. zu beschädigen.

60 BGH, Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, NJW 2003, 65, 67.

61 BGH, Beschl. v. 20.11.2002 – IV ZR 197/02, NJW-RR 2003, 352.

62 Ebenso von *Gierke/Seiler*, JZ 2003, 406 f.

63 BGH, Beschl. v. 12.3.2003 – IV ZR 278/02.

64 BGH, Beschl. v. 4.7.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3029, 3030 (für BGHZ bestimmt).

65 So der XI. ZS in seinem Beschl. v. 1.10.2002 a.a.O. S. 68, der einen solchen Fall aber unter ausdrücklicher Abweichung von der Rspr. des V. a.a.O. (Beschlüsse v. 4.7.2002, NJW 2002, 3029, 3030 und NJW 2002, 2957) dem Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung zuordnen möchte; mit dieser Auffassung steht der XI. ZS allein (ablehnend neuerdings auch der VII. ZS, Beschl. v. 19.12.2002 – VII ZR 101/02, NJW 2003, 831).

66 Zutreffend *Rimmelspacher* a.a.O. S. 13.

67 *Geiß*, DAV-Forum Justizreform, Sonderheft AnwBl. 2000 S. 106; *ders.*, Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 6.12.2002 (Prot. S. 103).

68 *Büttner*, DAV-Justizforum a.a.O. S. 111.

69 BGH, Beschl. v. 19.12.2002 – VII ZR 101/02, NJW 2003, 831.

70 BGH, Beschl. v. 23.1.2003 – V ZR 98/02; ähnlich Beschl. des BGH v. 31.10.2002 – V ZR 100/02, NJW 2003, 754, 755.

## Büttner, Bericht und erste Erfahrungen mit der neuen Revision in Zivilsachen

dann einen Zulassungsgrund dar, wenn eine Wiederholung durch dasselbe Gericht oder die Nachahmung durch andere Gerichte zu erwarten ist.<sup>71</sup>

oder

„Die von der Beschwerde aufgezeigte Abweichung des Berufungsurteils von der höchstrichterlichen Rspr. eröffnet die Zulassung nicht, weil keine Wiederholungsgefahr besteht.“<sup>72</sup>

Solche aufreizenden Sentenzen provozieren Widerstand. Dem BVerfG liegen inzwischen mehrere Verfassungsbeschwerden gegen Zurückweisungsbeschlüsse des BGH vor. Sie richten sich teils gegen die Verneinung grundrechtsrelevanter Rechtsverstöße im Einzelfall, teils gegen das neue Revisionszulassungsrecht als solches, das die Ergebnisunrichtigkeit des angefochtenen Urteils als Zulassungsgrund nicht genügen lässt. Es ist hier nicht der Ort, die rechtspolitische Diskussion über das Für und Wider der Zulassungsrevision fortzusetzen<sup>73</sup>. Vielmehr bleibt zunächst abzuwarten, ob das neue Revisionsrecht der verfassungsrechtlichen Nachprüfung, insbesondere am Maßstab der Plenarentscheidung des BVerfG v. 11.6.1980<sup>74</sup> standhält.

Jedenfalls bis dahin müssen die Parteien und die Revisionsanwälte mit dieser prohibitiven Zulassungsrechtsprechung des BGH leben. Mit Bedauern ist freilich zu beobachten, dass – als Folge davon – in den Beschwerdebegründungen zum Nachweis einer Divergenz „abstrakte Rechtssätze“ behauptet werden, wo allenfalls schlichte Subsumtionsfehler gerügt werden könnten, und durchschnittliche Sach- oder Verfahrensrügen mitunter in grotesker Weise überzeichnet werden. Um wenigstens verbal dem Zulassungserfordernis zu genügen, dass der gerügte Rechtsfehler zugleich ein offenkundiger Verstoß gegen Grundrechte sei, werden Verletzungen des § 286 ZPO geradezu regelmäßig als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG und sonstige Rechtsfehler als „offensichtlich“, „grob“, „willkürlich“ und „grundrechtswidrig“ beanstandet. Als Folge einer unklaren Revisionszugsregelung wird die Skala der Gewichte der gerügten Rechtsfehler auf diese Weise verzerrt – ungeachtet des Hinweises des BVerfG, dass jedenfalls im Bereich sachlich-rechtlicher Fehler im Hinblick auf die Gewährleistung einer richtigen Einzelfallentscheidung eine Abstufung nach der Schwere oder Vertretbarkeit von Rechtsfehlern von Verfassungen wegen nicht sachgerecht wäre<sup>75</sup>.

### 8. Stimmenmehrheit im Senat für NZB-Zurückweisungsbeschlüsse

Nach § 554 b Abs. 2 ZPO a.F. war für die Ablehnung der Annahme der Revision eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen, also das Votum von vier Richtern erforderlich. Wenn nur zwei Richter des Senats für die Annahme stimmten, war die Nichtannahme der Revision ausgeschlossen.

Dieses Erschwernis für Ablehnungsentscheidungen ist durch die ZPO-Reform ersatzlos entfallen. Für die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde genügt nunmehr die absolute, d. h. die einfache Mehrheit der Stimmen nach § 196 Abs. 1 GVG. Die Stimmenmehrheit von drei Stimmen genügt also sowohl für die Zulassung der Revision als auch für die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde. Gegenüber dem bisherigen Recht ist den Zivilsenaten also die ablehnende Entscheidung gerichtsverfassungsrechtlich erleichtert worden<sup>76</sup>.

71 BGH, Beschl. v. 11.3.2003 – XI ZR 190/02.

72 BGH, Beschl. v. 25.3.2003 – XI ZR 241/02.

73 Zur aktuellen Kritik vgl. *Piekenbrock/Schulze*, JZ 2002, 911; *Scheuch/Lindner*, NJW 2003, 728; *List*, DB 2003, 572.

74 BVerfGE 54, 277.

75 BVerfGE 54, 277, 295.

76 Diese – in den Gesetzesmaterialien nicht erläuterte – Änderung ist in den Beratungen bei DAV und BRAK unerkannt geblieben.

### 9. Sprungrevision

Im Jahr 2002 gab es nur **eine** Sprungrevision nach neuem Recht<sup>77</sup>. In dem Beschluss, mit dem der BGH den Antrag auf Zulassung der Sprungrevision zurückwies, bestätigte er lediglich, was sich bereits aus § 566 Abs. 1 ZPO ergibt, dass nämlich der Antrag auf Zulassung der Sprungrevision gegen ein amtsgerichtliches Urteil statthaft ist, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes die Berufungssumme von 600 Euro übersteigt und der Gegner in die Übergehung der Berufungsinstanz einwilligt<sup>78</sup>. Die Wertgrenze von 20 000 Euro gem. § 26 Nr. 8 EGZPO gilt für die Sprungrevision nicht.

Im Übrigen ist die Sprungrevision wegen der verfehlten Antrags- und Begründungsfrist von nur einem Monat<sup>79</sup> für die Praxis bedeutungslos geworden.

### 10. Rechtsbeschwerde gem. §§ 574 ff. ZPO

Mit der durch das ZPO-Reformgesetz in den §§ 574 ff. ZPO neu eingeführten Rechtsbeschwerde ist ein revisionsähnlich ausgestaltetes allgemeines Rechtsmittel für das zivilprozessrechtliche Beschwerdeverfahren eingeführt worden. Allein die hohen Eingangszahlen (siehe oben I) machen deutlich, welch breiten Raum die Rechtsbeschwerde in der Rechtsmittelpraxis eingenommen hat. In der zahlenmäßigen Reihenfolge verteilen sich die Rechtsbeschwerden im Wesentlichen auf Zwangsvollstreckungssachen, auf die Versagung von Wiedereinsetzungsgeboten und die Verwerfung von Berufungen (§§ 238 Abs. 2, 522 Abs. 1 ZPO), auf Kostensachen und auf Familiensachen (§ 621e Abs. 2 ZPO). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in § 574 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO gleich lautend wie für die Revision in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO geregelt (grundsätzliche Bedeutung der Rechtsache, Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rspr.). Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Berufungs- oder Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde in Fällen, in denen deren Statthaftigkeit nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist, zuzulassen; das Rechtsbeschwerdegericht ist an die Zulassung gebunden (§ 574 Abs. 3 ZPO). Eine solche Bindung gilt aber nicht für eine (überflüssige und deshalb verfehlte) Zulassung von Rechtsbeschwerden, die schon kraft Gesetzes statthaft sind (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). So hat der BGH eine vom Berufungsgericht ausdrücklich zugelassene Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss zwar als von Gesetzes wegen statthaft (§§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) angesehen, sie aber gleichwohl als unzulässig verworfen, weil die von ihm in eigener Entscheidungskompetenz zu überprüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht vorlagen<sup>80</sup>.

In den Fällen, in denen die Rechtsbeschwerde kraft ausdrücklicher Vorschrift von Gesetzes wegen statthaft ist (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO: so insbesondere gem. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO, §§ 4, 7 InsO), unterscheidet sich das Rechtsbeschwerdeverfahren trotz der sachlich übereinstimmenden Zulässigkeits- bzw. Zulassungsvoraussetzungen insofern vom Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO, als im Rechtsbeschwerdeverfahren eine gesonderte Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht stattfindet. Vielmehr entscheidet das Rechtsbeschwerdegericht in einem einheitlichen Verfahren über die Zulässigkeit und, falls diese zu bejahen ist, über die Begründetheit der Rechtsbeschwerde. Demgemäß muss die fristgebundene Begründung der Rechtsbeschwerde in diesen Fällen nicht nur eine

77 Im gleichen Zeitraum gingen drei Sprungrevisionen nach altem Recht ein.

78 BGH, Beschl. v. 1.10.2002 – IX ZR 125/02, WM 2002, 2408, 2409.

79 § 566 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. §§ 548, 549 ZPO; vgl. dazu die Kritik von *Büttner*, MDR 2002, 1208.

80 BGH, Beschl. v. 20.2.2003 – V ZB 59/02.

## Prütting, Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft

Darlegung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, sondern zugleich auch die Angabe der Rechtsbeschwerdegründe enthalten (§ 575 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO). Hingegen müssen in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde, die nicht der Herbeiführung einer Entscheidung in der Hauptsache, sondern allein der Zulassung der Revision dient, lediglich die Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) dargelegt werden (§ 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO); die Revisionsgründe können, müssen aber nicht angegeben werden (vgl. § 551 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

Nicht den §§ 574 ff. ZPO unterliegen die in anderen Gesetzen besonders geregelten Rechtsbeschwerdeverfahren (§§ 83 ff. MarkenG; §§ 100 ff. PatG; §§ 74 ff. GWB n.F.; §§ 24 ff. LwVG).

Ersichtlich vernachlässigt wurde die Regelung der Anwaltsgebühren für die neue Rechtsbeschwerde gem. §§ 574 ff. ZPO. Hierfür wurde in die BRAGO kein besonderer Gebührentatbestand aufgenommen. Im Zuge der ZPO-Reform wurde zwar für die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) ausdrücklich eine neue Gebührenvorschrift in § 61 a Abs. 2 Nr. 2 BRAGO aufgenommen; danach beträgt die Prozessgebühr (§ 61 a Abs. 3 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 4 und 5 BRAGO) vor dem BGH 20/10 und ist auf die Prozessgebühr in einem nachfolgenden Revisionsverfahren anzurechnen (§ 61a Abs. 4 BRAGO). Auch hat sich der Gesetzgeber der neuen Rechtsbeschwerde bei der Regelung der Gerichtsgebühren nach dem GKG angenommen (KV-Nr. 1952 bis 1954 n.F.). Da aber die BRAGO über die Vergütung des RA im Rechtsbeschwerdeverfahren gem. § 574 ff. ZPO schweigt, besteht Streit darüber, ob dann die für das Beschwerdeverfahren geltende Vorschrift des § 61 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO mit einer 5/10 Gebühr anzuwenden ist oder ob gem. § 2 BRAGO in sinnvoller Anwendung einer anderen Gebührenvorschrift, die die Vergütung für eine vergleichbare Tätigkeit regelt, eine höhere Gebühr anfällt. Die BRAGO enthält eine erstaunliche Vielfalt von Gebührenvorschriften für diverse Rechtsbeschwerdeverfahren, die aber in Anbetracht der unterschiedlichen Gebührensätze ein einheitliches Konzept vermissen lassen:

– Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem Patentgesetz und nach dem Markengesetz: 13/10 (§ 66 Abs. 3 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 4 BRAGO).

- Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem GWB: 13/10 (§ 65 a i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 4 BRAGO).
- Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem LwVG: 10/10 (§ 63 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BRAGO).
- Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 1065 ZPO (Anfechtung von Beschlüssen über schiedsrichterliche Entscheidungen und Vollstreckbarerklärungen): 10/10 (§ 46 Abs. 2 BRAGO).
- Rechtsbeschwerdeverfahren in Familiensachen gem. § 621 e Abs. 2 ZPO: 20/10 (§ 61a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 5 BRAGO).

Besonders verwirrend ist, dass auch die beiden ausdrücklich genannten Rechtsbeschwerdeverfahren aus der ZPO, nämlich die Rechtsbeschwerde nach § 621 e Abs. 2 ZPO und die nach § 1065 ZPO, unzweifelhaft unter § 574 Abs. 1 ZPO fallen, aber gleichwohl extrem unterschiedlich vergütet werden. Das alles zeigt, dass – ungeachtet einer ersichtlich wünschenswerten Harmonisierung der Gebührenvorschriften für die verschiedenen Rechtsbeschwerdeverfahren – auf jeden Fall die Schaffung eines ausdrücklichen Gebührentatbestandes für das neue Rechtsbeschwerdeverfahren der ZPO dringender erforderlich ist, um der derzeit herrschenden Rechtsunsicherheit ein Ende zu bereiten. Bis dahin wird zumindest der Beschluss des BGH v. 26.1.1983<sup>81</sup> zur Rechtsbeschwerde nach den §§ 17 ff. des damaligen AGEuGVÜ (nunmehr Rechtsbeschwerde gem. §§ 15 ff. AVAG i.V.m. § 574 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO) zu beachten sein: Danach ist diese Rechtsbeschwerde „ein der Revision gleichgeartetes Rechtsmittel“ und rechtfertigt folglich gem. § 2 BRAGO die entsprechende Anwendung der für das Revisionsverfahren geltenden Gebührenvorschriften. De lege ferenda sollte daher zumindest in den Fällen des § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, in denen wegen der notwendigen Darlegung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO hohe Begründungsanforderungen an die Rechtsbeschwerde gestellt werden (§ 575 Abs. 3 Nr. 2 ZPO), eine 20/10 Gebühr vorgesehen werden. Denn der Begründungsaufwand ist in diesen Fällen keineswegs geringer, sondern eher noch höher als bei der Nichtzulassungsbeschwerde gem. §§ 544 ZPO, 61a BRAGO.

81 NJW 1983, 1270.

## Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft\*

Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln

### I. Einführung

Das Thema „Rechtsanwälte als Richter“ enthält aus deutscher Sicht eine durchaus ungewöhnliche und ein wenig überraschende Fragestellung. Bei näherer Betrachtung ergibt sich ein weiter Interpretationsspielraum. Herr Dr. Winte hat das Thema im Wesentlichen rechtspolitisch behandelt, wie es vermutlich auch gedacht war. Man könnte aber ebenso de lege lata den richterlichen Aspekten im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des RA nachgehen. Hinter dem Thema steht vielleicht auch die Frage, ob sich die Qualität deutscher Richterinnen und Richter dadurch verbessern lässt, dass diese sich nach angloamerikanischem

Muster aus dem Bereich der qualifizierten RAe rekrutieren. Beflügelt wurde das Thema möglicherweise auch deshalb, weil vor kurzem erstmals ein RA zum Richter am BGH gewählt wurde.

Unabhängig von allen diesen Einzelaspekten ergibt sich das besondere Gewicht des Themas möglicherweise aber auch daraus, dass wir uns in Deutschland mitten in einer großen Juristen-Ausbildungsreform befinden und damit zwangsläufig Fragen wie die Bedeutung und die Erhaltung des Einheitsjuristen oder die Einführung ganz neuer Ausbildungsschritte wie Bachelor und Master eine besondere Rolle spielen.

### II. Die Fallgestaltungen de lege lata

Bei einer Rundumsicht lässt sich ohne größere Schwierigkeiten feststellen, dass es zwischen richterlicher und anwaltlicher Tätigkeit de lege lata einige kleinere Überschneidungen gibt.

\* Vortrag anlässlich der am 28./29.3.2003 durch die BRAK mit ihrem ZPO/GVG-Ausschuss veranstalteten Diskussion über die Stellung von Richtern und RAen, woran Hochschullehrer, Richter und Beamte der Justizverwaltung teilnahmen.

### 1. Die Anwaltsgerichte

Dies beginnt mit der Tätigkeit von RAen im Rahmen der Anwaltsgerichtsbarkeit. So sind bekanntlich die Anwaltsgerichte gem. §§ 93, 94 BRAO ausschließlich mit RAen besetzt. Der AGH ist gem. §§ 101, 104 BRAO mit fünf Richtern besetzt, wobei der Vorsitzende und zwei Beisitzer zwingend RAe sein müssen. Schließlich sind beim Anwaltssenat am BGH unter den insgesamt sieben Mitgliedern drei RAe als Beisitzer.

### 2. Der Rechtsanwalt als Mediator und Schlichter

Eine weitere der richterlichen Stellung nahe stehende Funktion üben RAe aus, die als Mediator oder Schlichter tätig sind. Es bedarf an dieser Stelle keiner näherer Darlegung, dass sich der Anwalt ohne Verstoß gegen Berufsregeln in eine solche schlichtende oder mediative Tätigkeit zwischen den Parteien begeben darf. Dies ergibt sich bereits aus der Berufsordnung und aus den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zu § 15a EGZPO. Es versteht sich, dass in solchen Fällen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des anwaltlichen Mediators oder Schlichters zentrale Verfahrensgrundlagen darstellen. Dies bedeutet, dass sowohl im laufenden Verfahren Neutralität zu wahren ist, dass darüber hinaus aber auch der anwaltliche Mediator nach Abschluss des Verfahrens nicht einen Beteiligten gegenüber dem anderen vertreten darf.

### 3. Der Rechtsanwalt als Schiedsrichter

Ähnlich selbstverständlich ist die Feststellung, dass ein RA als Schiedsrichter i.S.d. schiedsgerichtlichen Verfahrens nach dem 10. Buch der ZPO tätig sein darf. Als ein solcher Schiedsrichter begibt er sich in eine bereits im engeren Sinn richterliche Rolle. Konsequenterweise kann er gem. § 1036 ZPO abgelehnt werden, wenn Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit bestehen. Auch das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien gem. § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO gehört hierher.

### 4. Der Rechtsanwalt am Verfassungsgericht

Abschließend darf erwähnt werden, dass RAe auch zu Richtern am BVerfG und an den jeweiligen Landesverfassungsgerichten ernannt werden können. Freilich ruht während dieser Zeit die sonstige berufliche Tätigkeit (§ 3 Abs. 3 BVerfGG).

### 5. Zwischenergebnis

Dieser knappe Überblick zeigt, dass es Verknüpfungen von richterlicher und anwaltlicher Tätigkeit in Deutschland in Ausnahmefällen gibt. Sowohl institutionelle Barrieren als auch das unterschiedliche Selbstverständnis von richterlicher und anwaltlicher Tätigkeit setzen solchen Überschneidungen de lege lata aber sehr enge Grenzen. Es ist nicht weiter zweifelhaft, dass das Thema meines heutigen Vortrags daher weniger an solchen Beispielen de lege lata anknüpft, sondern den Blick auf die Situation de lege ferenda richten möchte.

## III. Der Berufswechsel des Rechtsanwalts

Der Vortrag von Herrn Dr. *Winte* hat uns allen bereits sehr plastisch gezeigt, dass man dem Thema auch eine sehr pragmatische Seite abgewinnen kann. Die von ihm gestellte Frage bezog sich im Wesentlichen auf den Berufswechsel des RA in das Amt des Richters. Die Vorteile und die Probleme eines solchen Berufswechsels sind uns deutlich vor Augen geführt worden. Sie bedürfen hier zunächst keiner Vertiefung. Natürlich wäre es hilfreich, wenn durch den Wechsel solcher beruflichen Tätigkeiten ein Austausch von Rechts- und Lebenserfahrungen stattfände, wenn das unterschiedliche Arbeitsethos und das unterschiedli-

che Arbeitsklima jeweils die andere Seite befruchten könnte und wenn die Lebensnähe anwaltlicher Tätigkeit in besonderer Weise den Gerichtsentscheidungen zugute käme.

Dass einem solchen Befund bestimmte rechtliche, laufbahnmäßige und andere Barrieren im Wege stehen können, ist keine besonders neue Einsicht. Deshalb soll hier die Nebentätigkeit des RA als Richter nicht näher erwogen werden. Es fehlt an der rechtlichen Zulässigkeit. Zu fragen ist aber, wie es mit dem Wechsel des Hauptberufs steht. Immerhin erwirbt der Rechtsreferendar mit erfolgreicher Ablegung des 2. Staatsexamens in jedem Falle die Befähigung zum Richteramt, die ihm bekanntlich in gleicher Weise den Zugang zur Anwaltschaft eröffnet. Der viel beschworene deutsche Einheitsjurist ist also in formaler Hinsicht die ideale Voraussetzung für einen Wechsel der Tätigkeit zwischen Richter und RA. Wenn ein kurzer historischer Rückblick von Herrn Dr. *Winte* allerdings in der Praxis einen solchen Wechsel nur in Zeiten mit Kriegseinwirkungen und anderen Umbrüchen, die zu besonderer Richternot führten, als Realität schildert, so zeigt sich bereits darin, dass offenbar die förmlichen Voraussetzungen des Berufszugangs für unser Thema nicht von entscheidender Bedeutung sind. Es liegt deshalb besonders nahe, das Thema durch einen rechtsvergleichenden Blick noch ein wenig weiter zu konkretisieren.

## IV. Rechtsvergleichende Übersicht

### 1. Frankreich

Am 1.1.1992 trat in Frankreich die umfassende Reform des anwaltlichen Berufsrechts aus dem Jahre 1990 in Kraft. Seither wird gerne von „la nouvelle profession d'avocat“ gesprochen. Geschaffen wurde im Wesentlichen der einheitliche RA, dessen Einschreibung in die Anwaltsliste folgende Voraussetzungen hat: in der Regel ein Universitätsdiplom, die maitrise en droit, nach deren Ablegung sich der Weg der künftigen französischen RAe von anderen Juristen trennt; anschließend eine Aufnahmeprüfung und eine einjährige vor allem theoretische Ausbildung an einem regionalen Ausbildungszentrum. Diese Ausbildung endet mit dem CAPA-Examen (certificat d'aptitude à la profession d'avocat). Daran schließt sich eine zweijährige Praxiszeit an (eine Art Anwaltsassessoriat), an deren Ende die Anwaltszulassung steht.

Der kurze Überblick zeigt, dass ein Wechsel zwischen RA und Richter in Frankreich schon ausbildungsmäßig weitgehend ausgeschlossen, aber auch in der Praxis sehr selten ist.

### 2. England

Die berühmte Zweiteilung der englischen RAe in Barristers und Solicitors soll uns bei einem Blick auf England ebenso wenig näher beschäftigen wie die verschiedenen Reformschritte und Pläne seit 1990. Bis heute wird für den Zugang zur Rechtsanwaltschaft ein juristisches Studium nicht zwingend vorausgesetzt, wenngleich es seit langem die Regel ist. An das dreijährige Studium schließt sich ein einjähriger „legal practice course“ an einer law school mit Examen an, sodann folgt eine zweijährige Praxiszeit bei einem erfahrenen Solicitor als „trainee“. Danach wird der Bewerber vom „Master of the rolls“ in das Anwaltsverzeichnis aufgenommen.

Der Zugang zum Barrister ist schon im Ansatz deutlich elitärer: Das Universitätsstudium wird von Barristers auch heute noch in der Regel in Oxford oder Cambridge absolviert. Es schließt sich ein besonderer Kurs (vocational course) und eine Prüfung an. Nach mindestens 10jähriger Tätigkeit und weiterer Qualifikation kann der Barrister den Titel eines „Queens Counsel“ erwerben. Obwohl also auch englische Anwälte ein spezielles Anwaltsexamen aufzuweisen haben, ist die Situation im Hinblick auf

## Prütting, Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft

einen Berufswechsel bekanntlich völlig anders als in Frankreich und bei uns (das Referat von Herrn Dr. *Winte* erwähnte dies bereits). Denn es bestehen enge Verbindungen insbesondere der Barristers zur Richterschaft. Aus den Reihen der exzellenten Barristers werden häufig später die Richter ausgewählt und vom Lord Chancellor ernannt. Allerdings ist es seit der Reform von 1990 auch möglich, dass Solicitors zu höheren Richtern ernannt werden. Insgesamt gehen die englischen Richter, sofern es sich nicht um Laienrichter handelt, nahezu ausnahmslos aus den Reihen der praktizierenden Rechtsanwaltschaft hervor. Dabei gibt es neben der Auslese nach Qualität und Erfahrung vor allem auch zeitliche Zugangsschranken unterschiedlicher Art (etwa eine 7-, 10- oder 15-jährige Tätigkeit als RA sind typische Voraussetzungen für die verschiedenen Richterpositionen). Zudem gibt es auch innerhalb der englischen Richterschaft eine starke Hierarchie.

Im Ergebnis muss ich den Ausführungen von Herrn Dr. *Winte* im Hinblick auf die englische Situation zustimmen. Die Struktur der deutschen Rechtsanwaltschaft ist mit der englischen nicht vergleichbar, aber auch die deutsche Richterschaft kann mit den englischen Richtern nicht verglichen werden. Der Wechsel des englischen RA in eine Richterposition verlangt bestimmte strukturelle Voraussetzungen, die Herr Dr. *Winte* bereits mit den früheren besonderen Verdienstmöglichkeiten, der Alterssicherung und dem Ansehen der Richterschaft umschrieben hat. Vor allem der letztgenannte Gesichtspunkt des besonderen Prestiges englischer Richter dürfte der entscheidende sein.

### 3. USA

In den USA ist das Bild durch die erheblichen Unterschiede zwischen den Bundesgerichten und den Gerichten der einzelnen Staaten bzw. der jeweils unterschiedlichen Rechtsordnung bekanntlich sehr vielfältig. Die Bundesrichter werden auf Lebenszeit ernannt. Darüber hinaus werden die Richter der einzelnen Staaten teilweise ernannt, teilweise werden sie gewählt. Das Amt ist meist befristet, eine Wiederwahl ist aber möglich. Noch wichtiger als dies ist für unsere heutigen Überlegungen die Tatsache, dass der amerikanische Richter kein Laufbahnberuf ist. Bei der Richterwahl, aber ebenso bei der Ernennung spielen Fragen der Persönlichkeit eine wichtige Rolle, unabhängig davon, ob der künftige Richter zuvor RA, Verwaltungsbeamter oder Hochschullehrer gewesen war. In der Praxis haben freilich die große Mehrzahl der Richter früher als Anwälte praktiziert.

Der Zugang zur Anwaltschaft ist in den USA nicht so stark reglementiert. Voraussetzung ist in jedem Falle ein mindestens dreijähriges Studium an einer US-amerikanischen law school und das Bestehen des „bar exam“.

Interessant ist die Tatsache, dass in jüngerer Zeit vermehrt die Abschaffung der Richterwahl gefordert wird, insbesondere durch die American bar association. Dass daneben in den USA das Laienrichterelement von sehr großer Bedeutung ist, berührt unser heutiges Thema nicht unmittelbar.

### 4. Österreich

Wesentlich bekannter und vertrauter erscheint uns das System unseres Nachbarlandes Österreich. Der Zivilrichter ist Berufsrichter auf Lebenszeit, er wird vom Bundespräsidenten (bzw. Justizminister) ernannt. Voraussetzung ist die Befähigung zum Richteramt, die sich aus § 2 Richterdienstgesetz ergibt. Dazu bedarf es eines rechtswissenschaftlichen Diplomstudiums, einer vierjährigen Rechtspraxis im richterlichen Vorbereitungsdienst und des Bestehens der speziellen Richteramtprüfung. Allerdings können diejenigen Juristen, die die Rechtsanwaltsprüfung erfolgreich abgelegt haben, durch Bestehen einer Ergänzungsprüfung ebenfalls die Befähigung zum Richteramt erlangen.

Die Anwaltszulassung verlangt in Österreich ein Studium der Rechtswissenschaft mit Abschluss als Magister oder früher das Doktorat, eine früher siebenjährige und jetzt fünfjährige Praxis und anschließend die erfolgreiche Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung (in Teilschritten). Es liegt nahe, dass angesichts solcher Voraussetzungen der Berufswechsel eine seltene Ausnahme in Österreich ist. Dies ist in der Praxis auch so festzustellen.

### 5. Schweiz

Wiederum anders ist die Rechtslage in unserem Nachbarland Schweiz. Dort war bis vor kurzem die richterliche und anwaltliche Situation wie das gesamte Verfahrensrecht selbst stets kantonal geregelt und geprägt. Es galt also ein vielfältiges und unterschiedliches System im Bundesrecht und in den 26 kantonalen Rechten. Überwiegend konnte man RA nach einem rechtswissenschaftlichen Studium von meist vier Jahren mit Lizensiatenexamen und einer praktischen Ausbildung beim RA werden, die zwischen sechs Monaten und zwei Jahren dauerte. Am Ende der praktischen Ausbildung stand und steht das Anwaltsexamen, das den Berufszugang freigibt. Interessant ist dabei, dass dieses Anwaltsexamen in einigen Kantonen auch als Voraussetzung für die Wählbarkeit zu gewissen öffentlichen Ämtern und insbesondere für die Wahl zum Richter am Kantonsgericht gilt.

Mit dem In-Kraft-Treten des neuen Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der RAe in der Schweiz (BGFA) v. 1.6.2002 hat sich hier eine weitgehende Vereinheitlichung des Berufsrechts ergeben. Zwar können die Kantone noch immer die Voraussetzungen der Zulassung zum Anwaltsberuf frei regeln. Es zeichnet sich aber sehr deutlich ab, dass alle Kantone sich an den nunmehr bundesrechtlich vorgesehenen Mindeststandard halten werden. Dieser bundesrechtliche Mindeststandard im neuen BGFA hat die früher vorhandenen persönlichen Voraussetzungen für den RA weitgehend beseitigt, die hier bereits genannten sachlichen Voraussetzungen stimmen aber im Wesentlichen mit den bisherigen kantonalen Regelungen überein. Insgesamt lässt das eigenständige Anwaltsexamen in der Schweiz vermuten, dass eine Durchlässigkeit der Berufe kaum gegeben ist.

Dem steht freilich gegenüber, dass die Richter in der Schweiz gewählt werden. Die Bundesrichter rekrutieren sich vornehmlich aus ehemaligen Mitgliedern kantonalen Gerichte, aber auch Professoren, höhere Verwaltungsbeamte und RAe werden manchmal zu Bundesrichtern gewählt. In den einzelnen Kantonen sind in der Regel alle Stimmberechtigten wählbar. Vollamtliche Richterstellen der Kantonsgerichte setzen aber auch hier in der Praxis eine juristische Ausbildung voraus, ohne dass ein akademischer Grad zwingend wäre.

### 6. Zwischenergebnis

Die Möglichkeit des Wechsels zwischen anwaltlicher und richterlicher Berufstätigkeit ist nach dem bisherigen Überblick weniger von dem Gegensatz der Richterwahl zur Richterernennung abhängig. Nicht einmal die unterschiedliche Ausbildung bzw. das Erfordernis eines eigenen Anwaltsexamens ist von ausschlaggebender Bedeutung. Umgekehrt kann offenbar das System eines Einheitsjuristen nach deutschem Muster Flexibilität nicht garantieren. Von zentraler Bedeutung für einen Berufswechsel scheint dagegen das richterliche Berufsprestige zu sein.

### V. Folgerungen für die Situation der deutschen Juristenausbildung

Wie die bisherigen Erwägungen zeigen, ist die Diskussion um die Juristenausbildung und vor allem um den deutschen Einheitsjuristen für unser heutiges Thema wohl nicht so ausschlag-

## Prütting, Rechtsanwälte als Richter aus der Sicht der Wissenschaft

gebend, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. Daher kann man umgekehrt wohl auch feststellen, dass die vom deutschen Gesetzgeber geplante „anwaltsorientierte Juristenausbildung“ die Flexibilisierung des Berufswechsels nicht ernstlich voranbringen wird. Damit scheint im Kampf um ideologische Positionen in der deutschen Juristenausbildung durchaus Ballast abgeworfen. Eine verbesserte Juristenausbildung ist zwar ohne Zweifel für den Einstieg in die jeweiligen Professionen nützlich. Auf einen späteren Berufswechsel dürfte diese verbesserte Juristenausbildung eher geringe Auswirkungen haben.

Für mich als Dekan der wohl zurzeit zahlenmäßig größten Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Deutschland drängen sich angesichts solcher Überlegungen ergänzende Gedanken auf, die die unendliche Geschichte um die Reform der juristischen Ausbildung betreffen. Gerade ein Rechtsvergleich zeigt immer wieder, dass entgegen vielfach zu hörenden Behauptungen die deutsche Juristenausbildung keineswegs so schlecht und so extrem reformbedürftig ist, wie dies in jüngerer Zeit oftmals behauptet wurde. Im Zusammenhang mit unserem Thema scheint mir aber Folgendes besonders wichtig: Ein Motor der derzeit unter großen Mühen umzusetzenden Reform (also des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung v. 11.7.2002) war und ist die Behauptung, die bisherige Juristenausbildung in Deutschland sei einseitig auf richterliche Tätigkeit ausgerichtet und bereite nicht auf den Anwaltsberuf vor. Wir alle wissen, dass an dieser Behauptung ein Körnchen Wahrheit ist – aber eben nur ein Körnchen. Natürlich gab es in der Vergangenheit Defizite speziell bei der Vermittlung der anwaltlichen Arbeitsweise, des anwaltlichen Berufsrechts (das übrigens auch erstaunlich vielen RAen selbst weithin unbekannt ist) und der anwaltlichen Sichtweise auf Konfliktsituationen. Deshalb hat beispielsweise die Kölner Fakultät vor genau 15 Jahren ein Institut für Anwaltsrecht gegründet, das bekanntlich seither vielfältige Nachahmung gefunden hat und das aus wissenschaftlicher Sicht doch wohl Zeichen gesetzt hat, um die Kluft zwischen Rechtswissenschaft und Anwaltschaft zu schließen, die *Konrad Redeker* in seinem legendären Vortrag zur Eröffnung des Kölner Instituts beklagt hatte.

Worum es mir bei dieser Zwischenbemerkung geht, ist Folgendes: Der rechtsvergleichende Blick macht deutlich, wie wenig der mögliche Berufswechsel zwischen Anwaltschaft und Richterschaft von der Frage der juristischen Einheitsausbildung oder der speziellen Ausbildung im Hinblick auf eine besondere Profession abhängt. Schon immer war es blanker Unfug, wenn Ahnungslose aus der Formel des deutschen Rechts, wonach dem Assessor die Befähigung zum Richteramt zukommt, eine ausschließliche Justizorientierung unserer Juristenausbildung ableiteten. Umgekehrt scheint mir unser heutiges Thema zugleich ein Beitrag zu der alten Erkenntnis zu sein, wie wichtig in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft für die Juristenausbildung die Vermittlung der zentralen Grundlagen und der juristischen Methoden ist und bleibt. Dass wir diese Grundlagenausbildung künftig statt der wenig glücklichen Wahlfächer der Vergangenheit durch examensrelevante und stark ausgebaute sog. Schwerpunkte im Hauptstudium ergänzen, halte ich für begrüßenswert, solange der Akzent auf dem „ergänzen“ liegt.

## VI. Probleme der Flexibilität

Angesichts der bisherigen Überlegungen drängt sich die Frage auf, ob trotz mancherlei positiver Aspekte die in unserem heutigen Thema angelegte Fragestellung nach dem Berufswechsel zwischen Richterschaft und Anwaltschaft letztlich eine bejahende Antwort und damit eine besondere Förderung verdient. Allerdings sollen entgegenstehende kritische Erwägungen nicht die bereits genannten positiven Aspekte eines solchen Wechsels

im Einzelfall verdecken oder bestreiten. Zu bedenken gilt aber Folgendes und ich will dabei aus dem breiten Spektrum der Probleme nur vier Aspekte aufgreifen:

### 1. Spezialisierung

Der moderne und gut ausgebildete Jurist kann sich heute und wird sich künftig immer weniger einer massiven Spezialisierung entziehen können. Dies gilt für fast alle juristischen Berufe, aber bei jeder Tätigkeit in unterschiedlicher Weise. Es steht also zu befürchten, dass die berufliche Spezialisierung künftig dem Berufswechsel in vielen Fällen eher entgegensteht. Das lässt sich nicht mit dem Hinweis bestreiten, dass die Spezialisierung bei anwaltlicher Tätigkeit später auch der Richtertätigkeit zugute käme. Denn niemand kann sicherstellen, dass der anwaltliche Spezialist im Bankrecht, im Versicherungsrecht, im Arztrecht, im Mietrecht usw. später als Richter ausschließlich und gerade solche Fälle zu bearbeiten hätte.

### 2. Richterwahl

Erleichtert wird der Berufswechsel zweifellos in Ländern mit Richterwahl. Es sollte uns aber zu denken geben, dass wir nicht nur in Deutschland in jüngster Zeit mit Richterwahlen erheblichen Ärger hatten. Vor allem der historische Trend in den USA gegen eine Richterwahl und hin zur Ernennung unter bestimmten sachlichen Voraussetzungen erscheint als wichtiges Indiz. Auch die Richterwahl der Schweiz wird teilweise sehr kritisch gewürdigt. Offenbar enthält der Gedanke der Richterwahl i.S. einer echten Volkswahl Gefahren und Missbrauchsrisiken, die sich moderne Staaten immer weniger leisten können. Das früher so oft gebrauchte Legitimationselement der Richterwahl als eines demokratischen Aspekts hat sich abgenutzt und vermag nicht mehr zu überzeugen. Richterliche Tätigkeit bedarf zu ihrer Legitimation m.E. keiner Wahl. Sie muss sich auf Unabhängigkeit und Neutralität, auf Kompetenz und Sachnähe sowie auf Autorität und Persönlichkeit stützen. Ich will damit nicht für das romanische System plädieren. Ich spreche mich aber gegen eine allgemeine Volkswahl von Richtern aus.

### 3. Das Laienrichterelement

Ein erleichterter Wechsel von der Anwaltschaft zur Richterschaft setzt vor allem aber auch voraus, dass richterliche Tätigkeit nicht laufbahnmäßig verfestigt ist. Ein nochmaliger Blick in die USA zeigt uns, dass die besondere Betonung der richterlichen Persönlichkeit unabhängig von der jeweiligen Ausbildung, die Hervorhebung des demokratischen Elements und die politischen Aspekte ein Richterbild prägen, das uns mehr und mehr zweifelhaft wird. Die für den amerikanischen Richter typische freiere und individuellere Prozessgestaltung muss zwangsläufig mit dem Verlust an Rechtssicherheit bezahlt werden. Den Höhepunkt dieser Entwicklung stellt bis heute das in den USA auch in der Zivilgerichtsbarkeit stark verankerte Laienelement dar. Zwar lässt sich die Ziviljury als bewusstes Gegengewicht zum englischen Berufsrichter der Kolonialzeit erklären. Es ist bekannt, dass sie sich auch heute in den USA großer Beliebtheit erfreut. Die Mitwirkung von Laienrichtern in der Rspr. versteht man bekanntlich als eine besondere demokratische Errungenschaft.

Demgegenüber möchte ich geltend machen, dass eine nähere Überprüfung des Laienrichters in einer modernen Gesellschaft mit stark ausdifferenzierter Rechtsordnung ergeben würde, den Einsatz von Laienrichtern (jedenfalls in der Zivilgerichtsbarkeit) vollständig abzuschaffen. Es ist heute nicht meine Aufgabe, das Laienrichterelement näher zu würdigen. Ich möchte jedoch keinen Hehl daraus machen, dass m.E. die Bedeutung von Laienrichtern in einer modernen Rechtsordnung bei weitem überschätzt wird.

## Stürner, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

**4. Qualitätssicherung**

Mit Blick insbesondere auf die englische Situation muss klar sein, dass ein wünschenswerter Berufswechsel sich gerade auf die besten Juristen in der Anwaltschaft ausrichten sollte. Diese werden aber wohl aus Gründen, die Herr Dr. *Winte* bereits erwähnt hat, schwerlich wechseln wollen. Interesse am Berufswechsel könnten dagegen weniger erfolgreiche Anwälte haben, die wir allerdings möglicherweise auch nicht in richterliche Positionen einrücken lassen wollen. So zeigt auch dieses Dilemma, dass dem Berufswechsel zwischen Anwaltschaft und Richterschaft wohl auch in Zukunft enge Grenzen gesetzt sind.

**VII. Fazit**

Richterliche und anwaltliche Tätigkeit sind trotz ihrer gemeinsamen Befassung mit dem Recht strukturell unterschiedlich. Es ist wohl kein Zufall, dass sich junge Juristen in der Ausbildung

ebenso wie langjährig tätige und höchst erfahrene Juristen nach Interessen, Neigung und Temperament nicht selten ganz bewusst und auf Lebenszeit entweder für die anwaltliche oder für die richterliche Tätigkeit entscheiden und sich in ihr auf Dauer wohl fühlen. Diese Feststellung wird durch die berufsrechtliche Zulässigkeit des Wechsels vom RA zur Richterschaft und durch den tatsächlich erfolgenden Berufswechsel im Einzelfall nicht tangiert. Ob wir allerdings darüber hinaus für eine massive Verstärkung eines solchen Berufswechsels werben oder ihn institutionell unterstützen sollten, erscheint mir durchaus zweifelhaft. Die Möglichkeit des RA, als Mediator, Schlichter oder Schiedsrichter tätig zu sein, eröffnet für die einzelne Person weitere Felder der Tätigkeitsausweitung nach den persönlichen Neigungen. Ein Schritt hin zu verstärkter Richterwahl und zur Abkoppelung des Richters von besonderer richterlicher Spezialisierung und Professionalisierung als Voraussetzung eines breiteren Wechsels erscheint mir dagegen als ein Schritt in die falsche Richtung.

## Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft\*

Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg

**I. Vorbemerkung**

Es ist Aufgabe dieses Koreferats, die richterliche Unabhängigkeit unter den Gesichtspunkten der Staatshaftung, der Richterwahl, des Disziplinarrechts und neuer Formen der Selbstverwaltung zu diskutieren. Diese Fragestellung sieht auf den ersten Blick etwas diffus aus, bei näherem Zusehen zeigt sich aber sehr rasch der gemeinsame Nenner. Es geht immer darum, Missbräuchen der Unabhängigkeit zu begegnen oder vorzubeugen, durch präventive Kontrolle bei der Richterauswahl, durch begleitende Kontrolle bei der Staatshaftung und dem Disziplinarrecht, wobei die disziplinarrechtliche Kontrolle entweder extern durch die Exekutive oder eher intern durch justizielle Selbstverwaltung erfolgen kann. Letztlich stellt sich also die alte Frage „*Quis custodes custodiet?*“<sup>1</sup>, dies aber nicht immer im alten Gewande, sondern teilweise eingekleidet in die neuen Kleider sehr zeitgenössischer Strömungen und Entwicklungen. Wirklich Neues lässt sich zur richterlichen Unabhängigkeit kaum sagen, aber dies gilt für viele juristische Themen. Oft geht es in Sozialwissenschaften mehr darum, alte Weisheit lebendig zu halten und für die äußeren Veränderungen der Gegenwart fruchtbar zu machen als wirklich Neues zu ersinnen, das sich dann gemessen an den langen Traditionen menschlichen Ringens um Gerechtigkeit rasch als Narrentum auf eigene Hand erweisen könnte. Anders als im Hauptreferat soll allerdings die Reihenfolge der Themen etwas anders geordnet werden. Die Gestaltung der Kontrolle richterlicher Tätigkeit hängt wesentlich davon ab, welcher Art von demokratischer Legitimation ein Richter sein Amt verdankt. Die Probleme der Richterwahl und Richterauswahl sollen deshalb am Anfang erörtert werden. Mit der Frage demokratischer Legitimation eng zusammen hängt dann die Proble-

matik externer Justizverwaltung und Dienstaufsicht und justizieller Selbstverwaltung. Ausführungen zum Umfang möglicher justizieller Kontrolle und zur zivilrechtlichen Haftung schließen sich an. Einige Bemerkungen zur gesamteuropäischen Entwicklung sollen am Ende der Überlegungen stehen.

**II. Richterwahl, Richterauswahl und demokratische Legitimation****1. Das deutsche Modell**

Das deutsche Recht sieht für Bundesrichter eine relativ starke demokratische Legitimation vor. Sie werden von Richterwahlausschüssen gewählt, deren Mitglieder gewählte Minister und Abgeordnete sind. Der gewählte zuständige Bundesminister muss zustimmen, damit der Bundespräsident ernennen kann<sup>2</sup>. So speist sich die demokratische Legitimation gleichermaßen aus der Mitwirkung gewählter Vertreter der Exekutive und der Legislative. Die fachliche Beurteilung der Kandidaten ist einmal Aufgabe des Präsidialrates als des von der Richterschaft gewählten Gremiums, das aber nur beratende Funktion hat<sup>3</sup>, zum anderen ergibt sie sich aus dienstlichen Beurteilungen der Personalakten<sup>4</sup>. Die Anwaltschaft ist formalisiert nicht beteiligt. In den Ländern gibt es vielerlei Mischsysteme, die von der Ernennung durch den Minister nach Stellungnahme durch den Präsidialrat über nahezu paritätische Mitbestimmung des Präsidialrates bis zum parlamentarischen Richterwahlmodell reichen<sup>5</sup>. Im Grunde genommen wird versucht, Exekutive, Legislative und Judikative gleichmäßig und einigermaßen ausgewogen zu beteiligen.

Die demokratische Legitimation der Richterwahl und Richterauswahl hat in der öffentlichen Diskussion erstaunlich geringes

\* Vortrag anlässlich der am 28./29.3.2003 durch die BRAK mit ihrem ZPO/GVG-Ausschuss veranstalteten Diskussion über die Stellung von Richtern und RAen, woran Hochschullehrer, Richter und Beamte der Justizverwaltung teilnahmen.

1 So auf sehr breiter rechtsvergleichender wissenschaftlicher Basis *Mauro Cappelletti*, *Le Pouvoir des Juges*, 1990, p. 115–117 (Stand 1982).

2 Art. 95 Abs. 2 GG; zu Abweichungen beim BVerfG Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG.

3 §§ 49 Nr. 2, 54 ff., 57 DRiG.

4 Vgl. § 56 Abs. 1 Satz 2 und 3 DRiG.

5 Dazu Überblicksweise *Schilken*, *Gerichtsverfassungsrecht*, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 449, 503–505.

## Stürner, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

Gewicht. Wenn Richterwahlen kritisiert werden, richtet sich die Kritik gegen den politischen Einfluss<sup>6</sup>, der den Sachverstand zurückdrängt. Die deutsche Rechtskultur stellt das Kriterium fachlicher Eignung bis heute dem Kriterium demokratischer Legitimation wertend gegenüber. Eine persönlichkeitsgebundene öffentliche Diskussion gibt es teilweise bei Bundesverfassungsrichtern, seltener bei Bundesrichtern oder Gerichtspräsidenten in den Ländern, kaum oder nie über gewöhnliche Richter. Die fachliche Bewertung ist Sache von Prüfungen und beruflicher Bewährung; sie ist letztlich engen Zirkeln vorbehalten. Die Kritik der Anwaltschaft verlangt nicht mehr demokratische Legitimation, sondern Teilhabe am Urteil des engeren Zirkels. Richterinnen und Richter werden in großen Mengen ernannt, so dass schon deshalb aufwendige Wahlverfahren und öffentliche Diskussion als Instrumente echter demokratischer Legitimation ausscheiden.

## 2. Das romanische Modell

Die romanischen europäischen Unionsstaaten, nämlich Frankreich, Italien und Spanien, haben nach dem französischen Modell des „Conseil supérieur de la magistrature“ bei der Richterwahl und -auswahl das Gewicht auf den Sachverstand gelegt und die demokratische Legitimation stark hintangesetzt<sup>7</sup>. Dieser oberste Justizrat hat in der Mehrzahl richterliche Mitglieder, die entweder – wie in Frankreich – vom Präsidenten ernannt oder – wie in Italien – von Richtern gewählt werden. Teilweise wählt das Parlament weitere Mitglieder (z.B. Professoren und RAe in Italien) zu. Eine weitere Eingangsschwelle ist eine besondere Zulassungsprüfung für Anfänger.

## 3. Angloamerika

Der amerikanische Richter ist stark demokratisch legitimiert. Bundesrichter werden vom Präsidenten mit Bestätigung des Senats auf Lebenszeit ernannt, ihre Ernennung ist häufig, wenn nicht regelmäßig Gegenstand öffentlicher politischer Diskussion. Richter der Einzelstaaten werden entweder vom Gouverneur mit parlamentarischer Bestätigung ernannt oder nach einem Wahlkampf gewählt. Meist ist die Wahl zeitlich begrenzt und Wiederwahl möglich<sup>8</sup>. Richter werden stets nur Bewerber mit anwaltlicher oder politischer Praxis, sehr selten auch Professoren.

Wie ernst Amerikaner die demokratische Legitimation der Richterschaft nehmen, zeigt die Tatsache, dass bei verschiedener Staatsbürgerschaft für gewichtige Streitsachen Bundesgerichte erster Instanz angerufen werden können, um so für beide Parteien demokratische Legitimation herzustellen; dasselbe gilt bei Streitigkeiten, die Bundesrecht und nicht einzelstaatliches Recht verwirklichen<sup>9</sup>.

In Deutschland hat man die Frage nach der Legitimation von Richtern der Länder, über Bürger anderer Bundesländer zu urteilen, ernsthaft nie gestellt. Auch in der Europäischen Union ergibt sich mehr und mehr die Tendenz, Richter von Unionsstaat-

ten bindend über Bürger anderer Unionsstaaten urteilen zu lassen – nach vielen Vorstellungen ohne jede Kontrolle in einem Exequaturverfahren. Für einen Amerikaner wäre dies unvorstellbar. Wie ursprünglich die Bürger einer anderen wichtigen Traditionsdemokratie, nämlich der Schweiz<sup>10</sup>, gehen Amerikaner noch heute grundsätzlich davon aus, dass im Geltungsbereich ihrer Verfassung niemand über sie ohne ihr Einverständnis urteilen kann, dessen Ernennung sie nicht durch Wahl unmittelbar beeinflussen konnten<sup>11</sup>. Die Abneigung der USA gegen die Unterwerfung unter fremde internationale Gerichtsbarkeit erklärt sich auch aus diesem demokratischen Verständnis richterlicher Legitimation<sup>12</sup>.

In England ernennt zwar der Lord Chancellor die Richter, aber stets aus den Reihen erfahrener Anwälte und beobachtet von einer kritischen Öffentlichkeit, die sich bei den wenigen Richtern durchaus aufmerksam und diskussionsbereit zeigt<sup>13</sup>.

## 4. Ausgewogenheit des deutschen Modells?

Wenn man sich überlegt, ob das deutsche Grundmodell richtig liegt<sup>14</sup> oder ob ein Wechsel zum romanischen Modell eines obersten Justizrats mit Richtermehrheit angezeigt erscheint, wie er von der organisierten Richterschaft teilweise angemahnt wird, so sollte man diese Frage nicht beantworten wollen, ohne auf die rechtskulturellen Hintergründe der unterschiedlichen Entwicklung einzugehen<sup>15</sup>.

Angloamerikanische Rspr. ist ursprünglich stärker case law und damit stärker Rechtssetzung bzw. Gesetzgebung als kontinentale Rspr. So ist der Trend zu stärkerer demokratischer Legitimation dieser gesetzgebenden Rspr. durchaus konsequent. Der kontinentale Jurist geht stärker von der Vorstellung eines kodifikatorischen Programms aus, das der Richter nur ausfüllt, sodass seine demokratische Legitimation in der Gesetzesbindung liegt und seine handwerklichen Fähigkeiten mehr gefragt sind als seine Persönlichkeit. Das deutsche Wahl- und Auswahlmodell hat bisher deutlichere Elemente demokratischer Legitimation als das romanische Modell mit seinen Richterprüfungen und richterdominierten Gremien. Wenn man berücksichtigt, dass die moderne rechtskulturelle Entwicklung eine Konvergenz von case law und Kodifikation mit sich bringt, so besteht wenig Grund, sich vom angloamerikanischen Modell richterlicher demokratischer Legitimation stärker zu entfernen und sich auf das romanische Modell zuzubewegen.

Hinzu kommt ein Weiteres. Für die Europäer waren die Gerichte früher Garant bestimmter Freiheiten, die dem Monarchen abgerungen waren, nicht etwa die Parlamente. Das Recht erscheint als eine aus Ideen des Humanismus geborene Wohlthat, die Gerichte verteilen es als fertiges Produkt unter das Volk als eine Art Sozialleistung. Das Rechtsverständnis der Amerikaner sieht Recht als Produkt gesellschaftlicher Auseinandersetzung im Par-

6 Dazu der Bericht *Bertram* NJW 2001, 3167 ff.; ferner *Rüthers* JZ 2002, 365 ff., 369 ff.; *Voss* ZRP 2001, 183 f.; *Mackenroth* DRiZ 2001, 214 ff.

7 Hierzu und zum Folgenden aufschlussreich *Cappelletti*, Le Pouvoir des Juges, p. 115, 136–137, 164; ferner aus richterlicher Sicht *Mariuzzo* DRiZ 2001, 161 ff. (Italien); *Manzanares Samoniego* DRiZ 1999, 317 ff. (Spanien). Es verdient Interesse, dass der italienische und spanische richterliche Beitrag die französische Tradition dieser Institution mehr oder weniger unerwähnt lassen.

8 Dazu überblicksweise *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 17 I, S. 236; *Stürner*, FS *Brohm* 2002, S. 153 ff., 155 f.; für US-Bundesrichter Art. II sec. 2 der Verfassung.

9 Art. III sec. 2 der Verfassung; zur Motivation der Verfassungsgeber *Friedenthal/Kane/Miller*, Civil Procedure, 2<sup>nd</sup> ed. 1993, § 2.5, p. 23 ff.; *Stürner*, FS *Brohm*, 2002, S. 155/156.

10 Hierzu Art. 59 Abs. 1 BV a.F.; dazu *Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl. 1990, Rdnr. 50 ff., 72 ff. („interkantonaies Prozessrecht“); zur Modifikation im neuen Art. 30 Abs. 2 BV insbesondere *Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, § 11, Rdnr. 12 ff., S. 61.

11 Ausführlich *Stürner*, FS *Brohm*, 2002, S. 155 f.; *ders.*, *Suing The Sovereign in Europe and Germany*, 35 Geo. Washington International Law Review (erscheint 2003).

12 Dazu schon *Stürner*, *Some European Remarks on a New Project of the American Law Institute and Unidroit*, 34 The International Lawyer 1071, 1086 (2000); *ders.*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 52 (2000), 845, 865.

13 Hierzu *Zweigert/Kötz*, Einführung, § 15 II 6, S. 206 ff.

14 Zu seinen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Grundlagen ausführlich *Voßkuhle/Sydow* JZ 2002, 673 ff.

15 Hierzu schon *Stürner*, FS *Brohm*, S. 158 ff.; *ders.*, *Suing The Sovereign in Europe and Germany*, 35 Geo. Washington International Law Review (erscheint 2003).

## Stürmer, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

lament und vor Gericht, geboren aus demokratisch legitimer Entscheidung über Interessenkonflikte. Sein Schicksal ist nicht einer Schicht überlassen, die Verwirklichung von Gerechtigkeit bedarf – in den Worten des Supreme Court – der Mitarbeit einer aufgeklärten Öffentlichkeit<sup>16</sup>. Der stärkeren Einbindung von Recht und Rspr. in den Prozess demokratischer Willensbildung entspricht die demokratische Kontrolle der Richterauswahl, bei der die Persönlichkeit des Richters wichtiger ist als fachliche Qualifikation. Nach Auffassung der Angloamerikaner ist das Recht schon halb verloren, wenn man es Richtern und Gerichten überlässt. Ihr System hält den Bürger wach und ist nicht zuletzt deshalb vor rechtskulturellen Katastrophen, wie sie Kontinentaleuropa heimgesucht haben, letztlich bewahrt worden.

Die romanischen Modelle begünstigen den Rückzug der öffentlichen Meinung aus der Diskussion von Rechtssetzung und Rspr., das Recht wird zur Aufgabe einer bestimmten Schicht oder auch Kaste. Sie versuchen zwar – vor allem in Italien und Spanien – aus der Geschichte des Totalitarismus Lehren zu ziehen, indem sie den Zugriff auf die Justiz konstruktiv verunmöglichen wollen. Angst ist indessen auch hier wie immer ein schlechter Ratgeber. Es ist nicht eine Burgenmentalität der Justiz, die rechtsstaatliche Stabilität schafft, sondern ihre Öffnung zur Gesellschaft und ihren demokratischen Institutionen. Europa wäre deshalb schlecht beraten, sich der Modelle bewährter Demokratie zu überheben und auf die romanischen Modelle einzuschwenken. Von den Reformwünschen der Richterschaft ist deshalb dringend abzuraten. Sie bedürften nicht nur einer Änderung der Verfassung<sup>17</sup>, was nachdenklich machen mag, aber letztlich nicht ausschlaggebend sein kann, sondern sie setzen ein verfehltes und gefährliches rechtspolitisches Koordinatensystem voraus.

Man mag am deutschen System der Richterauswahl sanfte Korrekturen anbringen, z.B. andere Berufsgruppen wie Anwälte beteiligen oder durch Verfahrensmaßnahmen qualitativen Kriterien stärkeres Gehör verschaffen<sup>18</sup>. Eine grundsätzliche Umorientierung in Richtung richterlicher Selbstrekrutierung ist aber nicht empfehlenswert, eher eine Verstärkung demokratisch legitimierender Elemente auf Länderebene.

### III. Justizielle Selbstverwaltung oder externe Justizverwaltung

Mit diesen grundsätzlichen Bemerkungen ist bereits eine Vorentscheidung gefallen, die Plänen zu einer vollen justiziellen Selbstverwaltung durch die Richterschaft nicht unbedingt günstig ist. Gleichwohl sollen sie in ihrer vollen Grundsätzlichkeit kurz dargestellt und besprochen sein.

#### 1. Die Vorschläge des Richterbundes<sup>19</sup>

Letztlich wünschen sich Teile der Richterschaft – man könnte auch sagen: die veröffentlichte Meinung der Richterschaft – ein Modell, das man mit dem Schlagwort „Alle Macht den Richtern und ihren Räten“ umschreiben könnte, ein Modell aus einem Guss und mit großer gedanklicher und innerer wie äußerer Geschlossenheit. Man kann es mit folgenden Stichworten skizzieren: Einbeziehung aller Gerichtsbarkeiten einschließlich – besonders bemerkenswert – der Staatsanwaltschaft; Bildung eines Justizverwaltungsrates aus Gerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälten mit Allzuständigkeit für justizielle Fragen; eigen-

er Haushalt und eigene Haushaltsverantwortung der Justiz; Personalentscheidungen nach ausschließlich fachlichen Kriterien durch Justizverwaltungsrat und Richtervertretung bzw. Staatsanwaltschaft oder durch einen Richterwahlausschuss aus Justizverwaltungsrat und einer gleichen Anzahl von Parlamentariern; Dienstaufsicht des Justizverwaltungsrates über Richterinnen, Richter und Staatsanwälte; Qualitätsmanagement durch laufbahninterne und laufbahnübergreifende Qualitätszirkel; Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle während des ganzen Berufslebens, ohne dass einheitliche Qualitätsstandards erforderlich wären, weil Rechtsanwendung und Entscheidungsfindung nur in Grenzen messbar seien; obligatorische permanente Weiterbildung.

#### 2. Ursprünge des Modells

Dieses Modell verbindet alte Träume von richterlicher Autonomie und richterlicher Emanzipation von der Politik und Exekutive<sup>20</sup> mit Bestrebungen, die staatliche Tätigkeit in Verwaltung und Justiz an betriebswirtschaftlichen Organisationsformen auszurichten und entsprechende Umgestaltungen vorzunehmen<sup>21</sup>. Die Schlagworte dieser Bewegung zur Ökonomisierung der Staatstätigkeit sind Kosten- und Leistungsrechnung, Budgetierung, operatives und strategisches Controlling, Dezentralisierung, Professionalisierung des Managements, Kunden- und Serviceorientierung, Kontraktmanagement aufgrund von Leistungsvereinbarungen zwischen übergeordneten und untergeordneten Einheiten. Das Richtervereinsmodell betont den Deregulierungscharakter und glaubt damit, einen besseren Ausgangspunkt für ein Kontraktmanagement durch Leistungsvereinbarungen zu schaffen, das der richterlichen Unabhängigkeit gerecht wird. Wie solches Qualitätsmanagement allerdings genauer aussehen soll, verliert sich dann etwas im Unklaren.

#### 3. Kritik am Richterbundsmodell und am neuen Steuerungsmodell

##### a) Verfassungsrechtliche Legitimation richterlichen Handelns

Soweit das Richterbundsmodell die Personalhoheit der Richter über sich selbst intendiert, ist es mit den Grundsätzen demokratischer Legitimation richterlichen Handelns, wie sie hier erarbeitet worden sind, weithin unvereinbar. Allerdings sollte man nicht nur, wie dies *Papier* jüngst getan hat<sup>22</sup>, den Maßstab der bestehenden Verfassung anlegen, sondern sich in einer Zeit grundlegender Veränderungen, die auch vor der Verfassung nicht Halt machen, darüber hinaus Rechenschaft abgeben, welche rechtspolitischen Grundentscheidungen hinter diesem Modell stehen. Dabei erscheint das demokratische Modell der Integration von Rechtsbildung und Rechtsfindung in die öffentliche und bürgerliche Willensbildung wichtiger als der Primat echten oder vermeintlichen richterlichen Sachverständes oder gar der Primat betriebswirtschaftlicher Produktionsformen im Bereich des Rechts. Die Justiz kann weder ein Staat im Staate sein noch ein selbstständiges Unternehmen, das sozusagen nach eigenen Gesetzen Recht produziert.

##### b) Gefährdung der Unabhängigkeit durch Richter

Es ist nicht nur die Exekutive, die Unabhängigkeit gefährden kann, es sind auch Gerichtspräsidenten, Vorsitzende und Rich-

16 Wood v. Georgia, 370 U.S. 390; aufgenommen in EGMR EUGRZ 1979, 368 ff.

17 Völlig zutreffend *Papier* NJW 2002, 2585 ff.; zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben auch *Voßkuhle/Sydow* JZ 2002, 673 ff.

18 Darin liegt ein berechtigtes Anliegen von OVG Schleswig-Holstein JZ 2002, 141 ff.; teilweise aber zu Recht kritisch *Schulze-Fielitz* JZ 2002, 144–146.

19 Hierzu die Kurzdarstellung DRiZ 2002, 5/6 mit Internetfundstelle zum ausführlichen Text.

20 Zu Recht verweist *Papier* NJW 2002, 2585 ff. auf *van Husen* AöR 78 (1952/53), 49 ff.

21 Dazu *B. Kramer* ZfP 114 (2001), 267 ff.; Kurzfassung (ohne Hinweis auf die Originalveröffentlichung) in NJW 2001, 3449 ff.; zum Hintergrund ausführlich *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 209 ff.; *Röhl* DRiZ 2000, 220 ff.; *Eifert*, in: *Hoffmann-Riem*, Reform der Justizverwaltung, 1998, S. 164 ff.

22 *Papier* NJW 2002, 2585 ff.

## Stürner, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

ter selbst. Das Deregulierungsmodell des Richterbundes stützt sich auf den Vorteil größerer Sachnähe und die bessere Detailkenntnis bei Dienstaufsicht und der Bildung von Qualitätszirkeln zum Qualitätsmanagement. Sachnähe ist beim Urteil über andere ein sehr janusköpfiges Argument, es bedeutet auch oft einen Verlust an Distanz und Neutralität. Die bisherige Einrahmung richterlicher Unabhängigkeit ist durch eine sorgsame Balance aus kollegialen, exekutivischen und justiziellen Elementen gekennzeichnet: das Präsidium lässt in die Geschäftsverteilung fachliche Beurteilung ebenso einfließen wie die Mitglieder eines Spruchkörpers<sup>23</sup>; Maßnahmen der justiziellen Exekutive, deren oberste Spitze an der häuslichen Atmosphäre eines Gerichts nicht teil hat, werden durch besondere Richterdienstgerichte mit persönlicher und sachlicher Distanz kontrolliert, schwerwiegende Maßnahmen bedürfen richterlicher Entscheidung<sup>24</sup>. Versuchen zu einer besseren Feinsteuerung richterlicher Tätigkeit durch näher rückende Institutionen, mögen sie sich auch Qualitätszirkel nennen oder richterlich besetzt sein, ist insoweit mit Skepsis zu begegnen, als sie diese ausgewogene Balance verschieben könnten.

### c) Die neuen Beurteilungsmaßstäbe und des „Kaisers neue Kleider“

Die Begrifflichkeiten des neuen Steuerungsmodells nimmt der Richterbund nur zögerlich auf, soweit es um Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle geht. Der Versuch zur Ökonomisierung des richterlichen Produkts wird über Gängigkeiten nicht hinauskommen, und vielfach werden sich ökonomische Kategorien, auf die Justiz übertragen, als des Kaisers neue Kleider erweisen. Es ist schon heute üblich, die Geschäftsbelastung eines Richters oder Spruchkörpers nach der Art seiner Fälle und einer durchschnittlichen Erledigungszeit zu beurteilen, wenn es um Geschäftsverteilung oder quantitative Beurteilung seiner Arbeit geht. Jede Perfektionierung oder Kategorisierung in Qualitätsvereinbarungen trägt die Gefahr schematisierter Intoleranz und planwirtschaftlicher Bürokratisierung in sich. Unternehmensphilosophien wechseln wie die Kleidermode, und letztlich bleiben in der Wirtschaft immer Absatz, Gewinn und Überleben die maßgeblichen Kriterien, der Weg dahin ist zweitrangig. Solche Kriterien gibt es aber bei der Justiz erst aus großer zeitlicher Distanz, die Gefahr ist groß, sich an Formalismen und Verfahren festzuklammern, um präsent greifbare Kriterien zu schaffen, damit aber letztlich Licht in Gefäßen einzufangen. Die Justiz ist nicht allein Objekt solcher Versuche. Auch an Universitäten bekommt mehr und mehr nur noch ausreichend Geld, wer seine Lehrveranstaltungen an bestimmte Gängigkeiten anpasst und fürs Forschen und Bücherschreiben bestimmten Planungsritualien und Modeströmungen huldigt – für ältere Kollegen mit dem entsprechenden Ansehen keine echte Gefahr, für die jüngere Generation eine Anleitung zur Anpassung und zum Originalitätsverlust.

Der Kern richterlicher Tätigkeit kann keiner eigentlichen „Qualitätskontrolle“ unterliegen, sondern allenfalls der Kritik, die richtig oder falsch sein kann, von wem sie auch immer stamme. Rspr. muss sich im freien Markt der Meinungsbildung bewähren und behaupten, nicht an Maßstäben von Qualitätszirkeln. Die Kritik der öffentlichen Meinung und der Fachwelt ist wichtiger als Empfehlungen von Qualitätszirkeln. Das Teuerste sind sachliche Fehlentscheidungen und hieraus folgende gesellschaftspolitische Fehlentwicklungen, nicht etwa Verfahren, die bestimmten Zeitvorstellungen im ambivalenten Sinn des Wortes nicht entsprechen.

23 §§ 21a ff., 21e; § 21g GVG.

24 §§ 61 ff. DRiG.

### d) Büroorganisation und Bürotechnik

So bleiben als Veredelungsgegenstand betriebswirtschaftlicher und ökonomischer Betrachtung eher Objekte, die man bisher unter dem Begriff der Büroorganisation und Bürotechnik zusammengefasst hat. Hier kann man – immer unter der Voraussetzung der Wahrung praktischer Vernunft – das Feuer freigeben. Aber dieser Bereich lohnt nicht geistigen und debatorischen Aufwand, der besser wichtigen Fragen der Rechtsentwicklung gewidmet wäre.

## IV. Richterdienstrecht und Aufsicht

### 1. Begrenzende Tendenz der Rechtsprechung

Die Rspr. hat die richterliche Unabhängigkeit gegen reale und potentielle Übergriffe von Aufsichtsorganen eher bereits im Vorfeld verteidigt. Dies ist grundsätzlich völlig richtig. Der Schaden aus einer Beeinträchtigung äußerer und innerer richterlicher Unabhängigkeit wäre größer als ein möglicher Nutzeffekt strikterer Aufsicht, deren sachlicher Effekt auf widerstrebende Richterinnen und Richter ohnehin zweifelhaft bleiben müsste. Dass sich rasch unliebsame Schleusen öffnen könnten, wenn hier allzu großzügig verfahren würde, zeigt auch die Hartnäckigkeit, mit der die Staatsanwaltschaft Richterinnen und Richter wegen Rechtsbeugung durch mehrere Instanzen verfolgt hat, weil der Eindruck mangelnden Gehorsams gegenüber oberlandesgerichtlichen Revisionsentscheidungen in Bußgeldsachen<sup>25</sup> oder – inhaltlich erheblicher – der Eindruck bewusster Verzögerung haftkontrollierender Entscheidungen entstanden war<sup>26</sup>. In drei Fällen bedurfte es des Eingreifens des BGH, um die übertriebenen Kontrollbedürfnisse gegenüber richterlichem Verhalten einzudämmen, teilweise erscheint die staatsanwaltliche Hartnäckigkeit nahezu unverständlich<sup>27</sup>. Man sieht, welches Drohpotential auch justizielle Kontrollkräfte entfalten können, wenn sie erst einmal entfesselt sind und mit dem Essen der Appetit kommt.

Im Bereich aufsichtsrechtlicher Maßnahmen, wie Ermahnungen und Verweisen, ist der Rspr. der Richterdienstgerichte m.E. die Abgrenzung zwischen erlaubter Rüge schlechter quantitativer und temporärer Ergebnisse und der verbotenen Einzelanweisung für konkrete oder abstrakte Verfahrensgestaltung insgesamt gut geglückt. Grob gesagt kann die Justizaufsicht rügen, dass verglichen mit anderen Referaten in gleicher Zeit weniger erledigt wird, und sie kann darauf auch ihre dienstliche Beurteilung stützen<sup>28</sup>. Die Justizaufsicht kann aber nicht anordnen, dass bestimmte Fälle rascher zu behandeln seien oder dass ein Richter zweimal statt einmal wöchentlich mündlich verhandeln solle<sup>29</sup>. Nach völlig unbestrittener Meinung kann sie sich zur Urteilsqualität oder Qualität der Verhandlungsführung<sup>30</sup> auch in dienstlichen Beurteilungen nicht negativ äußern.

### 2. Fleiß und Dienstzeiten

Wenn oft aus § 26 Abs. 2 DRiG, der die Aufsicht über „unverzögerte Erledigung der Amtsgeschäfte“ anordnet, die aufsichtsrechtliche Befugnis hergeleitet wird, die Arbeitszeit von Richtern zu überwachen und zu reglementieren<sup>31</sup>, so ist auch dies

25 BGH NJW 1997, 1455; 1999, 1122; dazu U. Schulz NJW 1999, 3471.  
26 OLG Frankfurt NJW 2000, 2037 (hierzu Schäfer NJW 2000, 1996); BGH NJW 2001, 3275.

27 So im Falle der angeklagten Richterin, die kein einmonatiges Fahrverbot anordnete: BGH NJW 1997, 1455.

28 Guter neuerer Überblick bei Papier NJW 2001, 1089 ff.

29 Aufschlussreich BGH NJW 1988, 419 ff.

30 Hierzu BGHZ 90, 41, 46 f.

31 In dieser Richtung wohl Redeker NJW 2002, 2610

## Stürmer, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

bisher an der höchstrichterlichen Rspr. gescheitert<sup>32</sup>. Zunächst einmal ist für den Zivilprozess festzuhalten, dass die deutsche Prozessdauer im internationalen Vergleich sehr kurz ist und von anderen Ländern eher bewundert wird<sup>33</sup> – sie erreichen oft nur im summarischen Verfahren die deutsche Normalerledigungsdauer, auch wenn sie ein ähnliches Heer von Laufbahnrichtern haben wie Deutschland. So schlecht kann es also um die Arbeitsmoral deutscher Richterinnen und Richter gar nicht bestellt sein. Wo BVerfG oder gar der EGMR zu lange Prozessdauer anmahnen, erweist sich der Blick auf die Dauer manch höchstrichterlichen Verfahrensganges manchmal als peinlicher Bumerang. So war in einem der letzten Fälle behaupteter Prozessverzögerung vor dem EGMR ein Strafverfahren in Deutschland<sup>34</sup> durch drei Instanzen innerhalb von etwa zwei Jahren erledigt. Das BVerfG benötigte fast drei Jahre, das Verfahren vor dem Gerichtshof für Menschenrechte insgesamt runde acht Jahre. In einem Zivilverfahren<sup>35</sup> benötigte das AG ein halbes Jahr, das BVerfG acht Jahre und der EGMR ca. fünf Jahre. Immerhin erließ das BVerfG in einem neueren Fall, der zwischen dem OLG und dem BGH 15 Jahre lang hin- und herpendelte, eine Mahnentscheidung binnen weniger Monate<sup>36</sup>. Man sollte also die Klagen über zögerlichen Prozessverlauf in der normalen Gerichtsbarkeit in Grenzen halten und sich manchmal eher überlegen, ob sich manche höchste Richter nicht stärker auf die Anforderungen ihres eigentlichen Amtes konzentrieren müssten.

Die feste Dienstzeit für Richterinnen und Richter ist ein Neidtopos, soweit schematische Forderungen erhoben werden. Richtig ist, dass Richterinnen und Richter erreichbar sein sollten, soweit dies konkrete dienstliche Belange erfordern, wozu gehören: kollegiale Beratung, rasche Eilentscheidungen ohne Möglichkeit zeitlicher Vorausplanung, Sitzungstermine. Ständige Erreichbarkeit durch Parteien und Anwälte, wie sie oft als Forderung an klingt, zeugt von einer immer mehr um sich greifenden Unsitte, nämlich der einseitigen telefonischen Verhandlung der Rechtssache, wie sie bis in höchste Gerichte leider häufig praktiziert wird. Sie verstößt gegen elementare Grundsätze rechtlichen Gehörs, und der schwere Verfahrensfehler, der zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit berechtigt<sup>37</sup>, wird nicht dadurch geheilt, dass man sich über einer Protokollierung dieses telefonischen ex parte-Verfahrens beruhigt.

Gute Entscheidungen sind in gewisser Weise schöpferische Prozesse und brauchen Reifungsprozesse, die nicht jede Richterpersönlichkeit am Schreibtisch zu leisten vermag. Viele Richter setzen sich nur an den Schreibtisch, um Ergebnisse zu Papier oder in den Computer zu bringen, und es sind wirklich nicht die schlechtesten. Es ist richtig, wenn die Rspr. die Einmischung in den Arbeitsstil abblockt, und es ist hoch zu schätzen, wenn Vertreter der Anwaltschaft, die bei Formen höherer Dienstleistung auch eines gewissen Freiraums bedarf, hier die nötige Großzügigkeit und Einsicht zeigen, wie dies hier und heute geschehen ist.

### 3. Widersprüchlichkeiten zu modernen Tendenzen der Gerichtsorganisation

Die Diskussion von Dienstzeiten und „Qualitätszirkeln“ gibt im Übrigen Veranlassung, auf tiefe Widersprüchlichkeiten zu modernen Tendenzen der Gerichtsorganisation hinzuweisen. Der Gesetzgeber propagiert in Deutschland<sup>38</sup> wie in den meisten europäischen Ländern<sup>39</sup> den Einzelrichter erster Instanz und teilweise sogar in der Berufungsinstanz. Frühere Generationen haben dem kontinentaleuropäischen Karriererichter ohne längere anwaltliche oder richterliche Bewährung diesen Vertrauensvorschuss nicht gewährt, sondern haben stärker auf das Kollegialorgan gesetzt, das wie ein Ofen die Kohlen am Glühen hält und ihr Verlöschen in Vereinzelung verhindert. Dies ist in doppelter Hinsicht richtig. Einmal gibt die richterliche Gruppe eher einen Arbeitsrhythmus vor, aus dem auszusteigen nicht einfach ist, ohne dass dies mit einer Dienstzeitengängelung im eigentlichen Sinne verbunden wäre. Zum anderen bewirkt die Gruppe eine permanente wechselseitige Qualitätskontrolle<sup>40</sup>.

Man hat geglaubt, über all diese Erfahrungen hinweggehen zu können, und auf die reife und verantwortungsvolle Persönlichkeit des Einzelrichters gesetzt. Der Versuch, über Dienstzeiten einen geordneten Arbeitsrhythmus herzustellen oder über Qualitätszirkel einen Gruppenkontrollmechanismus zu installieren, harmonisiert mit diesen gegenläufigen Tendenzen wenig, vor allem aber hat er in seiner Ineffizienz und Unbeholfenheit fast etwas Rührendes. Entweder sollte man zur (richterlichen) Arbeitsgruppe, wie sie auch das Management der freien Wirtschaft kennt, zurückkehren und Kammern und Senate wieder voll einführen, oder aber man sollte auf die Selbstständigkeit der Einzelrichter vertrauen und die Qualitätskontrolle der Rechtsmittelinstanz überlassen. Qualitätszirkel mit ihrem metajuristischen Charakter können klare Organisationsstrukturen nicht ersetzen. Qualitätskontrolle, soll sie einigermaßen funktionieren, bedarf eines hohen Aufwands und klarer Strukturierung, das lehrt die Erfahrung aus vergleichbaren Bereichen, wie z.B. der Medizin und Patientenversorgung. Hält die herkömmliche Kontrollstruktur der Justiz den Maßstäben moderner Qualitätskontrolle wirklich nicht stand? Man kann nicht innerinstanzliche Kontrollsysteme und Rechtsmittel abbauen, um dann nach reichlich diffusen Formen einer „Produktkontrolle“ zu rufen, vielleicht weil man vor dem eigenen Mut zur Autonomie des Karriererichters ohne Erfahrung gleich wieder Angst bekommt.

So bleibt die Frage, ob die herkömmlichen Gruppensysteme und das herkömmliche Rechtsmittelsystem nicht vieles längst vorweggenommen haben, was heute unter betriebsorganisatorischer neuer Begrifflichkeit diskutiert wird. Das traditionelle Gerichtssystem, das auf Erfahrungen von Jahrhunderten beruht, mag moderner sein, als es im hektischen Markt der Neuigkeiten den Anschein hat.

### 4. Der Richter und die Kritik in einer dienstlichen Beurteilung

Die h.M. und die Rspr. der Dienstgerichte schließt zwar zu Recht eine dienstaufsichtliche Maßnahme aus, die inhaltliche Kritik am Verhandlungsstil oder gar am Urteilsinhalt umfasst. Sie dehnt dies aber auch auf die dienstliche Beurteilung aus, wenn dort z.B. eine wenig straffe Verhandlungsführung<sup>41</sup> oder eine weit überdurchschnittliche Aufhebungsquote gerügt werden. Es fragt sich, ob damit nicht einer intellektuellen Unredlichkeit Vorschub geleistet wird, die der Transparenz von Besetzungs-

32 Grundlegend BGHZ 113, 36 ff.

33 Hierzu schon *Stürmer*, Aktuelles Forum Justizreform, NJW 2000, Beil. Heft 25, S. 33 ff.; DJT 2000 Leipzig; *Zuckerman*, Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure, 1999, p. 31s.

34 EGMR NJW 2001, 211.

35 EGMR NJW 2001, 213.

36 BVerfG NJW 2001, 215.

37 Hierzu OLG Oldenburg NJW 1963, 451; *Stürmer*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, 1982, Rdnr. 32; Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 1.5 (Gemeinschaftsprojekt von Unidroit und American Law Institute), in: The American Law Institute, Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Preliminary Draft Nö 3 (October 2002).

38 §§ 348, 348a; 526, 568 ZPO 2002.

39 Dazu z.B. Art. 801 ff. c.p.c. Frankreich; Art. 50 bis ff. c.p.c. 1998 Italien.

40 Auf diesen Zusammenhang weist *Greger* JZ 2000, 842, 850/851 zu Recht hin.

41 BGHZ 90, 41, 43 f.

## Stürner, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft

entscheidungen wenig förderlich ist und etwas an die sprachliche Heuchelei von Arbeitszeugnissen erinnert. Natürlich stützt sich der Vorschlag zu einer Besetzung und seine Beurteilung im Präsidialrat oder Wahlgremium nicht nur auf äußere Formalismen, sondern auf Überzeugungen von inhaltlicher Güte der Arbeit der Bewerber. Solche Überzeugungen gründen auf Flüsterpropaganda oder negativen Gerüchten und entziehen sich stärker der Kontrolle, als wenn in formalisierter Form ein begründetes Urteil über die Güte einer Arbeit abgegeben wird. Die Angst vor dieser Kritik gründet sich auf die eigenartige Vorstellung, dass andere eine solche Kritik unkritisch übernehmen. Der Lebenserfahrung entspricht dies nicht ohne weiteres, zumal Richterinnen und Richter Stellung nehmen und damit zu einer begründeten sachlichen Diskussion beitragen können, die bessere Ergebnisse zeitigen dürfte als Gerüchte.

Auch in diesem Punkt ergibt sich der eigenartige Widerspruch, dass einerseits der Einzelrichter zum reifen und unabhängigen Urteil über andere befähigt sein soll, aber dann selbst nicht in der Lage erscheint, Kritik zur Kenntnis zu nehmen und sie zu erwidern und zu verarbeiten, ohne die innere Freiheit zur persönlich zu vertretenden richtigen Entscheidung zu verlieren. Die richterliche Gruppe schützt vor persönlicher inhaltlicher Kritik, die dann allenfalls der erfahrene Vorsitzende zu gewärtigen hat. Wenn der Richter aus ihr heraustreten soll, muss er dazu auch die persönliche Standfestigkeit haben und sollte nicht vor Bemerkungen in Dienstzeugnissen einknicken, die im Übrigen nicht immer die gewünschte Wirkung haben, sondern auch das Gegenteil bewirken können, falls sie die Umgebung nicht überzeugen.

## V. Haftung für Fehlleistungen der Rechtsprechung

Im letzten Teil sollen noch einige Überlegungen zur externen Kontrolle richterlichen Handelns in Gestalt der Staatshaftung und des Rückgriffs auf den Richter angestellt werden.

### 1. Richterhaftung und Anwaltschaft

Anwälte haften für ihre Verfahrensfehler, Richter in aller Regel nicht und ebenso wenig der Staat. Im Prinzip geht die Rspr. des BGH auch davon aus, dass Fehler der Gerichte den Anwalt von seiner Haftung nicht befreien<sup>42</sup>. Ob man dem Obiter Dictum im Dreierbeschluss der 2. Kammer des 1. Senats<sup>43</sup> – es war dies keine Senatsentscheidung – mit seiner verfassungsrechtlichen Kritik all zu viel Bedeutung beimessen soll, erscheint fragwürdig. Solche Beschlüsse sind vor allem in ihren nicht entscheidungstragenden Gründen oft nicht sehr sorgfältig überlegt und geben Präferenzen einzelner Richterinnen und Richter oder gar ihrer Mitarbeiter wieder, denen man endgültiges Gewicht nicht immer zumessen kann. Die drei Verfassungsrichter meinen beiläufig, die Berufsausübungsfreiheit des Anwalts könne verletzt sein, wenn er haften solle, obwohl eine mögliche richterliche Korrektur des anwaltlichen Fehlers unterblieben sei, oder wenn er hafte, weil er das Gericht nicht auf eine fehlsame Rechtsauffassung hingewiesen habe. Schon vor dem Hintergrund normaler Zurechnungskriterien des Schadensersatzrechts ist diese Kritik schwer einzuordnen: die eigene Pflichtwidrigkeit bleibt auch dann Zurechnungsgrund, wenn die Pflichtwidrigkeit Dritter als Ursache für einen Schaden hinzutritt – immer vorausgesetzt, dass das Fehlverhalten Dritter im Rahmen der Lebenserfahrung liegt<sup>44</sup>. Es besteht wenig Veranlassung, dies im Verhältnis von anwaltlichem und richterlichem Fehlverhalten

anders zu sehen, zumal im richterdominierten deutschen Prozess die Rolle des Anwalts auf eine Art Überwachungsfunktion geschrumpft ist, für deren Erfüllung der Anwalt hauptsächlich obligatorisch ist und folglich auch haften sollte. Aus der Skepsis der drei Richter des BVerfG auf eine verfassungsgerichtliche Bereitschaft schließen zu wollen, die Haftung für gerichtliche Fehler auszudehnen, z.B. auf Fälle grober Fahrlässigkeit, erscheint eher zweifelhaft. Zu viele Argumente sprechen gegen eine solche Entwicklung.

### 2. Die international gängige Lösung

Das Haftungsprivileg der Richter bzw. des Staates für seine Richter ist das Ergebnis einer sehr breiten Rechtentwicklung in allen Rechtskulturen westlicher Zivilisation<sup>45</sup>. Meist beschränkt sich die Haftung auf Vorsatz, wie z.B. im angloamerikanischen Rechtskreis, und wo für grob fahrlässige Fehlleistungen oder verzögerte Verfahrenserledigung eine Haftung bejaht wird, wie unterschiedlich im romanischen und germanischen Rechtskreis, geschieht dies nur mit zahlreichen Einschränkungen und größter Vorsicht.

### 3. Die Gründe

Was sind die Gründe für diese sehr breite internationale Entwicklung? Es werden stets zwei Gründe mehr oder weniger gleichberechtigt genannt, nämlich der Schutz der Rechtskraft und der Schutz richterlicher Unabhängigkeit. Man scheut nicht nur die Druckwirkung auf den Richter, wie man sie bei aufsichtsrechtlichen Maßnahmen gerade vermeidet, sondern auch die Wiederholung des Verfahrens unter umgestülpter instanzialer Zuständigkeit. Das LG hätte darüber zu befinden, ob Bundesrichter einen groben Fehler machten, weil sie den gemeinsamen Senat nicht anriefen, und ob dieser Fehler den Verfahrensausgang negativ beeinflusste; es hätte darüber zu entscheiden, ob ein Bundesverfassungsrichter eine Dreierentscheidung unangemessen verzögert hat und dadurch ein Schaden für den Bf. entstanden ist. Wie sehr nicht nur der Gedanke der Rechtskraft, sondern auch die damit verbundene Notwendigkeit einer instanzialen Ordnung die Vorstellung von der Schädlichkeit einer Haftung für richterliche Fehler prägt, zeigt die gesamteuropäische Lösung: bei groben Fehlleistungen kann der EGMR als übergeordnetes Gericht dem Opfer gerichtlicher Fehlleistung eine angemessene Entschädigungssumme zusprechen<sup>46</sup>, was auch durchaus immer wieder geschieht<sup>47</sup>. Jedenfalls ist es nicht ganz richtig zu sagen, es gebe keine Entschädigung für richterliche Fehlleistungen ohne Vorsatz – es gibt sie, aber instanzial wohlgeordnet.

### 4. Neuere Gründe für eine Haftungsverschärfung?

Die Frage, ob es neuere und bessere Gründe geben könnte, die Frage staatlicher Haftung für Fehlerurteile neu zu überdenken und anders zu entscheiden, ist m.E. letztlich klar zu verneinen. Das Argument, Rechtskraft stehe auch Anwaltschaftungsprozessen nicht entgegen, ist zwar formal richtig, trifft aber nicht den Kern der Sache: im Anwaltschaftungsprozess ist das Fehlverhalten des Anwalts der zentrale Streitpunkt, das richterliche Fehlerurteil kann eine Rolle spielen, muss es aber nicht, und wenn, dann oft i.S. verpasster instanzialer Überprüfung.

Im richterlichen Staatshaftungsprozess wäre stets das letztinstanzliche Urteil Kontrollgegenstand. Der Hinweis auf den Verlust instanzialer Richtigkeitskontrolle durch die ZPO-Reform ist

42 Zuletzt BGH NJW 2002, 1048 ff.

43 BVerfG NJW 2002, 2017, 2018.

44 Dazu allgemein Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000, § 33 II 2, S. 234 ff. m.Nw.

45 Guter Überblick über die Rechtslage und ihre historischen Hintergründe bei Cappelletti, Le Pouvoir des Juges, p. 114 ff., 124 ff., 154 ff. m.Nw.

46 Art. 41 EMRK.

47 Verweigert im Fall EGMR NJW 2001, 213, 214.

## Scharnhoop, Die Umsatzsteuer in den Rechnungen der Rechtsanwälte und Notare

zutreffend – aber der Staatshaftungsprozess zur Korrektur ist ein rechtspolitisch verfehltes Instrument. Das Argument des Schutzes richterlicher Unabhängigkeit wird übrigens nicht nur für staatliche Richter ins Feld geführt, sondern auch für die schiedsrichterliche Haftung, die nach deutschem Recht gleichen Grenzen unterliegt wie die Staatshaftung für richterliche Fehler<sup>48</sup>. Manchmal kommen also auch anwaltliche Schiedsrichter in den Genuss des Haftungsprivilegs.

## VI. Schlussbemerkung

Zum Schluss seien noch einige kurze Bemerkungen zum europäischen Gesamtzusammenhang gestattet, in dem das Thema steht. Mit der Unabhängigkeit und demokratischen Legitimation der Richter des EuGH in Luxemburg und des Gerichtshofs erster Instanz ist es sehr schlecht bestellt. Die Richter werden von den Regierungen einvernehmlich ohne jede parlamentarische Mitwirkung bestellt<sup>49</sup>. Jeder Staat stellt ohne Rücksicht auf die Zahl seiner Bürger einen Richter – was die demokratische Legitimation durch die Gesamtheit der EU-Bürger nicht gerade stärkt. Grob gesagt hat ein Luxemburger Bürger bei der Wahl seiner Volksvertretung und damit seiner vorschlagenden Regierung den hundertsechzigfachen Einfluss auf die Richterernennung, verglichen mit einem deutschen Bürger. Die zeitliche Begrenzung der Amtszeit verbunden mit der Wiederbenennungsmöglichkeit schafft nicht gerade Vertrauen in die Unabhängigkeit von Regierungen, die Prozesse in Luxemburg führen und dann wieder Richter benennen. Wenn man die Machtfülle bedenkt,

die der Gerichtshof als Promotor von Marktfreiheiten inzwischen hat, wirkt es fast bedenklich, mit welcher Sorgfalt man auf nationaler Ebene Unabhängigkeitsfragen diskutiert, um dann auf europäischer Ebene mühsame rechtskulturelle Errungenschaften einfach über Bord zu werfen. Dass auch die selbstverständliche Unterwerfung der EU-Bürger unter die Gerichtsbarkeit von Richtern anderer EU-Staaten ohne die Transformation eines Exequaturverfahrens Grundprinzipien demokratischer Legitimation und Kontrolle missachtet, ist schon erwähnt – der technokratische Geist der Diskussion um ein europäisches Gerichtssystem hat beängstigende Implikationen.

Die Umformung der Justiz am Maßstab ökonomischer Kategorien könnte irgendwann das BVerfG beschäftigen. Es steht zu hoffen, dass es dann dem Wert rechtskultureller Traditionen genügend Gewicht gibt. Im Bereich des Anwaltsrechts hat sich das BVerfG in vielen Entscheidungen zum Promotor eines Denkens in Markt- und Dienstleistungsfreiheiten gemacht, das die Tradition des Verständnisses der Anwaltschaft als eines Organs der Rechtspflege eher hintanstellt<sup>50</sup>. Noch scheinen die europäischen Deregulierer der Kommission nicht zufrieden, Kommissar Monti pocht auf weiteren Abbau von Berufsregeln für Anwälte und Notare. Man hat – unter tatkräftiger Mithilfe des BVerfG – den Markt für den europäischen Wettbewerb geöffnet, und gekommen sind machtvolle amerikanische Anwaltsoligopole<sup>51</sup>. Möge sich im Bereich der Justiz ein allzu übereilter Abschied von Traditionen nicht wiederholen, die zwischen Ökonomie, Markt und Rechtspflege meinten klar unterscheiden zu sollen.

48 Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl. 2002, Kap. 12, Rdnr. 9 m.Nw.

49 Art. 221, 225 EG.

50 Dazu BVerfGE 76, 171 ff.; 80, 269 ff.; 87, 287 ff.; 93, 362 ff.; 98, 49 ff.; JZ 2001, 350 ff.; dazu kritisch Stürmer JZ 2001, 699 ff., 703.

51 Aufschlussreich de Lousanoff ZJP 115 (2002), 357 ff.

# Die Umsatzsteuer in den Rechnungen der Rechtsanwälte und Notare

Rechtsanwalt Jens Scharnhoop, Berlin\*

Viele RAe und Notare sind sich insbesondere bei Mandaten mit Auslandsbezug unsicher, ob und welche Umsatzsteuer sie in Rechnung stellen müssen. Dieser Beitrag stellt die verschiedenen Konstellationen und Lösungen vor.

## I. Rechtsanwaltstätigkeiten

Alle berufstypischen Leistungen eines RA fallen unter § 3a Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 Nr. 3 UStG (s. Abschnitt 39 Abs. 10 UStR). Danach gilt:

1. Ist der Empfänger der Leistung ein Unternehmer und ist die Leistung auch für sein Unternehmen bestimmt, so ist der Ort der Leistung dort, wo er sein Unternehmen betreibt (bzw. der Ort, an dem sich die die Leistung empfangende Betriebsstätte befindet):

- Empfängerort in Deutschland: Rechnung mit deutscher USt.
- Empfängerort im Ausland: Rechnung ohne USt.

Im EU-Ausland fällt in diesen Fällen zwar die ausländische USt an; für diese haftet der deutsche RA in der Regel gesamtschuldnerisch mit dem Leistungsempfänger; im Rah-

men der sog. Reverse-Charge-Regelung muss aber der Leistungsempfänger den Steuerbetrag unter Zugrundelegung des dortigen Steuersatzes selbst ermitteln, mit seiner Steuererklärung deklarieren und kann dann den Vorsteuerabzug vornehmen. Eine umsatzsteuerliche Registrierung des RA in diesem anderen Staat ist daher nicht erforderlich. Zu den außereuropäischen Staaten kann keine einheitliche Beschreibung gegeben werden.

2. Ist der Empfänger der Leistung kein Unternehmer und hat er seinen (Wohn)Sitz in Deutschland, so ist der Ort der Leistung in Deutschland (§ 3a Abs. 1 UStG):

- Rechnung mit deutscher USt

3. Ist der Empfänger der Leistung kein Unternehmer und hat er seinen (Wohn)Sitz im EU-Ausland, so ist der Ort der Leistung dort, wo der RA seine Kanzlei betreibt, in der Regel also Deutschland (§ 3a Abs. 1 UStG):

- Rechnung mit deutscher USt

4. Ist der Empfänger der Leistung kein Unternehmer und hat er seinen (Wohn)Sitz im Drittland (also weder Deutschland noch EU), so ist der Ort der Leistung an diesem (Wohn)Sitz (§ 3a Abs. 3 Satz 3 UStG):

- Rechnung ohne USt

\* Kanzlei Fuhrmann Wallenfels Binder, Berlin

## Überblick

## II. Notarstätigkeiten

1. Bei allen Beurkundungen der Notare, die im Zusammenhang mit Grundstücken stehen, ist Ort der Leistung dort, wo das Grundstück liegt (§ 3a Abs. 2 Nr. 1 b UStG). Hierzu gehören auch die Einräumung, Veränderung, Löschung etc. von dinglichen Rechten (Abschnitt 34 Abs. 6 und 8 UStR):

- Falls Grundstück in Deutschland, dann Rechnung mit deutscher USt
- Falls sich das Grundstück im Ausland befindet, dann findet grundsätzlich das Umsatzsteuerrecht des dortigen Staates Anwendung. Das gilt auch dann, wenn alle Beteiligten des zu beurkundenden Vorgangs in Deutschland ansässig sind. Da sich das Umsatzsteuerrecht in den jeweiligen Staaten deutlich unterscheidet, können hier keine abschließende Auskünfte gegeben werden. Für die Staaten der europäischen Union gelten die nachfolgenden Ausführungen. Im Zweifelsfall helfen Kanzleien vor Ort oder aber die jeweiligen Auslandshandelskammern ([www.ahk.de](http://www.ahk.de)). Jedenfalls gilt:

- ➔ Rechnung mit der jeweiligen ausländischen Umsatzsteuer

Diese ausländische Umsatzsteuer wird von den Beteiligten auch tatsächlich geschuldet. Sind die Beteiligten vorsteuerabzugsberechtigt, können sie sich aber die Vorsteuer in den meisten (z.B. allen EU-) Staaten erstatten lassen. Eine Liste der hierfür zentral zuständigen ausländischen Behörden findet sich u.a. im Internet unter [www.bff-online.de](http://www.bff-online.de).

Ein Ausweis der deutschen Umsatzsteuer würde dahingegen den Vorsteuerabzug der Beteiligten in Deutschland

ausschließen (BFH-Urt. v. 2.4.1998 – V R 34/97, BStBl. II 1998, 695)!

Der Notar muss die Steuer in dem ausländischen Staat erklären und kann, soweit vorhanden, Vorsteuerbeträge geltend machen. Voraussetzung ist die steuerliche Registrierung in diesem Staat. Die bisherige Verpflichtung, einen Fiskalvertreter zu bestellen, gibt es aufgrund einer Änderung des Art. 21 der 6. EG-Richtlinie seit dem 1.1.2002 nicht mehr. Da die tatsächliche Handhabung und Umsetzung der 6. EG-Richtlinie in den EU-Staaten nach wie vor unterschiedlich ausfällt, sollte sich ein Notar, wenn er sich entschließt, auf einen Fiskalvertreter zu verzichten, vorher bei den o.g. Stellen vor Ort erkundigen, um etwaige Schwierigkeiten mit der dortigen Verwaltung zu vermeiden.

2. Bei allen Beurkundungen, die nicht im Zusammenhang mit Grundstücken stehen (z.B. im Gesellschaftsrecht), ist der Ort der Leistung gemäß § 3a Abs. 1 UStG dort, wo der Notar sein Notariat betreibt, in der Regel also Deutschland (vgl. *Rau/Dürnwächter*, § 3a UStG, Rn. 239):

- Rechnung mit deutscher USt

3. Selbstständig erbrachte und abgerechnete Beratungen wie z.B. für die Anfertigung von Urkundsentwürfen und der Beratung der Beteiligten, die nicht im Zusammenhang mit Beurkundungen stehen (vgl. § 24 BNotO und §§ 145 und 147 Abs. 2 KostO), werden wie die unter Ziff. I. dargestellten Tätigkeiten der Rechtsanwälte behandelt (Abschnitt 39 Abs. 11 UStR).

(Vorstehende Ausführungen entsprechen der Auffassung der Finanzverwaltung, so dass bei den entsprechenden Steuerausweisen und -erklärungen keine Probleme auftauchen sollten; in der Literatur werden zum Teil auch hiervon abweichende Auffassungen vertreten.)

## Pflichten und Haftung des Anwalts

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

### Überblick

#### Neues zur Berufungsbegründungsfrist bei PKH

Ungewöhnlich hohe Resonanz erfuhr der letzte Beitrag an gleicher Stelle (*Chab*, PKH nach der ZPO-Reform, BRAK-Mitt. 2003, 163). Wie Leser mitgeteilt haben, war die Problematik offenbar auch in der Richterschaft kaum bekannt und umso mehr auf Interesse gestoßen. Neue Entscheidungen dazu geben Anlass, nochmals auf das Thema zurückzukommen. Worum ging es?

Mit der ZPO-Reform wurde die Frist zur Berufungsbegründung (§ 520 ZPO) wie auch zur Revisionsbegründung (§ 551 ZPO) geändert. Sie beträgt jetzt zwei Monate ab Zustellung des Urteils in der Vorinstanz und ist damit unabhängig vom Zeitpunkt der Berufungs- bzw. Revisionseinlegung. Die Begründungsfristen müssten also nach dem Wortlaut der Vorschriften auch dann laufen, wenn zunächst nur ein PKH-Antrag für die nächste Instanz gestellt wird. Das wirft für den Anwalt die Frage auf, wie er mit der Begründungsfrist umzugehen hat. Muss er vielleicht eine Verlängerung der Begründungsfrist erbitten, wenn

der PKH-Beschluss nicht rechtzeitig da ist, oder genügt ein Wiedereinsetzungsantrag bzgl. der Einlegungsfrist (wie bislang auch) und der Begründungsfrist?

Der erste Lösungsansatz scheint schon deshalb unpraktikabel und halbherzig, weil er an § 520 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO scheitern kann. Einer zweiten Verlängerung oder einer Verlängerung über einen Monat hinaus muss der Gegner zustimmen. Auch bis dahin haben die Gerichte oft genug nicht über die PKH entschieden.

Damit bleibt offenbar nur noch die Wiedereinsetzungslösung. Hierzu war die Frage entstanden, ob dann ein ausdrücklicher Wiedereinsetzungsantrag für die Berufungsbegründungsfrist überhaupt notwendig ist oder ob die Gerichte stillschweigend von einem entsprechenden Antrag ausgehen und von Amts wegen Wiedereinsetzung gewähren müssen. Der im letzten Beitrag zitierte Beschluss des LG Frankfurt v. 24.6.2003 (2-11 S 345/02) ist jedenfalls nicht haltbar. Der BGH hat hierzu inzwischen in einer einstweiligen Anordnung (Beschl. v. 6.8.2003 – VIII ZB 77/03) deutlich zu verstehen gegeben, dass das LG § 236 Abs. 2 2. Halbs. ZPO zu Unrecht nicht beachtet hatte.

## Das aktuelle Urteil

Nun hat der XII. ZS des BGH in einer ausführlich begründeten Entscheidung (Beschl. v. 9.7.2003 - XII ZB 147/02) Stellung bezogen. Das OLG hatte in der Vorinstanz den Antrag auf Bewilligung von PKH erst nach regulärem Ablauf von Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist positiv beschieden. Zugestellt wurde dieser Beschluss am 14.5.2002. Mit am 28.5. eingegangenem Schriftsatz legten die Prozessbevollmächtigten Berufung ein und beantragten zugleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bzgl. der Berufungseinlegungsfrist. Am 27.6. schließlich wurde die Berufung begründet und zugleich Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Das OLG meinte, dass diesbezüglich nun keine Wiedereinsetzung möglich sei, weil die Begründung nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO, also nach Wegfall des Hindernisses i.S.d. Wiedereinsetzungsvorschriften (PKH-Bewilligung), nachgeholt worden sei. Die Rechtsbeschwerde hiergegen hatte nach Ansicht des BGH grundsätzliche Bedeutung und außerdem auch in der Sache Erfolg. Dabei räumt der BGH dem OLG gegenüber durchaus ein, dass der Wortlaut des § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO eigentlich kein anderes Ergebnis zulasse, meint aber, die Vorschrift sei verfassungskonform auszulegen, um die verfassungsrechtlich gebotene Angleichung der Situation bemittelter und unbemittelter Rechtsmittelführer herzustellen. Da nach neuem Recht die Versäumung der Einlegungsfrist wegen des vorgeschalteten PKH-Verfahrens regelmäßig auch die Versäumung der Begründungsfrist nach sich zöge, würde die durch das OLG vorgenommene Auslegung zu einer klaren Benachteiligung der unbemittelten Partei führen. Die Begründungsfrist verkürzt sich nämlich – vom Gesetzgeber ungewollt – je nach Situation erheblich, will man am Buchstaben des Gesetzes festhalten.

Die Lösung sei am ehesten in einer Neufassung des § 234 ZPO zu suchen. Ein Gesetzentwurf liegt bereits vor. Er geht aber dem Senat immer noch nicht weit genug, insbesondere die bereits vorhandenen Ansätze anderer Bundesgerichte zu deren Verfahrensordnungen seien noch ungenügend berücksichtigt. Auf die erstaunlich breiten Ausführungen hierzu darf an dieser Stelle verwiesen werden. Welcher Lösung nun letzten Endes der Vorzug zu geben sei, lässt der Senat für den konkreten Fall aber dahinstehen: die Frist war jedenfalls noch nicht versäumt. Dazu kommt man entweder, indem man die zweimonatige Begründungsfrist überhaupt erst mit Zustellung der PKH-Bewilligung beginnen lässt oder eine einmonatige Begründungsfrist ab Zustellung der Entscheidung über die Wiedereinsetzung bzgl. der Einlegungsfrist annimmt.

Überraschend ist das allemal. Schließlich ging die Diskussion zunächst um die Frage, ob der Anwalt die Frist verstreichen lassen und dann Wiedereinsetzung beantragen kann, oder ob er vorsorglich bis zur Klärung der Frage die Fristverlängerung versuchen soll. Dass die reguläre Frist mit Zustellung des Urteils zu laufen beginnt, war nicht in Zweifel gezogen worden. Nun hat der BGH klargestellt, dass es nicht einmal einer Wiedereinsetzung in die Begründungsfrist bedarf, weil diese Frist jedenfalls erst nach Zustellung des PKH-Beschlusses überhaupt zu laufen beginnt.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

## Das aktuelle Urteil

### Beratungspflichten nach Abschluss der Instanz

**Nach Abschluss der Instanz hat der Prozessbevollmächtigte die Pflicht, den Mandanten umfassend über die Möglichkeiten der Abwehr von Vollstreckungsmaßnahmen zu beraten.** (eigener Leitsatz)

BGH, Urt. v. 10.7.2003 – IX ZR 5/00

### Besprechung:

Zu diesem Haftpflichtprozess kam es – wie so häufig – deshalb, weil die Vorgehensweisen der Mandantin und der verschiedenen beteiligten Anwälte nicht abgestimmt waren. Die Kl. betrieb u. a. einen Käsestand in einer Markthalle. Der zunächst mandatierte RA kündigte aufgrund tatsächlichen oder vermeintlichen Auftrags der Mandantin den Mietvertrag und focht die Kündigung im Nachhinein wieder an. Im Rahmen einer Räumungsklage, in der es um die Wirksamkeit der betreffenden Kündigung ging, war die beklagte RAin erstinstanzlich mit der Prozessführung beauftragt. Nachdem das LG der Räumungsklage stattgegeben hatte, wurden wiederum neue Anwälte mit der Überprüfung der Erfolgsaussichten der Berufung sowie der Durchführung des Berufungsverfahrens beauftragt. Die Berufung war – entgegen der Prognose der beklagten RAin – erfolgreich, da die Kündigung des Mietvertrages wegen fehlenden Kündigungsgrundes als unwirksam angesehen wurde. Bereits kurz vor Berufungseinlegung hatte die Kl. den streitgegenständlichen Käsestand aber geräumt und das Inventar veräußert. Sie verlangte nun den bis zur regulären Beendigung des Mietvertrages entgangenen Gewinn von der beklagten RAin, da diese sie anlässlich bzw. nach Erhalt des erstinstanzlichen Räumungsurteils unzureichend beraten habe.

Mit dem gegen die Bekl. geltend gemachten Haftpflichtanspruch verlangt die Kl. so gestellt zu werden, als hätte sie den Käsestand nicht veräußert. Da die Kündigung des Mietvertrages letztinstanzlich als unwirksam erkannt wurde, hätte sie den Käsestand weiter betreiben dürfen. Hätte eine ausreichende Beratung stattgefunden, hätte sie von der Veräußerung Abstand genommen. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Kl. keinen der beteiligten RAe zur Frage der Veräußerung des Inventars konsultiert hatte. Einen ausdrücklichen Rat, den Stand zu veräußern, hatte sie also nicht bekommen. Allerdings lag der Entscheidung, den Stand zu veräußern, offenbar eine falsche Vorstellung der rechtlichen Möglichkeiten zu Grunde. Dies führt zu der Frage, ob und ggf. welcher Anwalt die Mandantin weitergehend über die Konsequenzen von Vollstreckungsmaßnahmen bzw. Vollstreckungsschutzmöglichkeiten belehren musste und welche Pflichten den Anwalt überhaupt bei bzw. nach Abschluss einer Instanz treffen (vgl. dazu auch BGH, NJW 2003, 2022, m. Anm. *Jungk* in BRAK-Mitt. 2003, 165, zur Überprüfung der Aussichten eines Rechtsmittels).

Die Kl. machte geltend, sie habe den Käsestand nur wegen der drohenden Zwangsvollstreckung des Vermieters aus dem erstinstanzlichen Urteil veräußert. Die Bekl. habe sie nicht ausreichend über die zur Verfügung stehenden Maßnahmen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung belehrt. Dieser Aspekt betrifft nun in der Tat den Mandatumumfang des erstinstanzlichen Anwalts. Zwar könnte der Vollstreckungsschutzantrag ein neues Mandat sein (BGH, NJW 1996, 48, 51 geht sogar von derselben Angelegenheit aus); die Belehrung über die Vollstreckungsmöglichkeiten als solche obliegt allerdings von jeher dem Instanzanwalt (*Borgmann/Haug* Rdnr. III 93; *Zugehör-Sieg*, Rdnr. 747). Dass die beklagte RAin die Mandantin über die Möglichkeiten und Voraussetzungen eines Vollstreckungsschutzantrags einerseits bzw. die Konsequenzen einer Vollstreckung durch den Vermieter andererseits ausreichend belehrt hätte, konnte sie nicht darlegen. Insbesondere der Hinweis auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Räumungskläger aus § 717 Abs. 2 ZPO für den Fall einer Aufhebung des Räumungsurteils wäre nach Ansicht des OLG Celle wie des BGH erforderlich gewesen. Diese Anforderungen stehen im Einklang mit der bisherigen Rspr.: Der Anwalt muss alles tun, um die rechtlichen Interessen des Mandanten zu wahren. Er muss die verschiedenen Vorgehensweisen aufzeigen und so dem Mandanten eine eigenverantwortliche Entscheidung ermöglichen. Im konkreten Fall hätte die beklagte Anwältin also trotz ihrer Skepsis bezüglich der Erfolgsaussichten der Berufung der Mandantin die Möglichkeit und die Voraussetzungen

## Rechtsprechungsleitsätze

zungen eines Vollstreckungsschutzantrags aufzeigen müssen, damit diese über die Antragstellung bzw. Weiterverfolgung entscheiden konnte. Auch die Aussicht, im Obsiegsfalle Schadensersatz gem. § 717 Abs. 2 ZPO zu bekommen, ist ein Umstand, der bei der Entscheidung des Mandanten über das weitere Vorgehen durchaus Berücksichtigung finden kann. Dem BGH ist daher zuzustimmen, dass nach den Anforderungen der Rspr. an die Beratung bei Instanzabschluss umfangreichere Belehrungen seitens der Bekl. erforderlich gewesen wären.

Eine umfassende Beratung setzt allerdings die Kenntnis des wesentlichen Sachverhaltes voraus. Für die Anwältin stellte sich der Sachverhalt so dar, dass die Alternativen zwischen Durchführung der Zwangsvollstreckung und freiwilliger Räumung des Käsestandes bestanden. Die Veräußerung des Inventars stand hingegen nicht in Rede und ging auch weit über den vollstreckbaren Inhalt des Räumungsurteils hinaus. Die Größenordnung der durch diese Vorgehensweise geschaffenen vollendeten Tatsachen kannte die Bekl. also nicht. Die geplanten Vorgehensalternativen beeinflussen aber durchaus den Umfang der Beratung. Unter diesen Umständen hätte es näher gelegen, jede erdenkliche Möglichkeit zu prüfen, die Vollstreckung zu vermeiden, als wenn es nur um die zeitweise Räumung des Käsestandes gegangen wäre. Die fehlende Information seitens der Mandantin über ihr Vorhaben kann ein Mitverschulden begründen. Genau dies hat das LG im Haftpflichtprozess erster Instanz der Kl. auch vorgeworfen: Sie hätte die Veräußerung des Inventars mit den zu diesem Zeitpunkt mandatierten (Berufungs-)Anwälten erörtern müssen.

Das LG hielt das Mitverschulden der Mandantin mit guten Gründen sogar für überwiegend. Das OLG hat in seinem Grundurteil hierüber nicht entschieden mit dem Hinweis, das Mitverschulden sei im Rahmen des Betragsverfahrens zu prüfen. Diese Verfahrensweise hat der BGH allerdings nicht gebilligt: Weder im Rahmen eines Feststellungs- noch eines Grundurteils darf der Mitverschuldensgrad offen gelassen werden. Die notwendigen Feststellungen hierzu müssen nun vom Berufungsgericht nachgeholt werden.

Rechtsanwältin Antje Jungk

## Rechtsprechungsleitsätze

## Haftung

**Verjährung von Regressansprüchen gegen Anwälte**

**Der Schaden i.S.d. § 51b 1. Alt. BRAO ist bereits mit Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess eingetreten, wenn dies der letzte Zeitpunkt war, eine Klageerhöhung geltend zu machen, um zumindest die erforderliche Revisionssumme zu erreichen.** (eigener Leitsatz)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 2.3.2000 – 11 U 119/98

*Anmerkung:* Die Kl. warf dem beklagten Anwalt vor, er habe es versäumt, im letzten Termin des Berufungsrechtsstreites im Vorprozess einen zusätzlichen Antrag auf Zahlung zu stellen. Hätte er dies getan, hätte der BGH in der dann zulässigen Revision die Vorentscheidung wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. So aber habe die Beschwer nicht ausgereicht. Der Mahnbescheid im Regressprozess ging erst mehr als drei Jahre nach dieser letzten mündlichen Verhandlung bei Gericht ein. Das OLG bestätigt die höchstrichterliche Rspr., dass bei prozessualen Fehlern der Schaden regelmäßig erst mit Verkündung der Entscheidung der jeweiligen Instanz entstehe (BGH, WM 1998, 788 unter Aufgabe der früheren Rspr. (etwa NJW 1992, 2829)). Diese Sicht sei aber nicht immer zwingend. Nach dem Vorbringen der Kl. stand nämlich fest, dass

nach der mündlichen Verhandlung wegen der fehlenden Klageerhöhung jede Möglichkeit einer zulässigen Revision verbaute war. Damit sei auch der Schaden endgültig eingetreten, es gab keine Unsicherheiten mehr in der Zeit bis zum Erlass des Urteils. Der BGH hat dieses Urteil mit Nichtannahmebeschluss v. 17.6.2003 (IX ZR 118/00) bestätigt.

Rechtsanwalt Bertin Chab

**Verantwortung des Anwalts für unwahren Tatsachenvortrag**

**Für eine ausdrücklich „nach Auskunft“ des Mandanten getätigte unwahre Tatsachenäußerung kann ein Anwalt nur im Ausnahmefall verantwortlich gemacht werden.**

**Eine regelmäßige Kontrolle der vom Mandanten mitgeteilten Tatsachen kann berufsrechtlich nicht verlangt werden.**

(eigener Leitsatz)

BVerfG, Beschl. v. 16.7.2003 – 1 BvR 801/03

Der Anwalt hatte für seinen Mandanten eine Bank aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch genommen. In dem Anspruchsschreiben hatte er vorgetragen: „Mit einer ... Zahlung der Hauptschuldnerin ist ... nach Auskunft unserer Mandantschaft mangels Zahlungsfähigkeit nicht zu rechnen“. Die – in Wahrheit zahlungsfähige – Schuldnerin nahm den Anwalt auf Unterlassung dieser Äußerung in Anspruch. Das OLG Dresden gab dem Anspruch zum Teil statt. Der Anwalt habe sich den Inhalt einer fremden, nicht den Tatsachen entsprechenden und herabsetzenden Äußerung zu Eigen gemacht. Er sei verpflichtet gewesen, die Information sorgfältig zu überprüfen.

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da das OLG-Urteil den Anwalt – nach Erledigtenerklärung – nicht in existentieller Weise betreffe und ihn letztlich nur hinsichtlich der Kosten beschwere. Das BVerfG ließ jedoch deutlich erkennen, dass die Entscheidung den Anwalt in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Träfe die Ansicht des OLG zu und müsste ein Anwalt befürchten, regelmäßig persönlich belangt zu werden, wenn er in seiner Funktion als Parteivertreter Informationen seines Mandanten weitergibt, würde die ordnungsgemäße Interessenvertretung und damit ein wesentlicher Teil anwaltlicher Berufsausübung unterbunden werden.

Einem Anwalt als berufenem Berater und Vertreter müsse in allen Rechtsangelegenheiten die unerlässliche Äußerungsfreiheit zukommen, die seine Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege erfordert. Eine regelmäßige Kontrolle der vom Mandanten mitgeteilten Tatsachen könne berufsrechtlich nicht verlangt werden. Eine solche Verpflichtung würde das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zerstören. Auch haftungsrechtlich besteht eine solche Verpflichtung des Anwalts nach st. Rspr. nicht (vgl. *Zugehör*, Handbuch der Anwaltschaft, Rdnr. 539; *Borgmann/Haug*, Anwaltschaft, 3. Aufl., Kap. IV, Rdnr. 23 ff., jeweils m.w.N.).

Rechtsanwalt Holger Grams

**Zurechnung von Anwaltsverschulden**

**Der Mandant muss sich Verschulden seines Anwalts auch im PKH-Verfahren nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.** (eigener Leitsatz)

OLG Köln, Urt. v. 4.6.2003 – 26 WF 121/03

*Anmerkung:* Der Anwalt hatte für seinen minderjährigen Mandanten PKH für eine Unterhaltsklage gegen dessen Vater beantragt mit dem Hinweis, dass es dem Jugendamt als Beistand bislang nicht gelungen sei, den Vater zur Errichtung eines Unter-

## Rechtsprechungsleitsätze

haltstitels zu bewegen. Vor der Entscheidung über den PKH-Antrag wurde aber doch noch eine Jugendamtsurkunde errichtet. Der Anwalt verschwieg dies dem Gericht und fragte sogar noch beim Gericht nach dem Sachstand bzgl. des PKH-Antrags.

Das OLG Köln bewertete dieses Verschweigen als vorsätzlich. Da es für die Entscheidung über den PKH-Antrag nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung, sondern auf den der Entscheidung durch das Gericht ankommt, hätte der Kl. alle für die Entscheidung wesentlichen Änderungen mitteilen müssen. Nach Vorliegen der Jugendamtsurkunde war die Klage mutwillig, so dass die Bewilligung von PKH gem. § 124 Nr. 1 ZPO aufzuheben war.

Ob der Partei selbst ein Verschulden zuzurechnen war, ließ das OLG offen, jedenfalls sei die Rechtslage deren Prozessbevollmächtigten bewusst gewesen. Dessen Verschulden sei der Partei gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Die Anwendung dieser Zurechnungsnorm ist in Literatur und Rspr. durchaus umstritten. Gegen die Anwendung wird angeführt, der Zweck des § 85 Abs. 2 ZPO, das Prozessrisiko nicht zu Lasten des Gegners zu verschieben, erfasse nicht das nicht kontradiktorische PKH-Verfahren, weil hier dem Ast. nur die Staatskasse gegenüberstehe und der eigentliche Prozessgegner nicht Partei und damit nicht schutzbedürftig sei. Der BGH (NJW 2001, 2720 m.v.N.) hatte jedoch wie jetzt das OLG Köln argumentiert, die systematische Stellung des § 85 Abs. 2 ZPO im ersten Buch der ZPO verbiete eine Ausnahmeregelung für das PKH-Verfahren. Außerdem sei der Prozessgegner im PKH-Verfahren keineswegs ein Außenstehender, sondern würde durch die Bewilligung von PKH dem Risiko ausgesetzt, dass der Ast. einen kostengünstigen Rechtsstreit führen könne, den er ansonsten vielleicht gar nicht führen würde, und dass der Ast. im Unterliegensfall den Kostenersatzanspruch möglicherweise nicht erfüllen könne.

Außerdem würden durch die Anwendung der Zurechnungsnorm die Interessen der unbemittelten Partei nicht unbillig beeinträchtigt, da diese ja bei einem Anwaltsverschulden einen Rückgriffsanspruch gegen ihren Anwalt habe. Vor diesem Hintergrund ist es jedoch ausgesprochen unbefriedigend, dass das OLG die Frage eines Eigenverschuldens der Partei offen gelassen hat. So werden – möglicherweise unnötige – Regressprozesse gegen Anwälte provoziert.

Ausgehend von der BGH-Rspr. ist aber darauf hinzuweisen, dass auch *Fristversäumnisse* im PKH-Verfahren, die auf einem Anwaltsverschulden beruhen, der Partei zuzurechnen sind, so dass Wiedereinsetzung nicht gewährt wird.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

## Fristen

### Überprüfung des Schriftsatzinhalts

**Die generelle Anweisung an das Büropersonal, den Berufungsschriftsätzen das erstinstanzliche Urteil beizufügen, entbindet den Anwalt nicht von der Pflicht zur persönlichen Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit des Schriftsatzes.** (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 14.5.2003 – XII ZB 154/02

*Anmerkung:* Zum notwendigen Inhalt der Berufungsschrift gehört nach st. Rspr. des BGH insbesondere auch die Angabe, für wen und gegen wen das Rechtsmittel eingelegt wird (z. B. BGH, NJW-RR 2000, 1371). Grundsätzlich kann diese Voraussetzung auch dadurch erfüllt werden, dass sich die Beteiligten aus dem beigelegten erstinstanzlichen Urteil ergeben. Die Prüfung der Einhaltung der Formvorschriften obliegt dem Anwalt persönlich (BGH, NJW 1995, 1499). Hieran ändert es auch nichts, wenn der Schriftsatz als Textbaustein im Computer abgespeichert ist. Man sollte sogar meinen, dass den Anwalt in diesem Fall noch größere Sorgfaltspflichten treffen, als wenn er den

Schriftsatz abdikiert. Die Beifügung des erstinstanzlichen Urteils mag zwar als Rettungsanker dienen, wenn der Schriftsatz insoweit unvollständig ist; mit der Fertigung und Unterzeichnung eines nicht den Formvorschriften entsprechenden Schriftsatzes setzt der Anwalt jedoch einen Gefahrentatbestand, dem mit einer generellen Anweisung an das Büropersonal nicht angemessen begegnet werden kann.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

### Postausgangskontrolle und Überprüfung des Fristenkalenders

**Es stellt kein Organisationsverschulden dar, wenn in den für die Gerichtspost bestimmten Postkorb sowohl fristgebundene als auch andere Schriftsätze eingelegt werden, wenn dieser täglich zu einer bestimmten Uhrzeit geleert und die Schriftstücke durch einen zuverlässigen Boten zu Gericht gebracht werden.** (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 22.5.2003 – I ZB 32/02, NJW-RR 2003, 1004

**Prozessbevollmächtigte haben durch geeignete Büroorganisation sicherzustellen, dass die Erledigung fristgebundener Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders überprüft wird.** (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 23.7.2003 – XII ZB 75/03

*Anmerkung:* Beide BGH-Beschlüsse gehen zurück auf die Wiedereinsetzung ablehnende Entscheidungen des OLG München. Im ersten Fall war ein bereits postfertiger Schriftsatz offenbar weisungswidrig aus dem Postkorb entfernt worden, wo er erst einige Tage später wieder eingelegt wurde. Dieser Postkorb wurde nach Vortrag der Prozessbevollmächtigten täglich durch einen zuverlässigen Boten nach 10.00 Uhr vormittags geleert und zum örtlichen Gericht gegeben. Das OLG beanstandete, dass unterschiedslos fristgebundene und nicht fristgebundene Schriftsätze in den Postkorb aufgenommen würden. Darin sieht der BGH eine Überspannung der Anforderungen an den RA. Wenn gewährleistet sei, dass fristwahrende Schriftsätze rechtzeitig hergestellt und postfertig gemacht werden, und wenn die weitere Beförderung der Post am gleichen Tag sichergestellt sei, gebe es keinen Grund, fristgebundene und nicht fristgebundene Schriftstücke getrennt voneinander zu behandeln.

Das ist korrekt. Eine (zusätzliche) Fehlerquelle kann nämlich durch die konkrete Organisation nicht eröffnet sein. Ergänzend sei zur Organisation in der Kanzlei an dieser Stelle noch auf Folgendes hingewiesen: wenn die Post fertig im Korb liegt und die Frist aus dem Kalender gestrichen wurde und sich nun doch einmal die Notwendigkeit ergibt, die Post wieder zu entnehmen, muss auch die Frist erneut in den Kalender. Dann ist an und für sich lückenlose Sicherheit gewährleistet. Dieser Aspekt wurde allerdings in dem Beschluss nicht angesprochen.

Nicht so recht eingängig ist die zweite Entscheidung. Hier war vorgetragen, dass die Anwaltsgehilfin zwar die offene Frist im Kalender als solche am Tag des Fristablaufs erkannt, aber keine weiteren Maßnahmen getroffen hatte, so dass die Frist schließlich ungestrichen im Kalender blieb. Das OLG sah das Organisationsverschulden in der fehlenden abendlichen Fristenkontrolle. Auf die Rechtsbeschwerde hin hat der BGH die Entscheidung des OLG bestätigt. Man wird wohl kaum auf eine *abendliche* Fristenkontrolle bestehen können. Eine wirksame Ausgangskontrolle ist aber nur gewährleistet, wenn der Kalender zuverlässig gegen Ende des jeweiligen Arbeitstages nochmals kurz daraufhin überprüft wird, ob auch tatsächlich alle Fristen gestrichen sind. Es sollte aber eigentlich nichts dagegen sprechen, wenn dies z.B. schon kurz nach Mittag erfolgt. Die „Endkontrolle“ muss aber sozusagen als eigenständige Handlung in den Arbeitsablauf eingefügt sein.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

### Berufungsbegründungsfrist nach PKH-Antrag

**Zur Frist, innerhalb derer eine versäumte Berufungsbegründung nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe nachzuholen ist.**

BGH, Beschl. v. 9.7.2003 – XII ZB 147/02

Anmerkung: siehe Überblick, S. 221 in diesem Heft.

## Zusammenschluss von Anwälten

In den bisherigen Folgen dieser Rubrik wurden kanzleibezogene Formen anwaltlicher Zusammenarbeit dargestellt. In den beiden letzten Folgen wird nun die Zusammenarbeit mehrerer Anwaltskanzleien im Rahmen eines bestimmten Mandats beleuchtet. Das Zusammenspiel mehrerer Anwälte („viele Köche ...“) innerhalb eines Mandats ist haftungsträchtig. Keiner sollte sich daher auf den Kollegen verlassen, sondern dessen Tätigkeit kritisch beobachten, um nicht selbst in die Haftung zu geraten. Um Unmut beim Kollegen, der solches Verhalten vielleicht nicht gewohnt ist, zu vermeiden, sollte dies bei Beginn der Zusammenarbeit besprochen werden.

### Verkehrs- und Prozessanwalt

Die in der Vergangenheit häufigste und auch gefahrenträchtigste Konstellation einer Beteiligung mehrerer Anwälte an der gleichen Sache war das Zusammenwirken von Prozessanwalt und Verkehrsanwalt (auch Korrespondenzanwalt genannt). Diese Form der Zusammenarbeit fand hauptsächlich bei Verfahren vor den LG statt und hat infolge der Neufassung des § 78 ZPO zum 1.1.2000 und der Erweiterung der Postulationsfähigkeit vor den OLG zwar stark abgenommen, wird aber nicht vollständig verschwinden. Beide Anwälte haben selbständige Mandate mit unterschiedlichem Umfang und Pflichtenkreisen, die nicht deckungsgleich sind, sich aber überschneiden können. Keiner der beiden Anwälte ist im Verhältnis zum Mandanten Erfüllungsgehilfe des anderen (BGH, NJW 1988, 1079, 1082; NJW-RR 1990, 1241, 1245). Bei Verletzung einer beiden Anwälten obliegenden Pflicht können beide Anwälte ausnahmsweise gesamtschuldnerisch haften (BGH, NJW 1993, 1779; 1997, 2168). Gebührenteilungsabreden und interne Haftungsfreistellungen haben im Außenverhältnis zum Mandanten keine Wirkung.

Die Pflicht zu ordnungsgemäßem prozessuellem Handeln obliegt dem Prozessanwalt. Für die Wahrung von Prozessfristen ist primär er verantwortlich. Ist vereinbart, dass der Verkehrsanwalt

die Schriftsätze fertigt (sog. „Stempelmandat“), obliegt die Fristwahrung beiden gemeinsam. Der Prozessanwalt wird also nicht aus der Verantwortung entlassen. Er muss fristwahrende Schriftsätze anmahnen und ggf. selbständig bei Gericht Fristverlängerung beantragen. Für Form und Inhalt der Schriftsätze ist der Prozessanwalt immer verantwortlich (soweit er Fehler erkennen kann, etwa bei mangelnder Schlüssigkeit oder Substantiierung). Bedenken muss er dem Verkehrsanwalt mitteilen (BGH, NJW 1990, 1241).

Dem Verkehrsanwalt obliegt die Sachverhaltsermittlung und die Information und Belehrung des Mandanten. Den Prozessanwalt muss er sorgfältig auswählen. Ihn überwachen und in dessen Tätigkeit eingreifen muss er nur, wenn sich ihm aufdrängt, dass der Prozessanwalt nicht ordnungsgemäß arbeitet. Die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels darf der Verkehrsanwalt erst streichen, wenn der von ihm beauftragte Rechtsmittelanwalt die Annahme des Mandats bestätigt hat (BGH, NJW 1997, 3245). Für mangelhafte Schriftsätze, die der Verkehrsanwalt dem Prozessbevollmächtigten zur Einreichung beim Gericht zuleitet, haftet unbeschadet der Verantwortlichkeit des Prozessanwalts (auch) der Verkehrsanwalt im Rahmen seines Auftrags (BGH, NJW 2002, 1417).

### Untervollmacht

Zugenommen hat infolge der Änderung des § 78 ZPO die Zusammenarbeit zwischen Anwälten in Form der Unterbevollmächtigung. Dabei ist der Hauptbevollmächtigte auch Prozessanwalt, während ein am Gerichtsort niedergelassener Anwalt lediglich mit der Terminswahrnehmung beauftragt wird (dies war früher nur bei Amtsgerichtsprozessen gängig).

Auch bei einer Unterbevollmächtigung kommt im Regelfall ein Mandatsvertrag zwischen dem Mandanten und dem unterbevollmächtigten Anwalt, aber kein Vertragsverhältnis zwischen den beteiligten Anwälten zustande, sofern der die Untervollmacht erteilende Hauptbevollmächtigte seinerseits im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht handelt (*Borgmann/Haug*, Kap. VII, Rdnr. 34; *Sieg* in: *Zugehör*, Rdnr. 246). Auch hier erfolgt daher keine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB.

Der Unterbevollmächtigte hat nur einen eingeschränkten Pflichtenkreis (ordnungsgemäße Terminswahrnehmung, Information des Hauptbevollmächtigten, vgl. *Sieg* in: *Zugehör*, Rdnr. 251). Allerdings muss sich auch der Unterbevollmächtigte so weit in die Sache einarbeiten, dass er in der mündlichen Verhandlung zu einer qualifizierten Erörterung des Streitstoffs in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht in der Lage ist (OLG Düsseldorf, NJW 1982, 1888).

Rechtsanwalt *Holger Grams*

## Aus der Arbeit der BRAK

### Statistik Jurastudenten, Prüfungen, Rechtsanwälte

Die Auswertung der Daten des Bundesministeriums der Justiz, des Statistischen Bundesamtes und der RAKn zur Zahl der Jurastudenten, Referendare und RAe hat für das Jahr 2002 ergeben, dass weiterhin mit einem Anstieg der Zulassungen zur Rechtsanwaltschaft zu rechnen sein dürfte.

Der vom Bundesjustizministerium für das Jahr 2002 erstellten Statistik über die Dauer des Jurastudiums lässt sich entnehmen, dass die Ausbildungsdauer vom Studienbeginn bis zur Zulassung zur Anwaltschaft gegenüber dem Jahr 1993 sowie den vorangegangenen Jahren um etwa 2 Jahre verkürzt worden ist. Es vergehen derzeit durchschnittlich 8 Jahre.

Die durchschnittliche Semesterzahl der zur Ersten Staatsprüfung erstmals zugelassenen Studenten betrug im Jahr 2002 9,58 Se-

Jahr	Studienanfänger 1. Rechtswissenschaft 1. Fachsemester	Bestandene Examen		Rechtsanwälte		
		1. Juristische Staatsprüfung	2. Juristische Staatsprüfung	Bestand am 31.12.	Zuwachs Absolut	in %
1959	3.916	3.153	2.308	18.347	133	0,5 <sup>1</sup>
1960	3.173	3.400	2.173	18.720	373	2,3 <sup>1</sup>
1965	4.805	2.698	2.919 <sup>2</sup>	20.088	292	1,5
1970	6.703	3.712	2.758	23.599	717	3,1
1975	12.206	4.326	5.353	28.708	1.854	6,9
1980	14.446	5.750	4.123	37.314	1.237	3,4
1985	11.995	6.015	5.265	48.658	1.731	3,7
1990	15.953	8.127	6.853	59.455	2.817	5,0
1995	20.153	11.380	10.653	78.810	4.519	6,1
1996	19.907	12.573	10.689	85.105	6.295	8,0
1997	19.210	12.393	9.761	91.516	6.411	7,5
1998	19.198	12.153	10.397	97.791	6.275	6,9
1999	18.836	12.099	10.710	104.067	6.276	6,42
2000	18.455	11.893	10.366	110.367	6.300	6,05
2001	18.143	11.139	10.697	116.305	5.938	5,38
2002	19.361	10.838	10.330	121.420	5.116	4,40

Quellen: Studienanfänger: Statistisches Bundesamt; Prüfungen: BMJ; RAe: BRAK.

mester. Schließt man die Wiederholer mit ein, so liegt die durchschnittliche Studiendauer bei 10,54 Semestern<sup>3</sup>. Im Vergleich dazu haben Studenten im Jahre 2001 9,53 Semester bzw. 10,36 Semester studiert<sup>4</sup>. Insgesamt steigt die durchschnittliche Studienzeit somit wieder leicht an, ist jedoch im Verhältnis zu den Jahren bis einschließlich 1993 deutlich zurückgegangen<sup>5</sup>. Dies dürfte auf die Einführung der Freiversuchsregelung zurückzuführen sein.

Von dieser Regelung machten 35,40 Prozent aller im Jahr 2002 im ersten juristischen Staatsexamen geprüften Kandidaten Gebrauch<sup>6</sup>. Insgesamt ist die Zahl der Kandidaten, die den Freiversuch unternommen haben, im Vergleich zum Vorjahr wieder gesunken<sup>7</sup>.

Die Statistik unten links zeigt, dass die Durchfallquote der Kandidaten, die den Freiversuch im Jahre 2002 in Anspruch genom-

men haben, mit 19,72 % niedriger liegt als bei den Kandidaten, die nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben.

Es zeigt sich aber auch, dass die Kandidaten, die den Freiversuch in Anspruch genommen haben, eine erheblich bessere Benotung erhielten; dies ergibt sich aus der Übersicht unten rechts.

1 Beeinflusst durch das In-Kraft-Treten der BRAO am 1.10.1959.

2 Ab 1.10.1965 Verkürzung der Referendarzeit von 3½ auf 2½ Jahre.

3 Quelle: BMJ „Übersicht über die Dauer des Studiums 2002“.

4 Im Jahr 1996 lag die durchschnittliche Studienzeit bei 9,07 bzw. 9,60 Semestern, 1997 bei 9,32 bzw. 9,74 Semestern, 1998 bei 9,35 bzw. 10,01 Semestern und 1999 bei 9,40 bzw. 10,21 Semestern.

5 BRAK-Mitt. 1994, 223.

6 Der prozentuale Anteil lag zwischen 24,38 % in Hessen und 46,29 % in Schleswig-Holstein.

7 Im Jahr 2001 unternahmen 37,26 % den Freiversuch, 2000 waren es 36,50 %.

Land	Durchfallquote (in %)	
	Kandidaten insgesamt	mit Freiversuch
<i>Baden-Württemberg</i>	32,16	23,66
<i>Bayern</i>	32,52	22,55
<i>Berlin</i>	30,59	20,93
<i>Brandenburg</i>	43,61	34,48
<i>Bremen</i>	36,07	30,88
<i>Hamburg</i>	18,77	15,79
<i>Hessen</i>	16,55	7,34
<i>Mecklenburg-Vorpommern</i>	34,04	22,55
<i>Niedersachsen</i>	24,22	17,58
<i>NRW</i>	21,25	14,89
<i>Rheinland-Pfalz</i>	22,73	11,16
<i>Saarland</i>	29,10	19,80
<i>Sachsen</i>	36,25	29,41
<i>Sachsen-Anhalt</i>	44,19	29,76
<i>Schleswig-Holstein</i>	18,69	18,59
<i>Thüringen</i>	30,11	16,18
<b>gesamt</b>	<b>28,02</b>	<b>19,72</b>

Land	besser als ausreichend bestanden (in %)	
	Kandidaten insgesamt	mit Freiversuch
<i>Baden-Württemberg</i>	35,06	46,06
<i>Bayern</i>	36,99	52,92
<i>Berlin</i>	44,43	56,71
<i>Brandenburg</i>	34,22	43,68
<i>Bremen</i>	36,61	39,71
<i>Hamburg</i>	54,84	69,17
<i>Hessen</i>	56,72	77,98
<i>Mecklenburg-Vorpommern</i>	41,95	56,86
<i>Niedersachsen</i>	50,09	64,06
<i>NRW</i>	41,44	54,47
<i>Rheinland-Pfalz</i>	46,66	58,57
<i>Saarland</i>	41,13	60,40
<i>Sachsen</i>	33,14	42,86
<i>Sachsen-Anhalt</i>	34,11	48,81
<i>Schleswig-Holstein</i>	47,78	57,05
<i>Thüringen</i>	39,21	57,35
<b>gesamt</b>	<b>41,43</b>	<b>54,52</b>

Nicht bestanden haben im Jahre 2002 29,91 % das erste, 14,37 % aller geprüften Kandidaten das zweite Staatsexamen. 14,84 % haben das erste, 15,23 % das zweite juristische Staatsexamen mit Prädikat (bis einschließlich voll befriedigend) abgeschlossen.

Die Durchfallquote der Kandidatinnen lag im ersten Staatsexamen mit 30,57 % über dem Bundesdurchschnitt, im zweiten mit 14,65 % leicht unter dem Bundesdurchschnitt<sup>8</sup>.

Die Zahl der Referendarinnen im Vorbereitungsdienst nimmt ständig zu. Während sich im Jahre 1982 28,93 % Referendarinnen im Vorbereitungsdienst befanden, waren es 1999 schon 45,31 %<sup>9</sup>, am 1.1.2001 46,74 %<sup>10</sup>, am 1.1.2002 48,37 %<sup>11</sup> und am 1.1.2003 48,36 %. Die Zahl der neu eingestellten Referendare insgesamt ist im Vergleich zu den Vorjahren erneut leicht gesunken. Im gesamten Bundesgebiet wurden 10.086 Referendare neu eingestellt<sup>12</sup>.

Mit der sinkenden Zahl der Neueinstellungen von Referendaren nimmt auch die Zahl der Kandidaten im zweiten juristischen Staatsexamen ab. 2002 haben 10.330 Referendare das zweite Staatsexamen bestanden.

8 Ohne Berlin.

9 *Bohnenkamp*, BRAK-Mitt. 2000, 299.

10 Ohne Berlin und Sachsen.

11 Ohne Berlin, Hessen und Sachsen.

12 Im Jahr 2001 waren es 10.240 Neueinstellungen, 2000: 10.703.

Die unten stehende Übersicht verdeutlicht, dass im Jahre 2002 im gesamten Bundesgebiet 7842 RAe neu zur Anwaltschaft zugelassen worden sind. Vergleicht man diese Zahl mit der Zahl der Examenskandidaten aus dem Jahre 2001 (10.697), so folgt daraus, dass 73,31 % derjenigen, die das zweite juristische Staatsexamen bestanden haben, zur Anwaltschaft zugelassen worden sind.

Von den insgesamt neu zugelassenen RAen wurden 4.655 RAe (dies entspricht 59,36 %) und 3.141 RAinnen (dies entspricht 40,05 %) sowie 38 RA-GmbHs neu zugelassen. Auch im Jahre 2002 hat der Anteil der RAinnen an den Neuzulassungen bei den Geburtsjahrgängen ab 1970 deutlich zugenommen. Ein weiterer Anstieg der Anzahl der RAinnen in den nächsten Jahren wird daher zu erwarten sein.

434 neu zugelassene RAinnen und RAe waren zwischen 40 und 59 Jahre alt, dies entspricht 5,53 % der Neuzulassungen. 106 RAinnen und RAe (1,35 %) waren zum Zeitpunkt ihrer Zulassung 60 Jahre und älter. Es ist davon auszugehen, dass es sich insoweit um pensionierte Beamte handelt.

1.147 RAinnen und RAe, die zwischen 27 und 39 Jahre alt waren, haben im Jahre 2002 ihre Zulassung zurückgegeben. Aus den Statistiken lässt sich nicht entnehmen, ob dies allein deshalb geschehen ist, weil die entsprechenden RAinnen und RAe keinen Erfolg im Beruf des RA hatten oder ob sie von vornherein beabsichtigt hatten, nur solange zur Anwaltschaft zugelas-

RAK	Zugänge						Abgänge	
	Neuzulassungen insgesamt	darunter					Nur Verzicht (ohne Bezirkswechsel)	
		männlich	weiblich	GmbH	40 bis 59 Jahre	60 Jahre und älter	27 bis 39 Jahre	60 Jahre und älter
BGH	0	0	0	0	0	0	0	0
Bamberg	139	95	43	1	5	4	17	8
Berlin	735	439	294	2	31	8	121	35
Brandenburg	79	49	30	0	6	0	27	13
Braunschweig	88	54	34	0	6	3	18	10
Bremen	76	47	29	0	8	2	12	11
Celle	260	156	104	0	27	5	52	7
Düsseldorf	758	457	298	3	47	6	63	50
Frankfurt	941	549	390	2	26	14	126	54
Freiburg i. Br.	139	83	55	1	8	3	19	15
Hamburg*	467	293	174	0	19	1	68	28
Hamm	604	379	223	2	53	6	97	56
Karlsruhe	168	108	59	1	8	3	28	11
Kassel	81	48	33	0	6	1	15	14
Koblenz	132	84	48	0	9	6	7	6
Köln	665	389	274	2	43	9	54	50
Mecklenburg-Vorpommern	78	52	26	0	6	1	24	6
München	954	524	426	4	48	12	104	57
Nürnberg	206	111	95	2	4	3	37	11
Oldenburg	109	72	36	1	7	4	24	14
Saarbrücken	64	36	28	0	8	1	18	7
Sachsen	278	156	111	11	9	4	53	14
Sachsen-Anhalt	107	54	51	2	6	2	42	12
Schleswig	145	90	55	0	15	1	24	26
Stuttgart	321	182	138	1	17	4	57	29
Thüringen	111	56	42	3	3	1	18	13
Tübingen	92	64	28	0	2	1	12	1
Zweibrücken	45	28	17	0	7	1	10	9
<b>Bundesgebiet</b>	<b>7842</b>	<b>4655</b>	<b>3141</b>	<b>38</b>	<b>434</b>	<b>106</b>	<b>1147</b>	<b>567</b>
<b>in Prozent</b>	<b>100 %</b>	<b>59,36 %</b>	<b>40,05 %</b>	<b>0,82 %</b>	<b>5,53 %</b>	<b>1,35 %</b>		

sen zu sein, bis sie eine Anstellung als Juristen in Staat oder Wirtschaft gefunden hätten. Dennoch verdeutlicht diese Zahl den Druck, der auf Berufsanfängern lastet.

Von den RAinnen und RAen, die 60 Jahre und älter waren, haben im Jahre 2002 567 ihre Zulassung zurückgegeben. Dies dürfte überwiegend aus Altersgründen geschehen sein.

Insgesamt zeigt sich, dass die Anzahl der RAe ständig weiter zunimmt, wenn auch in geringerem Maße als bisher (2000: 6,05 %, 2001: 5,38 %, 2002: 4,40 %, jeweils zum 31.12.). Gesetzgeber und Anwaltschaft müssen darauf reagieren und im Wege der Ausbildungsreform junge Juristen auf den Anwaltsberuf vorbereiten und dafür Sorge tragen, dass die anwaltliche Vergütung den Anforderungen an die Anwaltschaft und deren Leistungen gerecht wird.

RAin Julia von Seltmann, Berlin

## I. Presseerklärungen

Nr. 21 v. 28.8.2003

### Anwaltschaft begrüßt Entwurf zur Modernisierung der Rechtsanwaltsvergütung

BERLIN (DAV/BRAK). Das Bundesministerium der Justiz hat heute den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts vorgelegt. Teil dieses Entwurfs ist ein neues Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Es enthält wesentliche strukturelle Änderungen des bisherigen anwaltlichen Gebührenrechts sowie die Abschaffung des 10 %-igen „Gebührenabschlags Ost“. Dieser Entwurf entstand auf der Grundlage von Vorgesprächen, die der Deutsche Anwaltverein (DAV) und die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) mit der Bundesministerin der Justiz, Frau *Brigitte Zypries*, geführt hatten. Maßgeblich mitgewirkt hat auch der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, *Norbert Röttgen*. Beide Anwaltsorganisationen begrüßen diesen, wenn auch bescheidenen Schritt in die richtige Richtung. Aufgrund des Parteienkonsenses ergäbe sich endlich eine echte Chance der Reform des Gebührenrechts. Die Notwendigkeit dieser Reform war bereits in der Vergangenheit auch von der FDP und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN anerkannt worden.

Die Neuregelung sei notwendig, da die Anwaltschaft immer noch auf der Grundlage der seit dem 1.7.1994 unveränderten Gebühren arbeiten müsse. Die seitdem gestiegenen Kosten für Personal und Sachleistungen hätten zu einem erheblichen Rückgang anwaltlicher Erträge geführt. Keiner anderen Berufsgruppe mute man so viele Nullrunden zu. Vor diesem Hintergrund sei die nun vorgesehene jährliche Steigerung von 1,4 % für die Zeit seit 1994 sehr maßvoll.

„Die Anhebungen bleiben weit hinter der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung zurück. Im Zusammenwirken mit der Veränderung der Gebührenstruktur wird die Neuregelung aber für mehr Akzeptanz sowohl bei Anwälten als auch beim Mandanten führen,“ so die Einschätzung des BRAK-Präsidenten Rechtsanwalt *Bernhard Dombek*. Hiermit könnten beispielsweise besonders schwierige und arbeitsintensive Tätigkeiten besser als bisher honoriert werden.

„Wir können angesichts des sehr mäßigen Umfangs der Anhebung keine Freudentänze aufführen. Aber angesichts der vielen kleinen Kanzleien, die in den letzten zehn Jahren mit steigenden Kosten bei sinkenden Umsätzen zu kämpfen hatten, müssen wir nun zu einer Lösung kommen,“ ergänzt Rechtsanwalt *Hartmut Kilger*, Präsident des DAV. Der politische Konsens müsse nun genutzt werden.

Die Präsidenten beider Organisationen begrüßen einhellig die vorgesehene Anpassung der Anwaltsgebühren in Ostdeutsch-

land an das Westniveau. Damit werde eine alte Forderung erfüllt.

DAV und BRAK hoffen, dass der Entwurf das Parlament schnell und unbeschadet durchläuft. Sie appellieren an die Länder, die Zustimmung zu dem erreichten Kompromiss nicht von unerfüllbaren Forderungen abhängig zu machen. Nach Ansicht beider Organisationen sind Gebührenordnungen in Freien Berufen notwendig, um dem Bürger den Zugang zum Recht durch qualifizierten Rechtsrat zu ermöglichen.

Nr. 22 vom 18. September 2003

### Bundesrechtsanwaltskammer: Anwälte lehnen Einbeziehung in die Gewerbesteuerpflicht ab

*Bundesrechtsanwaltskammer, Hamburg/Berlin.* Deutschlands Anwälte lehnen die durch die Bundesregierung und Gemeinden vorgesehene zusätzliche Belastung ihres Berufsstandes durch eine Einbeziehung in die Gewerbesteuer ab. In der jetzigen schwierigen wirtschaftlichen Lage müsse die Anwaltschaft entlastet und nicht belastet werden, fordert die Bundesrechtsanwaltskammer anlässlich ihrer 97. Jahreshauptversammlung am 18. September in Hamburg. Hintergrund ist der aktuelle Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform der Gewerbesteuer, der zur Verstärkung der Einnahmequellen der Gemeinden eine Einbeziehung der freien Berufen, und damit auch der Anwälte, in die kommunale Besteuerung vorsieht.

„Wir sind nicht bereit, für das Versagen der Steuerpolitik die Verantwortung zu tragen. Die schwierige finanzielle Lage der Gemeinden ist hausgemacht. Die steuerpolitischen Entscheidungen der Vergangenheit haben dazu geführt, dass das Gewerbesteueraufkommen drastisch gesunken ist. Dieses Problem kann aber nicht auf dem Rücken der Anwaltschaft ausgetragen werden“, so der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Dr. *Bernhard Dombek*.

„Wir treten für Steuergerechtigkeit ein. Eine Gemeindefischsteuer sollte deshalb für alle Bürger der Gemeinde gelten. Gegen die vorgesehene undifferenzierte Einbeziehung werden die Rechtsanwälte sich wehren“, kündigt Dr. *Dombek* an. Eine deutliche Abfuhr erteilt er den Forderungen der Gemeinden nach einer Substanzbesteuerung, denn dies sei das offenkundige Ende vieler kleineren Anwaltskanzleien und damit kontraproduktiv, da Arbeits- und Ausbildungsplätze vernichtet würden.

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer ist eine Gleichbehandlung der Dienstleistungen von Anwälten mit dem Angebot von Gewerbetreibenden nicht zu rechtfertigen. Die Bundesrechtsanwaltskammer weist anlässlich ihrer Tagung darauf hin, dass die Anwaltschaft in erheblichem Maße pro bono Tätigkeit leistet. Jeder Anwalt berät nach Schätzungen der BRAK jährlich in acht bis zehn Fällen in Beratungshilfe- und in Prozesskostenhilfverfahren. „Durch die Unterstützung der sozial Schwächeren nehmen wir erhebliche Einkommenseinbußen in Kauf und unterscheiden uns damit ganz maßgeblich von Gewerbetreibenden. Wir sind keine EDV-Berater und haben auch keine Geschäfte, in denen es Waren zu kaufen gibt. Wir beraten unsere Mandanten und verhelfen ihnen zu ihrem Recht. Deshalb sind wir wichtiger Bestandteil in unserem Rechts- und Sozialsystem“, erklärt Dr. *Dombek*.

## II. Stellungnahmen

Die nachfolgenden Stellungnahmen der BRAK können im Internet unter [www.brak.de/](http://www.brak.de/) „BRAK-Intern“ „Ausschüsse“ abgerufen werden:

**Ausschuss Informatik und Kommunikation**

– Stellungnahme der BRAK zum UNCITRAL-Übereinkommensentwurf über internationale Verträge, die durch Datennachricht geschlossen oder nachgewiesen werden – UNCITRAL-Dokument A/CN.9/WG.IV/WP.100 – (Bericht über die Sitzung der UNCITRAL-Arbeitsgruppe „electronic commerce“ vom 5. bis 9. Mai 2003 in New York)

**Ausschuss Internationales Privat- und Prozessrecht**

– Stellungnahme der BRAK zum UNCITRAL-Übereinkommensentwurf über internationale Verträge, die durch Datennach-

richt geschlossen oder nachgewiesen werden – UNCITRAL-Dokument A/CN.9/WG.IV/WP.100 – (Bericht über die Sitzung der UNCITRAL-Arbeitsgruppe „electronic commerce“ vom 5. bis 9. Mai 2003 in New York)

**Ausschuss Familienrecht**

– Stellungnahme der BRAK zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes

– Stellungnahme der BRAK zu dem Abschlussbericht der Bundesländer-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“

## Amtliche Bekanntmachung

---

**Geldwäschebekämpfungsgesetz (GwG): Anordnung der Bundesrechtsanwaltskammer nach § 14 Abs. 4 Satz 2 GwG**

Das Präsidium der Bundesrechtsanwaltskammer hat am 26. Juli 2003 in Düsseldorf aufgrund der Befugnis gemäß § 14 Abs. 4 Satz 2, 3 GwG folgende Regelung zur Befreiung von den internen Sicherungsmaßnahmen (§ 14 Abs. 2 GwG) getroffen:

Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände, die in eigener Praxis tätig sind und die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG genannten Geschäfte regelmäßig ausführen, sind von den Pflichten, interne Sicherungsmaßnahmen, wie die Bestimmung eines Geldwäschebeauftragten, die Entwicklung interner Grundsätze zu Sicherungssystemen und Kontrollen zur Verhinderung der Geldwäsche, die Sicherstellung der Zuverlässigkeit von Mitarbeitern sowie die Unterrichtung der Mitarbeiter über Pflichten nach dem GwG und über die Methoden der Geldwäsche vorzusehen (§ 14 Abs. 2 GwG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 8 GwG), **befreit**, wenn in der eigenen Praxis **nicht mehr als insgesamt zehn Berufsangehörige oder Berufsträger sozietätsfähiger Berufe** gem. § 59a BRAO **tätig sind**.

Entsprechendes gilt für Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände, die ihren Beruf gemäß § 59a BRAO in Gesellschaften bürgerlichen Rechts (Sozietäten) gemeinsam ausüben oder die in einer Partnerschaftsgesellschaft tätig sind. Gleiches gilt für Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände im Falle einer Kundmachung einer Sozietät, auch wenn die Voraussetzungen nach § 59a BRAO nicht vorliegen und im Falle einer Kundmachung einer Partnerschaftsgesellschaft, auch wenn die Voraussetzungen nach § 1 PartGG nicht vorliegen.

Entsprechendes gilt für Rechtsanwaltsgesellschaften mit beschränkter Haftung mit dem Unterschied, dass die Pflichten zu den internen Sicherungsmaßnahmen grundsätzlich die Berufsgesellschaft und nicht die natürlichen Personen des Berufsstandes treffen (§ 14 Abs. 3 Satz 1 GwG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 GwG).

Diese Anordnung wird in den BRAK-Mitteilungen bekannt gemacht und wird mit der Bekanntmachung wirksam (§ 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG).

Die vorstehende Anordnung wird hiermit ausgefertigt und verkündet.

Berlin, 31. Juli 2003

Dr. Dombek  
Präsident

**Erläuterungen:****I.**

Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände sind gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 GwG dazu verpflichtet, interne Sicherungsmaßnahmen dagegen zu treffen, dass sie zur Geldwäsche missbraucht werden können, wenn sie die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG genannten Geschäfte regelmäßig ausführen. Dabei handelt es sich gemäß § 14 Abs. 2 GwG um folgende Vorkehrungen:

– Es muss ein der Geschäftsleitung unmittelbar nachgeordneter Geldwäschebeauftragter bestimmt werden, der Ansprechpartner für die Strafverfolgungsbehörden und das Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsanzeigen – sowie für die nach § 16 GwG zuständige Behörde, hier die Bundesrechtsanwaltskammer, ist,

– es sind interne Grundsätze, angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme und Kontrollen zur Verhinderung der Geldwäsche und der Finanzierung terroristischer Vereinigungen zu entwickeln,

– es ist sicherzustellen, dass die Beschäftigten, die befugt sind, bare und unbare Finanztransaktionen durchzuführen, zuverlässig sind, und

– die Beschäftigten sind regelmäßig über die Methoden der Geldwäsche und die nach diesem Gesetz bestehenden Pflichten zu unterrichten.

Grundsätzlich treffen diese Pflichten zur Vornahme der internen Sicherungsmaßnahmen die natürlichen Personen, also Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände, unabhängig von ihrer Stellung in der beruflichen Einheit. Dies leitet sich aus § 14 Abs. 1 Nr. 8 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG ab. Falls die Berufsangehörigen ihre berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Unternehmens ausüben, obliegt die Verpflichtung zu den internen Sicherungsmaßnahmen gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 GwG dem Unternehmen; dies bedeutet, dass bei einer beruflichen Tätigkeit innerhalb einer Berufsgesellschaft die Pflichten zu den internen Sicherungsmaßnahmen die Berufsgesellschaft trifft.

**II.**

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat nach § 14 Abs. 4 Satz 2 und 3 GwG die Möglichkeit, Einzelne oder Gruppen der einbezogenen Berufsangehörigen wegen der Art der von diesen betriebenen Geschäfte und der Größe des Geschäftsbetriebes von

der Anwendung der Vorschriften gem. § 14 Abs. 1, 2 GwG ganz oder teilweise auszunehmen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer macht hiermit von dieser Anordnungsbefugnis Gebrauch. Es werden diejenigen Berufsangehörigen von der Verpflichtung zu den in § 14 Abs. 2 GwG genannten Sicherungsvorkehrungen befreit, die in beruflichen Einheiten tätig sind, die nicht mehr als insgesamt zehn Berufsangehörige oder Angehörige sozietätsfähiger Berufe gemäß § 59a BRAO umfassen. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Funktion oder Stellung die Berufsträger dort tätig sind. Absatz 2 Satz 2 der Anordnung bezieht auch die so genannte „Außensozietät“ und so genannte „Scheinpartnerschaftsgesellschaft“ mit ein.

Grund für die Befreiung von Rechtsanwälten und verkammerten Rechtsbeiständen bei Tätigkeit in beruflichen Einheiten bis zu einer „Gesamtkopfzahl“ von zehn Berufsträgern und der Berufsgesellschaften bis zu einer entsprechenden Größe ist, dass in Einheiten bis zu dieser Größe die Gefahr eines Verlustes geldwäscherrelevanter Informationen, die durch arbeitsteiliges Vorgehen in größeren Unternehmensstrukturen vorhanden sein kann, nicht besteht. Die Gefahr des Informationsverlustes kann als so gering angesehen werden, dass die zu treffenden Sicherungsvorkehrungen unverhältnismäßig hohen Aufwand verursachen würden.

Dabei hat sich die Bundesrechtsanwaltskammer mit der Wirtschaftsprüferkammer und der Bundessteuerberaterkammer abgestimmt, um einheitliche Maßstäbe zu schaffen. Dies ist vor dem Hintergrund der Bündelung mehrfacher Berufsqualifikationen in einer natürlichen Person, der interdisziplinären Zusammenarbeit in Einzelpraxen, Sozietäten und Partnerschaftsgesellschaften sowie der Mehrfachanerkennungen von Berufsgesellschaften von besonderer Bedeutung. Auch die Entscheidung der beteiligten Kammern, eine Befreiung an eine Gesamtkopfzahl der in der jeweiligen Einheit tätigen Berufsträger aller sozietätsfähigen Berufe anzuknüpfen, trägt dem Rechnung. Zudem bedeutet diese „Gesamtlösung“ gegenüber dem auch denkbaren Weg, getrennt nach den einzelnen Berufen vorzugehen, einen

geringeren Aufwand für die Berufsangehörigen aller beteiligten Berufsstände, da anderenfalls pro Berufsstand in der beruflichen Einheit beispielsweise jeweils ein Geldwäschebeauftragter zu bestellen wäre.

Im Unterschied zu Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern sind Rechtsanwälte und verkammerte Rechtsbeistände allerdings nur dann zu internen Sicherungsmaßnahmen verpflichtet, wenn sie die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG enumerativ genannten Geschäfte regelmäßig ausführen. Reine Anwaltskanzleien mit mehr als 10 Berufsträgern müssen daher nicht stets die Pflicht zu internen Sicherungsmaßnahmen beachten, sondern erst dann, wenn sie z.B. regelmäßig für ihre Mandanten an der Planung oder Durchführung von Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben mitwirken oder z.B. regelmäßig an der Gründung, dem Betrieb oder der Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen mitwirken. Verwaltungsrechtlich ausgerichtete Kanzleien können beispielsweise daher auch dann von der Pflicht zu internen Sicherungsmaßnahmen befreit sein, wenn sie zwar mehr als 10 Berufsträger haben, für ihre Mandanten aber an den Kataloggeschäften nicht oder nur gelegentlich mitwirken. Wirkt allerdings auch nur ein Berufsträger regelmäßig an den Kataloggeschäften mit, so bleibt die Pflicht nach § 14 GwG bei mehr als 10 Berufsträgern bestehen. Ist in der Kanzlei mindestens ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater tätig, so besteht die Pflicht zu internen Sicherungsmaßnahmen stets bei 11 oder mehr Berufsträgern entsprechend den für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer geltenden Anordnungen.

Die Anordnung wird in den BRAK-Mitteilungen bekannt gemacht. Die Wirkung der Anordnung tritt mit der Bekanntmachung in den BRAK-Mitteilungen ein (§ 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG), da die BRAK-Mitteilungen das Medium für öffentliche Bekanntmachungen der Bundesrechtsanwaltskammer ist.

Wirtschaftsprüferkammer (WPK-Mitt. 2003, 184 f.) und Bundessteuerberaterkammer (DStR 2003, 955) haben entsprechende Anordnungen erlassen.

## Personalien

### JR Rudolf Heimes †

Am 11.8.2003 ist der frühere Präsident der RAK des Saarlandes, Kollege JR *Rudolf Heimes*, verstorben.

Er gehörte fast 20 Jahre lang dem Vorstand unserer Kammer an und war in den letzten Jahren seiner Vorstandstätigkeit ihr Präsident.

Er war Mitglied des Landesprüfungsamtes für Juristen während fast zwei Jahrzehnten und wurde als Richter in den Verfassungsgerichtshof des Saarlandes berufen.

Über 25 Jahre lang war er im Rentenausschuss unseres Versorgungswerks tätig, überwiegend als dessen Vorsitzender.

Die saarländische Landesregierung hat die hohen Verdienste, die *Rudolf Heimes* sich um die Anwaltschaft und die Rechtspflege in unserem Land erworben hat, dadurch gewürdigt, dass sie ihm im Jahre 1983 den Titel des Justizrats verliehen hat.

Als erster saarländischer Anwalt erhielt er im Jahre 1992 das Ehrenzeichen der Deutschen Anwaltschaft.

Vor wenigen Monaten wurde er mit dem Saarländischen Verdienstorden ausgezeichnet. Hiermit wurde er, wie der Ministerpräsident unseres Landes in seiner Laudatio ausführte, dafür geehrt, dass er sich neben seiner Anwaltstätigkeit immer auch in den Dienst des Allgemeinwohls, der res publica, gestellt hat.

Sein Rat und seine Hilfe waren immer gefragt, wenn schwere wirtschaftliche Probleme unser Land bewegten, unabhängig davon, welche Partei die Regierung gestellt hat. Dies bezeugt das Vertrauen, das seinem Können und der Integrität seiner Persönlichkeit entgegengebracht wurde.

Die Anwaltschaft unseres Landes, und sicher nicht nur sie, wird *Rudolf Heimes* ein ehrendes Gedenken bewahren.

RA JR. *Eberhard Gelzleichter*  
Präsident RAK des Saarlandes

## Berufsrechtliche Rechtsprechung

### Bundesverfassungsgericht

\*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

#### Widerstreitende Interessen – zur Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 BORA; BRAO § 43a Abs. 4; BORA § 3 Abs. 2; GG Art. 12

1. § 3 Abs. 2 der Berufsordnung für Rechtsanwälte vom 29.11.1996 (BRAK-Mitt. 1996, 241) ist mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Dies gilt auch für inhaltsgleiche Fassungen dieser Vorschrift in späteren Bekanntmachungen.

\* 2. Werden RAe oder Anwaltssozietäten zur Beendigung eines Mandats verpflichtet, obwohl diese zuvor selbst die widerstreitenden Interessen auf der Gegenseite nicht vertreten haben und sie auch nicht zu vertreten beabsichtigen, liegt hierin eine unverhältnismäßige Einschränkung ihrer Berufsausübung.

\* 3. Der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten können als Gemeinwohlgründe nicht angeführt werden, wenn die vom Sozietätswechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen Anwälten nicht als gestört ansehen und mit einer Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden sind.

\* 4. Kann sich durch einen Sozietätswechsel bei generalisierender Betrachtung eine Gefahr für die Verschwiegenheit und die geradlinige Interessenvertretung ergeben, kommt die Einschätzung, ob eine Rechtsbeeinträchtigung konkret droht, in erster Linie den Mandanten beider Kanzleien zu, die deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren sind. Daneben liegt es in der verantwortlichen Einschätzung der betroffenen RAe, ob die Konfliktsituation eine Mandatsniederlegung gebietet. Ein verantwortlicher Umgang mit einer derartigen Situation kann von einem RA erwartet werden.

\* 5. Das Gesetz geht nicht davon aus, dass ein berufswürdiges und gesetzeskonformes Handeln der RAe nur im Wege der Einzelkontrolle oder mit Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden kann.

BVerfG, Beschl. v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01

Aus den Gründen:

A.

Mit der Verfassungsbeschwerde wenden sich die Bf., die gemeinsam eine Anwaltskanzlei betreiben, gegen die von der zuständigen RAK ausgesprochene und vom BGH in der angegriffenen Entscheidung bestätigte Verpflichtung zur Niederlegung von Mandaten, nachdem sie einen RA angestellt haben, der zuvor bei einer anderen Kanzlei beschäftigt war, die in Bezug auf diese Mandate die Gegenseite vertritt.

I. Die Mandatsniederlegung soll der Vermeidung einer widerstreitenden Interessenvertretung dienen. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen ist in § 43a der Bundesrechtsanwaltsordnung (im Folgenden: BRAO), eingefügt durch Gesetz vom 2.9.1994 (BGBl. I, 2278), geregelt und in § 3 der Berufsordnung für Rechtsanwälte vom 29.11.1996 (BRAK-Mitt. 1996, 241; im Folgenden: BORA) näher ausgestaltet. Die Vorschriften lauten:

§ 43a BRAO

Grundpflichten des Rechtsanwalts

(1) bis (3) ...

(4) Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.

(5) und (6) ...

§ 3 BORA

Widerstreitende Interessen, Versagung der Berufstätigkeit

(1) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 Bundesrechtsanwaltsordnung beruflich befasst war.

(2) Das Verbot gilt auch, wenn ein anderer Rechtsanwalt oder Angehöriger eines anderen Berufes im Sinne des § 59a Bundesrechtsanwaltsordnung, mit dem der Rechtsanwalt in Sozietät, zur gemeinschaftlichen Berufsausübung in sonstiger Weise (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) oder in Bürogemeinschaft verbunden ist oder war, in derselben Rechtssache, gleich in welcher Funktion, im widerstreitenden Interesse berät, vertritt, bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise beruflich befasst ist oder war.

(3) Wer erkennt, dass er entgegen den Absätzen 1 oder 2 tätig ist, hat unverzüglich davon seinen Mandanten zu unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden.

Diese Regelung entspricht weitgehend den früheren Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts, die durch Beschl. des BVerfG v. 14.7.1987 (BVerfGE 76, 171) als eine nicht hinreichende Grundlage für Eingriffe in die freie Berufsausübung der RAe beanstandet worden waren. Nach den Standesrichtlinien war allerdings schon der Anschein der Vertretung widerstreitender Interessen zu vermeiden, weshalb es nicht darauf ankam, ob der die Kanzlei wechselnde RA in der alten Kanzlei mit der fraglichen Rechtsangelegenheit jemals befasst gewesen war. Allein die Möglichkeit einer Zwielfichtigkeit reichte aus, um die Nichtbefassung mit der Sache zur Standespflicht zu machen (vgl. *Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich*, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2. Aufl. 1988, § 46 Rdnr. 23). Mit der Berufsrechtsnovelle 1994 nahm der Gesetzgeber das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen in Gestalt von § 43a Abs. 4 BRAO in das Gesetz auf. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf bedarf es der Regelung als Grundlage für das Vertrauensverhältnis zum Mandanten sowie zur Wahrung der Unabhängigkeit des RA und der im Interesse der Rechtspflege gebotenen Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung. Die anwaltliche Berufspflicht gehe deshalb über die Strafbestimmung des § 356 StGB hinaus (vgl. BT-Drucks. 12/4993, 27). Die nähere Ausgestaltung wurde gem. § 59b Abs. 2 Nr. 1 Buchst. e BRAO der Berufsordnung überlassen, weil im Zusammenhang mit dem Entstehen immer größerer Kanzleien und überörtlicher Sozietäten sowie der zunehmenden anwaltlichen Spezialisierung praxisorientierte Leitlinien zu entwickeln seien (vgl. BT-Drucks. 12/4993, 34 f.).

## Bundesverfassungsgericht

Dem Erlass von § 3 BORA gingen längere kontroverse Diskussionen, insbesondere im Hinblick auf die Stellung der freien Mitarbeiter und der angestellten RAe, voraus (vgl. Prot. über die 3. Sitzung der Satzungsversammlung bei der BRAK v. 20. bis 21.4.1996, 23 ff.). In der Folgezeit wurde eine Änderung oder Ergänzung der Vorschrift erörtert (vgl. Prot. über die 5. Sitzung der Satzungsversammlung v. 28. bis 29.11.1996, 7; Prot. über die 6. Sitzung der Satzungsversammlung v. 5. bis 6.11.1998, 23 ff.) und schließlich eine Änderung des § 3 BORA beschlossen; ein neuer Abs. 3 wurde eingefügt, der bisherige Abs. 3 wurde Abs. 4 (vgl. Prot. über die 7. Sitzung der Satzungsversammlung v. 21. bis 22.3.1999, 16 ff.). In der Fassung v. 22.3.1999 (BRAK-Mitt. 1999, 123) hat § 3 BORA folgenden Wortlaut:

Widerstreitende Interessen, Versagung der Berufstätigkeit

(1) und (2) ...

(3) Die Verbote der Abs. 1 und 2 gelten nicht, wenn eine Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet ist und der Rechtsanwalt während der Zeit gemeinsamer Berufsausübung weder Sozius war noch wie ein solcher nach außen hervorgetreten ist und auch selbst mit der Rechtssache nicht befasst war.

(4) ...

II.

1. Die Bf. betreiben als Gesellschafter bürgerlichen Rechts in der Stadt R. eine Anwaltskanzlei. Ab 1.10.1999 wurde RA Dr. L. angestellt und auch im Briefkopf neben den drei Soziern genannt. Zuvor war Dr. L. in der ebenfalls in R. ansässigen Sozietät W. D. & M. als angestellter RA beschäftigt und auf dem Briefbogen erwähnt. Im Zeitpunkt des Wechsels bearbeiteten die beiden Kanzleien neun Fälle, in denen sie als Auftragnehmer jeweils die gegnerischen Parteien vertraten. RA Dr. L. hat in der abgebenden Kanzlei keines dieser Mandate vor seinem Wechsel selbst bearbeitet. In der aufnehmenden Kanzlei wurde durch interne Weisungen sichergestellt, dass er mit diesen Rechtssachen nicht befasst wird. Das Gebühreninteresse der Bf. belief sich für diese Mandate auf knapp 85.000,00 DM.

Im Anschluss an ein Belehrungsschreiben stellte die zuständige RAK fest, dass die Fortführung der Mandate, bei denen die abgebende Kanzlei auf der Gegenseite stehe, gegen § 3 BORA verstoße, und verpflichtete die Bf., die Mandatsniederlegungen schriftlich zu bestätigen. Die Bf. stellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Der AGH setzte zunächst durch einstweilige Anordnung den Vollzug der Verpflichtung aus und hob sodann die Entscheidung der RAK auf. Nach seiner Auffassung stellt § 3 Abs. 2 und 3 BORA keine geeignete Rechtsgrundlage für einen Eingriff in die freie Berufsausübung dar. Für die Konkretisierung des Tätigkeitsverbots bei einem Sozietätswechsel einzelner RAe, das von grundsätzlicher Bedeutung für die Berufsausübung sei und zugleich die Interessen der Allgemeinheit an der Art und Weise anwaltlicher Tätigkeit berühre, fehle eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage, weshalb die Satzungsregelung unwirksam sei. Die Ausweitung des Vertretungsverbots auf Soziern und Scheinsoziern sei gesetzlich nicht fundiert. § 43a Abs. 4 BRAO wende sich ausschließlich an den einzelnen mandatierten Anwalt, ohne das Verbot auf Sozietäten zu erstrecken, wie es beispielsweise in § 45 Abs. 3 BRAO geschehen sei. Darüber hinaus würden berechnete Belange der Mandanten missachtet, die eine bestimmte Sozietät beauftragt und auf die Anstellung eines RA nach Auftragserteilung keinen Einfluss hätten. RA Dr. L. werde als später hinzugetretener Scheinsozius nicht zum Vertragspartner dieser Mandanten.

Der BGH hob mit dem angegriffenen Beschl. die Entscheidung des AGH auf und bestätigte die Entscheidung der RAK (NJW 2001, 1572). Zur Begründung führte er aus, die Verpflichtung zur Niederlegung der Mandate ergebe sich unmittelbar aus

§ 43a Abs. 4 BRAO. In diesem Sinne sei auch § 3 Abs. 2 und 3 BORA auszulegen. Jeder RA einer Sozietät handele regelmäßig namens der Sozietät, auch wenn er das Mandat nicht persönlich bearbeite. Die Vertretung i.S.d. § 43a Abs. 4 BRAO sei im weitesten Sinne zu verstehen und setze ein Bearbeiten nicht voraus. Das gelte auch für den so genannten Außensozius, weil er den Auftraggebern in gleicher Weise wie die Soziern hafte. In Ansehung des Schutzzwecks von § 43a Abs. 4 BRAO gelte nichts anderes. Die Erstreckung des für einen RA geltenden Tätigkeitsverbots auf alle Soziern, auch die Scheinsoziern, sei von jeher anerkannt und beuge dem berechtigten Misstrauen der Mandanten vor. Zwar werde hierdurch die Möglichkeit eines Kanzleiwechsels erschwert; der Schutz des Vertrauens der Mandanten in die Unabhängigkeit ihres RA und in die Integrität der Rechtspflege habe indessen Vorrang.

2. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Bf. im Wesentlichen die Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. § 43a Abs. 4 BRAO sei als Rechtsgrundlage für den Eingriff nicht einschlägig, da sich diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur an den einzelnen RA wende. Anders als in § 45 Abs. 3 und § 46 Abs. 3 BRAO fehle eine Erstreckungsregelung auf Soziern. Abweichend von den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts habe der Gesetzgeber auch nicht mehr dem Anschein der Vertretung widerstreitender Interessen entgegengetreten wollen. Deshalb sei § 3 BORA von der Ermächtigungsnorm nicht gedeckt. Ein derart einschneidendes Verbot habe auch wesentliche Bedeutung für die Berufsausübung der Anwaltschaft und hätte deshalb vom Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen.

3. Der Antrag der Bf., im Wege der einstweiligen Anordnung die Vollziehung des Beschl. des BGH auszusetzen, hatte Erfolg, nachdem die von dem Wechsel betroffenen Mandanten beider Kanzleien keine widerstreitenden Interessen gesehen und sich mit der Fortführung der Mandate ausdrücklich einverstanden erklärt hatten (BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, 1562). Inzwischen sind die vom Tätigkeitsverbot erfassten Streitigkeiten abgeschlossen.

4. Das BMJ sowie der Präsident des BGH haben von einer Äußerung in der Sache abgesehen. Zu der Verfassungsbeschwerde Stellung genommen haben die BRAK, die BNotK, der Deutsche Richterbund, der DAV und der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein sowie die Bkl. des Ausgangsverfahrens.

a) BRAK und BNotK halten die Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Die Auslegung von § 43a Abs. 4 BRAO durch den BGH sei nicht zu beanstanden. Letztlich könne nicht ausgeschlossen werden, dass sowohl zwischen den RAen der abgebenden Kanzlei als auch zwischen den RAen der aufnehmenden Kanzlei ein Transfer sensiblen Wissens bezüglich der betroffenen Mandate erfolgt sei oder noch stattfinde. Neben den haftungsrechtlichen Problemen des Sozietätswechslers seien die Belange des Gemeinwohls in Gestalt der Mandanteninteressen, des Erhalts des Ansehens der Anwaltschaft und der Integrität der Rechtspflege zu berücksichtigen. In der abgebenden Kanzlei sei eine Mandatskündigung kein geeignetes Mittel, da das abgewanderte Insiderwissen nicht rückholbar sei. Der Verweis auf die fortbestehende Verschwiegenheitspflicht genüge angesichts des äußeren Bildes und des hierdurch hervorgerufenen Argwohns nicht, zumal die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht von keinem der Mandanten überwacht werden könne. Das Ohnmachtgefühl erschüttere das Vertrauen in die Verschwiegenheit, die Interessenkollisionsfreiheit und Unabhängigkeit der Anwaltschaft. Dem könne nur mit einer berufsrechtlichen Pflicht zur Mandatsniederlegung in der aufnehmenden Kanzlei begegnet werden. Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der aufnehmenden Sozietät sei zumutbar. Es stehe der Kanzlei frei, ihren Mitarbeiterkreis durch geeignete Personen ihrer Wahl zu erweitern. Man sei nicht auf einen durch Vor-

## Bundesverfassungsgericht

mandate belasteten Kanzleiwechsler angewiesen. Auch der Wechsler selbst werde allenfalls geringfügig in seiner Freiheit eingeschränkt. Mildere Mittel seien nicht ersichtlich, weil das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nicht zur Disposition der jeweiligen Mandanten stehe, soweit es auch dem Interesse der Rechtspflege an der gebotenen Geradlinigkeit anwaltlicher Berufsausübung diene.

b) Dem schließt sich die Bkl. des Ausgangsverfahrens an. Trotz teilweise geänderter Verhältnisse seien die früheren Argumente weiterhin tragfähig. Zur Vermeidung des bösen Scheins sei die Pflicht zur Niederlegung der Mandate im vorliegenden Fall zu Recht bejaht worden. In der anwaltlichen Praxis gebe es einen Wissenstransfer durch wechselseitige Vertretung, durch Beratung mit Kollegen, durch Kanzleikonferenzen und gemeinsame Veranstaltungen, so dass der Schutz der Vertrauenserwartung des Mandanten nahezu bei jedem Sozietätswechsel berührt sei.

c) Diese Auffassung teilt auch der Deutsche Richterbund, der allerdings die erhebliche Erschwerung eines Wechsels zwischen Sozietäten bei einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG für problematisch hält. Auf eine konkrete Betrachtungsweise, insbesondere hinsichtlich des Kenntnisstandes und der Vorbereitung des wechselnden RA, dürfe aber nicht abgestellt werden, weil im Interesse des Vertrauens in eine geordnete Rechtspflege ein strenger Maßstab nicht unverhältnismäßig sei.

d) Demgegenüber halten der DAV und der Republikanische Anwälten- und Anwälteverein die Verfassungsbeschwerde für begründet. Abweichend von anderen Normen verpflichte § 43a Abs. 4 BRAO nur den Anwalt selbst, nicht aber die Sozietät als Ganzes. Mit dem Wortlaut dieser Vorschrift sei die Auslegung des BGH nicht zu vereinbaren. Nach der Rspr. des BVerfG könne die Rechtsetzungskompetenz für Vertretungsverbote durch Sozietätswechsler nicht auf den Satzungsgeber übertragen werden, da neben den Interessen der RAe, die selbst empfindlich in ihrer Berufsausübungsfreiheit betroffen seien, auch Mandanteninteressen und das Vertrauen in die Anwaltschaft insgesamt berührt würden. Das im Wege der Auslegung erweiterte Verbot sei jedenfalls unverhältnismäßig. Insbesondere werde die Berufsausübung junger Anwälte übermäßig behindert. Sowohl große überörtliche Sozietäten als auch kleinere Sozietäten in mittelgroßen Städten hätten häufig in gleichen Sachen Mandanten auf verschiedenen Seiten. Für junge Anwälte sei ein Sozietätswechsel für das Fortkommen von großer Bedeutung. Führe der Wechsel zur Notwendigkeit der Niederlegung von Mandaten mit erheblichen Gebührenaufkommen, würde ein solcher Wechsel sehr erschwert. Die jungen Anwälte würden faktisch an die erste anstellende Sozietät gebunden. Mit der entsprechenden Zustimmung der Mandanten könne ein Vertrauensverlust ausgeschlossen werden; ein allgemeiner Ansehensverlust für die Anwaltschaft sei nicht nachvollziehbar, zumal es primär auf die Wahrung der Verschwiegenheitspflicht ankomme. Im Übrigen sei zu beachten, dass es auch legitime Interessen der Mandanten an der Fortführung der Mandate durch den Anwalt ihres Vertrauens gebe.

e) Auf Veranlassung der BRAK und des DAV hat die Deutsche Delegation beim Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft ergänzend unterschiedliche europäische Ansätze zur Konfliktlösung beim Sozietätswechsel dargestellt.

B.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

Die angegriffene Entscheidung bestätigt eine gegen die Bf. gerichtete Verfügung der RAK. Ob eine solche Verfügung schon deshalb rechtswidrig sein könnte, weil es der RAK an einer Rechtsgrundlage fehlt, Berufspflichtverletzungen mit dem Erlass von Ge- und Verboten zu begegnen (vgl. BGH, MDR 2003, 418 mit ablehnender Anmerkung von *Hartung*), bedarf vorliegend

keiner Vertiefung. Denn die an die Bf. gerichtete Aufforderung der RAK, die Mandate niederzulegen, findet der Sache nach im Gesetz keine der Verfassung entsprechende Grundlage. Die dem § 43a Abs. 4 BRAO durch den BGH gegebene Auslegung verletzt die Bf. in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (I.). Die vom BGH bestätigend herangezogene Vorschrift des § 3 Abs. 2 BORA ist aus diesem Grund nichtig (II.); hingegen ermöglicht § 43a Abs. 4 BRAO eine der Verfassung entsprechende Auslegung und Anwendung.

I.

1. Die Vertretung von Mandanten ist ein wesentlicher Teil der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten anwaltlichen Berufsausübung.

Anwälte streiten berufsmäßig für die Interessen ihrer Mandanten, die ihrerseits frei sind, den ihnen zusagenden Rechtsvertreter zu wählen und zu mandatieren. Das personale Vertrags- und Vertrauensverhältnis betrifft einen Beruf, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt (vgl. BVerfGE 34, 293, 302) und unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen überantwortet ist, soweit sie nicht durch verfassungsgemäße Regelungen beschränkt ist (vgl. BVerfGE 50, 16, 29). Ihre eigenständige und unabhängige Funktion in der Durchsetzung des Rechts nehmen die RAe gerade in Bezug auf ihre jeweiligen Mandanten wahr.

Das in erster Linie durch persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung charakterisierte Verhältnis zum Mandanten wird durch berufliche Zusammenschlüsse nicht aufgehoben oder wesentlich verändert (so für den Strafverteidiger, BVerfGE 43, 79, 91 f.). Gesetzliche Einschränkungen der beruflichen Betätigung treffen den einzelnen Anwalt persönlich und sind in erster Linie den Interessen der Mandanten geschuldet. Diesem Mandatsverhältnis dienen die in § 43a BRAO normierten Grundpflichten des RA. Dazu zählen insbesondere die strafbewehrte (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und durch ein Zeugnisverweigerungsrecht geschützte (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 53 StPO, § 84 Abs. 1 FGO i.V.m. § 102 AO) Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO sowie das ebenfalls in bestimmten Begehungsformen strafbewehrte (vgl. § 356 StGB) Verbot in § 43a Abs. 4 BRAO, widerstreitende Interessen zu vertreten. In Verbindung mit dem in § 43a Abs. 1 BRAO enthaltenen Gebot, dass der RA keine Bindungen eingehen darf, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden, garantieren diese Grundpflichten dem Mandanten, dass ihm als Rechtsuchendem unabhängige Anwälte als berufene Berater und Vertreter gegenüber dem Staat oder gegenüber Dritten zur Seite stehen (vgl. §§ 1, 3 BRAO).

2. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Bf. in Gestalt der Verpflichtung zur Beendigung eines Mandats darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen (vgl. § 3 Abs. 2 BRAO), das den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 GG genügt.

a) An einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der Pflicht zur Mandatsbeendigung für Sozietäten fehlt es. § 43a Abs. 4 BRAO bezieht sich auf den Einzelanwalt, der in derselben Sache nicht Parteien mit gegenläufigem Interesse vertreten darf. Die Wortfassung ist von besonderer Bedeutung, weil dasselbe Gesetz an anderer Stelle die Erstreckung von Verboten auf die mit dem RA in Sozietät oder sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen RAe im Wortlaut vorsieht (§ 45 Abs. 3 und § 46 Abs. 3 BRAO).

b) Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung bedeutet allerdings nicht notwendig, dass eine die Berufsausübung einschränkende Verfügung und eine sie bestätigende Gerichtsentscheidung den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechen. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass, die Grenzen richterlicher Rechtsauslegung und -fortbildung bei Ein-

schränkungen der freien Berufsausübung allgemein und abschließend festzulegen. Die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode ist Sache der Fachgerichte. Auch aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für den Richter, ggf. vorhandene gesetzliche Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen.

Die Fachgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes jedoch die Bedeutung des betroffenen Grundrechts und den Umfang seines Schutzbereichs zu beachten. Sie müssen eine unverhältnismäßige Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit vermeiden. Die Gerichte sind, wenn sie Einschränkungen der grundsätzlich freien Berufsausübung für geboten erachten, an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken (vgl. BVerfGE 54, 224, 235; 97, 12, 27).

3. Dem wird die angegriffene Entscheidung nicht gerecht, die RAe oder Anwaltssozietäten zur Beendigung eines Mandats verpflichtet, obwohl diese zuvor selbst die widerstreitenden Interessen auf der Gegenseite nicht vertreten haben und sie auch nicht zu vertreten beabsichtigen. Eine solche Berufsausübungseinschränkung, die damit begründet wird, dass sich die RAe zur Berufsausübung mit einem Anwalt verbinden, der zuvor auf der Gegenseite angestellt war, kann vor Art. 12 Abs. 1 GG nur Bestand haben, wenn das Verbot durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und der Eingriff nicht weiter geht, als es die rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 54, 301, 313). Eingriffszweck und Eingriffintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 101, 331, 347).

a) Ersichtlich dient § 43a Abs. 4 BRAO der Wahrung des Vertrauensverhältnisses zum eigenen Mandanten und der Sicherung der Unabhängigkeit insoweit, als ein Anwalt, der sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht, jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienste des Rechtsuchenden verliert.

aa) Es ist hier nicht darüber zu entscheiden, welche Folgerungen zu ziehen wären, wenn der die Sozietät wechselnde RA das „widerstreitende“ Mandat selbst betreut, es gar in die aufnehmende Kanzlei einbringt. Nicht zu behandeln sind auch Fälle, in denen der bekannt gewordene Sozietätswechsel die Mandanten in ihrem Vertrauen tatsächlich erschüttert, so dass sie das Mandatsverhältnis zur abgebenden oder zur aufnehmenden Kanzlei von sich aus beenden. Des Weiteren steht hier nicht zur Entscheidung, wie zu verfahren ist, wenn durch den Sozietätswechsel die Verschwiegenheitspflicht des § 43a Abs. 2 BRAO gefährdet oder verletzt würde. Dafür bieten die Ausgangsverfahren keine Anhaltspunkte.

bb) Wenn die vom Sozietätswechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen RAen nicht als gestört ansehen und mit einer Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden sind, können der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten nicht als Gemeinwohlgründe angeführt werden.

b) § 43a Abs. 4 BRAO dient aber nicht nur dem Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant und der Wahrung der Unabhängigkeit des RA, sondern darüber hinaus dem Gemeinwohl in Gestalt der Rechtspflege, die auf eine Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung angewiesen ist (vgl. BT-Drucks. 12/4993, 27), also darauf, dass ein Anwalt nur einer Seite dient. Alle diese Belange treten nebeneinander und bedingen einander.

aa) Als unabhängige Organe der Rechtspflege und als berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden haben Anwälte die Aufgabe, sachgerechte Konfliktlösungen herbeizuführen, vor

Gericht zugunsten ihrer Mandanten den Kampf um das Recht zu führen und dabei zugleich staatliche Stellen möglichst vor Fehlentscheidungen zu Lasten ihrer Mandanten zu bewahren (vgl. BVerfGE 76, 171, 192). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten RA voraus. Diese Eigenschaften stehen nicht zur Disposition der Mandanten. Der Rechtsverkehr muss sich darauf verlassen können, dass der Pflichtenkanon des § 43a BRAO befolgt wird, damit die angestrebte Chancen- und Waffengleichheit der Bürger untereinander und gegenüber dem Staat gewahrt wird und die Rechtspflege funktionsfähig bleibt (vgl. BVerfGE 63, 266, 284; 93, 213, 236).

Dies bedeutet indessen nicht, dass die Definition, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von RAKn oder Gerichten ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hier von betroffenen Mandanten vorgenommen werden darf. Kann sich durch einen Sozietätswechsel bei generalisierender Betrachtung eine Gefahr für die Verschwiegenheit und die geradlinige Interessenvertretung ergeben, kommt die Einschätzung, ob eine Rechtsbeeinträchtigung konkret droht, in erster Linie den Mandanten beider Kanzleien zu, die deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren sind. Daneben liegt es in der gesetzeseleiteten verantwortlichen Einschätzung der betroffenen RAe, ob die Konfliktsituation oder doch jedenfalls das Ziel der Vermeidung zukünftiger Störungen des Vertrauensverhältnisses eine Mandatsniederlegung gebietet (vgl. das in der Stellungnahme der Deutschen Delegation beim Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft erwähnte Institut der *délicatesses* im französischen Recht, das den Grad an eigenverantwortlicher Selbsteinschätzung des RA umschreibt).

#### Verantwortlicher Umgang mit Situation kann vom RA erwartet werden

Ein verantwortlicher Umgang mit einer solchen Situation kann von einem RA ebenso erwartet werden wie von einem Richter bei der Offenlegung von Gründen zur Selbstablehnung (vgl. § 19

Abs. 3 BVerfGG und hierzu BVerfGE 46, 34, 41 f.).

Soweit die BNotK in ihrer Stellungnahme davon ausgeht, das wirtschaftliche Interesse eines RA, ein Mandat fortzuführen, nehme ihm die nötige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für ein am Maßstab des § 43a Abs. 4 BRAO ausgerichtetes gesetzkonformes Handeln, entspricht dies nicht der gesetzgeberischen Einschätzung. Der Gesetzgeber bezeichnet die RAe als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Auf deren Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit ist die Rechtspflege angewiesen (vgl. BVerfGE 87, 287, 320). Das Gesetz geht nicht davon aus, dass ein berufswürdiges und gesetzkonformes Handeln der RAe nur im Wege der Einzelkontrolle oder mit Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden kann. Das anwaltliche Berufsrecht beruht auch nicht auf der Annahme, dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.

bb) In tatsächlicher Hinsicht können die Fallgestaltungen, auf die sich die Verbotsnorm des § 43a Abs. 4 BRAO bezieht, sehr vielseitig sein (vgl. hierzu *Zuck*, NJW 1999, 263, 265; *Henssler*, NJW 2001, 1521, 1525 f.; *Müller*, AnwBl. 2001, 491, 493; *Schlosser*, NJW 2002, 1376, 1379 f.). So kann die Arbeitsteilung in der abgebenden Kanzlei durch räumliche Trennung (bei überörtlichen Sozietäten und bei Bürogemeinschaften), durch organisatorische Vorkehrungen (chinese wall), durch Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses (Sozius, Angestellter oder freier Mitarbeiter), durch die schiere Größe oder die fachliche Abschottung der verschiedenen Bereiche einer Kanzlei (beispielsweise Baurecht, Familienrecht, Patentrecht) gewährleisten, dass

## Bundesverfassungsgericht

die Verschwiegenheitspflicht schon deshalb nicht gefährdet ist, weil es für den wechselnden Anwalt nichts zu verschweigen gibt.

Die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit und das Vertrauen der Mandanten in die Verschwiegenheit des einzelnen Anwalts kommen erst zur Geltung, wenn der RA über geheimhaltungsbedürftige Informationen verfügt. Diese können dem RA die innere Unabhängigkeit nehmen oder den Mandanten verunsichern und deshalb zur Beendigung des Mandats durch Auftragnehmer oder Auftraggeber führen. Möglicherweise hält aber ein Mandant der abgebenden Kanzlei solche Kenntnisse über Sachverhalt und Rahmenbedingungen oder von Einzelproblemen im konkreten Fall für unschädlich, sofern der wechselnde RA in der aufnehmenden Kanzlei von jeder Rechtsbesorgung (im Sinne von beraten, unterstützen, vertreten) fern gehalten wird. Auf die Verschwiegenheit ihrer Anwälte sind Mandanten bei einem Sozietätswechsel in derselben Weise angewiesen wie in den Fällen, in denen der eigene Anwalt bei späteren und anderen Auseinandersetzungen von der Gegenseite mandatiert wird.

cc) Im Interesse der Rechtspflege sowie eindeutiger und geradliniger Rechtsbesorgung verlangt § 43a Abs. 4 BRAO lediglich, dass im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen vermieden wird. Soweit die vom Kanzleiwechsel unterrichteten und beiderseits betroffenen Mandanten einen solchen Widerstreit nicht befürchten und Vertrauen in die getroffenen Vorkehrungen sowie die Verschwiegenheit ihrer Anwälte zeigen, besteht im Interesse der Rechtspflege nur Anlass zum Eingreifen, wenn hierfür sonstige Indizien sprechen, die den Mandanten verborgen geblieben oder von ihnen unzutreffend eingeschätzt worden sind. Die RAKn sind insoweit verpflichtet und verpflichtet, allen Hinweisen nachzugehen. Eine Vermutung oder einen Anschein pflichtwidrigen Verhaltens dürfen sie indessen ihren Maßnahmen nicht zugrunde legen.

Die BRAO knüpft an solche abstrakten Gefährdungen der Rechtspflege nur in Ausnahmefällen an (vgl. § 7 Nr. 9 und 10). Dem entspricht die Fassung von § 43a Abs. 4 BRAO nicht.

**Anknüpfung an abstrakte Gefährdungen ist Ausnahme**

c) Diesen Grundsätzen wird die an § 3 Abs. 2 BORA ausgerichtete Auslegung von § 43a Abs. 4 BRAO durch den BGH nicht gerecht. Sie beschränkt die Freiheit der Berufsausübung in der aufnehmenden Kanzlei über das zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter erforderliche Maß hinaus, weil sie die Möglichkeit verstellt, den Besonderheiten des jeweiligen Falles Rechnung zu tragen. § 43a Abs. 4 BRAO gebietet eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung aller Belange unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Mandanteninteressen.

**Kein Raum für Einzelabwägung durch § 3 Abs. 2 BORA**

II. § 3 Abs. 2 BORA, der keinen Raum für eine Einzelabwägung lässt, ist aus diesem Grund in der ursprünglichen wie in der Fassung späterer Bekanntmachungen mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Die Vorschrift vernachlässigt nicht nur die Interessen der Mandanten; sie berücksichtigt – soweit die Befugnis zur Ausgestaltung nach § 59b Abs. 2 Nr. 1 Buchst. e BRAO reicht – auch weder die Berufsausübungsfreiheit des die Sozietät wechselnden RA noch die der Mitglieder der aufnehmenden Sozietät in hinreichendem Maße.

1. a) Art. 12 Abs. 1 GG schützt jede berufliche Tätigkeit, gleichgültig ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt wird (vgl. BVerfGE 7, 377, 398 f.; 54, 301, 322). Zur Berufsausübung gehört das Recht, sich beruflich zusammenschließen (vgl. BVerfGE 80, 269, 278), aber auch das Recht, einen Arbeitsplatz

nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben (vgl. BVerfGE 85, 360, 372 f.; 97, 169, 175). Ein Eingriff liegt auch vor, wenn die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsnormen die Eingehung von Arbeitsverhältnissen wesentlich erschweren.

b) Die Möglichkeit des Sozietätswechsels ist für die Anwaltschaft zunehmend von Bedeutung.

Der Beruf des RA wird nicht mehr fast ausschließlich allein in eigener Kanzlei oder gemeinsam mit nur wenigen selbständigen Partnern ausgeübt (vgl. Busse, NJW 1999, 3017). Etwa 7.000 RAe arbeiten in großen Sozietäten mit 30 bis 500 RAen zusammen; fast 20.000 RAe gehen in Sozietäten mit 4 bis 30 RAen ihrem Beruf nach (vgl. Heussen, Anwalt 2003, Heft 5, 16 f.). Viele von ihnen arbeiten im Angestelltenverhältnis oder sie sind freie Mitarbeiter (vgl. Huff, Anwalt 2002, Heft 11, 8 ff.). Mittlere Kanzleien gehen überörtliche Sozietäten ein oder benennen feste Kooperationspartner in anderen Regionen oder im europäischen Ausland. In welchem Maße einem jungen Berufseinsteiger Gelegenheit zur Spezialisierung in einer größeren Kanzlei geboten wird und in welchem Umfang er mit sonstigen Mandaten in der Kanzlei in Berührung kommt, hängt von der jeweiligen Kanzleiorganisation ab.

Zugleich hat die Spezialisierung unter den RAen zugenommen. Etwa 14 vom Hundert führen eine Fachanwaltsbezeichnung; andere zeigen durch die Wahl von Tätigkeitsschwerpunkten an, welche Ausschnitte des Rechts sie mit Vorzug bearbeiten (vgl. BRAK-Mitt. 2002, 122). Selbst für hochspezialisierte RAe etwa im Recht der Gentechnologie, im Kartell- und Vergaberecht oder im Börsenrecht kommt noch ein Kanzleiwechsel in Betracht; er beschränkt sich indessen auf einen kleinen Kreis von Kanzleien, die nicht selten in früheren oder noch anhängigen Verfahren die Gegenseite vertreten haben oder vertreten. Solchen Beschränkungen unterliegen, worauf der DAV und die Bkl. des Ausgangsverfahrens hingewiesen haben, auch junge Anwälte mit örtlicher Bindung in Kleinstädten und im ländlichen Raum.

Ein Kanzleiwechsel ist keine Seltenheit mehr. Das Bild der ein Berufsleben lang andauernden Zusammenarbeit weniger RAe ist stark von Verhältnissen geprägt, die der Vergangenheit angehören. Nicht nur angestellte RAe, sondern auch Sozietäten suchen inzwischen vermehrt durch Kanzleiwechsel ihre Einkommens- oder Karrierechancen zu verbessern (vgl. Huff, Anwalt 2002, Heft 11, 8, 9; vgl. auch K. Westerwelle, Rechtsanwaltssozietäten und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 1997, 130). Die Möglichkeit der Mobilität hat demnach für den Einzelnen an Gewicht gewonnen.

2. Schon wenn sich durch den Vertragsschluss die Partner selbst wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken, indem sie einem der Vertragsschließenden den Arbeitsplatzwechsel erheblich erschweren (Konkurrenzklauseln), sind die Rechtsfolgen anhand des Maßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen (vgl. BVerfGE 81, 242). Von vergleichbarem Gewicht ist eine Satzungsregelung wie § 3 Abs. 2 BORA, die unabhängig von eigener Einflussnahme durch die Handelnden den Berufswechsel erschwert, weil der aufnehmenden Kanzlei grundsätzlich die Mandatsniederlegung und damit der Verzicht auf Einnahmen zugemutet wird. Die hiermit verbundenen Beeinträchtigungen der Berufsausübungsfreiheit dürfen nicht weiter gehen als vom Eingriffszweck her unumgänglich.

3. § 3 Abs. 2 BORA beschränkt die Nachteile für die aufnehmende Sozietät nicht auf das zum Schutz von Gemeinwohlinteressen erforderliche Minimum. Die Vorschrift enthält keine Regeln, die eine Prüfung im Einzelfall ermöglichen, ob Sicherungen zur Wahrung des Vertrauens in die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht bestehen.

## Bundesverfassungsgericht

In der ursprünglichen Fassung kannte § 3 Abs. 2 BORA überhaupt keine Ausnahmen zugunsten bestimmter Kooperationsformen; das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen aus § 43a BRAO wurde einschränkungslos auf alle Anwälte erstreckt, sofern sie zu der abgebenden Kanzlei in irgendeiner Rechtsbeziehung gestanden hatten. Sozien, Angestellte, freie Mitarbeiter oder in Bürogemeinschaft verbundene Personen wurden gleich behandelt. Inzwischen mildert § 3 Abs. 3 BORA in der Fassung von 1999 die Rechtsfolgen für Angestellte im Innenverhältnis ab, sofern sie mit der Rechtssache tatsächlich nicht befasst waren. Aber auch nach dieser Änderung bleibt § 3 Abs. 2 BORA unverhältnismäßig.

Wie oben dargelegt ist das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, geeignet und erforderlich, im Interesse von Mandanten und Rechtspflege die mit dem Gesetz bezweckten Ziele zu erreichen. In welchem Ausmaß das Verbot aber auf Dritte zu erstrecken ist, mit denen der tatsächlich mandatierte RA zusammenarbeitet oder zusammengearbeitet hat, muss unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit austariert werden. Die für die Außenhaftung und für die Außenvollmacht entwickelten Grundsätze der zivilgerichtlichen Rspr., die Mandanten und Rechtsverkehr eine erleichterte Zurechnung ermöglichen (vgl. BGHZ 56, 355), können insofern nicht maßgeblich sein. Denn der Schutzzweck des § 43a Abs. 4 BRAO ist – wie unter I. dargelegt – ein anderer. Auch aus der Berufsordnung, die es in § 8 gestattet, freie Mitarbeiter durch Aufnahme in den Briefkopf zu Außensozien zu machen, lassen sich keine Abwägungskriterien gewinnen. Diese Regelung dient der Selbstdarstellung der abgebenden Kanzlei und hat nicht den Interessenwiderstreit nach einem Sozietätswechsel im Blick. Für die hier zu beurteilende Frage ist demgegenüber entscheidend, welcher Informationsfluss zwischen RAen stattfindet, die lediglich in Bürogemeinschaft verbunden sind. Das hängt aber von der Organisation und der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Anwälten ab.

Undifferenziert an diese formalen Außenbeziehungen ein Mobilitätshindernis zu knüpfen, weil beim Wechsel in eine andere Kanzlei die gegnerischen Mandate auch dann niederzulegen sind, wenn der freie Mitarbeiter nur eng umgrenzte Einzelaufgaben, möglicherweise sogar am heimischen Arbeitsplatz wahrgenommen oder in der Bürogemeinschaft kein Wissenstransfer stattgefunden hat, ist unangemessen. Die Norm des § 3 Abs. 2 BORA trägt den typischen Merkmalen überörtlicher Sozietäten und europaweiten Kooperationen, insbesondere den Vertragsgestaltungen bei Bürogemeinschaften, sowie den theoretischen und praktischen Möglichkeiten der Abschottung in der aufnehmenden Kanzlei nicht ausreichend Rechnung. Der Sozietätswechsel darf nicht erschwert werden, wenn hinreichend gesichert ist, dass Pflichtverletzungen nicht zu besorgen sind. Diese Prüfung im Einzelfall aber sieht § 3 Abs. 2 BORA nicht vor.

**Unverhältnismäßige  
Erschwerung eines  
Kanzleiwechsels**

Im Ergebnis folgt daraus eine unverhältnismäßige Erschwerung des Kanzleiwechsels, weil die aufnehmende Kanzlei finanzielle Einbußen nur dann in Kauf neh-

men wird, wenn sie ein ganz besonderes Interesse an der Hinzugewinnung der neuen Arbeitskraft hat. Noch gravierender sind die Auswirkungen, wenn der Sozietätswechsel nicht freiwillig und langfristig geplant erfolgt, weil es unvorhergesehen zu einer Trennung der Sozien, zu einer Auflösung oder Abspaltung von Kanzleien oder zu wirtschaftlichen Engpässen bei der abgebenden Kanzlei kommt. In derartigen Fällen kann die Berufsausübungsregelung eine Zeit lang Folgen haben, die einer Berufswahlregelung nahe kommen. Bis zur Abwicklung der Altmandate wird sich insbesondere dann selten eine aufnehmende

Kanzlei finden, wenn der Kreis der denkbaren Sozien oder Arbeitgeber durch einen hohen Spezialisierungsgrad eng gezogen ist. Solche einschneidenden Folgen für die Berufsausübung verlangen ausreichend gewichtige Interessen auf Seiten der Mandanten oder der Rechtspflege, die nach den Ausführungen oben unter B. I. nicht ausnahmslos und ohne Rücksicht auf typisierbare Fallvarianten unterstellt werden dürfen.

III. Auch ohne Änderung der Berufsordnung wird der BGH, an den der Rechtsstreit zurückverwiesen wird, entscheiden können. § 43a Abs. 4 BRAO ist hinreichend bestimmt, um die noch notwendige Sach- und Kostenentscheidung zu ermöglichen.

**Anmerkung RA Dr. Kirchberg**

Die Frage, ob eine Anwaltssozietät von der RAK verpflichtet werden kann, bei Aufnahme eines Sozietätswechslers unabhängig davon, ob dieser die entsprechenden Mandate in der abgebenden bzw. Altsozietät bearbeitet hat, sämtliche Mandate niederzulegen, bei denen die Altsozietät auf der Gegenseite stand, hat die Anwaltschaft tief gespalten. Der Verlauf des Verfahrens, das schließlich zu der hier zu besprechenden Entscheidung des BVerfG v. 3.7.2003 geführt hat, spiegelt das wider und ähnelt dementsprechend regelrecht einer Achterbahn: die RAK Tübingen hatte sich für die von ihr ausgesprochene Verpflichtung zur Mandatsniederlegung bei gegenläufigen Mandaten erklärtermaßen auf die Satzungsbestimmung des § 3 Abs. 2 BORA berufen. Diese Bestimmung wurde vom AGH Baden-Württemberg jedoch durch Beschl. v. 20.11.1999 – AGH 21/99 (II) – für nichtig erklärt und die darauf gestützte Verfügung der Kammer dementsprechend aufgehoben. Der BGH drehte diese Entscheidung wieder um, indem er sich auf das – nach seinem Wortlaut eigentlich nur an den einzelnen Anwalt gerichtete – gesetzliche Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO) bezog, dieses (wie nach den §§ 45 Abs. 3, 46 Abs. 3 BRAO) auf die Sozietät insgesamt erstreckte und in diesem Sinne auch § 3 Abs. 2 und 3 BORA mit der Folge auslegte, dass der Beschluss des AGH aufgehoben und die vorangegangene Verfügung der Kammer wieder bestätigt wurde (Beschl. v. 6.11.2000, BRAK-Mitt 2001, 82 = NJW 2001, 1572). Das BVerfG hat schließlich wiederum in die entgegengesetzte Richtung votiert, mit seinem nunmehr vorliegenden Beschl. v. 3.7.2003 die Vorschrift des § 3 Abs. 2 BORA – genauso wie der AGH – für nichtig und die generelle Erstreckung des gesetzlichen Verbots widerstreitender Interessen auf den hier interessierenden Fall des Sozietätswechsels für verfassungswidrig erklärt. Jetzt ist erneut der BGH, an den die Sache zurückverwiesen wurde, aufgerufen, im Rahmen einer verfassungskonformen Anwendung und ggf. sogar Fortbildung des § 43a Abs. 4 BRAO zu einer den Vorgaben des BVerfG entsprechenden abschließenden Entscheidung in der Sache sowie über die Kosten zu gelangen. Ein neuerlicher Ausschlag in die entgegengesetzte Richtung ist jedoch nicht ausgeschlossen, nachdem der BGH seine Rspr. zwischenzeitlich dahin gehend konkretisiert hat, Ge- und Verbotverfügungen der RAK seien von vornherein mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig (Beschl. v. 25.11.2002, BRAK-Mitt 2003, 22 m. Anm. Dahns = NJW 2003, 504) und könnten auch nicht in eine Beratung oder Belehrung i.S.d. § 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO umgedeutet werden (vgl. Beschl. v. 14.7.2003 – AnwZ [B] 59/02, www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen). Das würde allerdings an der bereits im Bundesgesetzblatt (BGBl. I 2003, 1672) verkündeten Nichtigkeit des § 3 Abs. 2 BORA nichts mehr ändern.

## Bundesverfassungsgericht

Auch und gerade die BRAK hatte sich schwer getan, in dieser umkämpften Causa zu einem einheitlichen Meinungsbild zu gelangen. Der mit der Ausarbeitung einer Stellungnahme gegenüber dem BVerfG beauftragte BRAK-Verfassungsrechtsausschuss hatte zunächst mehrheitlich für die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde votiert, gleichzeitig aber auch die gegenläufige Mindermeinung des Ausschusses zu Protokoll gegeben. Dem Präsidium erschien die Sache so gewichtig, dass es damit – ausnahmsweise – sogar die (90.) Hauptversammlung befasste. Diese beschloss, in erster Linie berufspolitisch gegenüber dem BVerfG Flagge zu zeigen und sich deshalb dafür auszusprechen, die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Die in der Hauptversammlung auch und gerade in Ansehung von internationalen und Großsozietäten artikulierten Befürchtungen bezüglich des Wissenstransfers beim Sozietätswechsel wogen danach schwerer als die aus dem Gebot, gegenläufige Mandate beim Sozietätswechsel niederzulegen, resultierenden Beeinträchtigungen der Grundrechte nicht nur des Sozietätswechsels und der Mitglieder der aufnehmenden Sozietät, sondern auch der beiderseitigen Mandanten.

Mit seinem Beschl. v. 3.7.2003 hat das BVerfG die entsprechenden Befürchtungen und insbesondere etwa auch das von der Bundesnotarkammer im Verfahren vorgebrachte Argument, das wirtschaftliche Interesse eines RA, ein Mandat fortzuführen, nehme ihm die nötige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für ein am Maßstab des § 43a Abs. 4 BRAO ausgerichtetes, gesetzeskonformes Verhalten, für nicht (mehr) ausreichend erklärt, die generelle Erstreckung des § 43a Abs. 4 BRAO auf den Sozietätswechsel und dementsprechend auch die generalisierende Vorschrift des § 3 Abs. 2 BORA zu rechtfertigen. In noch nicht da gewesener Form appelliert das BVerfG stattdessen an die unreglementierte Eigenverantwortlichkeit der Anwaltschaft wie folgt:

*„Der Gesetzgeber bezeichnet die Rechtsanwälte als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Auf deren Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit ist die Rechtspflege angewiesen (vgl. BVerfGE 87, 287 <320>). Das Gesetz geht nicht davon aus, dass ein berufswürdiges und gesetzeskonformes Handeln der Rechtsanwälte nur im Wege der Einzelkontrolle oder mit Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden kann. Das anwaltliche Berufsrecht beruht auch nicht auf der Annahme, dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.“*

Daraus folgt in dieser Allgemeinheit (noch) mehr als die hier interessierende „Freiheit beim Sozietätswechsel“ (so *Kleine-Cosack* in seinem Editorial zu NJW Heft 33/2003). Die Entscheidung des BVerfG v. 3.7.2003 reiht sich damit vielmehr nahtlos in die Entscheidungen ein, die das BVerfG bereits mit seinem Verdikt über die Standesrichtlinien (BVerfGE 76, 171 u. BVerfGE 76, 196), dann etwa mit seinem Urteil zum Versäumnisurteil (BVerfGE 101, 312) und schließlich in einer Vielzahl von hier nicht im Einzelnen zu memorierenden Entscheidungen zur anwaltlichen Werbung und zur Zulässigkeit von Zusatzbezeichnungen i.S. einer Entfesselung der Anwaltschaft von selbst auferlegten Beschränkungen getroffen hat. Gefährdungstatbestände oder Verbote, die bereits dem Vorliegen eines bösen Anscheins vorbeugen sollen, haben nach der nunmehr vorliegenden Entscheidung des BVerfG v. 3.7.2003 in einem modernen anwaltlichen Berufsrecht, das von der Eigenverantwortung der RAe und der Selbstbestimmung der Mandanten sowie von dem vom BVerfG wieder-

holt betonten bzw. hervorgehobenen „*personalen Vertrauensverhältnis*“ zwischen diesen geprägt ist, künftig grundsätzlich keinen Platz mehr.

Das bedeutet nicht, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung und Rechtsbesorgung und dementsprechend die Erfüllung des anwaltlichen Pflichtenkanons des § 43a BRAO (Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Sachlichkeit, Verbot widerstrebender Interessen, Sorgfalt beim Umgang mit anvertrauten Vermögenswerten und Fremdgeldern) nunmehr zur Disposition der Mandanten stünden. Soweit es jedoch um den Kanzleiwechsel geht und, so das BVerfG, die davon unterrichteten und beiderseits betroffenen Mandanten einen Widerstreit der Interessen nicht befürchten und Vertrauen in die insoweit getroffenen Vorkehrungen sowie in die Verschwiegenheit ihrer Anwälte zeigen, besteht im Interesse der Rechtspflege nur dann Anlass zum Eingreifen, „... wenn hierfür sonstige Indizien sprechen, die den Mandanten verborgen geblieben oder von ihnen unzutreffend eingeschätzt worden sind.“ Zu diesen in Frage kommenden Vorkehrungen, die einen Widerstreit der Interessen im Wesentlichen relativieren können, zählt das BVerfG erklärtermaßen die Arbeitsteilung in der abgebenden Kanzlei durch räumliche Trennung, durch organisatorische Vorkehrungen, durch Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses, durch die „*schiere Größe*“ oder durch die fachliche Abschottung der verschiedenen Bereiche; und das muss eigentlich auch für die aufnehmende Kanzlei gelten.

Liegen der RAK Hinweise vor, dass die Mandanten nicht hinreichend über den Sozietätswechsel informiert worden sind oder dass die sich daraus ergebenden Konsequenzen von ihnen unzutreffend eingeschätzt worden sind, ist die Kammer, so das BVerfG, berechtigt und verpflichtet, diesen Hinweisen nachzugehen. Ob das dann im Einzelfall zu einer Untersagungsverfügung führen kann, hat das BVerfG vorliegend (noch) offen gelassen. Der BGH geht inzwischen – mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage – von der Unzulässigkeit entsprechender Untersagungsverfügungen aus (Beschl. v. 25.11.2002 a.a.O.). Ob die Kammern stattdessen ohne weiteres wettbewerbsrechtlich gegen ihre Kammermitglieder vorgehen können, ist Gegenstand einer beim BVerfG anhängigen und zugestellten Verfassungsbeschwerde (1 BvR 981/00); die Entscheidung hierüber wird nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass der I. ZS des BGH unbeachtlich der hieran geübten Kritik auf seiner Rspr. zur Zulässigkeit von Wettbewerbsklagen der Kammern beharrt (vgl. zuletzt Ur. v. 25.10.2001, BRAK-Mitt 2002, 139 = NJW 2002, 2039), seit längerem mit Spannung erwartet.

Die Nichtigerklärung des § 3 Abs. 2 BORA durch das BVerfG gebietet eigentlich keine Diskussion über eine Nachfolge- oder Ersatzregelung. Das BVerfG ist – stattdessen – offenbar der Meinung, § 43a Abs. 4 BORA, der das Verbot widerstrebender Interessen zunächst nur für den einzelnen Anwalt statuiert, dürfe im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch auf die Sozietät erstreckt und, wenn auch nicht generalisierend, auf die hier interessierende Frage der Notwendigkeit der Niederlegung gegenläufiger Mandate nach Sozietätswechsel, zur Anwendung gebracht werden. Im Regelfall und insbesondere bei Vorliegen entsprechender Zustimmungserklärungen der beidseits betroffenen, hinreichend informierten Mandanten wird ein entsprechendes Gebot, in welcher Form auch immer, jedoch nicht (mehr) durchgesetzt werden können.

RA Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe  
Vorsitzender des BRAK-Verfassungsrechtsausschusses

### Anmerkung RA *Staehe*

Roma locuta, causa finita? Der Praktiker, der an der „Front“ täglicher Kammerarbeit zu beraten und berufsaufsichtliche Entscheidungen zu treffen hat, freut sich normalerweise, wenn eine Grundsatzentscheidung des BVerfG in einer lange umstrittenen Materie Klarheit schafft. Hat er doch fortan brauchbare Entscheidungskriterien zur Hand. Gibt der Beschluss des BVerfG v. 3.7.2003 Anlass zur Freude? Liefert er klare Entscheidungskriterien? Ich meine, man kann diese Fragen nur auf den ersten Blick bejahen. Denn damit, dass § 3 Abs. 2 BORA für verfassungswidrig erklärt wurde, sind die klaren, praktikablen Regelungen des § 3 Abs. 2 u. 3 BORA zahlreichen Zweifelsfragen gewichen.

Der Spruch des BVerfG beruht wesentlich auf der Annahme, § 43a Abs. 4 BRAO spreche nur den einzelnen Anwalt, nicht aber Sozietäten, an. Dies sei von besonderer Bedeutung, weil das Gesetz an anderen Stellen ausdrücklich Erstreckungsnormen vorgesehen habe (§§ 45 Abs. 3, 46 Abs. 3 BRAO). Im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit mag es verfassungsrechtlich geboten sein, hier eine Gesetzeslücke anzunehmen, obwohl der Gesetzgeber eine solche ausweislich der amtlichen Begründung zum Entwurf der BRAO-Novelle 1994 nicht schaffen wollte (vgl. hierzu im Einzelnen *Feuerich/Weyland*, 6. Aufl., Rdnr. 57 zu § 43a BORA).

Kritisch zu sehen ist es aber, wenn das BVerfG unter Hinweis auf eine den Strafverteidiger betreffende Entscheidung (BVerfGE 43, 79, 91 f.) ausführt, das Verhältnis des Anwalts zum Mandanten werde in erster Linie durch persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung charakterisiert und diese Charakteristik werde durch berufliche Zusammenschlüsse nicht aufgehoben oder wesentlich verändert. Daher betreffen gesetzliche Einschränkungen der beruflichen Betätigung den einzelnen Anwalt persönlich, nicht aber eine Sozietät, in der er seinen Beruf ausübt.

Ist diese Sicht für den Strafverteidiger aus der Natur des strafrechtlichen Mandates heraus und schon im Hinblick auf die beschränkte Zahl der Verteidiger (§ 137 StPO) nahe liegend, so entfernt sie sich doch deutlich vom Erscheinungsbild weiter Bereiche des zivilrechtlichen Mandats, namentlich im Wirtschaftsrecht. Hier ist die Anwaltssozietät als solche Vertreterin des Mandanten. Die Sozietät ist als Team gefordert; das Mandat wird – bisweilen ohne besonderes Vertrauensverhältnis zu einem bestimmten Anwalt – im Vertrauen auf die Kompetenz und Erfahrung einer einschlägig qualifizierten Sozietät als solcher erteilt. Die personenbezogene Mandatierung eines Sozius ist in diesen Bereichen zwar möglich, aber doch der seltene Ausnahmefall. Geht das BVerfG also von einem nur teilweise zutreffenden Anwaltsbild aus, wenn es ausschließlich den einzelnen Anwalt und nicht eine beauftragte Sozietät als „Vertreter“ des Mandanten ansieht?

§ 43a Abs. 4 BORA soll nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zur BRAO-Novelle drei Ziele schützen, nämlich das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, die Unabhängigkeit des RA, die verloren geht, wenn er gleichzeitig als Vertreter konträrer Interessen agiert, und schließlich die im Interesse der Rechtspflege gebotene Geradlinigkeit anwaltlicher Berufsausübung. Diese Anliegen werden in den Entscheidungsgründen des Beschlusses mit höchst unterschiedlicher Ausführlichkeit behandelt.

Die ersten beiden Punkte werden vom BVerfG in einem einzigen Satz abgehandelt: Wenn die vom Sozietätswechsel betroffenen Mandanten das Vertrauensverhältnis nicht als gestört ansehen und mit einer Fortführung der Mandate durch beide beteiligten Sozietäten einverstanden sind, so können nach der Entscheidung des Gerichts weder der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit noch der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses als Gemeinwohlgründe angeführt werden, die einem Sozietätswechsel entgegenstehen. Trägt diese lapidare Feststellung wirklich? Jeder erfahrene Anwalt weiß, dass das Einverständnis der Mandanten nicht immer der umfassenden Kenntnis möglicher Verstrickungen der beteiligten Anwälte und der abwägenden Vorausschau auf die weitere Entwicklung der betroffenen Mandate entspringt. Es ist keineswegs unwahrscheinlich, dass die Zustimmung einem Irrtum über die weitere Entwicklung einer Streitigkeit oder einer von den beteiligten Sozietäten begleiteten geschäftlichen Transaktion entspringt. Man glaubt sich beispielsweise kurz vor einer Einigung und scheut den mit einem Anwaltswechsel verbundenen Management-Aufwand. Ein Anwaltswechsel in einer komplexen Materie ist ja auch für den Mandanten eine regelrechte Strafe. Oder man stimmt gar mit der berechnenden Überlegung zu, die jeweilige Gegenseite werde sich durch den Wechsel an einer allzu konsequenten Durchsetzung der gegnerischen Interessen gehindert sehen. Das zu schützende Vertrauensverhältnis kann so zum Objekt von Irrtümern und Zweckmäßigkeitserwägungen der Mandanten werden. Und was geschieht, wenn ein Mandant aus irrationalen Gründen, z. B. in der Absicht, die Gegenseite zu behindern, seine Zustimmung „mutwillig“ verweigert?

Beratung und Berufsaufsicht der Kammern können natürlich nicht die Motivation für die Zustimmung der Mandanten ermitteln und beurteilen. Andererseits sollen sie aber „allen Anhaltspunkten und Hinweisen nachgehen“. In der Praxis werden sie sich darauf beschränken müssen, die Zustimmung der beiderseitigen Mandanten als zwingende Voraussetzung eines Sozietätswechsels zu behandeln.

Das BVerfG betont, die ebenfalls von § 43a Abs. 4 BRAO geschützten Belange der Geradlinigkeit anwaltlichen Handelns und damit der Rechtspflege stehe nicht zur Disposition der Mandanten. An diese, allgemeiner Überzeugung entsprechende, Feststellung knüpft das Gericht dann jedoch einigermaßen überraschend den Gedanken, was den Interessen der eigenen Mandanten „und damit zugleich der Rechtspflege“ diene, könne von den RAKn und Gerichten nicht ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung durch die Mandanten definiert werden. Fazit also: Sowohl im Hinblick auf das konkrete Vertrauensverhältnis des Anwalts zum Mandanten als auch im Hinblick auf die zu schützende Unabhängigkeit des RA als auch im Hinblick auf die zu schützenden Belange der Rechtspflege kommt es in erster Linie auf die Zustimmung der Mandanten an, dessen Disposition andererseits die zu schützenden Rechtsgüter entzogen sind. Kann eine solche „Gemengelage“ zu der Transparenz führen, die im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist?

Die Mandanten sind „wahrheitsgemäß und umfassend“ zu unterrichten. Es fragt sich, von wem und über was. Soll diesem Erfordernis sinnvoll Rechnung getragen werden, so müssen die beiderseitigen Mandanten neben der Tatsache des Wechsels eines Sozius auch über den mandatsbezogenen Kenntnisstand des Wechslers und ggf. über die Vorkehrungen zur Verhinderung des Wissenstransfers in

## Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung/Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

der neuen Sozietät unterrichtet werden. Um die erforderlichen wahrheitsgemäßen und umfassenden Informationen sicherzustellen, müsste wohl die alte Sozietät den gegnerischen Mandanten, also denjenigen der neuen Sozietät, über den Kenntnisstand des wechselnden Anwalts unterrichten. Hat der Wechsler irgendwelche sensiblen Kenntnisse, so müsste die neue Sozietät den Mandanten der alten Sozietät über die zur Verhinderung des Wissenstransfers getroffenen Maßnahmen unterrichten. Denn nur die jeweils betroffene Sozietät hat ja „umfassend“ Kenntnis über solche Umstände. Die Unterrichtung der Gegenpartei über mandatsbezogene Interna einer Sozietät ist eine nicht undelicate Neuerung im Rechtsleben. Oder müssen die beteiligten Sozietäten einen „Informationspool“ für die beiderseitigen Mandanten bilden?

Es klingt uns Anwälten angenehm in den Ohren, wenn die Stellung als Organ der Rechtspflege vom höchsten Gericht mit den Begriffen der Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit verknüpft wird und die Mandatsniederlegung bei befürchteter Interessenkollision der eigenverantwortlichen Selbsteinschätzung des RA anheim gegeben wird. Etwas weitgehend scheint allerdings, zumindest von der menschlichen Komponente her, der vom BVerfG zur Frage der Mandatsniederlegung gezogene Vergleich mit der Situation, der sich ein Richter bei der Offenlegung von

Gründen zur Selbstablehnung gegenüber sieht: Verliert ein RA bzw. seine Sozietät durch die Mandatsniederlegung u. U. einen beträchtlichen Vergütungsanspruch, so verliert der Richter im Falle der Selbstablehnung allenfalls die Pflicht, sich mit einem u. U. unangenehmen und komplizierten Fall befassen zu müssen.

Mit dieser kurzen Anmerkung können nur einige wenige Probleme angesprochen werden, die der neue Rechtszustand mit sich bringt. Die Entscheidung wirft in der Praxis viele Fragen auf, die nur befriedigende Antworten finden werden, wenn die Anwaltschaft die ihr zugetrauten positiven Eigenschaften in hohem Maße besitzt und fruchtbar in den Klärungsprozess einbringt, den der Beschluss des BVerfG eingeleitet hat. Ob die Satzungsversammlung aufgerufen ist, eine neue Satzungsregelung an die Stelle der aufgehobenen zu setzen, darf bezweifelt werden, nachdem das BVerfG einen Bedarf an Einzelkontrolle durch RAKn und Gerichte von Verfassungen wegen expressis verbis verneint hat. Es hält offenbar die gesetzliche Regelung des § 43a BRAO alleine für ausreichend.

Roma locuta? Ja, zum Teil aber noch in Rätseln. Causa finita? Leider nein!

RA Hansjörg Staehle,  
Präsident der RAK München

## Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Orientierungssätze/\*Leitsätze der Redaktion

**Zulassungswiderruf – zur Verfassungsgemäßheit des § 14 Abs. 2 Ziff. 2 BRAO; BRAO § 14 Abs. 2 Ziff. 2; GG Art. 3, 12**

\* 1. Auch wenn im Rahmen des § 14 Abs. 2 BRAO nicht noch eine weitere Abwägung der einzelnen Umstände einer Verurteilung erfolgt, stellt dies keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar.

\* 2. Die Tatsache, dass sich ein RA bei Straftaten im „privaten Bereich“ bewegt hat und ihm berufsrechtliche Verstöße nicht vorzuwerfen sind, kann im Rahmen der Strafzumessung im Strafverfahren berücksichtigt werden. Dem Gesetzgeber kann aber insoweit nicht vorgeworfen werden, dass er in § 14 Abs. 2 Ziff. 2 nicht noch Ausnahmen zulässt, wenn er eine grundsätzliche Grenze gezogen hat und diese Grenzziehung schwerwiegende Verstöße gegen strafrechtliche Vorschriften zur Voraussetzung hat.

Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 5.6.2003 – AGH 27/02

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Anwaltliche Werbung – zur Briefkopfgestaltung („... & Coll.“); BORA §§ 9, 10; UWG § 3**

\* 1. Eine Kurzbezeichnung von zwei in einer Kanzlei tätigen RAen, der der Zusatz „... & Coll.“ folgt, erweckt den Anschein, als sei außer diesen beiden RAen noch mehr als nur ein weiterer RA in der Kanzlei tätig.

\* 2. Die Vorstellung des Rechtsverkehrs über die Anzahl der in einer Kanzlei zur gemeinsamen Berufsausübung tätigen RAe ist wettbewerbsrechtlich relevant, da die Größe der Praxis unter dem Aspekt von Bedeutung ist, dass in dringenden Fällen jedenfalls einer von einer größeren Anzahl in gemeinsamer Praxis tätiger RAe jederzeit greifbar ist und für eine Auskunft zur Verfügung steht. Ferner erwartet das rechtssuchende Publikum, je größer die Zahl der Anwälte, desto fortgeschrittener sei die Spezialisierung auf den verschiedenen Gebieten.

Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 3.2.2003 – AGH 15/02

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Orientierungssätze/\*Leitsätze der Redaktion

**Syndikusanwalt – zur Berücksichtigung der Beschäftigung als Syndikus bei der Bewerbung um ein Notaramt; BNotO § 6 Abs. 3 Satz 1, Satz 3**

\* 1. Eine Tätigkeit als Syndikusanwalt kann einem Bewerber für ein Notaramt nicht als hauptberufliche Tätigkeit „als

Rechtsanwalt“ i.S.d. § 6 Abs. 3 Satz 3 BNotO angerechnet werden.

\* 2. Das Regelerfordernis des Nachweises einer bestimmten Dauer hauptberuflicher Tätigkeit als freier, unabhängiger Anwalt als Voraussetzung für die Bestellung des Anwaltsnotars soll

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

nach der Vorstellung des Gesetzgebers sicherstellen, dass der Bewerber um das Anwaltsnotariat die organisatorischen Voraussetzungen für die Geschäftsstelle geschaffen und umfangreiche Erfahrungen mit einer Vielzahl von Rechtsuchenden und Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen erlangt hat.

**\* 3. Bei der Auswahlentscheidung ist jedoch zu prüfen, ob aufgrund der Beschäftigung als Syndikusanwalt eine Vergabe von Sonderpunkten in Betracht kommen kann.**

BGH, Beschl. v. 14.7.2003 – NotZ 2/03

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

### Anwaltliche Werbung – zur Verwendung einer Phantasiebezeichnung durch eine Rechtsanwalts-AG; BORA §§ 9, 10, 33; UWG §§ 1, 3

**\* 1. Die Firmierung einer RA-Aktiengesellschaft unter einer Phantasiebezeichnung ist unzulässig.**

**\* 2. Eine RA-Aktiengesellschaft hat eine berufsrechtswidrige Firmierung als Störerin zu unterlassen.**

OLG Nürnberg, Urt. v. 10.6.2003 – 3 U 588/03 (n.r.)

*Aus den Gründen:*

I. Die Kl. macht einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend. Sie verlangt, dass die Bekl. in ihrer Firma den Bestandteil „PRO-VIDENTIA“ unterlässt.

Die Bekl. wurde am 21.9.1998 von zwei RAen und einem StB gegründet. Zu ihrem Vorstand wurde RA Dr. N. B., Kammermitglied der Kl., bestellt. Nach anweisendem Beschl. des BayObLG v. 27.3.2000 (3 Z BR 3 331/99) wurde die „PRO-VIDENTIA Rechtsanwalts AG“ in das Handelsregister eingetragen.

Die Kl. hält die Firma einer RA-Kanzlei mit einer Phantasiebezeichnung aus berufsrechtlichen Gründen für unzulässig und unlauter i.S. v. § 1, 3 UWG. Sie hat deshalb Klage erhoben mit dem Antrag:

Der Bekl. wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten – Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, zu vollstrecken an ihrem Vorstand – wegen jeder Zuwiderhandlung

untersagt,

sich im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken zur Kennzeichnung ihrer RA-Kanzlei der Bezeichnung

„PRO-VIDENTIA“

zu bedienen.

Das LG hat die Klage abgewiesen, da ein Verstoß der Bekl. gegen berufsrechtliche Vorschriften nicht vorliege und die Gefahr einer Irreführung nicht bestehe.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Kl., die den geltend gemachten Anspruch im vollen Umfang weiterverfolgt.

Die Bekl., die beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hält die Kl. nicht für klagebefugt, die anwaltliche Berufsordnung (BORA) auf eine Aktiengesellschaft nicht anwendbar und eine Verwechslungsgefahr für ausgeschlossen.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urt. und die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II. Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg, da die Bekl. als Störerin für unerlaubte Wettbewerbshandlungen ihrer Gründer haftet, §§ 1 UWG, 9 BORA, 1004 BGB analog.

1. Klagebefugnis:

Die Kl. ist gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG klagebefugt und aktivlegitimiert, wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Bekl. durchzusetzen. Nach st. Rspr. des BGH (BGH, NJW 2003, 819 m.w.N. – Anwalts-Hotline) hat eine RAK die Klagebefugnis eines rechtsfähigen Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen, weil auch sie ungeachtet ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung die beruflichen Belange ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern hat. Dies gilt ausdrücklich auch für die Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen gegen ihre Mitglieder (BGH, a.a.O.).

Mit Beschl. des BGH v. 25.11.2002 (BGH, NJW 2003, 504 – rechtsanwaelte-notar.de) stellte der BGH fest, dass die BRAO dem Vorstand einer RAK nicht das Recht verleiht, festgestellten Verstößen gegen die berufsrechtlichen Vorschriften mit einer Unterlassungsverfügung zu begegnen, da die BRAO keine Befugnisnorm für derartige Eingriffe enthalte. Mit der Klagebefugnis nach § 13 UWG befasst sich der Beschluss nicht. Vom Ergebnis her stützt er die bisherige st. Rspr. zur Klagebefugnis, da der von der Bekl. vorgebrachte Einwand, das Vorgehen der RAK nach UWG sei rechtsmissbräuchlich, da ihr berufsrechtliche Maßnahmen zur Verfügung stünden, der Boden entzogen wird.

2. Unterlassungsanspruch:

Die Bekl. haftet als Störerin für unlautere Wettbewerbshandlungen ihrer Gründer.

#### BORA auf RA-AG nicht anwendbar

a) Ein Anspruch gegen die Bekl. nach § 1 UWG i.V.m. § 9 BORA unter dem Gesichtspunkt, dass die Bekl. selbst gegen berufsrechtliche Vorschriften der BORA verstößt, besteht nicht, weil die BORA auf eine RA-AG nicht anwendbar ist.

Der persönliche Anwendungsbereich der BORA als Satzung beschränkt sich auf die Kammermitglieder (*Hartung/Holl*, 2. Aufl. Einf. BerufsO, Rdnr. 63). Die Bekl. als Aktiengesellschaft ist jedoch kein (Zwangs-)Mitglied der RAK. Zwar bestimmt § 60 Abs. 1 BRAO, dass RAe und RA-Gesellschaften die RAK bilden, doch ergibt sich aus einer Gesamtschau mit §§ 59c ff. BRAO, dass als RA-Gesellschaft ausschließlich die GmbH geregelt ist. Außerdem hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik der RA-AG diese ausdrücklich nicht regeln wollen (BT-Drucks. 13/9820).

Auch aus § 33 BORA lässt sich nichts anderes herleiten:

Danach hat bei der beruflichen Zusammenarbeit, gleich in welcher Form, jeder RA zu gewährleisten, dass die Regeln der BORA eingehalten werden. Adressaten dieser Vorschrift können aufgrund der beschränkten Regelungskompetenz einer Satzung nur Mitglieder sein. Ein Nichtmitglied kann durch Bestimmungen einer Satzung nicht zum Zwangsmitglied gemacht werden.

Schließlich kommt auch eine Anwendung der BORA auf die Bekl. nicht aufgrund deren eigener Satzung (§ 2 Nr. 1) in Betracht, da dort zum einen nur geregelt ist, dass die beschäftigten RAe das Berufsrecht zu beachten haben, zum anderen natürlich auch eine Aktiengesellschaft sich durch ihre eigene Satzung nicht zum Mitglied einer anderen Körperschaft machen kann.

Auch eine analoge Anwendung der BORA, insbesondere des § 59k BORA, der die Firmierung der RA-GmbH regelt, scheidet aus, da der Gesetzgeber bewusst die RA-AG nicht geregelt hat und deswegen schon die Voraussetzungen der analogen Anwendung anderer Vorschriften nicht vorliegen (BayObLG, NJW 2000, 1647; *Pluskat*, AnwBl. 2003, 131; *Schumacher*, AnwBl. 2000, 409; *Heublein*, AnwBl. 1999, 304). Die Gegenmeinung (*Kempter/Kopp*, NJW 2000, 3449; 2001, 778) setzt dem letztlich entgegen, dass es vernünftig wäre, die Firmierung der RA-AG derjenigen der GmbH und der Partnerschaftsgesellschaft anzu-

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

gleichen, ohne jedoch die Voraussetzungen der analogen Anwendung – planwidrige Regelungslücke – zu prüfen.

b) Die Gründer der PRO-VIDENTIA RA-AG haben durch die Namensgebung gegen §§ 33 Abs. 2, 9 BORA verstoßen, da die Firmierung unter einer Phantasiebezeichnung für eine RA-Kanzlei unzulässig ist und zwei der drei Gründer RAe waren, die zu gewährleisten hatten, dass die berufsrechtlichen Regeln eingehalten werden, gleichgültig in welcher Form eine Zusammenarbeit von RAen stattfindet.

**Verstoß der Gründer  
gegen §§ 9, 33 Abs. 2  
BORA**

aa) Die Zulässigkeit einer Phantasiebezeichnung kann nicht aus der Entscheidung des BayObLG v. 27.3.2000 (BayObLG, NJW 2000, 1647) hergeleitet werden, da dort nur die Zulässigkeit der Firmierung unter handels- und aktienrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen war und ausdrücklich offen gelassen wurde, ob Unterlassungsgebote nach Wettbewerbsrecht greifen können.

bb) Der hier vertretenen Auffassung steht auch die Entscheidung des OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, NJW 2001, 1584) nicht entgegen, in der „artax“ als Zusatz zu den Namen der Partner für zulässig erachtet wurde, da im vorliegenden Fall eine reine Phantasiebezeichnung als Firma gewählt wurde.

c) Die Namensgebung einer Aktiengesellschaft stellt Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs dar. Die Firma ist als geschäftliche Bezeichnung nach § 5 Abs. 2 MarkenG schutzfähig, da sie im Geschäftsverkehr markenähnliche Wirkung hat.

d) Durch die Verwendung von „PRO-VIDENTIA“ zur Bezeichnung der Aktiengesellschaft verstoßen die Gründer gegen § 9 BORA. § 9 Abs. 1 BORA erlaubt es, im Fall der beruflichen Zusammenarbeit von Anwälten eine Kurzbezeichnung zu führen. Die Namen früherer Kanzleihinhaber, Gesellschafter, Angestellter oder freier Mitarbeiter dürfen in der Kurzbezeichnung weitergeführt werden; im Übrigen darf die Kurzbezeichnung nur einen auf die gemeinschaftliche Berufsausübung hinweisenden Zusatz enthalten (§ 9 Abs. 2 und 3 BORA). § 10 Abs. 1 BORA ergänzt diese Bestimmung dahin gehend, dass auf Briefbögen auch bei der Verwendung einer Kurzbezeichnung die Namen sämtlicher Gesellschafter mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen aufgeführt werden müssen und dies auch für Namen anderer Personen gilt, die in einer Kurzbezeichnung gem. § 9 Abs. 1 BORA enthalten sind. Dabei muss mindestens eine der Kurzbezeichnung entsprechende Zahl von Gesellschaftern, Angestellten oder freien Mitarbeitern auf den Briefbögen namentlich aufgeführt werden.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass auch Zusammenschlüsse von RAen zu ihrer Bezeichnung im Rechtsverkehr entweder den Namen aller zusammengeschlossenen RAe oder eine Kurzbezeichnung führen müssen, die die Namen einzelner oder mehrerer Anwälte ggf. mit den Zusätzen gem. § 9 Abs. 3 BORA enthalten. Diese Grundregel anwaltlicher Namensgebung hat für die Partnerschaftsgesellschaften in § 2 PartGG und für die RA-GmbH in § 59k BRAO ihren Niederschlag gefunden.

In der fünften Sitzung der zweiten Satzungsversammlung bei der BRAK am 7.11.2002 in Berlin wurde (u.a.) beschlossen, § 9 Abs. 2 BORA wie folgt zu fassen:

„Die Kurzbezeichnung ist aus den Namen früherer oder derzeitiger Mitglieder der Berufsausübungsgemeinschaft zu bilden. Zusätze sind nur erlaubt, soweit dadurch keine Sach- oder Phantasiebezeichnung entsteht.“

Durch Bescheid des BMJ v. 21.2.2003 hob das BMJ die Wörter „Sach- oder“ auf, so dass im Ergebnis Sachfirmen zulässig, Phantasiebezeichnungen jedoch ausgeschlossen sein sollen.

Die Änderung des § 9 Abs. 2 BORA wurde jedoch nicht verkündet (amtliche Bekanntmachung, BRAK-Mitt. 2003, 69).

Der Senat versteht den Beschl. der zweiten Satzungsversammlung bei der BRAK dahin gehend, dass hinsichtlich der Phantasiebezeichnung von RA-Kanzleien lediglich deklaratorisch klar gestellt wurde, dass diese – wie bisher – unzulässig sind, also insoweit keine Änderung zum vorhergehenden Zustand vorgenommen wurde.

**Vorsprung durch  
Rechtsbruch**

e) Durch den Verstoß gegen berufsrechtliche Regeln der Namensgebung haben sich die Gründer der RA-AG einen Vorsprung durch Rechtsbruch verschafft und deswegen unlauter i.S.v. § 1 UWG gehandelt. Zwei der drei Gründer waren RAe, die der BORA unterliegen und die mit ihrer Stimmenmehrheit die Namensgebung hätten beeinflussen können und müssen.

Dabei kann es dahinstehen, ob die einschlägigen Normen der BORA wertbezogen oder wertneutral sind, da die Gründer, die RAe sind, bewusst gegen diese Vorschrift verstoßen haben. Ihnen musste das anwaltliche Berufsrecht bekannt sein.

f) Die Bekl., die wie dargelegt selbst nicht an das anwaltliche Berufsrecht gebunden ist, haftet jedoch als Störerin, da sie die Namensgebung duldet (BGH, NJW 2001, 1791 – dentalästhetica).

g) Die berufsrechtliche Einschränkung der Namensgebung stellt eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Sie bedarf nach der Rspr. des BVerfG (BVerfG, NJW 1993, 2988; BVerfG, NJW 2000, 730; BVerfG, MDR 2000, 1262) vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls. Solche Gründe liegen vor. RAe sind unabhängige Organe der Rechtspflege und als solche Teil eines grundgesetzlichen geschützten Rechtsgutes (Art. 92 ff. GG). Das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege setzt auch für RAe bestimmte Verhaltenspflichten voraus, die in der BORA zusammengefasst sind. Als Organ der Rechtspflege ist ihnen nicht nur im Bereich der Werbung eine Zurückhaltung auferlegt, da sie einen freien Beruf ausüben, folglich nicht Gewerbetreibende sind und ihre Tätigkeit nicht in erster Linie vom Streben nach Gewinn, sondern maßgeblich vom Dienst am Recht und von der Absicht der Rechtsdurchsetzung für ihre Mandanten bestimmt ist. Mit einem solchen Grundverständnis anwaltlicher Tätigkeit lässt sich eine Kanzleibezeichnung mit einem reinen Phantasienamen nicht in Einklang bringen.

3. Kosten: Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

4. Vorläufige Vollstreckbarkeit: Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erging nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Zulassung der Revision: Die Revision gegen diese Entscheidung wird zugelassen, da sie der Fortbildung des Rechts dient. Bisher ist höchstrichterlich über die streitgegenständliche Frage nicht entschieden worden.

### Unzulässige Ordnungshaft gegen einen Strafverteidiger; GVG §§ 177, 178

\* **Zwangmaßnahmen gegen einen Strafverteidiger in der Hauptverhandlung sind stets unzulässig. Gegen die Ansicht, wonach zumindest in Extremfällen die Anwendung von Zwangsmaßnahmen zulässig sein soll, spricht nicht nur die Stellung des Verteidigers als unabhängiges und neben Gericht und Staatsanwaltschaft gleichgeordnetes Organ der Rechtspflege, sondern auch vor allem der eindeutige Wortlaut der §§ 177, 178 GVG, die den Verteidiger als eine der Personen, gegen die eine Maßnahme nach diesen Vorschriften erlassen werden könnte, nicht nennt.**

OLG Hamm, Beschl. v. 6.6.2003 – 2 Ws 122/03

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Aus dem Tatbestand:*

I. Der Betroffene RA Dr. N. ist Verteidiger des Angeklagten M., gegen den die Staatsanwaltschaft Hagen den Vorwurf des Verstoßes gegen das BtMG erhoben hat. Die Hauptverhandlung in dem Strafverfahren M. fand am 20.5.2003 vor dem Schöffengericht Hagen statt. An dieser nahm RA Dr. N. als Verteidiger des Angeklagten M. teil.

Nach Schluss der Beweisaufnahme beantragte der Vertreter der Staatsanwaltschaft die Festsetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung und Aufhebung des gegen den Angeklagten bestehenden Haftbefehls. Der Verteidiger beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr unter Strafaussetzung zur Bewährung und ebenfalls Aufhebung des Haftbefehls. Nach Beratung wurde der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Der gegen den Angeklagten bestehende Haftbefehl wurde aufgehoben und neuer Haftbefehl nach Maßgabe des verkündeten Urteils erlassen.

Im Protokoll der Hauptverhandlung vom 20.5.2003 ist der Fortgang der Hauptverhandlung im Anschluss an die Verkündung des Urteils wie folgt festgehalten:

„Der Verteidiger unterbrach das Gericht ständig bei seinem Versuch, dem Angeklagten eine Rechtsmittelbelehrung nach Abschluss der Begründung des Urteils zu erteilen.

Er wurde mehrfach aufgefordert, zu schweigen.

Als er diesen Aufforderungen nicht nachkam, wurde die Sitzung unterbrochen und der anwesende RA Dr. N. wurde nunmehr nochmals aufgefordert, zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen.

Auch dieser Aufforderung kam er nicht nach.

Daher wurde er zunächst auf Anweisung des Vorsitzenden durch die Wachtmeister aus dem Sitzungssaal geführt.

Es wurde wieder in die Hauptverhandlung eingetreten.

Dem Angeklagten wurde hinsichtlich des Urteils und des Haftbefehls eine Rechtsmittelbelehrung erteilt.

Die Sitzung wurde erneut unterbrochen und der störende RA Dr. N. zur Prüfung, ob gegen ihn ein Ordnungsmittel zu verhängen sei, vorgeführt.

Zur Person;

Dr. F.N.

Dem Störer wurde mitgeteilt, dass das Gericht erwägt, gegen ihn ein Ordnungsmittel (Ordnungsgeld oder Ordnungshaft) zu verhängen, da er nach Unterbrechung der Hauptverhandlung gegen M. der Aufforderung des Gerichts, zu schweigen und den Saal zu verlassen, nicht nachgekommen sei und in unverschämter Weise weitergeredet und darauf bestanden habe, sprechen zu dürfen.

Dem Störer Dr. N. wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Er erklärte:

Ich habe vor Unterbrechung der Hauptverhandlung gebeten, einen Antrag stellen zu dürfen und, nachdem dies mir nicht gestattet worden war, gebeten, zu protokollieren, dass mir nicht gestattet worden sei, einen Antrag zu stellen.

Sodann habe der Vorsitzende nach Erinnerung des Störers noch vor Unterbrechung der Hauptverhandlung den Störer aufgefordert den Sitzungssaal zu verlassen und darauf hingewiesen, dass gegen ihn nach dem GVG sitzungspolizeiliche Maßnahmen nicht zulässig sind.

Nach der Unterbrechung, so jedenfalls meine Erinnerung, habe ich gesagt: „Sie brauchen mich nicht zu verhaften, ich verlasse den Sitzungssaal freiwillig.“

Das Gesamtgeschehen, angefangen mit meiner Bitte, einen Antrag stellen zu dürfen, bis zu meiner Verhaftung hat insgesamt nicht mehr als 60 Sekunden gedauert.

Der Vertreter der StA erklärte, dass nach seiner Einschätzung ordnungsrechtliche Maßnahmen gegen den Störer nicht verhängt werden dürfen, da es sich um einen fortlaufenden Wortwechsel gehandelt hat und er deshalb seine Verteidigerstellung durch die während des Wortwechsels erfolgte Unterbrechung der Hauptverhandlung nicht verloren hat.

Das Gericht zog sich zur Beratung zurück. Nach Beratung wurde der Beschl. (des Gerichts) verkündet.

Beschluss:

In der Sache über die Verhängung einer Ordnungsmaßnahme betreffend wird gegen den Störer Dr. N. gem. § 178 Abs. 1 GVG eine Ordnungshaft von 1 Tag festgesetzt.

*Aus den Gründen:*

Der Störer Dr. N. hat sich im Zusammenhang mit der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten M. am heutigen Tage einer gröblichen Ungebühr schuldig gemacht. Er war an diesem Verfahren als Verteidiger beteiligt und unterbrach am Ende der Urteilsbegründung und vor Erteilung der Rechtsmittelbelehrung an den Angeklagten den Vorsitzenden und wollte, dass sofort ein Antrag zu Protokoll genommen wird.

Nachdem der Vorsitzende mehrfach erklärt hatte, dass vor Erteilung der Rechtsmittelbelehrung keinerlei Anträge mehr protokolliert werden, versuchte der Störer Dr. N. seinen Willen durch lautstarkes und aggressives Weiterreden durchzusetzen. Hiermit fuhr er, trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Vorsitzenden zu schweigen, fort. Daraufhin unterbrach der Vorsitzende wegen dieser Störungen die Sitzung und forderte den Störer Dr. N. auf, nunmehr unverzüglich zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen. Dieser Aufforderung kam der Störer nicht nach, sondern redete vielmehr weiterhin lautstark und aggressiv auf den Vorsitzenden ein. Er wurde nochmals unter Hinweis auf die Unterbrechung der Sitzung unmissverständlich in lauterem Ton aufgefordert, zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen. Auch auf diese Aufforderung des Vorsitzenden reagierte der Störer nicht. Erst nach diesen mehrfachen, ergebnislosen Aufforderungen durch den Vorsitzenden, zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen, ordnete der Vorsitzende schließlich an, dass die Wachtmeister den Störer aus dem Saal entfernen.

Dem Störer wurde eine Rechtsmittelbelehrung erteilt. Der Störer wurde durch die Wachtmeister in die Ordnungshaft abgeführt. Der Störer erhielt Ausfertigung des Ordnungsbeschlusses. Der Sitzungsvertreter der StA erhielt ebenfalls eine Beschlussausfertigung.

Der Betroffene wurde im Anschluss an die Verkündung des Beschl. in Ordnungshaft genommen. Er hat umgehend gegen die gerichtlichen Maßnahmen Rechtsmittel eingelegt. Auf die sofortige Beschwerde hin hat der Senat noch am 20.5.2003 – entsprechend dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft – die Vollziehung des angefochtenen Ordnungshaftbeschlusses ausgesetzt.

Inzwischen hat der Betroffene umfassend Stellung genommen und beantragt, den angefochtenen Beschl. aufzuheben. In der Begründung seines Antrags hat der Betroffene auch zur Frage der Unzulässigkeit der Entfernung aus dem Sitzungssaal Stellung genommen. Die Generalstaatsanwaltschaft hat ebenfalls beantragt, den Ordnungshaftbeschluss aufzuheben.

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

II.

1. Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 181 GVG, 311 StPO).

Aufgrund der Begründung des Rechtsmittels durch den Schriftsatz v. 26.5.2003 geht der Senat davon aus, dass der Betroffene sich nicht nur gegen die Festsetzung der Ordnungshaft, sondern auch gegen die vorangegangene (gewaltsame) Entfernung aus der Hauptverhandlung wendet. Zwar wird ausdrücklich nur die Aufhebung des Ordnungshaftbeschlusses beantragt, die Begründung verhält sich inhaltlich jedoch auch zu der Entfernung aus der Hauptverhandlung. Auch insoweit war somit eine Entscheidung zu treffen. Dem steht nicht entgegen, dass diese Maßnahme inzwischen vollzogen ist. Es bedarf nach Auffassung des Senats keiner näheren Begründung, dass hinsichtlich dieser Maßnahme die Grundsätze der Rspr. des BVerfG zum fortwirkenden Rechtsschutzinteresse Anwendung zu finden haben (vgl. dazu BVerfG, NJW 1997, 2163).

2. Das Rechtsmittel ist begründet.

a) Die Festsetzung bzw. der Erlass von Zwangsmaßnahmen in der Hauptverhandlung gegen den Verteidiger Dr. N. nach den §§ 177, 178 GVG ist unzulässig.

Die Frage, ob ein Verteidiger, der nach Auffassung des Gerichts die Hauptverhandlung stört, gem. § 177 GVG aus dem Sitzungssaal entfernt oder gegen ihn sogar nach § 178 GVG ein Ordnungsmittel erlassen werden kann, ist in Rspr. und Literatur umstritten. Die Literatur ist – soweit ersichtlich – einhellig der Auffassung, dass Zwangsmaßnahmen gegen den Verteidiger in der Hauptverhandlung stets unzulässig sind (vgl. u.a. *Meyer-Goßner*, StPO, 46. Aufl., 2003, § 177 GVG Rdnr. 2 f.; *Pfeiffer*, StPO, 3. Aufl., § 178 GVG Rdnr. 4, *KK-Diemer*, StPO, 4. Aufl., § 178 GVG, Rdnr. 4 i.V.m. § 177 Rdnr. 2 GVG; *Wickern* in *Löwe-Rosenberg*, StPO, 25. Aufl., § 177 GVG Rdnr. 7; *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 4. Aufl., 2003, Rdnr. 809). Dem hat sich in der Vergangenheit bereits das OLG Düsseldorf angeschlossen (vgl. *wistra* 1994, 79).

**Zulässigkeit von  
Zwangsmaßnahmen in  
Rspr. umstritten**

Demgegenüber wurde in der Rspr. in der Vergangenheit darauf abgestellt, ob ein extremes Fehlverhalten des Verteidigers vorliegt, das zu einer nachhaltigen

Störung der Hauptverhandlung bis hin zur Gefahr der Unmöglichkeit der weiteren ordnungsgemäßen Durchführung der Verhandlung führt. Für diesen Fall war/ist die obergerichtliche Rspr. der Auffassung, dass in solchen (Extrem)Fällen der Vorsitzende befugt sein sollte, den Verteidiger aus dem Sitzungssaal zu weisen, ggf. sogar mit Gewalt (BGH, NJW 1977, 437; OLG Hamm, JMBl. NW 1980, 215; *Malmendier*, NJW 1997, 227, 232 ff.).

Der Senat schließt sich der Literatur an und gibt seine im Beschl. v. 13.6.1980 – 2 Ss 1079/80, JMBl. NW 1980, 215, in einem obiter dictum geäußerte entgegenstehende Auffassung ausdrücklich auf. Gegen die Ansicht, wonach zumindest in Extremfällen die Anwendung von Zwangsmaßnahmen zulässig sein soll, spricht nicht nur die Stellung des Verteidigers als unabhängiges und neben Gericht und Staatsanwaltschaft gleichgeordnetes Organ der Rechtspflege, sondern auch vor allem der eindeutige Wortlaut der §§ 177, 178 GVG, die den Verteidiger als eine der Personen, gegen die eine Maßnahme nach diesen Vorschriften erlassen werden könnte, nicht nennt.

Eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 177, 178 GVG auf den Verteidiger scheidet aus. Der Betroffene weist zu Recht darauf hin, dass im Bereich

**Keine analoge  
Anwendung der  
§§ 177 f. GVG**

des tangierten Art. 104 GG weder eine Analogie noch Rechtsfortbildung zulässig ist (vgl. dazu u.a. BVerfGE 29, 183). Es ist

vielmehr allein Aufgabe des Gesetzgebers, durch ein förmliches Gesetz Vorsorge dafür zu treffen, dass die Durchführung der Hauptverhandlung nicht an einem ungehörigen Verhalten des Verteidigers scheitert (*Meyer-Goßner*, a.a.O.; *Jahn*, NSTZ 1998, 391 ff.; *Gröner*, Strafverteidigung und Sitzungspolizei, 1998; *Burhoff*, a.a.O.).

Demgemäß war der Beschl. des AG, durch den ein Tag Ordnungshaft gegen den Verteidiger Dr. N. festgesetzt worden ist, aufzuheben und zudem festzustellen, dass die – zuvor erfolgte – Entfernung von Dr. N. aus dem Sitzungssaal nicht zulässig war. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die vom Vorsitzenden angeordnete Entfernung des Verteidigers aus der Hauptverhandlung offenbar während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung erfolgte – das Protokoll der Hauptverhandlung ist insoweit nicht ganz eindeutig. Denn dadurch wurde die Verteidigerstellung des Betroffenen nicht aufgehoben. Auch die Zeit kurzfristiger Unterbrechungen zählt zudem zur „Hauptverhandlung“ bzw. zur „Sitzung“ i.S.d. §§ 176, 177, 178 GVG (vgl. dazu auch BGHSt 44, 23), so dass die eingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 177, 178 GVG auf den dort genannten Personenkreis unter Ausschluss des Verteidigers auch für diese Zeiträume gilt.

Da der Beschl. des AG hinsichtlich der Ordnungshaft schon aus den vorstehend dargelegten Gründen aufzuheben war, konnte schließlich die Frage dahinstehen, ob zum Zeitpunkt seines Erlasses das AG überhaupt noch die Sitzungsgewalt und damit die Befugnis hatte, Ordnungsmittel gegen den Betroffenen festzusetzen (insoweit verneinend OLG Hamburg, NJW 1999, 2607). Denn immerhin war zum Zeitpunkt der Anordnung der Ordnungshaft dem Angeklagten bereits hinsichtlich des Urteils und des Haftbefehls die Rechtsmittelbelehrung erteilt.

b) Vorsorglich weist der Senat auf Folgendes hin:

Selbst nach der vom Senat bislang vertretenen Auffassung (vgl. den bereits erwähnten Beschl. v. 13.6.1980) wäre vorliegend die Festsetzung von Zwangsmaßnahmen gegen den Betroffenen – wie auch die Generalstaatsanwaltschaft zutreffend ausgeführt hat – nicht in Betracht gekommen. Denn die Festsetzung von Ordnungshaft hat der Senat auch schon damals als nicht zulässig angesehen.

**Zwangswise  
Entfernung ggf. in  
„Extremfällen“ möglich**

Er vertritt darin lediglich die Auffassung, dass in Extremfällen ggf. die zwangswise Entfernung des verteidigenden RA aus dem Sitzungssaal und damit aus

der Hauptverhandlung zulässig sein könne. Als Extremfall angesehen worden ist dabei eine Fallgestaltung, die unaufschiebbar nur – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – durch die zwangswise Entfernung des „Störers“ bereinigt werden könne. Ein solcher „Extremfall“ hat hier aber nach den Feststellungen des Protokolls nicht einmal ansatzweise vorgelegen. RA N. hat – so auch die Begründung des Beschl. des AG – zunächst lediglich als Verteidiger versucht, einen Antrag zu stellen. Dies mag dem Gericht in dem Stadium des Verfahrens lästig gewesen sein, es stellt aber keine (extreme) „Ungebühr“ dar, die es rechtfertigen würde, gegen den Verteidiger Zwangsmaßnahmen zu ergreifen. Auch der sich auf Grund der Weigerung des Gerichts daraus entwickelte Wortwechsel des Vorsitzenden mit dem Verteidiger rechtfertigte eine Ordnungsmaßnahme nicht, selbst wenn dem Verteidiger vom Vorsitzenden nicht das Wort erteilt war. Der Senat weist darauf hin, dass sowohl der BGH als auch der Senat für ein der vorliegenden Fallgestaltung vergleichbares Verhalten eines RA bzw. eines Verteidigers gerade den Erlass einer Zwangsmaßnahme ausdrücklich abgelehnt (vgl. BGH, NJW 1977, 437; OLG Hamm, a.a.O.).

## Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

**Kontrolle von Verteidigerpost; StVollzG § 29**

\* 1. Gemäß § 29 Abs. 1 StVollzG ist jede Überwachung der Verteidigerpost, d.h. jede Kontrolle des gedanklichen Inhalts der Sendung unzulässig. Sinn und Zweck dieses Überwachungsverbotes ist es, den unbefangenen Verkehr zwischen dem Gefangenen und seinem RA, d.h. ihren freien, vor jeder auch nur bloßen Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Kommunikationsinhaltes durch Dritte geschützten Gedankenaustausch auf schriftlichem Wege zu gewährleisten.

\* 2. Zulässig ist ausschließlich eine Prüfung, ob überhaupt Verteidigerpost vorliegt, die sich jedoch auf nur äußere Merkmale beschränken darf.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 13.5.2003 – 3 Ws 292/03

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Unaufgeforderte E-Mail-Werbung gegenüber Rechtsanwaltskanzleien; BGB §§ 823, 1004**

\* 1. Eine unaufgeforderte E-Mail-Werbung gegenüber einer RA-Kanzlei stellt einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

\* 2. Derartige E-Mail-Werbung macht für die Kanzlei eine inhaltliche Kontrolle notwendig, um zu verhindern, dass Daten, die für die Kanzlei wichtig sind, nicht versehentlich gelöscht werden. Diese Sichtung ist mit einem Zeitaufwand, mit Materialkosten und mit Personalaufwand verbunden, der nicht hinnehmbar ist.

\* 3. Eine Wiederholungsgefahr wird bereits beim ersten rechtswidrigen Eingriff vermutet. Diese Vermutung kann widerlegt werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Versendung durch eine einmalige Sondersituation veranlasst gewesen ist.

AG Bonn, Urt. v. 13.5.2003 – 14 C 3/03

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Vergütung für die Tätigkeit eines Assessors; BRAGO § 4; BGB § 612**

\* 1. Für die Tätigkeit eines juristischen Mitarbeiters, der die Zulassung als RA (noch) nicht erhalten hat, sind die Voraussetzungen des § 4 BRAGO nicht erfüllt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass kein Vergütungsanspruch besteht.

\* 2. Es begegnet grundsätzlich keinen Bedenken, bei einem Assessor, der ein dem RA vergleichbarer Volljurist ist, als angemessene Vergütung für seine Tätigkeit einen Betrag anzusetzen, welcher der Gebühr entspricht, die er bekommen hätte, wenn die Voraussetzungen des § 4 BRAGO erfüllt wären.

\* 3. Die Erstattung eines Abwesenheitsgeldes kann hingegen nur verlangt werden, wenn eine entsprechende Vereinbarung

zwischen RA und Mandant oder zwischen Assessor und Mandant nachgewiesen ist.

OLG Hamm, Beschl. v. 27.3.2003 – 4 Ws 94/03

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Postkontrolle eines von einem Rechtsanwalt an einen Untersuchungsgefangenen gerichteten Briefes; BRAO § 43b; StPO § 119 Abs. 3**

\* Der Zweck der Postkontrolle eines an einen Untersuchungsgefangenen gerichteten Briefes ist allein auf die Kenntnisnahme von dem Inhalt zu erstrecken, um entscheiden zu können, ob unter dem Aspekt des § 119 Abs. 3 StPO der Brief zu beanstanden ist. Nicht hingegen ist es Aufgabe der Briefkontrolle zu klären, ob ein RA durch die Versendung des Briefes gegen § 43b BRAO verstoßen hat.

OLG Hamm, Beschl. v. 18.2.2003 – 4 Ws 75/03

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Anwaltliche Werbung – Angabe einer fachlichen Spezialisierung; BORA § 7; UWG § 1**

\* 1. Wirbt ein RA mit der Angabe „Bau-/Mietrecht Online-Beratung durch RA ... [www.ra-\(Ortsname\).de](http://www.ra-(Ortsname).de)“, verstößt er gegen § 7 Abs. 1 Satz 3 BORA, weil er nicht die Bezeichnungen „Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkt“ verwendet hat, wie dies bei personenbezogener Kennzeichnung fachlicher Spezialisierung erforderlich ist. Die angesprochenen Verkehrskreise verstehen diese Werbung dahin, dass der RA über ein bloßes Interesse an diesen Gebieten hinaus eine auf Erfahrungen basierende Kompetenz als RA in der Beratung in diesen Rechtsgebieten hat.

\* 2. Eine Verletzung des § 7 Abs. 1 Satz 3 BORA ist nicht wettbewerbsrechtlich unlauter i.S.v. § 1 UWG, soweit der betreffende RA zum Zeitpunkt der Werbung gem. § 7 BORA grundsätzlich berechtigt war, die beworbenen Rechtsgebiete als Tätigkeitsschwerpunkte zu benennen.

OLG München, Urt. v. 19.12.2002 – 29 U 3722/02

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Erfolgshonorar – Nichtigkeit eines Prozessfinanzierungsvertrages; BRAO § 49b Abs. 2; BGB §§ 134, 138**

\* Schließt ein von einem RA beherrschtes Unternehmen mit einem Mandanten dieses RA einen Prozessfinanzierungsvertrag, so ist dieser Vertrag nach § 134 BGB nichtig, weil er das in § 49b Abs. 2 BRAO festgelegte gesetzliche Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars umgeht.

KG, Urt. v. 5.11.2002 – 13 U 31/02

Volltext unter [www.brak.de](http://www.brak.de)