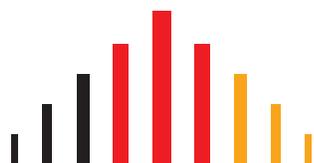


4/2005
15. 8. 2005 36. Jahrgang

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Aus dem Inhalt

Beirat

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

Akzente

Wenn morgen gewählt wird (RAuN Dr. Bernhard Dombek) 149

Aufsätze

3. Zivilprozessrechts-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer
in Potsdam (RAin Barbara Schwerin) 150

Zum wissenschaftlichen Anspruch anwaltsorientierter Lehrinhalte
(Prof. Dr. Christian Berger) 169

Berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft
kraft Richterrecht
(RA Dr. Fritz-Eckehard Kempter/RA Stephan Kopp) 174

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (RA Holger Grams)
Beratungspflichten vor Vergleichswiderruf
(OLG Düsseldorf v. 17.2.2005) 179

Amtliche Bekanntmachungen

Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung 183

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Fachanwalt – zur Beschränkung des Führens von Fachanwalts-
bezeichnungen auf zwei Rechtsgebiete
(BGH v. 4.4.2005) 188

Zur Verfassungsgemäßheit der Vorschriften über die Zulassung
als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof
(BGH v. 18.2.2005) 190

Verstoß gegen das Verbot widerstreitender Interessen
(Bayerischer AGH v. 6.4.2005) 195

Werbung – wettbewerbswidrige Formulierungen in einem Rundschreiben
(OLG Thüringen v. 20.4.2005) 201

BRAKMagazin
Brennpunkt Rechtspolitik
Fortbildung und Marketing

4/2005

Inhalt

BRAK Mitteilungen

Akzente

Wenn morgen gewählt wird (*B. Dombek*) 149

Aufsätze

3. Zivilprozessrechts-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer in Potsdam (*B. Schwerin*) 150

Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess (*R. Greger*) 150

Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess (*L. Schmude*) 155

Sammelklagen oder Musterverfahren – Verfahrensrechtliche Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen (*H. Koch*) 159

Sammelklagen oder Musterverfahren – Verfahrensrechtliche Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen (*M. Weigel*) 164

Zum wissenschaftlichen Anspruch anwaltsorientierter Lehrinhalte (*Ch. Berger*) 169

Berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft kraft Richterrecht (*F.-E. Kempter/S. Kopp*) 174

Bericht über die 4. Berufsrechtsreferentenkonferenz (*S. Kopp*) 176

Anbringung eines Kanzleischildes als Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei (*S. Kopp*) 178

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (*H. Grams*)

Beratungspflichten vor Vergleichswiderruf (OLG Düsseldorf v. 17.2.2005 – I-24 U 119/04 179

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

Haftung

Zurechnungszusammenhang bei mehreren hintereinander tätigen Anwälten (BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 132/01) 180

Einrede der beschränkten Erbenhaftung (KG v. 3.2.2005 – 20 U 11/04) 180

Beratung bei Versicherung für fremde Rechnung (OLG Saarbrücken v. 10.11.2004 – 5 U 143-02-14) 180

Fristen

Beiläufige Fristenüberprüfung (BGH v. 13.4.2005 – VIII ZB 77/04 und BGH v. 19.4.2005 – X ZB 31/03) 181

Zweiter Fristverlängerungsantrag und Einwilligung des Gegners (BGH v. 22.3.2005 – XI ZB 36/04) 181

Einzelweisung zur Faxübermittlung eines Schriftsatzes (BGH v. 3.5.2005 – XI ZB 41/04) 181

Vertretungsregelung im Krankheitsfall (BGH v. 17.3.2005 – IX ZB 74/04) 181

Prüfung der Faxnummer (BGH v. 1.3.2005 – VI ZB 65/04) 182

Aus der Arbeit der BRAK

Empfehlungen des Ausschusses Internationale Sozietäten 182

Amtliche Bekanntmachungen

Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.2.2005 in Berlin 183

Personalien

Personalien 185

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof/Bundesverfassungsgericht

EuGH	10.3.2005	C-235/03	Ersatzfähigkeit von Rechtsanwaltskosten als Beitreibungskosten nur bei nationaler Regelung (LS)	185
BVerfG	12.4.2005	2 BvR 1027/02	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Beschlagnahme von Daten einer Rechtsanwalts- und Steuerberaterkanzlei (LS)	186
BVerfG	5.4.2005	1 BvR 774/02	Beitragspflicht zur berufsständischen Anwaltsversorgung während einkommensloser Kindererziehungszeiten (LS)	186

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

BGH	18.4.2005	AnwZ (B) 35/04	Werbung – Kanzleibezeichnung „K.-Associates“	186
BGH	18.4.2005	AnwZ (B) 31/04	Fachanwalt – Drei-Jahres-Zeitraum der Praxiserfahrung bei Zulassung	187
BGH	4.4.2005	AnwZ (B) 19/04	Fachanwalt – zur Beschränkung des Führens von Fachanwaltsbezeichnungen auf zwei Rechtsgebiete	188
BGH	7.3.2005	AnwZ (B) 7/04	Versagung der Zulassung wegen Vermögensverfalls (LS)	190
BGH	18.2.2005	AnwZ (B) 3/03	Zur Verfassungsgemäßheit der Vorschriften über die Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof	190
Schleswig-Holsteinischer AGH	2.5.2005	2 AGH 12/04 (n.r.)	Zulassung – Widerruf wegen Vermögensverfalls (LS)	193
Bayerischer AGH	28.4.2005	BayAGH I – 4/05 (n.r.)	Pflicht des Sozius zur Übernahme der Mandate eines verstorbenen Kollegen	194
Bayerischer AGH	6.4.2005	BayAGH I – 31/04	Verstoß gegen das Verbot widerstreitender Interessen	195
Schleswig-Holsteinischer AGH	17.3.2005	1 AGH 1/2005 (n.r.)	Fachanwalt – zur Anerkennungsfähigkeit von Online-Seminaren als Fortbildung (LS)	197
AGH Rheinland-Pfalz	21.1.2005	1 AGH 27/01	Abwickler – zum Umfang der Tätigkeit (LS)	197
Bayerischer AGH	18.1.2005	BayAGH II – 8/04 (n.r.)	Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars (LS)	198
AGH Nordrhein-Westfalen	7.11.2003	2 ZU 10/03 AGH NW (n.r.)	Werbung – Angabe eines Kooperationspartners	198
AGH Nordrhein-Westfalen	4.7.2003	(2) 6 EY 4/02 AGH NW (n.r.)	Pflicht zur Entgegennahme von Zustellungen (LS)	199

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	24.2.2005	I ZR 128/02	Rechtsberatung – Fördermittelberatung (LS)	199
BGH	27.1.2005	I ZR 202/02	Werbung mit „optimaler Vertretung“	199
OLG Karlsruhe	17.6.2005	14 U 16/05	Unterlassungsanspruch wegen Berichterstattung über Straftaten eines Sozius (LS)	201
OLG Thüringen	20.4.2005	2 U 948/04	Werbung – wettbewerbswidrige Formulierungen in einem Rundschreiben	201
LG Hamburg	3.9.2004	312 O 801/04	Werbung – Ausführungen einer Kanzlei zu den Dienstleistungen ihres Mandanten	204

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 Selbstverwaltungorgane der Anwaltschaft.

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

BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

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

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

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

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

E-Mail: info@otto-schmidt.de

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

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

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

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

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

ANZEIGEN: an den Verlag.

Anzeigenleitung: Renate Becker (verantwortlich).

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

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 136 700 Exemplare (Verlagsausgabe).

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

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

IVW-Druckauflage 1. Quartal 2005: 134 800 Exemplare.

ISSN 0722-6934



Aktuelle Hinweise

Buchbesprechungen

Schöttle, Hendrik, *Anwaltliche Rechtsberatung via Internet, Recht und Neue Medien, Band 7, 2004, 342 Seiten, kartoniert, Euro 38, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co. KG, Stuttgart, ISBN-Nr.: 3-415-03462-3*

Mit Ausweitung der elektronischen Kommunikation wird es für den Rechtsanwalt immer interessanter, seine Rechtsberatung auch im Internet anzubieten. Doch welche Regeln muss der Anwalt, der sich zu diesem Schritt entschließt, im Netz beachten? Dieser Frage geht *Hendrik Schöttle* in seiner Arbeit „Anwaltliche Rechtsberatung via Internet“ nach. Dabei wird nur zu deutlich: Die Rechtskreise von Internet und Rechtsberatung harmonisieren nur selten miteinander. Im anwaltlichen Berufsrecht gibt es keine Regelungen speziell für den Bereich des Internet. Probleme ergeben sich zum Beispiel bereits hinsichtlich der Pflichtangaben auf „Briefbögen“. Umgekehrt werden die Vorschriften des E-Commerce und des Datenschutzrechts dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant kaum gerecht. Insgesamt stellt sich dem Anwalt ein Dschungel von Regelungen entgegen, den er sicher durchqueren muss.

Der erste Teil des Buches beschäftigt sich mit der Einrichtung der technischen und organisatorischen Infrastruktur wie E-Mail, Homepage und der Verwendung von Online-Formularen.

Dabei kommt die Anwendung von Vorschriften aus dem Teledienstgesetz, dem Bundesdatenschutzgesetz, dem Fernabsatzgesetz und dem Strafgesetzbuch in Betracht, deren Geltung im Hinblick auf die Rechtsberatung durch den Anwalt eingehend untersucht wird.

Nach Ansicht des Autors kann der Anwalt grundsätzlich per unverschlüsselter E-Mail kommunizieren, auch ohne Zustimmung des Mandanten, ohne dabei gegen das anwaltliche Berufsgeheimnis zu verstoßen. Die Vertraulichkeit sei durch das Fernmeldegeheimnis, § 206 StGB, und den Tatbestand des Ausspähens von Daten, § 202a StGB, geschützt. Doch sei im Einzelfall eine Einschränkung möglich, etwa für beson-

ders sensible Informationen. Letztendlich liegt wohl das Schutzniveau der E-Mail unter dem von Brief und Telefon, ist vielmehr dem des Telefax vergleichbar. Der Einsatz von Verschlüsselungstechniken wird im Ergebnis als bisher wenig tauglich angesehen, weil der Mandant jeweils über die passende Entschlüsselungs-Software verfügen müsste.

Die E-Mail unterliege zudem § 10 BORA, was bei Rechtsanwaltsgesellschaften besondere Pflichtangaben nach sich zieht.

Da der Anwalt über seine Homepage neue Mandanten akquiriere, sei diese als Teledienst anzusehen, so dass die Anbieterkennzeichnung nach dem Teledienstgesetz beachtet werden muss. Im Kontakt mit Verbrauchern sei zudem das Fernabsatzgesetz zu beachten, außerdem die Regelungen über den elektronischen Geschäftsverkehr, soweit Online-Formulare verwendet werden. Bei Verstoß gegen eine der daraus entstehenden Organisations- und Informationspflichten könnten je nachdem Ansprüche gegen den Anwalt aus § 1 UWG, § 2 Abs. 1 UWG, § 12 TDG oder § 2 Abs. 1 UKlaG entstehen.

Auf Daten, die zum Homepage-Abruf erforderlich sind, soll außerdem das Teledienststedatenschutzgesetz (TDDSG) anwendbar sein, nicht hingegen auf die anwaltliche E-Mail-Kommunikation. Zur Erstellung von Nutzerstatistiken sei jedoch eine Datenschutzerklärung sowie ein Hinweis auf das Widerspruchsrecht gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 TDDSG notwendig.

Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) hingegen kollidieren größtenteils mit den Berufspflichten des Anwalts, so die Benachrichtigungs- und Auskunftspflichten mit der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht. Aus dem Subsidiaritätsgrundsatz des BDSG ergebe sich jedoch ein Vorrang des anwaltlichen Berufsrechts.

Nach der ausführlichen Prüfung all dieser in Betracht kommenden Regelungen ist die Zusammenfassung der Informations- und Organisationspflichten zur Homepage und zur Verwendung von Online-Formularen für den Leser hilfreich.

Im zweiten Teil des Buches geht der Autor auf Fragen der konkreten Mandatsabwicklung ein, indem der Ablauf eines Beratungsfalles beginnend mit der Kontaktaufnahme durch den Mandanten bis hin zur Abrechnung des Honorars theoretisch durchgespielt wird.

Das E-Mail-Postfach solle vom Anwalt mindestens zu Beginn und Ende der Bürozeiten überprüft werden, da eine auf dem Server eintreffende E-Mail zugegangen sei.

Bei Zugang eines neuen Auftrags habe der Anwalt die Informationspflichten nach dem Recht der besonderen Vertriebsformen zu beachten. Ansonsten riskiere er einen verzögerten Lauf der Widerrufsfrist, soweit das Fernabsatzrecht anwendbar ist, und mögliche Ansprüche aus § 1 UWG und § 2 UKlaG gegen ihn.

Der Anwalt könne, so *Schöttle*, im Internet eine Honorarvereinbarung mit dem Inhalt einer Zeitvergütung abschließen oder eine Pauschalvergütung vereinbaren, wenn sie individuell nach einer ersten Prüfung des Mandats vereinbart wird.

Problematisch am Begriff des Beratungsgesprächs sei, dass dieser auf den E-Mail-Schriftverkehr nicht übertragbar sei, weil dieser eine zeitversetzte Kommunikation und damit jedenfalls kein Beratungsgespräch darstelle.

Die E-Mail, so stellt der Verfasser abschließend fest, sei dem persönlichen Beratungsgespräch unter vier Augen bisher nach wie vor unterlegen. Als Vorteil der Internet-Rechtsberatung nennt er die Zeitersparnis und Einfachheit. Um sich auf dem Markt zu behaupten, müssten jedoch andere Nachteile, wie die Problematik der digitalen Signatur, die im Netz nicht genug verbreitet ist, um eine ernsthafte Alternative zum Versand von Schriftstücken darzustellen, oder datenschutzrechtliche Anforderungen, die die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Mandanten ignorieren, beseitigt werden.

Die Arbeit *Schöttles* gibt einen interessanten Überblick über die Situation der

(Fortsetzung Seite 1V)

(Fortsetzung von Seite V)

anwaltlichen Rechtsberatung im Internet, von der Akquisition des Mandanten über die Homepage bis zur Abwicklung der Honorarzahlgung, auch wenn der erste Teil für den praktischen Anwender etwas zu wissenschaftlich und detailliert sein mag. Die Abrechnungsfragen richten sich noch nach der BRAGO, wobei der Verfasser in manchen Bereichen bereits auf den Entwurf zum RVG eingeht.

Rechtsreferendarin *Sonja Detlefsen*,
Berlin

Veranstaltungshinweise

UIA-Kongress 2005 vom 31.8. bis 4.9.2005 in Fès/ Marokko

Der 49. UIA-Kongress wird dieses Jahr vom 31.8. bis 4.9.2005 in Fès/Marokko stattfinden. Die Hauptthemen des Kongresses werden „Lawyers of the world: a single code of ethnics“ und „Digital world: challenges for the legal system?“ sein.

Anmeldungen und weitere Informationen unter

E-Mail: uiacentre@uianet.org
Internet: www.uianet.org.

3. Europäischer Juristentag vom 7. bis 9.9.2005 in Genf

Der 3. Europäische Juristentag wird vom 7. bis 9.9.2005 in Genf stattfinden. Ausrichter dieser Veranstaltung ist der Schweizerische Juristenverein.

Die drei Abteilungen befassen sich mit den Themen „Verantwortlichkeit der Gesellschafts- und Aufsichtsorgane in Europa“, „Entwicklung eines gemeineuropäischen Zivilprozessrechts“ und „Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa“.

Anmeldungen und weitere Informationen unter: www.jurist2005.org.

IBA-Konferenz vom 25. bis 30.9.2005 in Prag

Anwälte aus aller Welt werden zum diesjährigen IBA-Jahreskongress vom 25. bis 30.9.2005 in Prag erwartet. Das

umfassende Programm, das über 100 Arbeitsgruppen anbietet, und weitere Informationen im Internet unter <http://www.ibanet.org/images/downloads/prelimprogrammeforweb.pdf>.

7. Fachtagung des Forum Justizgeschichte

Die 7. Fachtagung des Forum Justizgeschichte tagt zu dem Thema „Juristenausbildung – kritisch besichtigt“ vom 1.–5.10.2005 in der Deutschen Richterakademie in Wustrau.

Aus dem Programm:

- Warum die jüngste Rechtsgeschichte uns so viel zu sagen hat
- Juristenausbildung im Nationalsozialismus
- Juristenausbildung in der SBZ/DDR
- Kappung der Reformen der 60er- und 70er-Jahre; wie und was lehren? – Aus der Sicht junger Juristen
- Die mündliche Prüfung als Initiationsritual
- Zur prägenden Wirkung der Juristenausbildung auf die Mentalität im Berufsvollzug
- Juristenausbildung: Eine Veranstaltung zur Beförderung oder zur Austreibung kritischen Denkvermögens?

Anmeldung und weitere Informationen:

Forum Justizgeschichte e.V., Herrenbreite 18 A, 38302 Wolfenbüttel, Tel.: 0 53 31/7 11 35; Fax: 0 53 31/3 33 29; E-Mail: info@forum-justizgeschichte.de, Homepage: www.forum-justizgeschichte.de

Tagungsgebühr inkl. Vollpension:

150 Euro, 100 Euro für Mitglieder des Forums, 50 Euro für Studenten und Referendare.

Vermischtes

Bericht über die 32. Tagung der DACH Europäische Anwaltsvereinigung vom 19. bis 21. Mai 2005 in Zürich

Nach nunmehr 15 Jahren lud der Vorstand der DACH seine Mitglieder erneut in die Bankenstadt Zürich ein, wo im

Hotel Marriott zum Thema der Sicherung von Forderungen Länderberichte aus Deutschland, der Schweiz, Österreich, den Niederlanden, Spanien, Italien und Polen von Kolleginnen und Kollegen gegeben wurden. Knapp 90 Teilnehmer fanden sich am 19.5.2005 zum traditionellen Begrüßungsabendessen im Rainbowroom des Tagungshotels ein.

Die Referate wurden am folgenden Freitag sowie dann Samstag vormittag gehalten. Frau RAin *Brigitte Umbach-Spahn*, Zürich, berichtete als Erste aus dem Tagungsland Schweiz über die dortigen Sicherungsinstitute. Als mit dem Konkurs der Swissair befasste RAin einer renommierten Zürcher Kanzlei berichtete sie nicht nur einen sehr anschaulichen aktuellen Fall über das Schicksal eines Faustpfandrechts an einem Flugsimulator unter Beteiligung eines US-amerikanischen Leasinggebers und einer italienischen Bank, sondern gab auch einen guten Überblick über sonstige Sicherungsinstitute der Schweiz.

Im zweiten Vormittagsreferat stellte Herr RA Dr. *Max Wieland*, München, schwerpunktmäßig die gebräuchlichste, weil im Gegensatz zur Schweiz, Italien und Spanien keiner Registrierungspflicht unterliegenden Lieferantensicherheit sowie den Eigentumsvorbehalt in seinen in Deutschland sehr weitreichenden Erscheinungsformen dar. Äußerst übersichtlich wurden in einem weiteren herausgegriffenen Schwerpunkt das Institut des sog. Poolvertrages zur Begründung einer Sicherheiten-Verwertungsgemeinschaft im Insolvenzfall mit einem Vertragsmuster sowie die damit zusammenhängenden umsatzsteuerrechtlichen Probleme erläutert.

Nach der Mittagspause widmete sich Herr RA Dr. *Lothar Giesinger*, Feldkirch, den in Österreich gängigen Sicherungsmitteln wie Garantie, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Nach der Darstellung des Pfandrechts an beweglichen und unbeweglichen Sachen ging der Referent sehr ausführlich auf die Besonderheiten des österreichischen Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsabtretung ein.

Den spanischen Sicherungsinstituten widmete sich Herr RA Dr. *Oliver Helfrich*, Madrid, wobei er insbesondere auf die Registrierungspflicht des Eigentumsvorbehalts einging. Von nicht nur unterhaltsamem Wert waren seine auf ausländische Exporteure zugeschnittenen Fallbeispiele mit Besonderheiten zur grenzüberschreitenden Vereinbarung von AGB.

(Fortsetzung Seite VIII)

(Fortsetzung von Seite VI)

Das letzte Freitagreferat war dem holländischen Recht der Forderungssicherung gewidmet. Frau RAin *Birgitt de Boer-Kühn*, Amsterdam, wies ganz besonders auf länderspezifische Besonderheiten bei der Verwertung von Sicherheiten hin. Sie gab neben einer allgemeinen Übersicht zu einzelnen Sicherungsformen auch wertvolle Hinweise zu Besonderheiten der Vertragsgestaltung.

Der Samstag war den Berichten für die Länder Italien und Polen vorbehalten. Frau RAin *Susanne Hein*, Mailand, zeigte die in Italien besonders strengen Publizitätserfordernisse für die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes gegenüber Dritten auf und erstreckte die Fallbeispiele auf sehr anschauliche IPR-Fälle. Wie bei solchen Tagungen durchaus auch erwünscht, lernten die Teilnehmer auch einiges „Neues“ kennen, wie z.B. die Möglichkeit einer Hypothekenbestellung an einem Kraftfahrzeug in Italien oder, um nun zum polnischen Referat zu kommen, der dortigen Möglichkeit der privatrechtlichen Schaffung eines Vollstreckungstitels durch Bankinstitute. Hierauf ging Herr RA Prof. Dr. hab. *Andrzej Kubas*, Krakau, ein, freilich ein noch bestehendes Relikt aus der Zeit des Kommunismus sowie die Problematik der Kollision mit EU-Regelungen. Interessant waren seine Ausführungen zu Besonderheiten der Sicherungsverfügungen von Ehegatten.

Für den Freitagabend lud der Vorstand die Teilnehmer zunächst zu einer Führung durch die *Masoala*-Halle des Zürcher Zoos ein, einem in Europa völlig einzigartigen Objekt der authentischen Darstellung des Regenwaldes von Madagaskar. Nach dem einstündigen, äußerst informativen, aber auch sehr schwül-warmen Tête-à-tête mit Flora und Fauna der subtropischen Insel fand das Abendessen statt im eigens für die DACH umdekorierten Restaurant nebenan. Als Ehrengast gesellte sich Herr Dr. *Rainer Klopfer*, Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich, zur Runde.

Am Samstag vormittag fand nach dem fachlichen Teil die 18. Mitgliederversammlung der DACH statt. Neben dem üblichen Vereins- und Kassenbericht und Entlastung des Vorstandes für 2004 fanden die Vorstandswahlen statt.

Auf Empfehlung des Vorstandes wurde der nun fünf Jahre als Präsident und insgesamt 16 Jahre im Vorstand der DACH

tätige Verfasser dieses Berichts, Herr RA *Dr. Peter Wieland*, München, der nicht mehr für eine Wiederwahl kandidiert hatte, abgelöst. Einstimmig erfolgte die Wahl von Herrn RA *Dr. Peter Zimmermann*, Düsseldorf, zum neuen Präsidenten der DACH. Ebenfalls abgelöst wurde der nicht mehr kandidierende und ebenfalls seit 16 Jahren im Amt befindliche Schatzmeister der DACH, Herr RA *Dr. Norbert Seeger*, Vaduz, durch Herrn RA *Dr. Alexander Ospelt*, Schaan. Somit verbleibt die Kassenhoheit der DACH weiterhin im Fürstentum Liechtenstein. Die bisherige Vizepräsidentin, Frau RAin *Dr. Susanne Hüppi*, Zürich, sowie der Schriftführer, Herr RA *Dr. Hubert Kinz*, Bregenz, wurden für eine weitere Amtsperiode bestätigt, und zwar ebenfalls einstimmig. Die anwesenden Mitglieder und die beiden neu gewählten Vorstände dankten den beiden ausgeschiedenen Vorständen für ihre ausdauernde und kontinuierliche Arbeit. Gedacht wurde auch des 1999 verstorbenen Erstpräsidenten, Herrn RA Prof. Dr. *Walter Schuppich*, Wien, der vielen mit seiner unverwechselbar vorbildlichen Art noch sehr lange in Erinnerung bleiben wird. Dem in der Mitgliederversammlung anwesenden und 2003 ausgeschiedenen langjährigen Vizepräsidenten der DACH, Herrn RA *Dr. Max Oesch*, Zürich, gebührte ebenfalls ein langer Applaus für seine effiziente Aufbauarbeit.

An dieser Stelle möchte ich mich – den Wechsel in die sprachliche „Ich-Form“ möge man mir nachsehen – wirklich von ganzem Herzen bedanken bei allen DACH-Mitgliedern, die durch ihre Teilnahme an unseren jährlich zweimal stattfindenden Tagungen in verschiedenen Städten im Herzen Europas zum eigentlichen „Erfolg“ der DACH einen ganz maßgeblichen Beitrag geleistet haben und hoffentlich weiterhin leisten werden. Ein ganz besonderer Dank gilt weiterhin den vielen Kolleginnen und Kollegen aus verschiedenen Ländern, die fachlich sowie wissenschaftlich mit insgesamt weit mehr als 250 Beiträgen „unsere DACH-Tagungen“ zu einer Institution in der Anwaltschaft gemacht haben. Unterstützung erfuhr die DACH insbesondere auch seit der Gründung im Jahre 1989 durch die vielen Kolleginnen und Kollegen im Deutschen Anwaltsverein und der BRÄK, dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag sowie dem Schweizerischen und auch Liechtensteinischen Anwaltsverband, die uns tatkräftig unterstützt und beraten haben. Die Fachpublikationen dieser großen Organisationen druckten regelmäßig

unsere Tagungsberichte ab, sodass wir in den vielen Jahren auch immer wieder neue Mitglieder werben konnten. Nicht zuletzt möchte ich auch meiner Ehefrau, Frau RAin *Petra Heck-Wieland* ganz herzlich für die treue Verbundenheit bei unserer oftmals „gemeinsamen“ ehrenamtlichen Tätigkeit im Dienste der DACH danken.

Viele sind uns treu geblieben; die DACH versteht sich nicht nur als Fachforum. Viele Mitglieder kommen fast regelmäßig zu unseren Tagungen. Es sind neue Freundschaften entstanden sowie auch einzelne wie dauerhafte Mandatsbeziehungen begründet und vermittelt worden. Wen wundert es daher, wenn sich unsere langjährigen Tagungsteilnehmer als „Familie“ sehen. Ich bin mir sicher, dass das mit dem neu zusammengesetzten Vorstandsteam auch so bleiben wird.

Die nächste, 33. DACH-Tagung findet statt in Düsseldorf im neuen Hotel InterConti an der Königsallee vom 29.9. bis 1.10.2005 mit dem Thema „Errichtung einer Zweigniederlassung im Ausland“.

Informationen über die DACH erhalten Sie bei der Mitgliederverwaltung, c/o Frau RAin *Dr. Susanne Hüppi*, Klosbachstr. 110, CH – 8032 Zürich, Tel.: 0041-1-252 66 88 oder im Internet unter www.dach-ra.de.

Dr. *Peter Wieland*, RA und
Fachanwalt für Arbeitsrecht, München

Zuständigkeit der Amtsgerichte in Hamburg

Das Amtsgericht Hamburg weist auf Änderungen seiner Stadtteilgerichte hin. Seit dem 1.4.2002 sind zu dem Amtsgericht Hamburg-Mitte durch Änderungen der Zuständigkeitsgrenzen die Amtsgerichte Hamburg-Barmbek und Hamburg-St. Georg hinzugekommen. Fast ein Viertel der an das Amtsgericht Hamburg-Mitte gerichteten Klagen gehörten nicht in die dortige Zuständigkeit, sondern werden bisher an die neugegründeten Amtsgerichte in Barmbek und St. Georg weitergeleitet. Das Amtsgericht Hamburg bittet um Beachtung der Zuständigkeiten, da in Zukunft über das übliche Prozedere einer Verweisung nach § 281 ZPO ein Zeitverlust von rund 1 Monat entstehen kann.

(Fortsetzung Seite XVI)

(Fortsetzung von Seite VIII)

Deutscher Fußball-CUP der Rechtsanwälte 2006

Was in anderen europäischen Ländern schon lange zum regelmäßigen sportlichen Veranstaltungsprogramm bei RAen gehört, soll es in Deutschland zum ersten Mal im Jahre 2006 geben: Ein Fußball-Turnier der deutschen RAe. Teilnehmern können Anwaltsmannschaften, die in Kammern organisiert sind oder sich „frei“ zusammenfinden.

Deutschland ist im Jahre 2006 geprägt von der Fußball-Weltmeisterschaft als größtes sportliches Highlight. Vom 9. Juni bis 9. Juli 2006 regiert König Fußball die Anhänger des runden Leders.

Der deutsche Fußball-CUP der RAe soll vom

**Donnerstag (Fronleichnam), 15. Juni,
bis Sonntag, 18. Juni 2006,**

ausgetragen werden.

Natürlich kann das Turnier parallel zur WM eine doppelte Wirkung entfalten,

weil alle Teilnehmer gemeinsam die Spiele verfolgen können.

Der Austragungsort wird gerade ermittelt. Fest steht, dass er zentral liegen, gut erreichbar sein und ein attraktives Umfeld aufweisen wird. Die Veranstalter würden gerne im **Sommer 2005** wissen, wie das Interesse der Anwälte an diesem Turnier ist. Zwölf Teams sollten mindestens aufgestellt werden. Gespielt wird auf „Kleinfeld“.

Deshalb unsere dringende Bitte an alle, die an diesem Turnier interessiert sind: Teilen Sie uns so früh als möglich per Fax, Mail oder Telefon mit, ob Sie kommen würden und mit wie vielen Personen. Selbstverständlich kann die Zahl der Teilnehmer später noch konkretisiert werden, doch für uns als Veranstalter ist eine ungefähre Angabe wichtig, um entsprechend planen zu können.

Die Meisterschaft soll zukünftig alle zwei Jahre in einem anderen Bundesland ausgetragen werden. Neben dem sportlichen Einsatz der Advokaten soll natürlich die Kommunikation der Kollegen untereinander, verbunden mit Spaß

und Erlebnis im Vordergrund der Begegnungen stehen, denn wie heißt es? Elf Freunde müsst ihr sein ...!

Die ausrichtende Agentur hat im Jahre 2003 gemeinsam mit einer Auswahl der Anwaltskammer Frankfurt die Europa-Meisterschaft der RAe im Fußball in der Bankenstadt umgesetzt und organisiert (European Lawyers Football Cup).

Die dritte Auflage ging mit großem Erfolg Mitte Mai 2005 in Salzburg zu Ende, aus der das Team Wien den Titel nach einem spannenden Spiel gegen die Kollegen aus London mit nach Hause nehmen konnte.

Rückmeldungen und/oder Fragen an:

Deutscher Fußball Cup der RAe 2006
Organisationsbüro/Veranstalter
Ansprechpartner: Jochen Schneider
Postfach 600 846

D-60338 Frankfurt

Löwengasse 27, C 2

D-60385 Frankfurt

Telefon 069-945 08 444

Telefax 069-945 08 446

Mobil 0172-66 45 976

E-Mail: info@elfcup.com

4/2005

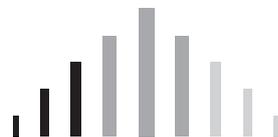
15. 8. 2005 36. Jahrgang

Informationen
zu Berufsrecht und
Berufspolitik

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Akzente

Wenn morgen gewählt wird

– Die Stimme der Anwaltschaft –

Eigentlich sollte sie erst im nächsten Jahr stattfinden, die Bundestagswahl. Nach der überraschenden Vertrauensfrage des Bundeskanzlers und der nicht mehr so überraschenden Entscheidung des Bundespräsidenten, den Bundestag aufzulösen, fällt die sonst übliche parlamentarische Sommerpause in diesem Jahr aus. Im September soll gewählt werden. Also dürfen die Parteien nicht pausieren. Sie rüsten sich für einen zwar kurzen, aber wahrscheinlich heißen Wahlkampf. Abgekühlt hat sich hingegen die politische Auseinandersetzung über eine Reform des Rechtsberatungsmarktes. Aufgeschoben, jedoch nicht aufgehoben, ist der Entwurf des Bundesjustizministeriums zum Rechtsdienstleistungsgesetz, ebenso wie viele andere rechtspolitische Vorhaben, die entweder der Diskontinuität anheimfallen oder zurückgestellt werden, solange nicht klar ist, ob eine sich erneuernde alte oder eine neue Regierung ab Oktober das Zepter des Handelns in der Hand hält.

Die Gerichtsferien sind schon lange abgeschafft. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte kennen daher keine Sommerpause. In diesem Jahr sollten jedoch auch wir eine kurze Pause in unserer täglichen Arbeit einlegen und uns dem Wahlkampf widmen. Wir müssen die Gelegenheit nutzen, vor der Wahl unsere Meinung zur Rechtspolitik zu sagen. Wir müssen mit den zukünftigen politischen Entscheidungsträgern reden. Wir wollen hören, wie sie zu unseren rechtspolitischen Positionen stehen. 135.000 Anwältinnen und Anwälte sind eine starke, unübersehbare Wählergruppe. Aber nicht nur das – die Anwaltschaft hat eine ebenso starke Stellung in der Gesellschaft. Wir sind im täglichen Kontakt mit unseren Mandanten, wir sind Arbeitgeber, wir sind engagiert in Vereinen und Organisationen – wir sind Multiplikatoren. Wir haben eine Stimme.

Unsere Wahlprüfsteine 2005:

Rechtsdienstleistungsgesetz

Wir lehnen eine radikale Liberalisierung des Rechtsberatungsmarktes ab. Unentgeltliche und entgeltliche Rechtsbesorgung in sog. einfachen Rechtsfällen und die Rechtsberatung als Nebenleistung würden nicht dem Schutz des Rechtssuchenden vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung dienen. Im Gegenteil – die Qualität der Rechtsberatung würde sinken, da in Zukunft verstärkt mit falscher, nicht interessengerechter Beratung zu rechnen ist. Fehlerhafte Rechtsberatung führt auch zu einer unnötigen stärkeren Beanspruchung der Gerichte. Der rechtsuchende Verbraucher, der durchschnittlich in seinem Leben in zwei Rechtsstreitigkeiten verwickelt ist, kann in den seltensten Fällen erkennen, ob er es mit einem „guten Rechtsberater“ zu tun hatte. Nur die hierfür ausgebildete

Anwaltschaft kann allen Verbrauchern den gleichen Zugang zum Recht gewährleisten.

Justizreform

Nach einer Umfrage des DIHK ist die Rechtssicherheit ein großer Pluspunkt in den Augen der Wirtschaft für den Standort Deutschland. Es darf deshalb keine weitere Beschränkungen und Verkürzungen der bestehenden Instanzenzüge geben. Eine von manchen Landesjustizministerinnen und -justizministern diskutierte Reduzierung von Rechtsmitteln auf das verfassungsmäßig gerade noch Vertretbare ist eines Rechtsstaats unwürdig. Recht auf einem Minimalniveau kann es in einer freiheitlichen Demokratie nicht geben. Eine ausschließlich fiskalischen Gründen geschuldete Beschränkung der Instanzenzüge führt auch erfahrungsgemäß nicht zu einem Entlastungseffekt und der gewünschten Verstärkung der ersten Instanz. Im Gegenteil – die Richter der ersten Instanz werden deutlich mehr belastet, da wir Anwälte im Interesse unserer Mandanten in der ersten Instanz noch umfassender vortragen müssten.

Juristenausbildung

Die Einführung von Bachelor- und Masterabschlüssen in der Juristenausbildung ist bisher völlig unausgegoren. Wir wollen die Qualität der Rechtsberatung sichern, statt einen Qualitätsabbau der universitären Juristenausbildung zu fördern. Bevor nicht gesichert ist, welchen Beruf der juristische Bachelor ausüben kann, ist die beabsichtigte Änderung der falsche Weg.

Seit Jahren beklagen wir einen Verfall der Rechtskultur. Seit Jahren erleben wir eine Justiz als Steinbruch. Sog. Verfahrensbeschleunigungsgesetze, die den Bürgern als Reformgesetze verkauft werden, tatsächlich aber zu einem weniger an Justiz und Gerechtigkeit führen, werden immer wieder neu aufgelegt. Wir kämpfen gegen Qualitätsverlust nicht nur im Interesse unserer Mandanten, sondern insbesondere unserer Gesellschaft, in der wir alle leben. Jetzt, vor den Wahlen, ist es Zeit, unsere Meinung zu sagen und unsere Stimme zu erheben. Sprechen Sie deshalb mit den Kandidaten in Ihrem Wahlkreis und auf den Wahllisten der Parteien.

Der Bundespräsident hat uns bei seiner Entscheidung, den Bundestag aufzulösen, gesagt:

„Jetzt haben Sie es in der Hand. Schauen Sie bitte genau hin. Demokratie heißt, die Wahl zu haben zwischen politischen Alternativen.“

Bernhard Dombek

3. Zivilprozessrechts-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer in Potsdam

Rechtsanwältin *Barbara Schwerin*, Berlin

Am 4./5.3.2005 fand in Potsdam das 3. Zivilprozessrechts-Symposium der BRAK statt. Der Präsident der BRAK Dr. *Dombek* begrüßte im Cecilienhof als Teilnehmer Hochschullehrer, Richter, Angehörige des Bundesministeriums der Justiz und der Landesjustizverwaltungen sowie die Mitglieder des ZPO/GVG-Ausschusses der BRAK.

Nachdem das 1. Symposium im Jahre 1999 Vorüberlegungen für eine Rechtsmittelreform erarbeitet hatte und auf dem 2. Symposium 2003 berufsübergreifende Grundsatzthemen für Rechtsanwälte und Richter behandelt wurden, waren Themen des diesjährigen Symposions berufsübergreifende Fragen des Zivilprozessrechts.

Das Fachprogramm des Symposions teilte sich in drei Themenkomplexe auf, von denen der erste Bereich dem Thema „Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess“ gewidmet war. RA *Lothar Schmude* (Köln) bereitete das Thema aus anwaltlicher Sicht auf, während Prof. Dr. *Reinhard Greger* (Erlangen) die Veränderungen des Beweisrechts aus wissenschaftlicher Sicht beleuchtete. Im Anschluss an die höchst informativen Vorträge der Referenten¹ entspann sich zwischen den Teilnehmern eine sehr lebhaft und konstruktive Debatte. Kontrovers wurde dabei insbesondere die Neuregelung des § 142 ZPO diskutiert: Während der Vorschrift von einigen Teilnehmern ein hoher Wert eingeräumt wurde, der Verfahren für den Beweispflichtigen retten könnte, standen andere Teilnehmer der Vorschrift skeptisch gegenüber, zumal nicht verhindert werden könnte, dass Parteien ihre Beibringungspflicht bewusst zurückzuhalten versuchen.

Der zweite Komplex des Fachprogramms stand unter dem Thema: „Sammelklagen oder Musterverfahren – Verfahrensrechtliche Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen“. Aus Sicht der Anwaltschaft trug zu diesem Thema RA Dr. *Michael Weigel* (Frankfurt/Main) vor, wissenschaftlich referierte zu dem Thema Prof. Dr. *Harald Koch* (Rostock). In der anschlie-

ßenden Diskussion waren sich die Teilnehmer zum größten Teil einig, dass das deutsche Zivilprozessrecht ein Verfahren für die Behandlung von gleichgerichteten Klageansprüchen benötige. Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang insbesondere auch der Gesetzesentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz, der als richtiger Ansatz, jedoch nicht auf sämtliche Arten gleichgerichteter Ansprüche übertragbar angesehen wurde. Intensiv diskutierten die Teilnehmer zudem die Vor- und Nachteile der Einbringung mehrerer gleichgerichteter Ansprüche in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Der dritte Block des Fachprogramms beschäftigte sich mit Fragen der „Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten und den staatlichen Gerichten im Vergleich“. Aus anwaltlicher Sicht trug zu diesem Themenkomplex RA *Jens-Peter Lachmann* (Berlin) vor; die richterliche Sicht wurde in einem Referat des VRiLG Dr. *Heinz Hawickhorst* (Berlin) dargestellt. In der anschließenden Diskussion wurden als Vorteile der Schiedsgerichte gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit insbesondere die Möglichkeit genannt, die Schiedsrichter selbst zu wählen und auch sachverständige Laien beiziehen zu können sowie der gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht begrenzte zeitliche Rahmen für die mündliche Verhandlung und die Möglichkeit der nicht öffentlichen Verhandlung. Gelobt wurde jedoch auch die hohe fachliche Kompetenz der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Teilnehmer konnten sich durchaus vorstellen, dass auch die ordentliche Gerichtsbarkeit für Großverfahren über die Möglichkeit der Prorogation von bestimmten Spruchkörpern attraktiver sein könnte, wobei hinsichtlich eines völligen Gleichlaufes von Schiedsgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit unüberwindliche verfassungsrechtliche Probleme, wie das Recht auf den gesetzlichen Richter oder den durch die Europäische Menschenrechtskonvention gesicherten Grundsatz der Öffentlichkeit, gesehen wurden.

Die überaus informativen Referate, deren positive Aufnahme durch die Teilnehmer sich auch in den lebhaften Diskussionen zeigte, wurden durch einige fachfremde Aktivitäten im noch sehr winterlichen Potsdam abgerundet: Neben den traditionellen gemeinsamen Abendessen im Schloss Cecilienhof und Schloss Glienicke hatten die Teilnehmer zudem die Möglichkeit, die historischen Räumlichkeiten des Cecilienhofes zu besichtigen und das ganz besondere Vergnügen, in einem kleinen Privatkonzert dem Pianisten *Ruben Meliksetian* zu lauschen.

¹ Die Beiträge von RA Lothar Schmude, Prof. Dr. Reinhard Greger, RA Dr. Michael Weigel und Prof. Dr. Harald Koch zum ersten und zweiten Block des Fachprogramms sind im Anschluss in diesem Heft abgedruckt. Die Beiträge von RAuN Jens-Peter Lachmann und Vors. RiLG Dr. Heinz Hawickhorst des dritten Blocks werden aus Platzgründen in Heft 5/2005 publiziert.

Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess¹

Prof. Dr. *Reinhard Greger*, Erlangen

I. Einführung

Die Sachverhaltsfeststellung im Zivilprozess ist seit jeher von einem Spannungsverhältnis zwischen Parteiherrschaft und

Richtermacht sowie zwischen Freiheit und Reglementierung gekennzeichnet. In jüngster Zeit haben Gesetzgebung und Rechtsprechung die Pole auf diesem Feld jedoch neu justiert. Die weithin noch nicht genügend wahrgenommenen Folgen dieser Eingriffe sollen nachstehend dargestellt werden. Gedanken zur weiteren Entwicklung, insbesondere auch im Hinblick auf die angekündigte Große Justizreform und auf die Situation in anderen Rechtsordnungen, schließen sich an.

¹ Erweiterte und mit Anmerkungen versehene Fassung eines Vortrags anlässlich des 3. ZPR-Symposions der BRAK am 4./5.3.2005 in Potsdam.

II. Neue Tendenzen bei der Informationsbeschaffung

Nach der **Verhandlungsmaxime**, die bei Schaffung der vom Liberalismus des aufstrebenden Bürgertums beseelten CPO von 1877 die Feder führte, ist es ausschließlich Sache der Parteien, die Tatsachen vorzutragen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen soll. Ursprünglich schränkte nur die richterliche Fragepflicht nach § 130 CPO diese Domäne der Parteien ein; sie entwickelte sich im Zuge mehrerer Novellen² seit 1909 bis zu der mit dem ZPO-Reform-Gesetz vom 27.7.2001 deutlich verstärkten Erörterungs- und Hinweispflicht nach § 139 ZPO. Nach wie vor gilt aber, dass der Richter nicht von sich aus neue Tatsachen in den Prozess einführen darf.

Die daraus folgende Darlegungslast hat allerdings fatale Folgen für eine Partei, die selbst nicht über die hierzu erforderlichen Informationen verfügt. Da unser Zivilprozessrecht nach ständiger Rechtsprechung keine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei kennt³ und zudem einen Beweisanspruch dann für unbeachtlich erklärt, wenn die zu beweisende Behauptung nicht ausreichend substantiiert oder ohne jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkt „ins Blaue hinein“ aufgestellt ist⁴, wird eine solche Partei u.U. an der Durchsetzung ihres Rechts durch ihr Unvermögen gehindert, den erforderlichen Sachenvortrag zu erbringen.

Die Rechtsprechung⁵ sieht sich daher zunehmend veranlasst, korrigierend in die Verteilung der Darlegungslast einzugreifen, die der seit 1877 inhaltlich unveränderte § 138 ZPO vorgibt. Unter dem Begriff der **sekundären Behauptungslast** hat sie in den letzten Jahren eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, deren Grundgedanke darin besteht, die Substantiierung des Sachenvortrags von der darlegungspflichtigen Partei auf den Gegner abzuwälzen. Hierfür stellt der BGH zwei Voraussetzungen auf:

- (1) Die darlegungspflichtige Partei besitzt keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen, weil sie außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht.
- (2) Der Prozessgegner verfügt über die entsprechenden Informationen und es ist ihm zuzumuten, sie durch „substantiiertes Bestreiten“ einzuführen.

Da diese sehr einzelfallbezogene Rechtsprechung noch keinen Eingang ins Gesetz gefunden hat, stellen die Instanzgerichte in vielen Fällen zu hohe Anforderungen an die Substantiierung. In der Vergangenheit eröffnete oftmals erst der BGH den Weg zu einer sachgerechten Tatsachenfeststellung; nach dem neuen Revisionsrecht wird auch diese Korrekturmöglichkeit künftig weithin entfallen. Viel prozessualer Leerlauf und nicht wenige Fehlurteile ließen sich vermeiden, wenn der Gesetzgeber dieser grundlegenden Frage der Informationsbeschaffung im Zivilprozess verstärktes Augenmerk widmete.

Dass es möglich ist, prozessuale Informationspflichten durch Gesetz festzuschreiben, hat der Gesetzgeber 1998 mit der Einfügung des **§ 643 ZPO** bewiesen. Nach dieser Vorschrift kann der Richter im Unterhaltsprozess von sich aus von den Parteien Auskünfte und Belege über Einkünfte, Vermögen, persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse, soweit für die Unterhaltsbe-

messung relevant, verlangen und, falls eine Partei dem nicht nachkommt, die entsprechenden Auskünfte bei Arbeitgebern, Sozialleistungsträgern, Versicherungsunternehmen, Finanzämtern usw. von Amts wegen einholen. Diese Regelung geht weit über die materiellrechtliche Auskunftspflicht nach § 1605 BGB hinaus; es handelt sich – soweit ersichtlich – um die erste Normierung eines parteiunabhängigen richterlichen Informationsbeschaffungsrechts.⁶

III. Neue Tendenzen bei der Beibringung der Beweismittel

In diesem Bereich sah die CPO von Anfang an gewisse Ausnahmen vom Verhandlungsgrundsatz vor: Einen Augenschein, eine Begutachtung und (unter engen Voraussetzungen) eine Parteienvernehmung sollte der Richter auch von Amts wegen anordnen dürfen,⁷ ebenso die Vorlage von Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich die Partei selbst bezogen und die sie in Besitz hat.⁸

Für die Vorlage von schriftlichen Unterlagen und Augenscheinsobjekten hat das ZPO-Reform-Gesetz vom 27.7.2001 die Anordnungsbefugnis des Richters erheblich erweitert. Nach **§ 142 ZPO** n.F. kann das Gericht nunmehr die Vorlage einer Urkunde oder einer sonstigen Unterlage, auf die sich eine Partei bezogen hat, auch gegenüber dem Prozessgegner oder einer nicht am Prozess beteiligten Person anordnen, letzterer gegenüber sogar mit den Beugemitteln des Zeugenbeweises erzwingen (§ 142 Abs. 2 Satz 2, § 390 ZPO). Dabei sind an die Bezugnahme keine besonderen Anforderungen zu stellen; es genügt, dass sich aus dem hinreichend substantiierten Parteivortrag (auf den der Richter ggf. nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO hinzuwirken hat) die Existenz eines schriftlichen Belegs für die streitige Tatsachenbehauptung ergibt.⁹ § 144 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO eröffnet eine entsprechende Handhabe für die Vorlage von Gegenständen zum Zweck eines Augenscheins oder einer Begutachtung; einer Bezugnahme bedarf es hier nicht.

Dass auf diesem Wege *beweismäßig verwertbare* Erkenntnismittel gewonnen werden können, war schon vor der Reform anerkannt.¹⁰ Daran hat sich nichts geändert. Nach der Begründung des Reformgesetzes kann sogar die Verweigerung der Vorlage als Beweis der gegnerischen Behauptung gewürdigt werden.¹¹

Die Vorschriften über den Urkundenbeweis (§§ 420 ff. ZPO) behalten daneben ihre Bedeutung, weil die Vorlageanordnung nach § 142 ZPO im Ermessen des Gerichts steht.¹² Durchsetzen kann der Beweisführer die Urkundenvorlage durch den *Gegner* (wie bisher) nur durch einen Antrag nach §§ 421, 424 ZPO (mit dem ein Rechtsanspruch auf die Vorlegung glaubhaft

2 Detaillierte Wiedergabe der Rechtsentwicklung bei *Damrau*, Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichscivilprozessordnung von 1877 (1975).

3 BGH NJW 1990, 3151 = ZJP 104 (1991), 203 m. abl. Anm. *Stürner* = JZ 1991, 630 m. abl. Bespr. *Schlosser* 599 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO Bd. 3, 22. Aufl. 2005, § 138 Rdnr. 25 ff. Zur Gegenposition eingehend *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976).

4 BGH NJW 1995, 2111, 2112.

5 Exemplarisch BGH NJW 1990, 3151. Weitere Nachw. z.B. bei *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl. 2005, vor § 284 Rdnrn. 34 ff.

6 Auf die Auswirkungen des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Abkommen) v. 15.4.1994 (BGBl II 1994, 1730) kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu *Tilmann/Schreibauer*, in: Festschrift *Erdmann* (2002), S. 901 ff.

7 §§ 135, 413 CPO; heute §§ 144, 448 ZPO.

8 § 133 CPO; heute § 142 ZPO. S. ferner §§ 102, 258 HGB zur Vorlage von Handelsbüchern.

9 Näher hierzu *Greger*, DStR 2005, 479, 482. Eingehend zum Substantiierungserfordernis *Leipold*, in: Festschrift *Gerhardt* (2004), S. 563, 569 ff.

10 Vgl. *Stein/Jonas/Leipold* (o. Fußn. 3), § 142 Rdnr. 1. BGH NJW 2000, 3488, 3490 spricht sogar von „Beweiserhebung von Amts wegen“.

11 BT-Drs. 14/4722, 78 verweist ausdrücklich auf § 427 ZPO. Allerdings setzt dies wie im originären Anwendungsbereich dieser Vorschrift voraus, dass die Partei selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat oder zur Herausgabe materiellrechtlich verpflichtet ist; vgl. *Leipold* (o. Fußn. 9), S. 584; *Greger*, DStR 2005, 479, 482; a.A. *Musielak/Stadler*, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 142 Rdnr. 7 a.E.

12 Ebenso *Leipold* (o. Fußn. 9), S. 575 f.

Greger, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

gemacht werden muss). Für die Vorlage von im Besitz eines Dritten stehenden Urkunden hat das ZPO-Reform-Gesetz indessen eine wesentliche Erleichterung gebracht: Während der Beweisführer bisher den Dritten auf Vorlegung verklagen und beim Gericht den befristeten Stillstand des Verfahrens beantragen musste (§ 428 Alt. 1, § 429 Satz 1 Halbs. 2 ZPO), kann er nach der neuen Alt. 2 des § 428 ZPO auch einen Antrag auf eine Anordnung nach § 142 ZPO stellen. Das Gericht muss dann die Vorlage unabhängig von einem Anspruch hierauf anordnen, wenn es davon überzeugt ist, dass sich die Urkunde im Besitz des Dritten befindet, die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache entscheidungserheblich ist und der Inhalt der Urkunde zum Beweis dieser Tatsache geeignet erscheint.¹³

Die Gefahr, dass durch die neue Urkundenherausgabepflicht der Ausforschung von Prozessparteien Tür und Tor geöffnet werden,¹⁴ hat der Gesetzgeber gesehen, aber wegen des Substantiierungserfordernisses und des richterlichen Ermessens, bei dessen Ausübung auch ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse des Urkundeninhabers zu berücksichtigen ist, als ausgeräumt erachtet.¹⁵

Allerdings muss der Richter, will er keinen Verfahrensfehler wegen unterlassener Ermessensausübung begehen, sich jedenfalls mit der Frage einer Vorlageanordnung auseinandersetzen, und zwar nicht nur bei entsprechendem Antrag einer Partei, sondern von Amts wegen. Es ist schwer vorstellbar, wie er eine Vorlageanordnung sollte unterlassen können, wenn von der Urkunde ein Beitrag zur Wahrheitserforschung erwartet werden kann und keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen.¹⁶ Eine Urteilsaufhebung im Rechtsmittelwege ist hier vorprogrammiert.

Alles in allem ist durch §§ 142, 144 ZPO n.F. der Verhandlungsgrundsatz zwar nicht für den Tatsachenvortrag, wohl aber für die Beibringung der Erkenntnismittel partiell aufgegeben worden.¹⁷

IV. Neue Tendenzen bei der Verwertung der Erkenntnisquellen

In diesem dem Richter vorbehaltenen Bereich, der weniger von Maximen als vom Prinzip der freien Beweiswürdigung, dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beweiserhebung und den Vorschriften über das Beweisaufnahmeverfahren beherrscht wird, sind in letzter Zeit ebenfalls neue Entwicklungen zu verzeichnen.

1. Freibeweis

Nach § 284 Satz 2 ZPO n.F.¹⁸ kann der Richter die Beweise „in der ihm geeignet erscheinenden Art“ aufnehmen, wenn sich die Parteien damit einverstanden erklärt haben. Diese Vorschrift verleitet zu Fehldeutungen. Sie stellt den Richter nur von den Vorschriften über das Beweisaufnahmeverfahren frei, nicht von den sonstigen Beweisgrundsätzen der ZPO. Unberührt bleiben insbesondere Verhandlungsgrundsatz, Ausforschungsverbot, Beweisverbote, die Pflicht, über das Beweisergebnis mit den Parteien zu verhandeln (§ 279 Abs. 3, § 285 ZPO) sowie

das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung. Es ist auch nicht möglich, die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel zuzulassen. Sie ist nach § 294 ZPO nur Mittel der Glaubhaftmachung und selbst dort, wo das Gesetz dieses geringere Beweismaß vorsieht, nur beschränkt zulässig (vgl. § 44 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2, § 406 Abs. 3 Halbs. 2, § 511 Abs. 3 Halbs. 2 ZPO).

Die Bedeutung der Vorschrift reduziert sich somit darauf, dass die Beweisaufnahme nicht unmittelbar vor dem erkennenden Gericht (§ 355 Abs. 1 ZPO) und nicht in Anwesenheit der Parteien (§ 357 ZPO) durchgeführt werden muss. Der Richter kann einen benannten Zeugen (nicht einen selbst erwählten!) auch telefonisch oder per E-Mail oder anlässlich einer Ortsbesichtigung befragen oder von einem Sachverständigen formlos Auskünfte einholen. Allerdings werden gut beratene Parteien angesichts der darin liegenden Beschneidung ihrer Mitwirkungs- und Kontrollrechte mit der Zustimmung zu solchen Maßnahmen (erst recht mit einer pauschalen Ermächtigung zum Freibeweis) äußerst zurückhaltend sein, zumal der Widerruf des Einverständnisses nur sehr beschränkt möglich ist (§ 284 Satz 4 ZPO).

Erfreulich ist, dass der von der Rechtsprechung schon bisher zur Klärung bestimmter verfahrensrechtlich relevanter Umstände praeter legem zugelassene Freibeweis¹⁹ jetzt eine gesetzliche Regelung erfahren hat, die dieses nicht unbedenkliche Verfahren²⁰ vom Einverständnis der Parteien abhängig macht. Auch über die Zulässigkeit von Klagen oder Rechtsmitteln darf das Gericht also nicht mehr an den Parteien vorbei Beweis erheben – eine begrüßenswerte Stärkung der Parteiautonomie.²¹

2. Verwertung von Gutachten aus anderen Verfahren

Der neue § 411a ZPO schafft die Möglichkeit, ein in einem anderen gerichtlichen Verfahren (z.B. einem dieselbe Sache betreffenden Strafverfahren) erstattetes Gutachten als *Sachverständigenbeweis*, nicht wie bisher nur als Urkundenbeweis,²² zu verwerten, und zwar auch ohne Einwilligung der Parteien. Der Richter entscheidet nach seinem Ermessen darüber, ob er eine gebotene Gutachtenerstattung durch Verwertung eines schon vorliegenden Gerichtsgutachtens ersetzt. Zuvor muss er selbstverständlich den Parteien unter Übersendung einer Abschrift des Gutachtens Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

Da es sich um Sachverständigenbeweis handelt, müssen die für diesen geltenden Rechtsschutzgarantien auch hier gelten, also insbesondere das Ablehnungsrecht der Parteien nach § 406 ZPO sowie die Vorschriften über Beeidigung (§ 410 ZPO), persönliche Anhörung (§ 411 Abs. 3 ZPO), Haftung (§ 839a BGB) und Vergütung des Sachverständigen (§§ 8 ff. JVEG). Für die Ersetzung nach § 411a ZPO wird es daher eines Beschlusses bedürfen, durch den der betr. Sachverständige auch für das vorliegende Verfahren bestellt und zugleich von der Erstattung eines neuen schriftlichen Gutachtens entbunden wird.²³ Dieser Beschluss ist auch dem Sachverständigen mitzuteilen. Nur auf diese Weise können auch urheberrechtliche Komplikationen vermieden werden.²⁴

13 Näher dazu *Leipold* (o. Fußn. 9), S. 578 ff.; *Greger*, DStR 2005, 479, 483.

14 Vgl. *Lipke/Müller*, NZI 2002, 588; *Dombek*, BRAK-Mitt. 2001, 122, 124.

15 Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/6036, 120 f.

16 *Musielak/Stadler* (o. Fußn. 11), § 142 Rdnr. 7 spricht von Ermessensreduzierung auf Null. Vgl. auch OLG Saarbrücken, MDR 2003, 1250.

17 Ebenso *Stadler*, in: Festschrift *Beys* Bd. 2 (2003), S. 1646; weitergehend *Schlosser*, JZ 2003, 427, 428.

18 Eingefügt durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz v. 24.8.2004 (BGBl. I, 2198).

19 BGH NJW 1951, 441; 1987, 2875; 1990, 1734; 1992, 627; 2002, 3027, 2003, 1123 u. öfter.

20 Grundlegende Kritik bei *Peters*, Der sog. Freibeweis im Zivilprozess (1962), u. ZFP 101 (1988), 296 ff. Weitere Nachw. bei *Zöller/Greger* (o. Fußn. 5), § 284 Rdnr. 1.

21 In einem kurz nach Inkrafttreten erlassenen Beschluss (BGHReport 2005, 189) hat der BGH die Änderung allerdings noch nicht zur Kenntnis genommen.

22 BGH NJW 1983, 121, 122; 1997, 3381, 3382.

23 *Zöller/Greger* (o. Fußn. 5), § 411a Rdnr. 1.

24 S. dazu *Zöller/Greger* (o. Fußn. 5), § 411a Rdnrn. 4 f.; *Greger*, NJW-Sonderheft BayObLG 2005, 36, 40.

Greger, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

Das Verfahren nach § 411a ZPO mag in Routinefällen zur Zeit- und Kostenersparnis angezeigt sein, jedoch kann in solchen Fällen wohl auch wie bisher eine einvernehmliche Verwertung im Wege des Urkundenbeweises herbeigeführt werden. Wo ein solches Einvernehmen nicht erreicht werden kann, die beweisführende Partei vielmehr auf einem neuen Gutachten besteht, wird sie gute Gründe haben, deren Übergehen in der Regel trotz des gerichtlichen Ermessensspielraums einen Verfahrensfehler begründen wird.

3. Disposition über Verfügbarkeit von Beweismitteln

Oft kann eine Partei für eine von ihr zu beweisende Behauptung weder eine Urkunde vorlegen noch einen Zeugen benennen. Sich selbst als Beweismittel zu präsentieren, scheitert zu meist an den restriktiven Regeln über die Parteivernehmung nach §§ 445 ff. ZPO. Allerdings gibt es Möglichkeiten, sich – z.B. durch Abtretung des Klageanspruchs – die Stellung eines Zeugen zu verschaffen. Diese manchmal als trickreiche Manipulation empfundene (und von Richtern oft auch so gewertete) Vorgehensweise ist durch den BGH jüngst gewissermaßen „salonfähig“ gemacht worden. Der BGH lastete es einem Rechtsanwalt als Verschulden an, dass er die von ihm vertretene GmbH nicht auf die Möglichkeit hingewiesen hat, durch Abberufung des Geschäftsführers dessen Zeugenstellung zu begründen.²⁵ Auch wenn die Entscheidung durch Besonderheiten des konkreten Falles veranlasst worden sein mag, kommt ihr jedenfalls eine negative Signalwirkung zu. Sähe sich tatsächlich jeder Rechtsanwalt in der Pflicht, durch Forderungsabtretung, Abberufung von Organen usw. künstlich Zeugen zu erzeugen, würde die Zahl fruchtloser Beweisaufnahmen gewaltig ansteigen, womit niemandem gedient wäre.

Einer anderen Methode der Zeugenschaffung haben BVerfG²⁶ und (ihm folgend) BGH²⁷ dagegen jüngst eine Absage erteilt: Wahrnehmungen, die beim **Mithören** eines Telefongesprächs (über Zweithörer oder Lautsprecher) gemacht wurden, dürfen nach dieser neuen Rechtsprechung nicht verwertet werden, wenn der Gesprächspartner nicht über das Mithören aufgeklärt wurde. Damit wurde ohne nähere Begründung die frühere Linie des BGH verlassen, wonach das Mithören jedenfalls im geschäftlichen Bereich, aber auch im privaten Bereich bei nicht erkennbar vertraulichen Gesprächen derart üblich sei, dass man mit ihm rechnen und ggf. auf Vertraulichkeit ausdrücklich bestehen müsse²⁸ – ein angesichts der immer freizügiger werdenden Kommunikationsgewohnheiten überraschender Wandel.

Der Inhalt von Zwei-Personen-Gesprächen einer Partei wird sich daher auch künftig oft nur im Wege der Parteienanhörung nach **§ 141 ZPO** in den Prozess einführen lassen. An der Wertbarkeit solcher Äußerungen bei der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO hält der BGH fest, ebenso an der Wertung, dass kein Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit vorliegt, wenn der Gesprächspartner seine Darstellung des Gesprächsinhalts mittels Zeugenbeweises in den Prozess einführen kann.²⁹

Zunehmend wird aber auch durch Parteivereinbarungen, sog. **Beweismittelverträge**, über die Verfügbarkeit von Beweismitteln disponiert.³⁰ So kann z.B. die Vertraulichkeit von Mediationsgesprächen dadurch gesichert werden, dass die Beteiligten

sich verpflichten, den Mediator nicht als Zeugen zu benennen. Im Geschäftsverkehr wird häufig vereinbart, Unternehmensmitarbeiter nicht als Zeugen zu präsentieren, um unerfreuliche Prozesssituationen zu vermeiden. Derartige Selbstbeschränkungen sind sehr bedenkenswert, da die Vernehmung von Zeugen aus den jeweiligen „Lagern“ außer Leerlauf und atmosphärischen Trübungen zumeist nichts bringt.

4. Bindung an Tatsachenfeststellungen

Gesetzentwürfe der Bundesregierung³¹ und des Bundesrats³² aus der laufenden Legislaturperiode sahen eine grundsätzliche Bindung des Zivilgerichts an tatsächliche Feststellungen eines zum gleichen Sachverhalt ergangenen Strafurteils vor. Auf die unterschiedlichen Regelungsmodelle und die gegen sie zu erhebenden Bedenken braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden, da die entsprechenden Pläne mit dem Erlass des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24.8.2004 aufgegeben wurden.³³

Geltendes Recht ist aber **§ 529 Abs. 1 ZPO**, der das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz bindet und nur bei konkreten Anhaltspunkten für Zweifel eine nochmalige Überprüfung zulässt. Diese Regelung hat weder bei den Gerichten noch bei der Anwaltschaft Akzeptanz gefunden und durch ein Urteil des V. Zivilsenats des BGH jüngst auch den Todesstoß erhalten.³⁴ Nach der dortigen Auslegung des § 529 ZPO muss der Berufungsrichter das erstinstanzliche Vorbringen auf Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Tatsachenfeststellungen auch unabhängig von einer Rüge des Berufungsführers überprüfen und, wenn sich die Möglichkeit einer abweichenden Feststellung ergibt, die Beweisaufnahme wiederholen. Im Gegensatz zu der Intention des Gesetzgebers, die Kontrolldichte im zweiten Rechtszug einzuschränken, hat die Rechtsprechung damit die Aufgaben des Berufungsrichters ausgeweitet.³⁵ Darin kommt die im Grunde positiv zu bewertende Haltung der Richterschaft zum Ausdruck, sich nicht durch (vermeintlich) unzutreffende Feststellungen den Weg zur gerechten Entscheidung des konkreten Einzelfalles verstellen zu lassen. Allerdings hat das damit besiegelte Fehlgehen der Rechtsmittelreform von 2002 schon wieder die Rechtspolitik auf den Plan gerufen, die nun nach einem zweigliedrigen Instanzenzug ruft.³⁶ Außerdem deutet die uneinheitliche, teilweise exzessive Anwendung des Beschlussverfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO³⁷ darauf hin, dass die Berufungsgerichte auf andere Weise Entlastung suchen.

V. Gesamtbewertung

Alle Reformbestrebungen der vergangenen 100 Jahre, auch die jüngsten, mit den Etiketten „ZPO-Reform“ und „Justizmodernisierung“ versehenen, haben nichts daran zu ändern vermocht, dass die Sachverhaltsfeststellung im deutschen Zivilprozess von einer unübersichtlichen Gemengelage aus Parteiherrschaft und Richtermacht, aus Erleichterungen und Einschränkungen der Wahrheitsermittlung gekennzeichnet ist: Der BGH beharrt auf dem überkommenen prozessualen Grundsatz, dass keine Partei

25 BGH MDR 2003, 928, 929.

26 BVerfG NJW 2002, 3619, 3623.

27 BGH NJW 2003, 1727 = JZ 2003, 1109 m. krit. Anm. Foerste.

28 BGH NJW 1964, 165; 1982, 1397, 1398.

29 BGH NJW 1999, 363, 364; s. auch Zöller/Greger (o. Fußn. 5), § 448 Rdnr. 2a u. Lange, NJW 2002, 482, jeweils m. w. Nachw., auch zur starken Gegenmeinung.

30 BGHZ 109, 19, 29. Eingehend Wagner, Prozessverträge (1998), S. 683 ff.

31 BT-Drs. 15/1508, Art. 1 Nr. 15.

32 BT-Drs. 15/1491, Art. 1 Nr. 1.

33 Vgl. Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 15/3482, 17.

34 BGH NJW 2004, 1876.

35 Krit. auch Lechner, NJW 2004, 3593 ff.: Gehrlein, BGHReport 2004, 837, 838.

36 S. Beschluss der Justizministerkonferenz v. 25.11.2004, abrufbar unter www.mj.niedersachsen.de.

37 Statistische Angaben bei Greger, JZ 2004, 805, 813.

Greger, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

gehalten ist, „dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“, und unterläuft ihn gleichzeitig durch richterrechtliche Modifizierungen von Beweis- oder Darlegungslasten.

- Der Gesetzgeber gibt dem Richter neue Instrumente der amtswegigen Sachverhaltsaufklärung an die Hand, mahnt aber zugleich die Beachtung des Ausforschungsverbotes an.
- Die Rechtsprechung hält am Verdikt der Zeugenschaft in eigener Sache fest und fördert Vorgehensweisen, die zu demselben Ergebnis führen; sie betont das Prinzip der Waffengleichheit und schlägt den Parteien gleichwohl bestimmte Waffen aus der Hand.
- Der Reformgesetzgeber versucht, die Sachverhaltsfeststellung auf eine Instanz zu konzentrieren; die Rechtspraxis konserviert dessen ungeachtet den Charakter der Berufung als zweiter Tatsacheninstanz.

Es soll an dieser Stelle nicht der Frage nachgegangen werden, wie sich dieses Konglomerat aus geschriebenen und ungeschriebenen Operationsregeln auf die Qualität der Rechtsprechung auswirkt. Auch wenn unterstellt wird, dass am Ende dieses Verfahrens eine der wirklichen Sach- und Rechtslage entsprechende Entscheidung steht, lässt sich jedenfalls nicht leugnen, dass dieses Ergebnis mit einem viel zu hohen Aufwand erreicht worden ist.

Unter verfahrensökonomischen und rechtsstaatlichen Aspekten ist es nicht hinnehmbar, dass

- erst in der dritten Instanz festgestellt wird, wer für einen bestimmten Umstand die Darlegungslast trägt,
- die Parteien als die unmittelbarsten Wissensträger ihre Informationen dem Gericht grundlos vorenthalten dürfen,
- der Richter aus einem Wust von bestrittenem Vorbringen und unklaren Beweisergebnissen den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt herausdestillieren
- und der Prozessbevollmächtigte sich unter großem Zeit- und Arbeitsaufwand mit Verdunkelungsstrategien und beweistaktischen Manövern der Gegenseite herumschlagen muss.

VI. Ausblick

Eine wirksame Reform des Prozessrechts sollte ihr Augenmerk vor allem jenem Bereich des Zivilprozesses zuwenden, in dem der größte Teil richterlicher wie anwaltlicher Arbeitskraft verbraucht wird: der Feststellung des Sachverhalts. Dabei darf es nicht mehr nur um graduelle Korrekturen oder Detailfragen gehen. Der deutsche Zivilprozess muss grundlegend von prozessdarwinistischem³⁸ Gedankengut des 19. Jahrhunderts befreit werden und Anschluss an ein von Rationalismus geprägtes, der modernen Informationsgesellschaft entsprechendes Konfliktmanagement finden. Nur dadurch lässt sich auch vermeiden, dass er international und im Vergleich zur Schiedsgerichtsbarkeit ins Hintertreffen gerät.³⁹

1. Internationaler Vergleich

Schon ein kurzer Blick in ausländische Rechtsordnungen zeigt, dass auch andere Formen prozessualer Tatsachenfeststellung mit dem Wesen des Zivilprozesses ohne weiteres vereinbar sind.

An erster Stelle ist hier die Entwicklung in den **USA** zu nennen, auch wenn sie von den Gegnern erweiterter prozessualer Aufklärungspflichten gerne als Schreckgespenst an die Wand ge-

malt wird. Bekanntlich haben dort die Federal Rules of Civil Procedure von 1938 das Prinzip der wechselseitigen Offenlegung aller prozessrelevanten Informationen eingeführt. Besonderheiten der amerikanischen Rechtskultur haben dazu geführt, dass diese Regelung extrem missbraucht worden ist und wiederholten Korrekturen – im Sinne eines kooperativeren Prozessstils und einer richterlichen Aufsicht – unterworfen werden musste.⁴⁰ Dies darf jedoch kein Argument gegen den Grundgedanken als solchen sein, den der Supreme Court 1947 wie folgt gewürdigt hat: „Wechselseitige Kenntnis aller von beiden Parteien gesammelten Tatsachen ist unerlässlich für ein korrektes Verfahren.“⁴¹

Frankreich hat schon 1975 die entscheidende Rolle bei der Sachverhaltsaufklärung dem Gericht übertragen und allgemeine Mitwirkungspflichten der Parteien ohne Rücksicht auf die Beweislast statuiert.⁴² Gemäß Art. 10, 143, 144 des Nouveau Code de Procédure Civile kann das Gericht von Amts wegen Beweisaufnahmen jeder Art anordnen; lediglich die Anordnung der Herausgabe von Beweismitteln, insbesondere Dokumenten, durch eine Partei oder einen Dritten, kann nur auf Antrag einer Partei ergehen.⁴³

In **Österreich** gilt statt der Verhandlungsmaxime ein auch als Kooperationsmodell bezeichneter abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz.⁴⁴ Der Vorsitzende darf Beweiserhebungen von Amts wegen anordnen (§ 183 Abs. 1 öZPO); Zeugen und Urkunden können die Parteien jedoch gemeinsam ausschließen (§ 183 Abs. 2 öZPO).⁴⁵ Die Vernehmung der Parteien lässt § 371 Abs. 1 öZPO ohne Einschränkung auf Antrag oder von Amts wegen zu; lediglich die für Zeugen geltenden Ausschluss- oder Weigerungsrechte bestehen größtenteils auch hier.⁴⁶

Auch in den Prozessordnungen **Schweizer** Kantone gibt es zum Teil sehr weit gehende Möglichkeiten amtswegiger Beweisaufnahme sowie vom materiellen Recht unabhängige Auskunftspflicht und Vorlagepflichten.⁴⁷

England hat in jüngster Zeit eine besonders bemerkenswerte Entwicklung durchlaufen. Auf der einen Seite wurde die in der angelsächsischen Tradition wurzelnde Trennung in ein von den Parteien beherrschtes Aufklärungsstadium (pre-trial) und die Hauptverhandlung vor dem Richter (trial) zwar aufrecht erhalten, ja sogar noch betont, andererseits aber die volle richterliche Leitung und Kontrolle des gesamten Beweisverfahrens begründet.⁴⁸ Der Sachverhalt muss von den Parteien selbst aufbereitet und – soweit möglich – aufgeklärt werden, bevor er in die Gerichtsverhandlung gelangt; der Richter steuert aber auch diesen Verfahrensabschnitt, z.B. durch Fragebögen, mit denen von den Parteien bestimmte Auskünfte verlangt werden, sowie durch Anweisungen in Bezug auf die Beweisthemen, die Beweismittel und deren Präsentation gegenüber dem Ge-

40 Ausführlich Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2003, S. 44 ff.; Gottwald, BeitrZPR V, S. 22 ff. Zur Reform von 1993 s. Junker, ZZPInt 1 (1996), 235 ff.

41 Hickmann v. Taylor 329 U.S. 495, 507 (1947); wörtlich zitiert bei Schlosser, JZ 1991, 599, 600 Fußn. 12.

42 Art. 11 Nouveau Code de Procédure Civile; vgl. Rouhette, in: Nagel/Bajons, Beweis – Preuve – Evidence, 2003, S. 167, 176; Schlosser, JZ 1991, 599, 602.

43 Näher Wagner, ZEuP 2001, 441, 460 f., 468; Rouhette (o. Fußn. 42), S. 190.

44 Rechberger/Fucik, ZPO, 2. Aufl. 2000, vor § 171 Rdnr. 3; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 269.

45 S. dazu Stadler (o. Fußn. 17), S. 1634, m. Nachw.

46 Vgl. §§ 372, 380 i.V.m. §§ 320, 321 öZPO. Näher Wagner, ZEuP 2001, 441, 494 f.

47 S. Stadler (o. Fußn. 17), S. 1631 f., 1635; Gottwald, BeitrZPR V S. 21, 36 ff. m. w. Nachw.

48 Bajons in: Nagel/Bajons (o. Fußn. 42), S. 727, 735 f.

38 Formulierung von Stürner, ZZP 104 (1991) 208, 216.

39 S. dazu Schlosser, JZ 1991, 599 ff.; Wagner, ZEuP 2001, 441, 465 ff.

Schmude, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

richt.⁴⁹ Dadurch wird ein Abgleiten in die Auswüchse der US-amerikanischen pre-trial discovery vermieden. Die Parteien sind gehalten, im Wege eines geordneten Informationsaustauschs den relevanten Tatsachenvortrag so abzugleichen, dass die Notwendigkeit förmlicher Beweiserhebung soweit wie möglich zurückgedrängt wird. Für bestimmte Verfahrensarten wird sogar schon vor der Klageerhebung ein entsprechender Austausch von standardisierten „pre-action protocols“ vorgeschrieben,⁵⁰ für Bausachen die vorläufige Beurteilung durch einen sachkundigen adjudicator.⁵¹ Einer Ausforschung wird durch Begrenzung auf unmittelbar entscheidungsrelevante Unterlagen und spezielle Weigerungsrechte entgegengewirkt.⁵²

Dieses Verfahren dient nicht nur dem Austausch prozessrelevanter Informationen, sondern auch der Verschlanung und Strukturierung des Prozessstoffs und – last, but not least – der Förderung einvernehmlicher Streitbeilegung.⁵³ Oft entdecken die Parteien und ihre Anwälte nämlich in diesem Vorklarungsverfahren, dass der Konflikt durch Missverständnisse oder Fehleinschätzungen hervorgerufen wurde und dass es Möglichkeiten zu einer konstruktiven Lösung gibt. Auch darin liegt ein großer Vorteil gegenüber der in Deutschland häufig auftretenden Situation, dass es infolge des Zurückhaltens von Informationen und gestörter Kommunikation zu einem Eskalieren des Rechtsstreits kommt. Bildlich gesprochen: Während die durch den deutschen Zivilprozess geprägte Streitkultur nahe legt, die Trümpfe im Ärmel zu halten, gilt in England „cards on the table“ – und zwar „face up“.⁵⁴

2. Gesetzgebungsvorschläge

Dass der BGH seinen gegenteiligen, auf Nichtoffenbaren gerichteten Standpunkt von sich aus aufgibt, ist nicht zu erwarten. Hier erscheint ein Eingreifen des Gesetzgebers unabweisbar geboten⁵⁵ – im Interesse erleichteter Prozessführung, gerechter

Ergebnisse, aber auch der europäischen Rechtsangleichung.⁵⁶ Ziel darf dabei nicht die Amtsaufklärung durch den Richter sein. Was Prozessstoff werden soll, müssen weiterhin allein die Parteien zu bestimmen haben – aber eben *beide* Parteien, nicht nur die eine, die nur ihr zugängliche Erkenntnisse oder Erkenntnismittel dem Richter vorenthält. Und einem derart modernisierten Verhandlungsgrundsatz⁵⁷ entspräche es wohl auch, die Aufbereitung des Prozessstoffs so weit wie möglich dem Richter abzunehmen und den Parteien selbst zu überantworten. Dazu müsste in die ZPO zweierlei eingefügt werden:

- eine maßvolle Aufklärungspflicht der Parteien, wie sie *Stürner*⁵⁸ bereits vor fast 30 Jahren vorgeschlagen hat,
- ein Verfahren zur weitestgehenden Aufbereitung des Tatsachenstoffs vor der mündlichen Verhandlung.

3. Konsequenzen für die Anwaltschaft

Dieses Plädoyer für einen kommunikativen (oder auch kooperativen) Prozessstil soll nicht ohne einen Blick auf die Rolle der Anwaltschaft schließen. Mit einem solchen Verfahren würden neue Aufgaben auf die Anwälte zukommen. Viel von der Aufklärungsarbeit, die im bisherigen System der Richter zu leisten hat, fiel ihr zu. Wäre dies – kapazitätsmäßig und wirtschaftlich – leistbar?

Bei der Beurteilung dieser Frage darf nicht übersehen werden, dass auch die herkömmliche Form prozessualer Sachverhaltsaufklärung in hohem Maße Kräfte der Anwaltschaft bindet: für das Anfertigen vorbereitender, später dann beweiswürdiger Schriftsätze, für die nicht selten zeitraubende Beweisaufnahme, die Verhandlung über das Beweisergebnis usw. Dieser Zeitaufwand lässt sich u.U. einsparen, wenn er in die unmittelbare Aufklärung investiert wird, deren Ablauf zudem von den Anwälten weithin selbst bestimmt werden kann. Im Übrigen müsste dann selbstverständlich das Vergütungssystem neu überdacht, etwa ein Äquivalent zur früheren Beweisgebühr (für die außergerichtliche Aufklärungstätigkeit) erwogen werden.

Ein letzter Aspekt: Ein wesentliches Motiv der englischen Zivilprozessreform von 1999 war die Befürchtung, London könnte wegen des aufwendigen, schwerfälligen Verfahrens alter Prägung international an Bedeutung als Gerichtsplatz verlieren.⁵⁹ *England* hat inzwischen einen attraktiven, modernen Zivilprozess ...

49 Part 28.3, 28.5, 32.1 Civil Procedure Rules 1999. S. dazu *Wagner*, ZEuP 2001, 441, 462; *Greger* JZ 2002, 1020, 1024 f.

50 Vgl. *Greger*, JZ 2002, 1020, 1022 m. w. Nachw.

51 Section 108 Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 i.V.m. „The Scheme for Construction Contracts“; dazu näher *Harbst*, SchiedsVZ 2003, 68 ff.; *Schramke*, NZBau 2002, 409, 411 ff.

52 Näher *Wagner*, ZEuP 2001, 441, 471 f., 477 ff.; *Stadler* (o. Fußn. 16), S. 1632 f.

53 Über 70 % der Verfahren enden schon vor dem trial durch Vergleich oder Klagerücknahme; vgl. *Greger* JZ 2002, 1020, 1022.

54 Court of Appeal in *Davies v. Ely Lilly & Co.*, [1987] 1 W. L. R. 428, 431 (zit. bei *Wagner* aaO, S. 464). Ebenso *O'Hare & Hill*, Civil Litigation, 10. Aufl. 2001, Rdnr. 6.006.

55 Für Einführung einer prozessualen Aufklärungspflicht de lege ferenda auch *Gottwald*, Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag 1996, S. A 15 ff.; *Schlosser*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 426 ff.; ders. JZ 1991, 599. Grundlegend *Stürner* (o. Fußn. 3).

56 Zu den entsprechenden Vorschlägen der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch s. *Roth*, ZZP 109 (1996) 271, 291 ff.

57 Zutr. weist *Stürner*, ZZP 104 (1991) 215 darauf hin, dass eine verstärkte Aufklärungspflicht dem Verhandlungsgrundsatz nicht wider-, sondern gerade entspricht.

58 O. Fußn. 3.

59 *Lord Woolf*, Access to Justice, Interim Report 1995, Ch. 3 para. 28 (abrufbar unter www.zr1.jura.uni-erlangen.de/justizreform/ausland.htm); *Wagner*, ZEuP 2001, 443, 452 f.

Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess¹

Rechtsanwalt *Lothar Schmude*, Köln

I. Nach § 395 Abs. 1 ZPO ist jeder Zeuge vor seiner Vernehmung zur Wahrheit zu ermahnen. In der Praxis pflegt das Ge-

richt dazu nicht nur auf die Strafbarkeit auch uneidlicher Aussagen hinzuweisen; in aller Regel führt der Richter dem Zeugen mit besonderer Deutlichkeit vor Augen, dass die Wahrheit seiner Aussage für die Richtigkeit des späteren Urteils entscheidend ist: „Wenn Sie hier eine falsche Aussage machen, kann unser Urteil nur falsch sein.“

¹ Vortrag gehalten anlässlich des 3. ZPR-Symposiums der BRAK am 4./5.3.2005 in Potsdam.

Schmude, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

Es erscheint mir wichtig, vor unseren Überlegungen zum Beweisverfahren damit noch einmal auf den Sinn jeder Beweisaufnahme nachdrücklich hinzuweisen: Sie dient der Feststellung des Sachverhalts, den das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Entspricht der so vom Gericht festgestellte Sachverhalt nicht den wahren Tatsachen, ist das Urteil notwendigerweise falsch, mag es auch zum materiellen Recht auf das Scharfsinnigste begründet sein. Eine gewissenhafte und zutreffende Tatsachenfeststellung ist also einer der wesentlichen Grundpfeiler einer Rechtspflege, die diesen Namen verdient.

Betrachtet man sich die rechtliche und praktische Entwicklung der letzten Jahre, dann zeigt sich eine Tendenz, diese grundlegende Bedeutung richtiger Tatsachenfeststellung aus dem Blick zu verlieren. Ich will mich im Folgenden zunächst mit dem erstinstanzlichen Verfahren und im Anschluss daran mit den entsprechenden Überprüfungen im Berufungsverfahren beschäftigen.

II. 1. Wesentliche gesetzliche Veränderungen des Beweisverfahrens erster Instanz hat es auch mit der letzten so genannten Großen ZPO-Reform nicht gegeben.

Eine eher unmerkliche, in der Praxis aber durchaus spürbare Änderung hat demgegenüber die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27.10.1993 bewirkt. Mit dieser Entscheidung wurden die Gerichte unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit verpflichtet, von der Möglichkeit der Parteienanhörung nach § 141 ZPO insbesondere dann Gebrauch zu machen, wenn die Partei ihrerseits kein geeignetes Beweismittel aus dem abschließenden Katalog der Zivilprozessordnung präsentieren konnte, auf der Gegenseite demgegenüber ein Zeuge zur Verfügung stand. Die klassischen Fälle sind Streitigkeiten zwischen Unternehmen, bei denen auf der einen Seite der Inhaber selbst die Verhandlungen geführt hat, auf der anderen Seite ein Angestellter, der dann als Zeuge für den Inhalt dieser Verhandlung zur Verfügung stand. Weiteres klassisches Beispiel sind Verkehrsunfälle, bei denen auf der einen Seite ein Pkw voller Mitfahrer, also voller Zeugen, auf einen Pkw trifft, in dem allein der Halter selbst gefahren war.

Die Entscheidung des Straßburger Gerichtshofes ist erst verhältnismäßig langsam in das Bewusstsein der Gerichte und der Prozessbevollmächtigten gedrungen. Sie hat aber nach meinem Eindruck insoweit auch über den engeren Anwendungsbereich hinaus Gutes bewirkt, als sie das Verständnis dafür geschärft hat, den Parteivortrag und die mündlichen Erklärungen einer Partei vor Gericht deutlicher in die Beweiswürdigung einzubeziehen. Es war in der Vergangenheit nicht selten, dass die Gerichte eher formal nach der förmlichen Zeugenstellung geschaut und entschieden haben und dass auf der anderen Seite die Prozessbevollmächtigten entsprechend taktierten.

Nach meinen – zugegebenermaßen nur subjektiven – Beobachtungen, die allerdings auch von Kollegen und Sozilen, die ich dazu befragt habe, geteilt werden, ist diese zu formale Vorgehensweise bei Beweiswürdigungen eher zurückgegangen. Ich halte das für eine gute Entwicklung. § 286 ZPO erlaubt es dem Gericht, die erhobenen Beweise frei zu würdigen, unter Einschluss des Parteivortrages.

2. Was die bereits angesprochene letzte ZPO-Reform des Jahres 2002 angeht, so hat sie im Gerichtsalltag der Beweisaufnahme kaum eine Veränderung gebracht. Dem steht die damalige gesetzgeberische Vorstellung gegenüber, „die erste Instanz zu stärken“, um auf der anderen Seite im Berufungsverfahren die Kontrolle und Überprüfung der Tatsachenfeststellung erster Instanz eher eingeschränkt zu sehen. In der Praxis der ersten Instanz hat sich demgegenüber wenig geändert, mit Ausnahme der Tatsache, dass Beweisaufnahmen durch den Einzelrichter zahlreicher – und nahezu die Regel – geworden sind. Das al-

lerdings ist nicht Folge einer Veränderung von Regelungen zum Beweisverfahren, sondern der generellen Neugestaltung der Einzelrichterzuständigkeit. Das Verfahren selbst ist das alte geblieben und dessen praktische Handhabung ebenso.

Unter diesem Aspekt einer Stärkung und damit Verbesserung der Rechtspflege in der ersten Instanz ist mit Nachdruck auf die immer schon bestehenden Defizite in der Beweisaufnahme und hier insbesondere bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen hinzuweisen:

Der Volljurist, der das zweite Staatsexamen soeben bestanden hat und in den richterlichen Dienst übernommen wird, hat in der Regel keine oder nur äußerst geringe Erfahrungen in der Vernehmung von Zeugen. Zeugenpsychologie, die Deutung eines bestimmten Aussageverhaltens, von Körpersprache und Ähnlichem sind zwar Gegenstand von Anleitungsbüchern, werden aber – da nicht examensrelevant – nicht gelernt und nicht geübt. Ebenso wenig gelernt und geübt wird die Technik einer Befragung. Es gibt den Richter, der den Zeugen ausreden lässt – um so manchmal zufällig wertvolle Informationen zu erhalten –, und es gibt den Richter, der den Zeugen nach jedem Satz unterbricht, häufig um Satz für Satz zu protokollieren, weil er sonst in Vergessenheit geraten würde.

Ähnlich steht es mit der Fähigkeit, ein Protokoll sachgemäß zu formulieren. Im Vorbereitungsdienst wird das kaum gelernt noch geübt, und ebenso wenig werden Richter während ihrer Tätigkeit hierin geschult. Dies Letztere umso weniger, als die Möglichkeiten der praktischen Ausbildung eines jungen Richters als Beisitzer in einer Kammer mehr und mehr eingeschränkt sind.

Richter sind im Hinblick auf die handwerkliche Durchführung einer Zeugenbefragung und Protokollierung letztlich Autodidakten. Entsprechend breit gestreut sind die Fähigkeiten und Defizite bei den einzelnen. Man hat dies bislang nahezu als gottgegeben hingenommen, auch wegen der Möglichkeiten der Kontrolle der Tatsachenfeststellungen in der zweiten Instanz. Will man aber die Tatsachenfeststellung zunehmend auf die erste Instanz konzentrieren, dann wird man ernsthaft erwägen müssen, dem auch in der richterlichen Ausbildung ein größeres Gewicht beizumessen. Es genügt nicht, wie bisher in den Ausbildungsordnungen eine Empfehlung aufzunehmen, dem Referendar auch Zeugenvernehmungen in einfach gelagerten Fällen zu übertragen. Was nicht examensrelevant ist, wird nicht gelernt.

Die Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten des Anwalts im Hinblick auf die Zeugenbefragung und deren Protokollierung sind zwar vorhanden, in der Praxis allerdings begrenzt; mit Nachfragen und Ergänzungen lassen sich grundlegende Schwierigkeiten nicht beseitigen.

Zusammengefasst: Die derzeitige praktische Handhabung der Beweisaufnahme selbst unterscheidet sich von derjenigen vor 10 Jahren kaum. Sie hängt nach wie vor von der persönlichen Fähigkeit des jeweils befragenden Richters ab, davon, ob er Geduld, Einfühlungsvermögen und Konzentration aufbringen kann und ob er die Fähigkeit besitzt, das Ergebnis sogleich in die zutreffenden Worte zu fassen. Eine Stärkung der ersten Instanz zu diesen Zielen ist nicht zu erkennen.

3. Neu ist bekanntlich die Vorschrift des § 142 ZPO, der die Beiziehung von Urkunden nicht nur aus dem Besitz der Parteien, sondern auch aus dem Besitz Dritter erlaubt.

Praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit bislang nicht erlangt. Ich kenne keinen einzigen Fall, in dem hiernach verfahren worden wäre, auch wenn dies von einer Partei ausdrücklich beantragt worden war.

Schmude, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

Die Gründe liegen zum einen darin, dass diese Möglichkeit zu einer Art Amtsermittlung führen kann, die unserem Zivilprozessrecht fremd ist. Ausforschung soll mit diesem Instrument nicht betrieben werden dürfen, so zu Recht die Kommentarliteratur. Es bleibt damit im Prozessalltag so gut wie kein Anwendungsspielraum.

Die fehlende praktische Bedeutung belegt letztlich auch die Fehleinschätzung, die zur Einführung geführt hatte. Man erhoffte sich, ausgehend von Überlegungen von Gottwald in dessen Gutachten zum Deutschen Juristentag 1996, unter anderem eine Verfahrensersparnis, weil damit die Zahl vorgeschalteter Auskunftsprozesse vermindert würde. Bereits damals wurde übersehen, dass es solche Prozesse nur in geringer Zahl gibt, und dass tatsächlich für die Parteien nur in wenigen Ausnahmefällen der Zugang zu den für den Prozess benötigten Urkunden versperrt ist. Es bleiben deswegen tatsächlich nur die Fälle der Ausforschung, mit dem eingangs skizzierten Ergebnis.

Angelehnt werden sollte die Möglichkeit des § 142 ZPO an die angelsächsische disclosure, die indessen ihrerseits zu einem vollständig anderen System der Tatsachenfeststellung gehört, dem der Erarbeitung des Sachverhalts und der Beweismittel in der Verantwortung der Anwälte, außerhalb des Gerichts. Dies führt bekanntlich zu Kosten, die den Zivilprozess fast unbezahlbar werden lassen. Man kann nicht mit Erfolg solche einzelnen, hier systemfremden Elemente in das deutsche Prozessrecht implementieren.

4. Schließlich hat es mit der Einführung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes zum 1.7.2004 eine Rechtsentwicklung gegeben, die zwar nicht das Beweisaufnahmeverfahren selbst, wohl aber dessen Grundlagen empfindlich verändert.

Um es zugespitzt zu formulieren: Keiner der professionellen Prozessbeteiligten kann seitdem ein anderes als ein ideelles Interesse daran haben, eine Beweisaufnahme überhaupt durchzuführen.

Auf Seiten des Gerichts war dies auch vor dem 1.7.2004 der Fall: Der Pensenschlüssel unterscheidet im Hinblick auf die Erledigung von Verfahren nicht danach, ob das Verfahren eine Beweisaufnahme nötig gemacht hat oder nicht. Die Durchführung der Beweisaufnahme bedeutet also zusätzliche Arbeit, für die es keinerlei materielle Kompensation gibt. Das persönliche Interesse, in eine Beweisaufnahme einzutreten, ist mithin ideeller Natur; jeder von uns kennt deswegen Beispiele dafür, dass bestimmte Richter sich bemühen, „um eine Beweisaufnahme heranzukommen“.

Gerade aus anwaltlicher Sicht gab es deswegen regelmäßig den Kampf um die Durchführung einer Beweisaufnahme, unter den vielfältigsten Aspekten; umgekehrt war und ist es eine gängige Klage von Mandanten – rechtsuchenden Bürgern –, dass „ihre Zeugen nicht gehört“ worden seien, mag dies nun zu Recht oder zu Unrecht geschehen sein. Entscheidend erscheint mir die Feststellung, dass aus staatlicher Sicht die Beweisaufnahme für die damit verbundene Arbeit keinerlei materielle Kompensation mit sich bringt, weder für den Richter selbst noch für den Staat, dessen Gerichtsgebühren unabhängig von der Durchführung einer Beweisaufnahme immer in gleicher Höhe erhoben werden. Dafür, dass tatsächlich Beweis erhoben wird, steht mithin ausschließlich die Bindung des Richters an das Gesetz.

Um nicht missverstanden zu werden: Diese Bindung wird von allen Richtern, die ich kenne, sehr ernst genommen, und ich möchte auch an dieser Stelle betonen, dass ich nach wie vor die Erfahrung gemacht habe, dass das berufliche Ethos hoch ist. Gleichwohl gibt es Spielräume in der Beurteilung sowohl des materiellen Rechts als auch darin, was bisher aus Urkunden

und dem Akteninhalt als bewiesen angesehen werden könnte. Diese Spielräume werden durchaus unterschiedlich genutzt.

Mit der Einführung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes findet sich der Anwalt nun in derselben Situation wie das Gericht: Für ihn ist die Beweisgebühr seit dem 1.7.2004 weggefallen, alle im Verfahren erzielbaren Gebühren sind mit dem ersten Verhandlungstermin verdient – mit Ausnahme lediglich der Vergleichsgebühr –, die Beweisaufnahme geschieht gewissermaßen nur noch gratis. Außer der ideellen Motivation gibt es mithin auch für den Anwalt keinen materiellen Anreiz mehr dafür, sich für die Durchführung einer Beweisaufnahme einzusetzen. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, mit der neuen Vergütungsordnung sei dies pauschal in den übrigen Gebühren durch die entsprechende Erhöhung berücksichtigt. Denn im konkreten Verfahren fällt diese Überlegung nicht ins Gewicht. Hier ist für jeden Anwalt fühlbar, dass er Stunden um Stunden in umfangreichen Beweisaufnahmen verbringt, Zeit aufwendet, die nicht vergütet wird, und in der er keine anderen Aktivitäten entfalten, weder neue Mandate akquirieren noch Mandate bearbeiten kann.

Ein wesentlicher Teil forensischer Tätigkeit besteht in der Tatsachenfeststellung. Die jeweils zu beantwortenden Rechtsfragen sind häufig bei weitem nicht so kompliziert wie die Frage danach, was wirklich geschehen ist, welcher Sachverhalt der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist. Dies ist, wie eingangs bereits hervorgehoben, eine der Grundlagen einer geordneten Rechtspflege.

Nun hat aber auch der Anwalt keinen materiellen Anreiz mehr, sich diesen Grundlagen tatsächlich zu widmen. Es wiegt dies umso schwerer, als der Anwalt darauf angewiesen ist, aus den Gebühren seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Indessen halte ich es auch ganz abgesehen davon für unerträglich, dass wesentliche Teile anwaltlicher Tätigkeit nach der neuen Vergütungsregelung nicht mehr vergütet werden.

Die Zielrichtung dieser Gestaltung scheint mir eindeutig: Gericht wie Prozessbevollmächtigte sollen ein gesteigertes Interesse an einer gütlichen Streitbeilegung haben, an einem möglichst frühen Vergleich. Der „Rechtsfrieden“ soll möglichst rasch hergestellt werden, die „Sache“ möglichst frühzeitig „erledigt“ werden.

Ich bin überzeugt davon, dass dies, öffentlich in der richtigen Klarheit ausgesprochen, in keiner Hinsicht auf das Verständnis und die Zustimmung der Bürger stieße. Jeder rechtsuchende Bürger – und ich kann dies aus zahllosen Mandatsgesprächen berichten – erwartet vom Staat und seinen Gerichten eine Entscheidung des Konflikts, in dem er sich befindet. Man trifft in solchen Gesprächen immer wieder auf die Befürchtung, dass das Gericht ein großes Interesse daran habe, die Sache schnell durch einen Vergleich zu erledigen, um sich weitere Arbeit zu ersparen. Die Achtung vor dem Staat und seiner Rechtspflege schwindet in dem Maße, in dem der Bürger das Gefühl hat, man wolle ihn zu einem als „Zwangsvergleich“ empfundenen Nachgeben nötigen. Der materielle Anreiz, der mit der jüngsten Rechtsänderung zum Vergütungsgesetz aufgebaut worden ist, führt genau in diese Richtung. Heute muss man fairerweise dem Mandanten sagen, dass auch der Anwalt kein materielles Interesse mehr an der Durchführung eines Beweisaufnahmeverfahrens hat, und umso misstrauischer wird der Mandant, wenn ihm dann angesonnen wird, sich doch möglichst rasch zu vergleichen.

Abgesehen von dieser Beobachtung ist darüber hinaus die Feststellung zu treffen, dass die auf diese Weise geschehene mittelbare Zurückdrängung von Beweisaufnahmen überhaupt im Widerspruch zur propagierten „Stärkung der ersten Instanz“ steht. Die Durchführung einer Beweisaufnahme bedeutet immer er-

Schmude, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess

hebliche zusätzliche Arbeit, für das Gericht ebenso wie für die Prozessbeteiligten. Diese Zeit und Arbeit kosten Geld, das der Staat offenbar nicht mehr bereit ist, an dieser Stelle zu investieren. Ich halte es für eine folgenschwere Fehlentscheidung, diesen wesentlichen Teil der Rechtspflege so auszuhöhlen, wie es derzeit geschieht. Dazu gehören schließlich auch die jüngsten Versuche einer weiteren „Großen Justizreform“, in der die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen erster Instanz noch weiter beschnitten werden soll.

5. Eine Gesetzesänderung, die in jüngster Zeit in das Beweisaufnahmeverfahren eingreift, liegt in der Neuregelung des § 284 der ZPO, mit der im Einverständnis beider Parteien auch andere als die Beweismittel der ZPO zugelassen werden dürfen. Die ausweislich der Gesetzesbegründung erhoffte weitergehende Entlastung der Gerichte wird kaum eintreten; denn an dieser Stelle gibt es kaum ein nennenswertes Einsparungspotential, und dort, wo die Dinge wirklich wichtig sind, wird keine Partei sich damit begnügen, eine telefonische oder per E-Mail an einen Zeugen oder Sachverständigen gerichtete Frage zu erlauben. Entsprechend sind die Reaktionen in der Literatur auf diese Vorschrift auch durchweg ablehnend.

6. Zusammengefasst:

Am Beweisaufnahmeverfahren der ersten Instanz hat sich kaum Wesentliches geändert; die schon immer vorhandenen Defizite bestehen nach wie vor; auf der anderen Seite steht der Versuch, durch indirekte Einflussnahme die Zahl der Beweisaufnahmen möglichst zu vermindern, letztlich aus fiskalischen Gründen.

III. Im zweitinstanzlichen Verfahren steht seit der letzten ZPO-Reform die Neuregelung in § 529 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf dem Prüfstand.

Wie nicht anders zu erwarten, waren die ersten Reaktionen und Handhabungen der Berufungsgerichte höchst unterschiedlich. Während die einen eher die Bindung an die Tatsachenfeststellung der ersten Instanz betonen und den Grad der Zweifel an deren Richtigkeit möglichst hoch ansetzen, ließen andere bereits schon leichte Zweifel genügen. Da sich die Intensität eines Zweifels auf der Grundlage persönlicher Wertung und Würdigung beurteilt, rechne ich damit, dass wir auch hier durchaus unterschiedliche Handhabungen nach wie vor finden werden.

Die unser Thema berührende Frage geht dahin, was bei Zweifeln an der Tatsachenfeststellung zu geschehen hat: Darf das Berufungsgericht die erhobenen Beweise ohne weiteres anders würdigen oder muss es die Beweisaufnahme wiederholen?

Der Bundesgerichtshof hat die Frage in einer Entscheidung v. 12.3.2004 (NJW 2004, 4876) in aus meiner Sicht erfreulicher Weise beantwortet:

„(Leitsatz 2) Ist eine Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht geboten, so beurteilt sich die Frage, ob und inwieweit das Berufungsgericht zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme gerichtet ist, nach denselben Grundsätzen wie aus der Zeit vor Geltung des Zivilprozessreformgesetzes.“

Für den Bereich der Beweisaufnahme durch Sachverständige bedeutet dies, dass immer dann eine Wiederholung, zumindest eine Ergänzung der erstinstanzlichen Begutachtung durchzuführen ist, wenn aus Sicht des Berufungsgerichts Lücken oder Unklarheiten bestehen, und selbstverständlich erst recht dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Gutachten insgesamt auf unrichtigen Grundlagen beruht oder Fehler aufweist.

Für den Zeugenbeweis galt bislang die Grundregel, dass eine dem erstinstanzlichen Gericht entgegengesetzte Beweiswürdigung allenfalls dann ohne erneute Zeugenvernehmung möglich war, wenn es nicht um die Glaubwürdigkeit und den persönlichen Eindruck des Zeugen ging; andernfalls, insbesondere bei

Fragen der Glaubwürdigkeit eines Zeugen, musste die Vernehmung wiederholt werden. Diese Grundsätze sind nun auch für das neue Rechtsmittelrecht festgeschrieben.

Von besonderer Bedeutung ist es, dass das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit den Grundrechtsgehalt dieser Verfahrensgarantien bestätigt hat (2 BvR 779/04 v. 19.10.2004 und 1 BvR 1935/03 v. 22.11.2004).

Einen allgemeinen Grundsatz formuliert das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung v. 19.10.2004. Es führt dazu aus:

„Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes enthält auch die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, der die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Verfahrensgegenstandes ermöglichen muss. Artikel 2 Absatz 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verleiht dem Einzelnen einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Dieses Grundrecht ist verletzt, wenn die Gerichte die prozessrechtlichen Möglichkeiten zur Sachverhaltsfeststellung zu eng auslegen, dass ihnen eine sachliche Prüfung derjenigen Fragen, die ihnen vorgelegt worden sind, nicht möglich ist, und das vom Gesetzgeber verfolgte Verfahrensziel deswegen nicht erreicht werden kann. Nichts anderes gilt für den Fall, dass ein Gericht seine Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung unvertretbar eng auslegt oder faktisch entsprechend verfährt.“

Die zutreffende Auslegung des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat also gleichzeitig Verfassungsrelevanz.

Konkret zu dieser Vorschrift äußert sich die zweite Entscheidung v. 22.11.2004. Dort führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die sich schon aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertungen ergeben können, ist nach der gesetzlichen Neuregelung eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht einen bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals vernehmen, wenn es dessen Glaubwürdigkeit abweichend vom Erstrichter beurteilen will (vgl. BGH NJW 2004, 876 ...).“

Damit ist festgestellt, dass eine Verletzung der Grundsätze, wie sie der Bundesgerichtshof im eingangs zitierten Urteil aufgestellt hat, gleichzeitig auch immer eine Grundrechtsverletzung darstellt. Dabei geht das Bundesverfassungsgericht nach dem vorstehenden Zitat sogar weiter: Die Wiederholung der Beweisaufnahme ist danach grundsätzlich zwingend geboten, die Frage der Überprüfung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen ist lediglich ein besonderer Anwendungsfall.

Letztlich führt diese Rechtsprechung dazu, dass die Überprüfung des in erster Instanz festgestellten Sachverhalts nunmehr auch nach neuem Prozessrecht den gleichen Regeln wie bisher unterliegt. Die „Bindung“ an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung dürfte damit praktisch obsolet geworden sein. Auch nach altem Recht beließ es das Berufungsgericht bei der Tatsachenfeststellung der ersten Instanz, wenn es ebenso der Meinung war, dass das Beweisergebnis zutreffend ermittelt wurde. Man hat damals nicht von Bindung gesprochen, faktisch hat sich dies aber so ausgewirkt. Wenn nunmehr sogar das Bundesverfassungsgericht ausspricht, dass sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen schon aus der „Möglichkeit unterschiedlicher Wertung“ ergeben können, entspricht dies der früheren Handhabung: Das Berufungsgericht, das seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache nicht ebenso wie das

Koch, Sammelklagen oder Musterverfahren

Amts- bzw. Landgericht aus den dort erhobenen Beweisen und deren Würdigung bilden konnte, trat in der Regel in eine neue Beweisaufnahme ein, es sei denn, die andere Würdigung ergab sich bereits zweifelsfrei aus den bereits vorhandenen Beweisergebnissen.

Es ist gerade aus anwaltlicher Sicht erfreulich, dass sich damit die Kontrollmöglichkeit tatrichterlicher Feststellungen der ersten Instanz behauptet hat. Fehler, die in der Fülle der täglichen erstinstanzlichen Arbeit notwendigerweise unterlaufen, können damit einfacher, leichter und ohne aufwendige Erörterung der formalen Voraussetzungen einer erneuten Beweisaufnahme korrigiert werden.

Auch für die neuen Anstöße zu einer zweiten „Großen Justizreform“, wie sie derzeit von den Ländern initiiert wird, wird man diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in den Blick nehmen müssen. Darüber hinaus ist es auch aus wirtschaftlicher, prozessökonomischer Sicht sinnvoller, der Berufungsinstanz die Überprüfung tatrichterlicher Feststellungen im vorstehenden Umfang zu ermöglichen. Die jetzige Intensität und Qualität der tatrichterlichen Feststellungen erster Instanz müsste wesentlich verbessert werden, wenn man auf die Kontrolle durch die zweite Instanz im bisherigen Umfang verzichten wollte. Der notwendige Aufwand übersteigt die erhoffte Ersparnis deutlich.

Sammelklagen oder Musterverfahren – Verfahrensrechtliche Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen¹

Prof. Dr. Harald Koch, Rostock

I. Anlass und Gesetzes-Initiativen

Vor dem Landgericht Frankfurt ist derzeit ein Prozess anhängig, mit dem „Rechtsgeschichte geschrieben werden dürfte“.² Er hat nicht nur unsere heutige Diskussion, sondern auch bereits mehrere Gesetzgeber-Initiativen ausgelöst und damit bestätigt, was Prozessualisten schon seit langem ahnen, aber nicht wahr haben wollen: dass sich mit unserem geltenden Zivilprozessrecht solche Verfahren schlechthin nicht bewältigen lassen – oder mit den Worten des Frankfurter Landgerichtspräsidenten Kramer: „Das deutsche Regelwerk ist auf ein solches Mammutverfahren überhaupt nicht eingerichtet.“ – In jenem Prozess klagen ca. 16.000 enttäuschte Kapitalanleger gegen die Deutsche Telekom (u.a.) und fordern in 2.200 (ursprünglich selbständigen) Verfahren Schadensersatz, weil sie beim sog. dritten Börsengang der Telekom von dieser mit angeblich mangelhaften Informationen und frisierten Bilanzen über den Wert der Aktien getäuscht worden seien und infolge der Kursverluste insgesamt über 100 Mio. Euro verloren hätten. 754 Anwälte repräsentieren die Kläger, die aufgrund einer besonderen Zuständigkeitsregelung im Börsengesetz (jetzt § 48) alle an die 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt gelangt sind und dort nicht nur für beispiellose logistische Probleme (Aktenaufstellung; Faxgeräte-Belastung; Zählkarten; Sitzungssaal; Geschäftsstellenkapazität), sondern auch für Fragen nach Geschäftsverteilung und gesetzlichem Richter, nach der Gleichbehandlung und praktischen Konkordanz aller Verfahren und damit nach wirklich „effektivem Rechtsschutz“ gesorgt haben, einmal ganz zu schweigen von Fragen nach der Akquisition der Mandate und ihrer kosten-/gebührenrechtlichen Behandlung, nach dem rechtlichen Gehör für die anderen als die Musterkläger oder nach der Verbindlichkeit jetziger Prozesshandlungen und Erkenntnisse für die zurückgestellten Verfahren.

II. Generalisierung

Mir liegt allerdings daran, diese Diskussion von solchem aktuellen Anlass zu lösen und sie nicht allein unter dem Eindruck

augenblicklicher Schwierigkeiten zu führen, die die Justiz mit einem solchen komplexen Großverfahren hat. Denn bekanntlich hat jedes Rechtsgebiet – und erst recht jeder konkrete Fall – seine Eigenheiten, und wenn wir „Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen“ entwickeln wollen, dann müssen wir uns auch über verfahrensrechtliche Grundsatzfragen Gedanken machen.

Natürlich sind es die akuten Bedürfnisse der spezifischen Branchen und Rechtsgebiete, die den Ruf nach Reform besonders plastisch begründen. Wenn Frau Ministerin *Künast* zu Sammelklagen wegen der Belieferung mit nitrofenverseuchten Futtermitteln auffordert,³ wenn Anwälte und Netzwerke im Internet zu gebündelter Geltendmachung von Ansprüchen aufrufen und sich dabei als „Wegbereiter für Anlegerrechte“ bezeichnen und mit dem Slogan werben: „Gemeinsam kommen Sie zu Ihrem Recht!“,⁴ dann ist es der jeweilige Futtermittelskandal oder Anleger-Schaden, der die erneute Diskussion über Sammelklagen anstößt.

Zudem sollten wir nicht vergessen, dass es oft erst die Ausweitung materiellrechtlicher Haftungsgrundlagen⁵ ist, die dieser Diskussion eine praxisrelevante Perspektive verschafft.

Das Prozessrecht hat mit seiner relativen Autonomie vom materiellen Recht den Vorzug, dass es seinen Blick ungetrübt von den je besonderen Bedürfnissen des materiellen Rechts auf die Verfahrenseffizienz und -gerechtigkeit konzentrieren kann. Es muss freilich stets den Test der Bewährung im konkreten Prozess bestehen.

Die angesprochenen konzeptionellen Fragen tauchen nicht nur in der Kammer 17 für Handelssachen in Frankfurt auf. Auch im Zusammenhang mit anderen, auf Zahlung gerichteten Massenklagen, die bereits geführt wurden oder auf die wir uns in Zukunft vorbereiten müssen, gerät unser geltendes Verfahrensrecht schnell an seine quantitativen wie qualitativen Grenzen.

¹ Vortrag, gehalten anlässlich des 3. ZPR-Symposiums der BRAK am 4./5.3.2005 in Potsdam.

² Süddeutsche Zeitung Nr. 271/04 v. 22.11.2004, S. 2 (Themen des Tages: Mammutprozess gegen die Telekom).

³ http://www.vistaverde.de/news/politik/0206/20_nitrofen.htm.

⁴ S. z.B. http://www.tilp.com/pa/66_168.htm; <http://www.sammelklagen-forum.de/anwalt/>; <http://www.rotter-rechtsanwaelte.info>; <http://www.dr-schulte.de/sammelklagen.htm>.

⁵ Wie z.B. §§ 37b, c WpHG oder die geplanten haftungsrechtlichen Neuregelungen im Kapitalmarktrecht.

Koch, Sammelklagen oder Musterverfahren

Ich möchte den Blick nur beispielhaft lenken auf Massenverfahren⁶

- bei anderen Formen der Täuschung von Kapitalanlegern,
- bei Großunfällen mit Verkehrsmitteln,
- bei Arzneimittelschäden,
- bei Massenkongflikten im Arbeitsrecht (diskriminierende Bezahlung, Massen-Änderungs-Kündigungen),
- bei Verbraucherklagen gegen unbillige Formularbedingungen, zu hohe Zinsbelastungen oder Serienschäden bei Produktfehlern,
- bei Umweltschäden, von denen zahlreiche Bürger betroffen sind.

Eine solche Aufzählung disparater Erscheinungsformen von Massenverfahren, die sich noch durch Beispiele aus dem Verwaltungs- und sogar Verfassungsprozessrecht ergänzen ließe, müsste eigentlich geordnet und systematisiert werden. Ich will mich dieser Mühe hier aber noch nicht unterziehen, weil die prozessualen Probleme, denen ich mich vor allem widmen möchte, in den unterschiedlichen Gebieten ganz vergleichbar sind: All diese bereits erfahrenen oder zu erwartenden Beispiele machen, wenn man sie verfahrensrechtlich durchspielt, deutlich, was der Frankfurter Landgerichtspräsident mit seiner eingangs zitierten Bemerkung über unser unzureichendes Prozessrecht gemeint hat: Es ist in keiner Weise für solche Massenverfahren gerüstet.

III. Unzulängliches deutsches Zivilprozessrecht

1. Gründe für Verfahrensrechts-Defizite

a) Dem deutschen Zivilprozessrecht liegt das traditionelle Modellverständnis zugrunde, der Prozess sei ein Streit zwischen zwei individuellen Parteien.⁷ Daher kann es auch bei evidenter multilateraler und Massenkongflikten nur mit deren Reduktion auf eine bilaterale Streitstruktur reagieren, also macht es aus hunderten von Klägern mit gleichem Anliegen nur „die Kläger“ und platziert sie (nicht nur im Gerichtssaal und im Entscheidungsruhrum) alle zusammen auf einer der beiden Seiten der Verfahrensbeteiligten.

„Im deutschen Prozessrecht trifft die Diskussion um die Einführung kollektiver Rechtsbehelfe auf strukturelle Abwehr“, heißt es denn auch in immer wiederkehrenden, nur scheinbar beschreibenden Kommentaren,⁸ die wohl so viel bedeuten sollen wie: solche spezifischen Formen von Sammelklagen sind unerwünscht, überflüssig.

b) Das führt zu zwei (aufeinander aufbauenden) Fragen: Weist das geltende deutsche Prozessrecht wirklich einen defizitären Befund an geeigneten Rechtsbehelfen bei Sammelklagen auf? Und wenn dies bejaht wird: Lassen sich aus den vielfältigen Erfahrungen, die man im Ausland mit kollektiven Rechtsschutz-

formen gesammelt hat, Anregungen für entsprechende Abhilferegeln gewinnen?

Wenn von „geeigneten Rechtsbehelfen“ und von „Abhilferegeln“ die Rede ist, so sind damit zwei zu unterscheidende Kriterien gemeint, an denen die Eignung zu messen ist und die zusammengefasst mit „effiziente Rechtsdurchsetzung“ bezeichnet werden können. Einmal geht es um das prozessökonomische Anliegen des Frankfurter Landgerichtspräsidenten: Wie lassen sich hunderte oder tausende von Verfahren mit im Wesentlichen gleichen Rechtsschutzanliegen mit vertretbarem Aufwand bei Beachtung der grundlegenden Verfahrensgarantien bewältigen? Zum anderen ist das Effizienzkriterium auch i.S. der wirkungsvollen Umsetzung materiell-rechtspolitischer Ziele auszulegen: Wenn z.B. das Vertrauen in die Kapitalmärkte und in den deutschen Börsenplatz wiederhergestellt werden soll, dann sind auch die Rechtsschutz-Möglichkeiten geschädigter Anlieger zu verbessern.

2. Möglichkeiten der Anspruchsbündelung im geltenden deutschen Recht

Wenn auch die Anforderungen an den Zivilprozess, mit komplexen und Massenverfahren fertig zu werden, erst in neuerer Zeit verstärkt an ihn gestellt werden, gibt es doch sowohl im geltenden Prozessrecht als auch in verschiedenen materiellrechtlichen Zusammenhängen ansatzweise Möglichkeiten der Bündelung von Ansprüchen. Sie sind schon verschiedentlich auf ihre Eignung für die aktuellen Anforderungen überprüft worden⁹ und sollen an dieser Stelle nur noch überblickartig mit Hinweisen zu ihren Leistungsgrenzen erwähnt werden.

a) Der klassische Weg der Streitgenossenschaft (§§ 59 ff. ZPO) und der gerichtlichen Prozessverbindung (§ 147 ZPO) ist in vielen der hier diskutierten Sammelklagen entweder mangels gleichzeitiger Anhängigkeit oder gemeinsamer Zuständigkeit für alle Verfahren nicht gangbar oder erweist sich wegen begrenzter Repräsentations- und Bindungswirkung als wenig effizient.¹⁰

b) Wird der Versuch gemacht, zahlreiche, auf die gleiche Ursache zurückzuführende Ansprüche durch Abtretung oder Einziehungsermächtigung an einen Treuhänder oder an eine Interessengemeinschaft zu bündeln, so scheidet dies bisher an dem (m.E. funktionswidrig angewandten) Rechtsberatungsverbot des Art. 1 § 1 RBERG.¹¹ Selbst wenn eine solche Abtretung ausdrücklich gesetzlich ermöglicht wird – wie jüngst im Falle der Einziehungs- oder Musterverbandsklage des Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG –, versperrt das OLG Düsseldorf mit geradezu sinnwidriger Argumentation diese Verfahrensmöglichkeit, indem es die Aktivlegitimation des Zessionars mit dem Hinweis verneint, die Einziehung der konkret abgetretenen Forderung könne nicht im allgemeinen Interesse des Verbraucherschutzes liegen.¹² Hier

6 Überblick über die vielfältigen Rechtsgebiete: *Hopt/Baetge*, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in: *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999, 13 ff.; *Koch/Willingmann*, Großschäden und ihre Abwicklung, in: *dies.*, Großschäden – Complex Damages. Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland (1998), 11 ff.; *Koch*, Haftung für Massenschäden, JZ 1998, 801.

7 *Heß*, Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113, 114. Nw. aus der älteren Lit. bei *Koch*, Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozess, KritV 1989, 323.

8 *Heß*, a.a.O.; *Fleischer*, in: Gutachten F. 117 zum 64. DJT (Bd. I 2002), spricht von „Abstoßungsreaktion“ bei Transplantationsversuchen ausländischer Sammelklageregeln.

9 Vgl. *W. Lüke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess (1993), 12 ff.; *Hopt/Baetge* (o. Fn. 6), 54 ff.; *Koch*, Prozessführung im öffentlichen Interesse (1983), 126 ff., 141 ff.; *Haß*, Die Gruppenklage – Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden (1996), 63 ff.; *Heß*, AG 2003, 113, 119 ff.; *Stadler*, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in: *Brönneke* (Hg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (2001), 3 ff.; *Baums* (Hg.), Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (2001), Rdnr. 189.

10 *Stadler*, Bündelung von Verbraucherinteressen (o. Fn. 9), 4; *Koch*, JZ 1998, 801, 804.

11 *Stadler*, Bündelung von Verbraucherinteressen (o. Fn. 9), 7; *Haß*, Gruppenklage (o. Fn. 9), 169 ff.

12 NJW 2004, 1532; dazu krit. *Micklitz/Beuchler*, das. 1502. Zur zutreffenden Charakterisierung dieser Klage als Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft vgl. *Stadler*, Musterverbandsklagen nach künftigen deutschen Recht, in: *FS Schumann* (2001), 465.

Koch, Sammelklagen oder Musterverfahren

hilft wohl nur eine Klarstellung im neuen Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG).¹³

c) Mit seiner Anerkennung der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁴ hat der BGH noch einen anderen Weg für die gemeinsame Verfolgung zahlreicher Ansprüche eröffnet: Sie kann den Gesellschaftszweck darstellen, so dass zahlreiche Betroffene als GbR klagen können, es also einer prozessualen Bündelung gar nicht bedarf: Es tritt nur ein Kläger auf, nämlich die Geschädigten-GbR. Da sie eine Gelegenheitsgesellschaft ist und kaum eine aufwendige Organisationsstruktur erfordert, betreibt sie keine *geschäftsmäßige* Rechtsbesorgung i.S. des RBERG. Auch kann angesichts der nur gesamthänderischen Bindung der Gesellschafter-Ansprüche nicht von Besorgung *fremder* Rechtsangelegenheiten die Rede sein,¹⁵ so dass die Geschädigten-GbR nicht durch das RBERG behindert wird. Da es sich um eine Klage handelt, gibt es auch keine Probleme mit unterschiedlichen Zuständigkeiten, verschiedenartiger Bindungswirkung oder Verjährungshemmung, so dass diese Form der Kumulierung mit dem geringsten Aufwand verbunden ist. Dass sie bisher noch wenig genutzt wird, dürfte einmal an der noch ungewohnten Form der Bündelung, zum anderen an der immerhin erforderlichen Initiative jedes einzelnen Geschädigten liegen, der seinen Anspruch in die Gesellschaft einbringen und sich mit den übrigen Beteiligten auf gemeinsames prozessuales Vorgehen (jedenfalls Mandatierung eines Anwalts) verständigen muss. Auch die Grenzen anwaltlicher Werbung könnten dabei eine Rolle spielen, auch wenn sie immer weiter hinausgeschoben werden. Vielleicht ist auch das anwaltliche Interesse an solcher Kondensierung zu einem Mandat (Gebührendegression, nur einmalige Gebühr nach § 7 RVG ohne Erhöhung) nicht so ausgeprägt wie bei anderen insoweit ertragreicheren Formen der Kollektivierung wie bei der Streitgenossenschaft.

d) Die Verbandsklage *de lege lata* hat selbst der europäische Richtlinienggeber auf den Unterlassungsrechtsschutz beschränkt.¹⁶ Versuche, mit einer Verbandsklage auch Zahlungsansprüche gebündelt geltend zu machen, scheitern entweder an den bereits erwähnten Zweifeln an der Aktivlegitimation oder an den hohen Anforderungen an eine gewillkürte Prozessstandschaft, die die Rechtsprechung bisher nur vereinzelt als erfüllt angesehen hat.¹⁷

e) Musterprozesse sind folglich die am häufigsten genutzte Möglichkeit der Bündelung von Massenklagen – wenn es denn eine solche Bündelung ist: Denn es werden dabei gerade nicht zahlreiche Klagen zusammengefasst, sondern einzelne, möglichst repräsentative Verfahren exemplarisch herausgegriffen (wie in Frankfurt), um später die zahlreichen anderen Ansprüche/Verfahren nach diesem Modell behandeln zu können.

Was heißt Musterprozess? Er kann seine exemplarische Funktion entweder im Wege der Vereinbarung zwischen den Parteien erhalten¹⁸ – vorausgesetzt, es gelingt, alle oder möglichst viele Beteiligte dafür zu gewinnen. Allerdings kann eine echte Rechtskrafterstreckung damit noch nicht erreicht werden.¹⁹ Oder aber – wie in Frankfurt geschehen – es ist das Gericht, das

von zahlreichen, gleichzeitig anhängigen Verfahren einzelne herausgreift, vorzugsweise terminiert und entscheidet, um sodann die zurückgestellten Verfahren später in gleicher Weise wie das Musterverfahren zu entscheiden (oder aber um die anderen Verfahren mit der Präcedenzwirkung der Musterentscheidung einer vergleichweisen Lösung zuzuführen). Eine Selbstbindung im prozessualen Sinne ist dies freilich nicht. Vielmehr hat eine Musterentscheidung insoweit nur „persuasive authority“. – Ob eine solche abgestufte Terminierung im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot des § 272 Abs. 3 und den prozessualen Gleichbehandlungsgrundsatz vom richterlichen Terminsbestimmungs-Ermessen²⁰ gedeckt ist, ist bekanntlich umstritten. Immerhin lässt sich eines der damit verbundenen Probleme (das in Frankfurt aufgetaucht ist), nämlich das der Gleichbehandlung bei richterlichen Hinweisen, wohl dadurch lösen, dass diese schriftlich und allen Beteiligten eines Massenverfahrens mitgeteilt werden.²¹ Mit dem geplanten KapMuG soll dies bekanntlich auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden; darauf ist zurückzukommen.

IV. Kollektive Rechtsschutzformen im Ausland

Auch hier kann ich mich angesichts intensiver rechtsvergleichender Vorarbeiten auf wenige Hinweise beschränken.²²

1. Class action in den USA (Canada, Australien, Neuseeland)

Inbegriff der Sammelklage und für viele *das* Allheilmittel, für andere das Schreckgespenst schlechthin ist die US-amerikanische class action.²³ Sie ist nicht nur unter rechtspolitischer und rechtsvergleichender Perspektive für uns interessant, sondern auch deswegen, weil in der internationalen forensischen Praxis immer häufiger auch hiesige geprellte Verbraucher, Anleger, Unfallopfer sich an class actions in den USA auch gegen europäische beklagte Unternehmen beteiligen. Dies wird einmal durch die ungewöhnlich großzügigen Zuständigkeitsregeln in den USA ermöglicht und verleiht dem Wettbewerb der „Justizplätze“ immer größere Bedeutung. Das „forum shopping“ wird durch die jeweilige Anwaltschaft daher nachdrücklich betrieben.²⁴ Man denke an das amerikanische Telekom-Parallelverfahren (u. Fn. 26) oder an die im März 2005 in New York begonnene Verhandlung um die WorldCom-Pleite, in der auch deutsche Anleger gegen die Deutsche Bank, Morgan Chase, Warburg u. a. klagen.

Die class action eröffnet einer Partei (und ihrem Anwalt) die Möglichkeit, vor Gericht das Interesse vieler gleichartig Betroffener zusammen mit ihrem eigenen geltend zu machen, ohne dass diese formal beteiligt werden müssten. Die (Rechtskraft-)Wirkung einer Entscheidung²⁵ erstreckt sich gleichwohl auf sämtli-

13 Der DiskE des BMJ, NJW Beilage zu Heft 38/04 entspricht in der Formulierung im Wesentlichen nur dem bisherigen § 3 Nr. 8 RBERG: „Rechtsdienstleistungen durch ... Verbraucherverbände ... sind erlaubt, soweit sie innerhalb des jeweiligen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs erbracht werden“ (§ 8 Nr. 3 RDG).

14 BGHZ 146, 341.

15 So auch *Heß*, AG 2003, 113, 123.

16 Rl. 98/27/EG v. 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG 11.6.1998, L 166/51.

17 Vgl. BGHZ 89, 2; *Zöllner/Vollkommer*, ZPO (24. Aufl. 2004), Vor § 50 Rdnr. 60.

18 Zu den unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. *Jakoby*, Der Musterprozessvertrag (2000).

19 Statt vieler *Zöllner/Vollkommer*, ZPO § 325 Rdnr. 43a, 43b.

20 Vgl. dazu *Zöllner/Stöber*, ZPO § 216 Rdnr. 18.

21 So *Papst*, NJW-Aktuell Heft 1 – 2/2005, XVIII.

22 Statt vieler *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (o. Fn. 6).

23 Im Internet finden sich bei *google* unter dem Begriff „Sammelklagen“ mehr als 500 Einträge, die überwiegend die amerikanische class action betreffen und die erörterten Bewertungen z.T. in drastischer Formulierung enthalten. – In der deutschen Literatur wurde die class action monographisch zuerst vorgestellt von *Koch*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess (1976); aus neuerer Zeit *Eichholtz*, Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente (2002); *Haß*, Gruppenklage (o. Fn. 9); *Stadler*, in: *Brönneke*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (o. Fn. 9) 13 ff.

24 Vgl. *Koch*, Klagetourismus für höheren Schadensersatz bei Großschäden? Forum Shopping in den USA und seine Grenzen, in: *Koch/Willingmann* (Hg.), Modernes Schadensmanagement bei Großschäden (2002), 15 ff.

25 Nicht nur im (seltenen) Fall eines Urteils, sondern auch im Falle des häufigeren gerichtlich bestätigten Vergleichs, s. *Koch*, ZZP 2000, 413, 424.

Koch, Sammelklagen oder Musterverfahren

che Betroffene (die gerichtlich bezeichneten class-Mitglieder), die nicht ausdrücklich ihren Ausschluss aus dem Verfahren begehrt haben. Es sind also zwei Charakteristika der US-amerikanischen class action, die diese von ähnlichen Klageformen in Kanada, Australien und Schweden unterscheiden und die jeden Transplantationsversuch in das übrige Europa massiv behindern:

- Das eine Merkmal ist die bereits angedeutete unternehmerische Rolle, die der Anwalt des „class representative“ spielt. Die sog. American rule des Kostenrechts und die Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen sowie die weitgehende anwaltliche Werbefreiheit haben die class action zu einem höchst effektiven, aber auch missbrauchsanfälligen Instrument in der Hand amerikanischer Anwälte gemacht, das in der Regel dazu führt, dass die Parteien schon bei bloßer Zulassung der Klage als class action eine vergleichsweise Beendigung des Rechtsstreits suchen – nicht zum Nachteil der Anwälte, versteht sich.²⁶
- Das zweite Charakteristikum der damages class action nach Rule 23 b (3) Fed. R. Civ. Proc. ist der sog. opt-out-Mechanismus: Wer als Betroffener nicht vom „class representative“ vertreten werden will, muss seinen Austritt aus der class erklären. Wer untätig bleibt, wird von der Bindungswirkung einer Entscheidung oder eines Vergleichs erfasst.

Die immer noch andersartige Rolle des Anwalts in Europa und die Probleme, die eine solche Regelung im Lichte des Grundsatzes rechtlichen Gehörs mit sich bringt, stehen einer einfachen Übertragung der class action nach Deutschland zweifellos im Wege, wenn wir es uns auch in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion um Justiz-Standort und angemessenen Rechtsschutz für große Gruppen Betroffener nicht so leicht machen und die class action in Bausch und Bogen verdammen sollten.

2. Gruppaltan in Schweden

Das für die passiven Gruppenmitglieder erforderliche rechtliche Gehör hat übrigens dazu geführt, dass bei der jüngst in Schweden nach dem Vorbild der class action eingeführten „Gruppaltan“²⁷ gerade dieser opt-out-Mechanismus zugunsten eines opting in ersetzt wurde: Wer ohne formelle Beteiligung am Prozess an dessen Ergebnis gleichwohl teilhaben (also im positiven wie im negativen Sinne gebunden sein) will, muss zuvor seine Beteiligung am Verfahren beantragen. Interessant sind die schwedische Zulassung von Einzelpersonen, aber auch von Verbänden und sogar Behörden als Gruppenkläger, und die dortige Lösung des Prozesskostenproblems: Das einfache Gruppenmitglied haftet dafür nicht, aber der oder die Gruppenkläger können ihr Kostenrisiko durch eine gerichtlich zu genehmigende Erfolgsbeteiligungsvereinbarung mit dem Anwalt begrenzen. Für risikofreudige Anwälte eröffnet sich damit ein attraktives Betätigungsfeld. – Von einigen solcher Verfahren wird bereits berichtet (z.B. gegen die Skandia-Versicherungsgruppe wegen verdeckter Gewinnausschüttungen); die befürchtete Klageflut ist freilich ausgeblieben.

3. Group litigation in England

Das neue englische Zivilprozessrecht²⁸ sieht bei „multi-party cases“ vor allem ein weites gerichtliches Verfahrensermessen

26 So auch im amerikanischen Parallelprozess zum Frankfurter Telekom-Verfahren: In re Deutsche Telekom AG Securities Litigation, 229 F.Supp. 2nd 277 (S.D.N.Y. 2002), der nach Zulassung am 29.10.2002 bekanntlich mit einer Zahlung von ca. 100 Mio. \$ an die amerikanischen Aktionäre verglichen wurde.

27 Lag (2002: 599) om Gruppaltän, dazu Stengel/Hakeman, Gruppenklage – Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht, RIW 2004, 221. Dazu schon Dopffel/Scherpe, in: Basedow et al. Die Bündelung gleichgerichteter Interessen (o. Fn. 6), 429 ff.; Lindblom 45 Am.J.Comp.L. (1997), 805, bes. 824 ff.

vor: So kann das Gericht eine Group Litigation Order erlassen, mit der nach öffentlicher Bekanntmachung ein Klageregister eingerichtet wird, in das sich Betroffene eintragen müssen, um im Verfahren berücksichtigt zu werden. Das Gericht ernennt einen „lead solicitor“, kann das Verfahren weiter strukturieren, einzelne „test cases“ herausgreifen, deren Entscheidung für zurückgestellte Verfahren dann verbindlich ist, und auch über die Verteilung der Verfahrenskosten entscheiden.

4. Modelle und europäische Trends

Die rechtsvergleichende Umschau ließe sich durch einen Blick auf noch andere und nicht unbedingt exotische Rechte erweitern: In Frankreich wird jüngst die Einführung einer class action kontrovers diskutiert;²⁹ Verbandsklagen auf Schadensersatz, wengleich auf den immateriellen Schaden der Allgemeinheit begrenzt – sind im geltenden französischen und griechischen Recht verbreitet,³⁰ und besondere Vertreterklagen im österreichischen und schweizerischen Recht ermöglichen als actiones pro socio in besonderen Gebieten ebenfalls gesammelte Geltendmachung von Ansprüchen.³¹ Diese Erscheinungsformen beginnen sich unter massivem europäischen Einfluss anzunähern, jedenfalls in ihrem Ziel verbesserter effektiver Rechtsdurchsetzung in bestimmten Politikbereichen (wie Verbraucher- und Umweltschutz). Die prozessualen Instrumente zur Erreichung solcher Ziele sind (wie Art. 249 Abs. 3 EG dies zulässt) in den Mitgliedsstaaten noch unterschiedlich und lassen sich vereinfachend in drei Modellkonzepte – nämlich Verbandsklagen – Sammelklagen – Musterverfahren – einteilen. Die Verbandsklage spielt allerdings in diesem Arsenal insofern eine Sonderrolle, als sie nicht notwendig die anderen Modelle ausschließt, sondern durchaus auch als Musterverfahren durch Verbände oder gar als Sammelklage mit einem Verband als Repräsentanten denkbar ist.³² Wenn wir nämlich die Bedürfnisse nach Verbesserungen im kollektiven Rechtsschutz nach ihren materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Ursachen unterscheiden, so zeigt sich alsbald, dass Verbandsklagen unter Effizienzgesichtspunkten besonders dort anderen Bündelungsformen überlegen sind, wo Rechtsdurchsetzung und -bewährung durch private Kläger mangels hinreichender Anreize kaum stattfindet (also z.B. bei Bagatell- oder diffusen Umwelt- und Verbraucherschäden). Dort geht es also eher um die Verfolgung rechtspolitischer (materiell-rechtlicher) Zielsetzungen. – Anders, wo Einzelklagen durchaus den Aufwand lohnen, also unabhängig davon erhoben würden, ob dies auch andere tun: In diesem Falle geht es bei zahlreichen Klagen um Prozessökonomie. Auf solche Massenklagen will ich mich abschließend konzentrieren und Sammelklagen und Musterverfahren einander gegenüberstellen.

V. Sammelklage und Musterverfahren: Vorzüge und Nachteile

1. Vertretung Betroffener

Sammelklage und Musterverfahren unterscheiden sich zunächst voneinander in dem gänzlich unterschiedlichen Repräsentationskonzept:

28 Civil Procedure Rules 1998 und Practice Directions 2000; dazu Andrews, ZZPInt (2000), 3; Hodges, Multi-Party Actions (2001); Greger, JZ 2002, 1020.

29 Handelsblatt, 5.2.2005, S. 7: „Frankreich will Sammelklagen zulassen“. NJW-aktuell Nr. 8/2005 XII.

30 Puttfarken/Franke und Papathoma-Baetge, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen (o. Fn. 6), 147 und 187; Koch, ZZP 113 (2000), 413, 420 ff.

31 Heß, AG 2003, 113, 117 f.

32 In diese Richtung gehen die rechtspolitischen Vorschläge von Stadler und Micklitz in ihrem Gutachten für das BMVEL: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, hrsg. vom Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht VIEW 2005.

Koch, Sammelklagen oder Musterverfahren

In einem *Musterverfahren* werden unabhängig davon, ob mit oder ohne gesetzliche Grundlage praktiziert, andere gleichartig Betroffene nicht vom Musterkläger in irgendeiner Weise rechtlich vertreten. Allenfalls werden andere Verfahren (vom Gericht oder den Parteien) nach dem Vorbild dieses Musterprozesses behandelt und abgewickelt.

Das ist bei der *Sammelklage* anders: Bei ihr findet eine echte Repräsentation statt, die nur unterschiedlich weit reicht: Die „representative party“ einer amerikanischen class action vertritt zugleich die (vom Gericht näher bezeichneten) class-Mitglieder im Verfahren; jene gelten also ebenfalls als Parteien im Prozess, obwohl sie völlig untätig bleiben können. Wir haben es also mit einer Art „Selbstorganschaft“ zu tun: Der Kläger macht zugleich eigene Ansprüche und die der class-Mitglieder geltend.

2. Bindungswirkung

Dieses Repräsentationskonzept hat natürlich Folgen für die Bindungswirkung. Der Unterschied zwischen Sammelklage und Musterverfahren besteht vor allem darin, wie das repräsentativ vor Gericht verhandelte Verfahren für die größere Zahl der repräsentierten Verfahren Verbindlichkeit erlangen kann.

Im Falle der *Sammelklage* nach dem Muster der class action oder grupptalan wird die Bindung der passiven Anspruchsteller dadurch erreicht, dass sie vom Verfahren benachrichtigt werden, so dass sie die Möglichkeit der Beteiligung haben. Eine gerichtliche Entscheidung bindet daher alle, die sich haben registrieren lassen, auch diejenigen, die am Verfahren nicht aktiv teilnehmen. Denn sie gelten als vollwertige Prozessparteien, für die nur der Sammelkläger handelt.

Anders beim *Musterprozess*: Unabhängig davon, ob bereits weitere Parallelverfahren anhängig sind oder ob der Musterprozess zunächst allein stattfindet, kann eine Musterentscheidung zunächst nur faktische (materielle) Präzedenzwirkung entfalten, kann also nicht verhindern, dass zahlreiche weitere Verfahren in derselben Sache angestrengt werden, und sei es auch nur um die Verjährung zu hemmen. Der KapMuG-Entwurf will weitere Verfahren dadurch überflüssig machen, dass er in § 16 den Musterentscheid für die übrigen Verfahrensbeteiligten nach Art der Nebenintervention (§§ 67, 68 ZPO) für verbindlich erklärt. Da dies aber nur für diejenigen gilt, die bereits Klage erhoben haben (und nach Auswahl eines Musterklägers beigelegt werden), erspart es nur die Fortführung der übrigen Klagen nach dem Musterentscheid. Um auch zahlreiche andere Anspruchsteller von der Klageerhebung abzuhalten, die trotz Kenntnis des Musterverfahrens noch selbständig klagen wollen, um die Verjährung zu hemmen oder verbindlich partizipieren zu können, sind Vereinfachungen in der Anmeldung von Ansprüchen bei Gericht erforderlich, die nicht sogleich den vollen gerichtlichen Aufwand einer wirksamen Klageerhebung auflösen (z. B. nach Art eines Mahnbescheid-Antrags).³³

3. Streitgegenstand und Rechtskraft

Ein weiterer Unterschied zwischen Sammel- und Musterklage besteht in den objektiven Rechtskraftgrenzen: Welcher Streitgegenstand wird in der Sammel- und Musterklage verhandelt und entschieden? Das ist nicht nur eine Lehrbuchfrage, sondern hat sehr praktische Relevanz: Wird eine Sammelklage mit einem bestimmten rechtswidrigen Verhalten des Beklagten begründet, dann ist sehr fraglich, ob davon auch Anspruchsteller erfasst werden, die ihren entsprechenden Haftungsanspruch auf ein *anderes* Verhalten des Beklagten stützen – mit der Folge, dass

jene Kläger getrennt vorgehen könnten, weil sie nicht vom Musterverfahren erfasst werden.

Wiederum kann das Telekom-Verfahren als Beispiel dienen: Werden auch diejenigen Ansprüche mit einer Sammelklage repräsentiert, die zwar gleichfalls mit Prospektfehlern begründet werden, dabei aber nicht auf die Überbewertung von Immobilien, sondern auf den umstrittenen Voicestream-Kauf Bezug nehmen? Das New Yorker Bundesgericht hat in der dort anhängigen class action beide Begründungen als *eine* gemeinsame Rechts- und Tatsachenfrage angesehen (common question of law or fact).³⁴ Geht man mit der deutschen Rspr. vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus, wonach Antrag und „Lebensvorgang“ die Identität des Verfahrens kennzeichnen,³⁵ so ergeben sich bei unterschiedlichen Tatsachengründen (zwei verschiedene Prospektfehler) für eine Anspruchsgrundlage auch zwei Streitgegenstände (keine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz!). – Sieht man hingegen den Klaggrund nur in dem enttäuschten Vertrauen der Anleger in die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospektes, so wird es nicht mehr darauf ankommen, welche ad hoc-Informationen der Emittent denn hätte konkret geben müssen, um die Prospektwahrheit zu erhalten (also ein Streitgegenstand).

Eine Sammelklage nach amerikanischem, schwedischem oder englischem Muster käme hier zweifellos zu einem einheitlichen Streitgegenstand. Der Musterentscheid hingegen fasst auch nach der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung (KapMuG) nur zahlreiche anhängige Einzelverfahren zusammen und behandelt und beurteilt einige – aber keineswegs alle – Tatsachen- und Rechtsfragen verbindlich gemeinsam. Musterverfahren heißt insoweit nur: Kompromiss auf dem Wege zu *einem* Streitgegenstand. Denn nach wie vor haben die passiven Kläger (Beigeladenen) eine gewisse Selbständigkeit (wie der einfache Nebeninterventent), die aber durch die mit dem Musterprozess verbundene Verfahrenskonzentration sinnvoll eingeschränkt ist.

4. Kosten und Finanzierung

Mit den herkömmlichen Mitteln der massenweisen Klageerhebung (also Streitgenossenschaft, fiduziarische Abtretung, Klage einer GbR) lässt sich das Kostenrisiko für die Kläger insgesamt allenfalls mit Hilfe der Zusammenrechnung des Streitwerts (§ 5 ZPO, §§ 39, 48 Abs. 1 GVG, § 22 RVG) und der damit verbundenen Gebühren-Degression herabsetzen. Gelingt eine gemeinsame anwaltliche Vertretung nicht, so kommt es für die Anwaltsgebühr nicht einmal zu dieser Degression. Immerhin kann es im Falle der Streitgenossenschaft gem. § 100 ZPO zu einer Kostenrisikoverteilung auf viele Schultern kommen, was z.B. bei aufwendiger Beweisaufnahme schon einen Entlastungseffekt bringt.

Eine Sammelklage, in der die Ansprüche also von vornherein durch einen Repräsentanten oder Treuhänder gebündelt geltend gemacht würden, könnte nur die Zusammenrechnung des Gebührenstreitwerts sicherstellen. Das Problem außenstehender, also abwartender Anspruchsteller, die auf den Präzedenzcharakter der Entscheidung vertrauen und ohne jedes eigene Kostenrisiko davon profitieren wollen, lässt sich nur mit Sammelklagen amerikanischen Stils (opt out-Mechanik) lösen.

Ein einfacher Musterprozess, der anderen Verfahren vorausgeht und dessen Entscheidung nur materielle Präzedenzwirkung entfaltet, senkt das Kostenrisiko für den hypothetischen Gesamtstreit zwar erheblich, verlagert es jedoch allein auf den Musterkläger, es sei denn, im Hinblick auf den Mustercharakter

33 Braun/Rotter, BKR 2004, 296, 299 f.

34 In re Deutsche Telekom AG Securities Litigation (o. Fn. 26), 281.

35 BGH NJW 1991, 1047; Zöller/Vollkommer, ZPO Einl. Rdnr. 71.

Weigel, Sammelklagen oder Musterverfahren

seien andere Prozessfinanzierungsabsprachen getroffen worden. Auch bleibt das Trittbrettfahrer-Phänomen kostenrechtlich unbefriedigend.

Eine aus zahlreichen Verfahren herausgehobene Musterklage – wie jetzt im Telekom-Verfahren – bedarf auch im Hinblick auf die Kostenverteilung dringend einer gesetzlichen Regelung, da sie de lege lata nicht nur zu einer Kostenrisikoentlastung führt, sondern sogar in erheblichen Zusatzkosten des Musterklägers resultieren kann, dessen Anwalt das Verfahren ja besonders arbeitsaufwendig betreiben wird. Es bedarf also einer Regelung, die einmal der Tatsache Rechnung trägt, dass es sich bei dem Musterverfahren im Kern um eine Feststellungsklage handelt, deren Entscheidung für die zurückgestellten Verfahren verbindlich sein soll. Zu denken ist also an eine entsprechende Reduzierung des Gesamtstreitwerts oder an eine Befreiung von den Gerichtskosten im Hinblick auf die mit dem Musterverfahren erreichte Entlastung der Justiz.³⁶ Zum anderen müssen der oder die aktiven Musterkläger für ihren im Vergleich zu den passiven Beteiligten größeren Aufwand im Erfolgsfall gesondert vergütet werden und im Misserfolgsfall die übrigen Kläger anteilig zu den höheren Kosten heranziehen können.³⁷ Damit ist freilich noch nicht das free rider-Problem gänzlich außenstehender Gläubiger gelöst.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Das geltende deutsche Zivilprozessrecht ist für Probleme, die sich mit Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes stellen, nicht hinreichend gerüstet, weil das ihm zugrunde liegende 2-Parteien-Konzept das Ziel effizienter Rechtsdurchsetzung weitgehend verfehlt.
2. Effiziente Rechtsdurchsetzung kann zweierlei heißen: Prozessökonomische Bewältigung von Massenverfahren und wirkungsvolle Umsetzung materiell-rechtspolitischer Ziele, wo bisher Einzelverfahren mangels hinreichender Anreize nicht stattfinden würden.
3. Eine neue gesetzliche Regelung kollektiven Rechtsschutzes sollte deshalb nicht bei der Verbesserung des Verfahrensrechts für bereits anhängige Massenklagen stehen bleiben. Denn das Ziel effizienter Rechtsdurchsetzung bei massenhaften Rechtsverletzungen ist nur zu erreichen, wenn diese auch tatsächlich verfolgt werden, z.B. durch Haftungsanktionen.

36 Stadler, in: Brönneke, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (o. Fn. 9), 35 f.

37 Stadler, a.a.O., 36, Braun/Rotter, BKR 2004, 296, 301; Heß/Michaelid, ZIP 2004, 1381, 1386.

4. Die Verfolgung zahlreicher gleichartiger Verstöße durch private Betroffene kann entweder gebündelt geschehen (Sammelklage). Dann bedarf es einer Reihe von Änderungen einschlägiger Verfahrensvorschriften, angefangen von einheitlicher Zuständigkeit über Prozessführungsbefugnisse und Beteiligungsrechte (opt-in/opt-out) bis hin zu anwaltlichen Vertretungs- sowie Kostenregeln, die eine solche gebündelte Geltendmachung von Ansprüchen erleichtern können.

5. Ein Musterverfahren hingegen soll einzelne, geeignete und repräsentative Modellfälle vorzugsweise behandeln und muss daher, um prozessökonomisch erfolgreich zu sein, für die zurückgestellten Fälle verbindlich sein. Eine entsprechende gesetzliche Regelung muss das rechtliche Gehör der zurückgestellten Kläger gewährleisten. Um auch Klagen weiterer gleichartig Betroffener überflüssig zu machen, sind vereinfachte Anmeldeverfahren einzuführen, die ebenfalls Bindungswirkung entfalten.

6. Sammelklage und Musterverfahren können sich zwar bei gleichartigem Streitgegenstand im konkreten Fall gegenseitig ausschließen, nicht aber als generelle Möglichkeit der Verfolgung zahlreicher gleichartiger Beschwerden. Ein Musterverfahren erscheint dort geeignet, wo Einzelrechtsschutz wegen geringwertigen Individualinteresses kaum in Anspruch genommen würde. Sammelklagen sind vor allem bei zahlreichen bereits anhängigen, im Kern gleichartigen Prozessen sinnvoll.

7. Die Sperr- und Bindungswirkung, die ein anhängiges Verfahren für alle gleichartigen Streitgegenstände entfaltet, erfordert eine (auch europäisch geprägte) Bestimmung des Streitgegenstandes von Sammel- und Musterklagen: Es liegen im Kern identische Rechts- und Tatsachenfragen vor, soweit ein Verhalten des Beklagten als rechtswidrig angegriffen wird, selbst wenn davon viele Einzelkläger und in unterschiedlichem Maße betroffen sind.

8. Sowohl Sammelklagen als auch Musterverfahren müssen durch kostenrechtliche Regelungen begleitet werden, die Aufwand und Risiko nicht allein dem aktiven Prozessführer bzw. seinem Anwalt überlassen. Dies kann entweder durch externe Prozesskosten-Finanzierungsvereinbarungen geschehen. Oder aber dem Gericht werden besondere Befugnisse der Streitwertbegrenzung und Kostenbelastung übertragen. Das Trittbrettfahrer-Problem könnte kostenrechtlich dadurch aufgefangen werden, dass Außenstehende bei nachträglicher Anmeldung ihrer Forderung zu den vorangegangenen Prozesskosten des Muster- oder Sammelverfahrens nach GoA-Grundsätzen herangezogen werden.

Sammelklagen oder Musterverfahren – Verfahrensrechtliche Konzepte zur effizienten Abwicklung von Massenklagen¹

Rechtsanwalt Dr. Michael Weigel, Frankfurt/Main

I. Problemstellung

In letzter Zeit wurden wir zunehmend mit dem Phänomen konfrontiert, dass von Schadensereignissen nicht nur eine Vielzahl von Personen betroffen werden, sondern diese die ihnen auf-

grund dessen (vermeintlich) zustehenden Rechte dann auch gerichtlich geltend machen. Bisheriger Höhepunkt dieser Entwicklung sind die beim Landgericht Frankfurt anhängigen Prospekthaftungsklagen gegen die Deutsche Telekom. Dort sind rd. 2.000 Klagen von Anlegern anhängig, weitere 15.000 befinden sich noch bei Schiedsstellen wie insbesondere der in Hamburg (ÖRA), wo die Ansprüche, zum Zwecke die Verjährung zu hemmen, zunächst angemeldet wurden.

¹ Vortrag, gehalten anlässlich des 3. ZPR-Symposiums der BRAK am 4./5.3.2005 in Potsdam.

Weigel, Sammelklagen oder Musterverfahren

Gerade dieses Verfahren hat gezeigt, dass das vorhandene Instrumentarium der ZPO und vor allem die bei den Gerichten vorhandene Infrastruktur mit derartigen Fallgestaltungen überfordert ist, was u.a. bereits zur Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wegen vermeintlich überlanger Verfahrensdauer geführt hat, weil ca. 3 Jahre nach Einreichung der ersten Klagen im August 2001 noch keine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte (vgl. BVerfG, NJW 2004, 3320). Nachdem im November 2004 in 10 sog. „Musterverfahren“ oder „Pilotverfahren“ mündlich verhandelt wurde, ist dann aus Anwaltskreisen Kritik wegen (vermeintlicher) Ungleichbehandlung laut geworden (Pabst, NJW 2004, Heft 1, XIX).

II. Der Regierungsentwurf eines Kapitalanleger-Musterklageverfahrens sowie der Alternativentwurf der Professoren Micklitz und Stadler

Das Justizministerium hat inzwischen mit einem Entwurf für ein Musterklageverfahrensgesetz reagiert, der im November 2004 vom Kabinett verabschiedet und am 18.2.2004 vom Bundesrat behandelt wurde. In seiner abschließenden Stellungnahme (BR-Drs. 2/05) hat der Bundesrat umfangreiche Kritik geäußert, die z.T. mit den vom ZPO-Ausschuss der BRAK und vom Zivilrechtsausschuss des DAV geäußerten Bedenken übereinstimmt und eine Reihe von Änderungsvorschlägen unterbreitet. Mit einer Verabschiedung des Gesetzes ist vor Ende des Jahres wohl nicht zu rechnen.

In der Erwartung, dass das Gesetz bereits im Frühjahr 2005 in Kraft treten würde, ist über die Anwendung des Musterklageverfahrens in der ersten mündlichen Verhandlung des Telekom-Verfahrens im November letzten Jahres bereits öffentlich diskutiert worden, und der Vors. Richter hat sich offenbar darauf eingerichtet, dass das KapMuG schon für die Telekom-Verfahren Anwendung findet.

Ich unterstelle, dass der aktuelle Regierungsentwurf für ein Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz allen Anwesenden im Wesentlichen bekannt ist. Deshalb will ich den **Inhalt** nachfolgend nur kurz **zusammenfassen**.

Das KapMuG ermöglicht es den Parteien einer Schadenersatzklage wegen unzutreffender Kapitalmarktinformation für die Entscheidung vorgreifliche Tatbestandsmerkmale und/oder Einwendungen durch das übergeordnete OLG in einem Musterverfahren für alle Parteien rechtskräftig klären zu lassen, in deren Rechtsstreiten diese Punkte entscheidungserheblich sind. Voraussetzung ist, dass neben dem ersten Musterfeststellungsantrag binnen vier Monaten nach Bekanntgabe in einem elektronischen Klageregister 9 weitere gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge eingetragen werden. Das Prozessgericht legt dann die Vorlagefragen dem OLG in Form einer Art Beweisbeschluss vor. Mit Bekanntgabe dieses Vorlagebeschlusses im Klageregister werden neben den Rechtsstreiten, die infolge Einreichung eines Musterfeststellungsantrags bereits unterbrochen waren, auch alle weiteren Rechtsstreite ausgesetzt, für deren Entscheidung die Vorlagefragen vorgreiflich sind, auch wenn dort kein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde.

Das OLG bestimmt dann aus dem Kreis der Kläger, die bei dem vorlegenden Gericht Klage erhoben haben, einen Musterkläger. Die übrigen Kläger haben in dem anschließenden Musterfeststellungsverfahren beim OLG die Stellung von so genannten Beigeladenen, d.h., sie werden behandelt wie Streitverkündete, wobei sie allerdings Kopien der Schriftsätze der Hauptparteien nur auf besonderen Antrag erhalten und ihre Schriftsätze nur den Musterparteien und dem Gericht zugeleitet werden.

Das OLG klärt dann die Vorlagefragen und erhebt hierzu, soweit erforderlich, Beweis auf der Grundlage des Vorlagebeschlusses. Eine Abänderung dieses Beschlusses ist auf Antrag

des Musterklägers oder -beklagten sowie von mindestens 10 Beigeladenen möglich. Die Kosten der Beweiserhebung werden von der Staatskasse vorgelegt.

Nach mündlicher Verhandlung, zu der die Beigeladenen durch Bekanntmachung im elektronischen Klageregister geladen werden können, entscheidet das OLG dann durch Beschluss über die Vorlagefragen. Dieser Musterentscheid bindet neben Musterkläger und Musterbeklagten auch alle Beigeladenen, d.h. alle Kläger, deren Rechtsstreite gegen den Musterbeklagten wegen Vorgreiflichkeit der Vorlagefragen bis zur Beendigung des Musterverfahrens ausgesetzt worden sind. Ihnen gegenüber unterliegt die Rechtskraftbindung allerdings denselben Grenzen wie gegenüber einem Streitverkündeten.

Die Kosten des Musterverfahrens werden entsprechend dem quotalen Anteil des jeweiligen Streitwerts am Gesamtstreitwert aller ausgesetzten Rechtsstreite auf diese verteilt und dann jeweils in der Kostenentscheidung den dortigen Parteien nach allgemeinen Regeln zugewiesen. Zusätzliche Anwaltsgebühren werden durch das Musterverfahren nicht ausgelöst.

Gegen den Musterbescheid kann von den Parteien oder Beigeladenen Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt werden, wobei diese stets grundsätzliche Bedeutung hat. Anders als bei den Musterverfahren selbst sind hier allerdings nur die Musterparteien und die Beigeladenen beteiligt, die dem Verfahren beigetreten sind. Über die Kosten der Rechtsbeschwerde wird gesondert entschieden, wobei die Kostenlast der Kläger und Beigeladenen jeweils auf den Betrag beschränkt ist, der dem Wert der von ihnen erhobenen Klage entspricht.

Demgegenüber dürfte der inzwischen veröffentlichte **Alternativentwurf** noch weitgehend unbekannt sein. Er beruht auf einem Gutachten, das das Ministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft bei den Professoren Dr. *Hans Micklitz* und Dr. *Astrid Stadler* eingeholt hat.

Der Alternativentwurf sieht vor, alle Verbands-, Muster-, Sammel- und Gruppenklagen in einem einheitlichen Gesetz zu regeln. Hierbei handelt es sich um eine Änderung und Ergänzung des vorhandenen Unterlassungsklagegesetzes. Neben den bereits bekannten Verbandsunterlassungsklagen enthält der Entwurf eine Reihe neuer Klageformen.

Zunächst sieht der Alternativentwurf für alle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzungen von Verbraucherschutzvorschriften eine so genannte Abschöpfungsklage vor, durch die Verbraucherschutzverbände zugunsten eines Fonds Bagatellansprüche von Verbrauchern im Wert von unter 25,00 Euro geltend machen können. Hierdurch soll erreicht werden, dass durch eine sog. Muster- oder Sammelklage so genannte „Unrechtsgewinne“ abgeschöpft werden, die in Folge ihres geringen Wertes anderenfalls nicht geltend gemacht würden.

Daneben soll es Verbraucherschutzverbänden in einem weit aus stärkeren Maße, als es derzeit im Rechtsberatungsgesetz bereits vorgesehen ist, gestattet werden, in Form einer sog. Muster- oder Sammelklage Forderungen von Verbrauchern im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft oder der Abtretung gerichtlich geltend zu machen.

Schließlich soll jedermann die Möglichkeit eröffnet werden, als Repräsentant für mindestens 20 weitere Personen auch mit Rechtswirkungen für diese eine so genannte Gruppenklage einzuleiten, für die dann das OLG erstinstanzlich zuständig ist. Dies setzt einen entsprechenden Antrag voraus, aus dem sich ergeben muss, dass den Mitgliedern der Gruppe auf derselben tatsächlichen rechtlichen Grundlage Ansprüche zustehen und diese nicht ebenso gut durch individuelle Klagen geltend gemacht werden können sowie, dass der Kläger geeignet ist, die Interessen der anderen Betroffenen sachgerecht zu vertreten und die Finanzierung des Rechtsstreites zu organisieren.

Der Antrag wird dann von dem angerufenen Gericht in einem elektronischen Klageregister mit der Aufforderung veröffentlicht, dass potentiell betroffene Gruppenmitglieder dem Verfahren durch Erklärung gegenüber dem Prozessgericht oder gegenüber dem Klageregister innerhalb einer bestimmten Frist beitreten. Dieser Beitritt hat ebenso wie die Klageerhebung zur Folge, dass der Ablauf der Verjährung gehemmt wird.

Nach Fristablauf entscheidet das Gericht durch Beschluss aufgrund mündlicher Verhandlung über die Eröffnung des Verfahrens. Hierzu hat es zu prüfen, ob die Klagegründe der Beitretenden hinreichend übereinstimmen. Personen, bei denen dies nicht der Fall ist, kann das Gericht ausschließen. Sofern bei mindestens 20 weiteren Teilnehmern parallele Klagegründe vorliegen, eröffnet das Gericht das Gruppenverfahren und macht diese Entscheidung im Klageregister bekannt. Nach Fristablauf können weitere Teilnehmer nur zugelassen werden, soweit dies nach Maßgabe der ZPO sachdienlich ist.

Die Rechte der übrigen Teilnehmer werden in dem anschließenden Verfahren ausschließlich von dem Gruppenkläger wahrgenommen. Das Gericht kann jedoch anordnen, dass den übrigen Teilnehmern über das elektronische Klageregister Informationen zur Verfügung gestellt werden, soweit es dies für erforderlich hält. Zu benachrichtigen sind die Gruppenmitglieder insbesondere über Grund-, Teil- oder Endurteile sowie über beabsichtigte Prozessvergleiche. Der Gruppenkläger soll die teilnehmenden Mitglieder darüber hinaus hinsichtlich wichtiger Verfahrensereignisse konsultieren, soweit ihm dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist.

Erweist sich der Gruppenkläger als ungeeignet, so hat ihn das Gericht abzusetzen und aus dem Kreis der übrigen Teilnehmer einen neuen Gruppenkläger zu ernennen.

Dem Gericht kommt nach den Vorstellungen des Alternativentwurfs eine über das bisher bekannte Maß weit hinausgehende Verantwortung für den Ablauf des Verfahrens zu. Der Richter soll insbesondere darauf hinwirken, zu klären, ob ein Leistungs- oder Feststellungsantrag gestellt wird oder ob gegebenenfalls Untergruppen gebildet werden sollen. Es kann nach Ermessen über einzelne Sach- oder Rechtsfragen Teilfeststellungsurteile oder ein Grundurteil erlassen.

Sofern das Gericht ein rechtskräftiges Grund- oder Teilfeststellungsurteil erlassen hat, kann es alle Beteiligten zu einer Anhörung laden, um einen Vergleich herbeizuführen. Gelingt dies nicht, entscheidet es durch Endurteil – das dann für alle Gruppenmitglieder bindend ist – über den Klageantrag oder die Beendigung des Gruppenklageverfahrens, bleibt für die sich anschließenden Einzelverfahren dann aber weiter zuständig.

Gegen dieses Urteil kann von den Parteien Revision eingelegt werden. Die Gerichtskosten des Verfahrens sind auf die Hälfte herabgesetzt. Dem Anwalt des Gruppenklägers steht eine zusätzliche Gebühr zu. Für die Kosten des Verfahrens haften die Gruppenmitglieder nur anteilig.

III. Erörterung der Entwürfe vor dem Hintergrund verschiedener Problemstellungen

Nachfolgend werde ich die beiden Regelungsmodelle anhand einer Reihe von Problemfeldern erörtern. Der Vergleich ist allerdings nicht ganz fair, da der vom Verbraucherschutzministerium initiierte Alternativentwurf nicht den Anspruch erhebt, bis ins Detail ausgearbeitet zu sein. Auf dieser Grundlage will ich dann versuchen, aus Sicht der Praxis eine erste Einschätzung dazu abzugeben, ob und inwieweit die Regelungsmodelle geeignet sind, die sich aus Massenverfahren ergebenden Probleme zu lösen, ohne andererseits unangemessen in die Rechte der Betroffenen einzugreifen.

1. Streitgegenstand

Ein grundlegendes Problem bei der Behandlung von Massenklagen ist die Abgrenzung des Streitgegenstandes, über den eine allgemeine verbindliche Entscheidung getroffen werden soll.

Der Alternativentwurf sieht insoweit sowohl eine Abgrenzung nach außen – durch Ausschluss potentieller Gruppenmitglieder – als auch die Bildung von Untergruppen vor. Die Frage, in welchem Umfang individuelle Umstände in das Verfahren eingebracht werden, hängt im Übrigen von der Parteidisposition und damit auch von den Einflussmöglichkeiten der Gruppenmitglieder auf den Gruppenkläger ab. Da die Rechtskraftwirkungen sich nur auf die freiwillig Beigetretene erstreckt, ist dies aber m.E. akzeptabel, zumal das Gericht eine weitgehende Hinweispflicht hat.

Der Anwendungsbereich des KapMuG ist von vornherein auf kapitalmarktrechtliche Ansprüche beschränkt, obwohl das Phänomen von Massenklagen auch in anderen Bereichen auftreten kann und die Beschränkung auf diesen Bereich rechtspolitisch durchaus zweifelhaft sein kann, wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme rügt. Auch innerhalb dieses Bereiches ist die Abgrenzung des Streitgegenstandes m.E. nur unvollkommen geregelt.

In den Telekom-Verfahren etwa wird eine Prospektunrichtigkeit sowohl hinsichtlich der Immobilienbewertung als auch bezüglich des Erwerbs von Voice Stream geltend gemacht, und darüber hinaus sind auch die Abgrenzung der Prospektverantwortlichen und etwaigen Exculpationsmöglichkeiten erheblich.

Nach dem Regierungsentwurf muss es sich lediglich um Sach- und Rechtsfragen handeln, die für mindestens 10 Klagen vorgeflich sind. Der Umfang des Streitgegenstandes hängt damit im Wesentlichen von dem Vortrag in den ersten 10 Klagen ab, in denen ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Eine spätere Abänderungsmöglichkeit ist nur für den Fall vorgesehen, dass die Musterparteien diese in das Verfahren einbringen oder mindestens 10 Beigeladene dies übereinstimmend anregen. In dem Gesetzentwurf wird nicht eindeutig klargestellt, ob sämtliche im Hinblick auf eine bestimmte Kapitalmarktinformation vorgebrachten Rügen und alle im Hinblick auf eine etwaige Haftung aus dieser Kapitalmarktinformation möglicherweise bestehenden Einwendungen dasselbe Feststellungsziel zum Gegenstand haben und deshalb in demselben Musterverfahren geklärt werden sollen – auch wenn die Formulierungen in der Entwurfsbegründung darauf hindeuten – oder ob es sich hierbei um unterschiedliche Streitgegenstände handelt, so dass Klagen, in denen unterschiedliche Aspekte geltend gemacht werden, insoweit auch nicht als gleichgerichtet angesehen werden. Dies hätte zur Folge, dass im Hinblick auf dieselben Kapitalmarktinformationen mehrere Musterklageverfahren denkbar sind, obwohl dies nur wenig sinnvoll erscheint. Wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme rügt, ist es andererseits problematisch, von einem Musterkläger zu erwarten, auch solche Aspekte der Kapitalmarktinformation in dem Musterverfahren anzufechten, die er in seiner Klage nicht geltend gemacht hatte oder zu seinem Vortrag sogar in Widerspruch stehen.

2. Individuelle Tatbestandsvoraussetzungen und Einwendungen

Ein Schwerpunkt der bei Massenklagen auftretenden Probleme ergibt sich daraus, dass die Gerichtsorganisation nicht hinreichend ausgestattet ist, um eine große Anzahl von Verfahren logistisch abwickeln zu können. Dies wird daran deutlich, dass bei den Telekom-Verfahren Erlass und Zustellung einfacher Verfügungen mehrere Monate in Anspruch nehmen und diese zum Teil bereits überholt waren, als sie zugingen. Zwischen der Erhebung der ersten Klagen im August 2001 und der ersten

Weigel, Sammelklagen oder Musterverfahren

mündlichen Verhandlung in einigen wenigen Musterverfahren im November 2004 vergingen mehrere Jahre. Die Voraussetzungen für eine Beweiserhebung – und damit auch für eine Verwendung des Instrumentariums des KapMuG – liegen bis heute nicht vor. Es mag sein, dass die Verfahrensführung durch das Gericht anders gelaufen wäre, wenn die Möglichkeit, ein Musterverfahren durchzuführen, bereits von Anfang an abzusehen gewesen wäre. Auch dies würde jedoch nichts an dem Umstand ändern, dass diese individuellen anspruchsbegründenden oder -ausschließenden Fragen in den Einzelrechtsstreiten spätestens dann entschieden und verwaltungstechnisch abgewickelt werden müssen, nachdem der Musterentscheid ergangen ist. Es steht zu vermuten, dass der Gesetzgeber stillschweigend auf eine Einigung der Parteien hofft, sofern sich nicht aus dem Musterentscheid ohnehin ergibt, dass ein Anspruch bereits dem Grunde nach nicht besteht. Der Bundesrat schlägt deshalb in seiner Stellungnahme vor, das in § 14 Abs. 3 Satz 2 vorgesehene Verbot eines Vergleichsschlusses im Musterverfahren dann nicht eingreifen zu lassen, wenn alle Beteiligten zustimmen (Bl. 16).

In dem Alternativentwurf wird dieses Problem dadurch gelöst, dass entweder der Muster-/Gruppenkläger die individuellen Anspruchsmerkmale sammelt und sie dem Gericht dann in einer Leistungsklage konsolidiert unterbreitet oder das Gruppenklageverfahren nur auf eine Feststellung anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Umstände begrenzt ist. In letzterem Falle müssten die individuellen Ansprüche grundsätzlich auch in Einzelrechtsstreiten geklärt werden. Der Alternativentwurf sieht in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass das Gericht alle Gruppenmitglieder nach Erlass einer Zwischenentscheidung über den Grund des Anspruchs zu einem Güetermin lädt.

Da das deutsche Recht von einer individuellen und konkreten Schadensberechnung ausgeht und anders als andere Rechtsordnungen eine pauschale Behandlung – außer in den Grenzen des § 287 ZPO – gerade nicht vorsieht, wird sich dieses Problem verfahrensrechtlich allerdings auch wohl nicht lösen lassen. Man kann lediglich versuchen, den Arbeitsaufwand möglichst auf den Muster-/Gruppenkläger zu verlagern, um die Ressourcen des Gerichts soweit möglich zu entlasten, wie es der Alternativentwurf vorsieht.

3. Informations- und Teilnahmerechte

Die überwiegende Zahl der Teilnehmer von Massenverfahren sind reine erfahrungsgemäß „Trittbrettfahrer“, die aus eigenem Antrieb nicht das Bestreben haben, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen. In Telekom-Verfahren waren ihre Klagen z.T. nur wenige Seiten lang und aus Internetveröffentlichungen „abgekupfert“. Im Hinblick auf die sich auch für sie ergebenden Rechtskraftwirkungen müssen ihre Rechte trotzdem angemessen gewahrt werden. Aufgrund des insoweit bestehenden Einsparpotentials ist die effektive Gestaltung der Behandlung der „Trittbrettfahrer“ andererseits eine der wichtigsten Regelungsmaterien für Muster-/Gruppenklagen.

In dem Alternativentwurf wird die Information der und Konsultation mit den übrigen Anspruchsinhabern im Wesentlichen dem Muster-/Gruppenkläger überlassen. Für das Gruppenklageverfahren ist lediglich vorgesehen, dass das Gericht den Gruppenmitgliedern über das Klageregister Informationen über grundlegende Ereignisse wie Zwischenurteile und Vergleichsvorschläge zukommen lässt. Im Hinblick darauf, dass die übrigen Gruppenmitglieder ihre Rechte dem Kläger zur Geltendmachung übertragen oder der Gruppe zumindest freiwillig beigetreten sind, erscheint dies akzeptabel. Ob das im Gesetzentwurf vorgesehene Instrumentarium ausreicht, um Missbräuchen vorzubeugen, bleibt abzuwarten.

Im KapMuG haben die übrigen Anspruchsinhaber als Beigeladene grundsätzlich die Stellung einfacher Streitverkündeter, wobei ein genereller Verweis auf die Vorschriften über die Nebenintervention und insbesondere den dort vorgesehenen Beitritt zum Verfahren allerdings fehlt, obwohl die Figur des „Beigeladenen“ zivilprozessual noch nicht definiert ist. Im Hinblick darauf, dass die Rechtskraftwirkungen des Musterentscheides die Beigeladenen Kraft Gesetzes treffen, ohne dass ihnen insoweit eine Wahlmöglichkeit offen steht, erscheint dies nicht unproblematisch. Solange ihnen die Option eröffnet wird, sich die notwendigen Informationen aktiv zu verschaffen und dann gegebenenfalls auch auf den Ablauf des Verfahrens Einfluss zu nehmen, ist dies aber wohl noch akzeptabel.

Vor diesem Hintergrund erscheint es jedoch bedenklich, dass den Beigeladenen im KapMuG, anders als normalen Streitverkündeten, nicht die Möglichkeit gegeben wird, sich durch Beitritt zum Rechtsstreit ein umfassendes Bild über den Ablauf zu verschaffen, weil sie die Schriftsätze der Musterpartei nur auf Antrag und die der anderen Beigeladenen überhaupt nicht zugeleitet erhalten, zumal dies über das elektronische Klageregister unschwer möglich wäre, wie auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vorschlägt.

Bedenklich ist dies aber vor allem im Hinblick auf diejenigen Anspruchsinhaber, die sich selbst aktiv an dem Musterklageverfahren beteiligen wollen, ohne selbst Musterkläger zu sein. Ihnen wird die Teilnahme an dem Verfahren in einer m.E. unakzeptablen Weise verwehrt. Hinzu kommt, dass auch der Verfahrensablauf und der Gerichtsbetrieb unnötig beeinträchtigt werden, wenn aktive Anspruchsinhaber gezwungen werden, sich die notwendigen Informationen durch Einsicht in die Gerichtsakte zu verschaffen oder – fast noch schlimmer – in Unkenntnis des Vortrages anderer Beigeladenen dasselbe nochmals schriftsätzlich vorbringen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu erwägen, ob es im Hinblick darauf, dass der Musterkläger vom Gericht ausgewählt wird, angemessen erscheint, den übrigen Anspruchstellern lediglich die Stellung einfacher und nicht streitgenössischer Nebenintervenienten einzuräumen. Dies geht zwar mit einer entsprechenden Beschränkung der Rechtskraftbindung einher. Die Zwecke, die der Gesetzgeber des KapMuG verfolgt, werden aber auch dann verfehlt, wenn die Beschränkungen der Rechtskraftbindung des Musterbescheides greifen, weil keine hinreichende Einflussnahmemöglichkeit der Beigeladenen bestand und deshalb weitere Verfahren nötig werden. Das in der Regierungsbegründung als einziger Grund gegen eine streitgenössische Nebenintervention angeführte Problem divergierender Rechtsmittelfristen lässt sich m.E. demgegenüber einfach dadurch lösen, dass man insoweit an die Bekanntmachung des Musterentscheides im elektronischen Klageregister anknüpft.

Ob solche aktiven Anspruchsinhaber bereit sein werden, sich mit den ihnen nach dem Alternativentwurf vom Muster-/Gruppenkläger eröffneten Informations- und Einflussnahmemöglichkeiten zu begnügen, bleibt abzuwarten. Da die dahingehenden Pflichten des Klägers in dem Gesetzentwurf ausdrücklich unter dem Vorbehalt stehen, dass ihm dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist, erscheint dies fraglich. Es steht daher zu befürchten, dass aktive Anspruchsinhaber sich bei dem vorliegenden Regelungsmodell dazu veranlasst sehen, separat Rechtsstreite zu führen, was den Intentionen eines Gruppen-/Musterverfahrens zuwiderläuft.

Meines Erachtens sollte erwogen werden, aktiven Anspruchsinhabern die Möglichkeit eines Beitritts als Nebenintervenient zur Gruppenklage einzuräumen. Die Notwendigkeit, hierzu einen Rechtsanwalt zu beauftragen, und die damit verbundenen Kosten dürften ein hinreichendes Mittel sein, um die Zahl

Weigel, Sammelklagen oder Musterverfahren

der in diesem Wege zusätzlichen Verfahrensbeteiligten gering zu halten.

4. Mehrere Beklagte

Gerade bei Massenklageverfahren richtet sich der Focus verständlicherweise auf die Vielzahl der Kläger. Dass darüber hinaus auch die Möglichkeit besteht, dass die Ansprüche gegen mehrere Beklagte gerichtet sind, wird demgegenüber oft übersehen. So finden sich in manchen Telekom-Verfahren neben dieser und dem Vorstand Ron Sommer auch die KfW und die Bundesrepublik Deutschland sowie die Deutsche Bank und gerade in letzter Zeit auch Goldman Sachs auf der Beklagtenseite, ohne dass dies jedoch andererseits bei allen Verfahren der Fall wäre. Gerade bei Prospekthaftungsverfahren ist die Möglichkeit mehrerer Prospektverantwortlicher nur zu nahe liegend.

Trotzdem findet sich in dem KapMuG keine Regelung hierfür. In der Gesetzesbegründung ist lediglich erwähnt, dass eine Streitgenossenschaft auch auf Beklagtenseite möglich sei. Dies kann sich aber wohl nur auf die Beklagten der Ausgangsverfahren beziehen. Was mit Beklagten geschieht, die in den späteren Verfahren neben dem Musterbeklagten Partei sind oder sogar als einzige in Anspruch genommen werden, ist im Gesetz nicht geregelt. Eine Beiladung findet gem. § 8 Abs. 3 nur hinsichtlich der „Kläger“ der übrigen Verfahren statt.

Obwohl die Parteistellung weder in § 7 noch in § 16 als Tatbestandsmerkmal erwähnt ist, kommt eine Aussetzung oder gar Rechtskrafterstreckung gegenüber Beklagten, die nicht Partei des Musterverfahrens sind, wohl kaum in Betracht. Trotzdem findet sich im Gesetzentwurf keine Regelung dafür, wie weitere potentielle Beklagte in das Musterverfahren einbezogen werden, sofern sie nicht Partei der Ausgangsverfahren sind, was allein vom Zufall abhängt. So waren etwa die KfW, Goldmann Sachs und der Bund bei den ersten Telekom-Klagen nicht beteiligt.

Nach allgemeinen prozessualen Möglichkeiten dürfte potentiellen weiteren Beklagten zwar die Möglichkeit einer Nebenintervention auf Beklagtenseite offen stehen, geregelt oder auch nur erwähnt wird dies jedoch weder in dem Gesetzentwurf noch in der Begründung.

Eine zwangsweise Einbeziehung ist nicht vorgesehen, so dass wegen derselben Kapitalmarktinformation gegebenenfalls mehrere Musterverfahren durchgeführt werden müssten, soweit unterschiedliche Beklagte in Betracht kommen. Schon aus Gründen der Parität würde es nahe liegen, auch anderen (potentiellen) Beklagten die Stellung von Beigeladenen einzuräumen, soweit sie in einem der sonstigen Klageverfahren Partei sind, wobei gerade sie allerdings meines Erachtens die Stellung streitgenössischer Nebenintervenienten haben sollten.

Der Alternativentwurf geht auf diese Frage überhaupt nicht ein. Da eine Wirkungserstreckung auf nicht unmittelbar am Muster-/Gruppenverfahren Beteiligte nicht vorgesehen ist und eine Nebenintervention Interessierter zumindest möglich erscheint, ist dies allerdings hier auch nicht ganz so tragisch.

5. Kosten

Ein erhebliches Problem bei Massenverfahren sind die Verfahrenskosten. Zum einen summieren sich auch bei moderaten Streitwerten der einzelnen Verfahren die Gesamtkosten für den Beklagten, wenn er es mit einer Vielzahl von Klägern zu tun hat. Auf der anderen Seite ist bei derartigen Verfahren die Beweiserhebung oft sehr teuer. So sind beim Telekom-Verfahren die Kosten für die Neubewertung des Immobilienvermögens auf 17 Mio. Euro veranschlagt. Wenn mehrere gleichgerichtete Gutachten hierzu eingeholt werden müssten, hätte dies für die Beklagtenseite prohibitive Kosten zur Folge. Hinzu kommt, dass sich wohl auch eine ausreichende Anzahl von Sachverständigen nur schwer finden lassen würde.

Der Entwurf des KapMuG sieht vor, die Kläger von ihrer normalen Kostenvorschusspflicht zu befreien. Das hätte zur Folge, dass zunächst die Staatskasse mit diesen Kosten belastet wird und sie nur dann auf alle Kläger umgelegt werden, wenn deren Klage nicht erfolgreich ist. Der Bundesrat geht deshalb in seiner Stellungnahme – wohl zu Recht – davon aus, dass dies eine Vermehrung solcher Klagen – auch wenn die Anspruchsbeurteilung unklar ist – und damit eine Mehrbelastung der Justiz zur Folge haben wird. Ferner rügt er, dass dies eine unangemessene Bevorzugung von Kapitalanlegern darstelle, die angesichts leerer Staatskassen nicht zu rechtfertigen sei. Die Beklagten hätten zumindest den Vorteil, dass nicht mehrere solcher Gutachten eingeholt werden müssten.

Dieser Bündelungseffekt tritt auch bei einer Muster- oder Gruppenklage nach dem Alternativentwurf ein, weil auch hier mehrere Verfahren zusammengefasst werden. Eine Kostenentlastung der Kläger ist hier allerdings nicht vorgesehen. Es ist vielmehr die Aufgabe des Musterklägers oder der Verbraucherschutzvereinigung, die als Kläger auftritt, sich um die Finanzierung zu kümmern.

Im Hinblick auf die bei den Telekom-Verfahren prognostizierten Kosten hätte dies auf Klägerseite allerdings nur dann einen Entlastungseffekt zur Folge, wenn es dem Kläger gelingt, diese Kosten auf eine Vielzahl anderer Beteiligter zu verteilen. Andererseits dürfte hierdurch der aus den USA bekannten Gefahr entgegengewirkt werden, dass durch kreative „Klageanwälte“ aufgestachelte Geschädigte nach Großschäden dubiose Ansprüche als Gruppenklage geltend machen, ohne eigene Investitionen befürchten zu müssen, die normalerweise eine sorgfältige Anspruchsprüfung zur Folge haben.

6. Zuständiges Gericht

Um die notwendige Sachkompetenz des Gerichts sicherzustellen, sieht der Entwurf des KapMuG auch die Einführung einer einheitlichen Zuständigkeit für alle Klagen wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen vor. Dieses Ziel ist zu begrüßen. Aus diesem Grund – und um einige bei lokalen Gerichten aufgetretene Auswüchse zu verhindern – wurde in den USA die Zuständigkeit für das actions auf die jeweiligen Bundesgerichte verlagert (Class Action fairness act). Nach dem neu vorgesehenen § 32b ZPO soll das Gericht am Sitz des Emittenten bzw. der Zielgesellschaft zuständig sein.

Gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage gemäß § 48 BörsenG und § 18 VerkaufsprospektG, die auf den Ort der Börsenzulassung oder den Sitz des BaFin abstellen, hat die Neuregelung allerdings eine Zersplitterung der Gerichtsstände zur Folge. Während bisher die überwiegende Zahl der Prospekthaftungsklagen bei der entsprechend sachkundigen Kammer des Landgerichts Frankfurt stattfand, muss zukünftig wohl jedes Landgericht entsprechende Kammern einrichten, die dann auch regelmäßig das Klageregister überwachen müssen. Der Bundesrat schlägt deshalb in seiner Stellungnahme vor, stattdessen auf den Börsenstandort oder den Sitz des BaFin abzustellen (Bl. 16 f.).

Darüber hinaus trägt der Gesetzentwurf insofern nicht gerade zur Klarheit bei, als er auf den Begriff des „Emittenten“ abstellt, obwohl die bisher gängige Begriffsbestimmung auf einige der in § 1 aufgeführten Kapitalmarktinformationen nicht passt. Gemeint ist hier wohl jeder Herausgeber einer Kapitalmarktinformation, d.h. die Gesellschaft selbst.

Der Alternativentwurf sieht lediglich vor, dass die Klagen am Sitz des Beklagten erhoben werden, wobei für Gruppenklagen die erstinstanzliche Zuständigkeit des OLG und ganz allgemein, d.h. nicht nur für die einheitliche Feststellung, der allgemein verbindlichen Vorfagen, begründet werden soll. Die oben angesprochenen Bedenken gelten daher auch hier.

IV. Resümee

Im Ergebnis lässt sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen festhalten, dass weder das KapMuG noch der Alternativvorschlag des Verbraucherministeriums alle im Zusammenhang mit dem Phänomen von Massenklagen auftretenden Probleme zu lösen imstande sind. Insgesamt erscheint das Regelungsmodell des Alternativentwurfs flexibler und damit wohl auch praxisnäher, weil es im stärkeren Maße auf die Initiative des Musterklägers und die Eigenverantwortung der beitretenden Gruppenmitglieder setzt. Aus demselben Grund dürfte dieses Modell auch einen größeren Entlastungseffekt für die Gerichte haben als das KapMuG, das wegen der zwingenden Rechtskrafterstreckung viel rigider sein muss, als es bei einem opt in-Modell der Fall ist. Auch der Bundesrat scheint deshalb in seiner Stellungnahme ein solches Modell zu favorisieren.

In Anlehnung an den Alternativentwurf der Professoren *Micklitz* und *Stadler* erscheint mir ein Modell am erfolgsversprechendsten, bei dem sich entweder eine überschaubare Zahl von Klägern darauf einigt, ihren (vermeintlichen) Zahlungsanspruch durch einen Kläger gebündelt im Wege der Leistungsklage geltend zu machen, indem dieser entweder zur Prozess-

führung ermächtigt wird oder die Ansprüche abgetreten erhält. Aus Gründen der „Hygiene“ wäre meines Erachtens allerdings zu erwägen, die Klägerstellung in solchen Verfahren vertrauenswürdigen Obleuten, möglicherweise nicht unbedingt Verbraucherschutzverbänden, vorzubehalten.

Daneben sollte es die Möglichkeit geben, mit verjährungshemmender Wirkung im Wege eines Feststellungsverfahrens vorgegriffene Sach- und Rechtsfragen mit Wirkung für alle Anspruchsinhaber klären zu lassen, die einem solchen Verfahren zustimmen (opt in) oder – soweit sie glauben, sich einbringen zu müssen – als Nebenintervenienten beitreten. Diese Möglichkeit muss dann aber auch auf der Beklagtenseite bestehen. Ich denke, private Eigeninitiative ist eher geeignet, die sich aus der Vielzahl ergebenden logistischen Probleme zu bewältigen, als die Gerichtsverwaltung.

Wie das Problem der individuellen Anspruchsvoraussetzungen gelöst werden kann, falls die Anspruchsvoraussetzungen als bestehend festgestellt worden sind, aber entweder die Kläger oder die Beklagten nicht einigungsbereit sind, vermag ich nicht zu erkennen. Es bleibt m.E. nur auf die Vernunft der Beteiligten zu hoffen.

Zum wissenschaftlichen Anspruch anwaltsorientierter Lehrinhalte¹

Prof. Dr. *Christian Berger*, Leipzig

I. Einleitung

Görg Haverkate hat 1996 in einem Beitrag in der *JuS* die Grundlagen und die Ziele der anwaltsorientierten Juristenausbildung an der Universität Heidelberg dargestellt. Er wirft dabei die Frage auf: „Rechtswissenschaft oder Rechtskunde?“. Darin kommt die Besorgnis zum Ausdruck, dass die Einbindung der anwaltlichen Sichtweise den wissenschaftlichen Anspruch des juristischen Studiums trüben könnte. Diese Besorgnis ist verständlich, meines Erachtens aber unbegründet: Wer sich nicht nur vordergründig mit Rechtsnormen befassen möchte, sondern sich für die Entstehungsbedingungen und Wirkungsweisen von Recht interessiert, darf die Perspektive der Vertragsgestaltung nicht übergehen. „Praxisbezug und Wissenschaftlichkeit stellen richtig verstanden keine Gegensätze dar.“³

Bemerkenswert ist allerdings, dass die wissenschaftliche Komponente in der Diskussion über die anwaltsorientierte Juristenausbildung nur am Rande eine Rolle spielt. Man begründet die Notwendigkeit anwaltsbezogener Lehrinhalte mit der hohen Zahl der Absolventen, die den Beruf des RA ergreifen⁴; den zukünftigen Anwälten sollen bereits innerhalb des Studiums erste Einblicke in die Tätigkeit des RA ermöglicht werden.

Allein dieser Begründungsansatz – so wichtig er ist – vermag allerdings die Befassung mit Vertragsgestaltung an der Universi-

tät nicht zu rechtfertigen. Die Universitäten sind zwar verpflichtet, die ihr anvertrauten Studenten auf die Berufsausübung vorzubereiten⁵. Das entbindet sie aber nicht von dem Postulat der Wissenschaftlichkeit.

Auch die Protagonisten anwaltsorientierter Juristenausbildung behandeln das Thema bislang eher zurückhaltend. Man betont, Anwaltsorientierung müsse selbstverständlich „kritisch“ erfolgen; sie habe „keine Abstriche an Wissenschaftlichkeit“⁶ zur Folge. Eine positive Begründung hierfür wird nicht gegeben.

Diese defensive Grundhaltung überrascht. Es sollte nämlich nicht übersehen werden, dass an der Einbindung der Rechtsgestaltung in den akademischen Unterricht grundsätzliche Kritik geübt wird: Studenten sollten nicht zu früh mit den Möglichkeiten der Interessenwahrnehmung vertraut gemacht werden. Die Interessenverfolgung durch Vertragsgestaltung sieht man als einer der „Gerechtigkeit“ verpflichteten Rechtsordnung nicht in Einklang stehend. Lehrgegenstand sollte zunächst einmal die „objektive“ Rechtsordnung sein.

Ich möchte im Folgenden die Gegenposition einnehmen und begründen. Meine Thesen lauten:

- Rechtsgestaltung ist ein unverzichtbarer Baustein der Privatrechtsordnung.
- Rechtsgestaltung ist ein der Richterperspektive gleichwertiges Instrument einer wissenschaftlichen Befassung mit Recht.
- Rechtsgestaltung ist daher nicht nur ein zu dulderndes, sondern ein sachlich unentbehrlicher Bestandteil der wissenschaftlichen Lehre.

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der 6. Soldan-Tagung zur anwaltsorientierten Juristenausbildung am 23. April 2004 an der Universität Leipzig gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. – Der Verfasser ist Direktor des Instituts für Anwaltsrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

2 *Haverkate*, *JuS* 1996, 478.

3 *Barton*, in: *Barton/Jost*, Die inhaltliche Neuausrichtung des rechtswissenschaftlichen Studiums – 5. Soldan-Tagung zur anwaltsorientierten Juristenausbildung, S. 15.

4 *Rittershaus/Teichmann*, *Anwaltliche Vertragsgestaltung*, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 6.

5 Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 Sächsisches Hochschulgesetz.

6 *Otte*, Diskussionsbericht in *Barton/Jost*, Die inhaltliche Ausrichtung des rechtswissenschaftlichen Studiums, 5. Soldan-Tagung zur anwaltsorientierten Juristenausbildung, S. 131, 132 (unter 9.).

Damit ist wiederum der Begriff der „Wissenschaftlichkeit“ gefallen, dessen Klärung den hier gegebenen Rahmen sprengen würde.

Verständigen können wir uns freilich über Elemente rechtswissenschaftlicher Lehre. Neben der unverzichtbaren Vermittlung positiven Wissens, die von einer kritischen Grundhaltung getragen sein sollte, befasst sich Rechtswissenschaft mit den Entstehungsbedingungen und Wirkungsweisen von Recht. Ferner hat Wissenschaft die Aufgabe der Systematisierung. Und speziell die Rechtswissenschaft sollte die Rechtspraxis kritisch begleiten und Vorschläge zur Lösung praktischer Fragestellungen entwickeln.

II. Bestandsaufnahme

Was wurde bislang wissenschaftlich auf dem Gebiet der Rechtsgestaltung erreicht?

Betrachtet man die Publikationen zur Vertragsgestaltung, fällt auf, dass zahlreiche Bücher und Aufsatzreihen sich schwerpunktmäßig mit der Lösung von Gestaltungsaufgaben befassen⁷. Darin kommt der Praxisbezug zum Ausdruck. Diese Werke eignen sich vorzüglich für Übungen.

Recht weit gehen die Darstellungen freilich schon bei der „Methode anwaltlicher Vertragsgestaltung“⁸. Wenngleich hier nicht alles, was unter dem Methodenbegriff dargeboten wird, über einfache Hilfen hinausgeht, so sind hier doch wichtige Erkenntnisse formuliert worden. Schritte der Vertragsgestaltung wie⁹:

- Bestimmung des Gestaltungsziels
- Untersuchung der bestehenden Rechtslage
- Bestimmung des Gestaltungsbedarfs
- Ermittlung und Bewertung der Gestaltungsinstrumente
- Formulierung der Gestaltung (gewöhnlich in einer Urkunde oder einem Schriftsatz)

eröffnen die Möglichkeit der Rationalität, Kontrolle und Reflexion über die Tätigkeit.

In diesem Rahmen kann der kritische Umgang mit den Formularbüchern und Musterverträgen gelehrt werden¹⁰. Die Funktion der rechtlichen Rahmenbedingungen und das Postulat des „sichersten Wegs“¹¹ lassen sich darstellen. Schließlich ermöglicht dieses Vorgehen die Einbindung des herkömmlichen materiellen Rechts und des Prozessrechts.

Neben Fragen der Methodik fällt einer wissenschaftlichen Disziplin die Aufgabe der Systematisierung zu. Insoweit sind die Anstrengungen nicht über erste Ansätze hinausgekommen. Ich möchte Ihnen dazu im Folgenden einige Überlegungen vortragen. Mehr als Denkanstöße können es nicht sein. Ich erhebe hier nicht den Anspruch, auch nur Prolegomena einer Theorie der Lehre vom rechtlichen Gestalten vorzutragen. Es handelt sich dabei um Früchte einer ergänzenden Lehrveranstaltung, die ich in Leipzig vor einigen Jahren angeboten hatte. Ich beschränke mich auf das Privatrecht.

7 Vgl. beispielsweise die Fälle und Lösungen bei *Barton/Jost*, Anwaltsorientierung im rechtswissenschaftlichen Studium, 2002, und *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 326 ff.

8 Vgl. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997; *Weber*, JuS 1989, 636 ff., 818 ff.; *Teichmann*, JuS 2001, 870 ff., 973 ff., 1078 ff., 1181 ff., JuS 2002, 40 ff.

9 Vgl. *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 223 ff.

10 *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 46.

11 Dazu *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 53.

III. Begriff

Unverzichtbarer Bestandteil wissenschaftlicher Befassung mit einem Gegenstand ist eine exakte Begrifflichkeit. Daher zunächst einige Worte zum Begriff:

Ich halte den Begriff der „Vertragsgestaltung“ für eine unzulässige Verkürzung. Es geht nicht nur um Verträge, sondern um den gestalterischen Umgang mit allen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Instrumenten. Der Vertrag nimmt dabei zweifelsfrei eine herausragende Stellung ein. Daneben treten aber auch einseitige Gestaltungsmöglichkeiten wie Vollmachtserteilung, Kündigung und Testament.

Ferner muss eine Verengung auf das materielle Recht vermieden werden. Gerade auch die Rechtsverwirklichung und damit Verfahren und Vollstreckung sind unverzichtbar für das Verständnis von Recht¹². Dieser weite Ansatz muss sich in dem Begriff niederschlagen. Wir sollten daher nicht von „Vertragsgestaltung“ sprechen, die unser Anliegen auf eine Handlungsform des materiellen Rechts verengt, sondern von „Rechtsgestaltung“.

Rechtsgestaltung in diesem weiten Sinne umfasst den Weg *und* das Gestaltungsergebnis, beispielsweise die Vertragsurkunde. Wir betrachten das Verfahren und sein Resultat.

IV. Bedeutung und Funktion

1. Rechtsanwendung

Rechtliches Gestalten unterscheidet sich von der streitigen Rechtsanwendung durch den Richter. Gleichwohl bleibt es Rechtsanwendung. Das bedeutet, dass Rechtskenntnisse und die Methoden der Gesetzesauslegung auch bei der Rechtsgestaltung ihre Bedeutung behalten. Das folgt schon daraus, dass sich das abzudeckende Regelungsspektrum (der Regelungsbedarf) nicht ohne Ermittlung der gesetzlichen Ausgangslage bestimmen lässt¹³. Ferner sind bei der Auswahl und der Bewertung der möglichen Gestaltungsmittel und bei ihrer Umsetzung Rechtskenntnisse unverzichtbar.

2. Interessenwahrnehmung

Rechtsgestaltung dient der Interessenverfolgung. Dies scheint mit dem „Ideal“ des rechtswissenschaftlichen Studiums nicht in Einklang zu stehen, wonach Rechtsfragen möglichst objektiv zu beurteilen seien¹⁴.

Rechtliche Regelungen werden mit Recht an einem Gerechtigkeitsanspruch gemessen. Der Inhalt eines Vertrags freilich entzieht sich diesem Maßstab. Er spiegelt Verhandlungsstärke und Machtverhältnisse wider. Nur die Rahmenbedingungen seines Zustandekommens unterliegen rechtlicher Prägung, die Inhalte entziehen sich weithin rechtlichen Vorgaben.

Für das gesamte Gebiet der rechtlichen Gestaltung gilt: Interessenverfolgung ist zulässig und legitim¹⁵. Es würde einen nachhaltigen Widerspruch bedeuten, wenn die Rechtsordnung einerseits den RA aufgrund des Anwaltsvertrags dazu verpflichtet, einseitig die Interessen des Mandanten optimal wahrzunehmen¹⁶, andererseits aber dieses Verhalten unter den Verdacht

12 Daher hat die Leipziger Juristenfakultät sich nicht auf Rechtsgestaltung beschränkt, sondern auch die Rechtsdurchsetzung mit in den Schwerpunktbereich einbezogen.

13 *Hommelhoff/Hillers*, Jura 1983, 592, 593.

14 Vgl. *Kahlo*, Gedächtnisschrift *Meurer*, 2002, S. 583, 602.

15 Interessanterweise hat man gegenüber dem Prozessrecht, das ebenfalls der Interessendurchsetzung dient, sehr viel weniger Bedenken geäußert.

16 Dies betonen *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 9.

unethischen Handelns stellte. Mittel und Wege der Interessenverfolgung dürfen nicht zum Tabu erklärt werden. Ob ein Gestaltungsergebnis „gerecht“ ist oder nicht, mag dahinstehen. Es darf nur die Grenzen der Privatautonomie nicht verletzen.

Damit ist der Aspekt angesprochen, der die Rechtsgestaltung über die skizzierten Einwände hinwegführt. Rechtsgestaltung ist Ausübung der Privatautonomie¹⁷. Folglich nimmt sie auch normativ eine ganz herausragende Stellung ein. Sie ist unverzichtbarer Bestandteil einer freiheitlichen Privatrechtsordnung. Damit sollten Legitimationsdefizite ein für alle mal behoben sein. Rechtsgestaltung ist die Krone des Privatrechts, nicht ihr illegitimes Kind.

3. Verfassungsrechtliche Absicherung

Nicht zuletzt steht Rechtsgestaltung auf einem gesicherten verfassungsrechtlichen Fundament, wenn man sie als Ausübung der Privatautonomie versteht. Nach ständiger Rspr. des BVerfG genießt die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlichen Schutz. Der Gesetzgeber muss der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Die Gewährleistung der Privatautonomie „denkt die justizielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen.“¹⁸ Wenn aber der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Gestaltungsmittel vorzusehen, so bedarf die wissenschaftliche Befassung mit diesen Instrumenten keiner weiteren Legitimation.

V. Allgemeiner Teil der Lehre von der Rechtsgestaltung

Wir hatten uns in Erinnerung gerufen, dass eine der wesentlichen Aufgaben einer Wissenschaftsdisziplin in der Systematisierung des Stoffs besteht. Wie lässt sich der handlungsbezogene Aspekt des Rechts systematisch darstellen? Ich möchte im Folgenden einige Überlegungen anstellen zu einem „Allgemeinen Teil der Lehre der Rechtsgestaltung“.

1. Was ist Rechtsgestaltung?

Rechtsgestaltung ist ein durch die Rechtsordnung determiniertes Verfahren zur Erreichung bestimmter Ziele¹⁹.

Die Lehre von der Rechtsgestaltung ist die Lehre von den rechtlichen Rahmenbedingungen und den Gestaltungsmitteln, die die Rechtsordnung zur Erreichung bestimmter Handlungsziele in Ausübung verfassungsrechtlich verbürgter Freiheit bereit stellt.

Unter Rahmenbedingungen verstehe ich dabei insbesondere die Schranken der Privatautonomie. Die Privatrechtsordnung lässt sich allerdings nicht allein als eine Schrankenordnung darstellen, selbst wenn man die verfassungsrechtlich verbürgte Privatautonomie als Prämisse setzt.

Vielmehr sind Gestaltungsmittel mit klar definierten Voraussetzungen und Rechtsfolgen erforderlich.

2. Normentheorie

Nur am Rande sei angedeutet, dass sich dem Thema auch normtheoretische Aspekte entnehmen lassen: Die Perspektive

der Rechtsgestaltung ist der handlungsbezogene Aspekt des Rechts. Es geht nicht darum, Verhalten nachträglich – etwa aus haftungsrechtlichen Gründen – zu bewerten. Recht wird nicht als Bewertungsnorm gesehen. Es geht nicht um Ge- und Verbot, sondern um die Frage der Wirksamkeit einer Gestaltung.

Diese Perspektive lässt zugleich erkennen, wie wenig tragfähig die „Imperiventheorie“ ist. Diese führt bekanntlich alle Rechtssätze auf Sollenssätze zurück. Die Bedeutung beispielsweise der Vormerkung (§ 883 BGB) lässt sich aber nicht aus einem Sollenssatz ableiten.

Privatautonomie lässt sich zwanglos in ein „Normengebäude“ einbinden. Anzuerkennen ist, dass auch der Vertrag Normqualität hat. Die Privatautonomie enthält damit auch eine Ermächtigung an die Rechtssubjekte zur Normsetzung. Nicht nur das subjektive Recht²⁰, sondern auch die Privatautonomie legitimiert zur Normsetzung.

3. Subjekte rechtlicher Gestaltung – Beteiligtenlehre

Bei den handelnden Subjekten möchte ich unterscheiden zwischen den Vertragssubjekten, den Verhandlungssubjekten, Zustimmungsberechtigten und Dritten, die den Gestaltungsinhalt bestimmen.

a) Vertragssubjekte

Beteiligtenfragen spielen eine Rolle im Verfahrensrecht, im Zivilprozessrecht bei der Parteilehre, in der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Beteiligtenbegriff. Es geht dabei um die Problematik, wer Subjekt eines Verfahrens ist und wer dies sein darf bzw. sein muss.

Vergleichbare Fragen stellen sich bei der Rechtsgestaltung. Soll beispielsweise ein Grundstück aus dem Nachlass einer Miterbengemeinschaft im Zuge der Erbschaftsauseinandersetzung übertragen werden, kann dieses Ziel nur erreicht werden, wenn alle Miterben als Vertragspartei auftreten. Diese Erkenntnis ist trivial. Gleichwohl lässt sich an ihr die grundlegende Funktion der Verfügungsbefugnis darstellen.

Die Frage stellt sich bei jeder Rechtsübertragung. Soll sie wirksam werden, muss der Vertrag mit dem Inhaber des Rechts geschlossen werden. Nur dann kann der Vertrag die gewollten Wirkungen auch herbeiführen. Damit erweist sich die Verfügungsbefugnis als dasjenige Kriterium, das – ähnlich wie die Prozessführungsbefugnis – den Beteiligtenkreis umreißt.

Zugleich lässt sich daran die Bedeutung der Rechtsscheinsträger wie Grundbuch, Handelsregister oder Erbschein deutlich machen.

b) Verhandlungssubjekte

Die Eigengestaltung des Vertrags durch die Vertragspartei ist jedenfalls bei umfassenderen Geschäften eher selten. Von den Vertragssubjekten sind die Verhandlungssubjekte zu unterscheiden.

Verhandlungssubjekte agieren als Vertreter. Ihre Rechtsmacht ist entscheidend für die Wirksamkeit des Geschäfts. Die Bedeutung der Innenbindung zum eigentlichen Vertragssubjekt ist groß, wie das Beispiel des RA zeigt.

Als Teilnehmer der Gestaltung nehmen ferner Notare eine besondere Rolle ein, überdies Verbände beispielsweise bei Musterverträgen und Testamentsvollstrecker bei Nachlassauseinandersetzungen.

17 Rittershaus/Teichmann, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 212.

18 BVerfGE 89, 214, 231 f.

19 Die Bedeutung der Rechtsgestaltung für die Rechtsordnung betont Redekker, NJW 1989, 1141.

20 Vgl. Buchner, Subjektives Recht als Rechtssetzungsbefugnis.

Die wissenschaftliche Fragestellung lautet hier, in welcher Weise der unterschiedliche „Status“ der Verhandlungssubjekte und ihre persönliche Pflichtenlage Einfluss auf die Vertragsgestaltung nehmen.

c) Zustimmungsberechtigte

Eine weitere Form der Beteiligung an einem Rechtsgeschäft ist die Zustimmung. Der Zustimmungsberechtigte kann den Inhalt des Geschäfts nicht unmittelbar beeinflussen, sondern nur „ja“ sagen.

In der universitären Lehre lassen sich die Fragen anhand der Zustimmung des Ehegatten bei Rechtsgeschäften über das Gesamtvermögen (§§ 1365, 1366 BGB) exemplarisch aufgreifen. Bedeutung erlangt diese bekanntlich bei Gesellschaftsverträgen und Grundstücksgeschäften.

d) Regelung durch Dritte

Von den zuvor genannten Beteiligten zu unterscheiden sind Personen, die durch das Rechtsgeschäft in die Gestaltungsentcheidung eingebunden werden.

Beispiele hierfür bilden die Möglichkeit der Leistungsbestimmung durch Dritte nach § 317 BGB und die Bestimmung des Zuwendungsempfängers bei Verfügungen von Todes wegen.

Die wissenschaftliche Lehre wird erstens die Möglichkeiten der Drittbestimmung des Gestaltungsinhalts darstellen, zweitens ihre Bezüge zu anderen Fällen der Fremdgestaltung wie beispielsweise die Vollmacht aufarbeiten, ferner den Umfang (und die Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich) der gerichtlichen Kontrolle der gewählten Bestimmung untersuchen und nicht zuletzt Gründe für die unterschiedliche gesetzliche Schrankenregelung bei Drittgestaltungen analysieren.

Ein sehr lehrreiches Beispiel bietet das Erbrecht. Bekanntlich scheidet nach § 2065 Abs. 2 BGB eine Bestimmung des Erben durch Dritte aus, wohl aber kann nach § 2151 BGB der Vermächtnisnehmer durch einen Dritten bestimmt werden. Wir haben die Gründe dieser uneinheitlichen Ausgestaltung privatrechtlicher Handlungsfreiheit darzustellen, zu bewerten und vor diesem Hintergrund die von der Kautelarjurisprudenz entwickelten „Umgehungskonstruktionen“ – der Erblasser überlässt nicht die „Bestimmung“, wohl aber die „Bezeichnung“ des Erben nach vorgegebenen Kriterien einem Dritten²¹ – zu analysieren.

4. Mittel rechtlicher Gestaltung – Handlungsformen

Unter den Gestaltungsmitteln lassen sich Handlungsformen systematisieren.

Lehrreich ist hierbei eine nähere Analyse der Unterschiede einseitiger und konsensualer Handlungsformen im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolldichte.

Als Beispiel böte sich die Beendigung eines Rechtsverhältnisses (Arbeitsvertrag, Mietvertrag, Gesellschaftsvertrag) durch Kündigung einerseits und durch einen Aufhebungsvertrag andererseits an. Darzustellen ist, dass einseitige Handlungsformen gewöhnlich einer intensiveren gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen als konsensuales Handeln. Der Aufhebungsvertrag schafft daher höhere Rechtssicherheit als die Kündigung. Andererseits hat die Mitwirkung des Vertragspartners am Aufhebungsvertrag regelmäßig einen Preis.

Neben der Systematisierung bietet es sich an, die Funktion einzelner Gestaltungen näher darzustellen und zu analysieren. In der Praxis spielt die „Option“ eine überragende Rolle, und

zwar in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen, etwa beim Vertrieb von Baugrundstücken, bei Finanzgeschäften oder im Lizenzhandel. Der Reiz dieser Gestaltung besteht darin, dass nur eine Partei des Optionsvertrags gebunden ist, die andere Seite jedoch frei bleibt und die Möglichkeit hat, den Rechtserwerb zu einem späteren Zeitpunkt durch einseitige Erklärung zu vollenden. Es lassen sich an diesem Beispiel Gestaltungsinteressen, die verschiedenen Gestaltungsmittel und die Sicherung (im Beispiel des Grundstücks durch Vormerkung) darstellen.

Bei der Lehre von den Gestaltungsmitteln sollte der Hinweis nicht fehlen, dass das Gesetz selbst Vorbilder einer interessengerechten Gestaltung bereithält.

Ein Beispiel hierfür bildet die Anfechtung eines Vertrags infolge arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Es ist durchaus bemerkenswert und lehrreich, dass das BGB einen Vertrag, der durch (Eingehungs-)Betrug (§ 263 StGB) zustande kam, nicht nach § 134 BGB für nichtig erachtet. Vielmehr legt das Gesetz die Entscheidung über die Nichtigkeit in die Hände des Betroffenen. Die Willensfreiheit ist kein Dogma des BGB. Der Betroffene soll über den Bestand des Vertrags disponieren können. Diese Lösung steht repräsentativ für einen Weg kluger Vertragsgestaltung: Nicht selten ist es günstiger, für den Fall nachträglicher Störungen eines Vertragsverhältnisses Handlungsrechte vorzusehen und nicht schon vorab einen Automatismus an Rechtsfolgen zu vereinbaren, die sich später nicht mehr als interessengerecht erweisen können.

5. Objekte rechtlicher Gestaltung – Gegenstände

Ansichts der Vielzahl möglicher Inhalte von Rechtsgeschäften würde es zu weit führen, hier eine Systematisierung zu versuchen.

Ein Aspekt sei jedoch hervorgehoben. Vertragsgestaltung als Teil des rechtlichen Gestaltens dient sehr häufig dem Gütertransfer.

Grundvoraussetzung vertraglichen Güterausstauschs bildet die Zuordnung von Gegenständen (Sachen, Erfindungen, Kennzeichen, auch Forderungen) zu einer Person. Die Zuordnung ist rechtlich insbesondere durch Ausschließlichkeitsrechte organisiert. Diese bilden zugleich den Gegenstand der Verfügung. Wir übertragen nicht Gegenstände, sondern Rechte an Gegenständen. Diese lassen sich ohne Einbuße vom bisherigen Rechtsträger lösen und gehen unverändert auf den Erwerber über. Dieses Identitätsdenken ist eine herausragende rechtskulturelle Leistung.

Die Entwicklung ist keineswegs abgeschlossen, wie das Beispiel eines Lizenzvertrags über ein Betriebsgeheimnis lehrt. Das Betriebsgeheimnis ist kein übertragbares Recht, sondern nach § 17 UWG gegen Ausspähung geschützt. Gleichwohl werden Verträge darüber geschlossen. Dies wirft die Frage nach dem Vertragsgegenstand auf.

Rechtsübertragung setzt ferner eine Befreiung von aktionsrechtlichem Denken voraus. Die „actio“ als Klagerecht kann nicht übertragen werden, wohl aber ein materiellrechtlich gedachter Anspruch. Die berühmte Schrift von *Windscheid*, die entscheidend zur heute gedanklichen Trennung von Prozess- und materiellem Recht beigetragen hat, enthält in ihrem zweiten Teil denn auch eine umfassende Zessionslehre.

Didaktisch überaus ertragreich ist eine Analyse der Voraussetzungen und Folgen, die sich für die Rechtsgestaltung aus unterschiedlichen Gestaltungsobjekten bei gleich bleibendem Gestaltungsziel ergeben. Als Beispiel genannt sei der bei einer Erbauseinandersetzung auftretende Unterschied zwischen der Übertragung aller Erbanteile einer Erbengemeinschaft an einen Dritten und der Übertragung (nur) des Nachlassgrundstücks.

²¹ Gelungene Darstellung bei *Leipold*, Erbrecht, 14. Aufl. 2002, Rdnr. 281 ff.

6. Schranken der Gestaltung

Vor dem Hintergrund der Privatautonomie spielen die Schranken der rechtlichen Gestaltung eine herausragende Rolle. Dies ist die Stelle, an der Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsordnung wirksam werden.

Die systematisierende Darstellung wird dabei die Erscheinungsformen von Schranken weniger im Hinblick auf die Rechtsfolgen unterscheiden. Unter dem Handlungsaspekt des Rechts wichtiger sind die „Vorwirkungen“ der Rechtsfolgen für das Verhalten der Gestaltungsobjekte.

Gestaltungsverbote (§§ 134, 138 BGB) richten sich gegen den Inhalt eines Rechtsgeschäfts und zwingen dazu, das Geschäft gar nicht oder mit einem anderen Inhalt abzuschließen.

Zahlreiche Gestaltungsschranken wenden sich aber nicht gegen den Inhalt der Gestaltung, sondern begründen Vorgaben für die Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts. Hierzu zählen die im Verbraucherschutzrecht verbreiteten Obliegenheiten zu Information und Belehrung, ferner alle Formvorschriften.

In den Zusammenhang der Schranken rechtlicher Gestaltung gehört auch die Frage des „gerechten Preises“ oder die Voraussetzungen eines „Umgebungsgeschäfts“.

Selbstverständlich sollten auch die „Schranken der Schranken“ der Privatautonomie ihren Platz finden, die sich insbesondere aus dem Verfassungsrecht und der gesetzgeberischen Vernunft ergeben.

7. Rahmenbedingungen der Rechtsgestaltung

Zu den Rahmenbedingungen gestalterischen Handelns zählen die Pflichten, die die Rspr. hinsichtlich der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen entwickelt hat, namentlich Informationspflichten, ferner die Vorgaben über den Abschluss von Vertragsverhandlungen.

„Weiche“ Gestaltungsbedingungen wie das Steuerrecht und zunehmend auch das Sozialrecht haben große Bedeutung.

8. Abschluss der Gestaltung

Erfolgreiche Vertragsverhandlungen münden in einen Vertragsabschluss. Hier spielen neben Formfragen Probleme des Aufbaus der Urkunde, ihre Gliederung und der Wortlaut der einzelnen Formulierungen eine Rolle. In Übungen kann der gestalterische Umgang mit der Rechtsordnung gelehrt werden, wenn die Teilnehmer vor die Aufgabe gestellt werden, eigenständig eine Gestaltung zu formulieren.

Lehrreich ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtsvergleichung. Sie lässt den Einfluss der objektiven Rechtsordnung auf die Formulierung von Vertragsurkunden erkennen. Eine Kodifikation reduziert den zu leistenden Gestaltungsaufwand. Die „Amerikanisierung der Vertragspraxis“²² mit seitenlangen Definitionen und langatmigen Klauseln findet hier eine Erklärung. Es ist kein Zeichen einer selbstbewussten Kultur rechtlichen Gestaltens, dass sie auf rein innerdeutsche Verträge ausstrahlt.

9. Sicherung der Vertragsdurchführung

Ferner sollte sich die Lehre von der Rechtsgestaltung befassen mit den überaus wichtigen Fragen der Vertragsdurchführung und der Sicherung der vereinbarten Gestaltungen insbesondere für den Insolvenzfall.

Hier verdienen die Instrumente Synallagma, Bedingung, Rücktritt, die Sicherungsrechte wie Eigentumsvorbehalt und Vormerkung, Verwirkungsklauseln usw. besondere Beachtung, ferner

prozessuale Fragen wie Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen sowie Titulierungsmöglichkeiten.

10. Kosten rechtlicher Gestaltung

Nicht übergangen werden dürfen schließlich die Fragen der Kosten rechtlicher Gestaltung. Transaktionskosten sind ein wichtiger Faktor für die Akzeptanz einer vorgeschlagenen Gestaltung durch den Mandanten. Sie bilden damit einen nicht zu unterschätzenden Gestaltungsfaktor. Unter Kostenaspekten mag sich auch die Frage stellen, ob eine Urkunde im Ausland nicht preiswerter errichtet werden kann.

VI. Schluss

Lassen Sie mich mit drei Bemerkungen schließen:

1. Wem diese Überlegungen zu theoretisch erscheinen, dem sei entgegnet: Alles das, was hier skizziert worden ist, findet sich im Vertrag wieder. Betrachten Sie einen beliebigen Grundstückskaufvertrag! Sie finden dort von den Beteiligten in ihren unterschiedlichen Rollen, der Bezeichnung des Vertragsgegenstands, Pflichten, Zusicherungen und Haftungsfreizeichnungen bis hin zu Sicherheiten, Abwicklung und Kostenfragen alle die genannten Aspekte wieder.

Es ist lehrreich und für ein vertieftes Verständnis der Privatrechtsordnung unverzichtbar, deutlich zu machen, dass sich sogar so fundamentale Weichenstellungen wie beispielsweise das Trennungsprinzip – die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung – in jedem Grundstückskaufvertrag mit Verpflichtung und Auflassung wiederfinden.

2. Das alles ist nicht neu! Die Darstellung des Privatrechts unter dem Blickwinkel der Rechtsgestaltung greift große Teile der Rechtsgeschäftslehre auf. Insofern bewegt sie sich auf gesicherter Grundlage.

Die Betonung liegt aber auf der Erkenntnis, dass Recht nicht vorgegeben ist, sondern „gemacht“ wird. Der Student soll her austreten aus der passiven Rolle des Rechtsunterworfenen, in der er sich erlebt, und an die Aufgaben herangeführt werden, die sich ihm in Zukunft stellen werden. Die Perspektive der Rechtsgestaltung betont die Subjektsqualität des Staatsbürgers.

3. Der skizzierte „Allgemeine Teils der Lehre von der Rechtsgestaltung“ stellt das Privatrecht unter der Perspektive des gestalterischen Umgangs mit der Rechtsordnung dar.

Er stellt damit zugleich ein Fundament bereit, auf das andere Veranstaltungsformen wie beispielsweise die Vermittlung der Gestaltungspraxis in den Einzelgebieten (Vertragsrecht, Familien- und Erbrecht, Gesellschaftsrecht usw.), die Analyse konkreter Verträge und die Lösung vorgegebener Gestaltungsaufgaben in Übungen und in der anwaltlichen Ausbildungspraxis²³ aufbauen können.

Die Lehre von der Rechtsgestaltung an der Universität bedarf damit keiner Rechtfertigung. Anwaltsorientierte Juristenausbildung, soweit sie sich mit Rechtsgestaltung befasst, bildet einen unverzichtbaren Bestandteil der wissenschaftlichen Lehre vom Privatrecht.

Lassen Sie mich daher schließen mit den Worten *Haverkates*:

„Wenn wir anwaltliche Praxis einladen, verzichten wir nicht auf Wissenschaft, sondern betreiben sie ernstlich“²⁴.

²³ Im Rahmen des von RA und Fachanwalt für Insolvenzrecht *Michael C. Frege* (CMS Hasche Sigle, Leipzig) gemeinsam mit dem Institut für Anwaltsrecht der Universität Leipzig ins Leben gerufenen Programms „Anwalt Studieren!“ (<http://www.uni-leipzig.de/urheberrecht/anwstud/anwstud.php>) werden bereits Studenten an die anwaltliche Gestaltungspraxis herangeführt.

²⁴ *Haverkate*, JuS 1996, 478, 482.

²² Vgl. den Leserbrief von *Vorbrugg*, FAZ v. 3.1.2002.

Berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft kraft Richterrecht

zugleich: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10. Januar 2005¹

Rechtsanwalt Dr. *Fritz-Eckehard Kempter*, München,
und Rechtsanwalt *Stephan Kopp*, Ebenhausen²

1. Vorbemerkung

Mit der Entscheidung vom 10.1.2005 stellt der BGH fest, dass neben der Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH auch eine Gesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft als Berufsausübungsgesellschaft zugelassen werden kann. Der Beschluss ist ein wichtiger Markstein in der überfälligen Fortentwicklung des deutschen Anwaltsrechts und richtungsweisend für die RAKn, die die Zulassung von Rechtsanwaltsgesellschaften und deren Widerruf im Einklang mit den geltenden Gesetzen zu verbescheiden haben.

2. Widerruf der Zulassung bei Rechtsformwechsel

In der Entscheidung stellt der BGH zunächst klar, dass die Zulassung einer GmbH als Rechtsanwaltsgesellschaft zu widerrufen ist, wenn diese nach einem Formwechsel nicht mehr die Voraussetzungen des § 59c BRAO erfüllt, also keine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mehr ist. Die Änderung der Rechtsform durch einen Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG steht dem nicht entgegen, weil die Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft von personenbezogenen Voraussetzungen abhängt und deshalb nicht ipso iure mit der gesellschaftsrechtlichen Umwandlung übergeht, sondern neu erteilt werden muss. Der BGH betont hiermit ausdrücklich den personenbezogenen Charakter auch von anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften in Form von Kapitalgesellschaften.

3. Verfassungsrechtlicher Anspruch einer Aktiengesellschaft auf berufsrechtliche Zulassung

Nahezu vergleichbar mit einer verwaltungsgerichtlichen Bescheidungsklage kommt der BGH im zweiten Teil seiner Entscheidung zu der Feststellung, dass ein Anspruch einer Aktiengesellschaft auf Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft besteht und dies zur Verpflichtung der zuständigen RAK führt, über den Zulassungsantrag neu zu entscheiden, wenn die Zulassungskriterien, die sich „in Anlehnung an“ §§ 59c ff. BRAO herleiten lassen, erfüllt sind.

a) Der BGH leitet den Anspruch auf eine berufsrechtliche Zulassung unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ab. Obwohl der Gesetzgeber in den §§ 59c ff. BRAO explizit nur die GmbH regeln und keine Aussagen zu anderen Gesellschaftsformen treffen wollte, und hierin letztlich durchaus ein faktischer Ausschluss für andere Gesellschaftsformen gesehen werden kann,³ geht der BGH davon aus, dass ein zulässiges ge-

setzliches Berufsverbot i.S.v. Art. 12 GG nicht besteht.⁴ Der BGH stellt klar, dass allein die Absicht des Gesetzgebers, keine anderen Gesellschaftsformen als diejenige der GmbH regeln zu wollen, nicht ausreicht, um eben jene anderen Gesellschaftsformen von der Zulassung auszuschließen. Hierfür wäre es notwendig, dass ein auf ein Verbot gerichtetes gesetzgeberisches Wollen aus dem Gesetzeswerk selbst mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen wäre. An dieser Deutlichkeit fehlt es nach Auffassung des BGH in den §§ 59c ff. BRAO. Leider ist er in seiner Begründung nicht näher auf die Regelung in Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung der BRAO, der PatO und anderer Gesetze vom 31.8.1998⁵ eingegangen, die die anderen Gesellschaftsformen zumindest für die Zeit ab Ablauf der Übergangsfrist bis zum 1.3.2000 ausdrücklich von der Befugnis zur Führung der Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ und damit auch aus der Anwendbarkeit des Regelwerkes zur Rechtsanwaltsgesellschaft ausschließt.

b) Auch aus dem Rechtsberatungsgesetz, welches sich dem Wortlaut nach auf „Rechtsanwaltsgesellschaften“ bezieht, welche sich wiederum nach den Vorschriften der BRAO de lege lata bisher nur auf die Rechtsform der GmbH beschränkten, ergibt sich nach Auffassung des BGH kein Verbot des Zugangs einer Aktiengesellschaft zur anwaltlichen Berufstätigkeit. Dies folgert das Gericht daraus, dass die Berufsausübung „der zugelassenen Rechtsanwälte“ nach § 3 RBERG vom Erlaubnisvorbehalt nicht berührt werde. Zu Recht stellt der BGH hierbei fest, dass das RBERG die Frage, ob ein Anspruch auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft besteht, nicht selbst regelt.⁶

c) Zuzustimmen ist dem BGH wohl auch darin, dass mangels einer planwidrigen Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung eine analoge Anwendung der §§ 59c ff. BRAO grundsätzlich nicht möglich ist.⁷

d) Nach Auffassung des BGH ist der Anspruch einer Aktiengesellschaft auf Zulassung zur anwaltlichen Berufstätigkeit als Rechtsanwaltsgesellschaft in Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG als „unmittelbar geltendes Recht“ verfassungsrechtlich begründet. Dies folgt aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach die Aktiengesellschaft in berufsrechtlicher Hinsicht nicht

3 Vgl. im Einzelnen *Kempter/Kopp*, NJW 2004, 3605 ff.

4 Vgl. hierzu auch *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., Vorbem. § 59c Rdnr. 18; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl. § 59a, Rdnr. 34; *Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl. Vor § 59a Rdnr. 35; *Römermann*, in: *Hartung/Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., BRAO, Vor § 59a Rdnr. 88.

5 BGBl. I 1998, 2600, 2607; BT-Drucks. 13/9820, 9, 22.

6 So auch schon *Kempter/Kopp*, NJW 2004, 3605, 3607.

7 So auch *Hartung/Holl-Römermann*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., BRAO, Vor § 59a Rdnr. 94; eine Übertragung der §§ 59c ff. BRAO wegen des Fehlens der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der Normen nur hinsichtlich Mindestvoraussetzungen befürwortend: *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., Vor § 59c Rdnr. 22 ff.; aufgrund vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls im Interesse einer geordneten Rechtspflege eine Erstreckung von § 59k BRAO auf die AG befürwortend: *Kempter/Kopp*, NJW 2000, 3449, 3451.

1 AnwZ (B) 27 u. 28/03; abgedr. auch in NJW 2005, 1568 ff. Vorinstanz: AGH Nordrhein-Westfalen, BRAK-Mitt. 2003, 186 ff.

2 Der Verfasser Dr. *Kempter* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Mitglied der Partnerschaft *Kempter, Gierlinger* und Partner in München sowie Vizepräsident der RAK München und des Verbandes freier Berufe in Bayern und Vorsitzender des Ausschusses Gesellschaftsrecht der BRAK; der Verfasser *Kopp* ist stellvertretender Hauptgeschäftsführer der RAK München und Lehrbeauftragter für anwaltliches Berufsrecht an der Universität Passau.

Kempter/Kopp, Berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft kraft Richterrecht

schlechter gestellt werden kann als die GmbH, für die die berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwalts-Gesellschaft durch §§ 59c ff. BRAO geregelt ist. Voraussetzung für die Zulassung ist, dass die Aktiengesellschaft in einer ihrer Rechtsform entsprechenden Weise den wesentlichen Anforderungen genügt, die an die Zulassung einer GmbH als Rechtsanwalts-Gesellschaft zu stellen sind und die in §§ 59c ff. BRAO für die Zulassung einer GmbH ihren Niederschlag gefunden haben.⁸ Zu Recht verweist der BGH darauf, dass die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 12 GG u.a. auch die Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht binden. Damit stellt der BGH gewollt oder ungewollt klar, dass es Aufgabe des Gesetzgebers gewesen wäre, nicht nur die GmbH, sondern auch andere Kapitalgesellschaften in den Vorschriften über die Zulassung als Rechtsanwalts-Gesellschaft in der BRAO zu regeln.

e) Wenn überhaupt setzt hier gewisse Kritik an der Entscheidung an. Denn der BGH hätte diese Aussage auch eindeutig treffen können, indem er deutlich Zweifel an der Unvereinbarkeit der §§ 59c ff. BRAO mit Art. 3 Abs. 1 GG, die in der Beschränkung ausschließlich auf die Rechtsform der GmbH liegt, festgestellt und die Rechtssache dem BVerfG vorgelegt hätte. Das BVerfG seinerseits hätte die Feststellung der Verfassungswidrigkeit mit der Aufforderung an den Gesetzgeber verbinden können, innerhalb einer bestimmten Frist Abhilfe zu schaffen⁹ und seine bewusste Enthaltung aufzugeben. Der nun vom BGH gewählte Weg enthebt den Gesetzgeber der Notwendigkeit des Tätigwerdens; er überlässt alle mit der Entscheidung verbundenen und aus ihr folgenden Unsicherheiten der Arbeit der Kamern und der Gerichte.

4. Die konkrete Zulassung

Für die konkrete Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Rechtsanwalts-Gesellschaft bezieht sich der BGH zunächst auf die in der Rspr., vor allem der vom BayObLG¹⁰ herausgearbeiteten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH, als diese gesetzlich noch nicht geregelt war. Der BGH geht hierbei unmittelbar von den vom BayObLG entwickelten Kriterien für die Annahme der Zulässigkeit über zu den Kriterien für die Zulassung als Rechtsausübungsgesellschaft, die bei der GmbH allerdings vom BayObLG nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung, des Gesetzesvorbehalts und des Vorrangs des Gesetzes dem Gesetzgeber überlassen und von diesem schließlich auch geregelt wurden.

a) Grundsätzlich ist es allerdings zu begrüßen, dass der BGH sich für die Zulassung einer Aktiengesellschaft als Rechtsanwalts-Gesellschaft ausdrücklich an den bereits für die GmbH vor deren gesetzlicher Regelung hervorgehobenen Wesensmerkmalen des Anwaltsberufes als eines freien Berufes sowie an den hieraus entwickelten Vorschriften in den §§ 59c ff. BRAO für die Zulassung einer GmbH als Rechtsanwalts-Gesellschaft orientiert hat. Nur wenn die Aktiengesellschaft die wesentlichen Voraussetzungen für die berufsrechtliche Zulassung nach §§ 59c ff. BRAO erfüllt, kann sie aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ebenso wie die GmbH einen Anspruch auf Zugang zur anwaltlichen Berufsausübung durch Zulassung als Rechtsanwalts-Gesellschaft in einem Zulassungsverfahren gem. § 59d BRAO ableiten.

b) Die §§ 59c ff. BRAO kommen hierbei zwar nicht unmittelbar zur Anwendung. Jedoch müssen die notwendigen Voraussetzungen für die berufsrechtliche Zulassung einer Aktiengesellschaft nach Auffassung des BGH „in Anlehnung an §§ 59c ff. BRAO“ in der Satzung der Aktiengesellschaft zuverlässig beachtet werden. Hierzu zählen zurecht die in der Entscheidung im Einzelnen erwähnten Kriterien der Eigenverantwortlichkeit und der Weisungsfreiheit der in der Aktiengesellschaft tätigen RAe, die Beschränkung des Unternehmensgegenstandes auf die Übernahme von Aufträgen, die zur Berufstätigkeit von Rechtsanwälten gehören, und das Verbot eines beruflichen Zusammenschlusses für die Aktiengesellschaft. Die Pflichteigenschaften für die Stellung als Aktionär, insbesondere die Beschränkung des Kreises der Aktionäre auf in der Gesellschaft beruflich tätige RAe und Angehörige der in § 59a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BRAO genannten Berufe, sowie die berufsrechtlichen Anforderungen an den Vorstand und den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft entsprechend den § 59e und f BRAO.¹¹ Hinzu kommt noch die Verpflichtung, die Aktien nach der Satzung nur als vinkulierte Namensaktien auszugeben, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden bleibt (§ 68 Abs. 2 AktG).

Selbstredend sind die weiteren vom BGH aufgestellten Voraussetzungen nach §§ 59d Nr. 2, 7 Nr. 9 BRAO (kein Vermögensverfall) und nach §§ 59d Nr. 3 und 59j BRAO (hinreichende Berufshaftpflichtversicherung), sowie die Verpflichtung zur Beachtung der anwaltlichen Berufspflichten sinngemäß § 59m Abs. 2 BRAO.

Für die Gestaltung der Satzung einer Aktiengesellschaft können nach dieser Entscheidung des BGH nunmehr durchaus die Hinweise von *Kempter/Kopp*, abgedr. in NJW 2001, 777 ff. herangezogen werden.

5. Der Widerruf der Zulassung

Wichtig für die verwaltungsrechtliche Zulassungspraxis der RAKn ist auch der Hinweis des BGH, dass der Wegfall dieser „in Anlehnung“ an die §§ 59c ff. BRAO erforderlichen Zulassungskriterien in gleicher Weise zum Erlöschen, zur Zurücknahme oder zum Widerruf der berufsrechtlichen Zulassung einer Aktiengesellschaft als Rechtsanwalts-Gesellschaft wie bei der GmbH führt. Dies ist nur konsequent, auch wenn unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG für entsprechende Maßnahmen als direkter Eingriff in die Berufsfreiheit eine gesetzliche Regelung für erforderlich gehalten werden müsste.

Ebenso zu begrüßen ist die Klarstellung des BGH, dass die ihre Zulassung als Rechtsanwalts-Gesellschaft beantragende Aktiengesellschaft ebenso wie die dann zugelassene Aktiengesellschaft einer Pflicht zur Transparenz hinsichtlich ihrer für die Zulassung maßgeblichen Verhältnisse unterliegt. Der BGH hat damit klargestellt, dass die jeweilige Kapitalgesellschaft in gleicher Weise wie jeder RA an der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken hat.¹² Betroffen hiervon sind insbesondere jede Änderung der Satzung, der Aktionäre, des Vorstands und des Aufsichtsrates sowie die Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen.

6. Zurückverweisung statt Zurückweisung

Obwohl der BGH in seiner Entscheidung mehrere Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der betroffenen Satzung der Astin., insbesondere hinsichtlich der Beteiligung der Gesellschaft an Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufs-

⁸ So auch schon *Kempter/Kopp*, NJW 2001, 777 ff.; a.A. *Schumacher*, AnwBl 1998, 364; ders. AnwBl 2000, 409; *Pluskat*, AnwBl 2003, 131; dieselbe in: AnwBl 2004, 22, 26.

⁹ Entsprechend verfuhr das BVerfG z.B. in der Entscheidung zur Regelung der Rechtsstellung des Vaters bei Adoption der nichtehelichen Kinder, abgedr. in: NJW 1995, 2155, 2158 („Frist höchstens bis zum Ende der Legislaturperiode“) oder zur Neuregelung des Sorgerechts bei nichtehelichen Kindern, abgedr. in: NJW 2003, 955, 961 („Frist bis 31.12.2003“).

¹⁰ BayObLG, NJW 1995, 201 = DB 1994, 2540.

¹¹ Ähnlich schon *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., Vor § 59c Rdnr. 23; *Kempter/Kopp*, NJW 2001, 777 ff.

¹² Vgl. hierzu auch §§ 59m Abs. 1, 36a Abs. 2 BRAO.

Kopp, Bericht über die 4. Berufsrechtsreferentenkonferenz

ausübung und hinsichtlich der Anforderungen an die Aktionäre, zum Ausdruck brachte und hierbei noch nicht einmal weitere durchaus anzuführende Bedenken, insbesondere hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes, der auch die nichtanwaltlichen Berufstätigkeiten anderer Berufsgruppen, also auch der WP, einbezieht, kommt der BGH im Ergebnis überraschenderweise nicht zu dem Ergebnis, dass damit auch der Zulassungsantrag der Aktiengesellschaft als Rechtsanwalts-gesellschaft zurückzuweisen ist. Stattdessen räumt er der Astin. ein, dass ihr vor einer weiteren Entscheidung über ihren Zulassungsantrag seitens der RAK Gelegenheit gegeben wird, den geäußerten Bedenken des Gerichts durch eine entsprechende Satzungsänderung Rechnung zu tragen. Dies begründet sich soweit ersichtlich dadurch, dass die zuständige RAK den Zulassungsantrag schon aus formellen Gründen abgelehnt hat und damit erst gar nicht in die materielle Rechtsprüfung eingetreten war. Dies ergibt sich aus dem Hinweis des BGH auf die Vorschrift in § 59g Abs. 2 und 3 BRAO.

7. Ergebnis

Trotz der gezeigten Unschärfe in der Begründung des BGH ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen. Dies gilt insbesondere für die Klarheit, mit welcher der BGH auf die wesentlichen Voraussetzungen für die berufsrechtliche Zulassung der RA-AG eingeht. In Anbetracht der hier herrschenden Meinungsvielfalt¹³ gibt der BGH den Kammern eine klare Handlungsanweisung, wie und wonach sie künftige Zulassungsanträge zu prüfen und insbesondere im weiteren Fortgang auch zu überprüfen haben. Insgesamt also ein durch und durch salomonisches Urteil.

¹³ Vgl. etwa *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., Vor § 59c Rdnr. 23; *Hartung/Holl-Römermann*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., BRAO, Vor § 59a Rdnr. 96 ff.; *Muthers*, NZG 2001, 930 ff.; *Kilian*, NZG 2001, 150 ff.; *Pluskat*, AnwBl 2003, 131 ff.; *Kempler/Kopp*, NJW 2001, 777 ff.

Bericht über die 4. Berufsrechtsreferentenkonferenz

RA *Stephan Kopp*, Ebenhausen

Am 30.10.2004 fand in Düsseldorf die 4. Konferenz der Berufsrechtsreferenten der RAKn statt. Wie die vorangegangenen 3 Konferenzen stand die ganztägige Veranstaltung unter der bewährten Leitung des Präsidenten der RAK München, RA *Hansjörg Staehle*. Der Zweck der Veranstaltung war wieder der gegenseitige Informations- und Gedankenaustausch aus der alltäglichen Arbeit der Berufsrechtsabteilungen. Teilgenommen haben Vertreter nahezu aller RAKn in Deutschland. Die Ergebnisse der Tagung lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

1. Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Insolvenz des Rechtsanwalts

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs erfolgt in den Fällen des Vermögensverfalls dann, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse über den Vermögensverfall hinaus besteht. Dies kann gegeben sein, wenn in ursächlichem Zusammenhang mit dem Vermögensverfall bereits Mandatengelder veruntreut wurden. Wenn der Schuldentilgungsplan im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfüllt wird, kann ggf. von „geregelten“ Vermögensverhältnisse ausgegangen werden, die im Einzelfall zu einem Absehen vom Widerruf der Zulassung führen können. Wird allerdings gegen den Insolvenzplan verstoßen, besteht erneut die Notwendigkeit für einen Widerruf.

2. Anwendbarkeit des anwaltlichen Berufsrechts auf die Tätigkeit als Insolvenzverwalter

Das Berufsrecht ist insoweit nicht auf anwaltliche Insolvenzverwalter anwendbar, als diese ihre Pflichten aus der Insolvenzordnung herleiten. Die Mitarbeit eines Mitglieds einer Sozietät in einem kanzeleifremden Insolvenzverwalterbüro stellt daher keinen Verstoß gegen das Verbot der Sternsozietät dar. Auch § 28 BRAO ist im Falle eines gesonderten Büros für Insolvenzverwaltung nicht einschlägig. Über § 43 BRAO können jedoch einzelne Tätigkeiten der anwaltlichen Insolvenzverwalter berufsrechtlich relevant werden.

3. Verschwiegenheitsverpflichtung innerhalb einer Bürogemeinschaft

In einer Bürogemeinschaft ist auf die Einhaltung der Verschwiegenheitsverpflichtung auch gegenüber Mitarbeitern der anderen beteiligten Kanzleien zu achten. Es ist empfehlenswert, den Umgang mit Daten und Akten in der Bürogemeinschaft und die entsprechenden Anweisungen an das gemeinsame Kanzleipersonal schriftlich festzuhalten.

4. Interessenkollision nach der Zusammenlegung zweier widerstreitend tätig gewordenen Kanzleien

Die Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs. 2 BORA betrifft lediglich den Fall des Sozietätswechsels. Aus den Gesetzesmotiven zur BRAO von 1994 ist nicht zu entnehmen, dass § 43a BRAO gegenüber der davor bestehenden Rechtslage zu einer Einschränkung führen sollte. § 45 BRAO sollte lediglich den Anwendungsbereich der Fälle mit Interessenkollision erweitern. Grundsätzlich steht damit das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen der Zusammenlegung zweier widerstreitend tätig gewordenen Kanzleien entgegen. Nach der bekannt gewordenen Ansicht einer (hier nicht zu nennenden) Staatsanwaltschaft soll § 43a Abs. 4 BRAO nur den einzelnen RA betreffen, nicht jedoch die Sozietät. Andererseits erstreckt sich jedoch die Mandatserteilung in der Regel auf die gesamte Sozietät, so dass die Fälle der Interessenkollision auf jedes Mitglied der Sozietät ausgedehnt werden müssen (vgl. zur Mandatserteilung an die gesamte Sozietät: OVG Lüneburg, NJW 2004, 312). Anders ist dies nur bei freien Mitarbeitern und Angestellten zu beurteilen.

Im Ergebnis stellen die Teilnehmer der Tagung zudem fest, dass § 43a Abs. 4 BRAO im Rahmen von § 3 BORA eine Klarstellung erhalten sollte.

5. Führen von Anderkonten

Anderkonten sind nicht statusbildend für den Rechtsanwaltsberuf. Nach § 4 Abs. 1 BORA und § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO sind Anderkonten nur dann verpflichtend einzurichten, wenn Fremdgelder nicht unverzüglich weitergeleitet werden, sondern längere Zeit vom RA verwaltet werden. Die bloße Entgegen-

Kopp, Bericht über die 4. Berufsrechtsreferentenkonferenz

nahme von Fremdgeldern verpflichtet noch nicht zur Einrichtung von Anderkonten, soweit diese unverzüglich weitergeleitet werden. Grundsätzlich ist aber die Einrichtung eines Anderkontos zu empfehlen. Geradezu zwingend ist dies geboten, wenn die Geschäftskonten des RA im Soll geführt werden.

6. Werbung um das Einzelmandat durch das Auslegen von Stapelvollmachten

In den Richtlinien von 1973 fand sich noch ein Verbot für das Auslegen von Stapelvollmachten. Dieses ist mit der Neueregulierung des Berufsrechts im Jahr 1994 entfallen. Heute ist das Auslegen von Stapelvollmachten grundsätzlich als zulässig anzusehen, da ein Beratungsbedarf weder mit Beratungsgegenstand noch mit einem Mandanten konkretisiert wurde und damit noch keine unzulässige Werbung um das Einzelmandat vorliegt. Es handelt sich lediglich um eine Art „*invitatio ad offerendum*“.

Zu prüfen ist jedoch, ob das Auslegen von Stapelvollmachten bei bestimmten mit einer gewissen Autorität ausgestatteten Stellen, z.B. Behörden, ggf. nach der Rspr. zum UWG einen „*Autoritätsmissbrauch*“ darstellt.

7. Werbung um das Einzelmandat durch Informationsermittlung bei Nichtmandanten?

Es handelt sich um den Fall, dass ein RA bereits mehrere geschädigte Gesellschafter gegen deren Gesellschaft vertritt und von den übrigen geschädigten Gesellschaftern mit einem Hinweis auf die bereits erteilten Mandate weitere Informationen oder Unterlagen zum schädigenden Verhalten der Gesellschaft erbittet. Die Grenze des „*Bedrängens des Beworbenen*“ und damit zur unzulässigen Werbung um das Einzelmandat ist hier noch nicht überschritten. Es ist daher von einer berufsrechtlichen Zulässigkeit auszugehen.

Solche Fälle sind ggf. nur hinsichtlich sonstiger berufsrechtlicher Verstöße, z.B. bei der textlichen Gestaltung ahndbar, wie im Falle der Selbstanpreisung oder der unzulässigen Angabe von Mandanten.

8. Werbung um das Einzelmandat durch themenbezogene Platzierung von Zeitungsanzeigen?

Es ist zulässig, z.B. in Zeitungen unter den Todesanzeigen eine Werbung mit dem Hinweis „*Spezialist für Erbrecht*“ zu veröffentlichen. Die Bezeichnung „*Spezialist für Erbrecht*“ könnte allerdings durch die Einführung des Fachanwaltstitels für Erbrecht gerade unter Berücksichtigung des Beschlusses des BVerfG vom 28.7.2004 (NJW 2004, 2656 ff.) unzulässig sein.

9. Werbung mit überdimensional großen Schildern

Betroffen ist ein Werbeschild mit den Ausmaßen 13 x 1,5 Meter. Es besteht hierbei Einvernehmen darüber, dass allein die Größe des Werbemediums kein Kriterium für eine Berufswidrigkeit darstellt (vgl. hierzu auch BVerfG, AnwBl. 2005, 68 ff.).

10. Führung des Titels „*Dipl.-Jur. Univ.*“ auf dem Briefkopf

Es stellt sich die Frage, ob durch die Angabe des neu eingeführten und rückwirkend erteilten akademischen Titels „*Dipl.-Jur. Univ.*“ auf anwaltlichen Briefköpfen in irreführender Weise eine zusätzliche Qualifikation vorgetäuscht wird. Grundsätzlich können jedoch akademische Titel angegeben werden. Es handelt sich damit bei der Angabe des Titels „*Dipl.-Jur. Univ.*“ um die Unterrichtung über ein Qualifikationsmerkmal, das durch die Ablegung des Zweiten Juristischen Staatsexamens nicht entfällt.

11. Briefkopfgestaltung von Kooperationen

Der Briefkopf muss eindeutige Angaben über die konkrete Kanzlei und den Standort enthalten. § 9 BORA verweist bezüglich der Führung einer einheitlichen Kurzbezeichnung nur auf

Sozietäten, Partnerschaften und die gemeinschaftliche Berufsausübung in sonstiger Weise (freie Mitarbeit, Angestelltenverhältnis). Kooperationen dürfen daher grundsätzlich keinen einheitlichen Briefkopf verwenden. Auch ein Hinweis auf die Kooperation über Sternchen oder Fußnoten ist grundsätzlich berufsrechtlich unzulässig. Allerdings könnte aufgrund der haftungsrechtlichen Rechtsprechung dann kein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegen, wenn aufgrund des äußeren Anscheins des Bestehens einer Sozietät auch die Kooperation eine Haftungsgemeinschaft darstellt.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage erörtert, ob für die Kooperationspartner auf dem Briefkopf eine Adresse anzugeben sei. Dies wurde mehrheitlich verneint, da lediglich auf den Kooperationspartner hingewiesen wird.

12. Spezialistenbezeichnung und sonstige Selbstbenennungen

Nach der Rspr. des BVerfG vom 28.7.2004 (NJW 2004, 2656) ist es zulässig, sich als „*Spezialist*“ für ein Rechtsgebiet zu bezeichnen. Allgemein gültige Kriterien als Voraussetzungen hierfür enthält das Urteil allerdings nicht. Ebenso könnte ein RA sich nunmehr als „*Spezialist für Allgemeinrecht*“ bezeichnen. Im Ergebnis wird deshalb festgestellt, dass die RAKn die Selbstbenennungen als *Spezialist* in jedem Falle hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes überprüfen müssen.

13. Kanzleibenennungen

Es besteht Einigung darüber, dass Kanzlei-bezeichnungen sachlich gehalten sein müssen und nicht marktschreierisch sein dürfen. Angesichts der Streichung von § 9 Abs. 2 und 3 BORA, der bisherigen Rspr. zum Namen von Partnerschaftsgesellschaften und der Praxis bei der Firmierung von Rechtsanwalts-gesellschaften sind heute auch reine Phantasiebezeichnungen ohne Bezug auf den Namen eines Sozius als zulässig anzusehen.

14. Anforderung an die „geeignete Ausbildung“ zum Mediator i.S.v. § 7a BORA

Es wird eine Fachausbildung einschließlich eines Rollenspiels im Umfang von insgesamt rund 90 Stunden für erforderlich gehalten. Die verschiedenen Mediationsphasen müssen in einem Rollenspiel vollständig durchlaufen sein.

15. Konkretisierung des Vorwurfs eines berufsrechtlichen Verstößes bei der ersten Anhörung im Beschwerdeverfahren gem. § 59 BRAO

Beim Anhörungsschreiben sollen die berufsrechtlichen Verstöße konkretisiert werden. Weitere Berufsrechtsverstöße, die im Beschwerdeschreiben nicht geltend gemacht wurden, aber für den Sachbearbeiter erkennbar sind, sind von Amts wegen aufzugreifen.

16. Informierung des Beschwerdeführers über den Ausgang des Beschwerdeverfahrens

Aus berufs- und datenschutzrechtlichen Gründen dürfen dem Bf. keine konkreten Hinweise auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens gegeben werden. Die Vertraulichkeit des Verfahrens beruht auf dem Recht des RA auf die informationelle Selbstbestimmung. Der Bf. soll darauf hingewiesen werden, dass die Beschwerde berechtigt gewesen sei und das Erforderliche veranlasst wurde bzw. dass zu berufsrechtlichen Maßnahmen kein Anlass bestand. Auch die Abgabe an die Generalstaatsanwaltschaft kann mitgeteilt werden. Dies gilt insbesondere im Falle der Abgabe zum Zwecke der Durchführung weiterer Ermittlungen. Dem Bf. kann zudem die Stellungnahme des betroffenen RA zur Kenntnisnahme weitergeleitet werden.

17. Abgabeverfügungen an die Generalstaatsanwaltschaft

Es besteht Einvernehmen darüber, dass im Falle der Abgabe an die Generalstaatsanwaltschaft eine kurze Darstellung der Rechtsauffassung des Kammervorstands beigelegt werden soll.

Kopp, Anbringung eines Kanzleischildes als Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei

18. „Automatisches Inkasso“ durch Rechtsanwaltskanzleien

Nach der Rspr. ist ein automatisiertes Inkassoverfahren von RAen grundsätzlich nicht zu beanstanden, solange das Computerprogramm verantwortlich von einem RA gestaltet und beaufsichtigt wird. Der anwaltliche Bearbeiter muss für Rückfragen zur Verfügung stehen.

19. Abrechnungspflicht gegenüber dem Mandanten (§ 23 BORA)

Es besteht die Einigkeit darüber, dass § 23 BORA nur anwendbar ist, wenn ein Honorarvorschuss gezahlt oder Fremdgelder angenommen wurden. Ansonsten besteht keine berufsrechtliche Verpflichtung zur Abrechnung. Evtl. Streitigkeiten über die

konkrete Abrechnung beurteilen sich ausschließlich nach dem allgemeinen Zivilrecht.

20. Verschwiegenheitsverpflichtung in Honorarprozessen

Die Verschwiegenheitsverpflichtung gilt auch in Honorarprozessen grundsätzlich für solche Tatsachen, die nicht unbedingt zur Geltendmachung der Honorarforderungen offenbart werden müssen.

21. Hinweispflicht auf die Erhebung von Gebühren nach dem Gegenstandswert (§ 49b Abs. 5 BRAO n.F.)

Es ist einhellige Auffassung der Konferenzteilnehmer, dass seitens eines RA ein Hinweis auf die Erhebung von Gebühren nach dem Gegenstandswert erfolgen muss und den RA diesbezüglich die Beweispflicht trifft.

Anbringung eines Kanzleischildes als Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei

Rechtsanwalt *Stephan Kopp*, Ebenhausen

Der Beschluss des Sächsischen AGH vom 4.11.2004¹ gibt Anlass, einer gern zitierten², aber unrichtigen Darstellung entgegenzutreten:

Der Sächsische AGH schreibt in der Begründung zur Frage, ob ein Kanzleischild für die Einrichtung einer Kanzlei erforderlich ist:

In vielen Kammerbezirken werden bereits Syndikusanwälte von der Verpflichtung, ein Praxisschild zu unterhalten, ausgenommen. Dementsprechend hat auch der Kammervorstand München inzwischen gänzlich auf die Pflicht eines Praxisschildes verzichtet (s.a. BGH, DtZ 1995, 132; Hartung [Anm. d. Verf.: Anwaltliches Berufsrecht], Rdnr. 13 zu § 5 BORA).

Der Sächsische AGH verweist hierbei auf eine Fundstelle im Kommentar zur Anwaltlichen Berufsordnung (*Hartung/Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, Rdnr. 13 zu § 5 BORA), in der *Hartung* ebenfalls behauptet:

Die RAK München hat sich deswegen dafür entschieden, dass ein Praxisschild nicht länger notwendiger Bestandteil einer Kanzleieinrichtung ist.

Er verweist in der Fußnote (31) auf die Mitteilungen der RAK München aus dem Jahre 1978 (!).

Diese Darstellung entspricht jedoch weder der Rechtsauffassung des Vorstands noch der ständigen Verwaltungspraxis der RAK München.

Im Jahre 1978 hatte sich der Vorstand der RAK München ausweislich der uns vorliegenden Protokolle mit der Kanzleipflicht von Rechtsanwälten im Anstellungsverhältnis zu befassen. Zugrunde lagen Schwierigkeiten, die sich bei der postalischen Erreichbarkeit ergaben, wenn Rechtsanwälte ihre Kanzlei in den Büroräumen eines anderen Rechtsanwalts einrichteten und ihr Name weder auf einem Kanzleischild noch sonst nach außen in Erscheinung trat. Hierbei wurde im Vorstand die Frage erörtert, ob es für die ordnungsgemäße Einrichtung einer Kanzlei im Sinne von § 27 BRAO und deren Manifestierung nach au-

ßen erforderlich oder entbehrlich sei, ein Namensschild (mit oder ohne Berufsbezeichnung) an der Haustür oder an sonst geeigneter Stelle anzubringen. Dabei wurden die Schwierigkeiten gesehen, einen anwaltlichen Arbeitgeber zu verpflichten, dem angestellten Rechtsanwalt die Anbringung eines Namensschildes in jedem Fall zu gestatten. Die Mehrheit des Vorstandes war daher damals der Auffassung, dass der Rechtsanwalt die Einrichtung seiner Kanzlei nach außen ordnungsgemäß auf zwei Arten kenntlich machen kann: entweder durch Anbringen eines Kanzleischildes oder durch Verwendung einer Adressbezeichnung (im Schriftverkehr) mit einem c/o- oder ähnlichen Zusatz, der die postalische Erreichbarkeit der Kanzlei sicherstellt.

In den Kammermitteilungen vom Dezember 1978 wurde zwar in der Tat aus heute nicht mehr nachvollziehbaren Gründen ausgeführt:

Der Vorstand der RAK ist der Auffassung, dass ein Kanzleischild nicht notwendiger Bestandteil der Kanzleieinrichtung ist.

Diese Darstellung muss jedoch berichtigt werden. Die Auffassung, dass für die Einrichtung einer Kanzlei die Anbringung eines Kanzleischildes nicht erforderlich sei, wurde vom Vorstand der RAK München weder damals im Jahre 1978 noch davor noch danach vertreten. Entsprechend der allgemeinen Anforderungen an die Einrichtung einer Rechtsanwaltskanzlei fordert auch der Vorstand der RAK München neben dem Vorhandensein von einem oder mehreren Räumen, der telefonischen Erreichbarkeit auch ein auf die Existenz der Kanzlei hinweisendes Praxisschild³. Gerade letzte Anforderung hält der Vorstand der RAK München angesichts der Vorschriften über die Durchsichtung von Geschäftsräumen, die Beschlagnahme von Unterlagen und der Gefahren des „Lauschangriffs“ im Einzelnen sowie zur Wahrung der anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung im Allgemeinen für unabdingbar. In einem jüngst vor dem BGH geführten Verfahren wurde das Erfordernis eines Kanzleischildes erst wieder höchstgerichtlich bestätigt⁴.

1 BRAK-Mitt. 2005, 31 ff.

2 Vgl. auch AnwG Hamm, AnwBl. 2000, 316.

3 Vgl. i.e. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 27 Rdnr. 5 m.w.N.

4 Vgl. BGH, NJW 2005, 1420.

Pflichten und Haftung des Anwalts

Rechtsanwältin *Antje Jungk* und Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Allianz Versicherungs-AG, München,

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Das aktuelle Urteil

Beratungspflichten vor Vergleichswiderruf

Bei Abschluss eines Widerrufsvergleichs ist der Anwalt verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten, damit dieser eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann, ob er den Vergleich bestandskräftig werden lassen will oder nicht. Wenn von mehreren Handlungsalternativen (hier: Widerruf oder Bestandskraft) eine zur Erreichung des wirtschaftlichen Zieles des Mandanten deutlich sicherer ist, muss der Anwalt die Chancen und Risiken der Alternativen bei seiner Beratung entsprechend gewichten.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2005 – I-24 U 119/04,
LG Wuppertal, Urt. v. 21.5.2004 – 19 O 400/03

Besprechung:

Im letzten Heft (BRAK-Mitt. 2005, 111) hatten wir eine Entscheidung des KG besprochen, wonach der Anwalt einen Widerrufsvergleich widerrufen muss (und damit auch widerrufen darf, ohne sich haftpflichtig zu machen), wenn er innerhalb der Frist keine ausdrückliche Zustimmung des Mandanten zu dem Vergleich erhält. Unklarheiten bei der Stellungnahme des Mandanten musste sich der Mandant selbst zurechnen lassen. Der hier besprochene Fall steht damit nur scheinbar im Widerspruch. Die beiden Fälle beleuchten aber gut das Spannungsfeld, in dem sich der Anwalt bewegt.

Auch hier ging es um die Frage, ob der Widerruf eines objektiv günstigen Vergleichs eine anwaltliche Pflichtverletzung darstellt, wenn der Mandant sich bis zum Fristablauf nicht eindeutig geäußert hat. Bei genauem Hinsehen liegt die von LG und OLG (vom OLG als Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO, woraufhin der Anwalt seine Berufung zurücknahm) bejahte Pflichtverletzung jedoch darin, dass der Anwalt zuvor den Mandanten über Einzelheiten des Vergleichs und die absehbar nachteiligen Folgen eines Widerrufs *nicht hinreichend belehrt* hatte, so dass dieser keine fundierte, eigenverantwortliche Entscheidung treffen und eine entsprechende Weisung erteilen konnte.

Der Anwalt hatte in einem Arbeitsrechtsstreit auf Gehaltszahlung und Kündigungsschutz für den Arbeitgeber widerruflich zwei Teilvergleiche geschlossen. Der Teilvergleich bezüglich der Gehaltsforderung sah ein weitgehendes Nachgeben des Arbeitgebers vor. Der zweite Teilvergleich enthielt eine für den Arbeitgeber günstige Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Beide Teilvergleiche waren jeweils selbstständig und einzeln widerruflich. Der Mandant äußerte sich nicht eindeutig, ob er die Vergleiche akzeptiere oder nicht. Daraufhin widerrief der Anwalt beide Teilvergleiche. Schließlich wurde die arbeitgeberseitige Kündigung vom ArbG für unwirksam erklärt, was weitere Gehaltsansprüche der Arbeitnehmerin nach sich zog.

Nach den gerichtlichen Feststellungen hatte der Anwalt den Mandanten weder über die Möglichkeit des separaten Widerrufs der beiden Teilvergleiche belehrt, noch auf das hohe Risiko der Unwirksamkeit der Kündigung hingewiesen. Dies waren die Pflichtverletzungen, die zur Haftung des Anwalts führten, und nicht der Widerruf der Vergleiche (insbesondere des Beendigungsvergleichs) an sich. Dies ist der maßgebliche Unterschied zu der im letzten Heft besprochenen Entscheidung des KG.

Bei der Frage des Abschlusses bzw. Nichtabschlusses eines Vergleichs treffen den Anwalt *besondere Beratungspflichten*. Er muss dem Mandanten Chancen und Risiken, pro und contra gegenüber den Aussichten im Fall einer streitigen Entscheidung darlegen (BGH, NJW 1994, 2085). Bei günstigen Vergleichsmöglichkeiten muss er zur Annahme raten, bei ungünstigen abraten. Mathematische Genauigkeit wird dabei nicht verlangt; insofern steht dem Anwalt ein Ermessensspielraum zu (BGH, NJW-RR 1991, 1499). Einzulkulieren sind Beweislastragen und auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Fehlentscheidung (*Zugehör/Sieg*, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 758). Auch wirtschaftliche und andere Faktoren (z.B. Gesundheit oder psychischer Zustand des Mandanten) dürfen hier in die Beratung einfließen (BGH, NJW 1993, 1325). Für objektiv fehlerhafte Prognosen haftet der Anwalt jedoch (BGH, BB 2000, 536 = BRAK-Mitt. 2000, 126 m. Anm. *Jungk*).

Hinweisen muss der Anwalt insbesondere auf die Reichweite von Abgeltungsklauseln (BGH, NJW 2002, 292 = BRAK-Mitt. 2002, 22 m. Anm. *Chab*), vor allem bei möglichen unbekanntem Ansprüchen, z.B. Zukunftsschäden (insbesondere bei unfallbedingten Körperschäden). Eine Vergleichsempfehlung des Gerichts enthebt den Anwalt nicht von seiner eigenen Verantwortung gegenüber dem Mandanten, ist jedoch bei der Abwägung zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn gegen eine Entscheidung dieses Gerichts kein Rechtsmittel mehr möglich wäre (*Zugehör/Sieg*, a.a.O., Rdnr. 759).

Die *Beweislast* für eine anwaltliche Pflichtverletzung trägt zwar grundsätzlich der Mandant (BGH, NJW 1996, 2571). Dies gilt selbst dann, wenn er *negative Tatsachen* behauptet, z.B. eine unterlassene Belehrung durch den Anwalt. Der Anwalt muss jedoch eine behauptete Belehrung *konkret und substantiiert darlegen* (Inhalt der Belehrung, Reaktion des Mandanten etc., BGH, NJW 1987, 1322; 1995, 2842). Auch wenn der Anwalt eine Belehrung nicht nachweisen muss, empfiehlt es sich dringend, Belehrungen zumindest durch Aktennotizen zu dokumentieren, um das eigene Gedächtnis zu stützen. Auch im vorliegenden Fall hatte der Anwalt vorgetragen, er habe den Mandanten umfassend unterrichtet. Dies war den Gerichten – im Lichte der BGH-Rspr. zu Recht – zu unsubstantiiert. Bzgl. der Frage der separaten Widerrufbarkeit der Teilvergleiche vermisste das OLG überhaupt einen diesbezüglichen Vortrag.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Zurechnungszusammenhang bei mehreren hintereinander tätigen Anwälten

Verursacht der RA durch pflichtwidrige Untätigkeit, dass ein Anspruch des Mandanten verjährt, den er durchzusetzen beauftragt war, wird der Zurechnungszusammenhang nicht dadurch unterbrochen, dass der Mandant später einen anderen Anwalt beauftragt, der es fahrlässig versäumt, noch rechtzeitig den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.

BGH, Urt. v. 7.4.2005 – IX ZR 132/01

Anmerkung:

Die Zurechnung von dem Mandanten entstandenen Schäden ist immer wieder dann ein Thema, wenn mehrere Anwälte – sei es zeitlich nebeneinander oder auch nacheinander – ein Mandat bearbeiten. Man ist fast geneigt zu sagen, gerade dann scheinen sich Haftungskonstellationen besonders „gerne“ aufzutun, frei nach dem Motto: „Viele Köche verderben den Brei“.

Im vom BGH entschiedenen Fall haben zum einen gleichzeitig verschiedene Anwälte gewirkt, nämlich ein Prozessanwalt und ein Verkehrsanwalt. Außerdem aber war das Mandat des hier verklagten Prozessanwalts bereits seit Monaten beendet, als schließlich die Zugewinnausgleichsansprüche der Mandantin verjährt. Zu diesem Zeitpunkt war schon ein weiterer Anwalt mit der Sache befasst. Dennoch und damit gegen die beiden Vorinstanzen rechnet der BGH das Verschulden des zunächst tätigen hier verklagten Anwalts noch zu. Dieser habe gerade durch seine Untätigkeit die Kausalkette erst in Gang gesetzt, indem er zunächst ein PKH-Verfahren wegen des Zugewinnausgleichs in Gang setzte, nach Zurückweisung aber völlig untätig blieb. Den Zurückweisungsbeschluss hatte er nach eigener Einlassung nie erhalten. Da er aber auch anschließend weder einen durch den Korrespondenzanwalt vorbereiteten Schriftsatz einreichte noch sich nach dem Stand des Verfahrens erkundigte, konnte ihn das nicht entlasten. Auch wenn die Verjährung dann letztlich nicht mehr in der Zeit seiner Mandatsbearbeitung eintritt, sondern vielmehr ein weiterer Anwalt zu diesem Zeitpunkt schon eingeschaltet ist, der das Verjährungsproblem aber auch nicht erkennt, wird hierdurch nach der Rspr. des BGH der Zurechnungszusammenhang grundsätzlich nicht unterbrochen. Ausnahmen liegen dort, wo das Verhalten Dritter als ganz ungewöhnliche Beeinflussung des Geschehensablaufs zu werten ist oder wenn der später tätige Anwalt mit dem expliziten Auftrag betraut wird, die Fehler des Erstanwalts zu korrigieren. Beides war hier nicht der Fall, so dass der BGH zurückwies und in den Urteilsgründen auf bereits früher in diese Richtung ergangene Entscheidungen wie diejenige vom 29.11.2001 (in den BRAK-Mitt. 2002, 64 besprochen von *Jungk*) verwies. Was im Übrigen den daneben tätigen Verkehrsanwalt angeht, so ließ sich die Mandantin hier im Verhältnis zum beklagten Prozessanwalt ein hälftiges Mitverschulden anrechnen.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Einrede der beschränkten Erbenhaftung

Der RA ist verpflichtet, die Einrede der beschränkten Erbenhaftung zu erheben, es sei denn, eine Überschuldung des Nachlasses scheidet eindeutig aus.

KG, Urt. v. 3.2.2005 – 20 U 11/04

Anmerkung:

Es geschieht gar nicht so selten, dass die Erben von einem Gläubiger des Erblassers in Anspruch genommen werden, nachdem sie die Erbschaft bereits angenommen haben. Es kann dann dazu kommen, dass der Nachlass zur Befriedigung nicht ausreicht. Um den Erben vor solch bösen Überraschungen zu schützen, gibt es die Vorschrift des § 1990 BGB, die den Erben berechtigt, die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Bei gerichtlicher Geltendmachung ist es allerdings erforderlich, die Einrede der beschränkten Erbenhaftung auch zu erheben, um eine Vollstreckung in das Privatvermögen des Erben zu verhindern. Hieran sollte der die Erben vertretende Anwalt immer denken. Das KG weist zutreffend darauf hin, dass die Erhebung der Einrede keine Kosten verursacht und ein Unterlassen des Anwalts allenfalls dann vertretbar ist, wenn nach der Sachlage eindeutig eine Überschuldung des Nachlasses ausscheidet. Dies dürfte eher die Ausnahme sein.

Die bloße Inanspruchnahme des Privatvermögens stellt indes noch keinen Schaden dar, sondern es hat ein Gesamtvermögensvergleich zu erfolgen. Ein wirtschaftlicher Schaden ist nur dann eingetreten, wenn der ausgeurteilte Betrag ganz oder teilweise nicht aus dem Nachlass zu decken ist. Hierfür, d.h. auch für den Wert des Nachlasses, ist der Mandant beweispflichtig. Das KG legt dar, dass selbst der Umstand der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens den Schaden noch nicht indiziert. Der erfüllende Erbe erwirbt ja einen entsprechenden Anspruch zur Quote. In dieser Höhe hat er im Ergebnis keinen Schaden.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Beratung bei Versicherung für fremde Rechnung

Vertritt der Anwalt bei einer Unfallversicherung für fremde Rechnung das versicherte, aber nicht selbst zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag berechnigte Unfallopfer, nicht aber den Versicherungsnehmer, muss er den Mandanten auf die Rechtslage hinweisen und ihn umfassend und vollständig belehren, wie die fünfzehnmonatige Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Dauerschäden gewahrt werden kann.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 10.11.2004 – 5 U 143-02-14

Anmerkung:

Der Mandant war bei einem Unfall schwer verletzt worden. Sein Vater hatte für ihn eine Unfallversicherung abgeschlossen; Versicherungsnehmer (VN) war aber der Vater. Der Versicherer (VR) teilte dem Anwalt, der für den Mandanten Ansprüche geltend gemacht hatte, mit, dass er eine Vollmacht des VN vorlegen müsse. Der Anwalt bat den VR, sich direkt an den VN zu wenden, da er insofern kein Mandat hätte. Der VR wies den VN auf die 15-Monats-Frist gem. § 8 Abs. 2 AUB 61 (entspricht § 71 Abs. 1 Satz 3 AUB 94 bzw. Ziff. 2.1.1.1 Satz 2 AUB 99) für die ärztliche Feststellung und Geltendmachung einer Invalidität hin, die jedoch mangels rechtzeitiger Feststellung und Geltendmachung nicht gewahrt wurde, obwohl Invalidität innerhalb eines Jahres nach dem Unfall eingetreten war.

Bei einer Unfallversicherung gegen Unfälle eines Dritten („Gefahrperson“) handelt es sich gem. § 179 Abs. 2 VVG im Zweifel um eine Versicherung für fremde Rechnung nach §§ 75 ff. VVG. Zur Ausübung der Rechte ist gem. § 16 Abs. 1 Satz 2 AUB in Abweichung des abdingbaren § 75 Abs. 2 VVG nur der VN berechtigt. Aufgrund dieser Aufspaltung entsteht ein gesetzliches Treuhandverhältnis zwischen VN und dem Versicherten, aufgrund dessen der VN zur Einziehung und Weiterleitung der Versicherungsleistung an den Versicherten verpflichtet ist (BGH, NJW 1973, 1368; 1991, 3031).

Rechtsprechungsleitsätze

Welche Beratung der Anwalt dem Mandanten erteilt hat, war streitig. Nach seinem eigenen Vortrag hat er über die Frist des § 8 Abs. 2 AUB und über das Fehlen der Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen beim VR im eigenen Namen belehrt. Auch nach seinem eigenen Vortrag hat der Anwalt jedoch nicht über das gesetzliche Treuhandverhältnis belehrt, aus dem der Mandant einen Anspruch gegen seinen Vater auf Geltendmachung der Ansprüche gegen den VR gehabt hätte. Wegen dieser Unvollständigkeit der Belehrung bejahte das OLG eine haftungsbegründende anwaltliche Pflichtverletzung.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Fristen

Beiläufige Fristenüberprüfung

Wenn dem RA die Handakten zur Anfertigung der Berufungsschrift vorgelegt werden, muss er auch prüfen, ob die Berufungsbegründungsfrist richtig notiert ist (Bestätigung von BGH, Beschl. v. 1.12.2004 – XII ZB 164/03).

BGH, Beschl. v. 13.4.2005 – VIII ZB 77/04

BGH, Beschl. v. 19.4.2005 – X ZB 31/03

Anmerkung:

Im Kern war der Sachverhalt beider Beschlüsse gleich. Die Berufungsbegründungsfrist war falsch bzw. gar nicht notiert, was aus der Akte heraus erkennbar war. Die Anwälte hatten bei Einlegung der Berufung jeweils die Möglichkeit und im Ergebnis auch die Pflicht, die Eintragung der Berufungsbegründungsfrist zu prüfen. Geschieht das nicht, gibt es keine Wiedereinsetzung. Der RA hat eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Frist richtig berechnet wurde, wenn ihm die Akte zur Bearbeitung der fristgebundenen Tätigkeit vorgelegt wird. Eine gewisse Erweiterung erfährt dieser Grundsatz darin, dass seit der Änderung des Fristbeginns für die Begründungsfrist durch die ZPO-Reform mit der Berufungseinlegung auch gleich die korrekte Notierung der Berufungsbegründungsfrist zu prüfen ist. Das ist inzwischen st. Rspr., Rechtsbeschwerden werden bereits als unzulässig zurückgewiesen (so geschehen mit dem zitierten Beschl. v. 13.4.2005), weil weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen werden, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rspr. eine Entscheidung erfordert.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Zweiter Fristverlängerungsantrag und Einwilligung des Gegners

Das Vertrauen auf die Bewilligung der beantragten (weiteren) Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ist nicht gerechtfertigt, wenn der Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers die ihm gegenüber erklärte, gem. § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO erforderliche Einwilligung des Gegners in den Verlängerungsantrag nicht erwähnt.

BGH, Beschl. v. 22.3.2005 – XI ZB 36/04

Anmerkung:

Der Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers hatte beim OLG eine zweite Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Als Begründung gab er Arbeitsüberlastung an. Der Senatsvorsitzende lehnte den Antrag ab, weil die gem. § 520 Abs. 2 ZPO erforderliche Einwilligung des Gegners nicht vortragen worden war. Daraufhin beantragte der Anwalt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, die

Einwilligung des Gegners zu der zweiten Fristverlängerung habe ihm ja vorgelegen, daher habe er auf die Gewährung der zweiten Verlängerung vertrauen dürfen. Seine Bürokraft habe versehentlich seine Anweisung, im Verlängerungsantrag auf das Einverständnis des Gegners hinzuweisen, nicht beachtet. Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung verworfen.

Der BGH verwarf die Rechtsbeschwerde als unzulässig, da die Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung habe und eine Entscheidung auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. erforderlich sei. Die Entscheidung des OLG entspreche der st. BGH-Rspr. Der zweite Fristverlängerungsantrag sei mangels Darlegung der erforderlichen Zustimmung des Gegners unvollständig gewesen und habe daher kein schützenswertes Vertrauen des Anwalts begründet, dass dem Antrag stattgegeben werde (BGH, NJW 1993, 134; NJW-RR 1998, 573). Der Fehler der Bürokraft entlaste den Anwalt nicht, weil er Schriftsätze vor Unterzeichnung selbst sorgfältig auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen habe (BGH, NJW 1995, 1499; NJW 1998, 908).

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Einzelweisung zur Faxübermittlung eines Schriftsatzes

Auf eine allgemeine organisatorische Regelung kommt es nicht entscheidend an, wenn im Einzelfall konkrete Anweisungen vorliegen, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte. Außerhalb der Weisung liegende sonstige organisatorische Maßnahmen, die eine zuverlässige Fristkontrolle gewährleisten, sind damit nicht außer Kraft gesetzt. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 3.5.2005 – XI ZB 41/04

Anmerkung:

Der Prozessbevollmächtigte unterschrieb den Berufungsschriftsatz, bevor er dann die Kanzlei wegen einer Geschäftsreise verließ. Zuvor hatte er seine Rechtsanwaltsgehilfin mündlich angewiesen, den Schriftsatz noch am selben Tag an das OLG zu faxen und anschließend in die normale Geschäftspost zu geben. Die Gehilfin strich die Frist noch in seinem Beisein, bevor sie das Fax ans Gericht sandte. Die Versendung geriet anschließend in Vergessenheit, weil der Schriftsatz versehentlich in eine Parallelakte eingelegt wurde. Hierin lag der Organisationsmangel bzw. das Anwaltsverschulden, das letzten Endes die Wiedereinsetzung verhinderte. Auch wenn Einzelweisungen erteilt werden – so der BGH –, müssen die übrigen notwendigen organisatorischen Maßnahmen eingehalten werden. Insbesondere darf auch dann die Frist erst nach ordnungsgemäßem Faxausgang gestrichen werden. Der Anwalt hätte die frühzeitige Friststreichung, bei der er noch anwesend war, unbedingt verhindern müssen. Dass er am nächsten Tag noch von unterwegs aus anrief und nach der Erledigung fragte, entlastete ihn nicht, zumal es zu diesem Zeitpunkt auch schon zu spät war, um noch geeignete Maßnahmen treffen zu können.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Vertretungsregelung im Krankheitsfall

Der RA muss Vorkehrungen dafür treffen, dass im Fall seiner Erkrankung ein Vertreter die notwendigen Prozesshandlungen vornimmt. Für den Fall einer plötzlichen und längerfristigen Erkrankung muss er sein Büropersonal allgemein anweisen, um Vertretung durch einen Anwaltskollegen bemüht zu sein oder erforderlichenfalls einen Antrag nach § 53 Abs. 2 BRAO zu stellen. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 17.3.2005 – IX ZB 74/04

Anmerkung:

Die Prozessbevollmächtigte wurde durch eine plötzlich auftretende heftige Sommergrippe für längere Zeit aus dem Verkehr gezogen. Zwar wurde ein anderer Anwalt damit beauftragt, Einlegungsfristen zu wahren, nicht aber Begründungsfristen. Hierfür hatte dieser auch keine Zeit. Die Anwältin hatte offenbar darauf vertraut, rechtzeitig zur Fertigung des Begründungsschriftsatzes wieder gesund zu sein, was sich in der Folge aber nicht bewahrheitete.

Maßstab für die Vertretungsregelung im Krankheitsfall muss immer sein, dass auch bei plötzlichem Ausfall des sachbearbeitenden RA sämtliche Fristen gewahrt werden. Es muss also dem Büropersonal ein konkreter anderer Anwalt bzw. eine Sozietät benannt werden, die kurzfristig, d.h. notfalls auch am selben Tag noch fristwahrende Maßnahmen ergreifen kann. Kann der so benannte Vertreter aus Zeitgründen nicht für längere Zeit diese Aufgabe erfüllen, so muss auf andere Weise die Fristwahrung bzw. allgemein die Wahrung der Mandanteninteressen sichergestellt werden, ggf. eben auch durch einen Antrag auf Bestellung eines Vertreters nach § 53 Abs. 2 Satz 2 BRAO. Das Vertrauen des Anwalts darauf, dass er schon rechtzeitig wieder gesund wird, reicht hier nicht. Gerade bei Unfällen und schweren Erkrankungen kommt es vor, dass der Anwalt selbst gar nichts mehr veranlassen kann. Dann muss das Personal wissen, was es zu tun hat.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Prüfung der Faxnummer

Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist wegen Übermittlung des Schriftsatzes an das falsche Gericht mit Telefax erfordert die Darlegung, welche Anweisungen zur Prüfung der in einem Schriftsatz angegebenen Faxnummer des Empfängers bestanden,

wenn diese Nummer zur Übermittlung verwendet wurde, aber fehlerhaft war.

BGH, Beschl. v. 1.3.2005 – VI ZB 65/04

Anmerkung:

Zu der Frage, um was sich der Anwalt bei der Übermittlung eines Schriftsatzes per Fax selbst kümmern muss, was er delegieren darf und wofür er letzterenfalls Anweisungen geben muss, gibt es umfangreiche Wiedereinsetzungsrechtsprechung, die in dieser Rubrik ja auch regelmäßig auftaucht. Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Büroorganisation ist es, dass die Frist nur dann gestrichen werden darf, wenn die Bürokräft anhand eines Einzelsendeberichts (z.B. BGH, MDR 2002, 1095; BGH, NJW-RR 2002, 60 hat auch eine telefonische Nachfrage bei Gericht genügen lassen) sowohl die Anzahl der übertragenen Seiten als auch die Richtigkeit der Faxnummer überprüft hat. In Bezug auf die Art und Weise der Überprüfung der Faxnummer lässt sich der Wiedereinsetzungsrechtsprechung nichts Eindeutiges entnehmen. Bereits 1995 hatte das BAG (NJW 1995, 2742) verlangt, dass nach erfolgter Faxübertragung die Faxnummer nochmals überprüft wird, und zwar wohl nicht nur anhand der Nummer auf dem Schriftsatz, sondern anhand des Verzeichnisses, aus dem die Nummer entnommen wurde. Während der IX. ZS des BGH (NJW-RR 2002, 860) dies wohl für zu weitreichend hielt, verlangte BGH AnwZ 7/01 tatsächlich eine weitere Überprüfung anhand der Quelle (vgl. BRAK-Mitt. 2002, 171 mit Anm. *Jungk*).

Über diese Problematik brauchte der VI. ZS vorliegend aber gar nicht zu entscheiden. Der Prozessbevollmächtigte hatte im Wiedereinsetzungsgesuch nämlich nicht einmal dargelegt, dass das Büro angewiesen war, die Faxnummer auf dem Schriftsatz anhand eines Verzeichnisses zu überprüfen. Der Anwalt, der die Faxnummer selbst in den Schriftsatz eingefügt hatte, ist in diesem Zusammenhang keine verlässliche Quelle!

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Aus der Arbeit der BRAK

Empfehlungen des Ausschusses Internationale Sozietäten

Der BRAK-Ausschuss „Internationale Sozietäten“ hat zur Frage der Zulassung ausländischer Rechtsanwaltsgesellschaften in Form einer LLP oder einer Kapitalgesellschaft folgende Empfehlungen an die RAKn abgegeben:

1. Anerkennung ausländischer Gesellschaften nach europäischem Recht:

Nach der vom EuGH angewendeten Gründungstheorie ist auf Gesellschaften regelmäßig das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Gründung der Gesellschaft erfolgt ist. Dies gilt unter Berücksichtigung der Niederlassungsrichtlinie nicht nur bei der Einrichtung von Zweigniederlassungen, sondern auch bei Verlegung des Verwaltungs- oder des Hauptsitzes ins Ausland. Selbst die erklärte Absicht, eine Gesellschaft im Ausland nach ausländischem Recht nur zu dem Zweck zu gründen und deren

tatsächlichen Verwaltungssitz ins Inland zurück zu verlegen, um inländisches Recht zu umgehen, stellt nach der Rspr. des EuGH keinen Missbrauchstatbestand dar (vgl. EuGH – Rs. C-212/97 (*Centros*) in: IPRax 1999, 360; Rs. C-208/00 (*Überseering*) in: IPRax 03, 65, 117, 193; Rs. C-167/01 (*InspireART*) in: IPRax 04, 46 m. Anm. *Behrens*, S. 20).

2. Limited Liability Partnerships (LLP):

a) Rechtsnatur:

Die LLP nach englischem Recht ist eine juristische Person, die hinsichtlich ihrer Gesellschaftsform, ihren Bilanzierungs- und Veröffentlichungspflichten sowie ihres Organisationsstatuts und ihrer Haftungsstruktur zwar in vielen Bereichen der Gesellschaftsform einer Kapitalgesellschaft ähnelt, andererseits aber durch die Gesellschafterstruktur und die Haftung des handelnden Partners neben der Gesellschaft für Ansprüche des Mandanten/Kunden wesentliche Grundzüge einer Personengesellschaft aufweist.

b) Eintragung der LLP in das Partnerschaftsregister:

Die LLP weist zwar Wesenszüge einer Kapitalgesellschaft auf, ähnelt jedoch hinsichtlich ihres Haftungsstatus gerade im Hinblick auf die Handelndenhaftung der Partnerschaft nach dem deutschen Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG). Nach der Gesetzesbegründung zum PartGG steht dieses Gesetz auch für ausländische Gesellschaften offen, die der Partnerschaftsgesellschaft ähnlich sind. Zudem ist § 13d HGB analog anwendbar, der wiederum auf ausländische Gesellschaften Bezug nimmt. Steuerrechtlich wird die LLP wie eine Personengesellschaft behandelt.

Diese Gesichtspunkte führten im BRAK-Ausschuss zu dem Ergebnis, dass die LLP im Falle ihrer Niederlassung oder der Einrichtung einer Zweigstelle in Deutschland entsprechend den Vorschriften zur Partnerschaftsgesellschaft in das Partnerschaftsregister einzutragen ist, selbst wenn die LLP mit der deutschen Partnerschaftsgesellschaft nicht vollkommen übereinstimmt. Die RAKn sollten diese Auffassung sowohl gegenüber den Gesellschaftern als auch gegenüber Gerichten bei entsprechenden Anfragen vertreten. Die Eintragung in das Partnerschaftsregister hätte zudem den Vorteil, dass eine Publizität aller Partner der LLP gewährleistet ist. Die Postulations- und Vertretungsbefugnis lässt sich analog aus § 7 Abs. 4 PartGG ableiten. Bis zu einer entsprechenden Klarstellung im Gesetz ist es ratsam, den Gesellschaften in der Rechtsform einer LLP zu empfehlen, Handlungen nur durch Personen vornehmen zu lassen, die für die Erbringung rechtsbesorgender Leistungen gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllen.

Zur Rechtssicherheit ist de lege ferenda eine Klarstellung in § 7 PartGG empfehlenswert.

c) Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft?

Da die LLP nach obigem Ergebnis ihrer Rechtsnatur nach eher mit der Partnerschaftsgesellschaft vergleichbar ist, sieht der BRAK-Ausschuss „Internationale Sozietäten“ gegenwärtig ebenso wie bei Partnerschaftsgesellschaften keine Notwendigkeit, eine Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft nach den Vorschriften der §§ 59c ff. BRAO zu verlangen. Selbst die Eintragung der LLP bei der Law Society of England nach englischem Recht würde nicht die zusätzliche Eintragung oder Zulassung bei einer deutschen RAK bedingen.

3. Kapitalgesellschaften (z.B. GmbH oder Limited):**a) Rechtsnatur:**

Bei den Kapitalgesellschaften handelt es sich um juristische Personen des Privatrechts, die ausschließlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter besteht daneben nicht.

b) Eintragung in das Handelsregister:

Als Kapitalgesellschaften sind die GmbH und die Limited im Handelsregister einzutragen. Diese Gesellschaften unterliegen auch dem Körperschaftsteuerrecht.

c) Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft:

Grundsätzlich ist zwischen Berufsausübungsgesellschaften einerseits und Verwaltungs-/Besitzgesellschaften andererseits zu unterscheiden. Soweit die ausländische Berufsausübungsgesellschaft in Deutschland beratend tätig werden möchte, bedarf sie im Falle der Verlegung des Hauptsitzes oder des Tätigkeitsschwerpunktes bzw. der Errichtung einer Zweigstelle in Deutschland der Zulassung der Gesellschaft bei der zuständigen RAK. Hierfür sind die §§ 59c ff. BRAO analog anzuwenden, wobei de lege ferenda konkrete klarstellende Regelungen wünschenswert wären. Aus europarechtlicher Sicht ist zudem zu beachten, dass keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden, die für inländische Gesellschaften nicht erforderlich sind oder eine übermäßige Hürde darstellen.

Hinsichtlich der Prüfungskriterien für die Zulassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft oder deren Zweigniederlassung sollte beachtet werden, dass für die Zulassung im Wesentlichen die Vorschriften der §§ 59c ff. BRAO gelten. Insbesondere muss bei einer eigenen Haftung der Gesellschaft der Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung nachgewiesen werden, der den Anforderungen von § 59j BRAO entspricht, soweit die Gesellschaft nicht eine nach den Regeln des Herkunftsstaates geschlossene Versicherung oder eine anderweitige Garantie nachweist, die hinsichtlich der Modalitäten und des Deckungsumfanges gleichwertig ist. Auch muss die Kapitalgesellschaft den Regeln zur anwaltlichen Berufsverschwiegenheit, der Beschlagnahmefreiheit, dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und der Verpflichtung zur Unabhängigkeit von Weisungen unterliegen.

Amtliche Bekanntmachungen

Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.2.2005 in Berlin

Berufsordnung**I.****§ 6 Werbung****§ 6 Abs. 2 BORA wird wie folgt neu gefasst:**

„(2) Die Angabe von Erfolgs- und Umsatzzahlen ist unzulässig. Hinweise auf Mandate und Mandanten sind nur in Praxisbro-

schüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln oder auf Anfrage zulässig, soweit der Mandant ausdrücklich eingewilligt hat.“

Der bisherige § 6 Abs. 3 BORA wird gestrichen.

Der bisherige § 6 Abs. 4 wird § 6 Abs. 3.

II.**§ 7**

Die Überschrift des § 7 lautet nunmehr wie folgt:

„§ 7 Benennung von Teilbereichen der Berufstätigkeit“

§ 7 Abs. 1 BORA wird wie folgt gefasst:

„(1) Unabhängig von Fachanwaltsbezeichnungen darf Teilbereiche der Berufstätigkeit nur benennen, wer seinen Angaben entsprechende Kenntnisse nachweisen kann, die in der Ausbildung, durch Berufstätigkeit, Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben wurden. Wer qualifizierende Zusätze verwendet, muss zusätzlich über entsprechende theoretische Kenntnisse verfügen und auf dem benannten Gebiet in erheblichem Umfang tätig gewesen sein.“

§ 7 Abs. 2 BORA wird wie folgt gefasst:

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

§ 7 Abs. 3 BORA wird wie folgt gefasst:

„(3) Wer Teilbereiche der Berufstätigkeit benennt, ist verpflichtet, sich auf diesen Gebieten fortzubilden. Auf Verlangen der Rechtsanwaltskammer ist dies nachzuweisen.“

In § 7 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Die vorstehenden Regelungen gelten für Berufsausübungsgemeinschaften nach § 9 entsprechend.“

III.**§ 10 Abs. (1) und (4) Briefbögen
redaktionelle Änderungen****§ 10 Abs. 1 lautet:**

„(1) Auf Briefbögen müssen auch bei Verwendung einer Kurzbezeichnung die Namen sämtlicher Gesellschafter mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen aufgeführt werden. Gleiches gilt für Namen anderer Personen, die in einer Kurzbezeichnung gemäß § 9 enthalten sind. Es muss mindestens eine der Kurzbezeichnung entsprechende Zahl von Gesellschaftern, Angestellten oder freien Mitarbeitern auf den Briefbögen namentlich aufgeführt werden.“

§ 10 Abs. 4 lautet:

„(4) Ausgeschiedene Kanzleihinhaber, Gesellschafter, Angestellte oder freie Mitarbeiter können auf den Briefbögen nur weitergeführt werden, wenn ihr Ausscheiden kenntlich gemacht wird.“

Die vorstehenden Beschlüsse werden hiermit ausgefertigt.

Berlin, den 23.2.2005
gez. Dr. Dombek
Vorsitzender

Bamberg, den 24.2.2005
gez. Böhnlein
Schriftführer

Bescheid des Bundesministeriums der Justiz vom 26.5.2005, eingegangen bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 30.5.2005

An die
Bundesrechtsanwaltskammer
Littenstraße 9
10179 Berlin

Betr.: Teilweise Aufhebung der Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.2.2005

Bezug: Ihr Schreiben vom 28.2.2005

Auf Grund des § 191e der Bundesrechtsanwaltsordnung, eingefügt durch Artikel 1 Nr. 32 des Gesetzes vom 2.9.1994 (BGBl. I

S. 2278), hebt das Bundesministerium der Justiz in Nummer II der Beschlüsse der Berufsordnung der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.2.2005, die am 23./24.2.2005 ausgefertigt und dem Bundesministerium der Justiz am 3.3.2005 übermittelt worden sind, den neu gefassten § 7 Abs. 3 der Berufsordnung (BORA) auf.

§ 7 Abs. 3 BORA-E regelt die anwaltliche Fortbildungspflicht (§ 43a Abs. 6 BRAO). Hierfür fehlt die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.

Der Katalog der Ermächtigungsregelung des § 59b Abs. 2 BRAO enthält keine ausdrückliche Befugnis, Regelungen zur anwaltlichen Fortbildung durch Satzung in der Berufsordnung zu treffen.

Die Regelung zur Fortbildung in § 7 Abs. 3 BORA-E kann nicht auf die Ermächtigung zur Regelung der Werbung (§ 59b Abs. 2 Nr. 3 BRAO) oder auf einen anderen Kompetenztitel (etwa § 59b Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a BRAO) gestützt werden. Ermächtigungsnormen für Satzungsregelungen reichen nur so weit, wie der Gesetzgeber erkennbar selbst zu einer solchen Gestaltung des Rechts den Weg bereitet. Mögliche Einschränkungen muss der Gesetzgeber besonders deutlich vorgeben, wenn die Berufsangehörigen in ihrer freien beruflichen Betätigung empfindlich beeinträchtigt werden (BVerfGE 101, 312 [323] zu § 13 BORA – Versäumnisurteil).

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2.9.1994 (BGBl. I S. 2278) die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer nicht dazu ermächtigt, die Fortbildungspflicht näher zu regeln. Eine im Regierungsentwurf vorgeschlagene Kompetenz zur Regelung der Fortbildung ist nicht beschlossen worden (Beschlussempfehlung und Bericht BT-Drs. 12/7656, S. 16, zu § 59b Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe g BRAO-E). In seinem Bericht hat es der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ausdrücklich abgelehnt, eine entsprechende Ermächtigungsvorschrift in das Gesetz aufzunehmen (Bericht a.a.O., S. 50). Eine Auslegung der Ermächtigungsvorschrift des § 59b BRAO, die die Regelungskompetenz der Satzungsversammlung auf den Bereich der Fortbildung erstreckt, ist daher nicht möglich.

Brigitte Zypries

In-Kraft-Treten

Die Änderungen treten mit Ausnahme der Änderungen zu § 7 BORA¹ am 1.11.2005 in Kraft. Nur insoweit werden die Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung verkündet.

Die 5. Sitzung der 3. Satzungsversammlung findet
am 7.11.2005 in Berlin statt.

¹ Da die Vorschrift des beschlossenen neuen § 7 BORA durch die teilweise Aufhebung durch das Bundesministerium der Justiz einen veränderten Inhalt erhalten hat, wird § 7 BORA nicht verkündet. Die Satzungsversammlung wird sich mit § 7 BORA erneut in der nächsten Sitzung am 7.11.2005 befassen.

Personalien

Eberhard Haas 70

Zum Ende der 13. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages im Sommer 1998 hatte *Eberhard Haas* eines seiner wichtigsten Ziele erreicht: Die Stärkung der Unabhängigkeit der Anwaltschaft. Bundestag und Bundesrat hatten genau 120 Jahre nach dem In-Kraft-Treten der Rechtsanwaltsordnung von 1878 der Übertragung der bisher den Landesjustizverwaltungen überantworteten Zulassungsverfahren auf die Rechtsanwaltskammern zugestimmt. Lange hatte *Haas* für dieses Kernanliegen, dass nicht der Staat, sondern die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sich selbst zulassen, gekämpft. *Haas* wusste, dass in Zeiten knapper Kassen den Staat weniger die Freiheit der Advokatur interessierte. Vorrangig interessierte dort vielmehr die damit verbundene Einsparung von Verwaltungskosten. Geschickt nutzte *Haas* diese Fremdmotivation der anwaltlichen Interessen. Dabei verhinderte er noch in letzter Minute die Einführung der Fachaufsicht, die von einigen Ministerialbeamten gefordert worden war. Ihm ging es allein um die Stärkung der Selbstverwaltung, die Stärkung der Eigenverantwortung der Anwaltschaft durch mehr Unabhängigkeit von staatlichen Einflussnahmen. Hierfür setzte sich *Haas* mehr als ein Jahrzehnt an vorderster Front für die deutsche Anwaltschaft ein, zunächst als deren Vizepräsident im Präsidium der BRAK und schließlich von 1990 bis 1998 als Präsident der BRAK. Die Amtszeit von *Eberhard Haas* stand unter dem Einfluss von zwei historischen Ereignissen, der Wiedervereinigung Deutschlands und dem Zusammenwachsen Europas. Im Gegensatz zu vielen anderen erkannte *Haas* frühzeitig die Herausforderungen, die hierdurch auf die Anwaltschaft zukamen. Das Zusammenwachsen der Anwaltschaften der beiden deutschen Staaten war ihm eine Herzenssache. Um das Denken der ostdeutschen Juristen zu verstehen, nahm er noch vor der deutschen Einheit am Juristentag der DDR in Strausberg im März 1990 teil. Die ständige Präsenz und wachsende Effizienz der Brüsseler Repräsentanz der Bundesrechtsanwaltskammer war ihm besonders wichtig. Es lohnt sich auch ein Blick durch die „Akzente“, die *Haas* in den acht Jahren seiner Amtszeit in den BRAK-Mitteilungen schrieb. Ob die fundamentalen Änderungen des

anwaltlichen Berufsrechts, der beharrliche Einsatz für eine gerechtere Honorierung anwaltlicher Leistung, der Kampf gegen den Lauschangriff oder die Beschränkung der Mandantenrechte im Rahmen der immer kürzeren Intervalle der „Justizreformen“ – in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellte *Haas* immer die Unabhängigkeit der Anwältinnen und der Anwälte im Dienst der Mandanten und der Gesellschaft. Beharrlich und unermüdlich, mit sozialer Kompetenz, freundlich und mit durchsetzungskräftigem Charme, wie seine nahezu legendäre „Standhaftigkeit“ bei den vielen Sitzungen der Satzungsversammlung, appellierte *Haas* an die Bewahrung der Rechtskultur in unserer Gesellschaft. Zugleich forderte er von der Anwaltschaft, die fundamentalen Prinzipien der Rechtskultur mit „Verantwortung, Vernunft und Anstand“¹ zu verteidigen. Dafür tritt der bekennende „Bremer“ Hanseat *Haas* auch heute noch ein. Am 15.6.2005 wurde Rechtsanwalt und Notar Dr. *Eberhard Haas* 70 Jahre alt. Wer *Eberhard Haas* kennt, weiß, dass er nicht wirklich älter wird. Und das ist gut so, wie wir Berliner zu sagen pflegen. Für die Bundesrechtsanwaltskammer arbeitet er in diversen Gremien weiterhin engagiert mit. Im Aufsichtsrat der Hans-Soldan-Stiftung sorgt er dafür, dass die anwaltsbezogene Ausbildung der Jura-Studenten Realität wird. Im Vorstand der Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit kümmert er sich um den Export des deutschen Rechts in die mittel- und osteuropäischen Staaten. Wir werden ihn dort, weil wir seinen Rat benötigen, noch viele Jahre brauchen. Diese vielen Jahre in guter Gesundheit wünscht ihm das Präsidium der Bundesrechtsanwaltskammer. Es denkt dabei ganz eigennützig, will doch jedes Präsidiumsmitglied ganz schnell Mitglied der sog. *Après-Ko* werden, der Konferenz der ehemaligen Kammerpräsidenten, gegründet und geleitet von *Eberhard Haas*. Und gerühmt von allen ihren Mitgliedern vor allem wegen des berühmten hanseatischen Humors ihres Leiters.

Dr. Bernhard Dombek
Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer

¹ BRAK-Mitt. 1998, 101 f.

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof/Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Ersatzfähigkeit von Rechtsanwaltskosten als Beitreibungskosten nur bei nationaler Regelung

Richtlinie 2000/35/EG Art. 3 Abs. 1

Besteht auf der Grundlage des nationalen Rechts keine Möglichkeit, in die Berechnung der Kosten, in die ein privater Schuldner einer Geschäftsschuld verurteilt werden könnte, die Kosten für die Einschaltung eines RA auf Seiten des Gläubigers in einem

gerichtlichen Verfahren zur Beitreibung dieser Schuld einzubeziehen, so kann die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr als solche nicht als Grundlage für eine derartige Möglichkeit dienen.

EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-235/03 (QDQ Media SA ./ Alejandro Omedas Lecha)

Volltext unter www.brak.de

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Beschlagnahme von Daten einer Rechtsanwalts- und Steuerberaterkanzlei

StPO § 94, § 97, § 108, § 110 a.F., § 110 n.F.; GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1

*1. Die Beschlagnahme des gesamten Datenbestandes einer RA- und StB-Kanzlei greift in das Berufsrecht der Berufsträger und ihrer Mandanten auf informationelle Selbstbestimmung ein und beeinträchtigt die hiermit zusammenhängenden Belange der Allgemeinheit und wegen seines Umfangs in schwerwiegender Weise das rechtlich besonders geschützte Vertrauensverhältnis zwischen den Mandanten und den für sie tätigen Berufsträgern. RAe als Organe der Rechtspflege sowie deren Mandanten sind auch im öffentlichen Interesse auf eine besonders geschützte Vertraulichkeit der Kommunikation angewiesen.

*2. Die Stellung des RA als Organ der Rechtspflege und das rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen RA und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen.

*3. Dem staatlichen Handeln werden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gesetzt. Der jeweilige Eingriff muss in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen. Hierbei sind auch die

Bedeutung des potentiellen Beweismittels für das Strafverfahren sowie der Grad des auf verfahrenserhebliche Daten bezogenen Auffindeverdachts zu bewerten.

4. Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten.

BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02

Volltext unter www.brak.de

Beitragspflicht zur berufsständischen Anwaltsversorgung während einkommensloser Kindererziehungszeiten

RAVG (BW) § 8; RAVwS (BW) § 11 Abs. 2, 3; GG Art. 3, Art. 6 und Art. 12

*1. Die Beitragsregelung der Satzung des Versorgungswerks der RAe in Baden-Württemberg, die zur Beitragsleistung auch bei Einkommenslosigkeit während der Erziehungszeiten eines Kindes in dessen ersten drei Lebensjahren verpflichtet, verstößt gegen das Gebot der Gleichberechtigung aus Art. 3 Abs. 2 GG. Sie führt zu einer unzulässigen faktischen Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern.

*2. Die Regelung kann jedoch bis zum In-Kraft-Treten einer verfassungskonformen Neuregelung, längstens bis zum 30.6.2006, weiter angewendet werden.

BVerfG, Beschl. v. 5.4.2005 – 1 BvR 774/02

Volltext unter www.brak.de

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Bundesgerichtshof

Werbung – Kanzleibezeichnung „K.-Associates“

BRAO § 43b; BORA § 6

*1. Enthält die Kurzbezeichnung einer RA-Kanzlei den englischen Begriff „Associates“, erweckt dies beim rechtsuchenden Publikum nicht den Eindruck, dass es sich um einen Zusammenschluss von RAen im internationalen Bereich handelt.

*2. Zwar mag durch die Verwendung des Zusatzes „Associates“ im Rechtsverkehr die Vorstellung einer gewissen Internationalität erweckt werden. Dies begründet jedoch dann nicht die Gefahr einer Irreführung, wenn zum einen ein internationaler Bezug der Kanzlei bereits dadurch hergestellt ist, dass zumindest ein Kanzleimitglied gleichzeitig auch im Ausland als RA zugelassen ist und dort eine Kanzlei unterhält und zum anderen der Tätigkeitsschwerpunkt aller Sozien im internationalen Steuer-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht liegt.

BGH, Beschl. v. 18.4.2005 – AnwZ (B) 35/04

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist ein in ... zugelassener RA, betreibt mit zwei weiteren RAen sowie einem StB eine Kanzlei in Er ist weiterhin als Attorney and Counselor at Law im Bundesstaat New York (USA) zugelassen und unterhält dort ebenfalls eine Kanzlei. Im Kopf seiner in der Kanzlei in ... verwendeten Briefbögen firmiert er mit der Kurzbezeichnung „... Associates“. Unterhalb

der Kurzbezeichnung, am rechten Seitenrand des Briefbogens, sind weiterhin unter der Überschrift „...“ der Name des Ast. sowie die Namen der drei übrigen Kanzleimitglieder nebst Berufsbezeichnungen und der Kanzleianschrift in ... aufgeführt. Darunter findet sich unter der Rubrik „New York“ nochmals der Name des Ast. mit den Berufsbezeichnungen „Rechtsanwalt“ und „Attorney and Counselor at Law“ sowie der Angabe seiner Kanzleianschrift in New York.

Mit Schreiben v. 13.8.2003 hat der Vorstand der Agin. dem Ast. den „belehrenden Hinweis“ erteilt, dass er die Verwendung des Zusatzes „Associates“ in der Kurzbezeichnung als unzulässig ansehe. Der Begriff „Associates“ sei kein auf die gemeinschaftliche Berufsausübung hinweisender Zusatz, jedenfalls nicht im deutschen Sprachgebrauch. Der Ast. habe selbst darauf hingewiesen, dass die deutsche Übersetzung dieses Begriffs einerseits „Gesellschafter“, andererseits aber auch „Mitarbeiter“ bedeuten könne. Das Schreiben schließt mit einer Rechtsmittelbelehrung, in der der Ast. auf die Möglichkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung gem. § 223 BRAO hingewiesen wird.

Der Ast. hat gegen den Bescheid Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Der AGH hat den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat er unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH v. 25.4.1996 – I ZR 106/94 (NJW 1996, 2308) ausgeführt, dass die Kurzbezeichnung gegen das Verbot der irreführenden Werbung in § 43b BRAO, § 6 Abs. 1 BORA verstoße. Es werde der Eindruck erweckt, dass auch die zwei weiteren im Briefbo-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

gen aufgeführten RAe und der dort benannte StB Mitglieder einer internationalen Sozietät oder eines internationalen körperschaftlichen Zusammenschlusses auf anderer rechtlicher Grundlage seien. Tatsächlich sei aber bislang allein der Ast. international tätig, da nur er allein die Kanzlei in New York unterhalte. Im Ergebnis nehme der Ast. durch die von ihm gewählte Kurzbezeichnung für seine inländische Kanzlei in ihrer Gesamtheit eine internationale Bedeutung durch gesellschaftsrechtliche Verflechtungen der inländischen RAe mit ausländischen RAen in Anspruch, die der Wirklichkeit nicht entspreche. Hierdurch werde im Verkehr die nicht unerhebliche Fehlvorstellung erzeugt, im Falle einer Mandatserteilung seien zur Erledigung einer Angelegenheit mehrere zu einer Sozietät verbundene amerikanische und deutsche RAe verpflichtet, die gleichzeitig auch einer internationalen Kanzlei mit Sitz in New York angehören.

Gegen die Entscheidung des AGH richtet sich die – zugelassene – sofortige Beschwerde des Ast.

II. Die sofortige Beschwerde ist nach § 223 Abs. 3 BRAO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt worden.

Der Ast. war auch zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens befugt. Das Schreiben der Agin. v. 13.8.2003 ging über eine bloße Belehrung (vgl. § 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO) hinaus. Es handelte sich bei dem angefochtenen Schreiben – wie auch die angefügte Rechtsmittelbelehrung deutlich macht – um eine hoheitliche Maßnahme, die geeignet war, den Ast. in seinen Rechten einzuschränken (vgl. Senatsbeschl. v. 23.9.2002 – AnwZ [B] 67/01, NJW 2003, 346, m.w.N.).

III. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob der AGH den durch den Inhalt des behelrenden Hinweises vorgegebenen Verfahrensgegenstand noch eingehalten hat. Jedenfalls verstößt die vom Ast. verwendete Kurzbezeichnung nicht gegen § 43b BRAO, § 6 BORA.

a) Gemäß § 43b BRAO ist dem RA Werbung erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Diese Bestimmung hat in den §§ 6 ff. BORA teilweise eine nähere Ausgestaltung erfahren. Nach § 6 Abs. 1 BORA darf der RA über seine Dienstleistung und seine Person informieren, soweit die Angaben sachlich unterrichten und berufsbezogen sind.

b) Nach Auffassung des AGH ist die im Briefbogen des Ast. verwendete Kurzbezeichnung irreführend, weil durch sie im Rechtsverkehr der unzutreffende Eindruck erweckt werde, dass alle Sozietätsmitglieder gleichzeitig einer internationalen Sozietät oder einem sonstigen internationalen Zusammenschluss, namentlich mit Sitz in New York, angehören. Dieser Einschätzung vermag der Senat nicht zu folgen.

**associate =
Gesellschafter,
Partner, Sozium**

aa) Der in der Kurzbezeichnung verwendete englische Begriff „associate“ hat in deutscher Übersetzung in erster Linie die Bedeutung Gesellschafter, Partner, Sozium (vgl. *Romain/Bader/Byrd*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, 5. Aufl., Teil I). Er entspricht daher im Wesentlichen dem bei gemeinschaftlicher Berufsausübung i.S.d. § 59a BRAO allgemein üblichen und mit Blick auf § 43b BRAO und § 6 BORA nicht zu beanstandenden Zusatz „und Partner“ (vgl. § 11 PartGG) oder „und Kollegen“.

bb) Die hier gegebene Besonderheit liegt lediglich darin, dass der Zusatz nicht in deutscher, sondern in englischer Sprache gehalten ist. Dieser Umstand ist jedoch – auch bei Berücksich-

tigung der Gestaltung des Briefbogens im Übrigen – nicht geeignet, die vom AGH befürchtete Irreführung beim rechtsuchenden Publikum zu begründen.

Dem durchschnittlichen Betrachter des vom Ast. verwendeten Briefbogens erschließt sich ohne weiteres, dass von den aufgeführten Personen lediglich der Ast. in New York als RA zugelassen ist und dort einen Kanzleisitz unterhält. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von dem im Urteil des BGH v. 25.4.1996 (NJW 1996, 2308) entschiedenen. Dort hatten die bekl. RAe auf ihrem Briefbogen, auf dem neben den Namen der sechs RAe, die die inländische Kanzlei bildeten, die Namen zahlreicher weiterer RAe mit Kanzleisitz im Ausland aufgeführt waren, die Bezeichnung „Internationale Sozietät von Rechtsanwälten und Attorneys-at-Law“ verwendet, obwohl nur einer der inländischen RAe einer Sozietät mit den benannten ausländischen Rechtsberatern angehörte. So verhält es sich hier indes nicht. Weder werden – neben dem Ast. – auf dem verwendeten Briefbogen weitere RAe mit Kanzleisitz im Ausland benannt mit der Folge, dass der Eindruck einer länderübergreifenden „internationalen Sozietät“ entstehen könnte, noch ist aufgrund der vorgenommenen klaren Trennung zwischen den Kanzleisitzen ... und New York zu befürchten, beim rechtsuchenden Publikum könnte die Fehlvorstellung erweckt werden, dass sämtliche Kanzleimitglieder gleichzeitig auch einer Kanzlei mit Sitz in New York angehören. Zudem suggeriert – anders als in dem vom BGH im Jahr 1996 entschiedenen Fall – die hier verwendete Kurzbezeichnung nicht schon für sich gesehen das Vorliegen einer aus deutschen und weiteren ausländischen RAen gebildeten „Internationalen Sozietät“.

Zwar mag durch die Verwendung des Zusatzes „Associate“ im Rechtsverkehr die Vorstellung einer gewissen Internationalität erweckt werden. Dies begründet jedoch hier nicht die Gefahr einer Irreführung. Zum einen ist ein internationaler Bezug der Kanzlei des Ast. bereits dadurch hergestellt, dass mit ihm jedenfalls ein Kanzleimitglied gleichzeitig auch im Ausland als RA zugelassen ist und dort eine Kanzlei unterhält. Zum anderen hat der Ast. unwidersprochen vorgetragen, dass der Tätigkeitsschwerpunkt aller Kanzleisozien im internationalen Steuer-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht liegt.

**Keine Irreführung
durch Internationalität**

2. Die im Briefkopf des Ast. verwendete Kurzbezeichnung verstößt schließlich auch nicht gegen § 9 BORA. Bereits § 9 Abs. 3 BORA a.F. erklärte einen auf die gemeinschaftliche Berufsausübung hinweisenden Zusatz zur Kurzbezeichnung ausdrücklich für zulässig. Dies gilt erst recht für die am 1.11.2004 in Kraft getretene (vgl. BRAK-Mitt. 2004, 177) Neufassung dieser Bestimmung, in der die früheren Absätze 2 und 3 und damit die dort enthaltenen Einschränkungen ersatzlos entfallen sind.

2. Die im Briefkopf des Ast. verwendete Kurzbezeichnung verstößt schließlich auch nicht gegen § 9 BORA. Bereits § 9 Abs. 3 BORA a.F. erklärte einen auf die gemeinschaftliche Berufsausübung hinweisenden Zusatz zur Kurzbezeichnung ausdrücklich für zulässig. Dies gilt erst recht für die am 1.11.2004 in Kraft getretene (vgl. BRAK-Mitt. 2004, 177) Neufassung dieser Bestimmung, in der die früheren Absätze 2 und 3 und damit die dort enthaltenen Einschränkungen ersatzlos entfallen sind.

Fachanwalt – Drei-Jahres-Zeitraum der Praxiserfahrung bei Zulassung

FAO § 5 Satz 1

1. Das Erfordernis, dass die nachzuweisenden besonderen praktischen Erfahrungen innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung gesammelt sein müssen, ist mit höherrangigem Recht vereinbar.

***2. Nur die Festlegung eines bestimmten Zeitraums ermöglicht eine eindeutige Überprüfung der nachzuweisenden besonderen praktischen Erfahrungen.**

***3. Das rechtsuchende Publikum darf mit Recht erwarten, dass ein RA, dem die Befugnis verliehen wird, sich als Fachanwalt auf**

einem bestimmten Gebiet zu bezeichnen, sich auch mit seinen Erfahrungen auf der Höhe der Zeit befindet.

BGH, Beschl. v. 18.4.2005 – AnwZ (B) 31/04

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist seit Juli 1999 zur Rechtsanwaltschaft und als RA beim AG und LG M. zugelassen. Zuvor war er als Rechtssekretär beim Deutschen ...bund (...) angestellt und bearbeitete dort arbeitsrechtliche Angelegenheiten von Gewerkschaftsmitgliedern. Er übte diese Tätigkeit persönlich und weisungsfrei aus, sie entsprach hinsichtlich der Bearbeitungs- und Büroabläufe – ausgenommen die Abrechnung – einer anwaltlichen.

Mit Antrag vom 31.12.2002 hat der Ast. beantragt, die Bezeichnung „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ führen zu dürfen. Er hat zum Nachweis seiner praktischen Erfahrungen eine Liste mit 27 gerichtlichen und 43 außergerichtlichen Fällen, die er als RA bearbeitet hat, aus der Zeit von Ende 1999 bis Ende 2002 vorgelegt, außerdem eine Liste mit 44 gerichtlichen und 26 außergerichtlichen Fällen aus seiner Zeit als Rechtssekretär. Die Agin. hat den Antrag abgelehnt, weil der Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen (§ 5 Satz 1 Buchst. c FAO) nicht erbracht sei. Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der AGH mit Beschluss vom 8.3.2004 zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Ast. mit seiner zugelassenen sofortigen Beschwerde.

II. Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 223 Abs. 3 Satz 1 BRAO) und zulässig (§ 42 Abs. 4 Satz 1 BRAO) – die Beschwerdefrist wurde durch Einlegung der sofortigen Beschwerde per Fax am 29.3.2004 gewahrt –, es hat jedoch keinen Erfolg.

1. Ob der Antrag nach der ab 1.1.2003 geltenden neuen oder der früheren Fassung des § 5 FAO zu beurteilen ist, hat keine Bedeutung.

Zwar unterscheiden sich das alte und das neue Recht dadurch, dass nach dem Wortlaut der früheren Fassung der Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen „in der Regel“ mit bestimmten Fallzahlen nachgewiesen war. Nach der neuen Fassung „setzt“ der Erwerb diese Fallzahlen „voraus“. Ob die Fallzahlen nunmehr einen absoluten Charakter haben, der eine abweichende Gewichtung zugunsten des Ast. – etwa bei einer einschlägigen Vortätigkeit als Syndikusanwalt oder Verbandssyndikus (vgl. hierzu zuletzt BGH, Beschl. v. 18.6.2001 – AnwZ (B) 41/00, NJW 2001, 3130, 3131; v. 13.1.2003 AnwZ [B] 25/02, NJW 2003, 883, 884) nicht mehr zulässt (so *Henssler* in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. § 5 FAO Rdnr. 8), ist noch nicht abschließend geklärt. Im vorliegenden Fall braucht der Senat dazu nicht Stellung zu nehmen.

2. Denn die beiden Fassungen des § 5 FAO unterscheiden sich insoweit nicht, als die nachzuweisenden besonderen praktischen Erfahrungen jeweils „innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung“ gesammelt sein mussten/müssen. Selbst wenn die Bearbeitung von Fällen als Rechtssekretär grundsätzlich geeignet wäre, zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu dienen, müsste die Fallbearbeitung innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraums stattgefunden haben. Dieser Voraussetzung vermag der Ast. nicht zu genügen, weil seine Beschäftigung beim Deutschen ...bund Mitte 1999 geendet hat. Innerhalb des maßgeblichen Zeitraums war er ausschließlich als RA tätig.

Entgegen der Ansicht des Bf. bestehen gegen die ausschließliche Beachtlichkeit der Fallbearbeitung innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraums keine Bedenken, insbesondere keine verfassungsrechtlicher Art. Die Festlegung eines bestimmten Zeitraums ermöglicht eine eindeutige Überprüfung der Voraussetzungen (*Henssler* in: *Henssler/Prütting*, a.a.O., § 5 FAO Rdnr. 2).

**Drei-Jahres-Zeitraum
bereits lang
bemessen**

Mit drei Jahren ist die Beurteilungszeit relativ lang bemessen, damit ist – entsprechend den Absichten der Satzungsversammlung (Protokoll der 1. Sitzung v.

7. bis 9.9.1999, S. 26) – die Zulassungsschranke leichter überwindbar als bei einem kürzeren Zeitraum (*Henssler*, a.a.O.). Ihn noch weiter auszudehnen oder davon abzusehen, dass der Drei-Jahres-Zeitraum der Antragstellung unmittelbar vorausgehen muss, lässt sich nicht aus § 3 FAO begründen. Zwar ist danach Voraussetzung für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung „eine dreijährige Zulassung und Tätigkeit innerhalb der letzten sechs Jahre vor Antragstellung“. Selbst wenn der Ast. die letzten drei Jahre vor der Antragstellung nicht ununterbrochen als RA zugelassen war, muss er doch die besonderen praktischen Erfahrungen, die nach § 5 Satz 1 FAO nachzuweisen sind, innerhalb dieser drei Jahre gesammelt haben. Dies hat die Satzungsversammlung so gewollt (Protokoll der 7. Sitzung v. 18.9.2002 zu 4.2; ebenso *Stobbe* in: *Henssler/Prütting*, § 3 FAO Rdnr. 9). Die gegenteilige Auffassung würde dem Bedürfnis nicht gerecht, über den Antrag aufgrund zeitnaher Erkenntnisse zu entscheiden. Im Interesse des rechtsuchenden Publikums darf davon nicht abgewichen werden. Praktische Erfahrungen können nicht nur mit der Intensität und Dauer der Berufsausübung wachsen (*Stobbe* in: *Henssler/Prütting*, § 3 FAO Rdnr. 3), sie können, falls sie zu lange zurückliegen, auch „altern“.

Das rechtsuchende Publikum darf jedoch mit Recht erwarten, dass ein RA, dem die Befugnis verliehen wird, sich als Fachan-

**Aktuelle Erfahrungen
notwendig**

walt auf einem bestimmten Gebiet zu bezeichnen, sich auch mit seinen Erfahrungen auf der Höhe der Zeit befindet. Wenn die Drei-Jahres-Frist nicht strikt beachtet werden würde, könnte die Beurteilungsgrundlage nicht mehr verlässlich eingegrenzt werden. Müssten auch praktische Erfahrungen aus dem vierten Jahr vor Antragstellung berücksichtigt werden, ließe sich nicht überzeugend begründen, warum dies nicht auch für solche aus dem fünften usw. gelte.

In den Entscheidungen des BGH, die der Ast. für sein Begehren anführt (BGH, Beschl. v. 18.6.2001 – AnwZ [B] 41/00, NJW 2001, 3130, 3131; v. 13.1.2003 – AnwZ [B] 25/02, NJW 2003, 883, 884), hatte die anzurechnende Tätigkeit als Verbandssyndikus (mit oder ohne Anwaltszulassung) jeweils innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraums stattgefunden.

Fachanwalt – zur Beschränkung des Führens von Fachanwaltsbezeichnungen auf zwei Rechtsgebiete

BRAO § 43c Abs. 1 Satz 3; FAO § 15; GG Art. 12

***1. Die für jeden RA geltende Vorschrift des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO, die das Führen von Fachanwaltsbezeichnungen auf maximal zwei Rechtsgebiete beschränkt, ist durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.**

***2. Mit dieser Beschränkung auf zwei Fachgebiete wird bezweckt, dass der RA auf diesen Gebieten vertieft tätig wird und damit die Qualitätsvorstellungen des rechtsuchenden Publikums erfüllt. Diese Regelung dient daher der wahrheitsgemäßen Information der Rechtsuchenden, dem Vertrauensverhältnis zwischen RA und Mandant und damit der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege.**

***3. Die erforderliche Qualitätssicherung eines Fachanwalts kann nicht allein durch die in § 15 FAO vorgesehene 10-stündige Fortbildung im Jahr erreicht werden. Da sie eine verstärkte Tätigkeit auf dem Fachgebiet und den damit verbundenen Erfahrungsgewinn voraussetzt, kann es deshalb nicht allein darauf ankommen, dass ein RA die formalen Voraussetzungen für den Erwerb von**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

auch mehr als zwei Fachgebieten erfüllt. Entscheidend ist vielmehr eine dauerhafte intensive Befassung mit den Spezialgebieten auch nach der Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung.

BGH, Beschl. v. 4.4.2005 – AnwZ (B) 19/04

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist seit 1999 Fachanwalt für Familienrecht und seit 2002 auch Fachanwalt für Arbeitsrecht. Schon 1998 war ihm die Befugnis verliehen worden, die Fachanwaltsbezeichnung für Strafrecht zu führen. Diese Befugnis hat die Agin. 2002 widerrufen, nachdem der Ast. im Hinblick auf den angestrebten Fachanwalt für Arbeitsrecht auf das Führen dieser Bezeichnung verzichtet hatte. In der Folge hat der Ast. beantragt, ihm die Befugnis, die Fachanwaltsbezeichnung für Strafrecht zu führen, erneut zu erteilen. Die Agin. hat dies mit Bescheid v. 23.7.2003 unter Hinweis auf § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO, der das Führen der Fachanwaltsbezeichnung auf zwei Rechtsgebiete beschränkt, abgelehnt. Den dagegen gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der AGH zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Ast. mit seiner vom AGH zugelassenen sofortigen Beschwerde. Der Ast. hält die Beschränkung in § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO für verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoße.

II. Die zugelassene Beschwerde ist zulässig (§ 223 Abs. 3 BRAO), hat jedoch keinen Erfolg.

Nach § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO darf die Befugnis, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen, nur für zwei Rechtsgebiete verliehen werden. (Eine Beschränkung auf höchstens zwei Fachgebiete findet sich schon in den von einer Kommission der DAV im Februar 1930 erlassenen Richtlinien für die Einführung erster Fachanwaltschaften, – Beschlüsse des gemischten Ausschusses vom 8.2.1930 IV. – AnwBl. 1930, 50.) Da der Ast. bereits zwei Fachanwaltsbezeichnungen führt, stand der Verleihung einer weiteren Fachanwaltsbezeichnung die Regelung des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO entgegen.

Die Bestimmung des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO ist entgegen der Auffassung des Ast. nicht verfassungswidrig:

Mit der Einrichtung der Fachanwaltschaft, die nunmehr in § 43c BRAO und in der von der Satzungsversammlung aufgrund der Ermächtigung des § 59b Abs. 2 Nr. 2a BRAO erlassenen FAO ihre Rechtsgrundlage gefunden hat, steht der Anwaltschaft ein Mittel zur Verfügung, besondere in einem formalisierten Verfahren nachgewiesene Kenntnisse und Erfahrungen auf einem bestimmten Gebiet der Öffentlichkeit kundzutun. Dem in dieser Weise qualifizierten RA, dem die Fachanwaltsbezeichnung verliehen worden ist, steht damit eine zulässige Werbemöglichkeit zur Verfügung, um neue Mandanten auf sich aufmerksam zu machen. Tatsächlich wird die Fachanwaltsbezeichnung von der rechtsuchenden Bevölkerung auch als Qualifikationsmerkmal verstanden;

Besonderes Qualifikationsmerkmal

Fachanwälte verfügen nach empirischen Untersuchungen gegenüber den anderen Anwälten im Durchschnitt über höhere Umsätze und Einkommen (Nachweise bei *Henssler/Prütting-Henssler*, BRAO 2. Aufl., § 43 Rdnr. 10; *Hartung/Holl-Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., Einführung FAO, Rdnr. 49 f.). Da die Regelung des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO den RA – trotz formaler Erfüllung der Kriterien für die Verleihung einer weiteren Fachanwaltsbezeichnung – daran hindert, das rechtsuchende Publikum auf diese Qualifikation hinzuweisen, greift sie in das Recht des Anwalts, die Öffentlichkeit in der von ihm gewünschten Weise werbend über die von ihm

ausgeübte Tätigkeit zu unterrichten, und damit in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit ein. Denn zu der Freiheit der Berufsausübung gehört nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Sie umfasst daher auch die Außendarstellung von selbstständig Berufstätigen einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste (vgl. BVerfGE 85, 248, 256; 94, 372, 389; BVerfG, WRP 2000, 720, 721 = NJW 2000, 3195).

Als Berufsausübungsregelung ist sie deshalb nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (BVerfGE 106, 216, 219, Senatsbeschl. v. 18.2.2005 – AnwZ [B] 3/03; v. 16.10.2000 – AnwZ [B] 65/99 = NJW 2001, 1138, 1139 = BRAK-Mitt. 2001, 41 f.).

Die Einschränkung der Werbefreiheit durch die Regelung des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO ist durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt, hierfür geeignet und auch erforderlich.

Mit der Beschränkung auf zwei Fachgebiete soll nach den Gesetzesmaterialien bei dem geforderten hohen Niveau der Kenntnisse eines Fachanwalts die Glaubwürdigkeit eines solchen Fachhinweises gewahrt werden (Bericht der Abgeordneten *Eylmann, Kleinert* (Hannover) und *Wiefelspütz*, BT-Drucks. 11/8307, 16, 19). Dass damit gerade der Anwalt betroffen ist, der die für den Erwerb einer weiteren Fachanwaltsbezeichnung geforderten formalen Kriterien erfüllt und die auf dem weiteren Fachgebiet vorausgesetzten Kenntnisse nachgewiesen hat, bedarf allerdings näherer Begründung:

Da die Fachanwaltsbezeichnung die besondere Qualifikation des RA für das Fachgebiet ausweisen soll, kann dies von dem rechtsuchenden Publikum nur dahin verstanden werden, dass der Fachanwalt über einen vertieften Wissensstand auf seinem Fachgebiet nicht nur zum Zeitpunkt des Erwerbs der Fachanwaltsbezeichnung, sondern auch bei seiner späteren Tätigkeit verfügt. Dem entsprechen die Regelungen des § 43c Abs. 4 Satz 2 BRAO und des § 15 FAO, nach denen der Fachanwalt zur Fortbildung verpflichtet ist und ein Verstoß gegen die Fortbildungspflicht zum Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung führen kann.

10-stündige jährliche Fortbildung nicht ausreichend

Die erforderliche Qualitätssicherung kann aber nicht allein durch die in § 15 FAO vorgesehene 10-stündige Fortbildungsveranstaltung im Jahr (bzw. eine wissenschaftliche Publikation) erreicht werden. Sie setzt vielmehr eine verstärkte Tätigkeit auf dem Fachgebiet und den damit verbundenen Erfahrungsgewinn voraus. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, dass ein RA die formalen Voraussetzungen für den Erwerb von auch mehr als zwei Fachgebieten erfüllt, entscheidend ist vielmehr eine dauerhafte intensive Befassung mit den Spezialgebieten auch nach der Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung. Eine solche intensive Betätigung erscheint aber angesichts des Umfangs und der Komplexität des modernen Rechts nur im begrenzten Umfang möglich. Letztlich folgt schon aus der Natur der Spezialisierung, dass sie nur für einige Tätigkeitsfelder zu leisten ist, die zudem bei den jeweiligen Fachanwaltschaften weit bemessen sind. Mit der Beschränkung der Fachanwaltsbezeichnung auf zwei Fachgebiete wird bezweckt, dass der RA auf diesen Gebieten vertieft tätig wird und damit die Qualitätsvorstellungen der Öffentlichkeit erfüllt.

Wahrung der Glaubwürdigkeit eines Fachhinweises

Die Regelung dient daher der wahrheitsgemäßen Information der Rechtsuchenden, dem Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant und damit der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege (*Henssler/Prütting-Henssler*, a.a.O., § 43c Rdnr. 14; *Jährig*, Fachanwaltschaften, S. 71; vgl. auch Senatsbeschl. v. 16.10.2000 – AnwZ [B] 65/99 = BRAK-Mitt. 2001, 41 und v. 26.5.1997 – AnwZ [B] 67/96 = NJW 1997, 2522, jeweils zu Tätigkeitsschwerpunkten). Auch im Schrifttum wird die Regelung im Gegensatz zu der zahlenmäßigen Festlegung der Tätigkeitsschwerpunkte nach § 7 Abs. 1 BORA nicht angegriffen oder problematisiert (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., Rdnr. 32; *Henssler/Prütting-Henssler*, a.a.O., Rdnr. 14; *Jessnitzer/Blumberg*, BRAO, 9. Aufl., § 43c Rdnr. 13; *Hartung/Holl-Holl*, a.a.O., BRAO, § 43c Rdnr. 12; *Jährig*, a.a.O., S. 70 f. jeweils zu § 43c). Die Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit der zahlenmäßigen Begrenzung der Tätigkeitsschwerpunkte in § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA teilweise erhoben worden sind (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., Anh. 1 1, Rdnr. 3, 4; *Hartung/Holl-Römermann*, a.a.O., BerufsO, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 45 f.; dagegen für Verfassungsmäßigkeit von § 7 BORA *Henssler/Prütting-Eylmann*, a.a.O., § 7 BORA Rdnr. 2; *Feuerich/Weyland*, a.a.O., § 7 BORA Rdnr. 4), sind für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung nach § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO schon deshalb nicht erheblich, weil die Fallgestaltungen nicht vergleichbar sind. Die Voraussetzungen für die Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten nach § 7 BORA beruhen wesentlich auf einer Selbsteinschätzung der Anwälte, während die Qualifikation als Fachanwalt in einem formalisierten Verfahren überprüft wird. Im Übrigen haben bisher weder der Senat noch das BVerfG die Begrenzung der Tätigkeitsschwerpunkte beanstandet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.7.2001 – 1 BvR 1063/00 = BRAK-Mitt. 2001, 225; Beschl. v. 25.4.2001 – 1 BvR 494/00 = AnwBl. 2001, 510; BGH, Beschl. v. 26.5.1997 – AnwZ [B] 67/96, NJW 1997, 2522, 2523 noch zur Rechtslage vor Erlass der BORA).

Die gesetzliche Beschränkung zur Führung von Fachanwaltsbezeichnungen auf zwei Fachgebiete ist auch zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet. Unerheblich ist, dass andere Mittel denkbar wären, mit denen eine Qualitätssicherung erreicht werden könnte, insofern hat der Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit. Es reicht aus, dass sich die vom Gesetzgeber gewählte Möglichkeit als geeignet zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels darstellt (*Dreier*, GG, 2. Aufl., Art. 12 Rdnr. 118).

Die Bestimmung des § 43c Abs. 1 Satz 3 BRAO ist auch im Übrigen verhältnismäßig. Betroffen ist nur die Außendarstellung des RA. Der RA, der über Fachkenntnisse auf weiteren Gebieten verfügt, ist nicht gehindert, auch auf diesen Gebieten tätig zu werden. Ihm ist auch nicht verwehrt, auf andere Weise im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben für eine solche Tätigkeit zu werben.

Versagung der Zulassung wegen Vermögensverfalls

BRAO § 7 Nr. 9

1. Die Bestimmung des § 7 Nr. 9 BRAO über die Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Vermögensverfalls knüpft an eine abstrakte Gefährdung der Rechtspflege an (BVerfGE 108, 150, 164) und stellt anders als der Widerrufsprüfung des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO nicht darauf ab, ob eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden durch den Vermögensverfall aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls ausgeschlossen ist.

***2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung unterschiedlicher Voraussetzungen für die Versagung und den Widerruf der Zulassung bei eingetretenem Vermögensverfall bestehen**

Qualitätsvorstellungen des Rechtsuchenden

nicht. Der Zwang zur Aufgabe eines frei und zulässig gewählten Berufs wirkt ungleich stärker als das Hindernis, in einen Beruf einzutreten.

BGH, Beschl. v. 7.3.2005 – AnwZ (B) 7/04

Volltext unter www.brak.de

Zur Verfassungsgemäßheit der Vorschriften über die Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof

BRAO § 164, § 165, § 166, § 167, § 168, § 169, § 170; GG Art. 3, Art. 12

1. Die Bestimmungen in §§ 164 ff. BRAO über die besonderen Voraussetzungen für die Zulassung als RA bei dem BGH sind nicht verfassungswidrig.

***2. Gründe des Gemeinwohls, die eine Einschränkung der anwaltlichen Berufsausübungsfreiheit hinsichtlich der Tätigkeit als RA bei dem BGH rechtfertigen, liegen vor. Die Besonderheiten des zivilrechtlichen Revisionsrechts stellen hohe Anforderungen an den bei dem BGH tätigen RA. Sie rechtfertigen es, nur solche Bewerber zuzulassen, die für diese Tätigkeit besonders qualifiziert sind.**

***3. Das auf insgesamt drei Stufen dem Prinzip der Bestenauslese verpflichtete Auswahlverfahren nach den §§ 164 ff. BRAO ist geeignet und erforderlich, um das legitime Gemeinwohlinteresse an einer Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft zu verfolgen. Sachgerechte Verfahrensalternativen für die Auswahl der am besten qualifizierten Bewerber sind zwar vorstellbar, begründen aber nicht die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung.**

***4. Ohne eine Bedarfsregelung i.S.d. § 168 Abs. 2 BRAO wäre das Institut einer besonderen Rechtsanwaltschaft, die ausschließlich bei dem BGH zugelassen ist und im Wesentlichen auch nur vor diesem Gericht auftreten kann, nicht aufrecht zu erhalten. Die vom BVerfG als verfassungsgemäß angesehene Einheit von berufsrechtlicher Lokalisation, eingeschränkter Postulationsfähigkeit und Kanzleisitz der RAe bei dem BGH setzt die fortbestehende Zulässigkeit der Bedarfsprüfung voraus.**

***5. Die Änderung des Revisionsrechts hat nicht zu einer derartigen Veränderung der Geschäftsbelastung der Zivilsenate des BGH geführt, dass im Hinblick auf das Interesse der Rechtspflege eine Öffnung der Tätigkeit der RAe bei dem BGH für eine unbegrenzte Anzahl von RAen vertretbar oder gar geboten wäre.**

BGH, Beschl. v. 18.2.2005 – AnwZ (B) 3/03

Aus den Gründen:

A. Der Ast. ist als RA beim LG K. und seit dem 1.7.2002 auch als RA beim OLG D. zugelassen. Seinen ursprünglich gestellten Antrag auf Simultanzulassung als RA bei dem BGH lehnte der Ag. ab. Den dagegen gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Senat mit Beschl. v. 14.7.2003 (AnwZ 1/02, nicht veröffentlicht) zurückgewiesen, nachdem das BVerfG mit Beschl. v. 31.10.2002 (BVerfGE 106, 216) die Verfassungsbeschwerde gegen den – in einem Parallelverfahren ergangenen – Beschl. des BGH v. 4.3.2002 (BGHZ 150, 70) nicht zur Entscheidung angenommen hatte.

Mit Schreiben v. 2.9.2003 beantragte der Ast. sodann, unter Aufgabe seiner bisherigen Zulassung beim OLG D. außerhalb des Verfahrens nach §§ 164 ff. BRAO als RA bei dem BGH zugelassen zu werden. Der Ag. lehnte auch diesen Antrag mit Bescheid v. 4.11.2003 ab. Dagegen richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Die Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

B. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung, mit dem der Ast. sein Begehren auf Singularzulassung als RA bei dem BGH wei-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

terverfolgt, ist zulässig (§§ 162, 163, 170, 21 Abs. 2, §§ 37, 39 BRAO). Er hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

I. Der Ast. erfüllt nicht die förmlichen Voraussetzungen, von denen nach §§ 164 ff. BRAO die Zulassung als RA bei dem BGH abhängig ist. Nach § 170 Abs. 1 i.V.m. § 164 BRAO kann das BMJ nur solche Bewerber als RAe bei dem BGH zulassen, die ihm durch den Wahlausschuss für RAe bei dem BGH benannt worden sind. Eine solche Benennung des Ast. durch den Wahlausschuss ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Der Ast. begehrt, außerhalb des Wahlverfahrens nach §§ 164 ff. BRAO als RA bei dem BGH zugelassen zu werden.

Das BMJ kann Bewerber nicht unabhängig von deren Benennung durch den Wahlausschuss als RA bei dem BGH zulassen. Soweit § 170 BRAO dem BMJ bei der Entscheidung über die Zulassung ein Ermessen bzw. Prüfungsrecht einräumt, bezieht sich dieses nur auf die fachliche und persönliche Eignung des zu ernennenden Bewerbers aus dem Kreis der vom Wahlausschuss benannten Bewerber (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 170 Rdnr. 5). Dem BMJ wird damit nicht die Befugnis eingeräumt, Bewerber außerhalb des Wahlverfahrens nach §§ 164 ff. BRAO zur Rechtsanwaltschaft bei dem BGH zuzulassen.

II. Der Ast. meint, ihm sei außerhalb des in §§ 164 ff. BRAO vorgesehenen Verfahrens die Singularzulassung als RA bei dem BGH zu erteilen, weil das in den §§ 164 bis 170 BRAO geregelte Verfahren, das die Aufnahme des Bewerbers in Vorschlagslisten, dessen Wahl durch den Wahlausschuss und die abschließende Auswahl durch das BMJ vorsieht, mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3, Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar sei. Damit hat der Ast. keinen Erfolg. Die Bestimmungen in §§ 164 bis 170 BRAO über das Auswahlverfahren für die Zulassung als RA bei dem BGH sind nicht verfassungswidrig.

1. Durch § 170 Abs. 1 i.V.m. § 164 BRAO wird in die Berufsfreiheit des RA (Art. 12 Abs. 1 GG) eingegriffen. Als RA bei dem BGH kann nur zugelassen werden, wer das in §§ 164 ff. BRAO vorgesehene Wahlverfahren durchlaufen hat. Diese Einschränkung der Berufsfreiheit des RA betrifft nicht die Berufswahl, sondern sie enthält nach der vom BVerfG gebilligten Rspr. des Senats nur eine Berufsausübungsregelung, mag sie auch Elemente enthalten, die einer Beschränkung der Berufswahl nahe kommen (BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982, 1 BvR 278/75, nicht veröffentlicht, unter B I 1; BGH, Beschl. v. 14.5.1975 – AnwZ 7/75; 10.5.1978 – AnwZ 11/78 und 23.6.1980 – AnwZ 2/80, jeweils nicht veröffentlicht; ferner BGH, Beschl. v. 28.2.1983 – AnwZ 37/82, BRAK-Mitt. 1983, 135, 136 unter II 2 b).

Das Verfahren nach §§ 164 ff. BRAO schränkt nicht die Freiheit ein, den Beruf des RA zu wählen, sondern setzt lediglich der Ausübung dieses Berufs mit Bezug auf einen speziellen Bereich der einem RA eröffneten Tätigkeiten Grenzen. Um eine Einschränkung des Grundrechts auf freie Berufswahl handelt es sich hierbei nicht, weil die Tätigkeit als RA bei dem BGH kein eigenständiges Berufsbild begründet. Zwar trifft der RA, der als bei dem BGH zugelassener RA tätig wird, eine grundlegende und auf Dauer ausgerichtete Entscheidung, eine – in beruflicher Hinsicht „Lebensentscheidung“ (vgl. BVerfGE 33, 125, 161 zum Facharzt). Nach seiner Zulassung muss er seine bisherigen Mandate aufgeben. Er ist darauf angewiesen, neue Mandanten zu gewinnen, die ihn mit der Vertretung in Revisionen oder Beschwerden in Zivilsachen betrauen, und muss auch eine bisherige Sozietät aufgeben (§ 172a BRAO). Zudem ist seine Postulationsfähigkeit auf das Auftreten vor dem BGH, den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes, dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe und dem BVerfG beschränkt (§ 172 BRAO). Auch benötigt der als RA bei dem

BGH zugelassene Anwalt spezielles Fachwissen für das Revisions- und Beschwerdeverfahren.

Diese Besonderheiten der Tätigkeit als RA bei dem BGH rechtfertigen es aber nicht, die Entscheidung, sich dieser Tätigkeit zu widmen, einer Berufswahl gleichzusetzen und die in §§ 164 ff. BRAO geregelten Zulassungsvoraussetzungen nach den Maßstäben für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Einschränkungen der Berufswahlfreiheit zu beurteilen. Da die Zulassungsbeschränkungen für die Vertretung in zivilrechtlichen Revisions- und Beschwerdeverfahren nur einen Teil der anwaltlichen Berufsausübung betreffen und da dieser Teil infolge Einschränkung des Revisionszugangs – vor der Reform des Revisionsrechts: § 554 b ZPO a.F.; seit Einführung der Zulassungsrevision: §§ 543, 544 ZPO, § 26 Nr. 8 und 9 EGZPO – seinerseits begrenzt ist, können die Zulassungsbeschränkungen nach §§ 164 ff. BRAO, wie das BVerfG ausgeführt hat, nicht den gleichen strengen Anforderungen unterliegen wie in den Fällen, in denen qualifizierten Bewerbern der Zugang zu einem Beruf aufgrund von Bedürfnisprüfungen schlechthin versperrt wird (Beschl. v. 24.3.1982, a.a.O. unter B I 1).

**Kein eigenständiges
Berufsbild des RA
bei dem BGH**

Auch nach den Gesetzesmaterialien liegt den Zulassungsbeschränkungen in §§ 164 ff. BRAO kein eigenständiges Berufsbild des RA bei dem BGH

zugrunde. Die Zulassung als RA bei dem BGH ist nicht als originäre Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ausgestaltet, sondern als bloßer Zulassungswechsel innerhalb der – als Einheit verstandenen – Rechtsanwaltschaft (BT-Drucks. 3/120, 110 zu § 178). Die besondere Stellung der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH ist (nur) durch ihren Wirkungskreis bedingt; diese bleibt aber „ein Teil der gesamten Anwaltschaft“ (BT-Drucks. 3/120, 110 zu § 176).

2. Gesetzliche Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung sind nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie – unter Beachtung des Gebotes der Verhältnismäßigkeit – durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind (BVerfGE 106, 216, 219 im Anschluss an BVerfGE 93, 362, 369 und BVerfGE 103, 1, 10). Diesen Anforderungen genügt das in §§ 164 ff. BRAO geregelte Auswahlverfahren für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem BGH. Es gibt jedem Bewerber eine faire Chance, entsprechend seiner Eignung berücksichtigt zu werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004, 1 BvR 135/00, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 27).

a) Gründe des Gemeinwohls, die eine Einschränkung der anwaltlichen Berufsausübungsfreiheit hinsichtlich der Tätigkeit als RA bei dem BGH rechtfertigen, liegen vor. Hierzu hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 24.3.1982 ausgeführt, dass angesichts der für die anwaltliche Berufsausübung verbleibenden vielfältigen Möglichkeiten weder RAe unverhältnismäßig beeinträchtigt werden, noch im Übrigen die durch Art. 12 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis überschritten werden, wenn der Gesetzgeber für einen speziellen Teil der anwaltlichen Tätigkeit aus schwerwiegenden Gemeinschaftsbelangen (Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Rechtsanwaltschaft beim BGH als eines wichtigen Organs der Rechtspflege) Berufsausübungsbeschränkungen als unerlässlich betrachtet (a.a.O. unter B I 1).

Diese Erwägungen haben weiterhin Gültigkeit.

Die Besonderheiten des zivilrechtlichen Revisionsrechts stellen hohe Anforderungen an den bei dem BGH tätigen RA. Sie rechtfertigen es, nur solche Bewerber als RA bei dem BGH zuzulassen, die für diese Tätig-

**Hohe Anforderungen
des zivilrechtlichen
Revisionsrechts**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

keit besonders qualifiziert sind (Senatsbeschl. v. 28.2.1983, a.a.O. S. 136 unter II 2 b aa). Auch in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Gebots der Singularzulassung der RAe bei dem BGH (§ 171 BRAO) hat das BVerfG das überkommene Gemeinwohlinteresse an einer Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft als legitim anerkannt (BVerfGE 106, 216, 220).

b) Die gesetzliche Ausgestaltung des Auswahlverfahrens genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Mit den Bestimmungen in §§ 164 ff. BRAO wird nicht nur das Gemeinwohlinteresse an der Gewinnung besonders qualifizierter Bewerber für die Tätigkeit als RA bei dem BGH gewahrt, sondern auch der Anspruch der Bewerber auf chancengleichen Zugang zu dieser Tätigkeit.

aa) Die BRAO schreibt für die Zulassung als RA bei dem BGH ein dreistufiges Verfahren vor.

Die Entscheidung darüber, welche Bewerber dem Wahlausschuss vorgeschlagen werden, obliegt den RAKn (§ 166 Abs. 2 BRAO) nach Maßgabe der in § 166 Abs. 3 BRAO geregelten Zulassungsvoraussetzungen und der persönlichen und fachlichen Eignung der Bewerber (BT-Drucks. 3/120, 110 f. zu § 180 a.E.; BGH, Beschl. v. 28.2.1983, a.a.O. S. 136 unter II 2 b aa). Das Vorschlagsrecht der BRAK auf der Grundlage der Vorschläge der RAKn gewährleistet eine flächendeckende Einbeziehung aller geeigneten Bewerber und bietet Bewerbern aus allen RAKn die Chance, an der Wahl teilzunehmen. Die Vorstände der RAKn beurteilen die Eignung eines Bewerbers aufgrund ihrer Erfahrungen hinsichtlich dessen bisheriger anwaltlicher Tätigkeit (vgl. BGH, Beschl. v. 28.2.1983, a.a.O.). Die BRAK vergleicht darüber hinaus die Bewerber aus den verschiedenen RAK-Bezirken miteinander. Die RAK bei dem BGH schließlich bringt die besondere Sachkunde der bei dem BGH bereits zugelassenen RAe ein, ohne dass deren Interessen bei dem Vorschlagsrecht oder im Wahlausschuss ein Übergewicht erlangen können (BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982, a.a.O. unter B II 1).

Die anschließende Entscheidung darüber, welche Bewerber dem BMJ benannt werden, fällt in einer Wahl, der ebenfalls eine Prüfung der persönlichen und fachlichen Eignung des Bewerbers zugrunde liegt (§ 167 Abs. 1 BRAO). Im Wahlausschuss (§ 165 Abs. 1 BRAO) wirken außer den wahlberechtigten RAen der Präsident und die Vorsitzenden Richter der Zivilsenate des BGH mit, die insbesondere die aus der richterlichen Sicht zu stellenden Anforderungen an einen zivilrechtlichen Revisionsanwalt zur Geltung bringen.

Auch die abschließende Entscheidung des BMJ darüber, welche Bewerber aus dem Kreis der vom Wahlausschuss benannten zur Rechtsanwaltschaft bei dem BGH zugelassen werden, ist kein Formalakt, sondern beruht nochmals auf einer selbstständigen Prüfung, welche der vom Wahlausschuss benannten Bewerber für die Zulassung als RA bei dem BGH am besten geeignet sind (*Feuerich/Weyland*, a.a.O., § 170 Rdnr. 5).

Prinzip der Bestenauslese erforderlich

Dieses – auf allen drei Stufen dem Prinzip der Bestenauslese verpflichtete – Auswahlverfahren nach §§ 164 ff. BRAO ist geeignet und erforderlich, um das legitime Gemeinwohlinteresse an einer Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft zu verfolgen. Sachgerechte Verfahrensalternativen für die Auswahl der am besten qualifizierten Bewerber sind zwar vorstellbar, begründen aber nicht die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung.

bb) Es eignet insbesondere keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Entscheidung des BMJ über die Zulassung

als RA bei dem BGH eine Wahl vorausgeht. In einem demokratischen Rechtssystem kann nicht zweifelhaft sein, dass Personalentscheidungen auf der Grundlage von Wahlen getroffen werden dürfen (BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982, a.a.O. unter B I 3). Das GG sieht für die Ernennung von Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern ein Wahlverfahren ausdrücklich vor (vgl. Art. 94 Abs. 1, 95 Abs. 2, 98 Abs. 4 GG). Das Wahlverfahren nach der BRAO entspricht weitgehend dem Verfahren zur Richterwahl nach dem Richterwahlgesetz. Der Richterwahlausschuss hat als Vorbild für den Wahlausschuss für RAe bei dem BGH gedient (BT-Drucks. 3/120, 110 zu § 178).

Die Vorschriften über die Zusammensetzung des Wahlausschusses und über dessen Verfahren in §§ 165 ff. BRAO verstoßen ebenfalls nicht gegen Grundrechte des Bewerbers. Hierzu hat das BVerfG in seiner Entscheidung v. 24.3.1982 ausgeführt, dass das in § 165 Abs. 1 BRAO vorgesehene Zusammenwirken aller Kräfte, die ein berechtigtes Interesse an der Auswahl haben, Sachverstand und Objektivität bei der Auswahl am ehesten gewährleisten und auch hinlänglich geeignet erscheinen, unterschiedliche Motivationen auszugleichen (a.a.O. unter B I 3). Im Übrigen lasse die gesetzliche Regelung eine gerichtliche Überprüfung durch den Anwaltsenat des BGH zu, ob in einem konkreten Wahlverfahren der Grundsatz der Wahl- und Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt worden sei (a.a.O.).

Auch diese Erwägungen des BVerfG, denen die st. Rspr. des Senats zur – nach der Natur der Sache begrenzten – gerichtlichen Überprüfung der im Auswahlverfahren getroffenen Entscheidungen entspricht (Senatsbeschl. v. 28.2.1983, a.a.O. unter II 1 und 2 m.N.), sind weiterhin gültig. Entgegen der Auffassung des Ast. verstößt es nicht gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, dass die Eignungsanforderungen für die Zulassung als RA bei dem BGH und die Kriterien für die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern vom Gesetzgeber nicht im Einzelnen geregelt worden sind.

Eine gesetzliche Normierung der Eignungskriterien ist erforderlich, wenn es um den Zugang zu einem Beruf geht (vgl. BVerfGE 33, 125, 163 und 75, 295). Die

Normierung der Eignungskriterien nicht notwendig

Bestimmungen über die Zulassung als RA bei dem BGH stellen jedoch, wie dargelegt, nur eine Berufsausübungsregelung dar (BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982, a.a.O. unter B I 1). Unter diesen Umständen reicht es aus, dass die gesetzlichen Vorschriften Sachverstand und Objektivität im Auswahlverfahren durch das Zusammenwirken aller Kräfte, die ein berechtigtes Interesse an der Auswahl haben, gewährleisten (BVerfG, a.a.O. unter B I 3).

c) Auch die nicht auf die Eignung des Bewerbers, sondern auf den objektiven Bedarf abstellende Regelung in § 168 Abs. 2 BRAO, nach welcher der Wahlausschuss aus den Vorschlagslisten die doppelte Anzahl von RAen benennt, die er für die Zulassung bei dem BGH für angemessen hält, ist nicht verfassungswidrig.

Bedarfsprüfung unterliegt gerichtlicher Kontrolle

aa) Die Vorschrift des § 168 Abs. 2 BRAO verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG). Zwar hat der Gesetzgeber dem mit der Bedarfsprüfung beauftragten Wahlausschuss in § 168 Abs. 2 BRAO keine Vorgaben zur Bestimmung der Anzahl zuzulassender RAe bei dem BGH gemacht, sondern hierfür den unbestimmten Rechtsbegriff „angemessen“ verwandt. Der Umstand, dass das Gesetz keine Kriterien für die Bemessung der Neuzulassungen vorsieht, wird aber dadurch ausgeglichen, dass über die Anzahl der Neuzulassungen der sachkundig und gemischt zusammengesetzte Wahlausschuss

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

(§ 165 Abs. 1 BRAO) entscheidet, dessen Zusammensetzung sicherstellt, dass partikulare Motivationen und Interessen nicht zu Lasten der Objektivität der Auswahlentscheidung gehen (BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982, a.a.O. unter B I 1).

bb) Ob die konkreten Entscheidungen des Wahlausschusses über die jeweils erforderlichen Neuzulassungen zu Bedenken Anlass geben könnten, unterliegt gerichtlicher Kontrolle (vgl. BVerfG, a.a.O. unter B I 1), ist im vorliegenden Verfahren aber nicht zu prüfen, weil der Ast. nur die gesetzliche Regelung selbst angreift, nicht aber eine bestimmte Wahl und die dieser Wahl vorausgegangene Beschlussfassung über die Zahl der Neuzulassungen. Es geht hier nur um die grundsätzliche Frage, ob eine Beschränkung der Anzahl der bei dem BGH zugelassenen RAe, wie sie in § 168 Abs. 2 BRAO geregelt ist, in verfassungsrechtlicher Hinsicht überhaupt zulässig ist. Das BVerfG hat dies in seiner Entscheidung v. 24.3.1982 bejaht, indem es die Regelung in § 168 Abs. 2 BRAO erörtert und gebilligt hat (a.a.O. unter B I 1). Die neuere Rspr. des BVerfG rechtfertigt keine andere Beurteilung.

aaa) Die Bestimmung in § 168 Abs. 2 BRAO räumt dem Wahlausschuss einen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung der angemessenen Zahl der bei dem BGH zuzulassenden RAe ein. Deren Anzahl hat sich – ebenso wie bei der Bedarfsprüfung für die Bestellung eines Notars (§ 4 BNotO) – nach den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege zu richten. Bezugspunkt für die Bemessung der Neuzulassungen ist dementsprechend der Geschäftsanfall bei den Zivilsenaten des BGH. Im Hinblick darauf hat der Wahlausschuss bei der ihm obliegenden Bedarfsprüfung das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden, die Wahrung einer geordneten Altersstruktur der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH und das Vorhandensein ausreichender Betätigungsmöglichkeiten für die bei dem BGH zugelassenen Anwälte zu berücksichtigen (vgl. BMJ, Vorschläge zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH, Bericht der Kommission, 1998, S. 35). Diese Kriterien – auch das zuletzt genannte – sind weiterhin sachgerecht, um das Gemeinwohlinteresse an einer leistungsfähigen und in Revisionsachen besonders qualifizierten Anwaltschaft (BVerfGE 106, 216, 220) zu verfolgen und auch in Zukunft besonders qualifizierte Bewerber als RAe bei dem BGH zu gewinnen (Kommissionsbericht, S. 33).

bbb) In seiner Entscheidung vom 31.10.2002 (BVerfGE 106, 216) hat das BVerfG das Festhalten an einer eigenständigen Rechtsanwaltschaft bei dem BGH erneut gebilligt. Es hat das Gebot der Singularzulassung der RAe bei dem BGH (§ 171 BRAO) als weiterhin mit dem Verfassungsrecht, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG, vereinbar angesehen (a.a.O., 222 f.). Zwar folgt daraus nicht ohne weiteres die Zulässigkeit einer zahlenmäßigen Beschränkung der bei dem BGH zugelassenen RAe, wie sie § 168 Abs. 2 BRAO vorsieht. Beide Regelungen hängen aber insofern sachlich eng zusammen, als das Gebot der Singularzulassung eine zahlenmäßige Beschränkung der ausschließlich bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwaltschaft geradezu fordert. Ohne eine Bedarfsregelung (§ 168 Abs. 2 BRAO) wäre das Institut einer besonderen Rechtsanwaltschaft, die ausschließlich bei dem BGH zugelassen ist (§ 171 BRAO) und im Wesentlichen auch nur vor diesem Gericht auftreten kann (§ 172 BRAO), nicht aufrechtzuerhalten. Die vom BVerfG als verfassungsgemäß angesehene Einheit von berufsrechtlicher Lokalisation (§§ 171, 18 BRAO), eingeschränkter Postulationsfähigkeit (§ 172 BRAO) und Kanzleisitz (§ 27 BRAO) der RAe bei dem BGH (a.a.O., 223) setzt die fortbestehende Zulässigkeit der Bedarfsprüfung nach § 168 Abs. 2 BRAO voraus.

Der enge sachliche Zusammenhang der Regelungen in § 168 Abs. 2 BRAO einerseits und §§ 171, 172 (sowie § 172a) BRAO andererseits ergibt sich

Singularzulassung im Interesse der Rechtspflege
--

daraus, dass dem RA bei dem BGH die – allein ihm obliegenden – Beschränkungen seiner Berufsausübungsfreiheit in §§ 171 ff. BRAO im Interesse der Rechtspflege nur auferlegt werden können, wenn dem im Wesentlichen auf die Bearbeitung zivilrechtlicher Revisionsverfahren beschränkten RA bei dem BGH ein ausreichendes Betätigungsfeld offen steht, das ihm auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine berufliche Existenz ermöglicht. Gerade besonders gute und qualifizierte RAe sind für eine ausschließliche Tätigkeit bei dem BGH, die von ihnen die Aufgabe ihrer bisherigen Sozietäten und ihrer bisherigen Mandate verlangt, nur zu gewinnen, wenn ihnen bei dem BGH eine ausfüllende Beschäftigung mit ausreichendem wirtschaftlichen Ertrag geboten wird (Kommissionsbericht, S. 33).

ccc) Die vom BVerfG (a.a.O., 222 f.) aufgeworfene Frage nach den Auswirkungen der Reform des Zivilprozesses, insbesondere der Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO n.F. auf das Revisionsverfahren, ist gegenwärtig dahin zu beantworten, dass das Gebot der Singularzulassung nach § 171 BRAO – und damit auch die Bedarfsprüfung nach § 168 Abs. 2 BRAO – weiterhin sachlich gerechtfertigt sind.

Neues Revisionsrecht rechtfertigt keine Änderung

Die Änderung des Revisionsrechts hat nicht zu einer derartigen Veränderung der Geschäftsbelastung der Zivilsenate des BGH geführt, dass im Hinblick auf das Interesse der Rechtspflege eine Öffnung der Tätigkeit der RAe bei dem BGH für eine unbegrenzte Anzahl von RAen vertretbar oder gar geboten erscheinen ließe. Hinzu kommt, dass selbst eine Steigerung der Rechtsmitteleingänge bei dem BGH aufgrund der mit der Reform des Zivilprozesses neu eingeführten Rechtsmittel – Nichtzulassungsbeschwerde und Rechtsbeschwerde – nicht ohne weiteres zu einer Steigerung des wirtschaftlichen Ertrags der RAe bei dem BGH führen würde. Denn aufgrund der streitwertunabhängigen Statthaftigkeit von zugelassenen Revisionen sowie von Rechtsbeschwerden und – vorbehaltlich einer Gesetzesänderung – ab 1.1.2007 (§ 26 Nr. 8 EGZPO) auch von Nichtzulassungsbeschwerden sowie aufgrund des Umstands, dass Revisionen – anders als nach früherem Recht – sowie Nichtzulassungsbeschwerden und Rechtsbeschwerden auch gegen Rechtsmittelentscheidungen des LG mit vergleichsweise niedrigem Streitwert statthaft sind, zeichnet sich jetzt bereits ab, dass sich die wirtschaftliche Situation der bei dem BGH zugelassenen RAe durch die Reform des Zivilprozessrechts jedenfalls nicht verbessert hat und deshalb – im Interesse der Rechtspflege an einer leistungsfähigen und in Revisionsachen besonders qualifizierten Anwaltschaft (BVerfGE 106, 216, 220) – ein Wegfall der Beschränkung des Zugangs zur Rechtsanwaltschaft bei dem BGH nicht sachgerecht wäre.

Anwaltsgerichtshöfe

Zulassung – Widerruf wegen Vermögensverfalls

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 7

***1. Die Aufgabe der eigenen Kanzlei und die Aufnahme einer Tätigkeit als angestellter RA ist auch im Hinblick auf die Entscheidung des BGH v. 18.10.2004 (BRAK-Mitt. 2005, 86) nicht geeignet, eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden infolge eines Vermögensverfalls auszuschließen, wenn sich ein RA erst unter dem Druck eines Widerrufsverfahrens dazu entschließt,**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

einen Anstellungsvertrag – unter dem Vorbehalt der „Wiederherstellung seiner anwaltlichen Zulassung“ – abzuschließen.

***2. In diesem Zusammenhang muss auch berücksichtigt werden, ob ein RA seinen Beruf bisher frei von Beanstandungen ausgeführt hat.**

Schleswig-Holsteinischer AGH, Beschl. v. 2.5.2005 – 2 AGH 12/04 (n.r.)

Volltext unter www.brak.de

Pflicht des Sozius zur Übernahme der Mandate eines verstorbenen Kollegen

BRAO § 55

***1. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Bestellung eines Abwicklers ist es zwar grundsätzlich unerheblich, ob der verstorbene RA alleine praktiziert hat oder im Rahmen einer Sozietät tätig war. Allerdings kommt diesem Umstand eine maßgebliche Bedeutung bei der Ausübung des Ermessens zu. Bei der Kanzlei eines Einzelanwalts dürfte die Notwendigkeit der Bestellung eines Abwicklers die Regel, bei einem Mitglied einer Sozietät die Ausnahme sein, da im letzteren Fall die Mandate durch die anderen Sozietätsmitglieder betreut werden können.**

***2. Es kommt nicht darauf an, ob ein Sozius persönlich in der Lage ist, die nun für ihn zusätzlich anfallende Arbeit alleine zu bewältigen. Soweit dadurch eine persönliche Überlastung der anderen Sozietätsmitglieder eintritt, können sie durch Einstellung zusätzlicher RAe Abhilfe schaffen.**

***3. Die zwischen einem Sozius und den Erben des verstorbenen RA bestehenden Auseinandersetzungsprobleme werden auch durch die Bestellung eines Abwicklers nicht zwangsläufig gelöst. Die alleinige Bestellung zu diesem Zweck entspricht jedenfalls nicht den gesetzlichen Intentionen.**

Bayerischer AGH, Beschl. v. 28.4.2005 – BayAGH I – 4/05 (n.r.)

Aus den Gründen:

1. 1. Der Ast. betrieb zusammen mit dem am 12.1.2005 verstorbenen RA ... eine RA-Kanzlei in der Rechtsform einer GbR. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag wurde nicht vereinbart, insbesondere eine Regelung der Rechtsnachfolge ist nicht erfolgt.

Die Erbin des Verstorbenen ist nicht als RAin zugelassen, eine Liquidation der GbR ist noch nicht erfolgt. Im Rahmen eines zwischen der Erbin des Verstorbenen und dem Ast. vor dem LG ... durchgeführten einstweiligen Verfügungsverfahrens (...) einigten sich die Parteien mit Prozessvergleich v. 10.2.2005 u.a. darauf, dass zur Abwicklung der Sozietät ein Abwickler gem. § 55 BRAO durch die Landesjustizverwaltung bestellt werden soll.

2. Die Agin. hat mit Schreiben v. 21.2.2005 die Bestellung eines Abwicklers abgelehnt und hat dies damit begründet, dass weder die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorlägen, noch eine Notwendigkeit hierfür bestehe. Die Agin. hat zugleich die Durchführung einer Vermittlung nach § 73 Abs. 2 Ziff. 3 BRAO oder eines Schlichtungsverfahrens nach der Schiedsgutachten- und Schlichtungsordnung der RAK ... angeboten.

3. Gegen diese ablehnende Entscheidung der RAK wendet sich der Ast. mit seinem Schriftsatz v. 23.2.2005 und begehrt weiterhin die Bestellung eines Abwicklers sowie den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahingehend, dass für die Dauer von vorläufig zwei Monaten ein Abwickler bestellt wird. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, er sei zu einer Abwicklung im Wege der Notgeschäftsführung nicht in der Lage, ohne dass Mandate in Mitleidenschaft gezogen werden, zumal die Erbin des Verstorbenen auch bereits Konten der BGB-Gesellschaft gesperrt habe und der Ast. wegen der Überlastung bereits ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen musste.

4. Die Agin. widersetzt sich der begehrten Bestellung eines Abwicklers. Sie ist der Ansicht, der Ast. könne als Notgeschäftsführer der BGB-Gesellschaft in Liquidation alle Mandate bearbeiten, einer etwaigen Überlastung könne durch die Einstellung weiterer Anwälte begegnet werden.

5. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze des Ast. v. 23.2.2005 und v. 7.3.2005 sowie den Schriftsatz der Agin. v. 21.4.2005 Bezug genommen.

II. 1. Der Erlass einstweiliger Anordnungen ist gem. §§ 223, 40 Abs. 3 BRAO, 24 Abs. 3 FGG grundsätzlich zulässig.

Allerdings ist fraglich, ob dies mit dem hier zur Entscheidung anstehenden Inhalt geschehen kann, da das Gericht grundsätzlich nur Anordnungen hinsichtlich der bereits eingetretenen Wirkungen erlassen, nicht aber erst auf diesem Wege Verfügungen erst Wirksamkeit verschaffen kann (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, § 40 Rdnr. 61). Eine nur vorläufige Bestellung eines Abwicklers ist mit dem Amt des Abwicklers schwerlich vereinbar, zumal auch das Gesetz selbst keinen nur vorläufigen Abwickler kennt. Schließlich würde die Anordnung der Bestellung (zumindest teilweise) zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen. Darauf kommt es aber letztlich nicht mehr an, nachdem schon der Anordnungsanspruch aus den nachfolgenden Gründen nicht besteht.

2. Der Ast. ist durch die Entscheidung der Agin., keinen Abwickler gem. § 55 BRAO zu bestellen, nicht in seinen Rechten beeinträchtigt (§ 223 Abs. 1 BRAO), da sich die Entscheidung nicht als rechtswidrig erweist.

Pflichtgemäßes Ermessen der RAK

Die Bestellung eines Abwicklers ist gem. § 55 Abs. 1 BRAO in den Fall des Todes eines RA vorgesehen, wobei der zuständigen

RAK (§ 224a BRAO) ein pflichtgemäßes Ermessen („kann“) eingeräumt ist (*Feuerich/Weyland*, BRAO, § 55 Rdnr. 5). Die Maßnahme hat Fürsorgecharakter und dient in erster Linie den Interessen der Rechtsuchenden und dem Interesse an der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Die Mandanten des verstorbenen RA haben ein berechtigtes Interesse daran, dass ihre Rechtsstreitigkeiten möglichst ohne Zeitverlust und Mehrkosten abgewickelt werden, gleichzeitig wird aber auch den Erben des Verstorbenen die Möglichkeit eröffnet, die Praxis zu verwerten (*Feuerich/Weyland*, BRAO, § 55 Rdnr. 2).

Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Bestellung eines Abwicklers ist es zwar grundsätzlich unerheblich, ob der verstorbene RA alleine praktiziert hat oder im Rahmen einer Sozietät oder Bürogemeinschaft. Allerdings kommt diesem Umstand eine maßgebliche Bedeutung bei der Ausübung des Ermessens zu. Bei der Kanzlei eines Einzelanwalts dürfte die Notwendigkeit der Bestellung eines Abwicklers die Regel, bei einem Mitglied einer Sozietät eher die Ausnahme sein, da im letzteren Fall die Mandate durch die anderen Sozietätsmitglieder betreut werden können. So liegt der Fall aber hier.

Der Ast. ist als Mitgeschafter des Verstorbenen grundsätzlich in der Lage, die bislang vom Verstorbenen betreuten Mandate nur selbst fortzuführen, zumal die Mandate – soweit ersichtlich – auch alle der Sozietät erteilt waren. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der Ast. persönlich in der Lage ist, die nun für ihn zusätzlich anfallende Arbeit allein zu bewältigen.

Soweit – wie dies eher regelmäßig der Fall sein dürfte – dadurch eine persönliche Überlastung der anderen Sozietätsmitglieder eintritt, können sie durch Einstellung zusätzlicher RAe Abhilfe schaffen.

Persönliche Überlastung unerheblich

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Es ergibt sich auch keine andere Beurteilung aus dem Umstand, dass der Ast. alleiniger Mitgesellschafter des Verstorbenen war. Konsequenz dieser Tatsache ist lediglich, dass die Gesellschaft sich damit in Liquidation befindet (§ 727 BGB) und der Ast., dessen Geschäftsführungsbefugnis bis zur Beendigung fortbesteht (§§ 729, 720 BGB), die erforderlichen Maßnahmen ergreifen und insbesondere auch zusätzliche RAe für die Bearbeitung der Mandate des Verstorbenen einstellen kann. Die zwischen dem Ast. und der Erbin des verstorbenen Mitgesellschafters bestehenden Auseinandersetzungsprobleme werden durch die Bestellung eines Abwicklers nicht zwangsläufig gelöst. Die Bestellung zu diesem Zweck entspricht auch den gesetzlichen Intentionen.

Vor diesem Hintergrund ist die Ermessensentscheidung der Agin. rechtlich nicht zu beanstanden, so dass der Antrag auf gerichtliche Entscheidung – über den noch endgültig zu entscheiden sein wird, falls keine das Verfahren beendende Erklärung abgegeben wird – keine Aussicht auf Erfolg hat.

Somit erweist sich auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unbegründet.

Verstoß gegen das Verbot widerstreitender Interessen

BRAO § 43a Abs. 4; BORA § 3 Abs. 2

***1. Die Entscheidung des BVerfG, mit dem es § 3 Abs. 2 BORA für mit Art. 12 GG unvereinbar und nichtig erklärt hat (BRAK-Mitt. 2003, 231), steht einer Sanktionierung von zwei in einer Kanzlei verbundenen RAen, die Mandanten in ihren gegenläufigen Interessen vertreten, auch dann nicht entgegen, wenn sich diese hiermit ausdrücklich einverstanden erklärt haben.**

***2. Zwar bezieht sich § 43a Abs. 4 BRAO nach seinem Wortlaut nur auf den Einzelanwalt, der in derselben Sache Parteien mit gegenläufigen Interessen vertritt. Eine am Zweck dieser Regelung orientierte Auslegung ergibt allerdings, dass auch in einer Kanzlei verbundene RAe diesem Verbot unterliegen, wenn im konkreten Einzelfall ein Interessenkonflikt besteht.**

***3. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit schwerwiegende Interessenkonflikte auftreten können, wenn ein Kanzleihinhaber und ein bei diesem angestellter RA widerstreitende Mandate vertreten. Aber auch in Sozietäten sind Interessenkonflikte möglich, weil die Gefahr besteht, dass ein Mandat als das für die Kanzlei wertvollere angesehen wird oder durch Organisationsmaßnahmen nicht hinreichend dafür Sorge getragen werden kann, dass dem „gegnerischen RA“ nicht versehentlich für ihn nicht bestimmte Informationen zufließen.**

Bayerischer AGH, Beschl. v. 6.4.2005 – BayAGH I – 31/04

Aus den Gründen:

1. Die Astin. begehrt gerichtliche Entscheidung über die Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft bei dem OLG ... gegen die RAe ... und ...

Die Astin. hat auf Beschwerde des mittlerweile verstorbenen Vorsitzenden Richters am OLG ... ein Beschwerdeverfahren gegen die beiden vorgenannten RAe eingeleitet. Diesem lag folgender Vorwurf zu Grunde:

RA ... hatte in den vergangenen Jahren zunächst in einem Strafverfahren Herrn ..., dem Untreue u.a. zu Lasten seines früheren Vertragspartners gelegt wurde, vertreten. Er hatte dessen Vertretung auch bei einer zivilrechtlichen Schadensersatzklage, die der Geschädigte ... vertreten durch RA ..., gegen Herrn ... führte, inne. Herr ... wurde erstinstanzlich durch das LG ... zu

Schadensersatz in Höhe von 16.200,00 Euro verurteilt. Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Berufung zum OLG ... ein.

RA ... beendete im Folgenden seine Tätigkeit als RA wegen Krankheit.

Der Astin. liegen nach ihren Angaben aus verschiedenen Beschwerdeverfahren Kenntnisse darüber vor, dass Herr RA ... die Kanzlei von RA ... übernommen hat, zumindest aber einen wesentlichen Teil der Akten dieser Kanzlei und deren zu Grunde liegenden Mandate und Forderungen.

In dem Berufungsverfahren vor dem OLG ... zeigte sich als neuer anwaltlicher Vertreter an Stelle von RA ... RA ... an. Dieser ist nach Kenntnissen der Astin. in der Kanzlei des RA ... tätig, wird jedoch auf dem Kanzleibriefkopf nicht aufgeführt.

Im Berufungsverfahren vor dem OLG ... nahm RA ... für den Kl., ..., die Klage zurück. Der Bekl., ..., gab im Gegenzug die Erklärung ab, für den Schaden aufzukommen, wenn dieser sich nicht anderweitig realisieren lasse. Der Kl. übernahm die wesentlichen Kosten des Verfahrens. Im Anschluss an den Vergleich legte RA ... sein Mandat nieder.

In dem auf Veranlassung des Vorsitzenden Richters am OLG ... unter Hinweis auf § 3 Abs. 2 BORA eingeleiteten Beschwerdeverfahren beriefen sich die RAe ... und ... in erster Linie auf die Entscheidung des BVerfG v. 3.7.2003, wonach § 3 Abs. 2 BORA mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb nichtig sei. Sie behaupteten ferner, die Verfahrensweise sei bereits vor Aufnahme des Mandats ... durch RA ... mit RA ... abgesprochen gewesen. Im Übrigen seien beide Mandanten ... und ... mit dieser Verfahrensweise einverstanden gewesen.

Die Astin. hat ihre Akten der Agin. aufgrund Beschlusses ihres Vorstandes v. 26.6.2003 mit Schreiben vom gleichen Tag vorgelegt und die Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens beantragt. Die Agin. hat mit Verfügung v. 8.9.2004 die Einleitung eines standesrechtlichen Ermittlungsverfahrens abgelehnt, da ein schuldhaftes standeswidriges Verhalten nicht nachweisbar sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 122 Abs. 2 BRAO v. 11.10.2004, eingegangen beim Bayerischen AGH am 12.10.2004.

Die Astin. ist der Meinung, dass die Agin. bei ihrer Entscheidung sowohl die rechtlichen Gegebenheiten anwaltlichen Berufsrechts, insbesondere die rechtlichen Inhalte des § 43a BRAO, als auch die Rechtsfolgen des Urteils des BVerfG v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01 – verkannt habe.

Die Agin. vertrete erkennbar die Auffassung, dass aufgrund des Urteils des BVerfG RAe, die sich zur Berufsausübung verbunden haben, sich generell nicht mehr berufswidrig dadurch verhielten, dass sie zwei Verfahrensgegner eines einzigen (kontradiktorischen) Verfahrens wechselseitig vertreten, wenn diese sich mit der Erklärung verteidigten, die Mandantschaft habe diese Konstellation erkannt und sei damit einverstanden.

Diese Meinung sei unzutreffend. Das BVerfG habe zwar die Vorschrift des § 3 Abs. 2 BRAO für nichtig erklärt, zugleich jedoch klargestellt, dass weiterhin im Einzelfall zu prüfen sei, ob die Vertretung streitiger Mandate innerhalb einer Kanzlei mit § 43a Abs. 4 BRAO vereinbar sei.

Der Entscheidung des BVerfG habe ein Fall zu Grunde gelegen, in dem es zu keiner tatsächlichen kollidierenden Interessenvertretung gekommen sei. Die gleichzeitige Vertretung auch des Gegners innerhalb einer Sozietät in derselben Rechtssache stelle einen viel stärkeren Eingriff in die Sicherheit und Funk-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

tion der Rechtspflege dar. Bei dieser Konstellation bestehe die greifbare Gefahr von Absprachen zu Lasten des Mandanten sowie von Verschwiegenheitsverletzung, von Vertrauensbruch oder von Konflikten zwischen dem Anwalt als Arbeitgeber und dem anderen Anwalt als Arbeitnehmer zu Lasten eines der beiden Mandanten.

Eine derartige Konstellation müsse daher stets zu einer konkreten Vertretung widerstreitender Interessen führen. Mit einer solchen könne sich der Mandant auch nicht einverstanden erklären, da eine solche Beschädigung der Rechtspflege nicht zu seiner Disposition stehen könne.

Eine Vertretung widerstreitender Interessen sei im vorliegenden Fall evident. Der in erster Instanz teilweise obsiegende Kl. habe durch einen Vergleich erkennbar grundlos und im Ergebnis ohne Gegenleistung einen vorläufig vollstreckbaren Titel aufgegeben, obwohl seine Aussichten, diesen Titel auch in der Berufungsinstanz behalten zu können, überdeutlich gewesen seien.

Die Astin. beantragt daher, die Agin. zu verpflichten, unter Aufhebung ihrer Verfügung v. 8.9.2004 – AZ: EV 35/04 – das anwaltsgerichtliche Verfahren gegen die Beschwerdegegner einzuleiten.

Die Agin. beantragt, den Antrag als unzulässig, vorsorglich als unbegründet zu verwerfen.

Die Agin. hält den Antrag für unzulässig, weil er den inhaltlichen Anforderungen des § 122 Abs. 2 Satz 1 BRAO nicht gerecht werde. Der Gang des Verfahrens, der Inhalt der angegriffenen Verfügung und die Gründe für deren behauptete Unrichtigkeit würden nicht geschildert. Die Bezugnahme auf beizuziehende Akten genüge zur Darlegung des Gangs des Ermittlungsverfahrens nicht.

Der Antrag enthalte ferner keine Angaben zum Datum des Zugangs der Ablehnungsverfügung bei der Astin. Da auch aus anderen Angaben der Antragschrift nicht auf diesen Zeitpunkt geschlossen werden könne, könne schon nicht festgestellt werden, ob die Astin. die Frist des § 122 Abs. 2 Satz 1 BRAO eingehalten habe.

Der Antrag sei im Übrigen aus den in der Verfügung v. 8.9.2004 genannten Gründen auch unbegründet.

Die Astin. trägt ergänzend vor, dass nach ihrer Auffassung die Rspr. zu § 172 StPO auf § 122 BRAO nicht übertragen werden könne, da unterschiedliche Zwecke verfolgt würden. Sie habe die formellen Anforderungen des § 122 Abs. 2 Satz 2 BRAO in ihrem Antrag erfüllt und eine aus sich heraus verständliche Sachdarstellung abgegeben.

Die Verfügung der Agin. sei bei ihr am 13.9.2004 eingegangen.

Beizugezogen ist die Ermittlungsakte – EV 35/04 – der Agin.

Zum weiteren Sachvortrag wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II. Der gem. § 122 Abs. 2 Satz 1 BRAO statthafte Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist unzulässig.

Nach § 122 Abs. 2 Satz 2 BRAO muss der Antrag die Tatsachen, welche die Einleitung des anwaltsgerichtlichen Verfahrens begründen sollen, und die Beweismittel angeben.

Zwar findet gem. § 122 Abs. 5 BRAO die Vorschrift des § 172 StPO keine Anwendung, weil das Antragsrecht nur der RAK, nicht aber dem betroffenen Mandanten zustehen soll. Die inhaltlichen Anforderungen des § 122 BRAO an den Antrag decken sich aber mit denen des § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO. Entsprechend dieser Vorschrift ist daher eine verständliche Schilderung des Sachverhalts mit der Darstellung des Ermittlungs-

verfahrens in seinen Grundzügen und schlüssigen Ausführungen, warum die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu beanstanden ist, notwendig (*Henssler/Prütting – Dittmann*, BRAO, 2. Aufl., § 122 Rdnr. 6; *Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 122 Rdnr. 2).

Durch die Formanforderungen an den Antrag soll das zur Entscheidung berufene Gericht in die Lage versetzt werden, ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten und Eingaben eine Schlüssigkeitsprüfung vorzunehmen (*Meyer-Goßner*, StPO, 47. Aufl., § 172 Rdnr. 27, m.w.N.). Der Zweck der Formvorschriften in § 172 Abs. 3 StPO und in § 122 Abs. 2 BRAO, nämlich eine Entlastung der mit der Überprüfung befassten Gerichte, weicht entgegen der Auffassung der Astin. nicht voneinander ab (vgl. *Henssler/Prütting – Dittmann*, BRAO, 2. Aufl., § 122 Rdnr. 6).

Diesen Anforderungen wird der Antrag der Astin. v. 11.10.2004 nicht gerecht.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist gem. § 122 Abs. 2 Satz 1 BRAO nur zulässig, wenn er innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft beim AGH eingegangen ist. Um die Zulässigkeit des Antrags beurteilen zu können, ist es daher erforderlich, dass die Astin. angibt, wann ihr der Einstellungsbescheid der Staatsanwaltschaft bekannt gemacht worden ist (*Meyer-Goßner*, a.a.O.; BVerfG, NJW 1993, 382). Einer genauen Angabe des Eingangsdatums bedarf es lediglich dann nicht, wenn die Fristwahrung offensichtlich ist. Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid der Agin. v. 8.9.2004 ist erst am 12.10.2004 beim AGH eingegangen. Die Monatsfrist des § 122 Abs. 2 Satz 1 BRAO wäre daher nur dann eingehalten, wenn der Einstellungsbescheid der Astin. erst am 12.9.2004 oder später zugegangen ist.

Zwar hat die Astin. in ihrem nachgereichten Schriftsatz v. 22.3.2005 mitgeteilt, dass ihr der Bescheid der Agin. am 13.9.2004 zugegangen ist. Diese Ergänzung ist aber erhebliche Zeit nach Ablauf der Frist des § 122 Abs. 2 BRAO erfolgt und kann daher den vorhandenen Formmangel nicht heilen.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung erfüllt die inhaltlichen Anforderungen gem. § 122 Abs. 2 BRAO auch insoweit nicht, als ihm nicht zu entnehmen ist, wann das beanstandete Verhalten der RAe ... und ..., nämlich die Vertretung des Kl. ..., stattgefunden hat. Eine solche Angabe ist schon deshalb erforderlich, um feststellen zu können, ob eine Verfolgungsverjährung gem. § 115 BRAO eingetreten ist. Auch aus den sonstigen Angaben der Astin. in ihrem Antrag lassen sich Schlüsse darauf, dass eine Verfolgungsverjährung von vornherein auszuschließen ist, nicht ziehen.

Offen bleiben kann, ob des Weiteren der Verlauf des Ermittlungsverfahrens und der Inhalt der Einstellungsverfügung ausreichend wiedergegeben sind.

Ungeachtet der Unzulässigkeit des Antrags sieht sich der Senat veranlasst, in inhaltlicher Hinsicht Folgendes anzumerken:

Entsprechend der Auffassung der Astin. erscheint zweifelhaft, ob ein Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO verneint werden kann, wenn sich die betroffenen Mandanten mit einer Vertretung ihrer gegenläufigen Interessen durch Anwälte einer Kanzlei einverstanden erklärt haben.

Nach Ansicht des Senats steht die Entscheidung des BVerfG v. 3.7.2003 (BVerfG, NJW 2003, 2520 ff.) in Fällen dieser Art einer Sanktionierung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot, widerstreitende Interessen wahrzunehmen, nicht grundsätzlich entgegen.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

§ 43a IV BRAO gilt auch für Zusammenschlüsse

Zwar bezieht sich § 43a Abs. 4 BRAO nach seinem Wortlaut nur auf den Einzelanwalt, der in derselben Sache Parteien mit gegenläufigen Interessen vertritt. Eine am Zweck dieser Regelung orientierte Auslegung ergibt allerdings, dass auch in einer Kanzlei verbundene RAe diesem Verbot unterliegen, wenn im konkreten Einzelfall ein Interessenkonflikt besteht.

Der genannten Entscheidung des BVerfG lagen demgegenüber Fälle zugrunde, in denen es tatsächlich nicht zu Interessenkonflikten kommen konnte. Es ging dabei um die Kanzleiwechsel von RAen, die mit den widerstreitenden Mandanten weder in der bisherigen Kanzlei noch in der neuen Kanzlei befasst waren. Für diesen Fall hat das BVerfG festgestellt, dass die an § 3 Abs. 2 BORA ausgerichtete Auslegung von § 43a BRAO die Freiheit der Berufsausübung unzulässig einschränkt. Es hat jedoch ausdrücklich offen gelassen, welche Folgerungen zu ziehen wären, wenn der die Sozietät wechselnde RA das „widerstreitende“ Mandat selbst betreut, es gar in die aufnehmende Kanzlei einbringt (BVerfG, NJW 2003, 2520, 2521).

Hier liegt ein Fall vor, in dem zwei in einer Kanzlei tätige Anwälte in einem kontradiktorischen Verfahren gegnerische Parteien vertreten haben. Allein der Umstand, dass sich die Verfahrensgegner damit einverstanden erklärt haben, dass ihre widerstreitenden Interessen von diesen in einer Kanzlei verbundenen Anwälten vertreten werden, hat nicht zur Folge, dass ein Verstoß gegen § 43a BRAO von vornherein nicht in Betracht käme.

Einverständnis der Mandanten unerheblich

§ 43a Abs. 4 BRAO gebietet vielmehr eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung aller Belange unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Mandanteninteressen (BVerfG, NJW 2003, 2520, 2522). Das BVerfG hat deshalb § 3 Abs. 2 BORA, der für eine Einzelabwägung keinen Raum ließ, für mit Art. 12 GG unvereinbar und nichtig erklärt.

Bei der gebotenen Auslegung des § 43a BRAO im Lichte des Art. 12 GG ist zu berücksichtigen, dass diese Norm nicht nur der Wahrung des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten und der Sicherung der Unabhängigkeit des Anwalts im Dienste des Rechtsuchenden, sondern darüber hinaus auch dem Gemeinwohl in Gestalt der Rechtspflege dient. Diese Belange treten nebeneinander und bedingen einander (BVerfG NJW, 2003, 2520, 2521).

Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten RA voraus, wobei diese Eigenschaften nicht zur Disposition der Mandanten stehen (BVerfG, a.a.O.).

§ 43a Abs. 4 BRAO verlangt, dass im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen vermieden wird (BVerfG, NJW 2003, 2520, 2522).

Ob ein von § 43a BRAO umfasster Interessenkonflikt vorliegt, ist daher nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Bei der Vertretung widerstreitender Mandate durch zwei in einer Kanzlei verbundene Anwälte wird ein solcher Fall regelmäßig zu bejahen sein.

Schwerwiegender Interessenkonflikt

So liegt auf der Hand, dass insbesondere wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit schwerwie-

gende Interessenkonflikte auftreten, wenn ein Kanzleihinhaber und ein bei diesem angestellter Anwalt widerstreitende Mandate vertreten. Aber auch in Sozietäten sind Interessenkonflikte möglich, so z.B., weil die Gefahr besteht, dass ein Mandat als das für die Kanzlei wertvollere angesehen wird oder durch Organisationsmaßnahmen nicht hinreichend dafür Sorge getragen werden kann, dass dem „gegnerischen“ Anwalt nicht versehentlich für ihn nicht bestimmte Informationen zufließen.

Wie bereits ausgeführt, können die Mandanten nicht über § 43a BRAO disponieren, soweit auch die Interessen der Rechtspflege, die auf eine Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung angewiesen ist (BVerfG, NJW 2003, 2520, 2521), betroffen sind. Häufig werden die Mandanten zudem gar nicht in der Lage sein zu beurteilen, ob es aufgrund der konkreten Situation zu Interessenkonflikten kommen kann. Dies gilt umso mehr, als sich derartige Probleme auch erst nachträglich entwickeln können, weil beispielsweise eine angestrebte einvernehmliche Lösung wider Erwarten doch nicht herbeigeführt werden kann.

Aufgrund der Unzulässigkeit des Antrags bedarf es im vorliegenden Fall allerdings keiner Entscheidung darüber, ob nach dem oben Gesagten eine Verpflichtung der Agin., das anwaltsgerichtliche Verfahren durchzuführen, auszusprechen wäre.

Fachanwalt – zur Anerkennungsfähigkeit von Online-Seminaren als Fortbildung

FAO § 15

***1. Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck der Regelung des § 15 FAO können als Fortbildungsveranstaltung ausschließlich von einem Veranstalter örtlich organisierte Tagungen, an denen eine Vielzahl von RAen zum Zwecke der beruflichen Fortbildung teilnimmt, anerkannt werden.**

***2. Nur die gemeinschaftliche Teilnahme bewirkt, dass eine Kommunikation nicht nur zwischen den Dozenten und den Teilnehmern, sondern auch zwischen den Teilnehmern untereinander stattfindet.**

***3. Bei Online-Seminaren fehlt zudem eine ausreichende Kontrollmöglichkeit. Insbesondere ein Nachweis für eine durchgehende Teilnahme an diesem Seminar kann nicht erbracht werden.**

Schleswig-Holsteinischer AGH, Beschl. v. 17.3.2005 – 1 AGH 1/2005 (n.r.)

Volltext unter www.brak.de

Abwickler – zum Umfang der Tätigkeit

BRAO § 53, § 55

***1. Für einen ersten Überblick des Abwicklers, ob in einer Sache noch etwas zu veranlassen ist oder die betreffende Akte abgelegt werden kann, kann grundsätzlich ein Zeitbedarf von einer Viertelstunde pro Akte zugrunde gelegt werden.**

***2. Die Tatsache, dass die Akten von dem ehemaligen RA nicht sorgfältig geführt worden sind und einige Akten somit neu zusammengestellt werden müssen, ist eine in Abwicklungsfällen nicht unübliche Erschwernis.**

***3. Dass sich ein Abwickler in besonderer Weise für die Regulierung von Unterschlagungsfällen engagiert, ist für die Abwicklervergütung ohne Belang, da diese Tätigkeit im Rahmen der Abwicklung nicht geschuldet ist.**

AGH Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.1.2005 – 1 AGH 27/01

Volltext unter www.brak.de

Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars

BRAO § 49b; BORA § 6; RVG § 4 Abs. 2; BRAGO § 3 Abs. 5; GG, Art. 12 Abs. 1 Satz 2

***1. Die Vorschrift des § 49b Abs. 1 und 2 BRAO verstößt nicht gegen das in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Grundrecht der Berufsfreiheit, da das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars dem Schutz der Unabhängigkeit des RA und dem Vertrauen der Allgemeinheit in diese dient.**

***2. Da § 49b Abs. 1 BRAO wie auch § 4 Abs. 2 RVG verschiedene Gesichtspunkte enthält, die im konkreten Einzelfall eine Ermäßigung der gesetzlichen Gebühren zulassen, ist damit den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend Genüge getan. Einer generell geltenden Pauschalierung als gesetzlicher Regelung bedarf es deshalb nicht.**

Bayerischer AGH, Urt. v. 18.1.2005 – BayAGH II – 8/04 (n.r.)

Volltext unter www.brak.de

Werbung – Angabe eines Kooperationspartners

BRAO § 59a; BORA § 8

***1. Die Vorschrift des § 59a BRAO gilt ausschließlich für Sozietäten und Bürogemeinschaften und findet keine entsprechende Anwendung auf Kooperationen, die mithin auch mit nicht sozietätsfähigen Personen möglich und zulässig sind.**

***2. Ist eine berufliche Zusammenarbeit in Form der Kooperation berufsrechtlich zulässig, gibt es keinen Grund, den Kooperationspartnern dem Grunde nach den wahrheitsgemäßen Hinweis auf eine solche Kooperation mit Dritten nach außen zu untersagen. Eine Tatsache, die berufsrechtlich zulässig ist, muss auch bekannt gemacht werden dürfen.**

***3. Durch die Kundgabe einer Kooperation wird das rechtsuchende Publikum auch nicht in die Irre geführt, da dieses durchaus die Unterscheidung zwischen den von ihm beauftragten und mandatierten Anwälten, denen es sich anvertraut, und der davon zu unterscheidenden lockeren Zusammenarbeit einer Kooperation versteht.**

AGH Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 7.11.2003 – 2 ZU 10/03 AGH NW (n.r.)

Aus den Gründen:

I. Die Ast. führen in der rechten Randleiste ihres Briefbogens unterhalb der Auflistung der einzelnen Anwaltsozienten unter einer ausdrücklich kenntlich gemachten Rubrik „Kooperationspartner“ u.a. den Namen des Architekten ... unter Angabe der Berufsbezeichnung „Architekt ...“ auf. In der Fußzeile des Briefbogens findet sich darüber hinaus das Feld der Anschriften, in dem die Anschrift des RA-Büros, die Anschrift des kooperierenden StB-Büros und separat die anderslautende Anschrift des sachverständigen Architekten aufgeführt sind.

Die Agin. hat mit ihrem behelrenden Hinweis v. 22.7.2003 die Angabe des Architekten ... als Kooperationspartner der Ast. in der Randleiste des Briefbogens beanstandet und als berufsrechtlich unzulässig bezeichnet. In der Begründung dieses behelrenden Hinweises führt die Agin. aus, dass zwar auch nach ihrer Auffassung die Kooperation mit einem nicht sozietätsfähigen Berufsträger zulässig sei, sie vertritt jedoch die Ansicht, dass die Kundgabe einer derartigen Zusammenarbeit in Form einer Kooperation nach außen nicht durch § 8 BORA gedeckt und daher unzulässig sei. Wollte man vom Gegenteil ausgehen, wäre die lockerste Form der Zusammenarbeit, nämlich die Kooperation, gegenüber anderen Formen der Zusammenarbeit wie beispielsweise der Bürogemeinschaft ungerechtfertigt privilegiert, da § 8 BORA eine Kundgabe der beruflichen Zusammenarbeit im Falle einer Bürogemeinschaft nur mit sozietätsfähigen Personen erlaube. Außerdem würde im Falle

der Kundgabe einer Kooperation mit nicht sozietätsfähigen Personen das rechtsuchende Publikum irreführend, da der nicht sozietätsfähige Kooperationspartner weder der Verschwiegenheit noch den damit korrespondierenden Aussageverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten unterfalle.

Demgegenüber vertreten die Ast. die Ansicht, eine Kooperation als solche mit nicht sozietätsfähigen Personen sei zulässig; es müsse daher auch i.S.d. Transparenz die Kundgabe einer Kooperation zulässig sein. Ein Irrtum im Rechtsverkehr werde durch eine solche Kundgabe nicht hervorgerufen.

Mit ihrem am 7.8.2003 beim AGH eingegangenen Schreiben v. 5.8.2003 haben die Ast. gerichtliche Entscheidung gegen die behelrenden Hinweise der Agin. jeweils v. 22.7.2003, den Ast. jeweils zugestellt am 24.7.2003, beantragt.

II. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zulässig. Er ist statthaft gem. § 223 Abs. 1 Satz 1 BRAO, da die behelrenden Hinweise in Form einer hoheitlichen Maßnahme i.S.d. § 223 BRAO Rechtsansichten als verbindlich mitteilen, die in die Rechte der Ast. eingreifen und diese einschränken (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl. München 2003, § 223 Rdnr. 5 m.w.N.). Der Antrag ist auch innerhalb der Monatsfrist des § 223 Abs. 1 Satz 2 BRAO gestellt worden.

Der Antrag hat in der Sache Erfolg. Die Agin. hat mit den angefochtenen behelrenden Hinweisen zu Unrecht die Gestaltung des Briefbogens der Ast. als berufsrechtswidrig bezeichnet.

Keine gemeinschaftliche Mandatsannahme

1. Der Begriff der Kooperation ist gesetzlich nicht definiert. Im Unterschied zur Sozietät werden bei einer Kooperation Mandate nicht gemeinschaftlich angenommen und bearbeitet, die Haftung bezieht sich nur auf das einzelne Kooperationsmitglied, es werden – dies auch in Abgrenzung zur Bürogemeinschaft – keine gemeinsamen Räume unterhalten, es findet auch keine gemeinsame Organisation des Büros statt. Infolge dieser in wesentlichen, charakteristischen Punkten deutlich geringer anzuesiedelnden Qualität und Intensität der Form der Zusammenarbeit bei einer Kooperation geht der Senat – mit der wohl überwiegenden Meinung im Schrifttum – davon aus, dass § 59a BRAO, der nur Sozietäten und Bürogemeinschaften erfasst, keine Anwendung, auch keine entsprechende Anwendung findet auf Kooperationen und somit eine Kooperation auch mit nicht sozietätsfähigen Personen möglich und zulässig ist (vgl. *Feuerich/Weyland*, 6. Aufl., § 9 BORA Rdnr. 7 m.w.N.; einschränkend *Feuerich*, § 59b BRAO Rdnr. 39 m.w.N.; ohne Einschränkung *Römermann/Hartung*, Anwaltliches Berufsrecht, München 2002, § 29 Rdnr. 4 f. m.w.N.).

Auch die Agin. geht in der Begründung ihrer behelrenden Hinweise explizit von der Zulässigkeit einer Kooperation mit nicht sozietätsfähigen Personen aus.

2. Ist eine berufliche Zusammenarbeit in Form der Kooperation standesrechtlich zulässig, kann

Hinweis ist zulässig

es keinen rechtlichen Grund geben, den Kooperationspartnern dem Grunde nach den wahrheitsgemäßen und tatsächlich korrekten Hinweis auf eine solche Kooperation mit Dritten nach außen zu untersagen. Eine Tatsache, die standesrechtlich zulässig ist, muss auch bekannt gemacht werden dürfen. Jede andere Entscheidung würde geradezu die Verpflichtung der Kooperationspartner zur Täuschung des Rechtsverkehrs beinhalten.

Entgegen der Auffassung der Agin. steht § 8 BORA der Kundgabe der Kooperation mit einer nicht sozietätsfähigen Person nicht entgegen. Der Wortlaut der Bestimmung bezieht sich gerade nicht auf Kooperationen mit sozietätsfähigen Personen,

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

sondern spricht generalisierend nur von „Kooperation“. Auch eine Auslegung der Vorschrift führt zu keinem gegenteiligen Ergebnis: Mit der Agin. ist davon auszugehen, dass in § 8 BORA eine Gleichstellung von verfestigten Kooperationen mit den im ersten Halbs. der Bestimmung erwähnten Formen der beruflichen Zusammenarbeit herbeigeführt wird, allerdings handelt es sich nur um eine Gleichstellung in der Rechtsfolge, nicht dagegen in dem tatbestandlichen Element der sozietätsfähigen Person. Wäre Letzteres die Absicht des Satzungsgebers gewesen, hätte nach allen Gesetzen der Logik und der sprachlichen Klarheit nichts näher gelegen, als – ebenso wie im ersten Halbs. dieser Bestimmung – auch den Begriff „verfestigte Kooperation“ mit dem Zusatz zu versehen „mit sozietätsfähigen Personen“. Dass Letzteres unterblieben ist, ist gerade ein Hinweis darauf, dass auch die Kundgabe verfestigter Kooperationen mit nicht sozietätsfähigen Personen zugelassen werden soll.

Entgegen der Ansicht der Agin. ist des Weiteren mit der Zulassung der Kundgabe einer Kooperation mit nicht sozietätsfähigen Personen auch keine ungerechtfertigte Privilegierung der lockersten Form der Zusammenarbeit gegenüber Sozietäten und Bürogemeinschaften verbunden. Sozietäten und auch Bürogemeinschaften haben eine vollständig anders gelagerte, durchaus weitergehende Intensität und Qualität der Zusammenarbeit zum Gegenstand. Der vordergründigste Umstand liegt darin, dass bei örtlichen Sozietäten und Bürogemeinschaften eine einheitliche Praxis genutzt wird und eine einheitliche Büroorganisation existent ist, die zwangsläufig jedem beteiligten Sozius und Mitglied der Bürogemeinschaft Zugang zu allen Mandantendaten ermöglicht. Bei dieser intensiven Form der Zusammenarbeit schon aus räumlicher Sicht ist es von eminenter Bedeutung, alle Beteiligten den Verschwiegenheitspflichten zu unterwerfen. Genau dies ist im Falle einer bloßen Kooperation mit räumlicher Trennung – wie sie auch ausweislich der Adressenfelder vorliegend gegeben ist – anders zu beurteilen.

Keine Privilegierung der Kooperation

Von einer Privilegierung der Kooperation kann daher nicht gesprochen werden, da Kooperation einerseits und Sozietät/Bürogemeinschaft andererseits unterschiedliche und nicht miteinander vergleichbare Formen der Zusammenarbeit darstellen, die gerade mit Rücksicht auf ihre Unterschiede auch nicht ohne weiteres gleichbehandelt werden dürfen.

Schließlich liegt auch keine Irreführung des rechtsuchenden Publikums vor. Zum einen versteht der rechtsuchende Laie durchaus die Unterscheidung zwischen den von ihm beauftragten und mandatierten Anwälten, denen er sich anvertraut, und der davon zu unterscheidenden lockeren Zusammenarbeit einer Kooperation, mit der er nichts „zu tun haben“ muss, soweit er dies nicht wünscht. Dies gilt umso mehr, als vorliegend die Differenzierung auf dem Briefbogen der Ast. deutlich und gut sichtbar hervorgehoben wird. Zum anderen ist auch in schlichtesten Bevölkerungskreisen bekannt, dass ein Architekt keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Von einer Täuschung des rechtsuchenden Publikums durch Kundgabe einer für zulässig gehaltenen Kooperation ist daher nicht auszugehen.

Die konkrete Ausgestaltung des Briefbogens der Ast. wird von der Agin. nicht beanstandet.

Pflicht zur Entgegennahme von Zustellungen

BRAO § 27; BORA § 5, § 14

***1. Auch wenn die Vorschrift des § 14 BORA ursprünglich nur die Zustellung von RA zu RA und mit Empfangsbekanntnis regeln wollte, beschränkt sich ihr Wortlaut nicht allein auf diese Zustellungsarten. Daher muss ein RA auch gewährleisten, dass Zustellungen mit Postzustellungsurkunde entgegengenommen werden können.**

***2. Es ist eine allgemein – jedenfalls den mit gerichtlichen Verfahren vertrauten Personen – bekannte Praxis, dass, wenn es zu Irritationen bei der Zustellung mit Empfangsbekanntnis kommt, von Gerichts wegen die Zustellung mit Postzustellungsurkunde verfügt wird. Da es immer zu Irritationen bei der Zustellung kommen kann, muss ein RA Vorsorge treffen, dass ihn Zustellungen mit Postzustellungsurkunde problemlos erreichen können.**

***3. Es ist dem einzelnen RA grundsätzlich selbst überlassen, wie er seine Kanzlei führt. Erst wenn die individuelle Führung der Anwaltskanzlei gravierende Mängel erkennen lässt, die auf sachliche, personelle oder organisatorische Fehlentscheidungen des RA zurückzuführen sind, ist ein Verstoß gegen die Kanzleipflicht anzunehmen. Ein solcher Verstoß kann bei der Erfolglosigkeit von Zustellversuchen an vier Tagen nicht festgestellt werden.**

AGH Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 4.7.2003 – (2) 6 EVY 4/02 AGH NW (n.r.)

Volltext unter www.brak.de

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Rechtsberatungsgesetz – Fördermittelberatung

RBerG Art. 1 § 1, § 5; UWG § 1 a.F., § 3, § 4 Nr. 11

1. Die Beratung über Fördermittel der öffentlichen Hand ist keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S.v. Art. 1 § 1 RBerG.

***2. Auch die Vielfalt von Fördermitteln und die Komplexität der rechtlichen Rahmenbedingungen verwehrt es einem Unternehmensberater nicht, sich hierüber Kenntnisse zu verschaffen, auf sein Wissen verbend hinzuweisen und mit den tatsächlichen Gegebenheiten eines Unternehmens abzustimmen. Die Regelung rechtlicher Verhältnisse steht hierbei nicht im Vordergrund.**

BGH, Urt. v. 24.2.2005 – I ZR 128/02

Volltext unter www.brak.de

Werbung mit „optimaler Vertretung“

BRAO § 43b; BORA § 6; UWG § 3, § 4 Nr. 11

***1. Die Vorschrift des § 43b BRAO eröffnet nicht eine ansonsten nicht bestehende Werbemöglichkeit, sondern konkretisiert die verfassungsrechtlich garantierte Werbefreiheit des RA. Deshalb bedarf nicht die Gestattung der Anwaltswerbung der Rechtfertigung, sondern vielmehr deren Einschränkung.**

***2. Das vom RA grundsätzlich zu beachtende Sachlichkeitsgebot verlangt keine auf die Mitteilung nüchterner Fakten beschränkte Werbung. Nicht jede positive Darstellung der Leistung des RA in seiner Werbung ist mit dem Sachlichkeitsgebot unvereinbar. Zudem sind Einzeläußerungen im Kontext der gesamten Werbeaussage auszulegen.**

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

***3. Ist die Formulierung „optimale Interessenvertretung“ in einer Werbung in eine Reihe von Sachangaben über die personelle und sachliche Ausstattung der Kanzlei eingebettet, kann hierin kein Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot gesehen werden.**

BGH, Urt. v. 27.1.2005 – I ZR 202/02

Aus dem Tatbestand:

Die Kl. sind in einer Sozietät zusammengesessene RAe mit Kanzleisitz in B. Der Bekl. ist Partner einer aus RAen bestehenden Partnerschaft, die ihren Sitz in H.-B. hat. Auf der von der Partnerschaft eingerichteten Homepage heißt es u.a.:

„1950 gründete W. K., der Vater des heutigen Seniorpartners R. K., unsere Kanzlei im Zentrum von H. Im Jahre 1978 wurde der Sitz der – zum damaligen Zeitpunkt von R. K. allein betriebenen – Kanzlei nach H.-B. verlegt. Heute stehen Ihnen acht RAe für die optimale Vertretung Ihrer Interessen in den verschiedensten Rechtsgebieten zur Verfügung. Eine moderne EDV, eine gut ausgestattete Fachbibliothek und der Zugriff auf umfangreiche juristische Datenbanken gewährleisten höchste Beratungsqualität.“

Die Kl. sind der Auffassung, der Hinweis auf eine „optimale Vertretung“ sei eine reklamehafte Selbstanpreisung und stelle eine für einen RA unzulässige Werbung dar.

Die Kl. haben beantragt, dem Bekl. zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für rechtsanwaltliche Tätigkeit wie folgt zu werben:

„Heute stehen Ihnen acht RAe für die optimale Vertretung Ihrer Interessen in den verschiedensten Rechtsgebieten zur Verfügung.“

Der Bekl. ist der Klage entgegengetreten.

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Bekl. hat zur Abweisung der Klage geführt (OLG Hamburg, NJW 2002, 3183).

Mit der (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision verfolgen die Kl. ihren Klageantrag weiter. Der Bekl. beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Kl. verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klagebefugnis der Kl. und die Passivlegitimation des Bekl. habe das LG zutreffend bejaht. Es sei auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Kl. nicht rechtsmissbräuchlich gegen den Bekl. vorgegangen seien. Der angegriffene Teil des Internet-Auftritts der Partnerschaft, der der Bekl. angehöre, verstoße jedoch nicht gegen § 43b BRAO, § 6 BORA. Im Grundsatz sei davon auszugehen, dass RAen die Werbung für ihre berufliche Tätigkeit nicht verboten, sondern erlaubt sei. Das Sachlichkeitsgebot werde nicht durch auf den Beruf bezogene Tatsachenbehauptungen verletzt, deren Richtigkeit überprüft werden könne. Maßvolle Selbstbeschreibungen der persönlichen Kompetenz, die subjektive Werturteile seien, seien ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn sie einen objektiven Kern zu haben schienen und nach Form und Inhalt nicht in der Einkleidung eines „marktschreierischen Werbungsstils“ daherkämen. Ein Teil des umworbenen Publikums werde die beanstandete Passage im Gesamtzusammenhang der Geschichte der Kanzlei dahin verstehen, durch die gestiegene Zahl der RAe könne eine größere Anzahl von Rechtsgebieten abgedeckt werden. Das Wort „optimal“ beziehe sich bei einem derartigen Verständnis auf die Breite der angebotenen Rechtsberatung und beinhalte im Wesentlichen eine der Überprüfung zugängliche Sachausgabe. Aber auch wenn der Begriff als Bewertung der anwaltlichen Leistung aufgefasst werde, entspreche die Aussage in der

konkreten Verwendungssituation noch dem Sachlichkeitsgebot. Zwar sei „optimal“ ein Superlativ; der Begriff sei jedoch durch seinen inflationären Gebrauch in der Werbung verblasst. In dem sprachlichen Kontext stelle er keine übermäßige reklamehafte Übertreibung oder marktschreierische Herausstellung dar.

II. Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Kl. als unmittelbar Verletzte klagebefugt und aktivlegitimiert sind. Die Anspruchsberechtigung des unmittelbar Verletzten, die sich unter Geltung des § 13 Abs. 2 UWG a.F. aus der verletzten Rechtsnorm selbst ergab (BGH, Urt. v. 6.10.1999 – I ZR 92/97, GRUR 2000, 616, 617 = WRP 2000, 514 – Auslaufmodelle III), folgt nunmehr aus § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Zwischen den Parteien besteht nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Die Parteien gehören mittelgroßen Kanzleien mit Sitz in B. und H. an. Im Streitfall ist deshalb davon auszugehen, dass die Parteien versuchen, gleichartige Dienstleistungen innerhalb derselben Verkehrskreise abzusetzen mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten den anderen beeinträchtigen kann (vgl. BGH, Urt. v. 5.10.2000 – I ZR 210/98, GRUR 2001, 258 = WRP 2001, 146 – Immobilienpreisangaben; Urt. v. 6.12.2001 – I ZR 214/99, GRUR 2002, 985, 986 = WRP 2002, 952 – WISO).

2. Den Kl. steht gegen den Bekl. jedoch kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 43b BRAO, § 6 BORA zu. Die beanstandete Passage in dem Internet-Auftritt der Partnerschaft, der der Bekl. angehört, verstößt entgegen der Auffassung der Revision nicht gegen die die anwaltliche Werbung regelnden Vorschriften der § 43b BRAO, § 6 BORA.

a) Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt derjenige unlauter i.S.d. § 3 UWG, der einer gesetzlichen Bestimmung zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zu den Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, auch das Verhalten von Unternehmen bestimmen, rechnen § 43b BRAO, § 6 BORA. Als Bestimmungen, die sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit der anwaltlichen Werbung befassen, kommt ihnen eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zu.

Die Rechtsnormqualität i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG erfüllt auch § 6 BORA. Denn zu den gesetzlichen Vorschriften nach § 4 Nr. 11 UWG zählt auch die durch Satzung nach § 59b Abs. 1, § 191a Abs. 2, § 191e BRAO ergangene BORA (vgl. *Harte/Henning/v. Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11 Rdnr. 37; *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 4 UWG Rdnr. 11.24; *Fezer/Götting*, UWG, § 4 Nr. 11 Rdnr. 41).

b) Entgegen der Ansicht der Revision verstößt die beanstandete Werbeaussage jedoch nicht gegen das Sachlichkeitsgebot nach § 43b BRAO, § 6 BORA.

aa) Nach § 43b BRAO ist dem RA Werbung erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Die Bestimmung wird inhaltlich teilweise konkretisiert durch §§ 6 ff. BORA. Gem. § 6 Abs. 1 BORA darf der RA über seine Dienstleistung und seine Person informieren, soweit die Angaben sachlich unterrichten und berufsbezogen sind.

Die Vorschrift des § 43b BRAO eröffnet nicht eine ansonsten nicht bestehende Werbemöglichkeit, sondern konkretisiert die verfassungsrechtlich garantierte Werbefreiheit. Deshalb bedarf nicht die Gestattung der Anwaltswerbung der Rechtfertigung, sondern deren Einschränkung. Sie ist nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie im Einzelfall durch ausrei-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

chende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.9.2001 – 1 BvR 2265/00, WRP 2001, 1284, 1285; Beschl. v. 4.8.2003 – 1 BvR 2108/02, GRUR 2003, 965 f. = WRP 2003, 1213, BGHZ 147, 71, 74 f. – Anwaltswerbung II; BGH, Urt. v. 15.3.2001 – I ZR 337/98, WRP 2002, 71, 73 – Anwaltsrundschriften). Selbstdarstellungen des RA unterliegen, soweit die Form und der Inhalt der Werbung nicht unsachlich sind, keinem generellen Werbeverbot.

**Keine Beschränkung
auf nüchterne Fakten**

Das von den Angehörigen eines freien Berufs zu beachtende Sachlichkeitsgebot verlangt keine auf die Mitteilung nüchterner Fakten beschränkte Werbung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.8.2003 – 1 BvR 1003/02, GRUR 2003, 966, 968 = WRP 2003, 1209; Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, WRP 2005, 83, 87; BGH, Urt. v. 9.10.2003 – I ZR 167/01, GRUR 2004, 164, 166 = WRP 2004, 221 – Arztwerbung im Internet).

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Teil der angesprochenen Verkehrskreise werde die Werbung aufgrund des Zusammenhangs mit der Kanzleigeschichte dahin verstehen, durch die gewachsene Zahl der RAe könnten mehr Rechtsgebiete abgedeckt werden als durch lediglich einen RA. Das Wort „optimal“ beziehe sich auf die Breite der gebotenen Rechtsberatung und enthalte eine der Überprüfung zugängliche Sachaussage. Aber auch wenn andere Teile des Verkehrs die Werbung dahin auffassten, die anwaltliche Leistung werde als „optimal“ bezeichnet, liege im sprachlichen Kontext keine übermäßige reklamehafte Übertreibung oder gar marktschreierische Herausstellung der Mitglieder der Kanzlei des Beklagten vor.

cc) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die beanstandete Werbung nach Form und Inhalt noch nicht reklamehaft selbstanpreisend den Boden sachlicher Information verlasse, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht jede positive Darstellung der Leistung des RA in seiner Werbung mit dem Sachlichkeitsgebot unvereinbar.

Zudem sind Einzeläußerungen wie der hier beanstandete Satz im Kontext der gesamten Werbeaussage auszulegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.2.2003 – 1 BvR 189/03, BRAK-Mitt. 2003, 127). Im Streitfall ist die Aussage über eine „optimale Vertretung“ eingebettet in eine Reihe von Sachangaben, wonach – anders als in den Anfängen der Kanzlei – nunmehr acht RAe für die Vertretung zur Verfügung stehen, eine moderne EDV und eine gut ausgestattete Fachbibliothek vorhanden sind und auf umfangreiche juristische Datenbanken zurückgegriffen werden kann.

Dies sind Grundlagen für eine mögliche optimale Vertretung der Mandantenbelange. Der beanstandete Werbesatz steht als Aussage über die Leistung der Kanzleimitglieder in einem engen inneren Zusammenhang mit diesen Angaben über die personelle und sachliche Ausstattung der Kanzlei. Das Berufungsgericht hat zudem rechtsfehlerfrei angenommen, dass die beanstandete Aussage auch nicht deshalb übermäßig reklamehaft sei, weil das Wort „optimal“ auf das lateinische Wort „optimus“ zurückgehe, das „der Beste“ bedeute. Das Berufungsgericht hat dargelegt, dass das Wort „optimal“ aufgrund seiner vielfachen Verwendung in der Werbung nicht als Superlativ empfunden werde. Es hat dementsprechend rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beanstandete Werbung nach dem Kontext, in den das Wort „optimal“ gestellt sei, nicht als Vergleich mit anderen RAen verstanden werde.

**Kontext der gesamten
Werbeaussage
maßgeblich**
Unterlassungsanspruch wegen Berichterstattung über Straftaten eines Sozius

GG Art. 5

***1. Ein RA kann presserechtlich die Unterlassung einer Berichterstattung verlangen, die ihn mit möglichen Straftaten seines Sozius in Verbindung bringt, wenn in der Berichterstattung nicht gleichzeitig mitgeteilt worden ist, dass sich die strafrechtlichen Ermittlungen ausschließlich gegen den Sozius richten.**

***2. Ist der für den unbefangenen Leser vielleicht auch nicht zwingende, aber doch nahe liegende Schluss auf einen über das ausdrücklich Gesagte hinausgehenden Sachverhalt falsch, so ist die Berichterstattung jedenfalls dann wie eine unwahre Tatsachenbehauptung zu behandeln, wenn die Weglassung eines klarstellenden Hinweises bewusst erfolgt ist.**

OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.2005 – 14 U 16/05

Volltext unter www.brak.de

Werbung – wettbewerbswidrige Formulierungen in einem Rundschreiben

BRAO § 43b; UWG § 6 Abs. 2 Nr. 5

***1. Behauptet ein RA in einem Werberundschreiben, dass fachlich nicht spezialisierte Anwaltskanzleien „allenfalls nur durchschnittliches Wissen“ anbieten könnten, liegt hierin eine wettbewerbswidrige Herabsetzung von Mitbewerbern i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG.**

***2. Die Qualität anwaltlicher Leistungen kann nicht ausschließlich auf das Fachwissen auf einem bestimmten Rechtsgebiet reduziert werden. Vielmehr wird der Erfolg anwaltlicher Tätigkeit auch vom Verhandlungsgeschick und allgemeinen Erfahrungen geprägt. Daher rechtfertigt eine nicht gesondert ausgewiesene fachliche Spezialisierung nicht die Schlussfolgerung, dass der betreffende Berufskollege schlechtere anwaltliche Dienstleistungen anbietet.**

OLG Thüringen, Urt. v. 20.4.2005 – 2 U 948/04

Aus den Gründen:

I. Die Parteien sind selbstständige RAe in R. (Kl.) und E. (Bekl.). Im Herbst 2003 übersandte der Bekl. an mehrere Versicherungsvertreter, u.a. an Frau ... in R., ein Anschreiben, das auszugweise wie folgt lautet:

„Noch ein Wort in eigener Sache: Rechtsfragen werden immer komplexer. Dies führt naturgemäß dazu, dass jeden Tag eine Flut von neuen Urteilen, Erkenntnissen und Spezialaussagen in alle Rechtsgebieten auftritt.

Gleichzeitig führt dies aber auch dazu, dass eine Anwaltskanzlei, wenn sie sich mit all diesen Rechtsgebieten abgibt, allenfalls nur durchschnittliches Wissen anbieten kann.

Wir haben uns daher entschieden, unsere Tätigkeitsschwerpunkte in Zukunft auf die Bereiche Arbeits- und Vertragsrecht zu legen.

Zu diesem Zweck habe wir Verträge mit Anbietern von Online-Datenbanken geschlossen, welche uns u.a. ermöglichen, auf 600.000 tagesaktuelle Dokumente im Arbeitsrecht zuzugreifen.

Weiterhin greifen wir im Vertragsmanagement auf Datenbanken zu, welche die tagesaktuelle Rechtslage widerspiegeln und die individuelle Anpassung i.S.d. Mandanten ohne weiteres ermöglichen. Wir bauen darüber bundesweit ein Anwaltsnetz auf, so dass Ihr Fall, falls erforderlich, im Expertenteam gelöst wird.

Andere Rechtsgebiete, welche nicht in das Arbeits- und Vertragsrecht fallen, können wir aus Gründen der Spezialisierung künftig nicht mehr bearbeiten, worauf wir vorsorglich hinwei-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

sen. Selbstverständlich können wir in derartigen Fällen an kompetente Anwaltskollegen weiter empfehlen, mit welchen wir bereits seit Jahren zusammenarbeiten.“

Mit Schreiben v. 15.12.2003 mahnte die Kl. den Bekl. ab, da sie die Äußerungen in dem Anschreiben für wettbewerbswidrig hält. Eine Reaktion des Bekl. unterblieb.

Die Kl. hat die Auffassung vertreten:

Der Bekl. preise sich in nicht hinnehmbarer Weise durch Herabsetzung anderer Berufskollegen selbst an und verschaffe sich hierdurch einen Vorsprung durch Rechtsbruch. Zudem werbe der Bekl. unzulässig mit Selbstverständlichkeiten wie der erforderlichen Rechtskunde und der Nutzung von Datenbanken. Die Aussage beinhalte auch eine unzulässige vergleichende Werbung, indem Berufskollegen pauschal herabgesetzt würden. Als Wettbewerber sei der Bekl. zur Unterlassung derartigen Äußerungen verpflichtet.

Die Kl. hat – soweit in der Berufungsinstanz noch von Bedeutung – beantragt, den Bekl. zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 Euro (ersatzweise Ordnungshaft) und/oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, zum Zwecke des Wettbewerbs zu werben und/oder werben zu lassen durch

- die Verbreitung der Behauptung, RAe ohne Spezialisierung auf ein oder wenige Rechtsgebiete böte maximal durchschnittliches anwaltliches Wissen,

- die besondere hervorhebende Betonung des Bestehens von Verträgen zwischen ihm und den Anbietern von juristischen Datenbanken, deren Dokumente die aktuelle Rechtslage widerspiegeln und tagesaktuell seien,

wobei insbesondere zu unterlassen ist, Rundschreiben zu versenden, welche folgende Passagen enthalten:

„Noch ein Wort in eigener Sache: Rechtsfragen werden immer komplexer. Dies führt naturgemäß dazu, dass jeden Tag eine Flut von neuen Urteilen, Erkenntnissen und Spezialaussagen in allen möglichen Rechtsgebieten auftritt.

Gleichzeitig führt dies aber auch dazu, dass eine Anwaltskanzlei, wenn sie sich mit all diesen Rechtsgebieten abgibt, allenfalls nur durchschnittliches Wissen anbieten kann.

Wir haben uns daher entschieden, unseren Tätigkeitsschwerpunkt in Zukunft auf die Bereiche Arbeits- und Vertragsrecht zu legen.

Zu diesem Zweck haben wir Verträge mit Anbietern von Online-Datenbanken geschlossen, welche uns u.a. ermöglichen, auf 600.000 tagesaktuelle Dokumente im Arbeitsrecht zuzugreifen.“

Der Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Bekl. hat die Auffassung vertreten:

Die gerügten Äußerungen seien inhaltlich richtig und von seinem Recht zur freien Meinungsäußerung gedeckt. Eine unzulässige Qualitätswerbung liege nicht vor, der Hinweis auf seine Spezialisierung sei keine Selbstanpreisung, sondern informiere nur darüber, dass er sich zu spezialisieren beabsichtige. Eine Herabsetzung der Berufskollegen beinhalte dies nicht.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Es hat ausgeführt:

Die Kl. könne den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht auf § 1 UWG i.V.m. § 43b BRAO stützen. Die gerügte Aussage des Bekl. sei weder wettbewerbswidrig noch verstoße diese gegen das anwaltliche Berufsrecht. Insbesondere verletze er nicht das Gebot sachlicher Werbung in § 43b BRAO. Sein Anschreiben sei als Werbemaßnahme anzusehen, da es bei der

gebotenen Gesamtbetrachtung darauf abziele, andere für die Inanspruchnahme der Leistungen zu gewinnen. Im Kern der Aussage gehe es um die Absicht des Bekl., den Tätigkeitsschwerpunkt seiner Kanzlei auf den Bereich des Arbeits- und Vertragsrechts zu legen, um sich auf dieses Gebiet zu spezialisieren. Die Aussage, dass eine Spezialisierung zu einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit auf diesem Gebiet führe, sei im Grunde Allgemeingut und bedeute nicht gleichzeitig eine Herabsetzung der nicht spezialisierten Kollegen. Hierin liegt keine unzulässige vergleichende Werbung, da es insbesondere an einem konkreten Vergleich zwischen dem Bekl. und seinen Mitbewerbern fehle.

Gegen das dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. am 27.9.2004 zugestellte Urteil hat diese durch ihren beim OLG Dresden zugelassenen Prozessbevollmächtigten mittels eines am 26.10.2004 beim Thüringer OLG eingegangenen Schriftsatzes Berufung eingelegt, der diese mittels eines am 26.11.2004 beim Thüringer OLG eingegangenen Schriftsatzes begründet hat.

Die Kl. ist der Auffassung:

Der Vergleich einer spezialisierten Kanzlei mit einer nicht spezialisierten sei weder sachlich geboten noch enthalte dieser einen Informationsgehalt. Hierdurch stelle sich eine spezialisierte Kanzlei gegenüber einer allgemeinen Kanzlei heraus. Mit dem gewollten diskreditierenden Grundton der Werbung gegenüber anderen Wettbewerbern/Kollegen verstoße der Bekl. gegen das Sachlichkeitsgebot nach § 43b BRAO und damit auch gegen § 1 UWG.

Die Kl. beantragt, unter Abänderung des Urteils des LG ... v. 22.9.2004 (...) den Bekl. zu verurteilen, es bei Meidung eines im Zuwiderhandlungsfall gerichtlich festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, zu Zwecken des Wettbewerbs zu werben durch die Verbreitung der Behauptung, RA-Kanzleien, welche sich nicht spezialisieren und sich stattdessen mit einer Mehrzahl von Rechtsgebieten abgeben, seien lediglich in der Lage, maximal durchschnittliche anwaltliche Leistungen zu erbringen, wobei insbesondere zu unterlassen ist, in Rundschreiben die Behauptung „gleichzeitig führt dies (dass Rechtsfragen immer komplexer werden) dazu, dass eine Anwaltskanzlei, wenn sie sich mit all diesen Rechtsgebieten abgibt, allenfalls nur durchschnittliches Wissen anbieten kann“, aufzustellen.

Der Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Bekl. ist der Auffassung:

Das LG habe die Klage rechtsfehlerfrei abgewiesen. Der Kl. stehe der geltend gemachte Anspruch gem. § 3 UWG i.V.m. § 43b BRAO nicht zu. Die Grenzen der zuletzt genannten Norm seien von ihm offensichtlich eingehalten worden. Die Werbung sei nach Form und Inhalt sachlich. Dem Sachlichkeitsgebot des § 43b BRAO trage diese ausreichend Rechnung, da sie auf eine reklamehafte Selbstanpreisung verzichte. Die Grenze der Sachlichkeit sei noch nicht überschritten, wenn er ausführe, eine Spezialisierung führe zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit in dem genannten Rechtsgebiet. Hierbei handele es sich um eine Selbstverständlichkeit. Er gebe nur eine Lebenserfahrung wieder, die letztlich allgemeiner Einschätzung entspreche. Die Mitteilung von Spezialisierungen setze nicht spezialisierte Kollegen nicht unsachlich herab. Sein Anschreiben halte sich in den Grenzen einer sachlichen Unterrichtung über seine berufliche Tätigkeit bzw. seine Kanzlei.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Kl. v. 9.2.2004 (Bl. 1–6),

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

5.5.2004 (Bl. 32–33), 17.9.2004 (Bl. 53) und 25.11.2004 (Bl. 81–85), die Schriftsätze des Bekl. v. 31.3.2004 (Bl. 25–31), 15.6.2004 (Bl. 39–41), 4.9.2004 (Bl. 49–51) und 5.1.2005 (Bl. 99–105) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem LG ... v. 1.9.2004 (Bl. 46–47) und vor dem erkennenden Senat v. 2.3.2005 (Bl. 106–107).

II. Auf die zulässige Berufung war das angefochtene Urteil abzuändern und der Bekl. nach Maßgabe des in der Berufungsinstanz noch verfolgten Unterlassungsbegehrens antragsgemäß zu verurteilen.

Die Kl. kann die in der Berufungsinstanz noch geltend gemachte Unterlassung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG beanspruchen, da der Bekl. mit der Behauptung in dem Streitgegenständlichen Rundschreiben § 3 UWG zuwidergehandelt hat. Die Aktivlegitimation der Kl. beruht auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG, was auch der Bekl. im Rahmen seiner Verteidigung gegenüber dem Unterlassungsbegehren nicht in Frage gestellt hat. Mit der unter Hervorhebung eigener Spezialisierung aufgestellten Behauptung, von RAen ohne Spezialisierung könne maximal durchschnittliches Wissen erwartet werden, hat der Bekl. unlauter i.S.d. § 3 UWG gehandelt.

a) Dies ist nach § 6 Abs. 2 UWG u.a. der Fall, wenn der Bekl. vergleichend wirbt und dabei eine der in § 6 Abs. 2 UWG aufgezählten Fallgruppen verwirklicht.

aa) Mit dem in der vorstehend wiedergegebenen Behauptung liegenden Vergleich hat der Bekl. gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG verstoßen. Der Erklärungsgehalt der Aussage in dem von dem Bekl. versandten Rundschreiben kann im Hinblick auf die angesprochenen Verkehrskreise nicht isoliert dahin verstanden werden, dass fachlich spezialisierte Anwälte mehr wissen als solche ohne fachliche Spezialisierung. Vielmehr nimmt der Bekl. in dem Rundschreiben einen wertenden Vergleich vor, der nach seinem Gesamteindruck seine eigene fachliche Spezialisierung in den Vordergrund rückt und sich selbst mit Berufskollegen ohne Spezialisierung vergleicht. Dies vermittelt dem Empfänger den Eindruck, dass der Ratsuchende bei einem fachlich spezialisierten Anwalt in dem betreffenden Fachgebiet bessere anwaltliche Leistungen erhält als bei Berufskollegen ohne fachliche Spezialisierung.

**Herabsetzung
fachlich nicht
spezialisierten RAe**

In dieser Aussage ist eine Herabsetzung der von einem fachlich nicht spezialisierten Mitbewerber angebotenen Dienstleistung zu sehen (§ 6 Abs. 2 Nr. 5

UWG), da für das Unlauterkeitsurteil eine Minderung der Wertschätzung der von Mitbewerbern angebotenen Dienstleistungen genügt (vgl. OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2005, 347 [347]; Fezer/Koos, UWG, 2005, § 6 Rdnr. 233). Aus diesem Blickwinkel geht der in dem Rundschreiben angestellte Vergleich über eine bloße Gegenüberstellung hinaus. Vielmehr wird dem Empfänger suggeriert, dass dieser von fachlich nicht spezialisierten Anwälten schlechtere anwaltliche Leistungen zu erwarten hat. Damit geht das Rundschreiben über die mit jedem Vergleich notwendig verbundene negative Wirkung hinaus. Die Qualität anwaltlicher Leistungen kann nicht ausschließlich auf das Fachwissen auf einem bestimmten Rechtsgebiet reduziert werden. Vielmehr wird der Erfolg anwaltlicher Tätigkeit auch von Verhandlungsgeschick, Erfahrungen etc. geprägt. Deshalb rechtfertigt eine nicht gesondert ausgewiesene fachliche Spezialisierung nicht die Schlussfolgerung, dass der betreffende Berufskollege schlechtere anwaltliche Dienstleistungen anbietet. Insoweit schließt sich der erkennende Senat den überzeugenden Ausführungen des OLG Braunschweig in dem Urteil v. 31.10.2002 an (OLG Braunschweig, NJW-RR 2003, 686 [687]).

bb) Mit der angegriffenen Behauptung hat sich der Bekl. mit einem Mitbewerber verglichen. Im Rahmen des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG genügt es, wenn die Werbung den Mitbewerber und die von ihm angebotenen Dienstleistungen zumindest mittelbar erkennbar macht. Damit ist allerdings nicht gemeint, dass jede noch so fern liegende, „nur um zehn Ecken gedachte“ Bezugnahme ausreicht, so dass allein in der Anpreisung der eigenen Leistungen in der Regel noch kein Vergleich mit den Leistungen von Mitbewerbern zu sehen ist, weil es in diesem Fall an einer Gegenüberstellung fehlt (BGH, GRUR 2002, 982 [983] Die „Steinzeit“ ist vorbei!; OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2005, 347 [347]).

Hierüber geht die Behauptung des Bekl. in der angegriffenen Passage des Rundschreibens jedoch hinaus. Er hat sich nicht darauf beschränkt, die von ihm angestrebte Spezialisierung hervorzuheben, sondern stellt diese den Leistungen anderer Anbieter von anwaltlichen Dienstleistungen gegenüber, die über keine Spezialisierung verfügen bzw. davon absehen, diese gesondert herauszustellen. Dabei ist es nach der Legaldefinition in § 6 Abs. 1 UWG unschädlich, dass der Bekl. die Mitbewerber nicht namentlich benannt hat. Es genügt, wenn die Werbung so deutlich gegen einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber gerichtet ist, dass sich den angesprochenen Verkehrskreisen eine Bezugnahme auf sie förmlich aufdrängt (BGH, GRUR 2002, 982 [983] Die „Steinzeit“ ist vorbei!). Dies kommt nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rspr. umso eher in Betracht, je kleiner der Kreis der Adressaten ist.

Für die mittelbare Erkennbarkeit der in den Vergleich einbezogenen Mitbewerber spricht hier, dass sich der Bekl. mit seinem Rundschreiben nicht – wie bei einem Zeitungsinserat – in allgemeiner Form an das Publikum, sondern gezielt an ausgewählte Personen gerichtet hat, von denen der Bekl. erwartete, dass sie als Nachfrager spezialisierter anwaltlicher Dienstleistungen in Betracht kommen. Dementsprechend musste sich für die Empfänger der Eindruck aufdrängen, dass der Bekl. bessere anwaltliche Leistungen anzubieten vermag als die im unmittelbaren örtlichen Bereich der Empfänger tätigen RAe ohne gesondert kenntlich gemachte Spezialisierung. Aufgrund dieser Besonderheit der von dem Bekl. durchgeführten vergleichenden Werbemaßnahme waren für die Empfänger der Rundschreiben die in den Vergleich einbezogenen Mitbewerber auch ohne deren namentliche Benennung eindeutig erkennbar.

**Mittelbare
Erkennbarkeit der
Mitbewerber**

**Keine nur unerhebliche
Beeinträchtigung
des Wettbewerbs**

cc) Ob für ein unlauteres Wettbewerbsverhalten i.S.d. § 3 UWG auch bei den von § 6 Abs. 2 UWG erfassten Sachverhalten eine nicht nur unerhebliche

Beeinträchtigung des Wettbewerbs erforderlich ist (zum Diskussionsstand vgl. stellvertretend Fezer/Koos, UWG, 2005, § 6 Rdnr. 26 ff.), bedarf in dem hier zu beurteilenden Rechtsstreit keiner Entscheidung. Die unlautere Wettbewerbsbehandlung des Bekl. hat die Schwelle einer lediglich unerheblichen Beeinträchtigung überschritten, da der Bekl. potentielle Interessenten unmittelbar angeschrieben und das Rundschreiben gezielt zur Gewinnung von Mandanten eingesetzt hat.

dd) Für die Begründetheit des Unterlassungsbegehrens kann sich der Bekl. nicht darauf berufen, dass sich sein Rundschreiben in den durch § 43b BRAO für die Werbung eines RA gezogenen Grenzen bewegt. Selbst wenn sich der Bekl. in dem Streitgegenständlichen Rundschreiben auf eine in Form

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

und Inhalt sachliche Unterrichtung über seine berufliche Tätigkeit beschränkt hat, umschreibt § 43b BRAO den rechtlichen Rahmen, unter denen RAe für ihre Tätigkeit werben dürfen, nicht abschließend. Insbesondere entfaltet § 43b BRAO keine privilegierende Wirkung für eine dem Sachlichkeitsgebot entsprechende Werbung. Das gilt vor allem, wenn die anwaltliche Werbemaßnahme den lauterkeitsrechtlichen Vorgaben für eine vergleichende Werbung in § 6 Abs. 2 UWG widerspricht.

ee) Soweit sich der Bekl. im Rahmen der Berufungserweiterung für den Inhalt seines Rundschreibens auf die grundrechtliche Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG beruft, steht dem Art. 5 Abs. 2 GG entgegen, der den Gesetzgeber in den durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezogenen Grenzen berechtigt, die Meinungsäußerungsfreiheit im Interesse anderer Rechtsgüter einzuschränken. Dies ist durch § 6 Abs. 2 UWG in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise im Hinblick auf die gleichfalls grundrechtlich geschützte berufliche Tätigkeit der Mitbewerber geschehen. Auch das legitime Anliegen des Bekl., seine angestrebte fachliche Spezialisierung hervorzuheben, rechtfertigt es nicht, hierbei die anwaltlichen Leistungen seiner fachlich nicht spezialisierten Berufskollegen herabzusetzen.

b) Da der Bekl. bereits wegen seines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG über die §§ 3, 8 Abs. 1 UWG verpflichtet ist, die in dem Antrag umschriebene Behauptung zu unterlassen, konnte der erkennende Senat dahingestellt sein lassen, ob seine Aussagen in dem streitgegenständlichen Rundschreiben gegen das Sachlichkeitsgebot in § 43b BRAO verstoßen und damit nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter sind.

Werbung – Ausführungen einer Kanzlei zu den Dienstleistungen ihres Mandanten

BRAO § 43b

***1. Es stellt eine sachliche Information über die Tätigkeit von RAen dar, dass diese bestimmte – auch bedeutsame – Mandate betreuen.**

***2. Es stünde nicht mit dem Berufsbild des unabhängigen Organs der Rechtspflege im Einklang, wenn sich ein Anwalt unter Bezugnahme auf seine Tätigkeit in die kommerzielle Werbung von gewerblich tätigen Mandanten einschalten ließe. Ohne sachlichen Anlass dürfte ein gewerbliches Unternehmen in der Werbung für seine Produkte oder Dienstleistungen die Autorität eines RA zur Unterstützung der Werbebotschaft nicht einsetzen.**

***3. Die von einer RA-Kanzlei in einem Schreiben mitgeteilte Information über eine von ihr betreute Mandantin, welche Verwertungsrechte von musikalischen Urhebern wahrnehmen soll und sich daher in einem Bereich betätigen wird, der sich mit der rechtsanwaltlichen Tätigkeit durchaus berührt, ist zulässig.**

LG Hamburg, Beschl. v. 3.9.2004 – 312 O 801/04

Aus den Gründen:

I. Die Ast. sind RAe in H. und stellen ihr rechtsberatendes Dienstleistungsangebot u.a. auch mit einem eigenen Internetauftritt gegenüber dem rechtsuchenden Publikum dar. Die Ag. sind RAe in M. Mit einem Schreiben v. 19.8.2004 auf dem Briefkopf der Anwaltskanzlei der Ag. stellen die Ag. gegenüber einem Unternehmen in H. eine neue Verwertungsgesellschaft für musikalische Urheberrechte vor, die von den Ag. anwaltlich vertreten wird.

Die Ast. sind der Auffassung, dass das Anpreisen der Leistungen eines Mandanten berufsrechtlich dem RA untersagt ist und möchten mit ihrem Verfügungsantrag es den Ag. verbieten lassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Werbung für die Dienstleistungen der Firma ... zu betreiben, sofern dies unter gleichzeitigem Hinweis auf die anwaltliche Tätigkeit der Ag. geschieht.

II. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nicht begründet. Dem RA ist Werbung gem. § 43b BRAO prinzipiell erlaubt. Die neuere Rspr. des BGH geht unter Berufung auf die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit entgegen dem Gesetzeswortlaut von § 43b BRAO davon aus, dass RAen Werbung für ihre berufliche Tätigkeit im Grundsatz nicht verboten, sondern erlaubt sei, dass mithin nicht die Gestattung der Anwaltswerbung der Rechtfertigung bedarf, sondern deren Einschränkung (siehe *Köhler/Piper*, UWG, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 835 zu § 1 UWG a.F.). Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist nur gerechtfertigt, wenn ihr im Einzelfall ausreichende Gründe des Gemeinwohls, wie sie auch in § 43b BRAO zum Tragen kommen, entgegenstehen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird (BGH, Urt. v. 1.3.2001, NJW 2001, 2087 „Anwaltswerbung II“). Werbung ist nach Maßgabe des § 43b BRAO dem RA insoweit erlaubt, als über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet wird und die Werbung nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist (*Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, Rdnr. 682a zu § 1 UWG a.F.).

Das von den Ast. beanstandete Schreiben v. 19.8.2004 ist nach diesen Grundsätzen nicht als unzulässige Werbung zu beurteilen. Allerdings stellt sich dieses Schreiben auch mittelbar als Werbung für die RA-Kanzlei der Ag. dar, die zum Ausdruck bringen, dass sie die anwaltlichen Vertreter der neuen Verwertungsgesellschaft für musikalische Urheberrechte seien, deren Vorzüge im Einzelnen in dem Schreiben dargestellt werden. Diese Erwähnung des Mandatsverhältnisses ist jedoch nach den Grundsätzen über die Anwaltswerbung nicht zu beanstanden. Es stellt eine sachliche Information über die Tätigkeit der RAe dar, dass diese bestimmte – auch bedeutsame – Mandate betreuen. Das Schreiben war nicht auf die Anbahnung eines konkreten Mandatsverhältnisses mit der angesprochenen Firma gerichtet.

Die Bedenken der Ast., die es als generell unzulässig ansehen, dass RAe sich lobend oder anpreisend über Leistungen eines Mandanten in Form der Werbung äußern, vermag die Kammer im vorliegenden Fall nicht zu teilen. Allerdings würde es mit dem Berufsbild des unabhängigen Organs der Rechtspflege nicht in Einklang stehen, wenn dieser unter Bezug auf seine Anwaltstätigkeit sich in die kommerzielle Werbung von gewerblich tätigen Mandanten einschalten ließe. So könnte beanstandet werden, wenn ohne sachlichen Anlass ein gewerbliches Unternehmen in der Werbung für seine Produkte oder Dienstleistungen die Autorität eines RA zur Unterstützung der Werbebotschaft einsetzen würde.

Hiervon kann jedoch bei dem Schreiben der Ag. v. 19.8.2004 nicht die Rede sein. Die Mandantin der Ag. soll Verwertungsrechte von musikalischen Urhebern wahrnehmen. Sie wird sich daher in einem Bereich betätigen, der sich mit der rechtsanwaltlichen Tätigkeit der Ag. durchaus berührt, so dass ein hinreichender Anlass für die Vorstellung dieser neuen Verwertungsgesellschaft innerhalb der interessierten Branche durch die Ag. anzuerkennen ist.

Demnach war der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.