

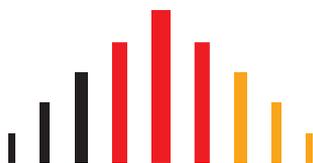
4/2009

15. 8. 2009 40. Jahrgang PVSt 7997

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



www.brak-mitteilungen.de Aus dem Inhalt

Beirat

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg,
Vorsitzender, Karlsruhe

RA Dr. Matthias Kilian, Köln

RA Dr. Ulrich Scharf, Celle

RA JR Heinz Weil, Paris

Akzente

Interessen vertreten!

(RA Axel C. Filges)

145

Aufsätze

Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwaltssozietäten
und die Gefahren der Gewerblichkeit

(StB Stefan Bernütz/RA/StB Holger Kreuzsch/RA/StB Dietrich Loll)

146

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und
Anwendung der §§ 5, 7 FAO – zugleich zu BGH, Beschluss vom
20.4.2009, AnwZ (B) 43/08

(RA Prof. Dr. Rüdiger Zuck)

150

Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici nach
§ 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO

(RA Dr. Wieland W. Horn)

155

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Thema (RAin Antje Jungk)

Fristwahrung

(BGH v. 22.4.2009), (BGH v. 26.1.2009), (BGH v. 17.2.2009)

(BGH v. 16.10.2008), (BGH v. 22.4.2009), (BGH v. 11.2.2009)

168

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Vergütung – Unzulässige Deckelung der Strafverteidigervergütung
auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren

(m. Anm. RAuN Herbert P. Schons)

(BVerfG v. 15.6.2009)

172

Fachanwalt – Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen im Erbrecht

(m. Anm. RA Alexander Siegmund)

(BGH v. 20.4.2009)

177

Fachanwalt – Verlängerung des Dreijahreszeitraums um Zeiten
der Kinderbetreuung

(m. Anm. RA Dr. Kai Greve)

(BGH v. 20.4.2009)

182

BRAKMagazin

Tampere – Den Haag – Stockholm

Europas Weg im Bereich Justiz und Inneres

(RA JR Heinz Weil, Paris)



AnNoText®

ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland

Produktivitätssteigerung
Ihrer Kanzlei durch integrierte
Softwarelösungen!

www.annotext.de/version_2009

**Die beste
Entscheidung!**

www.juris.de **juris** Das Rechtsportal

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG

Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

CITROËN BUSINESS

DIE BESTEN
TESTEN

FAHRZEUG HAFTET FÜR SEINEN FAHRER.

CITROËN C5.
Sieger des Autoflotte
Flotten-Awards 2009
in der Kategorie
Mittelklasse, Import



CITROËN empfiehlt **TOTAL** Abb. zeigt evtl. Sonderausstattung.

EASY-
BUSINESS-
LEASING

FULL-SERVICE-RATE
€ 339,- MTL. RATE*

DER CITROËN C5. MIT INTELLIGENT TRACTION CONTROL.

Erleben Sie den Flotten-Award Gewinner 2009 jetzt mit neuem ITC (Intelligent Traction Control). Einer Innovation, die Ihnen bei allen Witterungsbedingungen optimale Traktion garantiert. Das HYDRACTIVE III+ Fahrwerk (je nach Version) passt sich dabei automatisch an die Straßenverhältnisse und Ihren Fahrstil an. Testen Sie diese und weitere Innovationen bei der großen Probefahrt-Aktion „Die Besten testen“. Jetzt anmelden unter www.DieBestenTesten.de.

CRÉATIVE TECHNOLOGIE

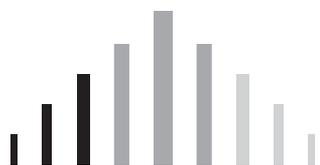


*Unverbindliches Kilometer-Leasingangebot der CITROËN BANK für den CITROËN C5 TOURER HDi 110 FAP Business Class für Gewerbetreibende zzgl. MwSt. und Überführungs- und Zulassungskosten. Gültig für bis zum 31. 08. 2009 abgeschlossene Leasingverträge für das ausgewiesene Modell, ohne Anzahlung, Laufzeit 36 Monate, Laufleistung/Jahr: 30.000 km, inklusive 3 Jahre Leistungen gemäß den Bedingungen des CITROËN Business-Service-PLUS-Vertrages. Bei allen teilnehmenden CITROËN Vertragshändlern. Kraftstoffverbrauch kombiniert von 5,3 l/100 km bis 7,2 l/100 km; CO₂-Emission kombiniert von 140 g/km bis 191 g/km. Angaben nach RL 80/1268/EWG.

4/2009

Inhalt

BRAK Mitteilungen



Akzente

Interessen vertreten!
(A. C. Filges) 145

Aufsätze

Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwalts-
sozietäten und die Gefahren der Gewerblichkeit
(S. Bernütz/H. Kreuzsch/D. Loll) 146

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Aus-
legung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO – zugleich
zu BGH, Beschluss vom 20.4.2009, AnwZ (B) 43/08
(R. Zuck) 150

Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici nach
§ 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO
(W. W. Horn) 155

Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen – An-
merkung zum Urteil des Anwaltsgerichtshofs in der Freien
und Hansestadt Hamburg vom 16.2.2009
(A. Noster) 157

Festsetzung der Abwicklervergütung und Bürgenhaftung
der Rechtsanwaltskammer
(F. März) 162

Werbung mit DEKRA-Zertifikat in bisheriger Form unzu-
lässig – DEKRA Certification GmbH und „Deutsches An-
waltszentrum“ unterschreiben Unterlassungserklärung
(M.W. Huff) 165

Aus der Arbeit der BRAK

Aktuelle praktische und rechtliche Fragen der
anwaltlichen Unabhängigkeit 166

Stellungnahmen 166

Presseerklärungen 167

Satzungsversammlung in Berlin 168

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Thema (A. Jungk)

Fristwahrung
(BGH, Beschl. v. 22.4.2009 – IV ZB 22/08)
(BGH, Beschl. v. 26.1.2009 – II ZB 6/08)
(BGH, Beschl. v. 17.2.2009 – VI ZB 33/07)
(BGH, Beschl. v. 16.10.2008 – III ZB 31/08)
(BGH, Beschl. v. 22.4.2009 – XII ZB 167/08)
(BGH, Beschl. v. 11.2.2009 – IV ZB 26/08) 168

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

Haftung

Haftung trotz Fehlern der Gerichte
(BVerfG, Beschl. v. 22.4.2009 – 1 BvR 386/09) 169

Regressgericht und Inzidentprozess
(BGH, Beschl. v. 5.3.2009 – IX ZR 90/06) 170

Anwaltspflichten bei Rechtsschutzversicherung
(AG Essen-Borbeck, Ur. v. 23.3.2009 – 6 C 287/08) 170

Fristen

Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung im
Zwangsversteigerungsverfahren
(BGH, Beschl. v. 7.5.2009 – V ZB 12/09) 170

Keine Wiedereinsetzung wegen neuer rechtlicher
Erkenntnisse
(BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – IX ZA 6/09) 171

Zivilprozessrecht

Rechtliches Gehör vor Abweisung einer Feststellungsklage
(BGH, Beschl. v. 23.4.2009 – IX ZR 95/06) 171

**ANWÄLTE
MIT RECHT
IM MARKT**
WWW.ANWAELTE-IM-MARKT.DE

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

BVerfG	15.6.2009	1 BvR 1342/07	Vergütung – Unzulässige Deckelung der Strafverteidigervergütung auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren (m. Anm. <i>RAuN Herbert P. Schons</i>)	172
BVerfG	11.5.2009	1 BvR 1517/08	Unzulässige Versagung von Beratungshilfe (LS)	176
BVerfG	4.5.2009	1 BvR 2251/08	Unzulässige Verweigerung der Festsetzung der Vergütung eines Pflichtverteidigers (LS)	176

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

BGH	20.4.2009	AnwZ (B) 103/08	Einwände gegen die Vollstreckung einer Geldbuße	177
BGH	20.4.2009	AnwZ (B) 48/08	Fachanwalt – Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen im Erbrecht (m. Anm. <i>RA Alexander Siegmund</i>)	177
BGH	20.4.2009	AnwZ (B) 43/08	Fachanwalt – Verlängerung des Dreijahreszeitraums um Zeiten der Kinderbetreuung (m. Anm. <i>RA Dr. Kai Greve</i>)	182
BGH	3.11.2008	AnwZ (B) 5/08	Zulässigkeit des Widerrufs der Anwaltszulassung	184
AGH Hamburg	24.6.2009	II ZU 8/07 (n.r.)	Ungültige Wahl zum Vorstand einer Rechtsanwaltskammer	185
AGH Berlin	6.4.2009	I AGH 6/08	Zulassung – Widerruf wegen unvereinbarer Tätigkeit als Immobilienhändler und -entwickler	187
AGH Nordrhein-Westfalen	13.2.2009	1 AGH 104/08	Zulassung – Unvereinbare Tätigkeit bei der Bundesagentur für Arbeit	188
AnwG Tübingen	19.12.2008	A 3/2008	„Zugelassen bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ (LS)	189
AnwG Hamm	9.1.2008	AR 08/06	Werbung – „Zugelassen auch bei allen Oberlandesgerichten“ (LS)	189

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	19.5.2009	IX ZR 174/06	Vergütung – Zur Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung (LS)	189
BGH	14.5.2009	IX ZR 60/08	Wirksamkeit der Prozessvollmacht nach einem Verstoß gegen Berufsrecht (LS)	189
BGH	11.5.2009	NotZ 17/08	Rechtsweg bei Streit zwischen Notar und Notarkammer über deren Serviceangebot (LS)	189
BGH	23.4.2009	IX ZR 167/07	Unzulässiges Erfolgshonorar für die Führung von Vertragsverhandlungen (LS)	190
BGH	22.4.2009	IV ZB 34/08	Postulationsfähigkeit eines Mitglieds einer englischen LLP (LS)	190
BGH	27.3.2009	2 StR 302/08	Beschlagnahme von Schreiben des beschuldigten Strafverteidigers an seinen Mandanten (LS)	190
OLG Frankfurt am Main	16.4.2009	2 U 243/08	Kein Tätigkeitsverbot des Syndikusanwalts nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	190

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

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

BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

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

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

Redaktion: Rechtsanwalt Stephan Göcken (Sprecher der Geschäftsführung/Schriftleiter), Rechtsanwalt Christian Dahns, Rechtsanwältin Peggy Fiebig, Frauke Karstedt (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 109 € (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 Axel C. Filges, Hamburg. 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, Gutachterstatut, Mitwirkung in der Berufsergänzbarkeit.

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

Gültig ist Preisliste Nr. 24 vom 1. 1. 2009

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: 154.700 Exemplare (Verlagsausgabe).

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

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

IVW-Druckauflage 2. Quartal 2009: 153.875 Exemplare.

ISSN 0722-6934



Aktuelle Hinweise

Die BRAK in Brüssel

Am 30.6.2009 hat das BVerfG entschieden, dass das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon (BT-Drucks. 16/8300) und das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drucks. 16/8488) mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (16/8489) verstößt nach dem Urteil jedoch insoweit gegen Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 GG, als Bundestag und Bundesrat im Rahmen von europäischen Rechtssetzungs- und Vertragsänderungsverfahren keine hinreichenden Beteiligungsrechte eingeräumt wurden. Das BVerfG hob hervor, wie erforderlich bei wachsenden Kompetenzen und einer weiteren Verselbständigung der Unionsorgane Sicherungen seien, um das tragende Prinzip der begrenzten und von den Mitgliedstaaten kontrollierten Einzelermächtigung zu wahren. Auch seien eigene für die Entfaltung der demokratischen Willensbildung wesentliche Gestaltungsräume der Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration zu erhalten. Das Gericht betonte in seinem Urteil weiterhin ausdrücklich seine Wächterrolle. An einer Neufassung des vom BVerfG beanstandeten Gesetzes wird bereits gearbeitet. Der Bundestag wird seine Sommerpause unterbrechen und am 26. August für die erste Lesung zusammenkommen.

Am 1.7.2009 hat Schweden von Tschechien die Ratspräsidentschaft übernommen. Erste Priorität der Ratspräsidentschaft ist die langfristige Stabilisierung der Finanzmärkte. Der schwedische Premierminister Reinfeldt kündigte eine Überprüfung der Lissabon-Strategie an mit dem Ziel, im Frühjahr 2010 eine weitere Lissabon-Strategie zu verabschieden. Zweite Priorität der schwedischen Präsidentschaft ist der Kampf gegen den Klimawandel. Ein weiterer Fokus liegt auf der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (so genanntes „Stockholm-Programm“ [s.u.]). Außerdem nannte Reinfeldt als Arbeitsgebiete den Fortgang der Beitrittsverhandlungen

mit der Türkei und Kroatien sowie die Stärkung der Rolle der EU in der Welt sowie die Vorbereitung des In-Kraft-Tretens des Lissabon-Vertrags. Die Ratspräsidentschaft legte am 1.7.2009 einen Fahrplan zur Förderung des Schutzes von Verdächtigen und Beschuldigten im Rahmen von Strafverfahren vor. Darin stellt sie fest, dass die Auslegung der EMRK durch den EuGH zwar eine wichtige Grundlage für gegenseitiges Vertrauen in den Mitgliedstaaten sei, der Schutz der Beschuldigten in Strafverfahren jedoch durch Festschreibung von Verfahrensgarantien noch verbessert werden könne. Der Fahrplan schlägt daher vor, die Kommission zu ersuchen, zu den folgenden Verfahrensrechten Vorschläge zu Maßnahmen in der festgeschriebenen

Reihenfolge zu unterbreiten: Übersetzung und Dolmetschung, Belehrung über Rechte und Unterrichtung über die Beschuldigung, Prozesskostenhilfe und Rechtsbeistand, Kommunikation mit Verwandten, Arbeitgebern und Konsularbehörden, besondere Garantien für schutzbedürftige Personen und schließlich ein Grünbuch über das Recht auf Überprüfung der Haftgründe. Die BRAK hatte schon frühzeitig das Scheitern der Bemühungen um die Einführung von Mindestverfahrensgarantien kritisiert und an alle Beteiligten appelliert, den Prozess fortzusetzen.

Die Kommission hat am 10.6.2009 zwei Mitteilungen angenommen, in denen sie die Arbeit der EU im Bereich Justiz und Inneres evaluiert und die zukünfti-



Berufshaftpflicht für Rechtsanwälte

Einzelkanzlei ab **93,75** EUR p.a.

Sozietäten ab **500,00** EUR p.a.

zzgl. 19% Versicherungssteuer

Verschwiegenheitspflicht aufgehoben!

Wer von den besonderen Leistungen der AFB schwärmt, weiß in der Regel wovon er spricht. Unsere Versicherten machen keinen Hehl aus Ihrer Zufriedenheit und empfehlen uns weiter. Das ist keine Behauptung sondern eine Tatsache. Denn durch diese Form der Mundpropaganda gewinnen wir 70% unserer Neukunden. Vielen Dank dafür!

> **Online-Rechner:** www.afb24.de

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

AFB[®]
GmbH

Für wen?	Ziel?
RA-Sekretariat	➔ Zur optimalen Unterstützung im Büro
Junganwälte	➔ Zum erfolgreichen Aufbau der Kanzlei
Einzelkämpfer	➔ Für alle schwierigen Detailfragen im Alltag



Jeder Tag, an dem ein Selbstständiger nicht arbeitet, wird mit einem O-Kontostand bestraft. Jeder Tag, ohne dieses Buch, birgt gleiche Gefahr in sich.

Neuaufgabe - Jetzt!

„Der ‚Palandt‘ nicht nur für das Kanzleisekretariat. Entschärft Streit, wer das Buch auf seinem Schreibtisch stehen haben darf.“
RA Martin Lang, 2004 in Advice, Forum junger Anwaltschaft im DAV

„Die Bibel für die Rechtsanwaltsfachangestellte. Ein Muss für jedes Anwaltsbüro.“ HAV Info Ende 2007 - 100e Meinungen mehr: www.fm-verlag.de.

Gesetzesstand 1.9.2009 inkl. FGG-RG (FamFG, FamGKG, KV-FamGKG, neue Fristen usw.), ZV-Neuerungen, P-Konto, I-Versteigerung, Gegenüberstellung alter, BGH- und neuer GschG-Anrechnung nach §§ 15a und 55 RVG mit schönen Beispielen. Passwort und kostenlose Fachberatungsstunde zur exklusiven Nachbetreuung. Daher nicht im Handel, ausschließlich bei uns. Wissen von Nord nach Süd und Ost nach West durch Einbeziehung der tausenden Kunden (Leser). Einmalig!

1.600 Seiten, 1.500 aktualisierte Rechtsprechungen, 600 Beispiele verpackt in: Kanzleiführung- und Management; Außergerichtliche Vorgehensweise; Mahnverfahren national und innerhalb der EU; Das Verfahren und Zuständigkeiten; Rechtshängigkeit, Verjährung und Verzinsung; Zustellung In und Ausland, Haupttermin, Urteil; Außergerichtliche Verfahren; Wichtiges über Rechtsmittel und Fristen; Das RVG und News; Gebühren für das außergerichtliche Tätigwerden; Besondere Angelegenheiten (Teilzahlungsvergleich, Anfrage RS-Versicherung, Quotenrecht etc.); Besondere Regelungen mit dem Mandanten; Gebühren vom Klageauftrag bis zum Urteil; Besondere Verfahren (ArbG-, Urkunden-, Beweis-, KapMu-, WEG-Verf. etc); Sozial- und Verwaltungsstreitigkeiten; Beratungshilfe national und international; Prozess- und Verfahrenskostenhilfe national und international; Familiensachen; Untervollmachts- und Korrespondenzmandate; Unfallsachen; Strafsachen; Bußgeldsachen; Gegenstandswerte; Zwangsvollstreckung im Inland; Eilverfahren; Einführung in die EU- und Nicht-EU-Auslandsvollstreckung; Anhang - weitere Gesetzesvorhaben. Daneben das sehr wichtige Tabellenbuch mit den dazugehörigen Gebühren-/ZV-Tabellen, Gesetzen, Fam-Bögen, VO, Drittschuld., Fristentabelle.

**Lesen ➔ Anwenden ➔ sicherer und schneller werden
➔ dadurch Zeit und Geld sparen ➔ Garantiert!**



Das absolute Preis-Leistungs-Verhältnis für die klugen Rechner.

- Ja, ich bestelle mit 2wöch. Rückgaberecht den **Großen + Kleinen Halt** für zusammen nur 119 EUR inkl. USt. zzgl. 6 EUR Versand.
- Ja, ich bestelle ohne Rückgaberecht den **Großen + Kleinen Halt + Muster-CD** für 136 EUR inkl. USt. zzgl. 6 EUR Versand.

Die Muster-CD beinhaltet alle Muster/Anschriften/Formulare aus den Büchern im Word-Format. Familienabrechnungsbögen im PDF-Format.
! 10 % Subskriptionsnachlass auf genannte Preise bis 15.9.2009 !

Kanzleistempel/Absender:

Datum/Unterschrift:



Verlagshaus Konstanze Halt / FM-Verlag™ seit 1999
Rotdornweg 9, 26532 Großheide
Tel.: 0 49 36/91 78 13, Fax: 0 49 36/91 78 15
www.fm-verlag.de, k.halt@fm-verlag.de

gen Prioritäten präsentiert. Das sogenannte Stockholm-Programm folgt den Programmen von Tampere und Den Haag, die auf die Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes zielen. Das neue Programm hat vier Themenbereiche: Bürgerrechte, bessere grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung für Bürger, verbesserte innere Sicherheit, Einwanderungs- und Asylpolitik. Die Kommission nennt als Beispiele für konkrete neue Vorschläge die Schaffung eines lückenlosen Datenschutzes in der EU, Verbesserungen der Verfahrensstrategien im Strafverfahren, besserer Informationsaustausch zwischen den Polizeibehörden der EU-Mitgliedstaaten und Einführung eines Austauschprogramms für Polizeibeamte, Evaluierung der EU-Politik im Bereich Justiz und Unterstützung der Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen um Verbesserung der Qualität ihres Justizwesens. Außerdem soll das Exequaturverfahren bei der Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten abgeschafft werden. Hierzu läuft gegenwärtig eine Konsultation im Rahmen der Überprüfung der Brüssel-I-Verordnung. Geplant ist, dass der Europäische Rat das Stockholm-Programm im Dezember 2009 annimmt.

Jetzt Fachanwalt werden!

Bewährtes Konzept
Erstklassige Dozenten

fachseminare-von-fuerstenberg.de

**Rechtswirt (FSH)
Assessorreferent jur. (FSH)**

Staatlich zugelassene Fernstudiengänge 4-7 Semester

Zielgruppe: Qualifizierte ReNo-Fachangestellte/-Fachwirte, Referendare, Rechtspfleger mit Interesse an der Übernahme **juristischer Aufgabenstellungen** in der Kanzlei Praxis

Fachakademie Saar für Hochschulfortbildung (FSH)
Feldmannstraße 26, 66119 Saarbrücken
Tel. 0681/390-5263, F. 390-4620, www.e-FSH.de
Weitere Studiengänge: Betriebswirt FSH, Wirtschaftsjura FSH

Vom 4. bis 7.6.2009 fanden in den 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Europawahlen statt. Die Wahlbeteiligung lag lediglich bei 43%. Stärkste Fraktion wird auch diesmal die Europäische Volkspartei (EPP) sein mit 264 Sitzen. Die Sozialdemokratische Fraktion (PES) erhält 161 Plätze, die Liberalen (ALDE) 60 und die Grünen (Greens/EFA) 53. Nach den Kriterien des Vertrags von Nizza gibt es in dieser Legislaturperiode insgesamt 736 Europaabgeordnete. Auch in Deutschland entfielen die meisten Stimmen auf die CDU/CSU (37,9%), die SPD erhielt 20,8%, die Grünen 12,1%, die FDP 11% und die Linke erhielt 7,5%. Insgesamt gibt es 99 deutsche Europaparlamentarier. Nach den Wahlen im Juni 2009 hat sich das Europäische Parlament im Juli neu konstituiert. Die Fraktionsvorsitzenden in der kommenden Legislaturperiode sind: Joseph Daul (EVP), Martin Schulz (Sozialisten & Demokraten), Guy Verhofstadt (ALDE), Rebecca Harms und Daniel Cohn-Bendit (Die Grünen/Free Europäische Allianz), Michael Kamiński (Europäische Konservative und Reformisten), Lothar Bisky (Vereinigte Europäische Linke/Nordische Grüne Linke), Nigel Farage und Enrico Speroni (Europa der Freiheit und der Demokratie). Zum Präsidenten des EP wurde der ehemalige Premierminister Polens Jerzy Buzek gewählt. In der ersten Plenarsitzung des neuen Parlaments am 16.7.2009 wurden die Ausschüsse neu besetzt. Neuer Vorsitzender des Rechtsausschusses ist MdEP Klaus-Heiner Lehne.

RAin Anabel von Preuschen

4/2009

15. 8. 2009 40. Jahrgang

Informationen
zu Berufsrecht und
Berufspolitik

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Akzente

Interessen vertreten!

Eine arbeitsreiche Legislaturperiode des deutschen Bundestages geht zu Ende. Der Wahlkampf beginnt und alles wartet auf die Bundestagswahlen. Die spannende Frage: Wer wird regieren, wie sind die Machtkonstellationen. Auch für die Anwaltschaft und für die BRAK ist das Ergebnis wichtig: Uns interessiert natürlich, wer im Parlament und Ministerium das justizpolitische Sagen hat. Die BRAK repräsentiert sämtliche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und dass die Anwaltschaft bei der Gesetzgebung mitgestaltet, ist wichtig. Die Mitgestaltung des Rechts, die Einflussnahme auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Rechte der Mandanten, unsere Arbeit, den Berufsstand und den Rechtsstaat sind Kernaufgabe der Selbstverwaltung.

Es ist viel geschehen in den vier Jahren der 16. Legislaturperiode, was uns Anwälte direkt betrifft und wo es einer starken Interessenvertretung bedurfte.

Was haben wir getan? An erster Stelle genannt werden muss das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, das zum 1.7.2008 in Kraft getreten ist. Sie erinnern noch die Begehrlichkeiten der Versicherer und anderer so genannter Beraterberufe? Nach langen und harten Diskussionen mit dem BMJ und durch die Unterstützung der Rechtspolitiker aller Fraktionen konnte es gelingen, die echte Rechtsberatung den Anwälten vorzubehalten. Damit können wir Anwälte leben. Nicht leben konnten wir mit Überlegungen im BMJ, ein vereinfachtes Scheidungsverfahren unter Ausschaltung der Vertretung durch den Rechtsanwalt einzuführen. Dieses Gesetz konnten wir verhindern. Das Ministerium zog zurück.

Auch bei der Vergütung gab es wichtige Änderungen. Die gesetzlich geregelten Gebühren für die außergerichtliche Beratung entfielen zum 1.7.2006. Die Vergütungsvereinbarung ist der Regelfall geworden und gibt uns Anwälten die Möglichkeit, eine kostendeckende und angemessene Vergütung mit unseren Mandanten zu verhandeln. Das Bundesverfassungsgericht brachte uns schließlich eine gesetzliche Regelung des Erfolgshonorars. Die durch den Gesetzgeber beschlossene vorsichtige Öff-

nung wurde nach intensiven Gesprächen von BRAK und DAV gemeinsam mit dem BMJ und den Rechtspolitikern erarbeitet.

Das Berufsrecht wurde in zwei Gesetzen überarbeitet. Herausgekommen ist eine große Novelle mit mehr Freiheit für die Anwaltschaft, Ausbau der Mandantenrechte und Stärkung der Selbstverwaltung. Die Anwaltschaft profitiert unmittelbar von der Aufhebung der Lokalisation, der Erlaubnis der Einrichtung von Zweigstellen und der Zulässigkeit von bis zu drei Fachanwaltstiteln. Die Mandantenrechte wurden gestärkt durch eine Auskunftspflicht der Rechtsanwaltskammern über den Haftpflichtversicherer bei Schadensersatzansprüchen. Ein Verzeichnis aller zugelassenen Rechtsanwälte soll informieren, ob ein Rechtsanwalt zugelassen ist. Diese Maßnahmen sollen die Verbraucher, aber auch uns Anwälte vor denen schützen, die den gesamten Berufsstand durch ihr Fehlverhalten in Misskredit bringen können. Nach dem Vorbild der Ombudsleute der Versicherungen und Banken wird es zukünftig bei der BRAK die Schlichtungsstelle geben, die transparent und befriedend bei Auseinandersetzungen zwischen

Mandanten und Rechtsanwälten wirken soll. In der letzten Sitzungswoche dieser Legislaturperiode beschloss der Bundestag diese wichtige Neuerung und folgt damit einem einstimmigen Petition der Rechtsanwaltskammern und der BRAK.

Was ist uns nicht gelungen? Trotz lautem Widerspruch konnten wir die Spaltung der Berufsheimnisträger in eine „Zweiklassengesellschaft“ bisher nicht verhindern. Die unterschiedliche Reichweite der Zeugnisverweigerungsrechte von Rechtsanwälten und Strafverteidigern beim BKA-Gesetz und der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes ist eine beunruhigende Entwicklung. Sie mag nachvollziehbarer Sicherheitsdenken entspringen, tangiert jedoch nicht akzeptierbar das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Der Vorrang der Freiheitsrechte und ein einheitlicher Schutz des Berufsheimnisses wird deshalb eines unserer Hauptziele in der kommenden Legislaturperiode sein.

www.Foto-Anhalt.de



Axel C. Filges

Ihr Axel C. Filges

Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwaltssozietäten und die Gefahren der Gewerblichkeit

Dipl.-Kfm./StB *Stefan Bernütz*, Dipl.-Finw. (FH)/RA/StB *Holger Kreusch*, RA/StB *Dietrich Loll**

I. Einführung

In letzter Zeit haben die Finanzgerichte wieder mit einigen interessanten Urteilen zur Gewerblichkeit von Freiberufler-Personengesellschaften auf dieses brisante Thema aufmerksam gemacht.¹

Die Urteile führen erneut vor Augen, dass bestimmte Tätigkeiten eines Freiberuflers bzw. Strukturen einer freiberuflichen Sozietät sehr schnell dazu führen können, dass die Sozietät aus steuerlicher Sicht von der Freiberuflichkeit in die Gewerblichkeit „abrutscht“; mit erheblichen steuerlichen Konsequenzen.

Dies und die langjährige Erfahrung der Verfasser dieses Beitrags aus der Beratung nationaler und internationaler Rechtsanwalts-gesellschaften geben Anlass dazu, zu erörtern, in welchen Fällen für eine Rechtsanwaltssozietät die Gefahr einer Gewerblichkeit besteht und welche Auswirkungen dies auf die Sozietät und ihre Gesellschafter haben kann. Dabei wird im Folgenden vor allem auf die wichtigsten Fragen und Probleme der Praxis eingegangen.

II. Abgrenzung freiberufliche und gewerbliche Tätigkeit

1. Entweder freiberufliche Tätigkeit wegen berufstypischer und vorbehaltener Tätigkeit ...

Eine Rechtsanwaltssozietät bezieht im Regelfall Einkünfte aus selbständiger, freiberuflicher Tätigkeit. Allerdings gelten nicht alle Tätigkeiten, die einem Rechtsanwalt berufsrechtlich erlaubt sind, auch aus steuerrechtlicher Sicht als freiberuflich. So ist der Bundesfinanzhof (BFH) der Ansicht, dass die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit für den Rechtsanwaltsberuf berufstypisch und ihm vorbehalten sein müsse, damit sie auch als freiberuflich i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Einkommensteuergesetz (EStG) qualifiziert werden könne.²

Dementsprechend erzielt eine Rechtsanwaltssozietät nur dann Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, wenn sich mehrere Angehörige eines freien Berufes (u.a. Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) zur gemeinsamen Berufsausübung zu einer Personengesellschaft zusammenschließen, alle Gesellschafter, die Merkmale eines freien Berufes erfüllen und berufstypische Tätigkeiten wie z.B. Rechtsberatung, Prozessvertretung oder Erstellung von Rechtsgutachten ausüben. Insofern übt die Gesellschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit selbst einen „freien Beruf“ aus. Die Qualifizierung der Ein-

künfte einer Rechtsanwaltskanzlei ist dabei immer von der jeweiligen Tätigkeit der einzelnen Partner abhängig (sog. gesellschaftsbezogener Betrachtungsweise).³

2. ... oder sonstige selbständige Tätigkeit ...

Sind einzelne oder sämtliche Tätigkeiten der Partner der Sozietät nicht berufstypisch, sondern lediglich mit dem jeweiligen freien Beruf vereinbar, so ist zu prüfen, ob es sich bei diesen Tätigkeiten ggf. um sonstige selbständige Tätigkeiten i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG handelt.

3. ... sonst gewerbliche Tätigkeit

Nur wenn einzelne Tätigkeiten weder als freiberuflich noch als sonstige selbständige Tätigkeiten zu qualifizieren sind, ist die Tätigkeit der Rechtsanwaltskanzlei steuerlich insoweit als „gewerblich“ einzustufen. Sofern die gewerblichen Einkünfte nicht nur einen äußerst geringen Anteil ausmachen, hätte dies jedoch zur Folge, dass die Einkünfte der Rechtsanwaltssozietät insgesamt der Gewerbesteuer unterliegen würden.⁴

III. Steuerliche Konsequenzen der Qualifizierung als gewerbliche Einkünfte

Neben der rein theoretischen Einordnung der Einkünfte als freiberufliche oder gewerbliche kann die Gewerblichkeit für eine Rechtsanwaltssozietät und ihre Gesellschafter erhebliche steuerliche Auswirkungen haben:

Ist die Sozietät aus steuerlicher Sicht als „gewerblich“ zu qualifizieren, unterliegen ihre Einkünfte der Gewerbesteuer, die von der Kanzlei selbst geschuldet wird. Während die Gewerbesteuerpflicht in einer Verlustsituation der Kanzlei i.d.R. unbeachtlich sein wird, kann sie in einer Gewinnsituation zu einer effektiven (Mehr-)Belastung von über 17 %⁵ des Gewinns vor Steuern führen und so den zur Verteilung kommenden Gewinn erheblich mindern. Um diesen Effekt abzumildern, erhalten Mitunternehmer gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auf ihre persönliche Einkommensteuerschuld eine pauschale Anrechnung der gezahlten Gewerbesteuer (bis maximal zur Höhe der geschuldeten Einkommensteuer), die jedoch häufig hinter der Gewerbesteuerbelastung der Gesellschaft zurückbleibt. Denn insbesondere bei Sozietäten, die ihren Sitz in den „Rechtsanwalts-hochburgen“ Frankfurt am Main (Gewerbesteuerhebesatz: 460 %), München (490 %), Düsseldorf (445 %), Köln (450 %), Hamburg (470 %) und Berlin (410 %) haben, wird die anrechenbare Gewerbesteuer in der Regel geringer als die zu zahlende Gewerbesteuer sein. Im Endeffekt dürfte sich somit in vielen Fällen durch die Gewerblichkeit der Sozietät die Gesamtsteuerlast der Sozietät und ihrer Gesellschafter erhöhen.

* *Stefan Bernütz* ist Partner der PricewaterhouseCoopers AG WPG in Berlin und Leiter des „Kompetenzzentrums für die steuerliche Beratung nationaler und internationaler Rechtsanwaltssozietäten“; *Holger Kreusch* und *Dietrich Loll* sind dort Mitarbeiter.

1 BFH v. 8.4.2008 – VIII R 73/05; BRAK-Mitt. 2008, 184 ff.; BFH v. 28.10.2008 – VIII R 69/06; DStR 2009, 417 ff.; BFH v. 28.10.2008 – VIII R 73/06; DStR 2009, 421 ff.; FG Köln v. 28.5.2008 – 12 K 3735/05; EFG 2008, 1876 ff.

2 BFH v. 12.12.2001 – XI R 56/00, NJW 2002, 990.

3 U.a.: BFH v. 23.11.2000, BStBl II 2001, S. 241; OFD Koblenz v. 15.12.2005, DB 2006, 73 f.

4 Zuletzt wieder: BFH v. 28.10.2008 – VIII R 73/06 (a.a.O.) und v. 28.10.2008 – VIII R 69/06 (a.a.O.).

5 Der Gewerbesteuerersatz hängt insbesondere vom Hebesatz der Gemeinde ab, in der die Sozietät ihren Sitz hat; in München ergibt sich z.B. ein Gewerbesteuerersatz von 17,15 %.

Bernütz/Kreusch/Loll, Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwaltssozietäten und die Gefahren der Gewerblichkeit

Unabhängig davon, ob mit der steuerlichen „Gewerblichkeit“ eine handelsrechtliche Buchführungspflicht einhergeht, kann eine Rechtsanwaltssozietät mit gewerblichen Einkünften von über 500.000 Euro oder einem Gewinn von über 50.000 Euro im Wirtschaftsjahr aufgrund von § 141 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) für steuerliche Zwecke verpflichtet sein, als gewerbliches Unternehmen Bücher zu führen. Nach § 141 Abs. 2 AO besteht diese Pflicht jedoch erst vom Beginn des Wirtschaftsjahres an, das auf die Bekanntgabe der Mitteilung folgt, durch die die Finanzbehörde auf den Beginn der Verpflichtung hingewiesen hat.

Die Pflicht zur Buchführung bedeutet für eine Rechtsanwaltssozietät, dass sie von der Einnahmeüberschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG zur Bilanzierung nach § 4 Abs. 1 EStG übergehen muss.

Bei solch einem Wechsel hat die Sozietät bisher nicht in der Einnahmeüberschussrechnung berücksichtigte Vorgänge in der Eröffnungsbilanz zu erfassen. Das bedeutet vor allem, dass Forderungen und unfertige Leistungen (engl. „work in progress“) zu aktivieren und Verbindlichkeiten und Rückstellungen zu passivieren sind. Zumeist kommt es dabei zu einem Übergangsgewinn, der den zu versteuernden Gewinn der Sozietät im Jahr des Übergangs erhöht. Dieser Gewinn ist auf alle Mitunternehmer der Sozietät zu verteilen und von diesen der persönlichen Einkommensteuer zu unterwerfen.

Zudem hat die Bilanzierung zur Folge, dass das Zufluss-/Abflussprinzip gemäß § 11 EStG nicht mehr gilt, was insbesondere zur Folge hat, dass unfertige Leistungen und Forderungen gegenüber Mandanten bereits im Zeitpunkt ihrer Erbringung bzw. Entstehung bilanziert werden müssen und damit den steuerpflichtigen Gewinn der Sozietät erhöhen.

IV. Grundsätze gewerblicher Einkünfte bei Rechtsanwaltskanzleien

Damit die eben genannten zusätzlichen steuerlichen Lasten vermieden werden können, wird im Folgenden dargestellt, wann die Gefahr einer gewerblichen Tätigkeit grundsätzlich besteht und welche rechtsanwaltlichen „Neben“-Tätigkeiten steuerlich wie qualifiziert werden müssten.

1. Ausschließlich eigene gewerbliche Tätigkeit

Eine Rechtsanwaltskanzlei erzielt gewerbliche Einkünfte, wenn die einzelnen Mitunternehmer keine rechtsanwaltstypischen Tätigkeiten i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG (wie z.B. Prozessführung, rechtliche Beratung etc.) und auch keine sonstigen selbständigen Tätigkeiten i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ausführen, sondern gewerblichen Tätigkeiten nachgehen.

Eine eigene gewerbliche Tätigkeit übt nach einem aktuellen Urteil des BFH eine Freiberufler-Personengesellschaft zum Beispiel dann aus, wenn sie als reine Holdinggesellschaft fungiert und nur Anteile an anderen Gesellschaften hält sowie für diese Gesellschaften Managementaufgaben übernimmt (z.B. Controlling, Akquisition, EDV, HR etc.).⁶

2. Gewerbliche Tätigkeit durch einen Beteiligten, der kein Berufsträger ist

Wie bereits oben dargelegt, erzielt eine Rechtsanwaltssozietät nur dann Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, wenn alle Gesellschafter (Partner) die Merkmale eines freien Berufes erfüllen und berufstypische Tätigkeiten ausüben.

a) Berufsfremde

Sind an einer Freiberufler-Personengesellschaft sog. berufsfremde Personen als Mitunternehmer beteiligt, wird die Gesellschaft von der Rechtsprechung als Gewerbebetrieb eingeordnet.⁷

aa) Natürliche Personen

Berufsfremde sind insbesondere Gesellschafter, die in formeller Hinsicht nicht den Anforderungen eines Katalogberufes nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG oder eines ähnlichen Berufes genügen.⁸

Bei einer interprofessionellen Zusammenarbeit zwischen Angehörigen freier Berufe (z.B. Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern) ist eine Berufsfremdheit i.d.R. nicht gegeben.⁹

Besondere Fragen können sich hingegen bei der mitunternehmerischen Beteiligung ausländischer Rechtsanwälte an einer Sozietät ergeben, die nicht über die deutsche Rechtsanwaltszulassung verfügen. U.E. sollte diese Beteiligung insoweit unschädlich sein, als die ausländischen Partner der Sozietät der entsprechenden Erlaubnis und/oder Kontrolle des jeweiligen Staates oder einer Berufsorganisation unterliegen.¹⁰

Dies sollte insbesondere für Rechtsanwälte aus der EU und aus WHO-Staaten (u.a. auch den USA) gelten. Denn ihnen ist es nach deutschem Ständesrecht sogar gestattet, sich in Deutschland niederzulassen, § 206 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Von daher sollte eine Beteiligung an einer Rechtsanwaltssozietät, die praktisch ein Minus zur Niederlassung darstellt, ebenfalls unschädlich sein.

bb) Kapitalgesellschaften

Als Berufsfremde können nicht nur natürliche Personen, sondern auch Kapitalgesellschaften gelten.¹¹

Nach Ansicht des BFH gelte dies vor allem für die sog. Freiberufler-Kapitalgesellschaft, also eine Kapitalgesellschaft, an der nur Freiberufler als Gesellschafter beteiligt sind.¹² Kapitalgesellschaften seien stets berufsfremd, da sie die o.g. Merkmale eines freien Berufes nicht selbst erfüllen könnten.¹³ Eine GmbH sei bereits kraft Rechtsform per se im vollen Umfang gewerblich (§ 8 Abs. 2 Körperschaftsteuergesetz). Selbst wenn an ihr nur Freiberufler beteiligt seien, könne sie keine freiberuflichen Einkünfte beziehen. Ein „Durchgriff“ auf die hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Gesellschafter scheitere.

Somit färbt nach Ansicht des BFH die Gewerblichkeit einer mitunternehmerisch beteiligten Kapitalgesellschaft auf die Freiberufler-Personengesellschaft ab.

Im Ergebnis führt die Abfärbung dazu, dass auch die Freiberufler-Personengesellschaft in vollem Umfang gewerbliche Einkünfte erzielt.

cc) Doppelstöckige Personengesellschaften

Bei der Beteiligung einer Personengesellschaft an einer anderen Personengesellschaft (sog. doppelstöckige Personengesellschaft) sieht der BFH in seinem jüngsten Urteil die Obergesellschaft hingegen nicht als „Berufsfremden“ an.¹⁴ Unter der Voraussetzung, dass sämtliche Gesellschafter der Obergesellschaft

⁷ Vgl. BFH BStBl II 2001, S. 241; 1994, S. 922; 1993, S. 324; 1989, S. 797; 1987, S. 124.

⁸ So BFH BFH/NV 1997, S. 751.

⁹ Güroff in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 18, Rdnr. 281.

¹⁰ So auch: Schmidt, EStG, § 18, Rdnr. 43; Eckert, IStR 1999, 478 ff.

¹¹ BFH v. 8.4.2008 (a.a.O.).

¹² BFH v. 8.4.2008 (a.a.O.).

¹³ BFH v. 8.4.2008 (a.a.O.); BFH v. 3.12.2003 – IV B 192/03, BStBl II 2004, S. 303 ff.; a.A. Herzig/Kessler, DB 1985, 2528, 2529, wonach nur die Kapitalgesellschaft gewerbliche Einkünfte erzielt.

¹⁴ BFH v. 28.10.2008 – VIII R 69/06 (a.a.O.).

⁶ BFH v. 28.10.2008 – VIII R 73/06 (a.a.O.).

Bernütz/Kreusch/Loll, Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwaltssozietäten und die Gefahren der Gewerblichkeit

i.S.d. § 18 EStG selbständig tätig sind und – zumindest in geringem Umfang – auch eigenverantwortlich und leitend in der Untergesellschaft mitarbeiten, wird eine freiberufliche Tätigkeit der Untergesellschaft – trotz Beteiligung eines Nicht-Berufsträgers (der Obergesellschaft) – bejaht.

b) Kapitalistische Beteiligung

Schließlich kann die Beteiligung eines Gesellschafters, der keine persönliche Leistung erbringt, sondern sich nur mit Kapital an der Personengesellschaft beteiligt, zu einer Umqualifizierung der Einkünfte der Sozietät führen. Denn auch in diesem Fall würde einer der Partner der Sozietät nicht mehr die Merkmale einer freiberuflichen Tätigkeit erfüllen.¹⁵

3. Gewerbliche Infektion (sog. Abfärbe- bzw. Infizierungstheorie)

Erzielt eine Sozietät neben ihren Einkünften aus selbständiger Tätigkeit Einkünfte, die als gewerbliche Einkünfte zu qualifizieren wären (z.B. durch den gewerbsmäßigen Verkauf von Fachbüchern), besteht die Gefahr, dass diese gewerblichen Einkünfte auf die gesamten Einkünfte der Sozietät abfärben bzw. diese insgesamt infizieren (sog. Abfärbe- bzw. Infektionstheorie).

Gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG genügt für die Einordnung aller Einkünfte als gewerbliche Einkünfte, dass die Personengesellschaft auch eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

Nach der Rechtsprechung des BFH färben bereits unwesentliche gewerbliche Betätigungen auf die freiberuflichen Einkünfte ab (und „infizieren“ diese), so dass die gesamten Einkünfte der Sozietät als gewerbliche Einkünfte anzusehen sind und somit insgesamt der Gewerbesteuer unterfallen. Eine Ausnahme soll nach dem BFH nur in den Fällen gelten, in denen der gewerbliche Anteil äußerst gering sei.¹⁶

Aufgrund des geänderten Wortlauts des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG würde auch schon eine Beteiligung an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft (z.B. an einer gewerblichen Kommanditgesellschaft) die gesamten Einkünfte der Rechtsanwaltssozietät infizieren.

Hingegen sollte u.E. eine Beteiligung einer Rechtsanwaltssozietät an einer Kapitalgesellschaft (z.B. indem die Sozietät Aktien an einer börsennotierten AG als Vermögensanlage hält) keine Infizierung zur Folge haben. Als Anteilseignerin an einer Kapitalgesellschaft erzielt die Sozietät lediglich Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 EStG. Die gewerbliche Tätigkeit der Kapitalgesellschaft selbst sollte keine Auswirkungen auf die Qualifikation der Einkünfte auf Ebene des Anteilseigners haben.

4. Gewerblichkeit durch Vervielfältigungstheorie

Häufig sind Tätigkeiten eines Rechtsanwalts, die ihm berufsrechtlich erlaubt sind, aus steuerlicher Sicht nicht als freiberuflich i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern als sonstige selbständige Einkünfte gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG einzuordnen.¹⁷

Der Begriff der sonstigen selbständigen Arbeit wird in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht definiert. Vielmehr werden vom Gesetz beispielhaft die Testamentsvollstreckung, die Vermögensverwaltung und die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied genannt.

Rechtsprechung und Literatur verstehen die Beispiele des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG dahingehend, dass es sich bei der sonstigen Tätigkeit insbesondere um gelegentliche Tätigkeiten handeln soll, die auf einer persönlichen Arbeitsleistung beruhen und ihrem Wesen nach vermögensverwaltend sein sollen.¹⁸

Zudem wird aus dem Umkehrschluss zu § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG gefolgert, dass die „persönliche Arbeitsleistung“ bei der sonstigen selbständigen Tätigkeit gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG im Mittelpunkt stehe und somit die sog. Vervielfältigungstheorie Anwendung finde.¹⁹

Im Gegensatz dazu darf sich ein Freiberufler im Rahmen der Tätigkeiten des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG der Mithilfe fachlich vorgebildeter Personen bedienen, solange er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG). Bei § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ist die Vervielfältigungstheorie also i.d.R. nicht anzuwenden.

Nach der vom RFH und BFH entwickelten Vervielfältigungstheorie gehört es zu den Wesensmerkmalen der selbständigen Tätigkeit, dass sie in ihrem Kernbereich auf der eigenen persönlichen Arbeitskraft des Berufsträgers beruhe. Nehme die Tätigkeit einen Umfang an, der die ständige Beschäftigung mehrerer Angestellter oder die Einschaltung von Subunternehmern erfordert, und werde den genannten Personen nicht nur eine untergeordnete, insbesondere vorbereitende oder mechanische Arbeit übertragen, so beruhe sie nicht mehr im Wesentlichen auf der persönlichen Arbeitskraft des Berufsträgers und sei deshalb steuerrechtlich als eine gewerbliche zu qualifizieren.

Wann die Voraussetzungen dafür vorliegen, sei nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu entscheiden.

Dass die Vervielfältigungstheorie lediglich auf sonstige selbständige Tätigkeiten nach § 18 Abs. 1 Nr. 3, aber nicht auf freiberufliche Tätigkeiten nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG angewendet wird, stößt wohl zu Recht auf verfassungsrechtliche Bedenken.²⁰ Insbesondere scheint die Vervielfältigungstheorie gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen. Durch die Vervielfältigungstheorie besteht die Gefahr, dass eine Gruppe (u.a. Freiberufler, die sonstige Tätigkeiten i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ausüben) gegenüber einer gleichartigen Gruppe (Freiberufler, die nur Tätigkeiten des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausüben) ohne sachlich gerechtfertigten Grund benachteiligt wird.²¹

5. Kombination von Vervielfältigungstheorie und Infektionstheorie

Zu beachten ist, dass Einkünfte, die aufgrund der Vervielfältigungstheorie zu gewerblichen Einkünften umqualifiziert wurden, ihrerseits auf die anderen Einkünfte der Kanzlei abfärben bzw. diese infizieren können, so dass insgesamt gewerbliche Einkünfte vorliegen würden.

V. Einzelfälle anwaltlicher Tätigkeiten

Um einen ersten Überblick über die potentiell schädlichen Tätigkeiten zu geben, werden im Folgenden einige für Rechtsanwälte typische (Neben-)Tätigkeiten und die jeweilige steuerliche Einordnung aufgezeigt. Es handelt sich dabei lediglich um eine allgemeine Darstellung. Eine abschließende Bewertung

¹⁵ So auch: BFH v. 4.3.1998, BStBl II 2000, S. 13 ff.

¹⁶ BFH v. 11.8.1999, DStR 1999, 1688, 1689; im konkreten Fall bei einem gewerblichen Umsatzanteil von 1,25 % und einem schädlichen Umsatz von 6.481 DM.

¹⁷ BFH v. 12.12.2001 – XI R 56/00, BB 2002, S. 391, 392; BFH v. 18.10.2006, DStR 2007, 190, 191 f.

¹⁸ U.a. BFH v. 28.6.2001 – IV R 10/00, DStR 2001, 1696 ff.; Hutter in: Blümich, EStG, § 18, Rdnr. 171, 172; Wacker in: Schmidt, EStG, § 18, Rdnr. 140, 141.

¹⁹ BFH v. 12.12.2001 (a.a.O.); Hutter in: Blümich, EStG, § 18, Rdnr. 173.

²⁰ Stahlschmidt, BB 2002, 1727, 1731.

²¹ Genauer dazu: Stahlschmidt, a.a.O.

Bernütz/Kreusch/Loll, Infektion, Abfärbung, Vervielfältigung: Rechtsanwaltssozietäten und die Gefahren der Gewerblichkeit

kann jeweils nur in Kenntnis aller konkreten Umstände erfolgen.

1. Aufsichtsratsmandate

Aufsichtsratsmitglieder erzielen Einkünfte aus sonstiger selbständiger Tätigkeit (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG). Dazu gehören sämtliche Geldleistungen und Sachwerte, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit erlangt werden; also nicht nur die in § 113 AktG aufgezählten Vergütungen, sondern z.B. auch Sitzungsgelder, Tagesgelder, Aufwandsentschädigungen und Reisekostenerstattungen.²²

Da es sich bei einem Aufsichtsratsmandat nicht um eine gewerbliche Tätigkeit handelt, sollte es auch nicht zu einer gewerblichen Infektion der freiberuflichen Einkünfte führen. Des Weiteren sollte bei Aufsichtsratsmandaten im Regelfall auch nicht die Gefahr einer „Vervielfältigung“ durch weitere Arbeitskräfte bestehen.

2. Vermögensverwalter

Vermögensverwaltende Tätigkeiten sind u.a.:

a) Insolvenzverwalter

Die steuerliche Qualifizierung der Einkünfte eines Insolvenzverwalters ist umstritten.

Nach Ansicht einiger Finanzgerichte übe ein Rechtsanwalt, der als Insolvenzverwalter oder Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren tätig werde, keine freiberufliche Tätigkeit aus, da der Insolvenzverwalter nicht im Katalog des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG genannt werde und auch ansonsten keine Ähnlichkeit mit einem der Katalogberufe habe. Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters habe sich vielmehr zu einem eigenen Beruf entwickelt, bei dem zwar u.a. rechtliche Kenntnisse helfen, aber nicht ausschlaggebend seien. Bei einem Insolvenzverwalter überwiege vielmehr eine kaufmännisch-praktische Betätigung.²³

U.E. verkennen die Finanzgerichte hier die Rechtswirklichkeit. Der Beruf des Insolvenzverwalters wird zwar nicht explizit in § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG genannt, die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters wird jedoch zum Großteil von Rechtsanwälten ausgeübt und ist wohl zwischenzeitlich als Teil der selbständigen Berufstätigkeit der Rechtsanwälte i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG anzusehen.²⁴ Dafür, dass diese Ansicht jedenfalls von den berufsständischen Vertretungen geteilt wird, spricht vor allem, dass die Erlangung des Titels eines „Fachanwalts für Insolvenzrecht“ grundsätzlich praktische Erfahrungen als Insolvenzverwalter voraussetzt.²⁵

Dennoch qualifiziert der BFH in ständiger Rechtsprechung die Tätigkeit des Insolvenzverwalters als eine sonstige selbstständige Tätigkeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG.²⁶

Wie oben erwähnt, besteht im Bereich des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG die Gefahr, dass die Vervielfältigungstheorie zur Anwendung kommt.

Ab wann eine Vervielfältigung gegeben ist, also ab wann die erzielten Einkünfte nicht mehr auf der persönlichen Arbeitskraft des Insolvenzverwalters beruhen, ist in weiten Bereichen unklar.

Unschädlich sollte die Beschäftigung von Hilfskräften sein, die im Wesentlichen mechanische oder technische Verrichtungen besorgen (z.B. Schreibkräfte, Botendienste etc.), und von Personen, die sich in der Berufsausbildung befinden, solange nicht der Umfang des Betriebs bereits eine Gewerblichkeit begründet.

Komplizierter wird es hingegen bei den dem Berufsträger gleichwertigen Kräften (also z.B. bei angestellten Rechtsanwälten).

Das FG Köln hat in seinem Urteil v. 28.5.2008 entschieden, dass eine dem Berufsträger gleichwertige Kraft aus Gründen der Vertretung noch steuerunschädlich sei.²⁷ Bei jedem darüber hinausgehenden Berufsträger bestünde aber nach diesem Urteil die Gefahr, dass eine Vervielfältigung bejaht wird.

Andere Finanzgerichte wollen die Vervielfältigung und die darauf folgende Gewerblichkeit des Insolvenzverwalters nicht von einer bestimmten Zahl von Mitarbeitern abhängig machen.²⁸ Die Anzahl der Mitarbeiter könne allenfalls ein Indiz für eine gewerbliche Qualifizierung der Einkünfte sein. Diesem Gedanken des FG Rheinland-Pfalz ist beizupflichten. Ohne fachliche Unterstützung könnte ein Insolvenzverwalter seine Tätigkeit rein faktisch nicht durchführen. Ihn dafür mit der Umqualifizierung seiner Einkünfte in gewerbliche Einkünfte gewissermaßen zu bestrafen, erscheint nicht sachgerecht. Zum anderen sollte aufgrund der oben geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken die Vervielfältigungstheorie vorsichtig angewandt und nicht zu eng ausgelegt werden.

b) Treuhänder

Der Treuhänder übt i.d.R. eine sonstige selbstständige Tätigkeit aus, soweit es sich lediglich um eine vermögensverwaltende Tätigkeit handelt.

Aufgrund dessen besteht auch hier grundsätzlich die Gefahr einer „Vervielfältigung“ und damit einer „Abfärbung“ der gewerblichen Einkünfte.

Die Tätigkeit als Treuhänder kann allerdings auch schon aus sich heraus gewerblich sein, wenn sie für einen Rechtsanwalt berufsuntypisch ist.²⁹ Eine Treuhändertätigkeit im Rahmen von Bauherrengemeinschaften z.B., die ihrer Natur nach eine Geschäftsbesorgung für Dritte ist, wird vom BFH bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern nicht als berufsuntypisch angesehen.³⁰

Infolge dessen ist eine solche Treuhändertätigkeit als gewerbliche Tätigkeit anzusehen, die direkt im Sinne der Abfärbetheo-

22 U.a. Hutter in: Blümich, EStG, § 18, Rdnr. 178.

23 U.a. FG Köln v. 28.5.2008 (a.a.O.).

24 So auch: FG Bremen v. 25.3.1999; Rechtsausführungen aufgehoben durch BFH v. 12.12.2001 (a.a.O.).

25 § 5g i.V.m. § 14 Nr. 1 und 2 FAO: Danach hat ein Rechtsanwalt besondere praktische Erfahrungen als Insolvenzverwalter nachzuweisen; es wird also davon ausgegangen, dass die Tätigkeit als Insolvenzverwalter für einen Rechtsanwalt berufstypisch sei. Da auch das Standesrecht die allg. Verkehrsanschauung beeinflusst, spricht dies dafür, dass nach der Verkehrsanschauung die Tätigkeit als Insolvenzverwalter Teil des Kernbereichs des anwaltlichen Berufs sein müsste.

26 U.a. BFH Urt. v. 12.12.2001 – XI R 56/00, NJW 2002, 990 ff. Der BFH verneint hier § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, weil die Tätigkeit als Insolvenzverwalter nicht „berufstypisch“ sei. Was sich aber genau hinter dem Begriff „berufstypisch“ verbirgt, kann der BFH nicht aufklären. Nach seiner Definition dürfte z.B. auch die Prozessvertretung für einen Rechtsanwalt nicht „berufstypisch“ sein, da vor zivilgerichtlichen Amtsgerichten kein Anwaltszwang besteht und auch „Nicht-Rechtsanwälte“ die Prozessvertretung übernehmen dürfen (Umkehrschluss aus § 78 ZPO); vor dem FG dürfen „Nicht-Rechtsanwälte“ und vor dem BFH dürfen sogar Steuerberater und Wirtschaftsprüfer Prozessbevollmächtigte sein (§ 62 Abs. 4 FGO) etc.

27 FG Köln v. 28.5.2008 (a.a.O.) unter Verweis auf u.a. BFH v. 30.8.1962 – IV 394/58 U.

28 FG Rheinland-Pfalz v. 21.6.2007 – 4 K 2063/05 (rkr.) unter Verweis auf BFH v. 12.12.2001 (a.a.O.).

29 BFH v. 18.10.2006; DStR 2007, 190, 191 f.

30 BFH v. 18.10.2006 (a.a.O.).

Zuck, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO

rie auf die anderen, nicht-gewerblichen, Einkünfte abfärben kann.

c) Betreuer/Berufsvormund

Bei Einkünften, die aus der Tätigkeit als berufsmäßiger Betreuer oder Berufsvormund erzielt werden, besteht nach der uneinheitlichen Rechtsprechung ein nicht unerhebliches Risiko, dass keine Einkünfte aus selbständiger Arbeit, sondern Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen könnten.³¹ Nimmt man mit dem FG Mecklenburg-Vorpommern an, dass ein berufsmäßiger Betreuer gewerblich tätig sei, bedeutet das, dass solche gewerbliche Tätigkeiten auf die anderen freiberuflichen Einkünfte einer Sozietät abfärben und diese infizieren könnten.

3. Mitglied des juristischen Prüfungsamtes

Ein Rechtsanwalt als Mitglied des juristischen Prüfungsamtes erzielt Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit, so dass die Gefahr einer Abfärbung oder Vervielfältigung nicht bestehen sollte.

4. Ehrenämter

Die ehrenamtliche Tätigkeit in Berufs- und Standesorganisationen ist im Allgemeinen als selbständig zu qualifizieren. Die Vergütungen dafür (Aufwandsentschädigung, Sitzungsgelder, Auslagenersatz) sollten Einkünfte im Rahmen der selbständigen Einkünfte sein.

Die Gefahr einer Gewerblichkeit sollte hierbei nicht bestehen.

5. Zustellungsbevollmächtigter

Wie oben bereits erwähnt worden ist, ordnet der BFH der Tätigkeit als Freiberufler nur berufstypische Tätigkeiten zu, d.h. solche Tätigkeiten, die zum Berufsbild eines der in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG aufgeführten Berufe gehören.

Das Berufsbild des Rechtsanwalts wird nach der Rechtsprechung des BFH vom Berufsrecht nach der BRAO bestimmt.³² Das Berufsbild wird demnach von der Aufgabe geprägt, in allen Rechtsangelegenheiten eigenverantwortlich Rechtsrat zu erteilen und für Rechtsuchende deren Rechtsangelegenheiten zu besorgen.

31 Für Einkünfte aus Gewerbebetrieb: zuletzt: FG Münster v. 17.6.2008 – 1 K 5087/06 G; FG Mecklenburg-Vorpommern v. 25.8.1999, EFG 1999, 1080 ff.; für Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit: FG Thüringen v. 27.9.2000, DStRE 2001, 965 ff.

32 Vgl. u.a. BFH v. 4.12.1980 – V R 27/76, BFHE 132, S. 136, BStBl II 1981, S. 193.

Zur Besorgung dieser Rechtsangelegenheiten gehört grundsätzlich auch die Entgegennahme und weitere Bearbeitung der mandatspezifischen Post des Mandanten (siehe nur die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten nach § 172 ZPO). Insofern sollten Einkünfte aus Tätigkeiten in diesem Zusammenhang zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören, solange die Tätigkeiten im Rahmen eines Mandatsverhältnisses erbracht werden.

Werden hingegen Schreiben außerhalb eines Mandatsverhältnisses für einen Dritten angenommen und weitergeleitet und werden daraus Einkünfte erzielt, besteht die Gefahr, dass diese als gewerbliche Einkünfte qualifiziert werden. In diesem Fall wäre es wiederum möglich, dass die Einkünfte aus selbständiger Arbeit infiziert würden.

VI. Zusammenfassung

Aus steuerlicher Sicht sind Rechtsanwaltssozietäten typischerweise als „freiberuflich“ zu qualifizieren. Damit bleiben sie von der Gewerbesteuer sowie von anderen Konsequenzen eines gewerblichen Unternehmens verschont.

Diese gemeinhin als feste Regel empfundene Einordnung gilt aber nur hinsichtlich der berufstypischen und den Rechtsanwälten vorbehaltenen Tätigkeiten (wie z.B. Prozessführung, rechtliche Beratung usw.) uneingeschränkt.

Sofern die Rechtsanwälte einer Sozietät Leistungen außerhalb dieses anwaltlichen Kernbereichs erbringen, besteht häufig die Gefahr, dass aufgrund der Art oder des Umfangs der Aktivitäten eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt. Zudem können bestimmte Strukturen einer Rechtsanwaltssozietät dazu führen, dass sie als gewerbliches Unternehmen betrachtet wird.

Durch die Qualifizierung als gewerbliches Unternehmen würden die Einkünfte der Sozietät der Gewerbesteuer unterliegen. Trotz der Möglichkeit der Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer der Partner der Gesellschaft kann dies zu einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung führen. Zudem erhöht sich bei einem gewerblichen Unternehmen der administrative Aufwand deutlich.

Diese negativen Konsequenzen können meist vermieden werden. Dafür bedarf es jedoch zunächst eines Bewusstseins dafür, dass rechtsanwaltliches Handeln nicht immer freiberuflich sein muss, sondern dass auch Rechtsanwälte gewerblich tätig sein können. Sofern im Einzelfall Zweifel bestehen, sollte die jeweilige Tätigkeit bzw. Struktur der Sozietät noch einmal genau geprüft und ggf. mögliche Vermeidungsstrategien erarbeitet werden.

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO – zugleich zu BGH, Beschluss vom 20.4.2009, AnwZ (B) 43/08

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Zuck, Stuttgart

I. Sachverhalt

Der Anwaltssenat des BGH, sonst schwerpunktmäßig mit Zulassungssachen befasst,¹ hatte es mit folgendem Sachverhalt zu tun: Eine im Jahr 1999 zur Rechtsanwaltschaft zugelassene An-

wältin hatte einen Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung für Strafrecht gestellt (§ 1 Satz 2 FAO). Sie hatte zwar die gemäß § 2 FAO erforderlichen besonderen theoretischen Kenntnisse nachgewiesen, nicht aber den Erwerb praktischer Erfahrungen. Für das Fachgebiet „Strafrecht“ setzt das die persönliche und weisungsfreie Bearbeitung von 60 Fällen durch den Anwalt voraus, darunter 40 Hauptverhandlungstage

1 Quaas, BRÄK-Mitt. 2008, 42; 2009, 42.

Zuck, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO

vor dem Schöffengericht oder einem übergeordneten Gericht, und das alles innerhalb der letzten drei Jahre vor Antragstellung (§ 5 Satz 1 lit. f FAO). Die Anwältin hatte ihren Antrag am 14.4.2005 gestellt. Die 3-Jahresfrist hätte also am 14.4.2002 zu laufen begonnen. Die Antragstellerin erreichte innerhalb der Frist die nach § 5 Satz 1 lit. f FAO erforderlichen Zahlen (bei weitem) nicht. Sie trug dazu vor, sie habe sich in der Zeit vom 1.5. bis 31.12.2000 und vom 10.2. bis 15.11.2003 wegen der Geburt ihrer beiden Söhne in Mutterschutz und Elternzeit befunden. Die zuständige Rechtsanwaltskammer verlängerte daraufhin die Regelzeit des § 5 Satz 1 FAO um neun Monate,² so dass zugunsten der Anwältin nunmehr die Zeit vom 14.7.2001 bis zum 14.4.2005 zugrunde zu legen war. Für diesen Zeitraum konnte die Antragstellerin 45 Fälle und 29 Hauptverhandlungstage nachweisen, blieb also auch unter diesen Vorgaben deutlich unter den Quoren des § 5 Satz 1 lit. f FAO. Sie räumte das ein, beantragte aber aus diesem Grund die Durchführung eines Fachgesprächs. Sie scheiterte mit diesem Begehren nicht nur bei der Rechtsanwaltskammer, sondern auch beim AGH. Dieser ließ jedoch gemäß § 223 Abs. 3 BRAO die sofortige Beschwerde zu „da es höchststrichterlich nicht hinreichend geklärt erscheint, ob ein Fachgespräch gemäß § 7 FAO mit Blick auf Art. 6 GG beansprucht werden kann, wenn es der Antragstellerin ... – wie es hier nicht ausgeschlossen erscheint – wegen der Kinderbetreuungszeit nicht gelungen ist, den Umfang der Fallzahlen zu erzielen, wie es ohne die Kinderbetreuung offensichtlich geschafft worden wäre.“³ Der BGH hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.⁴ Er begründet seine Entscheidung mit dem Hinweis, er halte § 5 FAO für verfassungsgemäß. Die nach Art. 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 und Abs. 4 GG gebotene Kompensation sei durch die Verlängerung des Beurteilungszeitraums erfolgt.⁵ Zum Erfordernis eines Fachgesprächs, also dem Gesichtspunkt, der den AGH veranlasst hatte, die sofortige Beschwerde zuzulassen, findet sich in den Entscheidungsgründen kein Wort, obwohl das entsprechende Petitum der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Wiedergabe der Entscheidungsgründe des AGH erwähnt wird.⁶

II. Verfassungsrechtliche Rechtslage

1. Nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin hat sie die Voraussetzungen des § 5 Satz 1 lit. f FAO nicht erfüllt.⁷ Eine rechtliche Erörterung der sofortigen Beschwerde war deshalb nur unter verfassungsrechtlichen Aspekten möglich. Das zu tun, ist eine den Instanzgerichten, zu denen auch die obersten Bundesgerichte gehören, obliegende Aufgabe.⁸ Das BVerfG hat sich dazu auf den Standpunkt gestellt, die Notwendigkeit verfassungsrechtlicher Kontrolle durch die Instanzgerichte sei grundsätzlich rügeunabhängig. Der Beschwerdeführer sei im Instanzverfahren lediglich gehalten, den Sachverhalt so darzulegen, dass eine verfassungsrechtliche Prüfung erfolgen könne. Das soll allerdings dann nicht gelten, wenn bei verständiger Einschätzung der Rechtslage und der jeweiligen verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren vor dem Instanzgericht nur dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden. Nach Ansicht des BVerfG ist das insbesondere dann

der Fall, wenn der Ausgang des Verfahrens von der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift abhängt oder wenn eine bestimmte Normauslegung angestrebt wird, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist.⁹ Das wird man nach den Prämissen für den vorliegenden Fall annehmen müssen. Die Beschwerdeführerin konnte mit ihrem Begehren nur Erfolg haben, wenn § 5 Satz 1 lit. f FAO so weit¹⁰ als nichtig anzusehen wäre, als es um die 3-Jahresfrist für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Satz 1 lit. f FAO geht oder um die Reduktion der Voraussetzungen des § 5 Satz 1 lit. f FAO bei besonderen Sachverhaltskonstellationen. Der BGH hatte zur Klärung dieser Fragen auch die formelle Prüfungscompetenz, weil die ausschließliche Zuständigkeit des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG nur für Gesetze im formellen Sinn besteht¹¹ und die FAO als Satzung kein Parlamentsgesetz ist. Ein Erfolg der Beschwerdeführerin wäre aber auch im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung¹² denkbar gewesen. Diese Reihenfolge hat der Senat gewahrt: Er prüft die Verfassungsmäßigkeit des § 5 FAO zunächst allgemein¹³ und sichert das Ergebnis dann durch eine von ihm gebilligte Korrektur des § 5 FAO durch verfassungskonforme Auslegung mit einem einzigen Satz.¹⁴ Weder aus den Entscheidungsgründen des AGH noch aus denen des BGH lässt sich jedoch entnehmen, was die Beschwerdeführerin verfassungsrechtlich (außer dem Hinweis auf Art. 6 GG) vorgetragen hat. Man erfährt nur, dass sie sich auf „Mutterschutz und Elternzeit“ berufen hat.¹⁵ Ob die Beschwerdeführerin daraus resultierende Ansprüche hergeleitet hat, kann man den Entscheidungsgründen nicht entnehmen, denn sowohl das MuSchG als auch das für den fraglichen Zeitraum geltende BErzGG hingen allein vom Arbeitnehmerstatus desjenigen ab, der Ansprüche geltend gemacht hatte.¹⁶ Gerichtliche Feststellungen gibt es dazu nicht, auch nicht zur Berechnungsweise der Ausfallzeiten. Sowohl nach dem MuSchG als nach dem BErzGG (in welcher seiner verschiedenen Fassungen auch immer) kommen unterschiedliche Zeiträume in Betracht. Es ist nicht ersichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommenen Zeiten gerichtlich geprüft worden sind. Noch viel erstaunlicher ist es, dass sich die Beschwerdeführerin gar nicht mehr unmittelbar auf Mutterschutz und Elternzeit bezogen hat, sondern nur noch die Notwendigkeit eines Fachgesprächs nach § 7 FAO für sich ins Feld geführt hat. Unter diesen Umständen fragt sich, ob es überhaupt erforderlich war, § 5 FAO verfassungsrechtlich zu prüfen.

2. Es liegt nahe, weil der BGH § 5 FAO für verfassungskonform gehalten hat,¹⁷ die Erörterung mit diesem Entscheidungselement zu beginnen. Der BGH begründet seine These, § 5 FAO sei mit dem GG vereinbar, mit dem Hinweis auf die Verlängerung der 3-Jahresfrist durch die zuständige Rechtsanwaltskammer um neun Monate, nämlich um den zweiten Unterbrechungszeitraum für Mutterschutz und Elternzeit vom 10.2. bis 15.11.2003. Beide Gerichte verlieren kein Wort darüber, auf welcher Rechtsgrundlage die Rechtsanwaltskammer § 5 Satz 1

2 Beschl. des Ns. AGH v. 25.2.2008 – AGH 35/06 (II 27), nicht veröff.

3 AGH, BG 13 (siehe Fn. 2).

4 BGH, Beschl. v. 20.4.2009 – AnwZ (B) 43/08.

5 BGH, BG 7 (siehe Fn. 4).

6 BGH, BG 3, Rdnr. 2 (siehe Fn. 4).

7 BGH, BG 4, Rdnr. 6 (siehe Fn. 4).

8 BVerfGE 107, 395 (414) – Plenum: „Nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung obliegt zunächst den Fachgerichten die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen“; so auch BVerfGE 114, 50 (61).

9 BVerfGE 114, 50 (61).

10 Die Teilnichtigkeit einer Norm ist möglich, vgl. *Graßhof*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 78, Rdnr. 18 f.

11 St. Rspr. seit BVerfGE 1, 184 und dazu *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 5. Aufl. 2006, § 80, Rdnr. 17 m.w.Nw.

12 Siehe dazu *Zuck*, *Die Grundrechtsrüge im Zivilprozess*, 2008, Rdnr. 13 ff.

13 BGH, 5 ff., Rdnr. 8 ff. (siehe Fn. 4).

14 BGH, 6 f., Rdnr. 10 (siehe Fn. 4).

15 BGH 3, Rdnr. 1 (siehe Fn. 4).

16 § 1 MuSchG, § 15 BErzGG.

17 Das entspricht der üblichen, vom BVerfG immer wieder beanstandeten Nachlässigkeit der Instanzgerichte. Der BGH hatte es nicht mit § 5 FAO insgesamt zu tun.

Zuck, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO

FAO korrigiert hat. Mit diesem Vorgehen sind eine ganze Reihe von Fragen verbunden.

a. Die Instanzgerichte haben die Verlängerung der 3-Jahresfrist des § 5 Satz 1 FAO um neun Monate als feststehenden Ausgangspunkt genommen. Worauf beruht das? Man fragt sich schon, woher die neun Monate rechnerisch kommen, denn der Bezugspunkt, die zweite Elternzeit der Beschwerdeführerin, datierte vom 10.2. bis 15.11.2003, erfasste also mehr als die neun Monate. § 5 Satz 3 FAO bezieht sich nicht auf die 3-Jahresfrist, sondern, über den Ansatz unterschiedlicher Gewichtung, auf die Fallzahlen,¹⁸ kommt also als Rechtsgrundlage für eine Zeitverschiebung nicht in Betracht. Es bleibt dann nur § 24 Abs. 4 Satz 2 FAO, wonach der Antragsteller „im Übrigen“, also über den Sachverhalt der Gewichtung zu seinen Ungunsten hinaus, Fälle entsprechend nachweisen kann. Wann er das kann, sagt § 24 Abs. 4 FAO nicht. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass damit eine Korrektur des § 5 Satz 1 FAO verbunden werden könnte. Es liegt vielmehr nahe, Satz 2 auf Satz 1 des § 24 Abs. 4 FAO zu beziehen. Der Antragsteller kann danach u.U. Fälle nachmelden (Satz 1). Dazu können ihm Auflagen erteilt werden (Satz 2).¹⁹ Satz 2 kann man infolgedessen nur im Zusammenhang mit § 5 Satz 3, § 24 Abs. 4 Satz 1 FAO richtig deuten. Mit der allgemeinen Nachweisproblematik²⁰ hat der vorliegende Fall im Übrigen nichts zu tun. Die Nachmeldung ist fallbezogen. Die beiden Instanzentscheidungen verlängern jedoch fallunabhängig die 3-Jahresfrist des § 5 Satz 1 FAO. Fehlt es aber an einer Rechtsgrundlage für die Verlängerung, kann man nur noch der Frage nachgehen, ob § 5 Satz 1 FAO die 3-Jahresfrist wirklich als strikt versteht. Der BGH hatte in einer, von ihm selbst erwähnten, § 5 FAO betreffenden Entscheidung zwar die Frage offen gelassen, ob nun auch die Fallzahlen, die innerhalb der 3-Jahresfrist erreicht werden könnten, absolut zu setzen seien. Er hatte aber zugleich darauf hingewiesen, dass die 3-Jahresfrist auch schon für § 5 FAO a.F. gegolten habe.²¹ Der Wortlaut des § 5 Satz 1 FAO ist jedenfalls eindeutig. „Innerhalb der letzten 3 Jahre vor der Antragstellung“ erlaubt keine Fristverlängerung. Der Sinn der Regelung ist es, den so gekennzeichneten Zeitraum für den Nachweis der praktischen Erfahrungen entsprechend den Erwartungen der Rechtsuchenden an die bestehende besondere Sachkunde ausreichend zu dokumentieren. Zugleich ist der Zeitraum so gewählt worden, dass auch das Aktualitätserfordernis für die Sachkunde gewahrt werden kann. Auf der anderen Seite zeigen die Bestimmungen der FAO allgemein, § 5 FAO aber im Besonderen, die Absicht der Satzungsversammlung, den Nachweis der Kenntnisse und Erfahrungen in hohem Maße zu formalisieren.²² Darin passt sich eine strikte Frist folgerichtig ein. Sie entspricht der Entstehungsgeschichte der – im Übrigen unter-

schiedlichen Fassungen – des § 5 FAO. Ist aber § 5 Satz 1 FAO eine strikte Fristenregelung ohne kodifizierte Ausnahmen, dann ist eine Verlängerung der Frist contra legem.

b. Damit wird für die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung eine absolute Sperre errichtet. Die verfassungskonforme Auslegung einer Norm ist zwar geboten, wenn unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang und Zweck mehrere Deutungen möglich sind, von denen nicht alle, aber zumindest eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt.²³ Durch den Wortlaut²⁴, die Entstehungsgeschichte²⁵ und den Gesetzeszweck²⁶ werden der verfassungskonformen Auslegung jedoch Grenzen gezogen. Ein Normverständnis, das in Widerspruch zu dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers treten würde, kann auch im Wege verfassungskonformer Auslegung nicht begründet werden.²⁷ Andernfalls würde das BVerfG der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers (hier: der demokratisch legitimierten Satzungsversammlung) vorgreifen.²⁸ Im konkreten Fall ergibt sich nach der Auslegung des § 5 Satz 1 FAO, dass die Entscheidung des BGH gegen alle Vorgaben für die verfassungskonforme Auslegung verstößt. Der Wortlaut des § 5 Satz 1 FAO ist eindeutig: Er verbietet jede Fristverlängerung. Selbst wenn sie im Rahmen des § 5 Satz 3 FAO möglich wäre, beträfe das nicht den konkreten Fall. Das strikte Verständnis der Fristregelung des § 5 Satz 1 FAO entspricht, wie gezeigt, auch dem Formalisierungszweck der Vorschrift und danach zugleich der Entstehungsgeschichte. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Satz 1 FAO, mit dem Ziel, im Hinblick auf Mutterschaft und Elternzeit die Frist zu verlängern, ist danach ausgeschlossen.

c. Selbst wenn eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Satz 1 FAO in Betracht gekommen wäre, bliebe ein von den Instanzgerichten übergangenes Problem. Es war nach den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen eindeutig, dass sie auch bei Berücksichtigung der zweiten Elternzeit die Voraussetzungen des § 5 Satz 1 lit. f FAO nicht einmal annähernd erreichen würde. Der Sinn der verfassungskonformen Auslegung ist es jedoch, die Verfassungswidrigkeit einer Norm zu vermeiden. Wie die Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 1 GG zeigt, setzt das voraus, dass es auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm ankommt. Ihre Anwendung muss also entscheidungserheblich sein.²⁹ Das kann, wenn die Normkontrollkompetenz beim Instanzgericht liegt, nicht anders sein. Für eine nicht entscheidungserhebliche Norm gibt es keine Notwendigkeit, ihre Verfassungswidrigkeit durch verfassungskonforme Auslegung

18 Scharmer, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 5 FAO, Rdnr. 285 f.

19 So verstehe ich auch Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 24 FAO, Rdnr. 10 ff.

20 Siehe dazu Kleine-Cosack, BRAO, 5. Aufl. 2008, § 5 FAO, Rdnr. 52 ff., der darauf hinweist, dass ein striktes Nachmeldeverbot sich als unzumutbar als Dienst nach Vorschrift erweisen könnte, etwa, wenn innerhalb der Bearbeitungszeit für den Antrag die erforderlichen Fallzahlen durch Nachmeldung sichergestellt werden könnten. Solange § 5 FAO nur, was die Fallzahlen anging, den Regelfall betraf, war eine Ermessensentscheidung zugunsten des Antragstellers sicher möglich. Nach der Neufassung des § 5 FAO gibt es aber noch viel weniger einen Anhaltspunkt dafür, auf diesem Weg die 3-Jahresfrist korrigieren zu können.

21 BGH, NJW 2005, 1943 unter Hinweis auf die, was die Fallzahlen angeht, abweichende Auffassung von Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 5 FAO, Rdnr. 8. Hensslers Auffassung kann wegen § 24 Abs. 4 Satz 1 FAO nicht richtig sein, siehe dazu auch Hartung, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 24 FAO, Fn. 9 f.

22 Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 5 FAO, Rdnr. 2. Damit soll die für den Antragsteller vielfach als unzumutbar angesehene Qualitätskontrolle seiner Leistungen vermieden werden, Scharmer, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 5 FAO, Rdnr. 30. Die Notwendigkeit einer Qualitätskontrolle wird aber weiter diskutiert, vgl. Scharmer, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 5 FAO, Rdnr. 27.

23 BVerfGE 2, 266 (282); 68, 337 (344); 88, 203 (331).

24 BVerfGE 87, 209 (224); 101, 312 (329); 101, 397 (408); 102, 254 (340); 112, 164 (183).

25 BVerfGE 80, 1 (23); 88, 40 (56 f.).

26 BVerfGE 101, 54 (87).

27 BVerfGE 95, 64 (93); 99, 341 (358); 101, 312 (329); 112, 164 (183).

28 BVerfGE 8, 71 (79); 112, 164 (183); 119, 247 (274).

29 Dollinger, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 80, Rdnr. 57 ff.; Lechner/Zuck, BVerfGG, 5. Aufl. 2006, § 80 BVerfGG, Rdnr. 36 ff.; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 146 ff.; Zuck, in: Quaas/Zuck (Hrsg.), Prozesse in Verwaltungssachen, 2008, Kap. 8, Rdnr. 133. Aus der Senatsrechtsprechung vgl. BVerfGE 64, 251 (254); 85, 191 (203); 105, 48 (56). Aus der Kammerrechtsprechung siehe BVerfGK 10, 199 (201 f.). Fehlt die Entscheidungserheblichkeit, ist die Vorlage nach Art. 100 I GG unzulässig, BVerfGE 51, 161 (163 f.); 82, 156 (158).

Zuck, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO

auszuräumen. Das hindert ein Gericht zwar nicht daran, sich mit einer solchen Frage zu beschäftigen. Einen Anlass für ein solches obiter dictum sollte es aber wenigstens geben. Er ist hier nicht ersichtlich.

3. Kann § 5 Satz 1 FAO aus einer ganzen Reihe von Gründen nicht zum Gegenstand verfassungskonformer Auslegung gemacht werden, so stellt sich folgerichtig die Frage, ob § 5 Satz 1 FAO im Hinblick auf Konstellationen, wie sie – z.B. – bei Mutterschaft und Elternzeit auftauchen können, verfassungswidrig ist. Ob der BGH das nur im Wege verfassungskonformer Auslegung verneint oder ob er, wie sein Hinweis auf eine frühere Entscheidung vermuten lässt,³⁰ § 5 Satz 1 FAO so oder so für verfassungsgemäß hält, ist nicht ganz sicher. Ich unterstelle für die weiteren Ausführungen, dass der BGH generell keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen § 5 Satz 1 FAO gehabt hat.

a. Der Senat misst im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Kontrolle des § 5 Satz 1 FAO die Vorschrift allein an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG³¹, behandelt die Norm also ausschließlich unter dem Aspekt der Gleichberechtigung. Das ist nicht nachvollziehbar. Art. 3 Abs. 2 GG bezieht sich auf die Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Satz 1). Bei der Durchsetzung dieses Gebots wirkt der Staat auf Beseitigung bestehender Nachteile hin (Satz 2). Der BGH weist zwar zu Recht darauf hin, dass auch geschlechtsneutrale Regelungen zu ausgleichspflichtigen Nachteilen führen können. Das entspricht der Rechtsprechung des BVerfG. Aber die beiden vom Senat insoweit in Anspruch genommenen Entscheidungen belegen, dass § 5 Satz 1 FAO nicht an Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gemessen werden kann. BVerfGE 97, 35 hatte es mit einer Ruhegehaltsregelung zu tun, von der das BVerfG angenommen hat, sie verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG. In diesem Zusammenhang hat das BVerfG Ausführungen zur Möglichkeit einer Ungleichbehandlung trotz geschlechtsneutraler Regelung gemacht. Es ging also um das Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 zu Art. 3 Abs. 2 GG.³² Art. 3 Abs. 1 GG erwähnt der BGH aber – zu Recht – gar nicht. Und BVerfGE 104, 373 betraf das Namensrecht von Ehegatten. Weil das BVerfG dessen verfassungsrechtliche Kontrolle am allgemeinen Persönlichkeitsrecht und nicht an Art. 6 Abs. 1 GG misst,³³ musste das BVerfG auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zurückgreifen.³⁴ Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Nun bliebe allerdings Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG der richtige verfassungsrechtliche Kontrollmaßstab, wenn es sonst keine Sonderregelungen gäbe. Da es um Mutterschutz und Elternzeit geht, liegt es jedoch nahe, Art. 6 GG anzuwenden, u.U. aber auch das Sozialstaatsprinzip. Stellt man die Bedeutung dieser Überlegungen zunächst zurück, so ist zu klären, ob denn, ginge es um ein Gleichberechtigungsproblem, die Auffassung des BGH zur Bedeutung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG tragfähig ist. Der Senat argumentiert mit der Lebenswirklichkeit: Frauen übernehmen im Allgemeinen die Kinderbetreuung und verzichten insoweit auf eine Berufstätigkeit.³⁵ Der Inhalt verfassungsrechtlicher Vorgaben bemisst sich aber nicht nach den tatsächlichen Umständen, sondern nach dem Rechtsgehalt der anzuwendenden Norm. Für Art. 6 Abs. 1 GG steht fest, dass die Aufgabenverteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Ehegatten unterliegt. Das führt zur Annahme der Gleichwertigkeit der Aufgaben.³⁶ Dieser Gesichtspunkt

bringt in Bezug auf die 3-Jahresfrist des § 5 Satz 1 FAO bei Frauen, die wegen Mutterschutz und Elternzeit die Frist nicht einhalten können, eine ungerechtfertigte Benachteiligung mit sich. Käme es also auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG an, wäre § 5 Satz 1 FAO verfassungswidrig.

b. Ist das auch das Ergebnis, wenn man die richtigen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe zugrunde legt? Der BGH folgt dem Streuschussprinzip, und legt, wenn auch erst im Anschluss an seine Begründung, Art. 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 und 6 Abs. 4 GG zugrunde.³⁷ Das BVerfG scheidet, von erzwungenen Ausnahmen abgesehen³⁸, die Kombination von Grundrechten und die damit verbundene Erörterung ihrer Konkurrenzverhältnisse.³⁹ Gegen die Verknüpfung von Art. 6 Abs. 1 GG mit Art. 3 Abs. 2 GG (nicht umgekehrt!) ist nichts einzuwenden,⁴⁰ wenn Art. 6 Abs. 1 GG anwendbar ist. Aber es geht bei Mutterschutz und Elternzeit primär um die Elternstellung der Mutter, also um Art. 6 Abs. 2 GG, hier in der Sicherung der Möglichkeit der Mutter, sich ihren Kindern zuwenden zu können. Die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 GG muss bei diesem Sachverhalt zurücktreten. Nicht verlässlich geklärt ist, ob Art. 6 Abs. 2 GG gegenüber Art. 6 Abs. 4 GG zurücktreten muss, also der Vorschrift, die jeder Mutter den Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft zubilligt. Es ist naheliegend, ausschließlich auf Art. 6 Abs. 4 GG zurückzugreifen, weil der Zusammenhang von Mutterschutz und Elternzeit mit dem Schutzanspruch aus Art. 6 Abs. 4 GG unverkennbar ist. Damit sind aber zwei Fragen verbunden. Zum einen ist nicht abschließend geklärt, ob Art. 6 Abs. 4 GG eine Grundrechtgewährleistung enthält.⁴¹ Wenn man, was angesichts der sonst im Rahmen des Art. 6 GG vorgenommenen Verknüpfungen mit dem Charakter dieser Regelungen als wertentscheidende Grundsatznormen nahe liegt, den Grundrechtscharakter bejaht, hat man es mit dem Einwand zu tun, dass Art. 6 Abs. 4 GG unanwendbar ist, wenn es sich um Sachverhalte handelt, die nicht allein Mütter betreffen.⁴² Unter der Geltung des BVerfG kam die Elternzeit sowohl für Arbeitnehmerinnen als auch für Arbeitnehmer in Betracht.⁴³ Das gilt unverändert auch nach § 15 BEEG.⁴⁴ Eine Sonderregelung für Frauen liegt infolgedessen nur im Bereich des Mutter-

36 BVerfG(K), NJW 2006, 2175; NJW 2006, 2177 (2178) und dazu – m.w.Nw. – Zuck (siehe Fn. 33), NJW 2009, 1449 (1453). Deshalb hat sich das BVerfG im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen Gleichrangigkeit der Ehegatten bei der dem Gericht aufgegebenen Normanwendung auch nicht darum gekümmert, dass Frauen meist den Namen des Mannes als Ehenamen akzeptieren. Die Einzelheiten der Bedeutung der Lebenswirklichkeit für die Auslegung des Art. 6 GG sind zwar dogmatisch nicht abschließend geklärt, vgl. *Burgi*, Berliner Kommentar, Stand 2007, Art. 6, Rdnr. 70 ff. Für den hier zu behandelnden Sachverhalt steht aber der Vorrang der rechtlichen Vorgaben fest.

37 BGH 7, Rn. 10 (siehe Fn. 4).

38 Beispiel: Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Auch die Kombination Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht selten, siehe dazu die Nachweise aus der Rechtsprechung beim *Mann*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 12, Rdnr. 198 f.

39 Siehe dazu grundlegend *Spielmann*, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008.

40 Zuck (siehe Rdnr. 33), NJW 2009, 1449 (1453). Beispiel: BVerfGE 87, 1 (42).

41 Bejaht von BVerfGE 47, 23 (27); darauf stützt sich *Umbach*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 6, Rdnr. 87. Ausdrücklich offen gelassen von BVerfGE 87, 1 (41 f.) (irrig deshalb *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 6, Rdnr. 56, der die Grundrechtseigenschaft des Art. 6 Abs. 4 GG unter Hinweis auf BVerfGE 87, 1 [41 f.] bejaht); BVerfGK 3, 247 (254) in einem Nichtannahmebeschluss nach § 93a BVerfGG. Bejaht dagegen von BVerfGK 5, 266 (267) in einer der Verfassungsbeschwerde stattgebenden Entscheidung nach § 93c BVerfGG.

42 BVerfGE 87, 1 (41 f.).

43 § 15 Abs. 1 BEEG in der bis 31.12.2006 geltenden Fassung, aufgehoben durch das BEEG (vgl. Fn. 44).

30 BGH, NJW 2005, 1943.

31 BGH 5, Rdnr. 8 ff. (siehe Rdnr. 4).

32 BVerfGE 97, 35 (43 f.). Siehe dazu allgemein *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 1, Rdnr. 298.

33 Kritisch dazu *Zuck*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeistes, NJW 2009, 1449 (1454).

34 BVerfGE 92, 91 (109); 104, 373 (393).

35 BGH 5, Rdnr. 9 (siehe Fn. 4).

Zuck, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Auslegung und Anwendung der §§ 5, 7 FAO

schutzes vor. Dass die (von den Gerichten im Übrigen nicht im Einzelnen festgestellten) Mutterschutzzeiten – isoliert betrachtet – hinreichenden Einfluss auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der 3-Jahresfrist des § 5 Satz 1 FAO gehabt haben, ist nicht anzunehmen. Da die Elternzeit keine frauenbezogene Sonderregelung ist, ist infolgedessen auch Art. 6 Abs. 4 GG, selbst wenn man den Grundrechtscharakter der Norm bejaht, unanwendbar. Art. 6 Abs. 4 GG hat im Übrigen zwar einen deutlichen Bezug zum Sozialstaatsprinzip. Da für dieses aber feststeht, dass eine Konkretisierung im Wesentlichen dem Gesetzgeber obliegt, ergibt sich auch unter dieser Vorgabe kein tauglicher Kontrollmaßstab für § 5 Satz 1 FAO.

Maßstabnorm ist deshalb der vom BGH nicht erwähnte Art. 6 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. An dem – hier – zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gefundenen Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des § 5 Satz 1 FAO, soweit die Vorschrift bei der Berechnung der 3-Jahresfrist Mutterschutz und Elternzeit nicht berücksichtigt, ändert sich dadurch nichts.

4. Das ist aber immer noch nicht das endgültige Ergebnis der verfassungsrechtlichen Kontrolle des § 5 Satz 1 FAO und damit der Kritik an der Entscheidung des BGH. Sie schweigt, wie schon erwähnt, zu einem Punkt, zu dem sie weder inhaltlich noch verfahrensrechtlich hätte schweigen dürfen, nämlich zu der Frage, ob die von der Beschwerdeführerin selbst eingeräumte Nichterreichung der erforderlichen Fallzahlen des § 5 Satz 1 lit. f FAO nicht über ein Fachgespräch hätte korrigiert werden müssen. Obwohl der AGH allein aus diesem Grund die sofortige Beschwerde zugelassen hatte, und sich damit auf die einzige von der Beschwerdeführerin schließlich noch erhobene Rüge bezog, verliert der Senat – außerhalb des Tatbestandes – dazu nicht ein einziges Wort. Ich wende mich zunächst der inhaltlichen Problematik zu (a), dann der verfahrensrechtlichen (b).

a. Die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung ist hier im Zusammenhang mit § 5 Satz 1 FAO verlässlich ausgeschlossen worden. Das hindert aber nicht daran, der Frage nachzugehen, ob die unterstellte Verfassungswidrigkeit des § 5 Satz 1 FAO nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO vermieden werden kann. § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO erlaubt zum Nachweis u.a. der praktischen Erfahrungen ein vom zuständigen Ausschuss zu führendes Fachgespräch. Folgt man der BGH-Rechtsprechung, so ist § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO so zu verstehen, dass das Fachgespräch nicht etwa fehlende Nachweise ersetzen soll, sondern nur der Beseitigung von Zweifeln und Unsicherheiten zu den schon vorgelegten Nachweisen dient.⁴⁵ Da es im konkreten Fall allein um fehlende Nachweise ging, scheidet nach dieser Rechtsprechung das Fachgespräch aus. Das war auch der Standpunkt des AGH.⁴⁶ Vom Wortlaut her ist diese enge Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO aber nicht erzwungen, denn der Text sagt nur, dass der Nachweis der praktischen Erfahrungen über die Führung eines Fachgesprächs möglich ist. Auch § 43c Abs. 2 BRAO steht einem solchen unspezifischen Verständnis nicht entgegen. Dort ist nämlich nur davon die Rede, der Bescheid über die Erteilung der Erlaubnis ergehe „nachdem der Ausschuss der Kammer die von dem Rechtsanwalt vorzulegenden Nachweise ... geprüft hat“. Das muss man nicht so verstehen, also ob der Nachweis allein von der Vorlage abhängig sei. Es ist vielmehr,

wie der Text zeigt, eine Prüfung erforderlich. Über deren Ausgestaltung ist § 43c Abs. 2 BRAO nichts zu entnehmen. Sicherlich widerspricht ein inhaltliches Fachgespräch der Formalisierungsabsicht des Satzungsgebers. Das Fachgespräch entspricht aber dem Willen, dem Rechtsuchenden den Zugang zu besonders sachkundigen Spezialisten zu erleichtern. Es wäre deshalb zulässig gewesen, § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO so verfassungskonform auszulegen, dass in Fällen der vorliegenden Art, bei denen der erforderliche Nachweis an der Inanspruchnahme von Mutterschutz/Elternzeit scheitert, ein Sach-Fachgespräch zum Nachweis der praktischen Erfahrungen in Betracht kommt. Man könnte allerdings auch hier auf die verfassungskonforme Auslegung verzichten, wenn die restriktive BGH-Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO nicht erzwungen wäre. Dafür gibt es einen Anhaltspunkt. Der Senat hat sich in einer Entscheidung vom 25.2.2008 auf den Standpunkt gestellt, an der Beschränkung auf „Unsicherheiten und Zweifel an den vorgelegten Unterlagen“ sei nicht festzuhalten.⁴⁷ Das Fachgespräch erhält damit eine weiterreichende Lückenschließungsfunktion.⁴⁸ Aber zum einen greift der Senat auf diese Entscheidung nicht zurück. Sein Schweigen könnte so gedeutet werden, als ob er ihr nicht (mehr) folgen wolle. Es gibt aber auch eine einfachere Erklärung. BGH, BRAK-Mitt. 2008, 133 (134) sieht das lückenschließende Fachgespräch nur vor, wenn diese Möglichkeit aussichtsreich erscheint. Das müsste im vorliegenden Fall – vielleicht – schon deshalb verneint werden, weil die Differenz zwischen den tatsächlich belegten und den nach § 5 Satz 1 lit. f FAO erforderlichen Fallzahlen zu groß gewesen ist. Einfachrechtlich, und dabei bleibt es, war der Sachverhalt deshalb nicht lösbar, sondern nur über eine verfassungskonforme Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO.

b. Es ist erstaunlich, dass der BGH die Anwendung des § 7 FAO (als einzige von der Beschwerdeführerin schließlich noch erhobene Rüge und als einzigem Gegenstand der Zulassung der sofortigen Beschwerde) vollständig übergangen hat. Zwar dienen die vom AGH angegebenen Gründe für die Zulassung der sofortigen Beschwerde nur der Begründung der Zulassung, beschränken also den Prüfungsumfang des BGH nicht.⁴⁹ Die Bedenken gegen das vollständige Schweigen des BGH resultieren aus zwei anderen Umständen. Zum einen ist im Schrifttum anerkannt, dass das Rechtsmittelgericht das Rechtsschutzbegehren des Rechtsmittelführers nur anhand von dessen Vortrag prüfen kann. Die Beschwerdeführerin hatte sich in ihrer sofortigen Beschwerde jedoch nur auf die Notwendigkeit der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FAO berufen. Das schloss es aus, ein Gutachten zu § 5 FAO zu schreiben. Damit verbindet sich zum anderen ein verfassungsrechtliches Argument. Zwar können letztinstanzliche Gerichte in ihren Gründen enthalten sein; sie müssen nicht zu jedem einzelnen Vorbringen des Rechtsmittelführers Stellung nehmen. Das gilt aber dann nicht, wenn sich ein Gericht zu einem Punkt ausschweigt, der für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist.⁵⁰ Gerade angesichts von BGH, BRAK-Mitt. 2008, 133 lässt sich nicht annehmen (zumal der BGH jede Aussage vermeidet), dass der Vortrag der Beschwerdeführerin nach dem Rechtsstandpunkt des Senats unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war. Der BGH verstößt infolgedessen mit seiner Entscheidung gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Das ist im Ergebnis ohne Bedeutung, weil die Beschwerdefüh-

44 Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG) vom 5.12.2006 (BGBl. I 2748).

45 BGH, NJW 2007, 2125 und dazu *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl. 2008, § 7 FAO, Rdnr. 7. Aus der früheren in diese Richtung weisenden Rechtsprechung siehe BGH, NJW 2003, 741; NJW 2005, 2082 (2083); NJW 2006, 1513 (1515).

46 AGH 12 (siehe Fn. 2).

47 BGH v. 25.2.2008 – AnwZ (B) 14/07, BRAK-Mitt. 2008, 133 mit zust. Anm. von *Scharmer*, BRAK-Mitt. 2008, 135.

48 Siehe dazu ausf. *Scharmer*, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 7 FAO, Rdnr. 39 ff.

49 *Dittmann*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 145 Nr. 7; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 145, Rdnr. 6 – beide zu der insoweit mit § 223 Abs. 3 BRAO vergleichbaren Vorschrift.

50 BVerfGE 86, 133 (146); BVerfGE 6, 334 (340), st. Rspr.

Horn, Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici nach § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO

rerin weder Anhörungsrüge noch Verfassungsbeschwerde erhoben hat.⁵¹

5. Dennoch ist die Entscheidung des BGH ohne jede praktische Bedeutung. Die Satzungsversammlung hatte schon lange vor dem vorliegenden Gerichtsverfahren eine Änderung des § 5 FAO vorbereitet, die wie folgt beschlossen worden ist:

„1. § 5 Satz 1 mit den Buchstaben a) bis t) wird § 5 Abs. 1.

2. § 5 Satz 2 wird § 5 Abs. 2 und wie folgt neu gefasst:

Als Fälle im Sinne von Abs. 1 gelten auch solche, (...)

3. Folgender neuer § 5 Abs. 3 wird eingefügt:

Der Zeitraum des § 5 Abs. 1 verlängert sich.

a) um Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach den Mutter-schutzvorschriften;

b) um Zeiten der Inanspruchnahme von Elternzeit;

c) um Zeiten, in denen der Antragsteller wegen besonderer Härte in seiner anwaltlichen Tätigkeit eingeschränkt war. Härtefälle sind auf Antrag und bei entsprechendem Nachweis zu berücksichtigen.

Eine Verlängerung ist auf 36 Monate beschränkt.“⁵²

Der berühmte „Federstrich des Gesetzgebers“ hat die Entscheidung des BGH für die Zukunft zu Makulatur werden lassen. Das veranlasst natürlich zu der Frage, warum hier so viel Aufwand für die Kritik an einer im Ergebnis überholten Entscheidung geübt worden ist. Mir ist es jedoch nicht um Kritik an der Anwaltsgerichtsbarkeit überhaupt oder an der Rechtsprechung des Anwaltsenats (die in ihrer Gesamtheit selbstverständlich all den Respekt verdient, der Entscheidungen oberster Bundesgerichte zukommt) gegangen. Und wenn es auch auf den ersten Blick anders aussieht: Mein Ziel war es nicht, dem Anwaltsenat in einem konkreten Einzelfall Vorwürfe wegen einer handwerklich extrem schlechten Entscheidung zu machen. Das

51 Das ist nachvollziehbar. Die Dauer einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde hätte ihren praktischen Nutzen für die Beschwerdeführerin wohl ausgeschlossen. Zum anderen wäre die Beschwerdeführerin Gefahr gelaufen, am Subsidiaritätsgrundsatz zu scheitern, weil die Kammer sie auf einen neuen Antrag zur Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung hätte verweisen können.

52 Beschluss der 3. Sitzung der 4. Satzungsversammlung vom 15.6.2009 in Berlin. Der Beschluss muss vom BMJ geprüft werden.

ist schon deshalb unangebracht, weil jeder Fehler macht, und Einzelfälle deshalb nicht mehr beweisen, als einen fehlerhaft behandelten Einzelfall. Außerdem ist es schlechter Stil, weil ein Gericht sich im Allgemeinen nicht, wie die Anwälte das in ihren Schriftsätzen tun, gegen Kritik wehren kann. Für mich ist die Entscheidung nur Anlass für zwei ganz andere Aspekte: Der Fall zeigt, dass in vielen Bereichen der Instanzgerichtsbarkeit (und so auch hier) das Verfassungsrecht ein Buch mit sieben Siegeln bleibt. Der Einfluss des Verfassungsrechts ist vergleichsweise gering. Erfahrung kann man nicht sammeln. Der Instanzrichter ist kein Verfassungsrechtler. Es fehlt deshalb auch die Rechtskenntnis. Die meist sehr allgemein gehaltenen Grundgesetznormen verleiten zwar dazu, überall mitzureden. In Wahrheit muss man – derzeit – 121 Bände der Amtlichen Sammlung und 10 Bände BVerfGK kennen. Es wäre auch noch hilfreich, täglich bundesverfassungsgericht.de aufzuschlagen. Mehr als ein Dutzend zum Teil sehr umfangreiche Kommentare, ungezählte Monographien und Aufsätze schlüsseln diese Rechtsprechung fast Tag für Tag neu auf. Das kann schon der Verfassungsrechtler, bezogen auf die Gesamtheit der Anwendungsbereiche des GG, nicht mehr bewältigen. Die BGH-Entscheidung zeigt infolgedessen exemplarisch, dass die Verlagerung der Grundrechtsverantwortung in die Instanzgerichtsbarkeit, wie sie das BVerfG fordert, nicht in der Lage ist, effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Meine Kritik zielt deshalb nicht auf das Versagen des Senats, sondern auf das Versagen des Systems. Es gibt aber noch einen zweiten Gesichtspunkt. Bei der Rüge, ein Gericht habe die entscheidungserheblichen Fragen nicht behandelt, darf man nicht übersehen, dass solche Fragen überhaupt erst einmal gestellt werden müssen. Wäre infolgedessen dem Senat umfassend vorgetragen worden, wäre es wohl ausgeschlossen gewesen, dass das Gericht so nachlässig wie hier mit Verfassungsrecht umgegangen wäre. Ich hatte schon bei der Alltagsrüge, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, darauf hingewiesen, das Gericht gewähre zwar rechtliches Gehör, aber der Anwalt muss es gewährleisten.⁵³ Dass die Beschwerdeführerin ihr Verfahren verloren hat, liegt deshalb auch in ihrem Verantwortungsbereich.

53 Zuck, Anwalt oder Gericht – Wer sichert das rechtliche Gehör?, AnwBl. 2006, 773 (779).

Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici nach § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO

Rechtsanwalt Dr. Wieland W. Horn,* München

1. Diskrepanz von § 46 Abs. 2 Nr. 1 zu § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO

§ 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO verbietet dem Rechtsanwalt, tätig zu werden, wenn er in derselben Angelegenheit als sonstiger Berater, der in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis Rechtsrat erteilt, bereits tätig geworden ist.

Anders als das allgemeine Tätigkeitsverbot für Zweitberufler¹ kennt das Tätigkeitsverbot nach § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO keine zeitliche Grenze, gilt also seinem Wortlaut nach auch dann, wenn das Dienst- oder Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

Die Diskrepanz zwischen beiden Normen war ursprünglich so nicht gegeben, sondern ist Folge einer Änderung, die auf den Rechtsausschuss des Bundestages zurückgeht. Dieser hatte anlässlich der Beratungen über das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2.9.1994 empfohlen, § 46 BRAO insgesamt neu zu fassen,² hat dabei jedoch die Diskrepanz zu der ebenfalls neu gefassten Regelung in § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO nicht gesehen oder aber bewusst differenziert, ohne das zu sagen.

Möglicherweise beruht die Diskrepanz auf der Hektik des Gesetzgebungsverfahrens im Sommer 1994, als die 12. Legislaturperiode des Bundestages zu Ende ging.³ Hinzu kam, dass der

* Der Autor ist Geschäftsführer der RAK beim BGH.
1 § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO

2 S. BT-Drucks. 12/7656, S. 9 f.

3 Am 16.10.1994 standen Neuwahlen an

Horn, Zeitliche Grenze des Tätigkeitsverbots für Syndici nach § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO

Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen hatte und die Zeit knapp wurde, sollte das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte nicht der Diskontinuität unterfallen.

Sinnigerweise hat der Vermittlungsausschuss zu der parallelen Regelung im Berufsrecht der Patentanwälte⁴ empfohlen, diese Norm um den Passus zu ergänzen: „oder die berufliche Tätigkeit ist beendet“.⁵ Der Bundestag hat das Gesetz dann mit dieser Änderung beschlossen, und § 41a Abs. 2 Nr. 1 PatAnwO gilt heute noch so. Warum § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO nicht entsprechend ergänzt worden ist und damit im Berufsrecht der Patentanwälte etwas anderes gilt als im Berufsrecht der Rechtsanwälte, lässt sich an Hand der Gesetzesmaterialien nicht feststellen und ist wohl nur damit zu erklären, dass keine Zeit mehr blieb, die Zusammenhänge zu durchdenken.

Ganter in Festschrift für Geiß, 2000, S. 257, 265 sieht nach dem Wortlaut und der Gesetzessystematik in § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO eine Spezialvorschrift, die eingreife, wenn die Tätigkeit in dem anderen, jetzt nicht mehr ausgeübten Beruf rechtsbesorgender Art war. In diesem Sonderfall gebe es anders als in § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO keine zeitliche Grenze.

Selbst wenn das Zusammenspiel von § 45 Abs. 1 Nr. 4 und § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO so zu verstehen ist und nicht nur ein Versehen des Gesetzgebers vorliegt, stellt sich insbesondere § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO als eine Regelung dar, die in die Freiheit der Berufsausübung⁶ eingreift und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen muss; d.h., das gewählte Mittel muss geeignet und erforderlich und der Eingriff muss zumutbar sein.⁷

Gemessen an diesen Kriterien ist ein zeitlich unbefristetes, also lebenslanges Tätigkeitsverbot nicht zu halten. In der Literatur ist es inzwischen allgemeine Auffassung, § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das in dieser Norm niedergelegte Tätigkeitsverbot ende, wenn das Beschäftigungsverhältnis des betreffenden Anwalts nicht mehr besteht.⁸ Mit dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses unterliegt der nunmehr selbstständig tätige Anwalt nicht mehr dem Weisungsrecht des Dienstherrn, sondern hat die Bearbeitung des Falles in eigener Verantwortung fortzuführen und haftet dabei nach den weit greifenden Grundsätzen, die die Rechtsprechung hierzu entwickelt hat.⁹

Mit der in diesem Heft¹⁰ abgedruckten, sorgfältig begründeten Entscheidung bestätigt das OLG Frankfurt/Main die herrschende Meinung in der Literatur und schafft Klarheit im Verhältnis von § 46 Abs. 2 Nr. 1 zu § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO.

Allerdings bleibt ein Problem: Denkbar ist, dass der ausgeschiedene Berater oder Syndicus in seiner nunmehrigen Eigenschaft als selbständiger Rechtsanwalt nicht seinen bisherigen Dienstherrn vertritt, sondern die Seite wechselt und die Vertretung der Gegenseite übernimmt. Man denke nur daran, dass er nicht freiwillig ausscheidet, sondern im Streit geht.

Ein solches Verhalten würde sich aber als Vertretung widerstrebender Interessen darstellen und wäre ein Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO. Diese Norm greift auch dann ein, wenn die vorhergehende Tätigkeit in derselben Sache zwar nicht als selbständiger Rechtsanwalt erfolgte, aber rechtsbesorgender Art war und mit der nunmehrigen Tätigkeit als Rechtsanwalt in Interessengegensatz steht.¹¹

Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man die verfassungskonforme Auslegung von § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO, also das Ende dieses Tätigkeitsverbots mit dem Ende des Dienst- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, auf die Fälle kollisionsfreier Folgetätigkeiten beschränkt.

2. Grundsätzliche Bedeutung der Sache

Leider hat das OLG Frankfurt/Main die Revision nicht zugelassen und dies nur formelhaft in Anlehnung an den Gesetzestext in § 543 Abs. 2 ZPO begründet. Es ist schade, dass es auf diese Weise zu keiner höchstrichterlichen Entscheidung kommt. Zumindest die grundsätzliche Bedeutung der Sache¹² hätte man durchaus bejahen können.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt einer Rechtsache grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt.¹³

Die Rechtsfrage, um die es hier geht und die auch entscheidungserheblich ist, hat höchstrichterlich noch keine Klärung gefunden; sie kann sich auch in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen. Angesichts der zunehmenden Tendenz, die Rechtsabteilungen von Unternehmen ganz oder teilweise auszulagern,¹⁴ stellt sich jedesmal die Frage, ob die bisherigen Berater und Syndici nunmehr als selbständige Rechtsanwälte genau die Fälle weiter bearbeiten können, mit denen sie bis dato im Rahmen ihres Dienst- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses befasst waren.

Wenn das nicht möglich wäre, wie an sich dem Wortlaut von § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO zu entnehmen, dann wäre das Outsourcing deutlich erschwert. Dies bedarf der Klärung, und es wäre deshalb angezeigt gewesen, die Revision zuzulassen und damit dem BGH die Chance zu geben, die Frage verbindlich zu klären, auch im Hinblick auf Fälle möglicher Interessenskollision.

Dies ist nun nicht möglich. Auch der Weg über die Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht gegeben, da der Streitwert mit knapp 19.000 Euro unter dem derzeit maßgeblichen Grenzwert von 20.000 Euro liegt.¹⁵

3. Tätigkeitsverbot, Vollmacht und Kostenerstattung

Das Urteil des OLG Frankfurt/Main ist nicht in der Hauptsache ergangen, sondern auf die Vollstreckungsgegenklage des Klägers im Vorprozess gegen den im Vorprozess erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss. Zudem ging es um die Kosten des Streithelfers im Vorprozess, der Berufshaftpflichtversicherung des Beklagten.

4 § 41a Abs. 2 Nr. 1 PatAnwO

5 S. BR-Drucks. 656/94, S. 2

6 Art. 12 Abs. 1 GG

7 S. Übersicht über die Rspr. des BVerfG jüngst bei *Jarras-Pieroth*, GG, 10. Aufl. 2009, Art 12 Rdnr. 31 ff.

8 S. *Henssler-Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 46 Rdnr. 9; *Feuerich-Weyland*, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 46 Rdnr. 26; *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl. 2008, § 46 Rdnr. 36; *Hamacher* in DAV-Ratgeber, 12. Aufl. 2009, S. 193, 198 f.

9 S. jüngst BGH in NJW 2009, 987 = BRAK-Mitt. 2009, 69

10 Abgedruckt in diesem Heft, S. 190 ff.

11 S. *Feuerich-Weyland*, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 43 Rdnr. 56 m.w.N. zu der teilweise unterschiedlichen Begründung sowie jüngst *Prütting* in AnwBl. 2009, 402, 403 I.Sp.

12 S. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO

13 S. BGHZ 154, 288, 291 sowie jüngst BGH in WM 2009, 999

14 Neudeutsch: Outsourcing

15 S. § 26 Nr. 8 EGZPO

Noster, Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen

Die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO ist auch gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss möglich¹⁶, und zwar ohne die Beschränkungen nach § 767 Abs. 2 ZPO.¹⁷

Letzteres gilt jedoch entsprechend dem Normzweck von § 767 Abs. 2 ZPO nur hinsichtlich solcher Einwendungen, die vom Gericht nicht schon im Hauptsacheprozess hätten berücksichtigt werden können.¹⁸

Tritt ein Vertreter ohne Vollmacht auf, dann ist er zurückzuweisen und kann entweder selbst oder aber die von ihm vertretene Partei mit den Kosten belastet werden.¹⁹ Voraussetzung dafür ist, dass das Fehlen der Vollmacht feststeht; diese Feststellung muss das Gericht aber treffen, jedenfalls dann, wenn die Gegenseite das Fehlen der Vollmacht rügt.²⁰ Die Rüge nach § 88 Abs. 1 ZPO ist unverzichtbar.²¹

Damit stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen § 46 BRAO – unterstellt, er liegt tatsächlich vor – zur Nichtigkeit der Vollmacht des betreffenden Anwalts führt; denn das könnte schon im Hauptsacheprozess berücksichtigt werden und müsste es auf Rüge der Gegenseite auch mit der Folge, dass die später erhobene Vollstreckungsgegenklage unzulässig wäre.

Die Vollmacht wird zwar aufgrund eines Mandatsverhältnisses und in dessen Rahmen erteilt; gleichwohl ist sie abstrakt. Selbst wenn man deshalb annimmt, ein Verstoß gegen § 46 BRAO führe über § 134 BGB zur Nichtigkeit des Mandatsverhältnisses, ist davon die Wirksamkeit der Vollmacht nicht betroffen.

Zum Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen²² hat der BGH jüngst ausdrücklich gesagt, dass ein solcher Verstoß nicht die Wirksamkeit der dem Anwalt erteilten Prozessvollmacht und damit auch nicht die Wirksamkeit der von ihm namens der Partei vorgenommenen Prozesshandlungen berührt.²³

16 S. jüngst *Zöller-Herget*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 767 Rdnr. 6, Stichwort „Kostenfestsetzungsbeschlüsse“, m.w.N.

17 S. jüngst *Zöller-Herget*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 104 Rdnr. 21, Stichwort „Vollstreckungsgegenklage“, m.w.N.

18 S. *Zöller-Herget*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 104 a.a.O.

19 S. *Zöller-Vollkommer*, ZPO, 29. Aufl. 2009, § 88 Rdnr. 11

20 S. § 88 Abs. 1 ZPO

21 S. *Zöller-Vollkommer*, ZPO, 29. Aufl. 2009, § 88 Rdnr. 2

22 § 43a Abs. 4 BRAO

Angesichts dessen bleibt nur die Frage, ob ein Verstoß gegen § 46 BRAO zumindest zum Verlust des Kostenerstattungsanspruchs führt; denn nimmt man an, der Verstoß gegen § 46 BRAO führe über § 134 BGB zur Nichtigkeit des Mandatsverhältnisses, schuldet die betreffende Partei ihrem Anwalt kein Honorar und kann folglich von der Gegenseite auch nicht Kostenerstattung verlangen.

In dem bereits zitierten Urteil vom 14.5.2009 lässt der BGH offen, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen²⁴ über § 134 BGB zur Nichtigkeit des Mandatsverhältnisses führt; denn in dem zur Entscheidung stehenden Fall kam es nur auf die Wirksamkeit der Vollmacht an, und diese ist, wie dargelegt, abstrakt.

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen²⁵ gehört zu den Kernelementen anwaltlicher Berufsausübung, den core values. Hier erscheint es widersinnig, wenn ein Verstoß nur berufsrechtliche Konsequenzen hätte und nicht – über § 134 BGB – auch zivilrechtliche, der Anwalt also in der Regel nur eine Rüge fürchten müsste, den Anspruch auf das Honorar aber behalten würde.

Hinzu kommt, dass ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen einen konkreten Interessenkonflikt voraussetzt. Es müssen also zwei Seiten vertreten werden und deren Interessen müssen in concreto miteinander kollidieren. Die bloße Gefahr einer Interessenkollision, eine nur abstrakte Konfliktlage genügen nicht.²⁶

Bei den Tätigkeitsverboten nach §§ 45/46 BRAO stellt sich das durchaus anders dar. Diese knüpfen an das Tätigwerden in einem zweiten Beruf neben dem des Rechtsanwalts an, unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall tatsächlich ein Konflikt gegeben ist. Hier besteht, zumindest bei einer nur abstrakten Gefährdung der Unabhängigkeit, kein zwingender Anlass, über § 134 BGB die Nichtigkeit des Mandatsverhältnisses anzunehmen.

23 BGH v. 14.5.2009, Az.: IX ZR 60/08

24 § 43a Abs. 4 BRAO

25 § 43a Abs. 4 BRAO

26 Grundlegend BAG in NJW 2005, 921; ebenso für die entsprechende Regelung im Schweizer Berufsrecht der Rechtsanwälte das Schweizerische Bundesgericht in BGE 134 II 108 f.

Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen – Anmerkung zum Urteil des Anwaltsgerichtshofs in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 16.2.2009

Rechtsanwältin *Dr. Anna Noster**

Mit seiner in Heft 3/2009 (S. 129 ff.) der BRAK-Mitteilungen veröffentlichten Entscheidung hat der Anwaltsgerichtshof in der Freien und Hansestadt Hamburg der Rechtswirklichkeit in zweierlei Richtung Rechnung getragen. Zum einen hat er die aus vielen Gründen kritikwürdige Figur der Einheitlichkeit der

Pflichtverletzung im Berufsrecht aufgegeben. Zum anderen hat er der Realität des deutschen Rechtsalltags durch die Anerkennung der Einstellung eines Strafverfahrens gem. § 153a StPO als anderweitige Ahndung i.S.d. § 115b BRAO entsprochen. Die Entscheidung ist in beiden Rechtsfragen eingehend und nachvollziehbar begründet. Im Einzelnen:

I. Ausgangspunkt

Gem. § 113 BRAO kann gegen einen Rechtsanwalt, der schuldhaft gegen Pflichten verstößt, die in der Bundesrechtsan-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Rose & Partner in Hamburg und stellvertretende Geschäftsführerin der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer. Der Beitrag gibt ihre persönliche Auffassung wieder.

Noster, Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen

waltsordnung oder in der Berufsordnung für Rechtsanwälte bestimmt sind, eine anwaltsgerichtliche Maßnahme verhängt werden.

Das Verhältnis einer Sanktion im Strafverfahren zum berufsrechtlichen Verfahren ist in § 115b BRAO geregelt. Nach dieser Norm ist von einer anwaltsgerichtlichen Ahndung wegen desselben Verfahrens, in dem bereits ein Gericht oder eine Behörde eine Strafe, eine Disziplinarmaßnahme, eine berufsgerichtliche Maßnahme oder eine Ordnungsmaßnahme verhängt hat, abzusehen, wenn nicht eine anwaltsgerichtliche Maßnahme zusätzlich erforderlich ist, um den Rechtsanwalt zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und das Ansehen der Rechtsanwaltschaft zu wahren. Dies gilt allerdings nicht für die Fälle, in denen eine Maßnahme nach § 114 Nr. 4 beziehungsweise Nr. 5 BRAO und damit ein Vertretungsverbot beziehungsweise die Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft in Betracht kommt. In diesen Fällen steht eine anderweitig verhängte Maßnahme oder Strafe der berufsgerichtlichen Ahndung nicht entgegen (vgl. § 115b Satz 2 BRAO).

II. Einheitliche Pflichtverletzung

Hinsichtlich des Begriffs der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung hat das Gericht in der Entscheidung ausgeführt, dass für die Annahme einer einheitlichen Behandlung mehrerer Berufspflichtverletzungen deren gleichzeitige Ahndung allein nicht ausreiche. Vielmehr stünden materiell-rechtlich selbständige Berufspflichtverletzungen im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander. Daher hat das Gericht in der Entscheidung die einzelnen Tatkomplexe auch jeweils als solche bezeichnet und rechtlich gewürdigt, gleichwohl diese gemeinsam angeschuldigt worden sind.

Diese einfache und nachvollziehbar klingende Feststellung entbehrt nicht einer gewissen berufsrechtlichen Brisanz.

1. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Im Berufsrecht der Rechtsanwaltschaft ist seit langem herrschende Rechtsprechung, dass ein Sachverhalt, der sich aus mehreren Anschuldigungspunkten zusammensetzt, nur einheitlich beurteilt, und die Frage, ob der Rechtsanwalt seine Pflichten schuldhaft verletzt hat, nur einheitlich entschieden werden könne. Im anwaltsgerichtlichen Verfahren gilt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs das Prinzip der Einheit der Pflichtverletzung,¹ das auch im Disziplinarrecht für Beamte und in weiteren Berufsgerichtsbarkeiten Anwendung findet.² Dieser Grundsatz der einheitlichen Pflichtverletzung ergäbe sich bereits aus dem Wortlaut des § 113 BRAO, in dem es heißt, dass gegen einen Rechtsanwalt, der schuldhaft gegen Pflichten verstößt, eine anwaltsgerichtliche Maßnahme verhängt wird. Außerdem könne in Parallelwertung zum Disziplinarrecht die Persönlichkeit eines Beamten wie auch eines Rechtsanwalts nicht isoliert von den weiteren Teilhandlungen der einheitlichen Pflichtverletzung gesehen werden.³

1 BGHSt 16, 237, 240 in Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs nach dem Stande v. 1.10.1925, S. 496, 497; RDSiH 1, 104, 105; BGHSt 19, 90, 93; BGHSt 30, 312, 313; BGH, BRAK-Mitt. 1982, S. 78, 79; BGH NJW 2002, S. 834 ff. (zur Einheit des Dienstvergehens); *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., § 113, Rdnr. 23 m.w.Nachw.; *Feuerich/Weyland*, 7. Aufl., § 116, Rdnr. 55, § 114, Rdnr. 48 ff..

2 vgl. etwa BVerwGE 63, 123 ff.; BVerwGE 73, 166 ff.; BVerwGE 73, 178, 180; vgl. ferner *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 942 mit zahlreichen weiteren Nachweisen für das Disziplinarrecht für Beamte, Soldaten und Zivildienstleistende sowie das Disziplinarrecht für Richter und Notare und die Berufsgerichtsbarkeit der Steuerberater und Heilberufe.

3 BGHSt 16, 237, 240; BGHSt 27, 305, 307.

Gegenstand des anwaltsgerichtlichen Verfahrens können auch mehrere geschichtliche Vorkommnisse, also mehrere Taten i.S.d. §§ 155, 264 StPO sein, die aber zu einer einheitlichen Pflichtverletzung zusammengefasst werden.⁴ Der einheitlich zu bewertende Verfahrensgegenstand des anwaltsgerichtlichen Verfahrens ist die durch Anschuldigungsschrift und Eröffnungsbeschluss umgrenzte Tat (vgl. §§ 130, 131 BRAO) beziehungsweise ergibt sich durch Nachtragsanschuldigung oder durch Verfahrensverbindung (vgl. § 116 BRAO i.V.m. § 266 StPO beziehungsweise § 4 StPO).⁵ Der Tatbegriff selbst orientiert sich am Strafprozessrecht. Hiernach ist die Tat i.S.d. §§ 155, 264 StPO das Verhalten des Täters, das nach natürlicher Betrachtung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt und sich von ähnlichen oder gleichartigen Sachverhalten unterscheidet.⁶

Im anwaltsgerichtlichen Verfahren steht damit, ebenso wie in anderen berufsständischen Sanktionssystemen, die Beurteilung der Person als Berufsträger orientiert an der Frage, inwieweit er für die Berufsausübung noch geeignet und würdig ist, und weniger die einzelne Tat selbst im Vordergrund.⁷

Daraus folgt, dass die einzelnen Taten nicht lediglich prozessual in einem Verfahren verbunden, sondern materiell-rechtlich zu einer einheitlich zu bewertenden Pflichtverletzung zusammengefasst werden. Die Einheitstat lässt das Gesamtverhalten wie bei der fortgesetzten Handlung zu der kleinsten materiell-rechtlichen Einheit werden, die auch prozessual nicht weiter aufteilbar ist.⁸

Konsequenz aus dieser Betrachtungsweise ist materiell-rechtlich, dass die Unterscheidung von Tateinheit und Tatmehrheit wie im Strafrecht entfällt. Wegen aller angeschuldigten Verfehlungen kann nur eine Maßnahme festgesetzt werden. Es wird daher nicht für jede Verfehlung eine Einzelmaßnahme nach § 114 BRAO bestimmt, die dann zu einer Gesamtmaßnahme zusammengezogen werden könnte,⁹ so dass auch eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung ausscheidet.¹⁰ Beim Zusammentreffen von beruflichen und außerberuflichen Pflichtverletzungen soll, soweit ein innerer und äußerer Zusammenhang gegeben ist, ebenfalls nur eine zu ahndende Tat vorliegen. Sind von mehreren Pflichtverletzungen einige beruflicher und einige außerberuflicher Natur, dann ist das zu würdigende Verhalten des Rechtsanwalts insgesamt beruflicher Natur, § 113 Abs. 2 BRAO findet keine Anwendung. Ist von mehreren berufsrechtlich relevanten Taten ein Teil strafgerichtlich abgeurteilt und ein anderer nicht, ist § 115b BRAO nicht anwendbar, da berufsrechtlich nicht dasselbe Verhalten zu würdigen ist.¹¹

Prozessuale Konsequenz ist, dass die Verjährung am Ende der letzten Tat beginnt.¹² Ausnahmen bestünden nach der Recht-

4 BGH, BRAK-Mitt. 1982, S. 78, 79.

5 vgl. auch BGHSt 24, 81, 86; *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff.

6 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHSt 13, 320, 321; BGHSt 23, 141, 145; BGH, NSiZ 2000, S. 532, 532; *Meyer-Gossner*, StPO, § 264, Rdnr. 2 m.w.Nachw.

7 BVerwGE 73, 166, 167; *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941, 954 m.w.Nachw.; vgl. auch BGHSt 27, 305, 307, wonach die zu verhängende Maßnahme persönlichkeitsbezogen sei.

8 BVerwGE 73, 367 ff.; BGHSt 16, 237, 240; BGHSt 22, 157, 166; zur Änderung der Rechtsprechung beim Fortsetzungszusammenhang vgl. BGH Großer Senat in BGHSt 40, 138 ff., zur Reichweite und Konsequenz aus dieser Entscheidung vgl. *Geppert*, NSiZ 1996, S. 57 ff., S. 118 ff.

9 BGHSt 27, 305, 305.

10 BVerwGE 73, 178, 179; BGH EBE 1991, 159; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 114, Rdnr. 52; *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 942; vgl. auch zur Frage der Gesamtstrafe im Strafrecht als „verknappte Einheitsstrafe“ Montenbruck, Abwägung und Umwertung, S. 95 ff.

11 BGHSt 27, 305, 306; vertiefend auch die Darstellung bei *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 944.

12 BGHSt 22, 157, 166; vgl. ferner *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 114, Rdnr. 57 m.w.Nachw.

Noster, Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen

sprechung nur, wenn die zu einer einheitlichen Pflichtverletzung zusammengefassten Verfehlungen völlig selbständig seien.¹³ Ein Zusammenhang könne aber bereits bestehen, wenn sich eine bestimmte Neigung oder Charaktereigenschaft des Täters in den Pflichtverletzungen zeige.¹⁴ Außerdem muss die Staatsanwaltschaft über alle ihr vorliegenden und entscheidungsreifen Vorgänge von Pflichtverletzungen eines Rechtsanwalts gleichzeitig entscheiden und sie durch Anschuldigung dem Gericht unterbreiten.¹⁵ Will das Gericht im Verfahren einzelne Verfahrensgegenstände ausscheiden, verfährt es nur nach § 116 BRAO i.V.m. § 154a StPO, nicht nach § 154 StPO. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei den ausgeschiedenen Teilen der Pflichtverletzung um selbstständige Taten i.S.d. § 264 StPO handelt.¹⁶ Im Urteilstenor erwähnt das Gericht weder die Zahl der begangenen Verfehlungen, noch kann es auf Teilfreispruch erkennen, wenn nicht alle Anschuldigungspunkte zur Verurteilung führen.¹⁷ Ergibt die Hauptverhandlung, dass ein Teil der erhobenen Vorwürfe unbegründet ist, dann ist dies nur aus den Urteilsgründen zu erkennen.¹⁸

Im Rechtsmittelverfahren ist in Konsequenz dieser Rechtsprechung das Urteil im Ganzen zu überprüfen. Eine Beschränkung des Rechtsmittels ist nicht möglich; auch scheidet grundsätzlich eine vertikale, nicht aber eine horizontale Rechtskraft aus.¹⁹ Von diesem Grundsatz hat der Bundesgerichtshof eine Ausnahme gemacht. Ist der Betroffene in bestimmten Anschuldigungspunkten nicht verurteilt worden, so kann das Revisionsgericht diese Punkte, sofern eine rechtsfehlerfreie Beurteilung zugrunde liegt, von einer im übrigen gebotenen Aufhebung und Rückverweisung ausnehmen.²⁰ Ein Wiederaufnahmeverfahren kann nur erfolgreich sein, wenn der geltend gemachte Wiederaufnahmegrund geeignet ist, sämtliche Anschuldigungspunkte, in denen eine Verurteilung erfolgt ist, zu beseitigen, da ein Teilfreispruch nicht in Betracht kommt.²¹

2. Kritik

Diese Rechtsprechung ist vom überwiegenden Teil der Lehre abgelehnt worden.²² Die Kritik knüpft an den Umstand an, dass die Einheitlichkeit der Pflichtverletzung nur durch die oft von Zufällen und Opportunitätserwägungen abhängige Verbindung mehrerer Pflichtverstöße in einem Verfahren begründet werde. Die Zahl der Pflichtverstöße bestimme sich aber durch das rechtlich zu bewertende Verhalten des Rechtsanwalts und nicht danach, wann dieses bekannt und geahndet werde.²³

Auch ist wenig nachvollziehbar, weshalb nur ein Rechtsmittel gegen das gesamte Urteil und nicht nur gegen abtrennbare Teile geführt werden beziehungsweise weshalb auch kein Teilfreispruch ergehen kann. Auch erscheint es wenig dienlich, dass einzelne Verfahrensteile bei Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht ausgeschieden beziehungsweise abgetrennt werden können. Dies ist nicht prozessökonomisch und verstößt im Übrigen gegen das Beschleunigungsgebot.

Problematisch ist auch die Verjährungsfrage. Begeht der Rechtsanwalt nach dem Ablauf der Verjährungsfrist eine weitere, prozessual selbständige Tat, so wird auch die erste Pflichtwidrigkeit wieder verfolgt, sofern sich beide Vorgänge auf einen gemeinsamen Ursprung zurückführen lassen. Es kommt damit zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Verfolgungsverjährung. Ebenso problematisch sind Fälle, in denen sich das anzuwendende Gesetz zum Nachteil des Betroffenen verändert.²⁴ Wenig nachvollziehbar ist auch, dass außerberufliches und berufliches Verhalten durch die einheitliche Betrachtung verknüpft wird und die Regelungen der §§ 113 Abs. 2, 115b BRAO dann auf das jeweilige Verhalten keine Anwendung finden sollen. Damit wird die Wertung des Gesetzgebers unterlaufen.²⁵

Schließlich müsse nach der Kritik in der Literatur Gegenstand der Aburteilung stets die konkrete Tat und nicht die Täterpersönlichkeit an sich sein. *Jähnke* führt aus, dass man in einem Rechtsstaat nicht Unzulänglichkeiten einer Person, Charakterfehler oder Leistungsschwächen mit strafähnlichen Maßnahmen belegen könne. Dass das Gesamtverhalten bewertet werden müsse, sei ein Argument, das eine Einheitsanktion rechtfertige, das jedoch nicht eine Zusammenfassung des Täterverhaltens in der Schuldfrage zu begründen vermöge.²⁶ *Eylmann* geht in seinem Fazit sogar so weit festzustellen, dass die materiell- und insbesondere verfassungsrechtlichen Defizite der Figur der einheitlichen Pflichtverletzung offensichtlich seien und noch schwerer wögen.²⁷

Bisher hat sich lediglich das Anwaltsgericht Celle mit ausführlich begründetem Urteil vom 17.7.2001,²⁸ bestätigt durch Urteil des Niedersächsischen Anwaltsgerichtshofs vom 14.10.2002,²⁹ der Kritik angeschlossen und seine Rechtsprechung geändert. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hat das Anwaltsgericht Celle die „Verbindung“ einer an sich verjährten mit einer nicht verjährten Tat durch die gleichzeitige Anschuldigung und damit die einheitliche Behandlung abgelehnt.

3. Entscheidung des Anwaltsgerichtshofs vom 16.2.2009

Diesen entschlossenen Schritt der Abkehr von der gefestigten „Einheitsrechtsprechung“ ist jetzt auch der Anwaltsgerichtshof der Freien und Hansestadt Hamburg gegangen.

In dem zugrundeliegenden Fall waren dem Rechtsanwalt drei Pflichtverletzungen vorgeworfen worden. Der erste Tatkomplex hatte die nachlässige Testamentsvollstreckung durch den Rechtsanwalt und hiermit im Zusammenhang stehende nichterfolgte Abrechnungen zum Gegenstand. In dem gegen den Rechtsanwalt wegen dieses Verhaltens geführten Strafverfahrens wurde dieser vom Amtsgericht wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung und Urkundenunterdrückung zu einer Geldstrafe von 130 Tagessätzen zu je 40 Euro verurteilt. Das

13 BGHSt 22, 157, 166.

14 BVerwGE 73, 166, 168; vgl. auch BGH NJW 1967, S. 894 ff.

15 vgl. BVerwGE 63, 123, insbes. 125.

16 BGHSt 21, 232.

17 vgl. BGHSt 16, 237, 241.

18 BGHSt 27, 305; *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., § 113, Rdnr. 33.

19 BGHSt 38, 138, 143; BGHSt 33, 59, 59: Rechtskraft des Schuldspruchs; vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., § 113, Rdnr. 34; zur Erläuterung: Die vertikale Teilrechtskraft beschränkt sich auf einen Teil des Prozessstoffes, der selbst Gegenstand eines eigenen Verfahrens hätte sein können und damit auf die Frage der Bestrafung eines von mehreren Angeklagten oder auf eine von mehreren Taten (§ 264 StPO). Die horizontale Teilrechtskraft hingegen ist eine Stufe im Verfahren gegen den Angeklagten wegen einer Tat, namentlich die Rechtskraft des Schuldspruchs. Sie führt nicht zu einem Strafklageverbrauch, sondern ist nur Verfahrenshindernis für ein anderweitiges Strafverfahren und schafft innerprozessuale Bindungswirkung (vgl. *Meyer-Gossner*, StPO, Einl. Rdnr. 185 ff. m.w.Nachw.).

20 BGHSt 30, 312, 313.

21 vgl. AGH München, BRAK-Mitt. 2001, S. 239; *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 947.

22 vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 114, Rdnr. 70 ff.; *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., § 113, Rdnr. 37; *Henssler/Prütting-Dittmann*, BRAO, 2. Aufl., § 113, Rdnr. 10; *Eylmann*, AnwBl. 1999, S. 338 ff.

23 vgl. *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 948.

24 vgl. zu diesen beiden Kritikpunkten *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 950 m.w.Nachw..

25 So auch *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 950.

26 *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 954.

27 *Eylmann*, AnwBl. 1999, S. 338 ff., 338.

28 Nds. Rpfl. 2001, S. 414 ff.

29 BRAK-Mitt. 2003, S. 36 ff.

Noster, Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen

Landgericht stellte im Berufungsverfahren das Strafverfahren nach Zahlung einer Geldbuße von 5.000 Euro gem. § 153a StPO ein.

Im zweiten Tatkomplex wurde dem Rechtsanwalt vorgeworfen, Anfragen eines anderen Mandanten in einer mietrechtlichen Angelegenheit nicht zeitnah beantwortet zu haben. Auf die Beschwerde des Mandanten wurde der Rechtsanwalt von der Anwaltskammer angehört, äußerte sich aber nicht. Hierin wurde in einem dritten Tatkomplex ein Verstoß gegen die Berufspflicht zur Äußerung nach § 56 Abs. 2 BRAO, § 24 Abs. 2 BORA gesehen.

Das zunächst befasste Anwaltsgericht hatte gegen den Rechtsanwalt mit Urteil vom 23.4.2008 wegen Verletzung der Berufspflichten gem. §§ 43, 43a Abs. 5, 56 Abs. 1, 113 Abs. 1 BRAO, §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 24 Abs. 2 BORA die (einheitliche) anwaltsgerichtliche Maßnahme einer Geldbuße von 12.000 Euro verhängt.

Der mit der Berufung gegen das Urteil des Anwaltsgerichts befasste Anwaltsgerichtshof betrachtet die festgestellten Pflichtverletzungen als drei selbständige Handlungen im Verhältnis der Tatmehrheit, da es sich um unterschiedliche Mandate, die zu unterschiedlichen Zeiten von dem Rechtsanwalt bearbeitet worden seien, handle.

Auch die Nichtbeantwortung der Kammeranhörung beruhe auf einem eigenen Tatentschluss. Sonstige Umstände, die zur Annahme einer Handlungseinheit zwingen könnten, bestünden nach Ansicht des Gerichts nicht.

Der Senat greift in der Entscheidung die bereits dargestellte Kritik der Literatur auf und stellt die Ungereimtheiten dar, zu denen die verfahrensmäßige Verbindung führt. Er weist darauf hin, dass dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 BRAO der Grundsatz der Einheitlichkeit der Pflichtverletzung nicht zu entnehmen sei. Nach dieser Vorschrift sei lediglich eine Maßnahme nach § 114 BRAO zu verhängen, auch wenn mehrere Pflichtverletzungen gleichzeitig anwaltsgerichtlich geahndet werden. Damit sei jedoch eine prozessual einheitliche Behandlung nicht verbunden, vielmehr bliebe die materiell-rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Taten bestehen. Das Gericht hebt in der Urteilsbegründung außerdem besonders hervor, wie misslich die fehlende Möglichkeit, Verfahrensteile abzutrennen und gesondert zu verhandeln, sei. So habe der Senat im Jahr 2008 über eine Berufung entschieden, die Vorgänge aus den Jahren 2000 und 2001 zum Gegenstand hatte: Das Anwaltsgericht habe das Verfahren jahrelang aussetzen müssen, weil es in einem Anschuldigungspunkt auf die – vom Anwaltsgericht dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegte³⁰ – Frage ankam, ob die (inzwischen aufgehobene) Vorschrift des § 28 BRAO mit der Verfassung zu vereinbaren sei.

Der Senat weist schließlich auch auf einen weiteren, entscheidenden Umstand hin, auf den auch bereits das Anwaltsgericht Celle und der Niedersächsische Anwaltsgerichtshof abgestellt hatten: So führt er aus, dass die Entscheidung der Aufgabe der Rechtsfigur der einheitlichen Pflichtverletzung berücksichtige, dass nach der Neufassung der §§ 43 bis 43c BRAO und nach Verabschiedung der Berufsordnung für Rechtsanwälte an die Stelle einer allgemeinen Berufspflicht einzelne, gesetzlich definierte, konkrete Pflichten getreten seien. Damit seien zwangsläufig die einzelnen Pflichten Gegenstand der anwaltsgerichtlichen Prüfung, wobei in jedem Fall ein schuldhafter Verstoß gem. § 113 BRAO festgestellt werden müsse. Dass diese einzelnen Pflichtverstöße dann mit einer (einheitlichen) Maßnahme zu ahnden seien, stehe dem nicht entgegen. Dieser Grund-

satz finde im geltenden (Jugend)strafrecht in § 31 JGG eine bewährte Entsprechung.

4. Stellungnahme

Der Abschaffung der Rechtsfigur der einheitlichen Pflichtverletzung kann uneingeschränkt zugestimmt werden. Die Annahme einer vollständig materiell-rechtlichen und prozessualen Einheitstat führt zu Ungereimtheiten, die auch der Bundesgerichtshof nur durch eine Ausnahmerechtsprechung in bestimmten Konstellationen, etwa bei der Verjährung oder im Rechtsmittelverfahren zu lösen vermog. Außerdem sind inzwischen vom Gesetz einzelne Tatbestände beschrieben, so dass deren mögliche Verletzung jeweils geprüft und gewürdigt werden kann beziehungsweise muss. Das Berufsrecht bewegt sich damit von einem historisch geprägten „Täterrecht“ zu einem an der konkreten Pflichtwidrigkeit orientierten, tatbezogenen Sanktionsrecht, was auch unter rechtsstaatlichen Aspekten zu begrüßen ist.³¹ Zu beachten ist, dass die frühere Anknüpfung an die Standesregeln, die gem. § 177 Abs. 2 Ziff. 2 BRAO a.F. in Richtlinien festgestellt waren, weggefallen ist. Auch die (verbliebene) Generalklausel des § 43 BRAO unterliegt einem Wandel seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.7.1987.³² Es steht nicht mehr so sehr die Würde des Rechtsanwalts und seine Persönlichkeit im Hinblick auf den von ihm bekleideten Beruf im Vordergrund. Vielmehr hat der Rechtsanwalt konkret normierte Pflichten einzuhalten. Diese müssen dann auch materiell-rechtlich unterschieden und prozessual einzeln behandelt werden können.

Der Bundesgerichtshof hat sich seit der grundlegenden Entscheidung zum Fortsetzungszusammenhang im Strafverfahren³³ nicht mehr ausdrücklich zu der Figur der einheitlichen Pflichtverletzung beziehungsweise einer möglichen Abkehr verhalten. In der Entscheidung aus dem Jahr 1994 hat er die Rechtsfigur der fortgesetzten Tat, die ähnliche „bündelnde“ Züge aufweist wie die Einheit der Pflichtverletzung, durch Abstellen auf Einzelataten und Einzelstrafen weitestgehend aufgegeben.

Es gilt abzuwarten, ob er seine berufsrechtliche Rechtsprechung überprüfen und gegebenenfalls anpassen wird.

III. Die Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO als anderweitige Ahndung i.S.d. § 115b Satz 1 BRAO

1. Grundsätzliches

Die Vorschrift des § 115b BRAO entspricht weitgehend § 14 Bundesdisziplinalgengesetz (BDG) – früher § 14 Bundesdisziplinarordnung (BDO) –, so dass hier auch die Parallele zum Disziplinarrecht für Beamte zu beachten ist.

Das gegen den Rechtsanwalt wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung und Urkundenunterdrückung geführte Strafverfahren war, wie dargestellt, gegen Zahlung einer Geldbuße in Höhe von 5.000 Euro gem. § 153a StPO eingestellt worden.

Gegen das Verbot der Doppelbestrafung „ne bis in idem“ aus Art. 103 Abs. 3 GG verstoßen diese Normen nicht, weil nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts aus Entstehungsgeschichte und Zweck dieser Normen zu entnehmen sei, dass

31 Zum Hintergrund der gewachsenen Rechtsprechung vgl. auch *Jähnke*, FS für Pfeiffer, S. 941 ff., 952 ff.

32 BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, S. 191 ff.; vgl. zum Ganzen auch Feurerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 43, Rdnr. 5 m.w.Nachw.

33 vgl. BGH, Großer Senat in BGHSt 40, S. 138 ff., zur Reichweite und Konsequenz aus dieser Entscheidung vgl. Geppert, NSTZ 1996, S. 57 ff., S. 118 ff.

Noster, Der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch verholfen

Disziplinalgesetze und Berufsordnungen nicht als „allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG anzusehen seien.³⁴

Das Rechtsstaatsprinzip und das Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordern aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts im Einzelfall zu prüfen, ob neben der strafrechtlichen Verurteilung überhaupt noch eine berufsgerichtliche Maßnahme erforderlich ist. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nur ausnahmsweise der Fall und wird in den überwiegenden Fällen verneint.³⁵

2. Entscheidung des Anwaltsgerichtshofs vom 16.2.2009

In dieser Entscheidung hat der Anwaltsgerichtshof sich auch zu der Frage geäußert, ob eine Einstellung eines vorausgehenden Strafverfahrens nach § 153a StPO eine anderweitige Ahndung i.S.d. § 115b Satz 1 BRAO ist.

Das gegen den Rechtsanwalt wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung und Urkundenunterdrückung geführte Strafverfahren war, wie dargestellt, gegen Zahlung einer Geldbuße in Höhe von 5.000 Euro gem. § 153a StPO eingestellt worden.

Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, dass eine Auflage nach § 153a StPO nicht die Anwendung des § 115b BRAO rechtfertigt.³⁶ Eine Geldbuße stelle keine Strafe dar und habe keinen Strafcharakter; darüber hinaus werde die Geldbuße auch nicht von einem Gericht oder einer Behörde im Sinne des § 115b BRAO verhängt; die vergleichbare Regelung des § 14 BDO, die zu der Einfügung des § 115b BRAO geführt habe, lasse eine Einstellung nach § 153a StPO ebenfalls nicht ausreichen; schließlich bestehe auch kein Bedürfnis für die Anwendbarkeit des § 115b BRAO wegen der Einstellungsmöglichkeit des § 153 StPO in Verbindung mit § 116 BRAO im anwaltsgerichtlichen Verfahren.

Hiergegen hat sich der Anwaltsgerichtshof nun gewandt und ist damit einer Entscheidung des Hamburgischen Ehrengerichts für Rechtsanwälte gefolgt.³⁷ Nach Auffassung des Gerichts habe die Verhängung der Geldbuße einen annähernd gleichen Belastungsumfang wie eine Geldstrafe. Die Erfüllung einer Geldbuße verlange in vielen Fällen ein höheres Maß an Akzeptanz, als häufig ein Verurteilter seiner Strafe entgegenbringe. Außerdem sei inzwischen im Bundesdisziplinalgesetz eine neue Regelung eingeführt worden. Nach § 14 BDG n.F. ist die Zulässigkeit von Disziplinarmaßnahmen eingeschränkt, wenn eine Einstellung gem. § 153a Abs. 1 Satz 5 oder Abs. 2 Satz 2 StPO erfolgt ist. Aus Gründen der Gleichbehandlung dürfe im Berufsrecht nichts anderes gelten.

3. Stellungnahme

Die Anerkennung einer Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO trägt der Rechtswirklichkeit Rechnung. Viele Verfahren werden nach Zahlung einer – oft nicht unerheblichen – Geldauflage eingestellt. Gesetzliche Voraussetzung hierfür ist gerade, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und dass die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Formal betrachtet erfolgt damit keine Ahndung im eigentlichen Sinne, für den Beschuldigten beziehungsweise Angeklagten selbst mag dies aufgrund der Auflage aber anders wirken. So bezeichnet *Beulke* denn auch die Erfüllung der Auflagen und Weisungen bei einer Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO als „vergleichbares Übel“.³⁸ Außerdem muss auch hier die Par-

alle zum Disziplinarrecht beachtet werden. § 153a StPO als anderweitige Ahndung ist eindeutig in die Neufassung des § 14 BDO in § 14 BDG aufgenommen worden.

Hinsichtlich des letztgenannten Punktes ließe sich allerdings entgegnen, dass der Gesetzgeber seit 2002, als die Regelung des heutigen § 14 BDG erlassen wurde, auch Gesetzesreformen im anwaltlichen Berufsrecht durchgeführt hat.³⁹ Er hat hierbei § 115b BRAO nicht entsprechend § 14 BDG n.F. ergänzt. Dies könnte auch einen sogenannten „Umkehrschluss“ zulassen. Es spricht allerdings mehr dafür, dass der Gesetzgeber es übersehen hat, hier den Gesetzeswortlaut zu ändern und an die neue Gesetzeslage im Disziplinarrecht anzupassen. Dass hier bewusst (und auch erstmalig) eine deutliche Unterscheidung zum Bundesdisziplinarrecht gemacht werden sollte, drängt sich nicht auf.

Problematisch ist aber ein anderer Punkt. Sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen und eine Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO stets eine anderweitige Ahndung gem. § 115b BRAO darstellen, sollte dies der Strafgerichtsbarkeit bekannt sein. Oftmals wird im Strafverfahren gegen einen Rechtsanwalt von Seiten der Verteidigung argumentiert, dass der beschuldigte beziehungsweise angeklagte Rechtsanwalt noch eine anwaltsgerichtliche Maßnahme zu befürchten habe. Unter anderem durch diese Argumentation eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zu erwirken, führte zu unbefriedigenden, widersinnigen und wenig gerechten Ergebnissen. Vielmehr muss bereits das Strafgericht bei einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO bei Verhängung der Auflage beachten, dass wahrscheinlich keine anwaltsgerichtliche Ahndung mehr erfolgen wird, ebenso wie bei erfolgter Ahndung. Es muss daher prüfen, ob die Auflage auch unter dem Gesichtspunkt geeignet ist, die Schuld zu beseitigen, dass einem Angehörigen eines Berufes, der eine gewisse Integrität wahren muss, das (auch strafbare) Fehlverhalten vorgeworfen und dieses wohl berufsrechtlich nicht mehr gewürdigt werden wird. Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen die Pflichtverletzung nicht derart gravierend ist, dass ein Vertretungs- oder Berufsverbot in Betracht kommt. Solche Fälle hingegen werden oftmals ohnehin nicht gem. § 153a StPO eingestellt werden können, weil die Straftat beziehungsweise anwaltsgerichtliche Pflichtverletzung zu schwer wiegt. Man kann also davon ausgehen, sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen, dass nach einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO in aller Regel ein anwaltsgerichtliches Verfahren nicht – mehr – geführt werden wird. Dies hat die Staatsanwaltschaft beziehungsweise das Strafgericht zu beachten.

Zu bedenken ist allerdings auch, dass die Anwaltschaft im Rahmen ihrer Berufsgerichtsbarkeit auf einen möglichen eigenen „Strafanspruch“ verzichtet. Das (berufsferne) Strafgericht kann mit der Einstellung des Strafverfahrens gem. § 153a StPO in gewisser Weise auch über den Fortgang beziehungsweise eben Nichtfortgang des anwaltsgerichtlichen Verfahrens entscheiden.

Diese Konsequenz kann aber letztlich aus folgenden Erwägungen hingenommen werden: Zum einen ist hier die Nähe zum Grundsatz der Doppelbestrafung „ne bis idem“ des Art. 103 Abs. 3 GG zu beachten. Dieser verwehrt zwar eine (weitere) berufsgerichtliche Ahndung nicht, aufgrund des Gebotes der Verhältnismäßigkeit und im Hinblick auf das Grundspannungsfeld, in dem sich die (weitere) Berufsgerichtsbarkeit befindet, ist es aber grundsätzlich zu begrüßen, wenn eine weitere Ahn-

34 vgl. BVerfG, NJW 1984, S. 2341 ff., 2342.

35 BGH NJW 1976, S. 526 ff., 527; vgl. auch Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 115b, Rdnr. 17, wonach die Folge der anderweitigen Ahndung grundsätzlich sei, dass eine anwaltsgerichtliche Ahndung derselben Verhaltensweise nicht mehr stattfindet.

36 vgl. BGHSt 28, 174 (Leitsatz), 176.

37 Beschl. v. 23.12.1988 – II 40/88.

38 *Beulke* in LR-StPO, 3. Bd., 25. Aufl., § 153a, Rdnr. 2.

39 Zuletzt das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen Berufsrechts, das zum 1.9.2009 in Kraft treten wird (Gesetzesentwurf BT-Drucks. 337/09, 24.4.2009); zuvor auch Gesetz zu Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft vom 26.3.2007 (BGBl. I S. 358).

März, Festsetzung der Abwicklervergütung und Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer

derung nicht erfolgt. Hierbei ist zu beachten, dass Pflichtverletzungen, in denen eine Maßnahme nach § 114 Nr. 4 oder 5 BRAO und damit also ein Vertretungsverbot beziehungsweise die Ausschließung aus der Anwaltschaft in Betracht kommt, vom Anwendungsbereich des § 115b Satz 1 BRAO ausgenommen sind, vgl. § 115b Satz 2 BRAO. In diesen Fällen steht also die vorherige Ahndung oder auch Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO einer berufsrechtlichen Ahndung nicht entgegen. Damit ist sichergestellt, dass schwere Pflichtverletzungen nicht nur eine strafrechtliche, sondern auch eine berufsrechtliche Ahndung nach sich ziehen. Zum anderen kann eine Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO auch nur bei Vergehen und nur dann, wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht, erfolgen. Dass diese Taten mit geringerem Unwertgehalt⁴⁰ dann keine berufsrechtliche Ahndung mehr erfahren, mag hingenommen werden können.

Zudem muss – unter Beachtung des Rechtsstaatsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – im jeweiligen Einzelfall ohnehin von Gesetzes wegen geprüft werden, ob nicht eine anwaltsgerichtliche Maßnahme zusätzlich erforderlich ist, um den Rechtsanwalt zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und das Ansehen der Rechtsanwaltschaft zu wahren, vgl. § 115b Satz 1 2. Hs BRAO.⁴¹

40 Der Begriff „Bagatelldelikt“ soll hier extra vermieden werden, da in der Praxis auch oberhalb der „Bagatellgrenze“ Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO erfolgen.

IV. Fazit

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Anwaltsgerichtshof in der Freien und Hansestadt Hamburg einen mutigen und vielleicht auch lange überfälligen Schritt gegangen ist. Spätestens seit der Normierung der Pflichtenkataloge in den §§ 43a ff. BRAO und in der BORA kann an der einheitlichen Betrachtung, mit all ihrer materiell-rechtlichen und prozessualen Unzulänglichkeit, nicht länger festgehalten werden. Auch eine Berufsgerichtsbarkeit, die die Integrität des Rechtsanwaltsberufes bewahren soll, kann nicht hinnehmen, dass einzelne Taten nicht, wie im Strafrecht, losgelöst voneinander bewertet und behandelt werden können, sondern vielmehr die Person an sich im Vordergrund der Untersuchung und des Schuldpruchs steht und insoweit eine Verbindung ihrer einzelnen Taten begründet. Vielmehr wird durch die Abschaffung der Rechtsfigur der einheitlichen Pflichtverletzung dem Rechtsstaatsprinzip Rechnung getragen.

Die Anerkennung einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO als anderweitige Maßnahme i.S.d. § 115b BRAO schließlich entspricht der Wirklichkeit des Strafrechtsalltages und erscheint in Parallele zum Disziplinarrecht für Beamte nur konsequent.

41 Diese Voraussetzungen müssen nebeneinander vorliegen, um eine anwaltsgerichtliche Ahndung zu rechtfertigen, vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 115b, Rdnr. 15 m.w.Nachw.

Festsetzung der Abwicklervergütung und Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt *Friedrich März*, Mannheim

1. Einleitung

Eines der Ziele der BRAO-Novelle von 1989¹ war es, den Rechtsanwalt gesetzlich zur Übernahme der allgemeinen Vertretung eines anderen Rechtsanwalts zu verpflichten, wenn ein Vertreter von Amts wegen bestellt werden muss. Das Fehlen einer solchen gesetzlichen Verpflichtung hatte sich nämlich in der Praxis als problematisch erwiesen.² Eine solche Verpflichtung konnte und wollte der Gesetzgeber aber nicht einführen, ohne einen gesetzlichen Vergütungsanspruch des Vertreters zu begründen und diesen Anspruch rechtlich abzusichern. Die Begründung des Anspruches erfolgte durch die Regelung des § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO. Seiner Absicherung dient der mit der Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer verbundene Festsetzungsanspruch des Vertreters nach § 53 Abs. 10 Satz 5 BRAO.³ Diese Regelung gilt aufgrund der Verweisung in § 55 Abs. 3 BRAO für den durch die Rechtsanwaltskammer bestellten Abwickler entsprechend.

In der Praxis hat die Bürgenhaftung für das Honorar der Abwickler zu teilweise erheblichen Belastungen für die Kammern geführt⁴ und wird dies auch weiterhin tun, da zum einen die Zahl

der Abwicklungen nach wie vor steigt und zum anderen überwiegend Vertreter gem. § 161 BRAO (in Fällen des Berufs- und Vertretungsverbots) bzw. Abwickler gem. § 55 BRAO für Kanzleien bestellt werden, die in einer wirtschaftlich desolaten Situation sind. Zumeist ist das Gebührenaufkommen dieser Praxen nicht ausreichend, um hieraus die angemessene Vergütung des Abwicklers bestreiten zu können; ebenso wenig verfügt der betroffene Anwalt über ausreichende Mittel zur Zahlung der Abwicklervergütung. Diese Entwicklung spiegelt sich in der Rechtsprechung wider, welche sich immer öfter mit Fragen der Festsetzung der Abwicklervergütung wie auch der Angemessenheit der Vergütungshöhe befasst.

2. Voraussetzungen der Vergütungsfestsetzung

§ 53 Abs. 10 Satz 3 i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1 BRAO gewährt dem Abwickler gegen den Rechtsanwalt, dessen Kanzlei abgewickelt wird, bzw. gegen dessen Erben einen Anspruch auf angemessene Vergütung wie auch, wenn es die Umstände erfordern, einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer hat die Höhe der geschuldeten Vergütung festzusetzen, wenn sich die Beteiligten

- über die Höhe der Vergütung oder
- eine zu leistende Sicherheit nicht einigen können, oder
- die geschuldete Sicherheit nicht geleistet wird, § 53 Abs. 10 Satz 5 i.V.m. § 55 Abs. 3 Satz 1 BRAO.

1 Gesetz zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 13.12.1989; BGBl. I S. 2135.

2 Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 11/3253 S. 23.

3 a.a.O., Fn. 2.

4 S. die Zahlangaben oben bei *Graf von Pfeil*, BRAK-Mitt. 2008, 13.

März, Festsetzung der Abwicklervergütung und Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer

Erzielen die Beteiligten zwar eine Einigung hinsichtlich der Höhe der Vergütung, wird diese aber in der Folge nicht oder nur teilweise gezahlt, so fehlt es nach dem Gesetzeswortlaut an einer Festsetzungsbefugnis des Kammervorstandes. Allerdings hat der BGH jüngst⁵ entschieden, dass der Abwickler (wie auch der Vertreter) auch in diesen Fällen in entsprechender Anwendung des § 53 Abs. 10 Satz 5 BRAO die Festsetzung seiner Vergütung verlangen kann, da – so der BGH – die Vorschrift insoweit eine planwidrige Lücke aufweise. Der Gesetzgeber hatte in dem ursprünglichen Entwurf zunächst nur für den Fall des Nichtzustandekommens einer Vereinbarung über die geschuldete Vergütung die Möglichkeit vorgesehen, diese durch den Kammervorstand festzusetzen.⁶ Demgegenüber sah der Bundesrat ein Festsetzungsbedürfnis gerade auch für den Fall, dass die vereinbarte Vergütung nicht gezahlt wird.⁷ Zwar befürwortete die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung⁸ den Vorschlag des Bundesrates, folgte aber nicht dessen Textvorschlag, weil dieser ihrer Meinung nach den Vertreter und den vertretenen Rechtsanwalt nicht hinreichend dazu anhielt, sich um eine Einigung zu bemühen und hierdurch die Finanzen der Rechtsanwaltskammer zu schonen. Statt dessen schlug die Bundesregierung die später Gesetz gewordene Fassung der Vorschrift vor, die nunmehr nicht nur im Falle einer fehlenden Einigung hinsichtlich der Höhe der Vergütung, sondern insbesondere auch beim Ausbleiben der vereinbarten Sicherheit die Möglichkeit der Festsetzung vorsah. Ging es dem Bundesrat vor allem darum, die Möglichkeit einer Festsetzung der Vergütung auch dann zu schaffen, wenn die vereinbarte Vergütung nicht gezahlt wird und auch nicht aus dem Gebührenaufkommen der verwalteten Kanzlei aufgebracht werden kann,⁹ so wird dieser Fall, anders, als der weniger wichtige Fall des Ausbleibens versprochener Sicherheiten, in der Gesetz gewordenen Regelung nicht erwähnt, obwohl sich nicht nur die Bundesregierung, sondern auch die Mehrheit des federführenden Rechtsausschusses des Bundestags das Anliegen des Bundesrats zu eigen machte.¹⁰ Nachdem Ziel der Novelle, wie erwähnt, war, der Verpflichtung zur Übernahme der Vertretung und des damit regelmäßig verbundenen Aufwands an Arbeitskraft und den daraus resultierenden Nachteilen für die eigene Kanzlei eine angemessene und sichere Vergütungsregelung gegenüberzustellen, kann nach Auffassung des BGH dieses Ziel nur bei entsprechender Anwendung der Bestimmung des § 53 Abs. 10 Satz 4 und 5 BRAO erreicht werden, wenn diese auch für den Fall ausbleibender Zahlung der vereinbarten Vergütung Anwendung finden, und zwar, sei es mangels hinreichend ergiebigen Gebührenaufkommens aus der abzuwickelnden Kanzlei oder mangels hinlänglichen Vermögens des Inhabers der abzuwickelnden Kanzlei. Allerdings hat der BGH zugleich klargestellt, dass diese weitere Festsetzungsmöglichkeit nicht gegeben ist, wenn der Ausfall des Abwicklers darauf beruht, dass er verfügbare Sicherheiten nicht verlangt hat, die der Betroffene ihm hätte stellen können.

Mit der zitierten Entscheidung hat der BGH zunächst den Besonderheiten des entschiedenen Sachverhalts Rechnung getragen. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung insoweit künftig entwickelt. Jedenfalls wird die mit einer solchen Ausweitung der Festsetzungsfähigkeit verbundene Erweiterung der Bürgenhaftung der Kammern deren Ressourcen zusätzlich belasten. Eine – auch unter sonstigen Gesichtspunkten – ange-

messene Begrenzung der Belastung der Kammern durch die Bürgenhaftung wird sich nur durch ein Überdenken des Zwecks des Instituts der Abwicklung und der zur Abwicklung einer Kanzlei gehörenden Aufgaben erreichen lassen. In diese Richtung hat *Wierz* mit bedenkenswerten Argumenten die Diskussion angestoßen.¹¹

3. Die angemessene Abwicklervergütung

Im Gegensatz zum Notariatsverwalter, § 59 BNotO, ist der Abwickler nicht auf Rechnung der Kammer tätig, sondern „im Interesse, für Rechnung und auf Kosten des Vertretenen“, § 55 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 53 Abs. 9 Satz 1 BRAO. Gem. § 55 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 53 Abs. 10 Satz 4 hat er gegen den früheren Rechtsanwalt bzw. dessen Erben einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung, welche in den bereits genannten Fällen seitens der Kammer festzusetzen ist. Dabei steht die Bestimmung der Vergütung nicht im Ermessen der Kammer. Vielmehr handelt es sich bei dem Begriff „angemessene Vergütung“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher gerichtlicher Nachprüfung unterliegt.¹² In der Praxis bereitet die Festsetzung der angemessenen Vergütung bereits deshalb Probleme, weil das Gesetz keine Kriterien hierfür festlegt.

Grundsätzlich ist allein der Arbeitseinsatz des Abwicklers zu vergüten. Nicht Bestandteil der festzusetzenden Vergütung sind dagegen Aufwendungen des Abwicklers wie Personalkosten, Raumkosten, Kosten der Aktenaufbewahrung und -vernichtung etc. Diese Aufwendungen sind nicht durch die Kammer festsetzbar und unterfallen auch nicht der Bürgenhaftung.¹³ Dem Abwickler steht insoweit ausschließlich gem. § 53 Abs. 2 Satz 9 BRAO i.V.m. § 670 BGB ein Erstattungsanspruch gegen den früheren Rechtsanwalt bzw. dessen Erben zu. Nicht unter diesen Aufwändungersatzanspruch fallen allerdings Aufwendungen des Abwicklers für die Vergütung eines in seiner Kanzlei angestellten Rechtsanwalts oder eines sonst zugezogenen dritten Rechtsanwalts, welche er im Rahmen der Abwicklungstätigkeit einsetzt. Die Aufwendungen für diese Personen sind durch den Vergütungsanspruch des Abwicklers abgegolten.¹⁴ Die Höhe der zu erstattenden Aufwendungen wird durch ihre Erforderlichkeit bestimmt. Aus den von ihm im Rahmen der Abwicklung vereinnahmten Geldern darf der Abwickler – auch vorschussweise – Entnahmen zum Bestreiten notwendiger Auslagen tätigen, da ihm ansonsten unter Umständen unzumutbare finanzielle Opfer abverlangt würden.¹⁵ In Anbetracht der in der Praxis stark angestiegenen Fallzahlen des Widerrufs der Zulassung wegen Vermögenslosigkeit, häufig verbunden mit einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des früheren Rechtsanwalts, oder, im Falle des Todes eines Rechtsanwalts, der Ausschlagung der Erbschaft wegen Überschuldung des Nachlasses, läuft der Abwickler ein hohes Risiko, auf seinen Aufwendungen „sitzenzubleiben“. Hier hilft nur eine frühzeitige Kontaktaufnahme mit der zuständigen Kammer, um gegebenenfalls eine vertragliche Regelung hinsichtlich der Übernahme bestimmter Kosten (z.B. Aufwendungen für die Aktenaufbewahrung während der gesetzlichen Fristen) durch die Kammer herbeizuführen.

Hinsichtlich der Vergütung für die eigentliche Abwicklungstätigkeit ist davon auszugehen, dass diese nicht mit einer durchschnittlichen Anwaltsvergütung gleichgesetzt werden kann.

5 BGH, Beschl. v. 15.9.2008 – AnwZ (B) 78/07, S. 5.

6 BT-Drucks. 11/3253 S. 7.

7 Stellungnahme des Bundesrates in BT-Drucks. 11/3253 S. 33.

8 BT-Drucks. 11/3255 S. 35 zu Nummer 6.

9 Stellungnahme zu dem Entwurf in BT-Drucks. 11/3253 S. 33 li. Spalte unten.

10 Beschlussempfehlung in BT-Drucks. 11/5264 S. 34 zu Nummer 22.

11 BRAK Mitt. 2009, 108.

12 *Feuerich-Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 161 Rdnr. 9.

13 BGH, Beschl. v. 30.11.1992 – AnwZ (B) 27/92 = BRAK-Mitt. 1993, 46; BGH, Beschl. v. 5.10.1998 – AnwZ (B) 21/98 = BRAK-Mitt. 1999, 37; BGH, Beschl. v. 24.10.2003 – AnwZ (B) 62/02 = NJW 2004, 52 ff. = BGHZ 156, 362ff.

14 OLG München BRAK-Mitt. 2007, 91 f.

15 BGH, Beschl. v. 5.10.1998 – AnwZ (B) 21/98 = NJW-RR 1999 779.

März, Festsetzung der Abwicklervergütung und Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer

Der Abwickler übernimmt ein öffentliches Amt, dem er sich nicht entziehen kann und welches der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Ansehen der Anwaltschaft dient. Für die Bemessung seiner Vergütung haben sich in der Praxis Pauschalmodelle durchgesetzt, welche auch von der Rechtsprechung gebilligt werden.¹⁶

Sieht man von dem Ansatz von Akten-Pauschalen¹⁷ ab, so wird der Pauschalierung üblicherweise die aufgewendete Arbeitszeit zugrunde gelegt.

Zu unterscheiden sind Stunden- und Monatspauschalen. Stundenpauschalen werden in der Praxis nur dann festgesetzt, wenn die Abwicklung nur einen bestimmten, überschaubaren kurzfristigen Zeitraum in Anspruch nimmt bzw. sich auf abgegrenzte Tätigkeiten bezieht.¹⁸ In der Regel werden Gesamtvergütungen für einen längeren Zeitraum unter Zugrundelegung einzelner oder mehrerer Monate festgesetzt. Entscheidender Faktor ist hierbei zunächst der Zeitaufwand, den der Abwickler für seine Tätigkeit benötigt hat. Kann der Abwickler insoweit keine Nachweise wie z.B. eigene Zeitaufschreibungen etc. erbringen, kann die Kammer auf Erfahrungswerte zurückgreifen.¹⁹ Sie muss den vom Abwickler angegebenen Zeitaufwand auch nicht unbesehen übernehmen, sondern ist berechtigt, selbständig die Angemessenheit der Tätigkeit zu beurteilen und dabei zu einem deutlich niedrigeren erforderlichen Zeitaufwand zu kommen.²⁰

Weitere Kriterien für die Bemessung der Monatspauschale sind die Schwierigkeit sowie die Dauer der Abwicklung und die berufliche Erfahrung des Abwicklers.²¹ Als Anhaltspunkt für die Bemessung einer monatlichen Pauschale wird regelmäßig jenes Gehalt genommen, welches für einen Angestellten oder freien Mitarbeiter in einer Anwaltspraxis gezahlt wird, wobei regionale Unterschiede zu berücksichtigen sind. Zugrunde gelegt wird zumeist eine monatliche Pauschale von ca. 3.000 Euro zuzüglich Umsatzsteuer, und dies praktisch unverändert seit dem Beschluss des BGH vom 30.11.1992.²²

Bei Ansatz einer solchen Monatspauschale wird eine monatliche Arbeitszeit von 173 Stunden (wöchentlich 40 Stunden) zugrunde gelegt. Hat der Abwickler beispielsweise die Hälfte seiner monatlichen Arbeitszeit aufgewendet, so werden 1.500 Euro zuzüglich Umsatzsteuer als angemessene Vergütung festgesetzt.

4. Festsetzung und Bürgenhaftung

Die Festsetzung durch den Kammervorstand erfolgt auf Antrag des Abwicklers oder des früheren Rechtsanwalts bzw. seiner Erben. Die Vergütungsfestsetzung durch die Kammer kann sowohl seitens des Abwicklers als auch seitens des früheren

Rechtsanwalts bzw. seiner Erben durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 223 BRAO angefochten werden. Wenden sich der frühere Anwalt bzw. seine Erben gegen die Festsetzung der Vergütung durch die Kammer, so wird der frühere Abwickler durch die Entscheidung des AGH unmittelbar in seinen eigenen Rechten berührt, weshalb sich seine verfahrensrechtliche Stellung nach den Vorschriften über die notwendige Beiladung im Verwaltungsprozess, §§ 65, 66 VwGO, richtet.²³

Der Abwickler kann Vergütungsfestsetzung nur für die Dauer seiner Bestellung zum Abwickler verlangen. Hat er es unterlassen, eine Verlängerung seiner Abwicklerbestellung zu beantragen, ist jedoch weiterhin als Abwickler tätig geworden, so kann für die Tätigkeiten nach Ablauf des Beststellungszeitraums keine Vergütung festgesetzt werden.²⁴

Die Festsetzung nach § 53 Abs. 10 Satz 5 BRAO hat den Zweck, den gesetzlichen Vergütungsanspruch des Abwicklers nach § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO und damit auch den Umfang der Bürgenhaftung der Kammer der Höhe nach festzulegen. Sie verschafft dem Abwickler aber keinen Titel; dieser muss seinen gesetzlichen Anspruch gegen den früheren Rechtsanwalt bzw. dessen Erben, aber auch die Bürgenhaftung der Rechtsanwaltskammer notfalls vor den ordentlichen Gerichten durchsetzen.²⁵ Des Weiteren sind im Rahmen des Festsetzungsverfahrens auch sonstige Einwände, welche die Kammer als Bürge erheben könnte, nicht berücksichtigungsfähig.²⁶ Daher sind auch entnommene Vorschüsse auf die zu erwartende Vergütung nicht schon bei der Festsetzung der gesetzlichen Vergütung zu berücksichtigen, sondern erst bei der Abrechnung.²⁷ Auch dürfen Entnahmen zur Abdeckung erforderlicher Aufwendungen bei der Festsetzung nicht berücksichtigt werden. Ebenso wenig sind die Kammern berechtigt, einseitig zu Lasten des Abwicklers durch Verwaltungsakt die Ersatz- bzw. im Rahmen der Gewinnermittlung die Berücksichtigungsfähigkeit von Aufwendungen festzulegen.

Der Vergütungsanspruch des Abwicklers wird mit dem Ende der Abwicklung fällig, ohne dass die entsprechende Festsetzung durch die Kammer Fälligkeitsvoraussetzung wäre.²⁸ Mit dem Ende der Abwicklung beginnt auch die Verjährung. Zuvor besteht lediglich ein Anspruch auf Sicherheit, § 53 Abs. 10 Satz 4 BRAO. Weiter besteht Anspruch auf Vorschüsse, § 53 Abs. 10 Satz 6 BRAO. Die Vorschüsse sind gleichfalls durch den Kammervorstand festzusetzen. Die Festsetzung des Vorschusses kann durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 223 BRAO angefochten werden.

Der Abwickler kann mit seiner Vergütungsforderung gegen den Anspruch des ehemaligen Rechtsanwalts bzw. seiner Erben auf Herausgabe des aus der Abwicklung Erlangten, § 53 Abs. 9 BRAO i.V.m. § 667 BGB, aufrechnen.

Für die festgesetzte Vergütung zuzüglich der Umsatzsteuer haftet die Rechtsanwaltskammer wie ein Bürge. In einem etwaigen Bürgenprozess vor den ordentlichen Gerichten kann sich die Kammer gegen ihre Inanspruchnahme gem. §§ 768, 770 BGB mit all den Einwendungen und Einreden wehren, die auch der Hauptschuldner, d.h. der frühere Rechtsanwalt bzw. seine Erben, erheben könnten. Unter den Voraussetzungen der §§ 771 ff. BGB kann die Kammer auch die Einrede der Vorausklage erheben. Hat der Abwickler seine Entnahmemöglichkeit

16 Zu weiteren Vergütungsmodellen siehe *Simonsen/Leverenz*, BRAK-Mitt. 1996, 17, 19.

17 AGH Rostock, Beschl. v. 28.3.2006 – AGH 10/03 (II 5): Je bearbeitete Akte eine Pauschale von 15 Euro.

18 Vgl. *Simonsen/Leverenz*, BRAK-Mitt. 1996, 18; genannt werden Stundensätze um 50 DM; in einem Ausnahmefall betrug der Stundensatz 170 DM, allerdings begrenzt auf monatlich maximal 3.400 DM.

19 So hat etwa AGH Koblenz, Beschl. v. 21.1.2005 – 1 AGH 27/01, zur Verschaffung eines ersten Überblicks durch den Abwickler, ob in einer Akte noch etwas veranlasst werden muss, pro Akte einen Zeitaufwand von 15 Min. für angemessen gehalten.

20 BayAGH, Beschl. v. 9.11.2005 – BayAGH I 39/04.

21 BGH Beschl. v. 30.11.1992 – AnwZ (B) 37/92, BRAK-Mitt. 1993, 44 ff., 45; AGH München, Beschl. v. 16.5.2002 – Bay. AGH I 24/01, sowie Beschl. v. 9.11.2005 – Bay. AGH I 39/04.

22 S. die Fundstellen in Fn 21. In einer schwierig gelagerten Abwicklung hat der BGH mit Beschl. v. 30.11.1992 eine Monatspauschale von 8.000 DM für angemessen gehalten.

23 AGH Naumburg, Beschl. v. 23.1.2004 – 1 AGH 13/03.

24 AGH München, Beschl. v. 16.5.2002 – Bay AGH I 24/01.

25 BGHZ 156, 362, 368.

26 s. Fn 25; BGH, Beschl. v. 5.10.1998 – AnwZ (B) 21/98, NJW-RR 1999, 797 = BRAK-Mitt. 1999, 37.

27 BGH, Beschl. v. 15.9.2008 – AnwZ (B) 78/07, S. 10 ff.; anders noch BGH, Beschl. v. 5.10.1998, s. Fn. 25.

28 BGH, AnwBl. 2005, 716.

Huff, Werbung mit DEKRA-Zertifikat in bisheriger Form unzulässig

aus von ihm vereinnahmten Geldern nicht ausgenutzt, so kann er im entsprechenden Umfang auch nicht die Kammer als Bürgin für die von ihr festgesetzte Vergütung in Anspruch nehmen.²⁹ Gleiches gilt, wenn der Abwickler von seiner Möglichkeit der Aufrechnung mit der Vergütungsforderung gegen den Anspruch des ehemaligen Rechtsanwalts auf Herausgabe des Erlangten keinen Gebrauch gemacht hat.

29 AG Neumünster, BRAK-Mitt. 1989, 55 zu § 161 BRAO.

Die Bürgenhaftung der Kammer ist grundsätzlich versicherbar;³⁰ die hierfür anfallenden Prämien kann die Kammer auf ihre Mitglieder umlegen, § 89 Abs. 2 Nr. 2 BRAO. In Anbetracht der exorbitanten Versicherungsprämien hat allerdings, soweit bekannt, keine Kammer von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

30 Bericht der BRAK in BRAK-Mitt. 1991, 197.

Werbung mit DEKRA-Zertifikat in bisheriger Form unzulässig

DEKRA Certification GmbH und „Deutsches Anwaltszentrum“ unterschreiben Unterlassungserklärung

Rechtsanwalt *Martin W. Huff*, Leverkusen

Für Aufmerksamkeit hat die Auseinandersetzung der beiden Kölner Rechtsanwälte Dr. Ine-Marie Schulte-Franzheim und Friedhelm Thomé mit der DEKRA-Certification GmbH und dem „Deutschen Anwaltszentrum“, einer Einrichtung zweier jungen Assistenten der Freien Universität Berlin, gesorgt. Das LG Köln (BRAK-Mitt. 2009, 91) hatte in seinem Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren den beiden Antragsgegnern verboten, mit einem Werbeschreiben für eine „DEKRA Zertifizierung für Juristen“ zu werben und Rechtsanwälte zur Teilnahme an einem Lehrgang und einem Test zu gewinnen. Nach deren Bestehen sollte der Rechtsanwalt befugt sein, ein Zertifikat zu verwenden, das sich aus dem Logo der DEKRA, einem Paragraphen und der Formulierung „Zertifiziert im Arbeitsrecht gültig bis 11/2009“ zusammensetzt. Das LG Köln hat diese Werbung unter dem Gesichtspunkt des § 5 UWG als wettbewerbswidrig angesehen. Über diese Entscheidung war neben juristischen Publikationen auch in allgemeinen Medien wie der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, dem Berliner Tagesspiegel und der Zeitschrift „finanztest“ berichtet worden.

Gegen das erstinstanzliche Urteil hatten beide Antragsgegner Berufung eingelegt. Nach gut zweistündiger mündlicher Verhandlung vor dem OLG Köln am 19.6.2009 (AZ: 6 U 38/09) haben die Antragsgegner die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung gegenüber den beiden klagenden Rechtsanwälten abgegeben. Sie haben erklärt, mit dem bisherigen Einladungsschreiben zur Erlangung des DEKRA-Zertifikats nicht mehr zu werben. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung und der Anerkennung der Kostentragung durch die Antragsgegner hat das OLG durch einen entsprechenden Beschluss den Rechtsstreit für erledigt erklärt und die Kosten des Verfahrens den Antragsgegnern auferlegt (Streitwert: 50.000 Euro).

Dem vorausgegangen war eine intensive rechtliche Diskussion. Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 6. Zivilsenat des OLG Köln erklärte in seiner Einführung in den bisherigen Sach- und Streitstand ausführlich, dass er in der Verwendung des DEKRA-Zertifikats einen qualifizierenden Zusatz im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA sehe. Ein qualifizierter Zusatz dürfe aber nach der Überzeugung des Senats von einem Rechtsanwalt nur dann verwendet werden, wenn neben den besonderen theoretischen Kenntnissen auch die entsprechende praktischen Tätigkeiten vorlägen. Das von den Antragsgegnern verliehene Zerti-

fikat verlange zwar eine zweijährige Zulassung als Rechtsanwalt, aber keinen Nachweis einer praktischen Tätigkeit auf dem Gebiet, für das das Zertifikat verwendet werde. Da § 7 BORA marktbezogen ist, sehe der Senat in der Verwendung des Zertifikats durch einen Rechtsanwalt einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA, wenn diese praktischen Erfahrungen nicht vorlägen. Durch das Schreiben der DEKRA und des Deutschen Anwaltszentrums werde eine Anstiftung zu dieser dann verbotenen Werbung geleistet. Eine Erstbegehungsgefahr durch Rechtsanwälte sei vorhanden, da „das Zertifikat nicht in der Schublade bleiben werde“. Der Senat schloss sich nicht der von den Antragsgegnern vertretenen Auffassung an, dass das Zertifikat ein aliud i.S.d. § 7 BORA sei und daher zulässig. Auch das Argument, dass § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA nur Selbstbenennungen und nicht fremd verliehene Bezeichnungen umfasse, lehnte der Senat ab.

Er brachte auch zum Ausdruck, dass dann, wenn in zukünftigen Werbeschreiben darauf hingewiesen werde, dass der Anwalt das Zertifikat nur dann verwenden dürfe, wenn ausdrücklich auf die berufsrechtliche Notwendigkeit des Vorliegens praktischer Erfahrungen hingewiesen werde, wahrscheinlich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestünden.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass die bisherige Werbung der DEKRA unzulässig ist, dass aber mit Zertifikaten dann geworben werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA erfüllt sind. Aufgrund dieser klaren Darstellung der Rechtslage haben dann die Antragsgegner die geforderte Unterlassungserklärung mit einer Strafbewehrung von 5.100 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgegeben und auf Nachfrage des Senats auch die Übernahme der Kosten erklärt, so dass sich eine Entscheidung nach § 91a ZPO erübrigte.

Ausdrücklich nicht geäußert hat sich der Senat zu der Frage der Verwechslungsgefahr des Zertifikats mit den Fachanwaltsbezeichnungen, wenn das Zertifikat in Fachanwaltsgebieten Verwendung findet (§ 7 Abs. 2 BORA). So haben verschiedene Vorstände von Rechtsanwaltskammern, etwa die in Köln, Berlin, Hamm, Tübingen und Frankfurt, aber entschieden. Sie sehen eine Verwechslungsgefahr und haben angeknüpft, gegen Kollegen berufsrechtlich vorzugehen, die das Zertifikat in einem Gebiet der Fachanwaltschaften verwenden.

Aus der Arbeit der BRAK

Aktuelle praktische und rechtliche Fragen der anwaltlichen Unabhängigkeit

Am 28. und 29. Mai 2009 fand in Skopje, Mazedonien, eine gemeinsame Konferenz der Bundesrechtsanwaltskammer, der Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit und der Anwaltskammer der Republik Mazedonien zum Thema „Aktuelle praktische und rechtliche Fragen der anwaltlichen Unabhängigkeit“ statt. Eingeladen waren Vertreter der nationalen Anwaltskammern aus ost- und südosteuropäischen Ländern, die zum Abschluss der Konferenz folgende Erklärung abgaben.¹ Grundlage der Resolution sind die Thesen der deutschen Rechtsanwaltskammern zur anwaltlichen Selbstverwaltung.²



DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Anwaltskammer der
Republik Mazedonien

RESOLUTION ZUR UNABHÄNGIGKEIT

Skopje, Mazedonien,
29. Mai 2009

Anlässlich der Regionalkonferenz der Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit und der Advokatska Komora na Republika Makedonija (Anwaltskammer der Republik Mazedonien) zu dem Thema „Aktuelle praktische und rechtliche Fragen der anwaltlichen Unabhängigkeit“ am 28. und 29. Mai 2009 in Skopje haben die unterzeichnenden Präsidenten und Repräsentanten der unten genannten nationalen Anwaltschaften folgende Erklärung abgegeben:

Als unabhängige Organe der Rechtspflege vertreten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte allein die Interessen ihrer Mandanten. Sie tragen zur Verwirklichung des Rechtsstaates bei. Mandant und Gesellschaft müssen auf ihre Integrität und Fachkunde vertrauen können.

Deshalb müssen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

- unabhängig vom Staat sein,
- frei von Weisungen und Kapitalinteressen Dritter handeln,
- über das ihnen in Ausübung ihres Berufes bekannt gewordene Verschwiegenheit bewahren,
- die Vertretung widerstreitender Interessen unterlassen,
- beim Umgang mit ihnen anvertrauten Vermögenswerten besondere Sorgfaltspflichten erfüllen,
- sich fortbilden.

¹ Über die Konferenz selbst wird im Heft 5/2009 des BRAKMag berichtet.

² Veröffentlicht in BRAK-Mitt. 2008, 91 f.

Anwaltliche Tätigkeit dient also in besonderem Maße dem Gemeinwohl. Zugleich übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf in wirtschaftlicher Eigenverantwortung aus. Die Gestaltung dieses Spannungsverhältnisses darf nicht allein den Kräften des Marktes überlassen werden – Recht und Gerechtigkeit sind keine Ware. Es bedarf eines ausgleichenden Regelwerks.

Gezeichnet von:

Bundesrechtsanwaltskammer

Anwaltskammer der Republik Mazedonien

Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche
Zusammenarbeit

Ungarische Anwaltskammer

Bulgarische Anwaltskammer

Anwaltskammer der Republik Bosnien und Herzegowina

Tschechische Anwaltskammer

Nationale Anwaltskammer von Albanien

Anwaltskammer der Republik Srpska

Serbische Anwaltskammer

Kroatische Anwaltskammer

Anwaltskammer Montenegro

Föderale Anwaltskammer Russlands

Skopje, Republik Mazedonien,
am 29. Mai 2009

Stellungnahmen

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

Mai 2009

- Stellungnahme der BRAK (Nr. 15) zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 19) zur Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts, Fragebogen des Bundesministeriums der Justiz (AZ III B3 – 3600/19 – 34 316/2007)

Juni 2009

- Stellungnahme der BRAK (Nr. 16) zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz – BT-Drucks. 16/12098)
Hier: Recht des Zeugenbeistandes (neu)
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 17) zum Musterentwurf der Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Bundesländer
- Stellungnahme der BRAK (Nr. 18) zu den Verfassungsbeschwerden
 1. Dr. Martin Mozek und 6 andere (2 BvR 236/08)
 2. Robert Raser (2 BvR 237/08)
 3. Dr. Burkhard Hirsch und 13 andere (2 BvR 422/08)
 unmittelbar gegen Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007 (BGBl I S. 3198), insbesondere gegen § 100a

Abs. 2 u. 4, § 100f Abs. 1 u. 2, § 101 Abs. 5 u. Abs. 6, § 110 Abs. 3 u. § 160a Abs. 1 u. Abs. 2 StPO n.F.

Presseerklärungen

Nr. 8 vom 28. Mai 2009

Abspraken im Strafverfahren Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt gesetzliche Neuregelung

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Der Bundestag berät heute abschließend über eine gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren. Das neue Gesetz wurde ursprünglich durch den BGH initiiert: Das Gericht hatte 2005 an den Gesetzgeber appelliert, die bis dahin fehlende gesetzliche Grundlage für den Abschluss so genannter „Deals“ im Strafverfahren zu schaffen. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte im gleichen Jahr durch ihren Strafrechtsausschuss einen Gesetzentwurf erarbeitet, der dann auch die Grundlage der gesetzgeberischen Überlegungen bildete.

Mit dem heute im Bundestag zu beratenden Gesetzentwurf ist der Gesetzgeber den Vorstellungen der BRAK weitgehend gefolgt. So ist beispielsweise ein Abrücken des Gerichtes von einer einmal getroffenen Vereinbarung nur dann möglich, wenn vom Gericht wesentliche Umstände übersehen wurden oder sich nachträglich neue schwerwiegende Strafschärfungsgründe ergeben sollten. Weicht das Gericht von einer Vereinbarung ab, darf ein Geständnis, das der Angeklagte im Vertrauen auf eine solche Einigung gegeben hat, nicht verwertet werden. Auch sind Urteile, die auf einer vorherigen Verständigung beruhen, durch die Einlegung eines Rechtsmittels gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar. Ein Rechtsmittelverzicht ist insoweit nicht möglich.

„Das Gesetz schafft die vom Bundesgerichtshof geforderte Klarheit und Rechtssicherheit für Absprachen im Strafverfahren“, erläutert Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander Ignor, der Vorsitzende des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer. „Das bisher eher informelle Verfahren wird in das Licht der Hauptverhandlung gerückt und damit für alle Seiten transparenter und nachvollziehbarer. Einem Missbrauch von Verständigungen, wie er bislang nicht selten zu beklagen war, wird weitgehend vorgebeugt. Das liegt im Interesse des angeklagten Bürgers wie auch einer gerechten Strafverfolgung.“

Nr. 9 vom 28. Mai 2009

Mehr Schaden als Nutzen für den Rechtsstaat Bundesrechtsanwaltskammer gegen Kronzeugenregelung

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Der heute im Bundestag abschließend zu beratende Gesetzentwurf zur Kronzeugenregelung stößt auf heftige Kritik bei der Bundesrechtsanwaltskammer. Das neue Gesetz sieht vor, dass die Mithilfe von Angeklagten bei der Aufklärung von anderen Straftaten strafmildernd berücksichtigt werden kann.

„Das geplante Gesetz verstößt nicht nur gegen das Gleichheitsprinzip und den Grundsatz der schuldangemessenen Strafe“, erläutert Prof. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, „es besteht darüber hinaus die erhebliche Gefahr von Fehlurteilen. ‚Kronzeugen‘, denen eine Strafmilderung in Aussicht gestellt wird, könnten leicht in Versuchung geführt werden, Dritte mit Taten zu belasten, die diese gar nicht begangen haben. Außerdem ist zu erwarten, dass die neuen Regelungen eher zu einer Aufblähung und Verlängerung von Strafverfahren und damit zu einer unabsehbaren Mehrbelastung für die Justiz führen: Das Gericht muss sich jetzt nicht mehr nur mit der Tat des Angeklagten, sondern darüber hinaus auch mit dessen Behauptungen zu

weiteren Straftaten Dritter befassen. Das heißt, es muss gegebenenfalls sogar neue Beweise erheben, die mit den gegen den Angeklagten erhobenen Tatvorwürfen in überhaupt keinem Zusammenhang stehen. Das verstößt nicht zuletzt gegen das strafverfahrensrechtliche Beschleunigungsverbot.“

Nr. 10 vom 16. Juni 2009

Mehr als 150.000 Rechtsanwälte in Deutschland

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Insgesamt 150.377 Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen waren zum 1.1.2009 in der Bundesrepublik zugelassen, das sind 2,36 % mehr als im Vorjahr.

Die Rechtsanwaltskammer München verzeichnet erneut die meisten Mitglieder (18.528), gefolgt von der Rechtsanwaltskammer Frankfurt (16.903), der Rechtsanwaltskammer Hamm (13.254), der Rechtsanwaltskammer Berlin (12.087), der Rechtsanwaltskammer Köln (11.920) und der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf (11.155). Die Rechtsanwaltskammern Saarbrücken (1.369) und Zweibrücken (1.403) verzeichnen die niedrigste Mitgliederzahl.

Die Anzahl der Rechtsanwältinnen ist im Vergleich zum Vorjahr um 4,55 % angestiegen, insgesamt gibt es 46.736 Rechtsanwältinnen im Bundesgebiet (31,08 %).

Weiterhin bemerkenswert ist der Zuwachs an Fachanwälten. Nach der Einführung von vier neuen Fachanwaltschaften im Jahre 2006 und einer weiteren Fachanwaltschaft im Jahre 2007 gibt es mittlerweile 19 Fachanwaltschaften. Im vergangenen Jahr beschloss die Satzungsversammlung den Fachanwalt für Agrarrecht als 20. Fachanwaltstitel. Diese neue Regelung tritt am 1.7.2009 in Kraft. Die Gesamtzahl der bis zum Stichtag verliehenen Fachanwaltstitel stieg auf 35.919 (von 32.747 im Vorjahr).

Stärkste Fachanwaltschaft ist weiterhin die für Arbeitsrecht (8.038), gefolgt von der Fachanwaltschaft für Familienrecht (7.749). Von den in den vergangenen fünf Jahren neu eingeführten Fachanwaltschaften erwiesen sich als besonders begehrt die Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht (2.104), die Fachanwaltschaft für Bau- und Architektenrecht (1.845) und die Fachanwaltschaft für Miet- und Wohnungseigentumsrecht (1.887).

„Die steigende Zahl von Rechtsanwälten führt selbstverständlich zu einem wachsenden Wettbewerb auf dem Rechtsberatungsmarkt“, erläutert der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges. „Das erfordert einerseits von uns Anwälten eine immer bessere Mandantenorientierung, auf der anderen Seite profitieren die Verbraucher von dieser Entwicklung. Nicht zuletzt die steigende Zahl von Fachanwälten zeigt, dass die Anwaltschaft diese Zeichen der Zeit erkannt hat.“

Nr. 11 vom 19. Juni 2009

Schlichtungsstelle für Rechtsanwälte kann eingerichtet werden

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Der Bundestag hat gestern den Einspruch des Bundesrats gegen das Gesetz zur Modernisierung des anwaltlichen Berufsrechts mit der dafür notwendigen qualifizierten Mehrheit zurückgewiesen. Das Parlament hat damit u.a. den Weg für die Einrichtung einer bei der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) angesiedelten Schlichtungsstelle frei gemacht.

Die BRAK beginnt jetzt zügig mit der Realisierung dieses von ihr selbst initiierten Projektes.

„Neben organisatorischen Fragen werden wir uns intensiv mit der personellen Besetzung der Schlichtungsstelle befassen“, erläutert der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Axel C. Filges. „Es gilt, für die Position des Schlichters, der die Befähigung zum Richteramt haben muss, aber nicht Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt sein darf, eine unabhängige, erfahrene und

Das aktuelle Thema

kompetente Person zu finden. Unser Ziel ist es, die Entscheidung so zügig zu treffen, dass der Ombudsmann wie geplant am 1.1.2010 seine Arbeit aufnehmen kann.“

Die Schlichtungsstelle wird in Auseinandersetzungen zwischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten und ihren Mandanten

vermitteln. Sie wird damit die bereits von den regionalen Rechtsanwaltskammern angebotenen Schlichtungsmöglichkeiten ergänzen. Durch die neutrale Schlichtungsstelle bei der BRAK können künftig auch dort Streitigkeiten schnell und unbürokratisch gelöst werden.

Die 4. Sitzung der 4. Satzungsversammlung findet am 6./7.11.2009 in Berlin statt.

Pflichten und Haftung des Anwalts

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

Das aktuelle Thema

Fristwahrung

Die Tatsache, dass selbst der BGH am laufenden Band mit Wiedereinsetzungsfragen befasst ist, zeigt, dass die Fristwahrung immer ein aktuelles Thema ist. Viele Rechtsanwälte haben den ordnungsgemäßen Ablauf ihrer Büroorganisation nicht verinnerlicht. Die meisten Fehler sind zwar auf menschliches Versagen zurückzuführen, wären jedoch bei Beachtung gewisser Kontrollmechanismen vermeidbar. Eine durchdachte und an der Rechtsprechung ausgerichtete Büroorganisation lohnt sich also nicht nur deshalb, weil es bei den in § 233 ZPO genannten Fristen im Falle einer Fristversäumung Wiedereinsetzung geben kann, sondern vor allem, weil die Wahrscheinlichkeit einer Fristversäumung deutlich sinkt. Was zu beachten ist, soll im Folgenden an einigen aktuellen Entscheidungen dargestellt werden.

1. Fristberechnung und -notierung

Eine Anwaltspflicht, sich um die Einhaltung von Fristen zu kümmern, entsteht aus unterschiedlichsten Umständen. In der Regel wird sich die Frist aus einem Posteingang ergeben, z.B. einem zugestellten Urteil. Aber auch ein Mandantengespräch kann Anlass für die Fristnotierung sein (BGH, NJW-RR 2005, 498). Die Fristberechnung und -notierung darf grundsätzlich an Büropersonal delegiert werden. Darauf verlassen darf sich der Anwalt aber nur, wenn fertig ausgebildete und zuverlässig arbeitende Rechtsanwaltsgehilfen tätig werden. Auch bei diesen sind Stichproben nötig; ansonsten ist jedoch eine ständige Kontrolle erforderlich. Bei Auszubildenden kann diese Kontrolle durch einen ausgebildeten und zuverlässigen Mitarbeiter erfolgen, jedoch darf dieser sich nicht darauf beschränken, am Tisch gegenüber zu sitzen.

Weder Stichproben noch bloße Kontrolleinsichtnahmen in den Fristenkalender reichen aus, um die notwendige Überprüfung der von einem Auszubildenden vorgenommenen Fristeintragungen zu gewährleisten. Vielmehr ist ein Vergleich der Eintragungen im Fristenkalender mit den jeweiligen Akten erforderlich. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 22.4.2009 – IV ZB 22/08

Die Fristnotierung darf sich nicht auf den Fristenkalender beschränken, sondern es muss aus dem Schriftstück in der Akte durch einen Erledigungsvermerk ersichtlich sein, dass die Notierung im Kalender erfolgt ist (z.B. BGH, Beschl. v. 19.1.2006 – IX ZA 26/05, NZI 2006, 544). Nur wenn das der Fall ist, darf der Anwalt darauf vertrauen, dass die erfolgte Eintragung im Kalender erfolgt ist. Sinnvollerweise gibt es in jeder Handakte ein Vorblatt, aus dem wichtige Fristen ebenfalls ersichtlich sind; zwingend ist dies aber nicht.

a) ...

b) Die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist und ihre Eintragung im Fristenkalender müssen nicht in jedem Fall auf dem Handaktenbogen notiert werden. Auch die Anbringung entsprechender Vermerke auf dem jeweiligen Schriftstück genügt den an eine ordnungsgemäße Organisation des Fristenwesens zu stellenden Anforderungen.

BGH, Beschl. v. 26.1.2009 – II ZB 6/08, NJW 2009, 1083

Die Fristnotierung darf sich nicht auf den Fristablauf, also die Endfrist, beschränken, sondern es muss immer auch eine Vorfrist eingetragen werden.

Die Dauer der Vorfrist hat nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich eine Woche zu betragen und darf nur bei Vorliegen besonderer Umstände anders bemessen werden. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 17.2.2009 – VI ZB 33/07

2. Beiläufige Fristenprüfung

Wird dem Anwalt die Akte anlässlich der Vorfrist vorgelegt, und befasst er sich (nicht notwendigerweise noch am selben Tag, s. BGH, Beschl. v. 25.10.2005 – V ZB 111/05, BRAK-Mitt. 2006, 24) mit der fristgebundenen Handlung, endet das Vertrauen in die zutreffende Fristberechnung und -notierung durch das Personal. Spätestens bei Verfassen des Schriftsatzes muss also eine beiläufige Prüfung erfolgen, die sich nicht auf die in Bearbeitung befindliche Prozesshandlung beschränken darf:

Der Rechtsanwalt ist, auch nachdem die Berufungsbegründungsfrist nicht mehr mit der Einlegung der Berufung (§ 519 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F.), sondern mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten erstinstanzlichen Urteils (§ 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO n.F.) beginnt, verpflichtet, bei Vorlage der Handakten im Zusammenhang mit der Abfassung der Berufungsbegründung zu

prüfen, ob die Berufung innerhalb der Frist des § 517 ZPO eingelegt worden ist (Fortführung von BGH, Beschl. v. 25.5.1994 – XII ZB 57 und 92/94 – VersR 1995, 69).

BGH, Beschl. v. 16.10.2008 – III ZB 31/08, NJW 2008, 3706

Die beiläufige Fristenprüfung soll primär dazu dienen, eine etwa falsch berechnete oder notierte Frist noch innerhalb offener Frist zu erkennen und zu korrigieren. Ist die Frist jedoch bereits abgelaufen, so beginnt jetzt die Wiedereinsetzungsfrist gemäß § 234 ZPO. Versäumt der Anwalt die beiläufige Fristenprüfung, so kann später – bei Erkennen der Fristversäumung – die Wiedereinsetzungsfrist bereits abgelaufen sein, weil für den Fristbeginn auf die Erkennbarkeit der Fristversäumung abgestellt wird. Wird die Akte ohne Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt, muss hingegen keine Prüfung erfolgen (BGH, NJW 2008, 854).

3. Friststreichung

Die Wahrung von Fristen kann nur gewährleistet sein, wenn täglich der Kalender auf noch nicht erledigte Fristen hin überprüft wird. Diese tägliche Fristenkontrolle und Friststreichung darf ebenfalls an Büropersonal delegiert werden. Sie muss jedoch einer bestimmten Fachkraft zugewiesen sein. Bei einem Wechsel der Zuständigkeit muss sichergestellt sein, dass keine Unklarheiten bestehen bleiben (BGH, NJW 2007, 1453).

Am Abend muss der Fristenkalender „abgearbeitet“ sein, d.h. es dürfen keine unerledigten Fristen für den Tag darin stehen. Bei der Friststreichung muss der fristwahrende Zugang des Schriftstücks sichergestellt sein. Für Postsendungen bedeutet dies:

Eine Frist darf im Fristenkalender erst gestrichen werden, wenn die fristwahrende Maßnahme durchgeführt, der Schriftsatz also abgesandt oder zumindest postfertig gemacht und die weitere Beförderung der ausgehenden Post organisatorisch zuverlässig vorbereitet ist (st. Rspr., vgl. Senatsbeschl. v. 9.11.2005 – XII ZB 270/04 – FamRZ 2006, 192).

Das Ablegen der Schriftsätze in Postmappen stellt nicht den letzten Schritt auf dem Weg zum Adressaten dar. Vielmehr bedarf es weiterer Maßnahmen, wie des Kuvertierens und des Ablegens in ein Postausgangsfach, bevor die Sendungen postfertig sind und im nächsten Schritt zur Post gebracht werden können.

Eine verlässliche Ausgangskontrolle setzt aber zugleich voraus, dass die Frist nach Durchführung dieser Maßnahmen sofort – und nicht etwa erst an einem der folgenden Tage – gestrichen wird (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 15.12.1999 – XII ZB 158/99 – VersR 2000, 1563 f.).

BGH, Beschl. v. 22.4.2009 – XII ZB 167/08

Bei Versendung per Telefax ist eine Überprüfung von Sendeprotokoll, Faxnummer und Seitenzahl erforderlich. Diese Prüfung muss derjenige vornehmen, der die Frist im Kalender streicht. Eine bloße Nachfrage, ob das Fax herausgeschickt wurde, reicht nicht.

Der Rechtsanwalt kann zwar die Ausgangskontrolle auf zuverlässiges Büropersonal übertragen und braucht sie nicht selbst vorzunehmen; übernimmt er sie aber im Einzelfall selbst, muss er auch selbst für eine wirksame Kontrolle Sorge tragen. Wenn er die Löschung der entsprechenden Frist selbst veranlasst, muss er sich zuvor Klarheit darüber verschaffen, ob ein ordnungsgemäßes Sendeprotokoll und eine Empfangsbestätigung vorliegen. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 11.2.2009 – IV ZB 26/08, NJW-RR 2009, 785

Wenn diese Vorgaben strikt beachtet werden, sollte sich die Wahrscheinlichkeit von Fristversäumnissen erheblich senken lassen.

Rechtsanwältin Antje Jungk

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Haftung trotz Fehlern der Gerichte

Von den nicht berufsbezogenen allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts entfernt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dadurch, dass eine Haftung des Rechtsanwalts im Regelfall auch dann angenommen wird, wenn ein Fehler des Gerichts insbesondere bei der rechtlichen Aufarbeitung des Streitfalls für den Schaden einer Prozesspartei mit ursächlich geworden ist. Allerdings können die konkreten Umstände des Einzelfalls dazu führen, dass der Fehler des Rechtsanwalts bei wertender Betrachtung in keinem inneren Zusammenhang zu dem aus der Fehlentscheidung des Gerichts resultierenden Schaden steht.

Die Maßgeblichkeit der Sicht des Regressgerichts kommt jedoch nach Zielsetzung und Wirkung einem Eingriff in die anwaltliche Berufsfreiheit schon deshalb nicht gleich, weil mit ihr keinerlei Präjudiz für den Ausgang des Schadenersatzprozesses und damit auch keine tendenziell strengere Haftung des Rechtsanwalts verbunden ist. (eigene Leitsätze)

BVerfG, Beschl. v. 22.4.2009 – 1 BvR 386/09

Anmerkung:

Die Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten begegnet dann Bedenken, wenn auch dem im konkreten Fall beschäftigten Gericht Fehler unterlaufen, die für sich betrachtet als haftungsauslösende Pflichtverletzung angesehen werden könnten, gäbe es da nicht das Spruchrichterprivileg. Schon einmal hatte sich das BVerfG in einem Nichtannahmebeschluss mit dem Thema beschäftigt und folgende bemerkenswerte Passage formuliert: *Auch wenn eine Amtshaftung wegen des Richterprivilegs regelmäßig ausscheidet, legitimiert dies nicht die Haftungsverschiebung zu Lasten der Rechtsanwälte, ohne in Rechnung zu stellen, dass hierbei deren Grundrechte berührt werden. Auch als „Organe der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert (§ 51 BRAO) sind (1 BvR 399/02 v. 12.8.2002).*

Diese „Berührung“ hat den BGH aber nicht davon abhalten können, das Problem – zivilrechtlich durchaus korrekt – bei der Frage der Zurechnung abzuhandeln und weiterhin strenge Maßstäbe anzulegen (ausführlich zum Ganzen *Chab*, AnwBl. 2009, 379). So war es auch im Ausgangsfall (BGH, NJW 2009, 987 mit Anm. *Grams* in BRAK-Mitt. 2009, 69). In einem Mietprozess wies der Vermieter-Anwalt das Berufungsgericht nicht auf die BGH-Rechtsprechung hin, wonach durch jahrelange widerspruchslose Zahlung von Nebenkosten eine stillschweigende Vereinbarung zustande kommen kann, durch die eine Änderung des schriftlichen Mietvertrages erfolgt. Das Berufungsgericht bezog sich nur auf ältere Rechtsprechung und Literatur, so dass der Prozess verloren ging.

Wohl unter dem Eindruck und mit den durch die Entscheidung vom 12.8.2002 vorgezeichneten Argumenten legte die beklagte Sozietät Verfassungsbeschwerde ein. Auch diesmal lehnte die Kammer die Annahme ab, begründete aber die Entscheidung erneut recht ausführlich, wenn auch in der Diktion deutlich zurückhaltender. Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung der Beschwerde wird verneint. Die zivilrechtlichen Folgen der Schlechterfüllung von Verträgen fielen nicht in den Schutzbereich der als verletzt gerügten Berufsfreiheit, es bestünden allenfalls mittelbare Auswirkungen auf die Ausübung beruflicher Tätigkeit. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Einzelfall wertend zu betrachten und daraufhin zu untersuchen, ob der Fehler des Rechtsanwalts noch in einem inneren Zusammenhang zum Schaden steht, der zuletzt durch das entscheidende Gericht verursacht wurde. Die Kammer sieht bei

Rechtsprechungsleitsätze

der Verurteilung eines Anwalts in den betroffenen Fallgruppen allenfalls dann verfassungsrechtlich relevante Probleme, wenn sich die Gerichte überhaupt nicht mit dieser vom BGH vorgezeichneten Möglichkeit einer Unterbrechung des Kausalverlaufs beschäftigten. Damit lässt sich das BVerfG wohl die Türe offen, um eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit doch noch in Ausnahmefällen zu rügen.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Regressgericht und Inzidentprozess

Das Regressgericht muss die jeweils geltende Rechtslage unter Einbeziehung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung herausgearbeiteten Regeln und Grundsätze bestimmen. Wenn die im Ausgangsverfahren getroffene Entscheidung der Kontrolle einer anderen Gerichtsbarkeit als der Ziviljustiz untersteht, hat das Regressgericht bei der Beurteilung rechtlicher Streitfragen der jeweiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung der Fachgerichtsbarkeit zu folgen, weil ihr bei der Rechtsfindung eine überragend wichtige praktische Bedeutung zukommt. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 5.3.2009 – IX ZR 90/06, NJW 2009, 1422

Anmerkung:

Wenn ein Anwaltsfehler bewirkt, dass ein Prozess nicht mehr oder nur noch unter anderen Voraussetzungen geführt werden kann, wird vom Regressgericht bei der Kausalitätsprüfung der hypothetische Verlauf des Vorprozesses – ohne die anwaltliche Pflichtverletzung – geprüft. Dabei ist nicht maßgeblich, wie das im Vorprozess tatsächlich zuständige Gericht entschieden hätte (also grds. kein Zeugenbeweis durch Einvernahme der ursprünglich zuständigen Richter). Vielmehr entscheidet das Regressgericht aus eigener Überzeugung, allerdings auf der Grundlage der damals geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine spätere Änderung dieser Rechtsprechung oder eine abweichende Auffassung des Regressrichters sind in der Regel rechtlich unerheblich (BGH, NJW 2001, 146). Das für den Haftpflichtprozess zuständige Zivilgericht muss somit inzident auch Rechtsfragen aus anderen Fachgerichtsbarkeiten entscheiden, beispielsweise arbeits-, verwaltungs-, oder – wie hier – finanzprozessrechtliche. Der BGH könnte sich auf diesem Wege also zu einem arbeitsrechtlichen Problem äußern und hierdurch möglicherweise eine unsichere Rechtslage schaffen. Dies soll indes vermieden werden. Die Fachkompetenz der Fachgerichte muss vom Regressgericht anerkannt werden, so dass es nicht zu divergierenden Entscheidungen kommen kann. Im vorliegenden Fall hatte das Berufungsgericht diese Maßgabe beachtet, die Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Anwaltspflichten bei Rechtsschutzversicherung

Weist der Anwalt den Mandanten darauf hin, dass manche Rechtsschutzversicherer die Erstattung einer Geschäftsgebühr für ein zunächst außergerichtliches Vorgehen gegen eine Arbeitgeberkündigung ablehnen, so behält er im Ablehnungsfall den Anspruch auf Zahlung der Gebühr gegen den Mandanten.

AG Essen-Borbeck, Urt. v. 23.3.2009 – 6 C 287/08

Anmerkung:

Der Mandant verweigerte dem Anwalt die Zahlung einer (aufgrund der Anrechnung gem. Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG anteiligen) Geschäftsgebühr, nachdem der Rechtsschutzversicherer die Übernahme dieser Geschäftsgebühr für eine außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts nach Zugang einer Arbeitgeberkündigung mit der Begründung abgelehnt hatte, dies stelle eine unnötige Kostenerhöhung dar, da hier sogleich Kündigungsschutzklage hätte erhoben werden können.

Auf die Klage des Anwalts verurteilte das Amtsgericht den Mandanten zur Zahlung des Anwaltshonorars. Die vom Mandanten

zur Verteidigung gegen die Klage gegen den Anwalt erhobenen Vorwürfe seien unbegründet. Der Anwalt habe den Mandanten gem. § 49b Abs. 5 BRAO in den vom Mandanten gegengezeichneten Mandatsbedingungen darüber belehrt, dass sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert richten. In einer gesonderten, ebenfalls vom Mandanten gegengezeichneten „Belehrung zu Rechtsschutzversicherungen“ hat der Anwalt weiter ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für die außergerichtliche Tätigkeit eine Geschäftsgebühr anfallt und dass einzelne Rechtsschutzversicherer die Auffassung vertreten, dass bei einer Arbeitgeberkündigung zur Kostengeringshaltung sofort Klageauftrag erteilt werden müsse.

Außerdem sei dem Mandanten nach Ansicht des Gerichts auch kein kausaler Schaden entstanden, weil der Rechtsschutzversicherer die Erstattung der Geschäftsgebühr zu Unrecht abgelehnt habe. § 17 Abs. 5 c) cc) ARB 2000 bestimme nur, dass der Versicherungsnehmer jede *unnötige* Kostenerhöhung zu vermeiden habe. Dies gelte auch nur insoweit, als die Interessen des Versicherungsnehmers nicht unbillig beeinträchtigt würden. Der Versicherungsnehmer sei im Interesse einer möglichen weiteren Zusammenarbeit mit seinem Arbeitgeber nach Erhalt einer Arbeitgeberkündigung berechtigt, zunächst den Versuch einer außergerichtlichen Einigung zu unternehmen (ebenso z.B. LG Köln, JurBüro 2008, 199; LG Stuttgart, VersR 2008, 1205; a.A. z.B. LG Hamburg, JurBüro 2008, 488). Einen Erfahrungssatz, dass ein solcher Versuch aussichtslos sei, gebe es nicht. Im Erfolgsfall seien die Kosten geringer als bei einer Klage. Der Versuch einer vorherigen außergerichtlichen Beilegung entspreche der Intention des Gesetzgebers. Ob der Versuch Erfolg habe, ergebe sich erst im Nachhinein. Für die Frage, ob Kosten unnötig seien, sei jedoch die Ex-ante-Sicht maßgeblich.

Die Frage, ob der Rechtsschutzversicherer in dieser Konstellation die Geschäftsgebühr übernehmen muss, ist in der Rechtsprechung umstritten, wobei es auch auf die Umstände des Einzelfalls ankommen dürfte (vgl. *Schons*, AGS 2008, 418; *Henke*, AGS 2008, 421). Der Anwalt tut daher gut daran, den Mandanten auf dieses mögliche Problem hinzuweisen und dessen Entscheidung einzuholen.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Fristen**Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung im Zwangsversteigerungsverfahren**

1. ...

2. Das Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung ergibt sich für die gemäß §§ 869, 793 ZPO befristeten Rechtsmittel in Zwangsversteigerungsverfahren unmittelbar aus der Verfassung; fehlendes Verschulden des Rechtsmittelführers ist unwiderleglich zu vermuten, wenn der Belehrungsmangel für die Versäumung der Rechtsmittelfrist ursächlich ist (Senatsbeschl. v. 26.3.2009 – V ZB 174/08). Nichts anderes gilt für das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde, denn seine Erfordernisse sind ebenso kompliziert und schwer zu erfassen wie diejenigen der sofortigen Beschwerde. (eigene Leitsätze)

BGH, Beschl. v. 7.5.2009 – V ZB 12/09

Anmerkung:

Zwangsversteigerungsverfahren sind tückisch und dementsprechend auch haftungsträchtig. Bezüge zum Grundbuchrecht und unübersichtliche Rechtsbehelfe erfordern eine gründliche Einarbeitung, zumal Entscheidungen oft „vor Ort“ während der Versteigerung selbst getroffen werden müssen und nicht mehr geändert oder nachgeholt werden können. Bezüglich der Rechtsbehelfe konzidiert dies der V. ZS des BGH, indem er

Rechtsprechungsleitsätze

konkret Wiedereinsetzung nach der Versäumung der Frist zur Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde gewährte. Vorausgegangen war der Antrag eines Verfahrensbeteiligten auf Einzelausgebot einzelner Miteigentumsanteile. Diesen Antrag hatte das Amtsgericht zurückgewiesen. Gegen die Zuschlagserteilung legte der Beteiligte sofortige Beschwerde ein, allerdings ohne Erfolg. Die Besonderheit des Falles lag nun darin, dass der Beteiligte noch während des Verfahrens das Mandat mit dem Prozessbevollmächtigten gekündigt hatte, die Kündigung aber dem Gericht noch nicht angezeigt war, so dass die Beschwerdeentscheidung noch dem nicht mehr mandatierten Anwalt zugestellt wurde. Dieser leitete den Beschluss lediglich kommentarlos weiter, insbesondere ohne auf mögliche Rechtsmittel und Fristen hinzuweisen. Erst nach Fristablauf legten neue Verfahrensbevollmächtigte die Rechtsbeschwerde beim BGH ein, verbunden mit dem Wiedereinsetzungsantrag.

Man hätte die Entscheidung zur Wiedereinsetzung wohl auch schlicht mit mangelndem Verschulden des Beschwerdeführers begründen können. Der BGH geht allerdings weiter und statuiert eine Rechtsbehelfsbelehrung der Gerichte unmittelbar aus der Verfassung (!). Für die befristeten Rechtsmittel im Zwangsversteigerungsverfahren nach §§ 869, 793 ZPO hatte der V. ZS dies bereits in der oben zitierten Entscheidung gefordert. Zwar sind die jeweiligen Entscheidungen auch ohne Rechtsmittelbelehrung wirksam. Auch die jeweilige Frist läuft an, wie es die gesetzliche Regelung vorsieht. Allerdings kann die Partei Wiedereinsetzung erhalten. Bei fehlender Rechtsmittelbelehrung wird unwiderleglich vermutet, dass die Fristversäumung hierauf beruht.

Nun wird die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung auch auf die Rechtsbeschwerde erweitert und – anders als es beim Beschluss vom 26.3.2009 der Fall war – auch auf die Partei ausgedehnt, die im Verfahren zumindest schon einmal anwaltlich vertreten war. Wie man hört, kommen die Amtsgerichte im Zwangsversteigerungsverfahren den neuen Pflichten bereits nach. Jetzt müssen auch die Rechtsmittelgerichte nachziehen.

Übrigens: In der Sache selbst hatte der Beschwerdeführer kein Glück. Ein Einzelausgebot war tatsächlich nicht möglich.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Keine Wiedereinsetzung wegen neuer rechtlicher Erkenntnisse

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht gewährt werden, wenn sich die Partei darauf beruft, eine ihr günstige Entscheidung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist aufgefunden zu haben.

BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – IX ZA 6/09, ZIP 2009, 987; WM 2009, 1011; FamRZ 2009, 1056

Anmerkung:

In diesem Fall ließ man die Rechtsmittelfrist (gegen einen Beschluss, mit dem eine sofortige Beschwerde gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgewiesen worden war) offenbar bewusst verstreichen. Erst knapp ein Jahr nach Zugang der angefochtenen Entscheidung wurde PKH zur Durchführung einer Rechtsbeschwerde und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags wurde ausgeführt, man habe eine für die Beschwerdeführerin günstige Entscheidung erst jetzt aufgefunden.

Dieser Antrag wurde vom BGH zu Recht mit sehr knapper Begründung abgelehnt. Eine erst nachträglich aufgefundene günstige Entscheidung stellt keinen Wiedereinsetzungsgrund dar. Der BGH begründet dies lediglich nach dem Grundsatz „Da könnte ja jeder kommen“, aber unter Verweis auf BVerfG, NJW 1996, 512 und BayObLG, NJW-RR 2000, 772.

Dort wird zutreffend dargestellt, dass in einem solchen Fall kein Hindernis in Bezug auf die Vornahme der Verfahrenshandlung, nämlich die Einlegung des Rechtsmittels vorliege, da kein Irrtum über formelle Voraussetzungen des Rechtsmittels, sondern über die das materielle Recht betreffende Frage der möglichen Erfolgsaussichten des Rechtsmittels bestehe. Der Rechtsmittelführer sei sich also der Möglichkeit einer fristrechtlichen Beschwerde bewusst und habe die Frist in Kenntnis von deren Bestehen willentlich verstreichen lassen, da ihm nur nicht ersichtlich gewesen sei, wie er ein Rechtsmittel erfolgversprechend begründen solle. Ein derartiger Irrtum über die materielle Rechtslage, ob verschuldet oder nicht, begründe jedoch keine Wiedereinsetzung. Eine solche komme nicht in Betracht, wenn bloß ein neuer sachlicher Gesichtspunkt nach Ablauf der Frist bekannt werde. Dies gebiete der Gedanke der Rechtssicherheit, da Sinn jedes Rechtsmittels auch sei, eine ungewisse Rechtslage klären zu lassen.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Zivilprozessrecht

Rechtliches Gehör vor Abweisung einer Feststellungsklage

Unterlässt das Berufungsgericht, auf die Konkretisierung eines unbestimmten Feststellungsantrags hinzuwirken, nach welchem das Eingangsgericht erkannt hat, verkürzt es das rechtliche Gehör des Berufungsbeklagten, wenn es nunmehr die Feststellungsklage als unzulässig abweist.

BGH, Beschl. v. 23.4.2009 – IX ZR 95/06, WM 2009, 1155

Anmerkung:

Das Verfahren betraf Regressansprüche gegen einen Steuerberater, was in der Revisionsinstanz die Zuständigkeit des IX. ZS begründete. Die Ansprüche wurden mittels Feststellungsantrags verfolgt, dem in erster Instanz auch stattgegeben wurde. Unmittelbar im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem OLG erging ein klageabweisendes Urteil mit der Begründung, dass der Feststellungsantrag zu unbestimmt gefasst sei. Die Feststellungsklage sei daher unzulässig gewesen. Konsequenterweise ließ der OLG-Senat die Revision nicht zu. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH machten die Kläger geltend, dass hierin eine unzulässige Verkürzung des rechtlichen Gehörs liege. Das Berufungsgericht hätte auf die nach seiner Ansicht nicht ausreichende Bestimmtheit des Feststellungsantrags hinweisen und auf einen zulässigen Antrag hinwirken müssen. Aus der Beschwerdeschrift ergab sich auch, dass es möglich gewesen wäre, den Antrag neu und exakter zu fassen.

Der BGH folgte den Ausführungen der Nichtzulassungsbeschwerde und hob das Urteil auf. Es ist zwar allgemein anerkannt, dass die Gerichte nicht unnötig auf Unzulänglichkeiten der Klageschrift – z.B. bei mangelnder Schlüssigkeit – hinzuweisen haben, wenn schon die Gegenseite dies in eindeutiger und ausreichender Weise rügt. In den Gründen wird angedeutet, dass dies bei unrichtigen Anträgen nicht unbedingt der Fall sei; auf eine korrekte Antragstellung hätten die Gerichte stets und in jeder Instanz hinzuwirken. In jedem Fall aber müsse berücksichtigt werden, dass die erste Instanz den Antrag für zulässig gehalten habe. Dies wiege mindestens so schwer wie etwaige Rügen der Gegenseite, so dass diese dem Anwalt keine ausreichende Veranlassung gegeben haben, die Fassung des Antrags zu ändern.

Die Klägerseite erhielt damit im Ergebnis noch eine Chance zur Nachbesserung und damit zur Weiterverfolgung des Beraterregresses. Auf der anderen Seite dürfte damit mutmaßlich ein Anwaltsregress vermieden worden sein.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Vergütung – Unzulässige Deckelung der Strafverteidigervergütung auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren

BRAO § 49b Abs. 1; RVG § 3a Abs. 2; StPO § 140

***1. Wird an eine Stundenhonorarvereinbarung die Grenze des Fünffachen angelegt, so setzt sich der richterliche Gestaltungsakt über den für die Parteien bestimmenden Zeitfaktor hinweg, auf den die gesetzlichen Gebühren gerade nicht abheben. Vielmehr wird durch die Kappung des Honoraranspruchs auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren das Stundenhonorar der Sache nach in ein Pauschalhonorar umgestaltet.**

***2. Die Stellung des RA als Organ der Rechtspflege kann für sich allein weder Grundlage noch Maßstab einer Reduzierung des Honoraranspruchs sein.**

***3. Da die gesetzlichen Gebühren eine adäquate Vergütung des konkreten Mandats nicht anstreben, beinhalten sie auch keine ökonomische Bewertung der Anwaltsleistungen im einzelnen Fall. Daraus, dass die gesetzliche Vergütung im Rahmen der Mischkalkulation angemessen ist, lässt sich deswegen nicht herleiten, der fünffache Satz sei – nur bezogen auf ein konkretes Mandat – unangemessen.**

***4. Die Grenze des Fünffachen belastet nicht nur den Anwalt, sondern kann sich im Einzelfall auch zum Nachteil des Mandanten auswirken.**

BVerfG, Beschl. v. 15.6.2009 – 1 BvR 1342/07

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen zivilgerichtliche Urteile, durch die ein anwaltlicher Honoraranspruch aus einer Vergütungsvereinbarung gekürzt wurde.

I. 1. Der Bf. ist Fachanwalt für Strafrecht. Im Januar 2002 übernahm er die Strafverteidigung eines sich in Untersuchungshaft befindenden Beschuldigten, dem ein Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz zur Last gelegt wurde. Dem Mandat lag eine Honorarvereinbarung mit dem Bruder des Beschuldigten, dem Bkl. des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Bkl.), zugrunde. Vereinbart wurde ein Honorar von 320 Euro für jede Arbeitsstunde. Die vom Bf. in der Folgezeit erbrachten Tätigkeiten hatten neben zahlreichen Besuchen des Beschuldigten in der Justizvollzugsanstalt auch die Teilnahme an der über mehrere Verhandlungstage andauernden Hauptverhandlung zum Gegenstand. Das Verfahren endete mit einer Verurteilung des – in einer Verhandlungspause geflohenen – Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren.

Der Bf. stellte dem Bkl. etwa 63 Arbeitsstunden in Rechnung, woraus sich zzgl. Auslagen und MwSt. eine Gesamtforderung i.H.v. 23.911,05 Euro ergab. Da der Bkl. hierauf lediglich 6.874,84 Euro zahlte, machte der Bf. die Restforderung auf dem Klagewege gehend. Nachdem das LG ein Teilerkenntnisurteil i.H.v. 8.959,16 Euro erlassen hatte, verurteilte es den Bkl. mit Schluss- und Endurteil zur Zahlung weiterer 2.554,88 Euro und wies die Klage im Übrigen ab. Das vereinbarte Honorar sei unangemessen hoch und deswegen auf den angemessenen Betrag, das Fünffache der gesetzlichen Gebühren, herabzusetzen. Das LG stützte die Kürzung auf § 3 Abs. 3 BRAGO in der zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Fassung. Bei Anwendung dieser Vorschrift folgte das LG der Auffassung

des BGH, wonach bei Strafverteidigungen eine tatsächliche Vermutung für die Unangemessenheit der vereinbarten Vergütung sprechen soll, wenn sie mehr als das Fünffache über den gesetzlichen Höchstgebühren liegt. Eine Entkräftung dieser Vermutung ist nach Ansicht des BGH nur möglich, wenn der RA ganz ungewöhnliche, geradezu extrem einzelfallbezogene Umstände darlegt, die es möglich erscheinen lassen, dass bei Abwägung aller für die Herabsetzungsentscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte die Vergütung nicht als unangemessen hoch anzusehen ist (vgl. BGHZ 162, 98, 107).

2. Die hiergegen gerichtete Berufung wies das OLG zurück. Sinn und Zweck des § 3 Abs. 3 BRAGO sei es, dem RA beim Abschluss einer Vergütungsvereinbarung Mäßigung aufzuerlegen. Zur Durchsetzung dieses Mäßigungsgebots sei die Festlegung einer allgemeinen Honorargrenze angezeigt. Hierbei müssten die gesetzlichen Gebühren, mit denen der Gesetzgeber den ökonomischen Wert der anwaltlichen Leistung bemesse, und nicht die Maßstäbe des Marktes Bezugspunkt sein. Dies sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Die anwaltliche Vergütung stehe im Spannungsfeld zwischen dem zur Berufsausübungsfreiheit gehörenden Anspruch auf angemessene Vergütung und dem aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Justizgewährungsanspruch. Letzterer fordere, dass der Zugang zu den Gerichten nicht durch unangemessen hohe Kosten der Rechtsverfolgung unzumutbar erschwert werde. Bei der Beurteilung des gesetzlichen Systems der anwaltlichen Vergütung verbiete sich deshalb die isolierte Betrachtung eines Mandats. Der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sei Genüge getan, wenn der gesetzliche Gebührenanspruch so bemessen sei, dass der RA im Rahmen einer Mischkalkulation aus seinem Gebührenaufkommen sowohl seinen Kostenaufwand als auch seinen Lebensunterhalt bestreiten könne. Sei in diesem Sinne die gesetzliche Vergütung aber im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Mischkalkulation angemessen, so gelte dies erst recht für den fünffachen Satz. Dieser sei sprichwörtlich „mehr als angemessen“. Die tatsächliche Vermutung, dass die vereinbarte Vergütung unangemessen hoch sei, habe der Bf. nicht zu widerlegen vermocht.

3. Mit seiner gegen die gerichtlichen Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.

4. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Sächsische Staatsministerium der Justiz, der Präsident des BGH, die BRAK, der DAV sowie der Gegner des Ausgangsverfahrens Stellung genommen.

II. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr statt, weil dies zur Durchsetzung des Rechts des Bf. aus Art. 12 Abs. 1 GG angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Auch die weiteren Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG liegen vor.

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

Nach den Grundsätzen der beschränkten verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f., 96; 85, 248, 257 f.) sind die Auslegung

und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts Aufgabe der Fachgerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG weitgehend entzogen. Das BVerfG überprüft – abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot – nur, ob die fachgerichtlichen Entscheidungen Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen. Das ist der Fall, wenn die von den Fachgerichten vorgenommene Auslegung der einfachrechtlichen Normen die Tragweite des einschlägigen Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt (vgl. BVerfGE 87, 287, 323).

Diese Voraussetzungen für eine Korrektur durch das BVerfG liegen hier vor. Das LG hat bereits gänzlich unbeachtet gelassen, dass sich der Bf. bei Abschluss einer Vergütungsvereinbarung im Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG bewegt. Das OLG hat dies zwar erkannt, allerdings führt das Berufungsurteil zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Berufsfreiheit des Bf.

a) Die Garantie der freien Berufsausübung schließt die Freiheit ein, das Entgelt für berufliche Leistungen frei mit den Interessenten auszuhandeln (vgl. BVerfGE 106, 275, 298; 114, 196, 244; 117, 163, 181). Zwar wird die Vertragsfreiheit auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet (vgl. BVerfGE 65, 196, 210; 74, 129, 151 f.). Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit gerade im Bereich der beruflichen Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, so scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab aus (vgl. BVerfGE 117, 163, 181).

b) Die angegriffenen Entscheidungen berühren den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Regelungen und diese umsetzende Entscheidungen, die die Vergütung für die berufliche Tätigkeit festlegen, weisen unmittelbaren Berufsbezug auf (vgl. BVerfGE 83, 1, 13; 101, 331, 347). Das BVerfG hat darüber hinaus bereits entschieden, dass die gerichtliche Aberkennung eines vertraglichen Gebührenanspruchs wegen vermeintlicher Unbestimmtheit der Vergütungsvereinbarung einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt (vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 12.8.2002 – 1 BvR 328/02 –, NJW 2002, 3314). Nichts anderes gilt, wenn – wie hier – der Honoraranspruch auf der Grundlage des § 3 Abs. 3 BRAGO – heute findet sich eine inhaltsgleiche Regelung in § 3a Abs. 2 RVG – durch richterlichen Gestaltungsakt reduziert wird.

c) Das OLG hat bei Auslegung und Anwendung von § 3 Abs. 3 BRAGO zwischen der Berufsausübungsfreiheit des Bf. (aa) und den potentiell betroffenen gegenläufigen Belangen (bb) den von Verfassungs wegen gebotenen verhältnismäßigen Ausgleich verfehlt (cc).

aa) Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen RA (vgl. BVerfGE 110, 226, 251 f.).

Recht zum freien Aushandeln des Honorars

Dem entspricht, dass auch RAe das Entgelt für ihre beruflichen Leistungen frei aushandeln können (vgl. BVerfGE 117, 163,

181). Dabei lässt auch beim Abschluss von Vergütungsvereinbarungen der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien regelmäßig auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242, 254; 103, 89, 100 f.). Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Bf. durch die Abänderung des vereinbarten Honorars gewichtig.

(1) Der Schutz der berufsbezogenen Vertragsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG wird nicht deshalb in Frage gestellt, weil der Abschluss von Vergütungsvereinbarungen in einem Umfeld stattfinden muss, das es dem RA erschwert, seine Honorarvorstellungen durchzusetzen (vgl. BVerfGE 118, 1, 19). Abgesehen davon, dass die gesetzlichen Gebühren und Auslagen grundsätzlich nicht unterschritten werden dürfen (vgl. § 49b Abs. 1 BRAO), erlangt bei Vereinbarung eines höheren Honorars faktisch die Leitbildfunktion der gesetzlichen Gebührenordnung maßgebliche Bedeutung (vgl. BVerfGE 118, 1, 19). Denn der Mandant wird typischerweise davon ausgehen, dass mit den gesetzlichen Gebühren die anwaltliche Leistung dem Aufwand entsprechend abgegolten wird und sich vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung fragen, mit welcher besonderen Leistung die Abweichung von den gesetzlichen Gebühren gerechtfertigt sein soll. Außerdem erhält der Mandant selbst bei erfolgreichem Abschluss der Angelegenheit auch in Strafsachen nur die gesetzlichen Gebühren und Auslagen seines Verteidigers erstattet (vgl. § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO i.V.m. § 91a Abs. 2 ZPO).

(2) Die Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit wird daran deutlich, dass die angegriffenen Entscheidungen den vertraglichen Vergütungsanspruch des Bf. nicht nur der Höhe nach erheblich reduzieren, sondern auch den Charakter der Vereinbarung gleich in zweifacher Weise umgestaltet haben.

Dies gilt zunächst mit Blick auf den Gegenstand der Vergütung. Beim Abschluss einer Vergütungsvereinbarung treffen die Parteien eine Vereinbarung mit Blick auf das konkrete Mandat und bewerten dabei insbesondere dessen Bedeutung sowie den für die Bearbeitung nötigen Arbeitsaufwand. Demgegenüber erheben die gesetzlichen Gebühren nicht den Anspruch, das konkrete Mandat nach diesen Maßstäben adäquat oder auch nur kostendeckend zu vergüten. Ihnen liegt vielmehr eine Konzeption zugrunde, nach der erst das Gebührenaufkommen des RA in der Gesamtheit geeignet sein muss, sowohl seinen Kostenaufwand als auch seinen Lebensunterhalt abzudecken (vgl. BVerfGE 80, 103, 109; 85, 337, 349).

Dies soll durch eine Mischkalkulation, also eine Quersubventionierung der weniger lukrativen durch gewinnträchtige Mandate, sichergestellt werden (vgl. BVerfGE 83, 1, 14). Zielt die gesetzliche Regelung aber nicht auf eine adäquate Vergütung im Fall des konkreten Mandats, sondern auf eine im geschilderten Sinne auskömmliche Gesamtvergütung, so wird tiefgehend in die Freiheit privatautonomer Gestaltung eingegriffen, wenn deren Ergebnis an dem Maßstab dieses grundlegend anderen Vergütungskonzepts gemessen wird.

Mischkalkulation/ Quersubventionierung

Die angegriffenen Urteile beschränken sich indes nicht darauf, die Maßstäbe eines am konkreten Fall orientierten Honorars durch die einer Mischkalkulation auszuwechseln. Eingegriffen wird vielmehr auch in das der Vergütungsvereinbarung zugrunde liegende Abrechnungsmodell. Wird – wie hier – die Grenze des Fünffachen an eine Stundenhonorarvereinbarung angelegt, so setzt sich der richterliche Gestaltungsakt über den für die Parteien bestimmenden Zeitfaktor hinweg, auf den die gesetzlichen Gebühren gerade nicht abheben. Vielmehr wird durch die Kappung des Honoraranspruchs auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren das Stundenhonorar der Sache nach in ein Pauschalhonorar umgestaltet.

Unzulässige Umgestaltung in Pauschalhonorar

Zwar lässt sich die Kappung in jedem Einzelfall auch als eine entsprechende Reduzierung des Stundensatzes darstellen. Die Integrität des Abrechnungsmodells wahrt dies aber deswegen nicht, als sich die Obergrenze weiterhin zeitunabhängig bemisst, also proportional zum steigenden Stundenaufwand der Stundensatz sinkt.

bb) Für diesen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Bf. lassen sich allerdings im Grundsatz gleichfalls gewichtige Gemeinwohlbelange anführen.

(1) Dies gilt zunächst, soweit die angegriffenen Urteile auf den Schutz des Mandanten vor überhöhten Vergütungsforderungen verweisen. Der Mandantenschutz zählt ab Ausprägung des allgemeinen Verbraucherschutzes zu den schutzwürdigen Gemeinwohlbelangen (vgl. BVerfGE 117, 163, 184). Auch ist der Mandant beim Abschluss von anwaltlichen Vergütungsvereinbarungen typischerweise in besonderem Maße schutzbedürftig. Dies erklärt sich daraus, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um eine immaterielle Leistung handelt, deren Gegenwert der Rechtsuchende selten ermitteln kann. Hinzu kommt die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Mandant und RA hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Rechtssache sowie des zu ihrer sachgerechten und möglichst erfolgreichen Betreuung erforderlichen Aufwands. Dieses Problem mangelnder Transparenz lässt sich durch einen Preiswettbewerb unter den RAen nicht lösen. Gerade in Strafverfahren ist es unwahrscheinlich, dass Mandanten vor der Beauftragung eines bestimmten RA weitere Angebote einholen und damit die Grundlage für einen Preiswettbewerb schaffen (vgl. BVerfGE 117, 163, 184 f.). Wird – wie vorliegend – ein Zeithonorar vereinbart, kommt hinzu, dass der tatsächlich angefallene Zeitaufwand dem Mandanten verborgen bleibt, ein unredlicher RA also in weitem Umfang ohne Kontrolle seiner tatsächlichen Leistung vertraglich seinen Mandanten finanziell beanspruchen kann.

Darüber hinaus ist im Bereich der Strafverteidigung das Schutzbedürfnis des Mandanten im Regelfall besonders hoch. Der auf die Ermittlung des Sachverhalts angelegte Strafprozess mit seiner Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch im Interesse des Rechtsgüterschutzes Einzelner um der Allgemeinheit willen durchzusetzen, ist mit erheblichen Belastungen und möglichen weitreichenden Folgen für den Betroffenen verbunden (vgl. BVerfGE 110, 226, 253). Insbesondere in Ansehung einer drohenden langjährigen Haftstrafe wird ein Beschuldigter daher eher bereit sein, für die von ihm erhoffte effektive Verteidigung auch eine unangemessen hohe Vergütung zu entrichten.

(2) Das OLG hat unter Hinweis auf die Rspr. des BGH weiter darauf abgestellt, dass der RA zur Mäßigung verpflichtet sei (vgl. BGHZ 162, 98, 106). Es gelte, Auswüchse bei vertraglichen Vergütungsregelungen zu beschneiden, die mit der besonderen Stellung des RA als Organ der Rechtspflege nicht vereinbar seien (vgl. BGH, Urt. v. 15.5.1997 – IX ZR 167/96 –, NJW 1997, 2388, 2389). Sollte das damit umschriebene Mäßigungsgebot darauf abzielen, die berufsbezogene Vertragsfreiheit des RA allein wegen seiner Stellung als Organ der Rechtspflege Einschränkungen zu unterwerfen, würde dies die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen. Der RA übt einen freien Beruf aus, bei dem sich kommerzielles Denken nicht schlechthin verbietet (vgl. BVerfGE 87, 287, 329 f.; 117, 163, 183). Auch die Begrenzung des Einkommens von RAen ist für sich genommen kein legitimes Ziel für Eingriffe in die Berufsfreiheit (vgl. BVerfGE 118, 1, 22 f.). Schließlich kann das durch überhöhte Honorare möglicherweise gefährdete Ansehen eines Berufs Beschränkungen der Berufsfreiheit nur dann rechtfertigen, wenn über bloße berufsständische Belange hinaus das Allgemeininteresse berührt ist (vgl. BVerfGE 76, 171, 189).

Vor diesem Hintergrund kann die Stellung des RA als Organ der Rechtspflege für sich allein weder Grundlage noch Maßstab einer Reduzierung des Honoraranspruchs sein.

Ist hiernach Mäßigung um der Mäßigung willen kein legitimes Gemeinwohlziel, so kann die Stellung des RA als Organ der Rechtspflege doch mittelbar

**Unzulässige
Mäßigung um der
Mäßigung willen**

Bedeutung erlangen. Denn der Schutz des – für eine funktionierende Rechtspflege wesentlichen – Vertrauens der Rechtssuchenden in die Integrität der Anwaltschaft stellt einen schutzwürdigen Gemeinwohlbelang dar (vgl. BVerfGE 117, 163, 184). Dieses Vertrauen kann erschüttert werden, wenn ein RA den Abschluss einer Vereinbarung über ein Honorar erreicht, dessen Höhe die gesetzlichen Gebühren um ein Mehrfaches übersteigt. Dies liegt in der faktischen Leitbildfunktion der gesetzlichen Gebührenordnung begründet. Vor ihrem Hintergrund wird der Rechtsuchende – ungeachtet der tatsächlich zugrunde liegenden abweichenden Konzeption – typischerweise davon ausgehen, dass mit den gesetzlichen Gebühren die anwaltliche Leistung auch im konkreten Fall angemessen abgegolten ist. Die Befürchtung, bei einer die gesetzlichen Gebühren mehrfach übersteigenden Vergütung könne ein Rechtsuchender den Eindruck gewinnen, er sei von seinem RA übervorteilt worden, ist nicht von der Hand zu weisen.

(3) Soweit das OLG neben dem Mandantenschutz und dem Mäßigungsgebot auch auf die Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs (Art. 19 Abs. 4 GG) abgehoben hat, trägt diese Erwägung schon in ihrem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt nicht.

Zwar gehört es auch zum Schutzauftrag des Staates, darauf zu achten, dass die Justizgewährung nicht durch zu hohe Anwaltskosten erschwert wird (vgl. BVerfGE 118, 1, 25). Für den vorliegenden Fall eines Strafverfahrens folgt hieraus, dass das Recht des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren nicht gefährdet werden darf. Gewährleistet ist insoweit insbesondere die Zuziehung und Auswahl eines Verteidigers (vgl. BVerfGE 110, 226, 253). Dass diese Gewährleistung vorliegend die Reduzierung eines ausgehandelten Honoraranspruchs erforderlich macht, ist allerdings nicht erkennbar. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein Beschuldigter der Dienste des von ihm gewünschten RA nicht versichern kann, wenn dieser nur auf Grundlage einer Vergütungsvereinbarung zur Verteidigung bereit ist. Dies lässt den Beschuldigten nicht schutzlos. Kann er die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufbringen, so ist ihm unter den Voraussetzungen des § 140 StPO von Amts wegen und auf Kosten der Staatskasse ein Pflichtverteidiger beizuordnen, wobei regelmäßig ein RA zu bestellen ist, der das Vertrauen des Beschuldigten genießt (vgl. BVerfGE 9, 36, 38). Diese Vorkehrungen genügen grundsätzlich der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens (vgl. BVerfGE 68, 237, 255 f.). Zwar wäre es verfassungsrechtlich bedenklich, wenn sich jenseits der Fälle der Pflichtverteidigung kein RA mehr bereit fände, zu einer angemessenen vertraglichen Vergütung oder den gesetzlichen Gebühren tätig zu werden (vgl. BVerfGE 118, 1, 25 f.). Dies ist aber jedenfalls bei den gegenwärtigen Verhältnissen auf dem Anwaltsmarkt nicht zu befürchten.

cc) Zwischen den hiernach beachtlichen Gemeinwohlbelangen und der Berufsausübungsfreiheit haben die angegriffenen Entscheidungen keinen angemessenen Ausgleich geschaffen. Die Entkräftung der tatsächlichen Vermutung der Unangemessenheit einer vereinbarten Vergütung wird vielmehr von überzogenen Voraussetzungen abhängig gemacht, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheitsausübung und Freiheitsbeschränkung in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise in sein Gegenteil verkehren.

(1) Der in einer vertraglichen Vereinbarung zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt im Grundsatz auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen, der grundsätzlich zu respektieren ist (vgl. BVerfGE 89, 214, 232; 103, 89, 100 f.).

Wille der Parteien ist grundsätzlich zu respektieren

Ein solchermaßen sachgerechter Interessenausgleich bedarf weder aus Gründen des Mandantenschutzes noch zur Wahrung des Vertrauens in die Integrität der Anwaltschaft der Abänderung.

Diesen Anforderungen wird die von den Gerichten in Ansatz gebrachte tatsächliche Vermutungsregel nicht in jeder Hinsicht gerecht. Kann die Vermutung der Unangemessenheit nur bei „ganz ungewöhnlichen, geradezu extrem einzelfallbezogenen“ Umständen erschüttert werden, so bedeutet dies im Umkehrschluss, dass nach Überschreiten der Vermutungsgrenze in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle den Gemeinwohlbelangen pauschal der Vorrang vor der Berufsausübungsfreiheit des RA eingeräumt wird. Dies gilt selbst dann, wenn ungewöhnlich gewichtige, einzelfallbezogene Umstände – die aber nicht das Niveau von „ganz“ ungewöhnlichen, „extrem“ einzelfallbezogenen Umständen erreichen – für die Angemessenheit der vereinbarten Vergütung streiten und für ein Überwiegen gegenläufiger Belange nichts ersichtlich ist. Rechtfertigungsbedürftig, aber kaum noch rechtfertigungsfähig, ist dann aber nicht mehr der in dem richterlichen Gestaltungsakt liegende Eingriff in die Privatautonomie, sondern umgekehrt die Freiheitsausübung der Vertragschließenden.

(2) Eine solche einseitige Belastung des RA wäre allenfalls dann hinzunehmen, wenn sich bei einer Überschreitung der Gebühren um mehr als das Fünffache eine zur Wahrung der maßgeblichen Gemeinwohlbelange korrekturbedürftige Äquivalenzstörung derart aufdrängte, dass tatsächlich nur bei „ganz ungewöhnlichen, extrem einzelfallbezogenen“ Umständen die Vergütungsvereinbarung unangetastet bleiben könnte.

Die Überschreitung der gesetzlichen Gebühren um das Fünffache lässt diesen Schluss aber nicht zu. Da die gesetzlichen

Keine extreme Äquivalenzstörung

Gebühren eine adäquate Vergütung des konkreten Mandats nicht anstreben, einhalten sie auch keine ökonomische Bewertung der Anwaltsleistung im einzelnen Fall. Daraus, dass die gesetzliche Vergütung im Rahmen der Mischkalkulation angemessen ist, lässt sich deswegen nicht herleiten, der fünf-fache Satz sei – nun bezogen auf ein konkretes Mandat – „mehr als angemessen“ und damit unangemessen. Im Einzelfall, etwa wenn sich die Verteidigung auf umfangreiche Aktivitäten im Ermittlungsverfahren beschränkt, ist aufgrund der auf die Hauptverhandlung ausgerichteten Gebührenstruktur noch nicht einmal gesichert, dass der RA mit dem Fünffachen des gesetzlichen Vergütungssatzes auch nur kostendeckend arbeiten kann.

Hinzu kommt, dass die Grenze des Fünffachen nicht nur den Anwalt belastet, sondern sich im Einzelfall auch zum Nachteil des Mandanten auswirken kann. Bei Vereinbarung eines Zeithonorars mag sie den RA zunächst dazu veranlassen, in die Bearbeitung des Mandats weniger Arbeitsstunden zu investieren, als an sich erforderlich wäre. Denn auf Grundlage der angegriffenen Entscheidungen muss er – ist die Grenze überschritten – befürchten, eine Vergütung für jede weitere aufgewendete Stunde nicht mehr durchsetzen zu können. Ferner ist nicht auszuschließen, dass Strafverfahren bei Entfaltung hinreichender Verteidigungsaktivität bereits im Ermittlungsverfahren einzustellen wären, der Verteidiger den Umfang seiner Bemühungen jedoch deswegen in das Hauptverfahren verlagert, weil dies weitere gesetzliche Gebühren auslöst und diese erforderlich sind, um das vereinbarte Honorar unter der Grenze des Fünffachen zu halten.

Trotz dieser Erwägungen kann es den Fachgerichten aufgrund der faktischen Leitbildfunktion der gesetzlichen Gebührenordnung von Verfassungs wegen nicht schlechthin verwehrt sein, zur Bestimmung der Unangemessenheit auf die gesetzlichen Gebührentatbestände zurückzugreifen. Das schutzwürdige Ver-

trauen der Bevölkerung in die Integrität der Anwaltschaft gründet sich mit Blick auf die Vergütungshöhe typischerweise auf einem Vergleich mit den gesetzlichen Gebühren und Auslagen. Auch bei einer mehrfachen Überschreitung der gesetzlichen Vergütung kann das Vertrauen der Rechtsuchenden allerdings dann nicht beeinträchtigt sein, wenn der Nachweis gelingt, dass die vereinbarte Vergütung im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Leistungen und des Aufwands des RA, aber auch der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers gleichwohl angemessen ist.

Nachweismöglichkeit bzgl. der Angemessenheit darf nicht abgeschnitten werden

Verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist es deshalb, dem Bf. mit den angegriffenen Entscheidungen diese Nachweismöglichkeit de facto abzuschneiden.

dd) Die Überschreitung der gesetzlichen Gebühren um einen bestimmten Faktor ist zur Bestimmung der Unangemessenheit nach allem nicht schlechthin ungeeignet, darf aber, um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu wahren, nicht allein maßgeblich sein. Ob ein qualifiziertes Überschreiten der gesetzlichen Gebühren und Auslagen im Rahmen einer tatsächlichen Vermutung, die dann jedoch auch tatsächlich einer Erschütterung zugänglich sein muss, oder bei einer Gesamtabwägung – was dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 BRAGO womöglich besser entspräche – zum Tragen kommt, ist nicht vom BVerfG, sondern von den Fachgerichten zu entscheiden. Die Fachgerichte sind allerdings nicht gehindert, bei der Prüfung der Angemessenheit von Vergütungsvereinbarungen auch völlig andere Ansätze zu entwickeln. So kann etwa dann, wenn – wie vorliegend – die Vereinbarung eines Zeithonorars zu beurteilen ist, dem von den Parteien gewählten Vergütungsmodell am ehesten dadurch Rechnung getragen werden, wenn vornehmlich auf die Angemessenheit dieser Honorarform im konkreten Fall sowie auf die Angemessenheit des ausgehandelten Stundensatzes und der Bearbeitungszeit abgestellt wird.

2. Da die angegriffenen Entscheidungen den Bf. bereits in seiner Berufsfreiheit verletzen, kann dahinstehen, ob auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

III. Die angegriffenen Entscheidungen sind gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben. Die Sache wird an das LG zurückverwiesen. Eine Zurückverweisung in die erste Instanz ist angezeigt, weil die Feststellung der Unangemessenheit weitere tatsächliche Aufklärung erforderlich machen kann und das Grundrecht des Bf. bereits im ersten Rechtszug nicht hinreichend beachtet worden ist (vgl. BVerfGE 80, 1, 33 f.).

Anmerkung:

Die höchst erfreuliche und sehr überzeugende Entscheidung des BVerfG lässt zunächst zwei Fragen aufkommen:

1. Wo stände die anwaltliche Vergütung inzwischen, wenn das BVerfG nicht von Zeit zu Zeit eingreifen würde?
2. Bedarf es wirklich stets der Entscheidung des höchsten Gerichts, um vergütungsrechtlich eigentlich einfach zu beantwortende Fragen zu klären?

In der Vergangenheit hat das BVerfG immer wieder Gelegenheit genommen (und nehmen müssen), dem anwaltlichen Vergütungsanspruch Geltung zu verschaffen. Einige Rechtspfleger und einige Gerichte bis hin zu den Oberlandesgerichten versuchen sich insbesondere in den vergangenen 5 Jahren mit bemerkenswerter Kreativität daran, nicht nur aus Vergütungsvereinbarungen generierte Honorarforderungen, sondern auch gesetzliche Vergütungsansprüche zu minimieren. So versteht es das OLG Oldenburg, durch abenteuerliche Streitwertbemessung der Rechtsprechung des BVerfG wieder und wieder zu trotzen und in anderen

Orten wird der Anfall einer Geschäftsgebühr praktisch bestritten. Es würde in dieser Anmerkung zu weit führen, entsprechende Urteile zu zitieren. Abschreckende Beispiele finden sich massenhaft in den einschlägigen Gebührenzeitschriften und auch in den RVG-Kommentaren (vgl. auch *Jessner*, BVerfG, AGS 2009, 132 ff.).

Wieder und wieder hat das BVerfG die Untrennbarkeit von Berufsfreiheit und angemessener Vergütung – dankenswerterweise – hervorgehoben (vgl. etwa Beschluss des BVerfG v. 23.8.2009, AnwBl. 2005, 651 sowie *Schons*, AnwBl. 2005, 697). Es ist ein Armutszeugnis für die Qualität mancher Urteile, dass derart klare Worte ignoriert werden.

5 Jahre hat es gedauert, bis auch die seinerzeit durchaus überraschende Entscheidung des BGH vom 27.1.2005 die von Rechtsprechung und Literatur eingeforderte Antwort nunmehr – endlich – erhalten hat. In jüngster Vergangenheit hat allerdings sogar der BGH erkannt, dass er mit dieser Entscheidung wohl über das Ziel hinausgeschossen war. Anders sind die letzten beiden Entscheidungen jedenfalls nicht zu verstehen, in denen eingeräumt wird, dass an den extrem hochgesteckten Anforderungen wohl nicht festgehalten werden könne, unter denen man ein Überschreiten des 5-fachen der gesetzlichen Gebühr allenfalls für zulässig ansehe. In der letzten Entscheidung machte man sogar einen Rückzieher hinsichtlich der Einbeziehung von Vergütungsvereinbarungen nach Zeitaufwand in diese von Anfang an scharf kritisierte Rechtsprechung (vgl. zur Kritik zunächst *Madert/Henke/N. Schneider*, AGS 2005, 378 ff.; *Schons*, Kammer-Mitt RAK Düsseldorf 2005, 184; derselbe in *Madert/Schons*, Die Vergütungsvereinbarung des Rechtsanwalts, Beck-Verlag, 3. Aufl., S. 56 ff.; *Teubel* in *Teubel/Schons*, Erfolgshonorar für Rechtsanwälte, Beck-Verlag, S. 62 ff.; zu den neueren Entscheidungen vgl. BGH AnwBl. 2009, 389 ff. sowie BGH, Entscheidung v. 19.5.2009, Az: IX ZR 174/06).

Tatsächlich hatte aber der BGH in seiner Entscheidung vom 27.1.2005 den nach Zeitaufwand abgerechneten Gebührenanteil in die Vergleichsberechnung eingestellt und insoweit waren die Entscheidungen, die die Abrechnung nach Zeitaufwand von der Vergleichsberechnung des BGH ausnehmen wollten, mit gerade dieser Abrechnung eigentlich nicht kompatibel (vgl. etwa OLG Hamm, AGS 2007, 550 f. m. Anm. *Schons* sowie Urteil v. 13.3.2008, 28 U 71/07 = RVG-Report 2008, 256 f.).

Bereits diese Entscheidungen lieferten aber die entscheidende Begründung dafür, dass die Rechtsprechung des BGH bei Abrechnungen nach Zeitaufwand von der Praktikabilität und vom Ergebnis her praktisch inakzeptabel war.

Und genau dies wird in einfachen und klaren Worten vom BVerfG nunmehr auch hervorgehoben, wenn es dort heißt:

„Wird – wie hier – die Grenze des 5-fachen an eine Stundenhonorarvereinbarung angelegt, so setzt sich der richterliche Gestaltungsakt über den für die Parteien bestimmenden Zeitfaktor hinweg, auf den die gesetzlichen Gebühren gerade nicht abheben. Vielmehr wird durch die Kappung des Honoraranspruches auf das 5-fache der gesetzlichen Gebühren das Stundenhonorar der Sache nach in ein Pauschalhonorar umgestaltet.“

So einfach, so klar und so gerecht kann Rechtsprechung auch im Vergütungsrecht sein!!!

An anderer Stelle nimmt das höchste deutsche Gericht praktisch den schon vor Jahren von der Gebührenreferententagung der Bundesrechtsanwaltskammer verabschiedeten Beschluss auf, in dem es bereits hieß, dass eine Forderung aus einer Vergütungsvereinbarung nicht unangemessen sei, wenn der Zeitaufwand nachvollziehbar dargelegt und der einzelne Stundensatz nicht unangemessen hoch sei.

Aber auch mit dem vom BGH eingeforderten Mäßigungsgebot setzt sich das BVerfG auseinander und bringt deutlich zum Ausdruck, dass „Mäßigung um der Mäßigung willen kein legitimes Gemeinwohlziel“ sein könne, mit dem freien Beruf des Rechtsanwalts nicht vereinbar sei und demgemäß nur dort mittelbare Bedeutung erlangen könne, wo im wahrsten Sinne des Wortes „überzogen wird“.

Insoweit spricht das BVerfG – die bei einigen Rechtsanwälten auch nach wie vor erforderliche – Mahnung aus, dass der gesetzlichen Vergütung durchaus eine faktische Leitbildfunktion beizumessen sei, im Einzelfall ein mehrfaches Überschreiten der gesetzlichen Vergütung also auch in Zukunft eine Herabsetzungsmöglichkeit durch Gerichte offen lasse.

Im Grunde genommen stellt das BVerfG damit die Uhren wieder auf Anfang oder besser gesagt auf die Rechtsprechung, die bis zum Jahre 2005 in fast allen obergerichtlichen Entscheidungen und auch in den Entscheidungen des BGH nachzulesen war (vgl. hierzu *Schons* in *Madert/Schons*, a.a.O., S. 62 ff. m. zahlr. Rechtsprechungsnachweisen).

Für die Anwaltschaft – nicht etwa nur für die Strafverteidiger – ist diese in jeder Hinsicht lesenswerte Entscheidung nicht nur eine Wohltat, sondern auch eine deutliche Warnung, es in Zukunft bei der Abrechnung auf der Grundlage einer Vergütungsvereinbarung an Augenmaß nicht fehlen zu lassen.

In diesem Sinne hat das Gericht in Karlsruhe von den reell arbeitenden und reell abrechnenden Anwälten im wahrsten Sinne des Wortes ein doppeltes Dankeschön verdient.

Rechtsanwalt & Notar *Herbert P. Schons*, Duisburg

Unzulässige Versagung von Beratungshilfe

BerHG § 1 Abs. 1 Nr. 2; GG Art. 3, Art. 20 Abs. 1, Abs. 3

***1. Die Auslegung des Beratungshilfegesetzes dahingehend, dass es einem Rechtsuchenden zumutbar sei, selbst kostenlos Widerspruch einzulegen und dabei die Beratung derjenigen Behörde in Anspruch zu nehmen, die zuvor den Ausgangsverwaltungsakt erlassen hatte, wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.**

***2. Allein die Durchführung eines kostenlosen Widerspruchsverfahrens von Amts wegen und das Fehlen einer Begründungspflicht lassen nicht den Schluss zu, dass ein Rechtsuchender von seinem Recht, sich durch einen RA seiner Wahl beraten und vor der Widerspruchsbehörde vertreten zu lassen, keinen Gebrauch machen würde.**

BVerfG, Beschl. v. 11.5.2009 – 1 BvR 1517/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Unzulässige Verweigerung der Festsetzung der Vergütung eines Pflichtverteidigers

BRAO § 49 Abs. 1; RVG § 43, § 45 Abs. 3 Satz 1, § 52, § 58 Abs. 3; StPO § 141; GG Art. 12 Abs. 1

***1. Mit der Berufsausübungsfreiheit unvereinbar ist es, den aus § 45 Abs. 3 Satz 1 RVG i.V.m. Nrn. 4100 ff. VV RVG resultierenden eigenen Vergütungsanspruch eines Pflichtverteidigers mit dem Hinweis auf die von der Staatskasse gegen den Kostenerstattungsanspruch des freigesprochenen Angeklagten erklärte Aufrechnung zu kürzen.**

***2. Mit § 43 RVG hat der Gesetzgeber eine Vorschrift geschaffen, die zugunsten des RA eine von § 406 BGB abweichende, die Aufrechnung hindernde Regelung trifft und somit dem Vergütungsanspruch des RA einen besonderen Schutz zukommen lassen.**

BVerfG, Beschl. v. 4.5.2009 – 1 BvR 2251/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Einwände gegen die Vollstreckung einer Geldbuße

BRAO § 204 Abs. 3 Satz 1; ZPO § 766, § 767

Einwände gegen die Vollstreckung einer Geldbuße nach § 204 Abs. 3 Satz 1 BRAO sind je nach der Art des Einwands im Wege der Erinnerung an das Vollstreckungsgericht (§ 766 ZPO) oder der Vollstreckungsgegenklage an das Prozessgericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 767 ZPO) geltend zu machen.

BGH, Beschl. v. 20.4.2009 – AnwZ (B) 103/08

Aus den Gründen:

[1] I. Der Ast. ist durch Urt. des ... AGH v. 29.7.1999 (...) zu einer Geldbuße von 5.000 DM verurteilt worden, welche die Agin. vollstreckt. Im Rahmen dieser Vollstreckung ist der Ast. von dem zuständigen Gerichtsvollzieher zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung geladen worden. Dagegen wendet er sich mit einer Vollstreckungsgegenklage. Er macht geltend, die förmlichen Voraussetzungen für die Vollstreckung lägen nicht vor. Außerdem rechnet er mit die Geldbuße übersteigenden Schadensersatzforderungen gegen die Agin. auf.

[2] Die an den ... AGH gerichtete Klage hat dieser an das AnwG für den Bezirk der RAK ... verwiesen. Dieses hat die Klage als Antrag nach §§ 116 Satz 2 BRAO, 458 StPO gewertet und als unbegründet zurückgewiesen. Die Ladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung sei formell in Ordnung gewesen. Eine Aufrechnung gegen die Geldbuße der Natur der Sache nach ausgeschlossen, jedenfalls seien die Schadensersatzansprüche weder gerichtlich festgestellt noch anerkannt. Zumindest seien sie nicht substantiiert. Die sofortige Beschwerde des Ast. hat der AGH aus den von dem AnwG angeführten Gründen zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Ast. mit der Beschwerde.

[3] II. Das Rechtsmittel ist unzulässig.

[4] 1. Die Entscheidung des AGH über eine Beschwerde im Verfahren nach § 116 Satz 2 BRAO i.V.m. §§ 458 Abs. 1, 462 Abs. 3 Satz 1 StPO ist nicht anfechtbar. Sie entspricht nämlich einer Entscheidung des OLG, gegen die nach § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 StPO ein Rechtsmittel nicht gegeben ist (Senat, Beschl. v. 12.2.2001, AnwSt [B] 2/00, BRAK-Mitt. 2001, 139; Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 116 Rdnr. 67).

[5] 2. An diesem Ergebnis ändert es nichts, dass die Anträge des Ast. nicht als Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung nach § 458 Abs. 1 StPO hätten behandelt werden dürfen, sondern teilweise als Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO und teilweise als Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO behandelt werden müssen. Denn auch bei verfahrensmäßig richtiger Behandlung der Anträge wäre ein Rechtsmittel zum BGH nicht statthaft.

[6] a) Die Vollstreckung von Geldbußen im anwaltsgerichtlichen Verfahren erfolgt gem. § 204 Abs. 3 Satz 1 BRAO nach den Vorschriften, die für die Vollstreckung von Urteilen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten. Mit dieser auf die ursprüngliche Fassung der BRAO zurückgehenden Regelung wollte der Gesetzgeber für die Vollstreckung von Geldbußen die gleiche Rechtslage herstellen wie für die Vollstreckung von Kammerbeiträgen nach dem heutigen § 84 Abs. 3 BRAO (= § 97 Abs. 3 BRAO-E) und des Zwangsgelds nach dem heutigen § 57 Abs. 4 BRAO (= § 69 Abs. 6 BRAO-E) (BT-Drucks. III/120 S. 119 f. zu § 219 BRAO-E). Danach kann sich der RA gegen Verstöße gegen formelles Vollstreckungsrecht mit der Erinnerung nach § 766 ZPO an das Vollstreckungsgericht zur

Wehr setzen. Gegen die Vollstreckung des Kammerbeitrags ist nach § 84 Abs. 3 BRAO die Vollstreckungsgegenklage zulässig, und zwar zu den ordentlichen Gerichten, die allerdings an die Kammerbeschlüsse gebunden sind (BGHZ 55, 255). Angesichts des Willens des Gesetzgebers, die gleiche Rechtslage zu schaffen, liegt es sowohl beim Zwangsgeld nach § 57 BRAO als auch bei der Geldbuße nach § 204 BRAO genauso.

Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Die Sache hätte deshalb nicht an das AnwG, sondern an die ordentlichen Gerichte verwiesen werden müssen, und zwar hinsichtlich des Einwands gegen die

Ladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung an das Vollstreckungsgericht und im Übrigen an das Prozessgericht.

[7] b) Eine Verweisung an diese Gerichte kommt gem. § 17a Abs. 5 VVG nicht mehr in Betracht. Der Ast. darf dadurch aber nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung nicht schlechter gestellt werden, als er bei verfahrensmäßig richtigem Vorgehen stünde. Auch dann wäre allerdings ein Rechtsmittel zum BGH nicht gegeben.

[8] aa) Die Einwände des Ast. gegen die Ladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, die als Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO zu behandeln gewesen wären, könnten zwar mit einer Rechtsbeschwerde zur Überprüfung durch den BGH gestellt werden. Diese ist aber nach § 574 Abs. 1 ZPO nur statthaft, wenn das Beschwerdegericht sie zulässt. Der AGH hat ein Rechtsmittel indessen nicht zugelassen. Die sachlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 2 ZPO liegen auch nicht vor. Die Einwände des Ast. gegen die Ladung haben keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des BGH ist auch weder zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. noch zur Fortbildung des Rechts erforderlich.

[9] bb) Hinsichtlich der Aufrechnung wäre die Sache an das Prozessgericht abzugeben gewesen. Gegen das Berufungsurteil des LG wäre ein Rechtsmittel nur bei Zulassung durch das Berufungsgericht gegeben gewesen, weil der in § 26 Nr. 8 EGZPO bestimmte Beschwerdewert für die Nichtzulassungsbeschwerde von mehr als 20.000 Euro nicht erreicht ist. Die Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO entsprechen denen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde. Sie sind auch insoweit nicht ersichtlich.

[10] 3. Ein statthaftes Rechtsmittel wäre im Übrigen auch unbegründet. Die Voraussetzungen des § 807 ZPO für die Ladung zur eidesstattlichen Versicherung lagen vor. Eine Aufrechnung setzte, wie das AnwG im Ergebnis zutreffend erkannt hat, um den Zweck der Geldbuße nicht zu vereiteln, in Rechtsanalogie zu § 459 StPO i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 2 JBeitO und § 226 Abs. 3 AO voraus, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung gerichtlich festgestellt oder anerkannt war. Daran fehlt es.

[11] III. Die Entscheidung konnte ohne mündliche Verhandlung ergehen (BGHZ 44, 25).

Fachanwalt – Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen im Erbrecht

FAO § 5 Satz 1 lit. m), § 14f

1. Zu einem erbrechtlichen Fall wird ein Fall dadurch, dass er sich schwerpunktmäßig auf einen der in § 14f Nr. 1 bis 5 FAO bestimmten Bereiche des Erbrechts bezieht.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

2. Erbschaftsteuererklärungen fallen nicht unter den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens im Erbrecht.

3. Wenn sich einem RA in unterschiedlichen Fällen wiederholt dieselben erbrechtlichen Fragen stellen, so kann dies gem. § 5 Satz 2 FAO in der bis zum 30.6.2006 geltenden Fassung zwar zu einer Mindergewichtung der Wiederholungsfälle führen, nicht aber dazu, dass diese Fälle von vornherein nicht mehr als erbrechtliche Fälle anzusehen wären.

BGH, Beschl. v. 20.4.2009 – AnwZ (B) 48/08

Aus den Gründen:

[1] I. Die Astin. ist seit 1982 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Sie beantragte mit Schr. v. 7.2.2006 die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung für das Erbrecht. Die Agin. wies den Antrag mit Bescheid v. 9.7.2007 zurück.

[2] Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Astin. mit ihrer vom AGH zugelassenen sofortigen Beschwerde.

[3] II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 223 Abs. 3 und 4, § 42 Abs. 4 BRAO), hat in der Sache aber keinen Erfolg. Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit Recht zurückgewiesen. Das Beschwerdevorbringen der Astin. rechtfertigt keine andere Beurteilung.

[4] Die Agin. erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung für das Erbrecht (§§ 1, 2 Abs. 1 FAO). Zwischen den Beteiligten ist außer Streit, dass die Astin. die erforderlichen theoretischen Kenntnisse im Erbrecht nachgewiesen hat (§ 2 i.V.m. §§ 4, 14f FAO). Die Astin. hat jedoch, wie die Agin. und der AGH mit Recht angenommen haben, hinsichtlich der geforderten praktischen Erfahrungen (§ 2 i.V.m. § 5 Satz 1 Buchst. m), § 14f FAO) jedenfalls nicht nachgewiesen, mindestens zehn rechtsförmliche Verfahren außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit bearbeitet zu haben.

[5] Nach § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO in der ab 1.7.2005 geltenden für die Astin. maßgeblichen Fassung (§ 16 Abs. 1 FAO) setzt der Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen im Erbrecht voraus, dass der Ast. innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung 80 Fälle persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat, davon mindestens 20 rechtsförmliche Verfahren, davon wiederum höchstens 10 Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; die Fälle müssen sich auf die in § 14f Nr. 1 bis 5 FAO bestimmten Bereiche beziehen. Die Agin. und der AGH haben offen gelassen, ob die Astin. nachgewiesen hat, dass sie innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung 80 erbrechtliche Fälle persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat. Die Agin. hat die Ablehnung des Antrags darauf gestützt, dass lediglich neun Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und zwei rechtsförmliche Verfahren außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt werden könnten. Der AGH hat dagegen im angefochtenen Beschluss auch die Anzahl anzuerkennender FG-G-Fälle offen gelassen; jedenfalls seien aus der von der Astin. vorgelegten Fallliste nicht mindestens zehn, sondern lediglich sieben Fälle anzuerkennen, die rechtsförmliche Verfahren im Erbrecht außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Gegenstand hätten. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

[6] 1. Die Rechtsfragen, zu deren Klärung der AGH die sofortige Beschwerde zugelassen hat, beziehen sich auf den Fallbegriff im Erbrecht sowie auf den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens. Den hierzu vertretenen Auffassungen des AGH ist weitgehend, jedoch nicht uneingeschränkt zuzustimmen.

[7] a) Der AGH hat seiner Entscheidung einen zutreffenden Fallbegriff zugrunde gelegt. Ein Fall i.S.d. § 5 Satz 1 FAO ist, wie der Senat entschieden hat, jede juristische Aufarbeitung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, der sich von anderen Lebenssachverhalten dadurch unterscheidet, dass die zu beurteilenden Tatsachen und die Beteiligten verschieden sind

(BGHZ 166, 292 = NJW 2006, 1513 Tz. 12 m.w.N.; zustimmend *Hartung/Römermann-Scharmer*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 45; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 4; *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., Anh. I 2, § 5 Rdnr. 6). An dieser Begriffsbestimmung, die auch für den Fallbegriff im Fachgebiet Erbrecht (§ 5 Satz 1 Buchst. m) FAO) maßgeblich ist, hält der Senat fest.

[8] Zu einem erbrechtlichen Fall wird ein Fall gem. § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO dadurch, dass er sich auf die in § 14f Nr. 1 bis 5 FAO bestimmten Bereiche des Erbrechts bezieht.

Schwerpunkt der Bearbeitung im Fachgebiet
--

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Schwerpunkt der Bearbeitung in dem in § 14f FAO näher umschriebenen Fachgebiet Erbrecht liegt; dafür genügt es,

wenn eine Frage aus diesem Fachgebiet erheblich ist oder erheblich werden kann (vgl. BGHZ 166, 292, Ls. 2 und Tz. 22).

[9] Ein solcher Bezug zum Erbrecht muss auch bei den Fällen gewahrt sein, die in die in § 14f FAO aufgeführten, mit dem Erbrecht häufig in Beziehung stehenden Rechtsgebiete übergreifen (Familien-, Gesellschafts-, Stiftungs- und Sozialrecht; Internationales Privatrecht, Steuerrecht). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 14f FAO, nach dem zwischen diesen Gebieten und dem Erbrecht „Bezüge“ bestehen müssen. Dafür reicht nicht jeder beliebige erbrechtliche Gesichtspunkt aus. Ein Fall, dessen Schwerpunkt in einem anderen Gebiet liegt, wird nicht dadurch schon zu einem erbrechtlichen Fall, dass einem Anspruch etwa eine unstreitige Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB zugrunde liegt. Fälle aus den in § 14f FAO genannten Rechtsgebieten außerhalb des Erbrechts können als erbrechtliche Fälle nur anerkannt werden, wenn bei ihnen auch erbrechtliche Fragen für die argumentative Auseinandersetzung „eine Rolle spielen“ (vgl. Senatsbeschl. v. 25.2.2008 – AnwZ [B] 17/07, NJW 2008, 3001 = BRAK-Mitt. 2008, 135 Tz. 10 zum Arbeitsrecht). Auch der verschiedene Rechtsgebiete berührende Fall muss eine für die juristische Bearbeitung relevante erbrechtliche „Frage“ aufwerfen, das heißt einen Bearbeitungsschwerpunkt im Erbrecht enthalten (*Hartung/Römermann-Scharmer*, a.a.O., Rdnr. 64, 175).

[10] Dies erfordert im Rahmen der Prüfung, ob die nach § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO erforderliche Anzahl erbrechtlicher Fälle nachgewiesen ist, eine Beurteilung des Gewichts, das dem erbrechtlichen Gesichtspunkt eines Falles für die juristische Aufarbeitung dieses Falles zukommt. Eine solche wertende Beurteilung kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorgenommen werden.

[11] b) Der AGH ist auch mit Recht davon ausgegangen, dass Erbschaftsteuererklärungen nicht unter den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens fallen. Dies ergibt sich aus der Bestimmung in § 5 Satz 1 Buchst. b) FAO, die eine Legaldefinition des Begriffs für das Steuerrecht enthält, nach der nur Einspruchs- und Klageverfahren als rechtsförmliche Verfahren gelten (*Hartung/Römermann-Scharmer*, a.a.O., Rdnr. 236; *Offermann-Burckart*, Fachanwalt werden und bleiben, 2. Aufl., Rdnr. 352). Diese Beschränkung schließt die Anerkennung bloßer Steuererklärungen als rechtsförmliche Verfahren aus. Dies gilt auch für Erbschaftsteuererklärungen, und zwar nicht nur im Fachgebiet Steuerrecht (§ 5 Satz 1 Buchst. b) FAO), sondern auch im Fachgebiet Erbrecht (§ 5 Satz 1 Buchst. m) FAO).

Keine Anerkennung von reinen Erbschaft- steuererklärungen
--

Denn für Erbschaftsteuererklärungen kann unter dem Gesichtspunkt der Rechtsförmlichkeit des Verfahrens im Erbrecht nichts anderes gelten als im Steuerrecht. Erbschaftsteuererklärungen können zwar nicht nur als steuerrechtlicher (§ 5 Satz 1 Buchst. b) FAO), sondern auch als erbrechtlicher Fall gem. § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO i.V.m. § 14f Nr. 5 FAO anzuerkennen sein, wenn ihre Bearbeitung die Klärung einer erbrechtlichen Frage

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

erfordert, nicht aber als rechtsförmliche Verfahren im Sinne des § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO. Dementsprechend werden auch in der Kommentarliteratur nur Widerspruchsverfahren gegen Erbschaftsteuerbescheide als Beispiel für rechtsförmliche Verfahren im Fachgebiet Erbrecht aufgeführt, nicht aber die zugrunde liegenden Erbschaftsteuerklärungen selbst (*Hartung/Römermann-Scharmer*, a.a.O., Rdnr. 175; *Feuerich/Weyland*, a.a.O., Rdnr. 56; *Offermann-Burckart*, a.a.O. Rdnr. 463).

[12] c) Der Auffassung des AGH, dass auch außerhalb des Steuerrechts nur streitige Gerichts- oder Verwaltungsverfahren rechtsförmliche Verfahren i.S.d. § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO darstellen, kann dagegen nicht gefolgt werden. Gegen ein solches Begriffsverständnis spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, nach dem auch die (nicht streitigen) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – ebenso wie im Handels- und Gesellschaftsrecht (§ 5 Satz 1 Buchst. p) FAO) – unter den Begriff der rechtsförmlichen Verfahren fallen („davon“). Auch auf die übrigen Bestimmungen des § 5 Satz 1 FAO lässt sich das enge Begriffsverständnis des AGH nicht stützen. Der Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens wird in § 5 Satz 1 FAO nicht einheitlich verwendet. § 5 Satz 1 Buchst. b) FAO enthält zwar, wie ausgeführt, für das Steuerrecht eine auf streitige Verfahren begrenzte Legaldefinition (Einspruchs- und Klageverfahren), die neuere Bestimmung des § 5 Satz 1 Buchst. r) FAO für den Bereich des Informationstechnologierechts dagegen eine beispielhafte Aufzählung, die auch nicht streitige Verwaltungsverfahren einschließt. Im Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren wird der Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens – wie in § 5 Satz 1 Buchst. m) und p) FAO hinsichtlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – zumeist als Oberbegriff verwendet (ebenso in § 5 Satz 1 Buchst. b), i), r) und s) FAO); in § 5 Satz 1 Buchst. c) FAO dagegen werden rechtsförmliche und gerichtliche Verfahren einander gegenübergestellt.

[13] Aus dieser uneinheitlichen Begriffsverwendung in § 5 Satz 1 FAO ist für § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO abzuleiten, dass – abgesehen von Erbschaftsteuererklärungen – grundsätzlich auch (nicht streitige) Verwaltungsverfahren unter den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens im Fachgebiet Erbrecht fallen können.

**Auch nichtstreitige
Verwaltungsverfahren
können berücksichti-
gungsfähig sein**

Dementsprechend wird auch in der Kommentarliteratur der Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens in § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO nicht auf streitige Verfahren verengt; so sollen etwa auch Genehmigungsverfahren zur

Errichtung einer Stiftung rechtsförmliche Verfahren i.S.d. § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO sein können (*Hartung/Römermann-Scharmer*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, a.a.O., Rdnr. 175; *Offermann-Burckart*, a.a.O., Rdnr. 463). Auf der anderen Seite soll aber für alle Fachanwaltsgebiete gelten, dass nicht jedes durch einen Antrag in Gang gesetzte Verwaltungsverfahren unter den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens fällt, sondern nur ein solches, das durch eine Verfahrensordnung, insbesondere also durch Form- und Fristvorschriften, geregelt ist (*Hartung/Römermann-Scharmer*, a.a.O., Rdnr. 236; *Offermann-Burckart*, a.a.O., Rdnr. 354; *Kleine-Cosack*, a.a.O., § 5 Rdnr. 19). Ob diese Auffassung Zustimmung verdient, wie ggf. die Anforderungen an rechtsförmliche Verfahren, soweit es um nicht streitige Verwaltungsverfahren geht, zu konkretisieren wären und was daraus für § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO folgen würde, bedarf im vorliegenden Fall keiner Klärung.

[14] 2. Nach Maßgabe der vorstehend dargelegten Grundsätze hat der AGH im Ergebnis mit Recht angenommen, dass die Astin. nicht – wie es § 5 Satz 1 Buchst. m) FAO verlangt – nachgewiesen hat, mindestens zehn erbrechtliche Fälle bearbeitet zu haben, die rechtsförmliche Verfahren außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Gegenstand haben. Aus der von der

Astin. vorgelegten, im gerichtlichen Verfahren ergänzten Fallliste, die insgesamt 35 Fälle umfasst, sind jedenfalls nicht mehr als sieben Fälle anzuerkennen.

[15] a) Fälle 1 bis 9, 11, 17:

[16] In diesen – unstrittig rechtsförmlichen – Verfahren geht es um die Vertretung einer Erbin gegenüber dem Finanzamt M. in mehreren Einspruchsverfahren wegen verschiedener Steuerbescheide, welche die Veranlagung des Erblassers zur Einkommens- und Umsatzsteuer betreffen (Fälle 1 bis 9, 17) sowie gegenüber dem Zweckverband L. in einem Vollstreckungsverfahren wegen eines gegen den Erblasser ergangenen Abwasserbeitragsbescheids (Fall 10). Allen Fällen gemeinsam ist, dass sie – abgesehen von der unstrittigen Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) sowie der Dreimonatseinrede (§ 2014 BGB) im Fall 1 – nur einen erbrechtlichen Aspekt aufweisen: die Erhebung der Dürtigkeitseinrede (§ 1990 Abs. 1 BGB) nach Zurückweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass des Erblassers. Weitere erbrechtliche Fragen spielten gegenüber den Ansprüchen dieser beiden Nachlassgläubiger keine Rolle.

[17] Die Beurteilung des AGH, dass von den genannten elf Fällen jedenfalls nicht mehr als insgesamt drei erbrechtliche Fälle anzuerkennen seien, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

[18] Von vornherein auszuschneiden aus der Fallliste der Astin. ist der Fall 9, weil insoweit ein erbrechtlicher Bezug in der Fallliste nicht dargelegt ist. In den verbleibenden zehn Fällen ist entgegen der Auffassung der Agin. mit der Dürtigkeitseinrede nach § 1990 BGB (und im Fall 1 zusätzlich der Dreimonatseinrede nach § 2014 BGB) ein hinreichender Bezug zum Fachgebiet Erbrecht (§ 14f Nr. 4 FAO) zwar gegeben; davon geht auch der AGH aus, der diese Fälle – wenn auch nicht in voller Anzahl – anerkannt hat. Der Umstand, dass sich die erbrechtliche Problematik in diesen Fällen im Wesentlichen auf die Erhebung der Dürtigkeitseinrede beschränkt und insoweit wiederholt, hat aber entgegen der Auffassung des AGH nicht zur Folge, dass die weiteren Fälle mit gleich gelagerter Problematik von vornherein nicht mehr als Fälle anzuerkennen wären, weil sie, wie der AGH gemeint hat, aufgrund der gleich gelagerten Problematik ihre Eigenschaft als erbrechtliche Fälle verlören.

Wenn sich einem RA in unterschiedlichen Fällen wiederholt dieselben erbrechtlichen Fragen

Wiederholungsfälle

stellen, so kann dies gem. § 5 Satz 2 FAO in der für die Astin. maßgeblichen Fassung (im Folgenden; § 5 Satz 2 FAO a.F.) zwar zu einer anderen Gewichtung der Wiederholungsfälle führen, nicht aber dazu, dass diese Fälle von vornherein nicht mehr als erbrechtliche Fälle anzusehen wären; denn von der Frage einer abweichenden Gewichtung im Einzelfall ist die vorgelagerte Frage zu unterscheiden, ob ein Fall als „ein Fall“ i.S.d. § 5 Satz 1 FAO anzurechnen ist (Senatsbeschl. v. 6.3.2006, a.a.O., Tz. 27 f.; *Quaas*, BRÄK-Mitt. 2006, 265, 267).

[19] Ist danach hinsichtlich der Fälle 1 bis 8, 11 und 17 – zunächst – von zehn erbrechtlichen Fällen auszugehen, so ist anschließend die Frage, ob Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle eine andere Gewichtung rechtfertigen (§ 5 Satz 2 FAO a.F.), zu prüfen. Die Agin. hat sich in ihrem Schriftsatz v. 14.1.2008 und in ihrer Beschwerdeerwidmung (GA 157, 16) mit Recht darauf berufen, dass aufgrund der im Wesentlichen gleich gelagerten rechtlichen Problematik (Erhebung der Einrede nach § 1990 BGB hinsichtlich ein und desselben Erbfalls) jedenfalls eine erhebliche Mindergewichtung vorzunehmen ist, wenn die Fälle – wovon hier auszugehen ist – als erbrechtliche Fälle anzuerkennen sein sollten.

Mindergewichtung

[20] Eine solche Mindergewichtung, die auch dem Senat hergeboten erscheint, ist nach § 5 Satz 2 FAO a.F. zulässig. Unter der Geltung der Vorläufer-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

bestimmung in § 9 Abs. 1 Satz 2 RAFachBezG war eine Gewichtung zu Ungunsten des Antragstellers zulässig (Senatsbeschl. v. 6.3.2006, a.a.O., Tz. 17 m.N.). Für die im Wesentlichen wortgleiche Bestimmung in § 5 Satz 2 FAO a.F. gilt insoweit nichts anderes (ebenso *Feuerich/Weyland*, BRAO, a.a.O., § 5 FAO Rdnr. 21; *Henssler in Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 9; noch offen gelassen im Senatsbeschl. v. 6.3.2006, a.a.O., Tz. 16; dort auch Nachweise für die gegenteilige Auffassung). Dass bereits die Formulierung „anders gewichten“ in § 5 Satz 2 FAO a.F. in diesem weiten, auch Mindergewichtungen einschließenden Sinn auszulegen ist, ergibt sich aus der schon damals geltenden Bestimmung in § 24 Abs. 4 Satz 1 FAO, die eine Gewichtung zu Ungunsten des Ast. ausdrücklich nennt. Mittlerweile hat die Satzungsversammlung durch eine entsprechende Änderung der Bestimmung ausdrücklich klargestellt, dass Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle auch zu einer niedrigeren Gewichtung führen können (§ 5 Satz 3 FAO). Damit hat der Satzungsgeber die schon vorher herrschende und in der Rspr. anerkannte Praxis nachvollzogen (*Hartung/Römermann-Scharmer*, a.a.O., § 5 FAO Rdnr. 296).

[21] In allen zehn Fällen war die erbrechtliche Problematik (Erhebung der Einrede nach § 1990 BGB gegenüber verschiedenen Forderungen zweier Nachlassgläubiger) im Wesentlichen die gleiche und deshalb von der Astin. nur einmal zu prüfen. Von den Fällen 1 bis 8, 11 und 17 kann deshalb nur ein Fall als erbrechtlicher Fall voll angerechnet werden. Die weiteren neun Fälle haben dagegen aufgrund der – in erbrechtlicher Hinsicht – gleich gelagerten Problematik so geringes Gewicht, dass sie als Nachweis für die praktischen Fähigkeiten im Erbrecht nach der Auffassung des Senats hier nur mit einem Faktor von höchstens 0,2, insgesamt also mit nicht mehr als höchstens zwei weiteren vollwertigen Fällen in Ansatz gebracht werden können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Fälle 7 und 8 die den Erblasser betreffende USt für das Jahr 2002 und damit im Wesentlichen denselben Lebenssachverhalt betreffen wie der Fall 6 und dass der Fall 17 – ebenso wie Fall 5 – die Einkommensteuer 2002 zum Gegenstand hat; auch diese beiden Fälle hängen daher auch insoweit aufs Engste zusammen.

[22] Aus alledem ergibt sich, dass von den Fällen 1 bis 8, 11 und 17 – wie vom AGH mit anderer Begründung angenommen – jedenfalls nicht mehr als insgesamt drei Fälle unter dem Gesichtspunkt rechtsförmlicher Verfahren außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuerkennen sind.

[23] b) Die weiteren Fälle 10, 12 bis 16, 18, 20 bis 22, 28, 31, 32 und 34 hat der AGH nicht anerkannt. Dies wird hinsichtlich der Fälle 20, 21 und 32 von der sofortigen Beschwerde nicht angegriffen. Auch den übrigen Fällen ist die Anerkennung zu versagen.

[24] Die Fälle 18 und 22 scheiden schon deshalb aus, weil Erbschaftsteuererklärungen, wie unter 1 ausgeführt, nicht als rechtsförmliche Verfahren anzusehen sind.

[25] Hinsichtlich der Fälle 10 (Antrag auf Witwenrente) und 31 (Grundbuchberichtigung) kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei diesen Antragsverfahren, wie der AGH angenommen hat, nicht um rechtsförmliche Verfahren handelt. Jedenfalls fehlt den Fällen ein hinreichender erbrechtlicher Bezug. Der etwaige Anspruch auf Witwenrente (Fall 10) ist nicht vom Erbrecht der Witwe abhängig, sondern beruht auf deren familienrechtlicher Beziehung zum Erblasser als dessen Ehefrau. Auch der Antrag auf Löschung des für den Erblasser in einem österreichischen Grundbuch eingetragenen Wohnrechts (Fall 31) wirft entgegen der Auffassung der Astin. keine hinreichende erbrechtliche Frage auf. Die Qualifizierung des Wohnrechts als beschränkt persönliche Dienstbarkeit, die mit dem Tod des Berechtigten erlischt, ist sachenrechtlicher und nicht erbrechtlicher Natur. Die sich daraus ergebende Rechtsfolge,

dass das Wohnrecht nicht in den Nachlass fällt, reicht nicht aus, um den sachenrechtlichen Fall zu einem erbrechtlichen Fall werden zu lassen.

[26] Den verbleibenden Fällen 12 bis 16 sowie 28 und 34 fehlt ebenfalls der für die Anerkennung erforderliche erbrechtliche Bezug. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffende Begründung des angefochtenen Beschlusses Bezug.

[27] Das Beschwerdevorbringen der Astin. rechtfertigt keine andere Beurteilung.

[28] c) Der Fall 19 ist entgegen der Auffassung des AGH nicht anzuerkennen. Die Agin. weist mit Recht darauf hin, dass sich der nach dem Tod des Mieters geltend gemachte sozialrechtliche Rückforderungsanspruch nach § 118 Abs. 4 SGB VI in diesem Fall nicht gegen den Erben, sondern einen Dritten, den Vermieter, richtete. Die Abwehr dieses Anspruchs hat mit dem Fachgebiet Erbrecht nichts zu tun. Aus der vom AGH als Beleg angeführten Kommentierung (*Offermann-Burckart*, a.a.O., Rdnr. 187) ergibt sich nichts anderes; dort ist nur von sozialrechtlichen Rückforderungsansprüchen gegen einen Erben die Rede.

[29] d) Von den Fällen 23 bis 27 hat der AGH mit Recht nicht mehr als zwei Fälle anerkannt. Anzuerkennen sind allenfalls die Fälle 23 und 24, in denen es um den Einspruch gegen die Feststellungsbescheide v. 6.12.2006 über den Grundbesitzwert von zwei Grundstücken geht. Diese Fälle, denen auch die Agin. die Anerkennung nicht versagen will (GA 61), gehören wegen ihres Bezugs zum Erbschaftsteuerrecht zum Fachgebiet Erbrecht (§ 14f Nr. 5 FAO). Die Zurückweisung der Zustellung der genannten Bescheide v. 6.12.2006 (Fall 25) stellt gegenüber den Fällen 23 und 24 keinen eigenständigen erbrechtlichen Fall dar, sondern bildet mit diesen Fällen eine Einheit. Im Übrigen fehlt es dem Fall 25 – für sich genommen – auch an dem erforderlichen erbrechtlichen Bezug, da die Zurückweisung nicht auf erbrechtlichen Gesichtspunkten beruhte, sondern auf fehlender Empfangsvollmacht. Auch die Eigenständigkeit des Falles 26 (Zurückweisung der Zustellung eines weiteren, nicht näher konkretisierten Feststellungsbescheides) und dessen erbrechtlicher Bezug sind nicht dargetan. Der Fall 27 wiederum betrifft die Feststellung des Grundbesitzwertes für das Grundstück des Falles 23 und bezieht sich damit auf den gleichen Lebenssachverhalt wie der Fall 23.

[29] e) Von den Fällen 29, 30, 33 und 35 hat der AGH einen Fall anerkannt. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

[30] Der Fall 29 betrifft ein Scheidungsverbundverfahren, in dem es um die Auswirkungen der erbrechtlichen Folgen des Todes des Vaters der Scheidungsgegnerin auf die Folgesachen Güterrecht und Versorgungsausgleich geht. Dieser familienrechtliche Fall weist wegen der zu beurteilenden erbrechtlichen Fragen (Unwirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts, Umfang des Pflichtteils sowie eines Vermächnisses) einen hinreichenden Bezug zum materiellen Erbrecht auf (§ 14f Nr. 1 FAO). Dass die erbrechtlichen Fragen nach österreichischem Recht zu beurteilen waren, steht der Anerkennung entgegen der Auffassung der Agin. nicht entgegen. Zwar liegt der Schwerpunkt des Fachgebiets Erbrecht nach § 14f FAO im deutschen Recht. Nach § 14f Nr. 2 FAO gehört aber auch das internationale Privatrecht und damit auch ausländisches Erbrecht, soweit dieses nach den Kollisionsnormen zur Anwendung gelangt, zum Fachgebiet Erbrecht.

[31] Die weiteren Fälle betreffen zwar gesonderte rechtsförmliche Verfahren (Fall 30: Ehegattentrennungsunterhalt; Fälle 33 und 35: einstweilige Anordnung wegen Prozesskostenvorschuss für das Scheidungsverbundverfahren und das Unterhaltsverfahren), sind hier jedoch nur mit einem Faktor von jeweils nicht mehr als 0,2 zu gewichten und deshalb auch zusammengenommen nicht als weiterer vollwertiger Fall anzurechnen. Denn in diesen Fällen geht es in erbrechtlicher Hin-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

sicht um die gleichen Fragen wie im Fall 29, so dass die erbrechtliche Problematik nur einmal geprüft werden musste. Die Auswirkungen der erbrechtlichen Sachverhalte auf das Güterrecht, den Versorgungsausgleich und den Trennungunterhalt ergeben sich, nachdem die erbrechtlichen Fragen geklärt sind, nicht aus dem Erbrecht, sondern aus dem Familienrecht. Darauf hat der AGH mit Recht hingewiesen.

[32] Selbst wenn die Fälle 30, 33 und 35 aufgrund einer entsprechenden Gewichtung noch als ein weiterer Fall anerkannt werden könnten – eine höhere Gewichtung käme keinesfalls in Betracht –, würde dies insgesamt zu nicht mehr als sieben Fällen führen, die als rechtsförmliche Verfahren im Erbrecht anzuerkennen wären. Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung daher mit Recht zurückgewiesen.

Anmerkung:

Der BGH geht in seinem Beschluss vom 20.4.2009 auf viele offene Fragen der FAO ein und beantwortet diese mit erfreulicher Klarheit. Insbesondere setzt er an die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung weiterhin einen strengen Maßstab. Es müssen besondere theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Bearbeitung von gleichförmigen Fällen (Massenverfahren), in denen immer wieder dieselbe rechtliche Problematik zu prüfen war, muss daher zu einer Abwertung der einzelnen Fälle führen. Der BGH verhilft der Fachanwaltsbezeichnung dazu, sich weiterhin als besondere qualifizierende Bezeichnung von anderen Zertifizierungen abzuheben (vgl. zum DEKRA-Zertifikat bspw. LG Köln, BRAK-Mitt. 2009, 91).

1. Im Zentrum des vorliegenden Rechtsstreits stand u.a. die Frage, wann anzuerkennende Fälle den nötigen Bezug zum Erbrecht hätten. Für das Steuerrecht hatte der BGH entschieden, dass ein Schwerpunkt der Bearbeitung im jeweiligen Fachgebiet liegen müsse. Dafür genüge es, wenn eine Frage aus dem jeweiligen Fachgebiet erheblich sei oder erheblich werden könne (BGH, BRAK-Mitt. 2006, 131, 2. Ls.). Diese Grundsätze überträgt der BGH hier auf das Erbrecht. Dabei müsse der notwendige Bezug zum Fachgebiet auch bei den Fällen gewahrt sein, die auf solche Rechtsgebiete übergreifen, die mit den in § 14f FAO genannten Gebieten häufig im Zusammenhang stünden. Liege der Schwerpunkt in einem dieser Rechtsgebiete (Familien-, Gesellschafts-, Stiftungs-, Steuer- und Sozialrecht sowie Internationales Privatrecht), so müsse eine erbrechtliche Frage für die argumentative Auseinandersetzung „eine Rolle spielen“ (so bereits BGH BRAK-Mitt. 2008, 135). Der BGH stellt klar, dass jedenfalls eine erbrechtliche „Frage“ aufgeworfen werden müsse, d.h. ein Bearbeitungsschwerpunkt im Erbrecht liegen müsse.

Diese Rechtsprechung basiert auf der Abgrenzung des kollektiven Arbeitsrechts vom Individualarbeitsrecht. In § 5 Satz 1 lit. c Satz 2 FAO ist geregelt, dass ein Bezug zum Kollektivrecht nur vorliegen könne, wenn ein Rechtsgebiet bei der Fallbearbeitung eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Allerdings kann kollektives Arbeitsrecht keine „wesentliche Rolle spielen“, wenn es im konkreten Fall von vornherein nicht darauf ankommen kann (BGH, BRAK-Mitt. 2001, 87). Eine Frage muss aus dem kollektiven Arbeitsrecht erheblich sein oder wenigstens erheblich sein können. Des Weiteren muss das kollektive Arbeitsrecht einen wesentlichen Anteil an der argumentativen Auseinandersetzung haben. Das ist nicht auf den Umfang, sondern auf den Inhalt der Argumentation zu beziehen. Das kollektive Arbeitsrecht muss für den Fall substantielle Bedeutung (so zuletzt auch BGH, BRAK-Mitt. 2008, 135) haben. Es genügt nicht, wenn in einem Kündigungsschutzverfahren routinemäßig lediglich in einem Satz die mangelnde Anhörung des Betriebsrats gerügt wird (BGH, BRAK-Mitt. 2001, 87).

Für den Fachbereich des Handels- und Gesellschaftsrechts hat der Sächsische AGH (BRAK-Mitt. 2009, 138) jüngst entschieden, dass der wesentliche Bezug nur vorliege, wenn dieses Rechtsgebiet in Betracht zu ziehen gewesen wäre und dieses – unabhängig vom Schwierigkeitsgrad – das Wesen des Falls geprägt habe. Der AGH Baden-Württemberg (NJW 2009, 858) hat für das Versicherungsrecht beschlossen, dass ein Fall dann nicht anerkannt werden könne, wenn lediglich schlichte Schadenersatzansprüche geltend gemacht worden seien, die ausschließlich zum Bereich des Haftungsrechts gehörten und damit keine spezifische versicherungsrechtliche Implikation hätten.

2. Der BGH befasst sich im vorliegenden Beschluss auch mit der Definition der rechtsförmlichen Verfahren für das Erbrecht. Zunächst verweist er auf die Begriffsdefinition in § 5 Satz 1 lit. b FAO für das Steuerrecht. So gelten nur Einspruchs- und Klageverfahren, nicht aber bspw. Steuerklärungen als rechtsförmliche Verfahren. Nichts anderes könne im Fachbereich Erbrecht für Erbschaftssteuererklärungen gelten. Allenfalls Widerspruchsverfahren gegen Steuerbescheide könnten als rechtsförmliche Verfahren qualifiziert werden.

Die Vorinstanz wollte darüber hinaus nur streitige Gerichts- und Verwaltungsverfahren als rechtsförmliche Verfahren anerkennen. Dieser Ansicht erteilte der BGH eine Absage, da sich bereits aus dem Wortlaut des § 5 Satz 1 lit. m FAO ergebe, dass auch (nicht streitige) FGG-Verfahren nach Meinung des Satzungsgebers als rechtsförmliche Verfahren anerkannt werden könnten. Zudem verwende die FAO den Begriff des rechtsförmlichen Verfahrens nicht einheitlich. Auch nicht streitige Verwaltungsverfahren, wie bspw. Genehmigungsverfahren, seien – bis auf Erbschaftssteuererklärungen – als rechtsförmliche Verfahren anzusehen. Ob diesen Verwaltungsverfahren darüber hinaus auch eine Verfahrensordnung, mithin Form- und Fristvorschriften zugrunde liegen müssen (so die h.M. in der Literatur, stellv. Offermann-Burckart, Fachanwalt werden und bleiben, 2. Aufl., Rdnr. 354), lässt der BGH offen. Im konkreten Fall kam es darauf nicht an.

3. Bemerkenswerte Ausführungen machte der BGH des Weiteren zur Gewichtung von Fällen. Die Antragstellerin hatte in mehreren gleich gelagerten Fällen einen Einspruch gegen Erbschaftssteuerbescheide eingelegt. Die erbrechtliche Problematik in diesen Fällen erschöpfte sich im Wesentlichen in der Erhebung der Dürftigkeitseinrede nach § 2014 BGB. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, dass sich der „Fall“ auch über die darin enthaltene erbrechtliche Problematik definiere. Da diese erbrechtliche Problematik in allen Fällen gleich sei und weitere Erfahrungen auf dem Gebiet des Erbrechts damit nicht zu erlangen seien, komme es für die Fallzählung nicht auf die einzelnen Einsprüche an. Die Fallzahl bestimme sich nach den jeweils enthaltenen erbrechtlichen Problemen. Die Besonderheiten eines Fachgebiets könnten sich insbesondere auf die Definition des Falls auswirken (BayAGH – I 32/07, n.v., unter Berufung auf die Berliner Empfehlungen 2001, BRAK-Mitt. 2002, 26, Ziff. II 6.1.).

Dieser Rechtsauffassung erteilte der BGH unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung eine Absage. Ein Fall im Sinne des § 5 Satz 1 FAO sei jede juristische Aufarbeitung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, der sich von anderen dadurch unterscheidet, dass die zu beurteilenden Tatsachen und die Beteiligten verschieden sind (BGH, BRAK-Mitt. 2006, 131, 132). Diese Falldefinition gelte auch für den Bereich des Erbrechts. Daher müssen auch Serienfälle, bei denen zwar der Sachverhalt gleich, aber die Beteiligten verschieden (bspw. Massenkündigungen) oder aber die Beteiligten gleich, aber die Sachverhalte verschieden (bspw. Steuererklärungen für mehrere Jahre) grundsätzlich als meh-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

rere Fälle behandelt werden (so bereits AGH Niedersachsen, BRAK-Mitt. 2002, 142; AGH Sachsen-Anhalt, BRAK-Mitt. 2004, 277; ausführlich Scharmer in Hartung/Römermann, 4. Aufl., § 5 FAO, Rdnr. 304 ff.).

Der BGH entschied weiter, dass die einheitliche rechtliche Problematik in mehreren Fällen nur im Rahmen der Fallgewichtung nach § 5 Satz 3 FAO berücksichtigt werden könne. Dabei seien Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit der einzelnen Fälle zu prüfen. Eine erhebliche Mindergewichtung im Umfang von jeweils (höchstens) 0,2 sei zulässig.

In seinem Beschluss vom 6.3.2006 (BRAK-Mitt. 2006, 131) konnte der BGH die Frage, ob eine Gewichtung zu Ungunsten des Antragstellers zulässig ist, noch offenlassen. Nunmehr musste er Stellung beziehen und entschied sich für die Zulässigkeit, wenn in mehreren gleich gelagerten Fällen immer dieselbe rechtliche Problematik zu prüfen war. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung divergierte zu diesem Thema, insbesondere vor Klarstellung durch Beschluss der Satzungsversammlung am 3.4.2006 im Rahmen der Neufassung des § 5 Satz 3 FAO. Für die zulässige Mindergewichtung plädierten AGH Thüringen, BRAK-Mitt. 2005, 134; AGH Bremen, BRAK-Mitt. 2004, 85; Vossebürger in Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 19; Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 9; Scharmer in Hartung/Römermann, 4. Aufl., § 5 FAO Rdnr. 285, 296; Offermann-Burckart in Kilian/vom Stein, Praxishandbuch für Anwaltskanzlei und Notariat, § 16 Rdnr. 146, und Fachanwalt werden und bleiben, 2. Aufl., Rdnr. 333 ff.; Klose BRAK-Mitt. 2008, 150. Gegen eine Mindergewichtung haben sich entschieden AGH Niedersachsen, BRAK-Mitt. 2002, 142, 144; Jährg, Fachanwaltschaften, S. 119; Praefcke, BRAK-Mitt. 1999, 158, 159; Pausenberger, AnwBl. 1994, 13, 14; Schäder, BRAK-Mitt. 1999, 211.

Bislang war es darüber hinaus streitig, in welchen Bruchteilen eine Mindergewichtung vorgenommen werden dürfe. Der AGH Bremen (a.a.O.) ging davon aus, dass allenfalls ein Bruchteil von 0,5 praktikabel handhabbar sei. Klose (a.a.O., S. 152) fasste den Meinungsstand jüngst zusammen, versuchte sich am Gebührenrecht zu orientieren und vertrat schließlich die Abwertungsstufen 0,25 und 0,5 und 0,75. Der BGH geht im vorliegenden Beschluss seltsamerweise auf den Meinungsstreit mit keinem Wort ein. Er stellt lediglich fest, dass zehn fragliche Fälle mit dem Faktor von höchstens 0,2 und damit in der Summe mit maximal zwei Fällen in Ansatz gebracht werden können. An anderer Stelle wertet der BGH ebenfalls zwei Fälle mit einem Faktor von jeweils nicht mehr als 0,2. Damit ist durch den BGH nunmehr zweierlei entschieden. Zum einen kann eine Mindergewichtung mit einem Faktor von 0,2 zulässig sein. Zum anderen spricht der BGH von einer Anerkennung mit **höchstens** dem Faktor 0,2. Er signalisiert damit deutlich, dass auch niedrigere Gewichtungen (z.B. 0,1) grds. denkbar und zulässig seien (a.A. Dahns, NJW Spezial 2009, 431, 432).

4. Der BGH ging schließlich noch darauf ein, ob eine Fallbearbeitung auch im ausländischen Recht anerkennenswert erscheint. Er bejaht dies für das Fachgebiet Erbrecht und unter Verweis auf § 14f Nr. 2 FAO, soweit internationales Privatrecht und damit auch ausländisches Erbrecht nach Kollisionsnormen zur Anwendung gelangt.

Rechtsanwalt Alexander Siegmund, München

Fachanwalt – Verlängerung des Dreijahreszeitraums um Zeiten der Kinderbetreuung

FAO § 5 Satz 1; GG Art. 3 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, Abs. 4

***1. Die Regelung des § 5 Satz 1 FAO verstößt in der gebotenen verfassungskonformen Auslegung nicht gegen den Gleichheits-**

grundsatz des Art. 3 GG oder den in Art. 6 GG garantierten Schutz von Ehe und Familie.

***2. Die von einer Rechtsanwaltskammer im Einzelfall gewährte Verlängerung der Dreijahresfrist um Zeiten des Mutterschutzes bzw. der Elternzeit trägt den verfassungsmäßigen Anforderungen hinreichend Rechnung.**

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

BGH, Beschl. v. 20.4.2009 – AnwZ (B) 43/08

Aus den Gründen:

[1] I. Die am 25.2.1999 zur Rechtsanwaltschaft zugelassene Astin. beantragte am 14.4.2005 bei der Agin., ihr die Führung der Bezeichnung „Fachanwältin für Strafrecht“ zu gestatten. Sie fügte ihrem Antrag als Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse im Strafrecht Zertifikate der DAA bei. Zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen legte die Astin. eine Fallliste mit 62 Eintragungen vor, die allerdings nicht alle innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung bearbeitet worden waren. Zur Begründung der Fristüberschreitung berief sich die Astin. darauf, dass sie sich in der Zeit vom 1.5. bis zum 31.12.2000 und vom 10.2. bis zum 15.11.2003 wegen der Geburt ihrer beiden Söhne in Mutterschutz und Elternzeit befunden habe. Die Fallliste ergänzte die Astin. am 12.1.2006 um 19 aktuelle Fälle aus dem Jahr 2005.

[2] Die Agin. lehnte den Antrag mit Bescheid v. 8.11.2006 u.a. wegen ungenügenden Nachweises praktischer Fähigkeiten ab. Sie berücksichtigte die Elternzeit vom 10.2. bis 15.11.2003, indem sie die Regelzeit um neun Monate auf 45 Monate verlängerte, dabei aber Fallbearbeitungen während der Elternzeit nicht zählte. Die Berücksichtigung der Elternzeit im Jahr 2000 schied aus, weil sie nicht in den (hier verlängerten) Regelzeitraum des § 5 FAO fiel. In dem danach maßgeblichen Zeitraum vom 14.7.2001 bis zum 14.4.2005 hatte die Astin. 45 Fälle selbstständig bearbeitet und an 29 Hauptverhandlungstagen vor dem Schöffengericht oder einem übergeordneten Gericht teilgenommen. Alternativ prüfte die Agin., ob sich die Situation für die Astin. bei einem Antragsdatum 12.1.2006 günstiger darstellen würde und verneinte dies, weil dann 23 andere Fälle nicht mehr berücksichtigungsfähig wären. Die Durchführung eines Fachgesprächs lehnte die Agin. angesichts der großen Diskrepanz zur erforderlichen Fallzahl ab.

[3] Der AGH hat den hiergegen gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Astin. mit ihrer zugelassenen sofortigen Beschwerde.

[4] II. Das nach § 223 Abs. 3 Satz 1 BRAO statthafte und auch sonst zulässige Rechtsmittel ist unbegründet. Die Zurückweisung ihres Antrags auf Verleihung der Befugnis zur Führung der beantragten Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwältin für Strafrecht“ durch die Agin. ist rechtmäßig und verletzt die Astin. nicht in ihren Rechten. Sie erfüllt die Voraussetzungen für die Verleihung dieser Fachanwaltsbezeichnung nicht.

[5] 1. Die Verleihung der Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ setzt nach § 43c Abs. 1, § 59b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) BRAO i.V.m. § 1 Satz 2, § 2 Abs. 1, § 5 Satz 1 Buchst. f) FAO voraus, dass der Ast. innerhalb der letzten drei Jahre vor Antragstellung 60 Strafrechtsfälle persönlich und weisungsfrei bearbeitet und an 40 Hauptverhandlungstagen vor dem Schöffengericht oder einem übergeordneten Gericht teilgenommen hat.

[6] 2. Die Astin. hat dieses Erfordernis nicht erfüllt. Dies räumt sie auch ein. Sie ist der Auffassung, dass sie ohne die wegen der Betreuung ihrer beiden Söhne, von denen der jüngere schwer herzkrank ist, notwendig gewordene Reduzierung der Berufstätigkeit auf eine Halbtagsstätigkeit die erforderlichen

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Fallzahlen und Hauptverhandlungstage fristgemäß hätte erbringen können. Die starre Frist verstoße gegen Art. 6 GG. Ihr müsse zumindest Gelegenheit gegeben werden, im Rahmen eines Fachgesprächs den unvollständigen Nachweis praktischer Fähigkeiten zu ergänzen.

**§ 5 FAO ist
verfassungsgemäß**

[7] 3. Dem folgt der Senat nicht. Die Regelung des § 5 FAO verstößt in der gebotenen verfassungskonformen Auslegung nicht gegen das Grundgesetz, insbesondere nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG oder den in Art. 6 garantierten Schutz von Ehe und Familie. Die Verlängerung der Dreijahresfrist durch die Agin. trägt den verfassungsmäßigen Anforderungen Rechnung.

[8] a) Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern (vgl. BVerfGE 109, 64, 89, m.w.N.; auch BVerfGE 87, 1, 42). Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ist ausdrücklich klargestellt worden, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (vgl. BVerfGE 92, 91, 109; 109, 64, 89). In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen (vgl. BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393). Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung.

[9] b) Trotz des Anstiegs der Zahl berufstätiger Frauen übernehmen im Allgemeinen noch immer Frauen die Kindererziehung und verzichten aus diesem Grund zumindest vorübergehend ganz oder teilweise auf eine Berufstätigkeit. Das Festhalten an der überkommenen Aufgabenverteilung zwischen den Geschlechtern wird auch dadurch befördert, dass Löhne und Gehälter berufstätiger Frauen noch immer deutlich hinter denen von Männern zurückbleiben und es mithin für die Familie leichter hinzunehmen ist, wenn die Mutter anstelle des Vaters auf Einkommen aus der Berufstätigkeit verzichtet. Es gibt keine Hinweise dafür, dass die Situation in Familien, in denen ein Elternteil oder beide Elternteile dem Anwaltsberuf nachgehen, von dem gesamtgesellschaftlichen Bild grundlegend verschieden ist. Der gegenüber RAen geringere Anteil von RAinnen unter den selbstständigen Berufsträgern und die geringere durchschnittliche Wochenarbeitszeit von RAinnen (vgl. *Fuchsloch/Schuler-Harms*, NJW 2004, 3065, 3068) sprechen im Gegenteil dafür, dass auch in dieser Berufsgruppe typischerweise Frauen die Aufgaben der Kinderbetreuung und -erziehung übernehmen.

[10] c) Berufstätige RAinnen, die zugleich die Betreuung ihrer Kinder übernehmen, haben es wegen der zeitlich eingeschränkten Arbeitsmöglichkeiten schwerer, die Voraussetzungen der FAO zu erfüllen. § 5 Satz 1 FAO unterscheidet nicht zwischen vollerwerbstitigen und teilzeitbeschäftigten RAen. Für alle gilt gleichermaßen die Frist von drei Jahren.

Mit drei Jahren ist aber die Beurteilungszeit im Verhältnis zur Anzahl der geforderten Fälle – auch für halbtags Tätige – ausreichend bemessen. Damit ist entsprechend den Absichten der Satzungsversammlung die Zulassungsschranke leichter überwindbar als bei einem kürzeren Zeitraum (vgl. Senatsbeschl. v. 18.4.2005 – AnwZ [B] 31/04, BRK-Mitt. 2006, 131; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl.,

**Dreijahresfrist ist
grundsätzlich ausrei-
chend bemessen**

§ 5 FAO Rdnr. 6). Es genügt zudem, dass nur ein Teil der Fallbearbeitung in den Dreijahreszeitraum fällt; der Fall muss nicht innerhalb des fraglichen Zeitraums abgeschlossen werden (Senatsbeschl. v. 6.3.2006 – AnwZ [B] 36/05, NJW 2006, 1513, Tz. 14). Die Fristsetzung selbst dient den Interessen des rechtsuchenden Publikums, das sich darauf verlassen können soll, dass sich ein Fachanwalt mit seinen praktischen Erfahrungen auf der Höhe der Zeit befindet (vgl. Senatsbeschl. v. 18.4.2005, a.a.O.; *Feuerich/Weyland*, a.a.O.). Angesichts dessen hat der Senat in seinem Beschl. v. 18.4.2005 (a.a.O.) das Erfordernis, dass die nachzuweisenden besonderen praktischen Erfahrungen innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung gesammelt sein müssen, als mit höherrangigem Recht vereinbar angesehen. Dies gilt auch hinsichtlich der besonderen Belange und Schutzwürdigkeit von im Anwaltsberuf tätigen Eltern.

**Verlängerung des
Beurteilungs-
zeitraums**

Im konkreten Fall hat die Agin. die nach Artikeln 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 und 4 GG gebotene Kompensation durch die Verlängerung des Beurteilungszeitraums um die neun Monate, in denen die Astin. sich in Mutterschutz bzw. Elternzeit befand, Rechnung getragen.

Anmerkung:

§ 5 FAO lautet (auszugsweise): „Der Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen setzt voraus, dass der Antragsteller innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung im Fachgebiet als Rechtsanwalt persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat: ...“.

Der Wortlaut der Norm ist eindeutig, die Frist beträgt drei Jahre. Eine Verlängerung ist nach dem Wortlaut ausgeschlossen.

Es blieb dem BGH mit seiner Entscheidung vom 20.2.2009 und vor ihm dem in dem konkreten Fall beschäftigten Vorprüfungsausschuss vorbehalten, die Norm gleichwohl verfassungskonform auslegen zu können.¹

Die Satzungsversammlung hatte unabhängig hiervon erkannt, dass Handlungsbedarf bestand, wollte man einen Verstoß gegen die Verfassung für die Zukunft vermeiden. Auf eine verfassungskonforme Auslegung, wie sie der BGH nun gnädig gewährt hat, wollte (und durfte) sie nicht verzichten. Eine ausdrücklich mögliche Verlängerung des Zeitraums für den Nachweis der besonderen praktischen Erfahrung war aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Für eine Verlängerung um Zeiten des Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz ergibt sich dies aus Art. 6 Abs. 4 GG, für die Verlängerung um Zeiten der Inanspruchnahme von Elternzeit aus Art. 6 Abs. 2 GG. Die faktische Verkürzung des Zeitraumes durch Mutterschutz bzw. Elternzeit führte zu einer nicht mit der Verfassung zu vereinbarenden Schlechterstellung von Müttern und Eltern.

Parallel zur Entscheidung des BGH hat die Satzungsversammlung in ihrer Sitzung am 15. Juni 2009 daher beschlossen:

„§ 5 wird wie folgt geändert:

1. § 5 Satz 1 mit den Buchstaben a)–t) wird § 5 Abs. 1.
2. § 5 Satz 2 wird § 5 Abs. 2, das Wort „Satz“ wird durch das Wort „Absatz“ ersetzt.
3. Folgender neuer § 5 Abs. 3 wird eingefügt:
Der Zeitraum des § 5 Abs. 1 verlängert sich
a) um Zeiten eines Beschäftigungsverbotes nach den Mutterschutzvorschriften;
b) um Zeiten der Inanspruchnahme von Elternzeit;

¹ Siehe hierzu den Beitrag von Zuck, in diesem Heft.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

c) um Zeiten, in denen der Antragsteller wegen besonderer Härte in seiner anwaltlichen Tätigkeit eingeschränkt war. Härtefälle sind auf Antrag und bei entsprechendem Nachweis zu berücksichtigen.

Eine Verlängerung ist auf 36 Monate beschränkt.

4. § 5 Satz 3 wird § 5 Abs. 4.“

In dem neuen Absatz 3 wird bei Buchstabe a) nicht auf eine tatsächliche Inanspruchnahme der Mutterschutzzeiten abgestellt, da selbstständige Anwältinnen aus beruflichen Gründen daran gehindert sein können, den Schutz in Anspruch zu nehmen. Bei der Elternzeit (Buchstabe b) war hingegen aus Gründen der Gleichbehandlung auf die tatsächliche Inanspruchnahme abzustellen. In beiden Fällen wird die Verlängerung bei einem entsprechenden Nachweis gewährt.

Da es aus verfassungsrechtlichen Gründen unumgänglich war, den Zeitraum für den Nachweis unter bestimmten Voraussetzungen zu verlängern, erschien es der Satzungsversammlung geboten, aus Gründen einer möglichst großen Chancengleichheit mit Kandidaten, die nicht unter solchen Einschränkungen zu leiden haben, eine Verlängerung auch bei Vorliegen besonderer Härten zu erlauben. Diese können nach Auffassung der Satzungsversammlung vorliegen bei der Erbringung von Pflegeleistungen für nahe Angehörige oder längerfristigen schweren Erkrankungen. Eine solche Verlängerung kommt jedoch nur auf Antrag des Kandidaten und bei entsprechendem Nachweis in Betracht.

Um den vom BGH als im Verhältnis zur Anzahl der geforderten Fälle ausdrücklich als ausreichend bemessenen Zeitraum nicht uferlos auszuweiten hat die Satzungsversammlung die Verlängerungsmöglichkeit auf insgesamt 36 Monate beschränkt, so dass der Zeitraum maximal sechs Jahre betragen kann.

Die Satzungsversammlung hat in ihrer Begründung zu der Änderung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Fälle, die ausschließlich in Zeiten der Verlängerung bearbeitet werden, beim Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen mitzuzählen sind. Insoweit geht die Satzungsversammlung über die genannte Entscheidung des BGH hinaus.

Die bisherigen Sätze 2 und 3, die leicht zu überlesen waren, sind jeweils eigenständige Absätze geworden und bekommen damit ein ihrer Bedeutung angemessenes Gewicht.

Rechtsanwalt *Dr. Kai Greve*, Hamburg

Zulässigkeit des Widerrufs der Anwaltszulassung

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 4; VwVfG § 44

***1. Unterzeichnet einen Widerrufsbescheid der Vorsitzende der Abteilung für Zulassungsangelegenheiten und nicht, wie nach der Geschäftsordnung der Rechtsanwaltskammer vorgesehen, der Präsident, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Widerrufsbescheids.**

***2. Ein bloßer Mangel der internen Zuständigkeit innerhalb der für die Entscheidung sachlich und örtlich zuständigen Behörde ist kein absoluter Nichtigkeitsgrund nach § 44 Abs. 2 VwVfG.**

BGH, Beschl. v. 3.11.2008 – AnwZ (B) 5/08

Aus den Gründen:

[1] I. Der Ast. wurde durch Bescheid des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz v. 28.10.1992 zur Rechtsanwaltschaft und als RA bei dem AG und dem LG A. zugelassen. Er verzichtete mit Schr. v. 31.7.1995 auf die Rechte aus seiner Zulassung. Der damals zuständige Präsident des OLG N. widerrief daraufhin mit Bescheid v. 3.8.1995 die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft gem. § 14 Abs. 2 Nr. 4 BRAO. Im Jahr 1999 betritt der Ast. die Wirksamkeit dieses Widerrufs mit

der Begründung, er sei zur damaligen Zeit geschäftsunfähig gewesen, und beantragte gerichtliche Entscheidung (BayAGH I – 17/99). Mit Bescheid v. 18.11.2002 widerrief die Agin. die Zulassung nochmals, nunmehr wegen Berufsunfähigkeit nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 BRAO; der Ast. beantragte auch insoweit gerichtliche Entscheidung (BayAGH I – 28/02). In beiden Verfahren wurde die Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem der Ast. mit Schr. v. 13.5.2004 gegenüber der Agin. erneut auf die Rechte aus der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft verzichtet und diese daraufhin mit Bescheid v. 17.5.2004 die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft nochmals gem. § 14 Abs. 2 Nr. 4 BRAO widerrufen hatte.

[2] Der vom Vorsitzenden der Abteilung für Zulassungsangelegenheiten unterzeichnete Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 wurde dem Ast. gegen Empfangsbekanntnis zugestellt; im Empfangsbekanntnis v. 21.5.2004 erklärte der Ast. Rechtsmittelverzicht. Mit Schr. v. 20.1.2007 bat der Ast. die Agin. um Bestätigung, dass der Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 nichtig sei, weil er nicht vom Präsidenten der Agin. erlassen wurde. Die Agin. lehnte dies mit Schr. v. 23.1.2007 ab. Der Ast. hat gerichtliche Entscheidung beantragt. Der AGH hat den Antrag als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich der Ast. mit seiner sofortigen Beschwerde.

[3] II. Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BRAO), aber nicht begründet. Der AGH hat mit Recht angenommen, dass der Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 bestandskräftig und damit unanfechtbar geworden ist; ein Grund, der zur Nichtigkeit des Widerrufs führen würde, liegt nicht vor.

[4] 1. Mit seinem Hauptantrag begehrt der Ast. in der Sache, wie auch aus seinem schriftsätzlichen Vorbringen deutlich wird, die gerichtliche Feststellung, dass der Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 nichtig ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein solcher Feststellungsantrag – ungeachtet der Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 16 Abs. 5 Satz 1, § 37 Abs. 3 Satz 2 BRAO – zulässig ist. Der vorliegende Feststellungsantrag hat jedenfalls keinen Erfolg, weil ein Grund für die Nichtigkeit des Widerrufsbescheids v. 17.5.2004 nicht vorliegt.

[5] Die Entscheidung über einen Widerruf der Anwaltszulassung nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 BRAO obliegt nach der Geschäftsordnung der Agin. – abweichend von dem in § 3 Abs. 5 der Geschäftsordnung geregelten Grundsatz – nicht der Abteilung für Zulassungsangelegenheiten, sondern dem Präsidenten der Agin. (§ 10 Abs. 2 der Geschäftsordnung). Der Vorsitzende der Abteilung für Zulassungsangelegenheiten, der den Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 unterzeichnet hat, war damit für die Entscheidung über den Widerruf intern nicht zuständig. Dies führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Widerrufsbescheids.

Keine Nichtigkeit des Widerrufsbescheids

[6] Ein bloßer Mangel der internen Zuständigkeit innerhalb der für die Entscheidung sachlich und örtlich zuständigen Behörde ist kein absoluter Nichtigkeitsgrund nach § 44 Abs. 2 VwVfG, Art. § 44 Abs. 2 BayVwVfG. Auch eine Nichtigkeit nach der Generalklausel in § 44 Abs. 1 VwVfG, Art. § 44 Abs. 1 BayVwVfG liegt nicht vor. Besonders schwerwiegend im Sinne dieser Bestimmungen sind nur solche Rechtsfehler, die deshalb mit der Rechtsordnung unter keinen Umständen vereinbar sein können, weil sie tragenden Verfassungsprinzipien oder den der Rechtsordnung immanenten Wertvorstellungen widersprechen (st. Rspr.; vgl. BVerwG, NJW 1985, 2658 ff.; BVerwG, DVBl. 1992, 568 f.). Davon kann bei dem Widerrufsbescheid v. 17.5.2004, der von der für den Widerruf sachlich und örtlich zuständigen Behörde erlassen wurde und im Einklang mit dem materiellen Recht steht (§ 14 Abs. 2 Nr. 4 BRAO), nicht die Rede sein.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

[7] 2. Der Hauptantrag hat auch dann keinen Erfolg, wenn er dahin ausgelegt wird, dass der Ast. gem. § 16 Abs. 5 Satz 1, § 37 Abs. 3 Satz 2 BRAO die Aufhebung des Widerrufsbescheids v. 17.5.2004 mit der Begründung begehrt, dieser sei jedenfalls rechtswidrig. Mit diesem Rechtsschutzziel ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht mehr zulässig, nachdem der Ast. auf Rechtsmittel gegen die Widerrufsverfügung im Empfangsbekanntnis v. 21.5.2004 verzichtet hat. Das Vorbringen des Ast. gibt keinen Anlass zu Zweifeln an der Wirksamkeit des Verzichts. Unabhängig davon ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung, soweit er auf eine Aufhebung der Widerrufsverfügung gerichtet ist, auch deshalb unzulässig, weil die Monatsfrist des § 16 Abs. 5 Satz 1 BRAO nicht gewahrt ist. Der Antrag ist erst am 13.2.2007 beim AGH eingegangen.

[8] 3. Dem Hilfsantrag, den „Widerspruchsbescheid“ der Agin. v. 23.1.2007 aufzuheben und der Agin. zu gebieten, die Feststellung auszusprechen, dass der Widerrufsbescheid v. 17.5.2004 nichtig ist, kann – ungeachtet der Frage der Zulässigkeit dieses Antrags – jedenfalls deshalb nicht entsprochen werden, weil der Widerrufsbescheid v. 17.5.2004, wie ausgeführt, nicht nichtig ist.

[9] 4. Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellte weitere Hilfsantrag auf Zuerkennung von Schadenersatz ist unzulässig; im Zulassungsverfahren ist kein Raum für die Entscheidung über Schadenersatzansprüche (vgl. Senatsbeschl. v. 26.11.2006 – AnwZ [B] 102/05, juris, Tz. 20, m.w.N.). Auch der Antrag, das Verfahren insoweit gem. § 17a GVG an das LG zu verweisen, hat keinen Erfolg, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verweisung nicht vorliegen.

Ungültige Wahl zum Vorstand einer Rechtsanwaltskammer

BRAO § 68 Abs. 2, § 90

***1. § 68 Abs. 2 BRAO sieht zwingend vor, dass alle zwei Jahre die Hälfte der Vorstandsmitglieder einer RAK neu zu wählen sind.**

***2. Unzulässig ist es, wenn hiervon abweichend weniger als die Hälfte der Mitglieder neu gewählt werden. Ebenso unstatthaft ist es, wenn bereits nach einem Jahr erneut Neuwahlen zum Kammervorstand stattfinden.**

***3. Es ist zweifelhaft, ob ein jährlicher Austausch von Vorstandspositionen dem Prinzip der effektiven Führung der Amtsgeschäfte gerecht wird. Hinzu kommt, dass allzu häufige Wahlen bei den Kammermitgliedern Wahlmüdigkeit hervorrufen könnten.**

AGH Hamburg, Beschl. v. 24.6.2009 – II ZU 8/07 (n.r.)

Aus den Gründen:

I. 1. Auf der Kammerversammlung v. 22.5.2007, die in dem großen Saal der Handwerkskammer Hamburg stattfand, wurden neun Mitglieder des insgesamt 23 Mitglieder zählenden Vorstands der Agin. wegen des Ablaufs ihrer vierjährigen Amtszeiten neu gewählt. An der Versammlung haben 311 Kammermitglieder von insgesamt ca. 8.200 Kammermitgliedern (RAen) teilgenommen. Die Kammerversammlung am 22.5.2007 folgte der Kammerversammlung am 24.4.2007, auf der die Vorstandswahl wegen eines Formfehlers im Wahlverfahren (die Wahlurne wurde vor Eröffnung der Wahlen bereits bereitgestellt) abgesetzt worden war.

Vor der Wahl am 22.5.2007 war ein Antrag eines Kammermitglieds auf Absetzung der Wahl wegen Verstoßes gegen § 68 BRAO von der Mehrheit der anwesenden stimmberechtigten Kammermitglieder abgelehnt worden. Es standen 13 Kandidaten für die neun zu besetzenden Vorstandssitze zur Wahl, wobei im Wege der Blockwahl durch Abgabe von maximal neun Stimmen auf einem Stimmzettel verfahren wurde. Gewählt wurden die Beigeladenen zu 1.) bis 9.).

Zuletzt hatten Wahlen zum Vorstand der Agin. im Jahre 2006 stattgefunden. Diese Wahl ist nicht angefochten worden.

2. Der Ast. ist als in Hamburg zugelassener RA Mitglied der Agin.

Mit Schriftsatz v. 21.6.2007, bei dem AGH am 22.6.2007 eingegangen, hat der Ast. einen Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift bei der Vorstandswahl gerügt und in diesem und weiteren Schriftsätzen geltend gemacht, dass die Wahl v. 22.5.2007 gegen § 68 Abs. 2 BRAO verstoße, weil nicht die Hälfte aller Vorstandsmitglieder, sondern nur neun Sitze zur Wahl gestanden hätten. Ferner hat der Ast. das Verfahren der Blockwahl als nicht gesetzmäßiges Verfahren und weitere aus seiner Sicht bestehende Wahlmängel gerügt.

Der Ast. beantragt, die Wahl zum Vorstand der Agin. v. 22.5.2007 für ungültig zu erklären.

Die Agin. beantragt, den Antrag des Ast. zurückzuweisen.

Sie hält den Wahlanfechtungsantrag für unbegründet. Sie trägt vor, dass der von der Agin. verfolgte Wahlrhythmus gewährleistet, dass in einem Zeitraum von jeweils zwei Jahren die Hälfte der Vorstandsmitglieder neu gewählt würden. Dieses Verfahren würde dem Wortlaut von § 68 BRAO, der Systematik des Gesetzes und vor allem auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, der behutsamen Erneuerung des Vorstands, gerecht. Sie habe keine gesetzeskonformen Möglichkeiten, den bereits seit 1953 unbeanstandet praktizierten jährlichen Wahlrhythmus auf einen zweijährigen Turnus umzustellen. Die Agin. verweist im Übrigen auf ein von ihr vorgelegtes Rechtsgutachten von Prof. Dr. Henssler, das ihre Auffassung stützt. Die Agin. rechtfertigt ferner das Blockverfahren und tritt den anderen gerügten Wahlmängeln entgegen.

Der Senat hat – nachdem der BGH mit Beschl. v. 28.4.2008 die Beschwerde eines Beiladungspetenten zwar als unzulässig zurückgewiesen, dem Beiladungsbegehren aber sachliche Berechtigung im Sinne einer notwendigen Beiladung zugesprochen hatte – sämtliche in 2007 gewählten Vorstandsmitglieder beigeladen. Die Beigeladenen haben zur Sache schriftsätzlich nicht gesondert vorgetragen.

Ergänzend wird zum Sach- und Streitstand auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II. Der Antrag des Ast. ist zulässig und begründet, so dass die Vorstandswahl v. 22.5.2007 für ungültig zu erklären ist.

1. Der Antrag, die Vorstandswahl v. 22.5.2007 für ungültig zu erklären, ist zulässig. Dem Ast. steht als Mitglied der Agin. gem. § 90 Abs. 2 BRAO das Recht zu, einen Antrag auf Ungültigerklärung von Wahlen der Versammlung der Agin. (s. § 90 Abs. 1 BRAO) vor dem AGH zu stellen, und zwar im Fall einer Wahl, wie sie hier angefochten wird, unabhängig von einer Verletzung persönlicher Rechte. Die Monatsfrist des § 91 Abs. 3 BRAO hat der Ast. durch den in der gemeinsamen Annahmestelle am 22.6.2007 eingegangenen Antragschriftsatz, der auch die Gründe enthält, aus denen nach Auffassung des Ast. die Wahl für ungültig zu erklären ist (s. § 91 Abs. 2 BRAO), gewahrt.

2. Der Antrag ist auch begründet. Die Wahl von neun Mitgliedern zum Kammervorstand am 22.5.2007 ist unter Verletzung des Gesetzes zustande gekommen (§ 90 Abs. 1 BRAO). Es kann dabei dahinstehen, ob auch andere gesetzliche Vorschriften, insbesondere die Vorschrift über die Einberufung der Kammerversammlung durch den Präsidenten in § 85 Abs. 1 BRAO oder die Vorschriften der BRAO über die Vorstandswahlen durch das von der Agin. gewählte Verfahren der Blockwahl verletzt sind. Jedenfalls liegt ein Verstoß gegen die gesetzliche Vorschrift des § 68 Abs. 2 BRAO vor.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Nach § 68 Abs. 2 BRAO hat alle zwei Jahre die Hälfte der Mitglieder des Vorstandes auszuscheiden, bei ungerader Anzahl – wie bei der Agin. – zunächst die größere Zahl. Nur vordergründig wird dadurch lediglich die Frage der Wahlperiode und des Ausscheidens von Vorstandsmitgliedern geregelt, nicht jedoch die Zahl der neu zu wählenden Mitglieder. Dass bei einem Ausscheiden von der Hälfte der Vorstandsmitglieder diese Positionen durch Neuwahl wieder zu besetzen und damit die Hälfte der Vorstandsmitglieder neu zu wählen sind, ist vielmehr zwangsläufige Folge dieser Regelung. Dies hat auch der Gesetzgeber so gesehen, wenn es in der Gesetzesbegründung zu dem damaligen (mit dem heutigen § 68 Abs. 2 BRAO identischen) § 81 Abs. 2 BRAO heißt:

„Deshalb wird in Absatz 2 vorgesehen, dass jeweils nach zwei Jahren die Hälfte der Mitglieder neu zu wählen ist.“ (BT-Drucks. III, Nr. 120, 85).“

Alle zwei Jahre die Hälfte der Mitglieder

§ 68 Abs. 2 BRAO enthält daher eine Regelung über die Zahl der zu wählenden Vorstandsmitglieder (die Hälfte der Mitglieder)

und den Zeitpunkt von deren Wahl (alle zwei Jahre).

Nach diesen Anforderungen des Gesetzes liegt dessen Verletzung sowohl darin, dass am 22.5.2007 von dem 23 Mitglieder zählenden Vorstand nicht 11 oder 12 Mitglieder neu gewählt worden sind, sondern nur neun, als auch in dem Umstand, dass nach der letzten unangefochtenen und damit als gültig zu behandelnden Kammervorstandswahl im Jahre 2006 am 22.5.2007, also bereits nach einem Jahr, erneut Neuwahlen zum Kammervorstand stattfanden.

Die von der Vorstellung des Gesetzgebers abweichende Praxis der Agin., die darauf hinausläuft, dass jährlich neu gewählt wird, und zwar in einem Jahr zwei Mitglieder, im nächsten Jahr neun, im dritten und vierten Jahr je sechs Mitglieder, um dann im Turnus neu zu beginnen, widerspricht bereits dem Wortlaut nach der Vorschrift des § 68 Abs. 2 BRAO. „Alle zwei Jahre“ bedeutet, dass nach zwei Jahren die Hälfte der Vorstandsmitglieder neu gewählt werden muss. Die Auffassung der Agin., dass „alle zwei Jahre“ auch bedeuten könne, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren müsse die Neuwahl der Hälfte der Mitglieder erfolgen, entspricht nicht dem allgemeinen Sprachverständnis. „Alle zwei Jahre“ bedeutet: jeweils nach Ablauf von zwei Jahren, wie sich auch aus der oben wiedergegebenen Gesetzesbegründung ergibt, nicht dagegen wird ein Zeitraum von zwei Jahren zur Verfügung gestellt, in dem die Hälfte der Mitglieder neu besetzt werden kann.

Angesichts des Wortlauts von § 68 Abs. 2 BRAO vermögen auch andere Auslegungskriterien die Praxis der Agin. nicht zu rechtfertigen. Es mag zwar sein, dass die Systematik der BRAO jährliche Wahlen bedingen kann, wenn z.B. eine Ersatzwahl nach § 69 BRAO erfolgen muss. Hierbei handelt es sich aber um einen Ausnahmefall, der sich wegen der Beschränkung der Wahlperiode des im Wege der Ersatzwahl gewählten Mitglieds auf den Rest der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds (§ 69 Abs. 3 BRAO) in der einmaligen Abänderung des zweijährigen Turnus erschöpft. Auch mag es denkbar sein, dass bei einer Vergrößerung des Vorstandes Ergänzungswahlen nach § 68 Abs. 3 BRAO schon nach einem Jahr stattfinden. Zwingend ist dies jedoch nicht, weil es der Entscheidung der Kammerversammlung obliegt, wann die Vergrößerung und damit die Ergänzungswahl stattzufinden hat. Zweckmäßigerweise wird danach die Ergänzungswahl im selben Turnus bzw. auf derselben Kammerversammlung wie die eigentlichen Neuwahlen zum Vorstand nach § 68 Abs. 2 BRAO stattfinden. Jedenfalls stellt aber auch die Regelung über die Ersatzwahl selbst dann, wenn man hierfür einen abweichenden Turnus für zulässig

Klarer Wortlaut des § 68 II BRAO

erachten sollte, im Verhältnis zu der grundsätzlichen Regelung des § 68 Abs. 2 BRAO eine Ausnahme dar, die an dem sich aus § 68 Abs. 2 BRAO ergebenden Grundsatz nichts ändert. Dass also ausnahmsweise im Falle der Ersatzwahl oder bei einer nicht der Regel des § 68 Abs. 2 BRAO verpflichteten Anberaumung einer Ersatzwahl eine Wahl in jährlichem Abstand erfolgen kann, rechtfertigt nicht regelhaft in jährlichem Turnus stattfindende Neuwahlen zum Kammervorstand.

Ob eine jährliche Neuwahl Sinn und Zweck der Regelung des § 68 Abs. 2 BRAO entspricht, wie die Agin. meint, ist ohnehin fraglich, kann angesichts des Wortlauts aber dahinstehen. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. III, Nr. 120 zu § 81 BRAO) soll das Erfordernis des Ausscheidens der Hälfte der Mitglieder des Vorstands alle zwei Jahre sowohl dem Gedanken effektiver Führung der Amtsgeschäfte (Vermeidung eines möglichen Wechsels aller Vorstandsmitglieder nach Ablauf der Wahlperiode) einerseits und der Möglichkeit demokratischer Einflussnahme (durch möglichst häufige Neuwahl) andererseits Rechnung tragen. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, diesen widerstreitenden Interessen durch einen Kompromiss gerecht zu werden, der bei Beibehaltung der vierjährigen Wahlperiode alle zwei Jahre Neuwahlen der Hälfte der Vorstandsmitglieder vorsieht. Zwar mögen jährliche Neuwahlen dem demokratischen Prinzip Rechnung tragen; zweifelhaft ist aber, ob ein jährlicher Austausch von Vorstandspositionen auch dem anderen Prinzip der effektiven Führung der Amtsgeschäfte gerecht wird.

Gefahr der Wahlmüdigkeit

Jeder Wechsel von Vorstandsmitgliedern ist geeignet, die Kontinuität der Arbeit des Vorstands zu beeinträchtigen. Hinzu

kommt, dass allzu häufige Wahlen Wahlmüdigkeit bei den Mitgliedern der Kammer hervorrufen können. Jedenfalls ist die Entscheidung des Gesetzgebers im Widerstreit beider Interessen als angemessener Kompromiss zu respektieren (zum zwingenden zweijährigen Turnus vgl. auch *Hartung/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., 2004, § 68 Rdnr. 4 und *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., 2008, § 68 Rdnr. 4).

Schließlich kann die Agin. nicht mit ihrem Argument gehört werden, dass sie keine rechtliche Handhabe habe, die seit vielen Jahren geübte Praxis jährlicher Neuwahlen zu ändern. Es mag sein, dass die BRAO für den vorliegenden Fall keine Regelung vorsieht und die Agin. bei Übergang zu einem zweijährigen Turnus, bei dem jeweils die Hälfte der Vorstandsmitglieder neu gewählt werden, entweder die Wahlperiode einiger Vorstandsmitglieder abgekürzt oder verlängert werden muss. Dem Senat scheint die erste Variante vorzugswürdig zu sein, wobei entweder in direkter oder entsprechender Anwendung des § 68 Abs. 2 Satz 2 BRAO das Los entscheiden sollte. Solche Schwierigkeiten, die nach der historischen Darstellung der Agin. wohl letztlich in Fehlern bei der Berechnung der Wahlperiode noch während der Geltung der RA-Ordnung für die Britische Zone (RAObritZ) von 1949 zu suchen sind, die anlässlich der Einführung der BRAO im Jahre 1959 nicht korrigiert wurden, rechtfertigen aber keine Fortsetzung der gegen § 68 Abs. 2 BRAO verstoßenden Praxis.

3. Die Wahl zum Vorstand der Agin. v. 22.5.2007 ist gem. § 90 Abs. 1 1. Alt. BRAO wegen des Verstoßes gegen § 68 Abs. 2 BRAO für ungültig zu erklären.

Zwar spricht der Wortlaut des § 90 Abs. 1 BRAO („Wahlen ... kann der AGH auf Antrag ... für ungültig erklären, wenn sie unter Verletzung des Gesetzes oder der Satzung zustande gekommen sind ...“) dafür, dass dem AGH insoweit ein Ermessen eingeräumt werden soll und eine Wahl auch dann Bestand haben kann, wenn sie rechtswidrig zustande gekommen ist. Ob dies wirklich der Intention des Gesetzgebers entspricht,

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

kann dahinstehen (die Gesetzesbegründung gibt insoweit keine Hinweise, die einschlägige Kommentarliteratur geht ohne nähere Begründung entweder von einem Ermessen des AGH aus – s. *Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., 2003, § 90 Rdnr. 5 – oder nimmt einen Zwang zur Ungültigerklärung an – s. *Hartung/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., 2004, § 90 Rdnr. 1). Selbst wenn entsprechend der Gesetzeslage bei der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen im Aktien- oder Genossenschaftsrecht (s. §§ 243 AktG, 51 GenG) ein derartiger Entscheidungsspielraum überhaupt bestehen sollte, entspricht es den Maßstäben der Rspr., dass bei Relevanz des Gesetzesverstößes der Beschluss/die Wahl für ungültig zu erklären ist (s. nur BGH, NJW 2002, 1128, 1129 für das Aktienrecht). Relevanz liegt dann vor, wenn bei wertender Betrachtungsweise möglich oder ausgeschlossen sei, dass sich der Verfahrensfehler auf das Beschlussergebnis ausgewirkt habe (BGH, a.a.O., 1129, a.E.). Eine solche Relevanz ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Eine Vorstandswahl hätte nach den obigen Ausführungen unter 2. im Jahre 2007 in dieser Art nicht stattfinden dürfen, so dass das vorliegende Ergebnis bei Beachtung der Vorschrift des § 68 Abs. 2 BRAO in keinem Fall erzielt worden wäre.

III. (...) Die sofortige Beschwerde ist zuzulassen, da die Sache, nämlich die Wahlpraxis der Agin. und deren Unvereinbarkeit mit der Vorschrift des § 68 Abs. 2 BRAO, grundsätzliche Bedeutung hat (§ 91 Abs. 6 Satz 2 BRAO). Es kommt für die Ungültigerklärung der Vorstandswahl v. 22.5.2007 auf die Auslegung von § 68 Abs. 2 BRAO an.

Die Rechtsfrage, wie § 68 Abs. 2 BRAO auszulegen ist, ist jedoch noch nicht höchststrichterlich entschieden; ihr kommt daher grundsätzliche Bedeutung zu.

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung
--

Zulassung – Widerruf wegen unvereinbarer Tätigkeit als Immobilienhändler und -entwickler

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 8

***Die st. Rspr. des BGH zur Unvereinbarkeit der RA-Tätigkeit mit der Immobilienmaklertätigkeit ist auch auf die Tätigkeit eines Immobilienhändlers und -entwicklers entsprechend anzuwenden.**

AGH Berlin, Beschl. v. 6.4.2009 – I AGH 6/08

Aus den Gründen:

I. Der Ast. wurde am ... durch die Agin. zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und ist seitdem als RA mit Kanzleisitz in Berlin tätig. Seit dem 1.7.2007 ist er zugleich als einer der beiden Geschäftsführer der ... GmbH tätig. Der Unternehmensgegenstand dieser Gesellschaft ist es, Grundstücke zu erwerben, ggf. durch Bebauung oder durch Sanierung der vorhandenen Bebauung zu entwickeln, und sodann zu veräußern. Als Immobilienmaklerin wird die Gesellschaft nicht tätig.

Mit Bescheid v. 12.3.2008 hat die Agin. die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft gem. § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO widerrufen und zur Begründung angeführt, die gleichzeitige RA- und Geschäftsführertätigkeit berge die Gefahr einer Interessenkollision in sich. Gegen den Bescheid hat der Ast. am 15.5.2008 die gerichtliche Entscheidung des AGH beantragt. Am 25.8.2008 schloss er mit der ... GmbH eine Ergänzungsvereinbarung ab, wonach er als Geschäftsführer nicht zum An- und Verkauf von Immobilien berechtigt sei. Mit Bescheid v. 24.11.2008 hat die Agin. den angefochtenen Bescheid aufgehoben und zur Begründung angeführt, die Gefahr der Interessenkollision sei aufgrund der Ergänzungsvereinbarung hinreichend reduziert. Daraufhin haben die beiden Parteien das Ver-

fahren vor dem AGH für erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt.

II. 1. Nachdem die Parteien die Erledigung der Hauptsache erklärt haben, war noch über die Verfahrenskosten gem. § 40 BRAO, § 13a Abs. 1 FGG und § 91a ZPO analog zu entscheiden. Dabei kam den Erfolgsaussichten des Antrags auf gerichtliche Entscheidung zum Zeitpunkt vor Eintritt des erledigenden Ereignisses, d.h. hier vor Abschluss der Ergänzungsvereinbarung v. 25.8.2008, maßgebliche Bedeutung zu (vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., 2008, § 40 Rdnr. 35, m.w.N.).

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hatte vor Abschluss der Ergänzungsvereinbarung keine Aussicht auf Erfolg. Denn der Widerrufsbescheid v. 12.3.2008 ist zu Recht ergangen.

Die st. Rspr. des BGH zur Unvereinbarkeit der RA-Tätigkeit i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO mit der Immobilienmaklertätigkeit (so zuletzt BGH, NJW 2008, 517, Rdnr. 10, zit. nach Juris; BGH, NJW 2004, 212, Rdnr. 7, zit. nach Juris) ist auf die Tätigkeit eines Immobilienhändlers und -entwicklers entsprechend anzuwenden. Denn der BGH hat seine Rspr. zur Immobilienmaklertätigkeit auf die Erwägung gestützt, „dass RAe bei der Ausübung ihres Berufs vielfach Kenntnis von Geld- oder Immobilienvermögen des Mandanten erhalten (und) ein RA in seinem Zweiterberuf als ... Immobilienmakler an der Umschichtung dieses Vermögens verdienen kann. ... (In diesem Fall) wäre zu befürchten, dass er seine anwaltliche Beratung nicht streng an den rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Mandanten ausrichtet, sondern dass sein Provisionsinteresse Einfluss gewinnen kann“ (BGH, NJW 2004, 212, Rdnr. 9 und 11, zit. nach Juris BGH, NJW 2008, 517, Rdnr. 8, zit. nach Juris); ergänzend führt der BGH an, „Interessenkollisionen liegen vor allem dann nahe, wenn ein kaufmännischer Beruf die Möglichkeit bietet, Informationen zu nutzen, die aus der rechtsberatenden Tätigkeit stammen“ (BGH, NJW 2008, 517, Rdnr. 6, zitiert nach Juris). Die Erwägungen des BGH treffen auf den Immobilienhändler und -entwickler genauso zu wie auf den Immobilienmakler.

Erhebliches Verdienstinteresse

Beide haben ein erhebliches Verdienstinteresse daran, dass der Mandant mit ihnen ein Immobiliengeschäft tätigt. Im Falle des Immobilienhändlers und -entwicklers fällt die Interessenkollision sogar noch schärfer aus als im Falle des Immobilienmaklers. Denn das Volumen eines Grundstücksvertrages und damit das Abschlussinteresse an einem solchen Vertrag übersteigt in aller Regel das Volumen und das Abschlussinteresse bei einem Maklervertrag um ein Vielfaches. Auch die Möglichkeit, Informationen zu nutzen, die aus der rechtsberatenden Tätigkeit stammen, bietet sich sowohl beim Immobilienmakler als auch beim Immobilienhändler und -entwickler.

Im Übrigen ist für die Frage der Interessenkollision der Umstand unerheblich, dass das Immobilienunternehmen nicht durch den Ast. betrieben wird, sondern durch eine Gesellschaft, deren Geschäftsführer er ist (ebenso BGH, NJW 2004, 212; BGH, NJW-RR 2000, 437; BGH, AnwBl 2001, 115, Rdnr. 4, a.E. zit. nach Juris). Denn als Geschäftsführer hat der Ast. zumindest mittelbar ein persönliches Interesse an vorteilhaften Geschäftsabschlüssen der Gesellschaft.

2. Nicht zu entscheiden hatte der Senat über die Frage, ob die Ergänzungsvereinbarung v. 25.8.2008 tatsächlich die Interessenkollision ausgeräumt hat. Die Rspr. des BGH, wonach bei einem Geschäftsführeranwalt, anders als bei einem Syndikusanwalt, die Untersagung der akquirierenden Tätigkeit durch die Gesellschaft nicht geeignet ist, eine ansonsten bestehende Interessenkollision auszuschließen (BGH, NJW 2008, 517, Rdnr. 12 f., zit. nach Juris), lässt dies allerdings zweifelhaft erscheinen.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Zulassung – Unvereinbare Tätigkeit bei der Bundesagentur für Arbeit

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 8, § 47 Abs. 1 Satz 2

***1. Eine Tätigkeit bei der Bundesagentur für Arbeit, die die unterhaltsrechtliche Beratung von Hilfeempfängern einerseits sowie die Ermittlung und Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Unterhaltspflichtiger andererseits umfasst, ist mit dem Rechtsanwaltsberuf unvereinbar.**

***2. Insbesondere aufgrund der unterhaltsrechtlichen Beratung kann beim rechtsuchenden Publikum der Eindruck entstehen, diese Person könne wegen ihrer hohen Spezialisierung und ihrer Staatsnähe besonders effektiv Ansprüche gegen die Sozialverwaltung durchsetzen.**

AGH Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13.2.2009 – 1 AGH 104/08

Aus den Gründen:

I. Die am ... 1973 geborene Astin. ist am ... 2005 ... zur Rechtsanwaltschaft zugelassen worden. Nachdem sie im Mai 2006 einen befristeten Arbeitsvertrag mit der Bundesagentur für Arbeit abgeschlossen hat, ..., hat die Agin. am 16.11.2006 unter dem Vorbehalt des Widerrufs gestattet, während der Tätigkeit bei der Agentur für Arbeit ... ihren Beruf als RAin auszuüben (...). Dabei ging die Agin. von einem „Tätigkeits- und Kompetenzprofil“ aus, wonach die Astin. im Bereich des Privatrechts die Bearbeitung von Unterhaltsangelegenheiten und Klagen vor den Familiengerichten übernehmen und sonstige rechtliche Fragestellungen im privatrechtlichen Bereich bearbeiten sollte. Nachdem die Agin. davon Kenntnis erhalten hatte, dass am 8.4.2008 der Arbeitsvertrag entfristet wurde, hat sie ... die Astin. gebeten, eine detaillierte Tätigkeitsbeschreibung sowie eine unwiderrufliche Erklärung ihres Dienstherrn über sein Einverständnis zur anwaltlichen Berufstätigkeit und zur freien Disposition über die Wahrnehmung von Terminen während der Arbeitszeit zu übermitteln. Dem kam die Astin. unstreitig nicht nach ...

Daraufhin hat die Agin. ... die Zulassung nach § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO widerrufen (...). Hiergegen hat die Astin., ... eingegangen, Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt.

Sie behauptet, in der Rechtsstelle der ARGE als Sachbearbeiterin im Bereich Unterhalt zu arbeiten. Sie legt ein Tätigkeits- und Kompetenzprofil „Sachbearbeiterin Unterhaltshilfe im Bereich SGB II“ ... vor und behauptet, sie berechne die Höhe der Unterhaltsverpflichtung nach einem Computerprogramm, um dann den Überganganspruch auf die ARGE gem. § 33 Abs. 2 SGB ermitteln zu können. In dem Tätigkeitsprofil werden die Kernaufgaben als

- unterhaltsrechtliche Beratung der Hilfeempfänger einschließlich der Prüfung von Selbsthilfemöglichkeiten,
- Ermittlung und Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Personenkreises unter Berücksichtigung laufender Unterhaltsverfahren und bestehender Unterhaltsansprüche,
- Festsetzung und Einforderung von Unterhaltsansprüchen (ggf. Einschaltung der Gerichte),
- Durchführung von Zwangsvollstreckungen,
- Zusammenarbeit mit Dritten (z.B. Jugendämter)

umschrieben.

Die Astin. legt schließlich ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit ... vor. Dort heißt es:

„Sollte Frau ... einen Antrag auf Genehmigung der Ausübung einer Nebentätigkeit als RAin stellen, würde ich ergänzend zum Antrag auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mein Einverständnis erklären, dass Frau ... im Rahmen ihrer Nebentätigkeitsgenehmigung

- neben ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmerin den Beruf als RAin ausüben darf und
- nicht gehalten ist, Belegschaftsmitglieder nach der Gebührenordnung oder unentgeltlich zu beraten oder zu vertreten.

Darüber hinaus ist es Frau ... gestattet, sich im Rahmen des für die Agentur für Arbeit ... geltenden Regelungen zur flexiblen Arbeitszeit auch während der Dienststunden zur Wahrnehmung etwaiger anwaltlicher Termine und Besprechungen von ihrem Arbeitsplatz zu entfernen ...“

Die Astin. beantragt, den Bescheid v. 27.10.2008 aufzuheben und festzustellen, dass ihre Tätigkeit bei der ARGE ... mit der Tätigkeit als RAin vereinbar ist; die Agin. zu verpflichten, ihr die Genehmigung nach § 47 Abs. 1 Satz 2 BRAO unter Berücksichtigung des neuen Arbeitsvertrages zu erteilen; hilfsweise, den Bescheid v. 27.10.2008 aufzuheben und das Ruhen der Zulassung zu gestatten.

Die Agin. beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

- II. 1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere rechtzeitig gestellt.
2. Der Antrag ist allerdings nicht begründet.

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu widerrufen, wenn der RA eine Tätigkeit ausübt, die mit seinem Beruf, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann.

a) Die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der Berufswahl umfasst grundsätzlich auch das Recht, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben. Allerdings kann der ausgeübte Erstberuf mit dem Anwaltsberuf unvereinbar sein. Insbesondere eine Anstellung im Öffentlichen Dienst und die damit verbundene Staatsnähe kann mit dem Berufsbild der freien Anwaltschaft in erheblicher Weise kollidieren. Für derartige Fälle sehen die §§ 7 Nr. 8, 14 Nr. 8 BRAO eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Zulassungsschranke zum Beruf vor (st. Rspr. des BGH, z.B. Beschl. v. 26.11.2007 – AnwZ [B] 99/06, m.w.N.).

b) Die Astin. ist im Öffentlichen Dienst tätig. Aufgrund des Dienstvertrages mit der Bundesagentur für Arbeit übt sie ihren Erstberuf in der ARGE ... aus. Nach § 44b SGB II errichten die Leistungsträger Arbeitsgemeinschaften in den einzurichtenden Job-Centern. Die Arbeitsgemeinschaft nimmt die Aufgaben der Agentur für Arbeit als Leistungsträger nach dem SGB II wahr. Sie ist berechtigt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Verwaltungsakte und Widerrufsbescheide zu erlassen und unterliegt der Aufsicht der obersten Landesbehörde im Benehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit.

Nach der zur Akte gereichten Tätigkeitsbeschreibung wird die Astin. schwerpunktmäßig in der unterhaltsrechtlichen Beratung von Hilfeempfängern einerseits sowie der Ermittlung und Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Unterhaltspflichtiger andererseits eingesetzt. Wie ihr Hinweis auf § 33 SGB II zeigt, erlässt sie Verwaltungsakte (Überleitung von Unterhaltsansprüchen), wird also spezifisch hoheitlich tätig.

Beim rechtsuchenden Publikum kann der Eindruck entstehen, die Unabhängigkeit des Anwalts sei durch Bindungen an den Staat beeinträchtigt, wenn ein RA in seinem Zweitberuf hoheitlich tätig wird oder wenn gar bei dem Rechtsuchenden die Vorstellung entstehen kann, der RA könne wegen seiner Staatsnähe mehr als andere RAe für ihn bewirken (*Feuerich/Weyland*, BRAO, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 107; Senat, Beschl. v. 26.9.2008 – 1 ZU 130/06). Der Umstand, dass die Astin. in der unterhaltsrechtlichen Beratung schwerpunktmäßig eingesetzt wird, kann bei dem Publikum den Eindruck erwecken, sie könne wegen ihrer hohen Spezialisierung und ihrer Staatsnähe besonders effektiv Ansprüche gegen die Sozialverwaltung durchsetzen. Sie könne also in derartigen Fällen mehr für ihre

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Mandanten bewirken als ein anderer RA, weil sie die internen Vorgänge der ARGE kenne und sogar für die Zusammenarbeit mit anderen Leistungsträgern zuständig sei.

c) Es kommt hinzu, dass nach dem Arbeitsvertrag auch eine Verwendung der Astin. an anderer Stelle in der ARGE möglich ist. Nach dessen § 5 begründet der Vertrag keinen Anspruch auf Verwendung auf einem bestimmten Arbeitsplatz oder einem bestimmten Aufgabengebiet. Das Recht des Arbeitgebers, der Astin. eine andere Tätigkeit zu übertragen, wird selbst durch eine lang währende Verwendung auf demselben Arbeitsplatz nicht eingeschränkt. Es ist der Agin. nicht zuzumuten, gewissermaßen ständig das Aufgabengebiet der Astin. zu überwachen.

d) Ohne dass es darauf noch ankäme, ist die vorgelegte „Bescheinigung“ zumindest problematisch. Dabei neigt der Senat dazu, zugunsten der Astin. anzunehmen, diese Bescheinigung sei unwiderruflich. Allerdings ist sie nicht hinreichend klar ausgestaltet, um dem Senat die Gewissheit zu geben, dass die anwaltliche Tätigkeit auch tatsächlich ausgeübt werden kann, insbesondere auch während der Dienstzeit. Der Anwalt muss während seiner Dienststunden nicht nur in Ausnahmefällen zur Erledigung von Anwaltsaufgaben erreichbar sein. Dazu ist es erforderlich, in dringenden und eilbedürftigen Fällen mit seiner Anwaltstätigkeit den Arbeitsplatz ohne Einholung einer zusätzlichen Erlaubnis zu verlassen. Die Bescheinigung gestattet dies lediglich „im Rahmen der für die Agentur für Arbeit ... geltenden Regelung zur flexiblen Arbeitszeit“, ohne dass die Astin. diese näher dargelegt hätte.

3. Der Widerruf stellt für die Astin. keine unzumutbare Härte dar. Insbesondere der Umstand, dass sie bisher als Anwältin zugelassen war, begründet eine solche Härte nicht. Es kann dahinstehen, ob die Entscheidung, neben der früheren Tätigkeit der Astin. bei der ARGE auch noch den Beruf als RAin auszuüben, rechtmäßig war. Jedenfalls ging sie von einem anderen Tätigkeitsprofil aus und stand unter dem „Vorbehalt des Widerrufs“. Sie war auch lediglich wegen der befristeten Tätigkeit der Astin. ausgesprochen worden. Da der Widerruf vorbehalten war, konnte die Astin. kein berechtigtes Vertrauen in eine unbeschränkte Geltung der Gestattung entwickeln. Mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben hat sich ihr Kompetenzgebiet geändert. Darüber hinaus hat sie durch ihre dauerhafte Anstel-

lung bei der Bundesagentur für Arbeit die Voraussetzung der Gestattung geändert.

4. Auch der Hilfsantrag hat keinen Erfolg. Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 BRAO liegen nicht vor. Schon vom Wortlaut ist die Vorschrift nicht einschlägig. Auch Sinn und Zweck rechtfertigen nicht eine entsprechende Anwendung. Nach dem Wortlaut bezieht sich die Vorschrift auf eine vorübergehende Anstellung im Öffentlichen Dienst. Gerade diese vorübergehende Anstellung ist beendet. Die Astin. hat eine unbefristete Anstellung erreicht. Bezweckt werden soll damit, dass der Betroffene nicht bei einer vorübergehenden Anstellung seine Zulassung als Anwalt zurückgeben muss, um sie dann nach deren demnächstiger Beendigung wieder zu beantragen. Mit der Entfristung des Arbeitsverhältnisses ist die Astin. dauerhaft im Öffentlichen Dienst beschäftigt.

„Zugelassen bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“

BRAO § 43b, BORA § 6

***1. Die Aussage, ein RA sei „bei allen Amts-, Land- und Oberlandesgerichten“ zugelassen, ist sachlich falsch und damit berufsrechtlich unzulässig.**

***2. Ein derartiger Hinweis ist auch geeignet, einen Werbeeffect zugunsten dieses RA zu entfalten.**

AnwG Tübingen, Beschl. v. 19.12.2008 – A 3/2008

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Werbung – „Zugelassen auch bei allen Oberlandesgerichten“

BRAO § 43b; BORA § 6

***Eine Werbung mit einer Vertretungsberechtigung vor allen deutschen Gerichten kann bei einer besonderen Hervorhebung für einen bestimmten RA eine unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten darstellen.**

AnwG Hamm, Beschl. v. 9.1.2008 – AR 08/06

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Vergütung – Zur Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung

BRAGO § 3 Abs. 1

Eine Honorarvereinbarung ist nicht deswegen unwirksam, weil der Mandant darin bestätigt, eine Abschrift der Vereinbarung erhalten zu haben.

BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 174/06

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Wirksamkeit der Prozessvollmacht nach einem Verstoß gegen Berufsrecht

BRAO § 43a Abs. 4; ZPO § 80

1. Ein Verstoß des RA gegen § 43a Abs. 4 BRAO berührt nicht die Wirksamkeit der ihm erteilten Prozessvollmacht und der von ihm namens der Partei vorgenommenen Prozesshandlungen.

***2. Selbst bei Zuwiderhandlung gegen umfassende und generelle Tätigkeitsverbote bleiben die Handlungen des RA wirksam, um die Beteiligten im Interesse der Rechtssicherheit zu schützen.**

BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 60/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de

Rechtsweg bei Streit zwischen Notar und Notarkammer über deren Serviceangebot

BNotO § 29, § 111; Richtlinienempfehlungen der BNotK VII. Nr. 7

1. Streiten ein Notar und die Notarkammer darüber, ob die Notarkammer dem Notar ihre allgemeinen Serviceleistungen vorzuenthalten darf (hier: im Internet bei der Notarkammer abrufbares Verzeichnis aller Notare des Kammerbezirks mit einer „Verlinkung“ zum eigenen Internet-Portal des Notars), so ist der Rechtsweg zu den Notarsenaten gegeben.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

2. Zur Frage, ob die Verwendung des Internet-Domain-Namens www.notar-in-x-stadt.de amtswidrige Werbung darstellt.

BGH, Beschl. v. 11.5.2009 – NotZ 17/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de**Unzulässiges Erfolgshonorar für die Führung von Vertragsverhandlungen**

BRAO § 43a Abs. 4, § 49b Abs. 2 a.F.; BRAGO § 8 Abs. 2, § 23, § 118; KostO § 39 Abs. 2; BGB § 627, § 628

1. Lässt sich ein RA, der mit der Führung von Vertragsverhandlungen beauftragt ist, für den Fall des Abschlusses eines Unternehmenskaufvertrages die Zahlung einer „Vergleichsgebühr“ versprechen, so stellt dies die Vereinbarung eines unzulässigen Erfolgshonorars dar.

2. Ist ein Teil einer Gebührenvereinbarung auf ein unzulässiges Erfolgshonorar gerichtet, so ist diese Vereinbarung insgesamt nichtig, wenn die dort bestimmte Fälligkeit aller Vergütungsteile den gleichen Erfolg voraussetzt.

3. Ein Verstoß des Anwalts gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen führt nicht zum Verlust solcher Honoraranprüche, die schon vor der Pflichtverletzung entstanden sind, es sei denn, die Beratungsleistungen sind für den Auftraggeber ohne Interesse.

BGH, Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de**Postulationsfähigkeit eines Mitglieds einer englischen LLP**

ZPO § 78 Abs. 1

Wird die Berufungsschrift von einem zugelassenen RA sowohl unter Hinweis auf sein Amt als RA als auch auf seine Zugehörigkeit zu einer deutschen Zweigniederlassung einer englischen Limited Liability Partnership unterzeichnet, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Prozesshandlung nicht ausschließlich im Namen der Gesellschaft, sondern jedenfalls auch von dem handelnden RA selbst vorgenommen worden ist, wenn nicht besondere Anhaltspunkte entgegenstehen.

BGH, Beschl. v. 22.4.2009 – IV ZB 34/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de**Beschlagnahme von Schreiben des beschuldigten Strafverteidigers an seinen Mandanten**

BRAO § 43a Abs. 2, Abs. 3; StGB § 185; StPO § 97 Abs. 1 Nr. 1, § 148 Abs. 1

1. In einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen.

2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert.

BGH, Urt. v. 27.3.2009 – 2 StR 302/08

Volltext unter www.brak-mitteilungen.de**Kein Tätigkeitsverbot des Syndikusanwalts nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses**

BRAO § 45 Abs. 1 Ziff. 4, § 46 Abs. 2 Ziff. 1

***Die Gefahr einer Einschränkung der anwaltlichen Unabhängigkeit eines Syndikusanwalts besteht nach Beendigung des Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr, so dass § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO verfassungskonform dahingehend einzuschränken ist, dass nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses**

ein anwaltliches Handeln für den früheren Arbeitgeber uneingeschränkt möglich sein muss.

OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 16.4.2009 – 2 U 243/08

Aus den Gründen:

I. Der Kl. erhebt Vollstreckungsgegenklage, da er die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Frankfurt am Main v. 31.8.2007 (Az. 2-17 O 137/06) für unzulässig erachtet.

In dem im Jahre 2006 anhängig gewordenen Verfahren 2-17 O 137/06 hat der Kl. den Notar Dr. X. wegen einer Amtspflichtverletzung aus abgetretenem Recht in Anspruch genommen. Die Bekl. war im dortigen Verfahren Streitverkündete und ließ sich von der Kanzlei ... vertreten. Innerhalb der Kanzlei bearbeitete RA Z. das Mandat und meldete sich mit Schriftsatz v. 3.5.2007 für die Bekl. zur Akte. Nach dem Urt. des OLG Frankfurt am Main v. 18.6.2008 hat der Kl. die außergerichtlichen erstinstanzlichen Kosten der Streithelferin zu 85 % zu tragen. Über diese Kosten i.H.v. 18.975,74 Euro erwirkte die Bekl. den Kostenfestsetzungsbeschl. des LG Frankfurt am Main v. 31.8.2007 (Bl. 13/14 d.A.).

Der für die Bekl. tätige RA Z. war seit 1991 als RA in ... zugelassen und von 1992 bis 2003 in der Abteilung Vermögensschadenshaftpflicht der Bekl. tätig. Während dieser Zeit war er federführend mit der Regulierung der Notarhaftpflichtansprüche gegen Dr. X. befasst.

Im Jahre 1995 hatte sich der Notar Dr. X. an die Bekl. gewandt, bei der er eine Berufshaftpflichtversicherung unterhielt. Die Bekl. hatte eine Deckung unter dem 14.11.1996 verweigert, da der Notar vorsätzlich gehandelt habe. Im Jahre 2002 führte RA Z. für die Bekl. Vergleichsverhandlungen mit dem damaligen Rechtsvertreter des Kl.

Der Kl. hat die Ansicht geäußert, dass der auf die Vertretung im Vorprozess gerichtete Anwaltsvertrag zwischen der Bekl. und RA Z. wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO aufgrund eines Tätigkeitsverbotes nichtig sei. Die Nichtigkeit habe den Verlust eines entsprechenden Kostenerstattungsanspruchs zur Folge.

Der Kl. hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Frankfurt am Main v. 31.8.2007 (Az. 2-17 O 137/06) für unzulässig zu erklären und die Bekl. zu verurteilen, die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschl. des LG Frankfurt am Main v. 31.8.2007 (Az. 2-17 O 137/06) an den Kl. herauszugeben.

Demgegenüber hat die Bekl. beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht geäußert, § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO verbiete die anwaltliche Tätigkeit nur, wenn der RA noch gleichzeitig im abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig sei. Es solle den besonderen Verhältnissen Rechnung getragen werden, wenn ein RA in derselben Sache sowohl die beruflichen Pflichten als Anwalt als auch die Weisungsbefugnis seines Dienstherrn beachten müsse. Sei das Beschäftigungsverhältnis beendet, finde § 45 BRAO Anwendung. Mit der in § 45 Abs. 1 Ziff. 4 2. Halbsatz BRAO geregelten Ausnahme vom Tätigkeitsverbot solle dem RA, der seine Tätigkeit als Mitarbeiter im Unternehmen beendet habe, ermöglicht werden, die zuvor im Unternehmen bearbeiteten Fälle anwaltlich fortzuführen. § 46 Abs. 2 Nr. 1 bezwecke nicht, einen Prozessgegner vor den Kostenfolgen eines verlorenen Rechtsstreits zu schützen. Dies wäre rechtsmissbräuchlich.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird auf die tatsächlichen Feststellungen des LG in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen, soweit ihnen nicht die Feststellungen im Berufungsurteil entgegenstehen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Das LG Frankfurt am Main hat der Klage mit Urte. v. 16.9.2008 stattgegeben. Der Anwaltsvertrag der Bekl. mit RA Z. sei nichtig gewesen, weil dessen Tätigkeit im Vorprozess durch § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO untersagt gewesen sei. Dabei könne dahinstehen, wie weit er bei seiner früheren Tätigkeit für die Bekl. weisungsgebunden gewesen sei. Er sei in derselben Angelegenheit bereits als sonstiger Berater tätig gewesen und habe Rechtsrat erteilt. Diese Vorbefassung habe ihm die spätere Tätigkeit als RA in dieser Angelegenheit, auch noch nach dem Ende seines Beschäftigungsverhältnisses, verboten. Bei § 46 Abs. 2 Ziff. 1 handele es sich um einen Unterfall der sonstigen beruflichen Vorbefassung. Während für den Regelfall des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO das Tätigkeitsverbot nach Ende der beruflichen Tätigkeit aufgehoben sei, habe der Gesetzgeber dies für den Sonderfall des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO nicht vorgesehen. Gerade diese Nachwirkung sei der Unterschied beider Regelungen, ohne die es der gesonderten Regelung nicht bedürfte. Der Fall sei dann bereits durch § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO erfasst. Der Grund für die Regelung des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO bestehe gerade in der Gewährleistung der späteren inneren Unabhängigkeit von einem früher erteilten Rechtsrat. Entsprechend habe der BGH mit Urte. v. 25.2.1999 den Grund der gesonderten Regelung in § 46 Abs. 2 darin gesehen, dass wegen der Vorbefassung des Anwalts die abstrakte Gefahr bestehe, dass er nicht unabhängig sei. Ob sich die frühere Abhängigkeit auf das Ergebnis der späteren Rechtsberatung tatsächlich ausgewirkt habe, sei ohne Belang. Im Hinblick auf den übergeordneten Grundsatz der Berufsfreiheit sei § 46 Abs. 2 BRAO allerdings restriktiv auszulegen. Das BVerfG habe klargestellt, dass bei verfassungskonformer Auslegung des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO zu besorgen sein müsse, dass die Weisungs- und Richtlinienkompetenz des Arbeitgebers des Zweiterberufs in die später ausgeübte anwaltliche Tätigkeit hineinwirke. Die Verbotsnorm zur Verhinderung von Interessenkollisionen diene dem Schutz des Mandanten. Ein anderer Gemeinwohlbelang, der eine über den Schutz des Mandanten hinausgehende Einschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigen könne, sei nicht ersichtlich. Diese Besorgnis des zumindest abstrakten Hineinwirkens der als Angestellter der Bekl. eingenommenen Haltung in die anwaltliche Tätigkeit bestehe hier. Dem sei es zu besorgen, dass sich der RA vier Jahre nach dem Ende seiner Tätigkeit bei der Bekl. in einem schon dort bearbeiteten Fall, an den er sich wegen der Größenordnung erinnern müsse, nicht von seiner bei der Vorbefassung eingenommenen Haltung freimache, insbesondere diese nicht als möglicherweise unzutreffend erkenne und die Mandantin entsprechend nicht über das weitere Vorgehen in der Sache berate. Darauf, ob der RA Z. in dieser Sache tatsächlich innerlich unabhängig gewesen sei, komme es bei der abstrakten Verbotsnorm des § 46 Abs. 2 BRAO nicht an. Der Verstoß gegen § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO führe nicht zur Nichtigkeit des zwischen Anwalt und Mandant abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages gem. § 134 BGB. Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages habe auch den Verlust eines entsprechenden Erstattungsanspruchs gegen den Prozessgegner zur Folge.

Gegen dieses, der Bekl. am 18.9.2008 zugestellte Urteil hat sie am 17.10.2008 Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 18.12.2008 verlängerten Frist begründet. Sie macht geltend, dass § 46 Abs. 2 BRAO das Grundrecht der freien Berufsausübung einschränke und deshalb einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe. Eine aus abstrakten Überlegungen abgeleitete Untersagung auch Jahre nach Beendigung einer irgendwie abhängigen Tätigkeit sei mit dem Schutzzweck des § 46 Abs. 2 BRAO unvereinbar. § 46 BRAO enthalte mit den in ihm geregelten Tätigkeitsverboten eine Konkretisierung des auch für einen Syndikusanwalt geltenden Gebots, seine berufliche Unabhängigkeit zu wahren. Lebensfremd sei es allerdings anzunehmen, ein erfahrener RA fühle sich vier Jahre nach sei-

nem Ausscheiden aus einem Versicherungsunternehmen bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage oder einer Rechtsverteidigung noch an Überlegungen gebunden, die er Jahre zuvor angestellt habe. Schon die st. Rspr. und allgegenwärtige Gesetzesänderungen zwingen jeden RA, seine in der Vergangenheit einmal angestellten Überlegungen zu überdenken und ggf. zu revidieren. Die vom Wortlaut her lebenslange Beschränkung nach § 46 Abs. 2 BRAO schränke das grundsätzlich geschützte Recht auf freie Berufsausübung über das aus dem Gesetzeszweck folgende, anzuerkennende Maß ein.

Die Bekl. beantragt, das Urte. des LG Frankfurt am Main – 2-17 O 38/08 – v. 16.9.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Demgegenüber beantragt der Kl., die Berufung sowie hilfsweise die Revision zuzulassen.

Der Kl. verteidigt das landgerichtliche Urteil.

II. Auf die zulässige Berufung der Bekl. war das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Der Geschäftsbesorgungsvertrag der Bekl. mit der Kanzlei, in der RA Z. tätig ist, ist wirksam. Der Bekl. steht der im Kostenfestsetzungsbeschl. v. 31.8.2007 festgesetzte Zahlungsbetrag zu, ohne dass der Kl. dagegen Einwendungen geltend machen kann.

Entgegen der Annahme des LG war RA Z. vorliegend eine Tätigkeit für die Bekl. nicht untersagt, obwohl er im Rahmen der angestellten Tätigkeit für die Bekl. mit der Angelegenheit vorbefasst gewesen war.

Abgestuftes Verbotssystem

Zu Recht geht das LG von einem abgestuften Verbotssystem der BRAO für die Tätigkeit des RA in derselben Angelegenheit aus und

von einem grundsätzlichen Verbot der Tätigkeit nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO bei beruflicher Vorbefassung – sowohl als Selbstständiger als auch im Abhängigkeitsverhältnis – außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen Tätigkeit i.S.d. § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO. Eine gesonderte Regelung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO für den Fall einer Vorbefassung in derselben Angelegenheit als sonstiger Berater, der in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnis Rechtsrat erteilt hat (Syndikusanwalt). Während das Tätigkeitsverbot nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO nach dem 2. Halbsatz nicht gilt, wenn die berufliche Tätigkeit beendet ist, weist § 46 Abs. 1 Nr. 1 diese Einschränkung nicht auf. Das LG sieht die fehlende Begrenzung des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO als Grund für den Erlass der Regelung, weil andernfalls die Konstellation bereits von § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO umfasst wäre. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Tätigkeitsverbot nach § 46 Abs. 2 BRAO einen Funktionswechsel in beide Richtungen – also sowohl denjenigen vom juristischen Berater zum RA als auch denjenigen vom Anwalt zum juristischen Berater – für den Fall der Vorbefassung verhindern will (vgl. *Henssler-Prütting*, BRAO, 2. Aufl., 2004, § 46 Rdnr. 42), während § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO demgegenüber nur den Fall regelt, in dem ein RA zuvor als juristischer Berater tätig war und danach in die Position des RA gewechselt ist.

Wenn das Tätigkeitsverbot des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO abweichend von § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO auch den Fall der bereits beendeten Tätigkeit als Syndikusanwalt umfasst, so ist die im Entwurf der Bundesregierung nicht angelegte Diskrepanz erst durch eine vom Rechtsausschuss initiierte Änderung entstanden, wobei *Henssler* (a.a.O.) darauf verweist, dass mit der vom Rechtsausschuss gelieferten Begründung die unterschiedliche Behandlung nicht nachvollziehbar ist.

Die Einschränkung des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO auf die Dauer der beruflichen Tätigkeit ist damit begründet worden, dass der RA nach Beendigung der Tätigkeit im Unternehmen keinen

Diskrepanz nicht nachvollziehbar

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Weisungsbefugnissen mehr unterliege und er allein dem anwaltlichen Berufsrecht verpflichtet sei (BT-Drucks. 12/7656, 49). Diese Argumentation gilt aber uneingeschränkt auch für den Syndikusanwalt nach Beendigung des Dienst- oder Beschäftigungsverhältnisses, weshalb mit dem LG festzustellen ist, dass der Grund der Regelung des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO nicht in der nachwirkenden Weisungs- und Richtlinienkompetenz des Arbeitgebers liegen kann. Wenn das LG unter Bezugnahme auf das Urt. des BGH v. 2.2.1999 (BGHZ 141, 69) ausführt, dass der Grund der gesonderten Regelung in § 46 Abs. 2 BRAO darin zu sehen sei, dass wegen der Vorbefassung des Anwalts die Gefahr bestehe, dass er nicht unabhängig sei, wobei ohne Belang bleibe, ob sich die frühere Abhängigkeit auf das Ergebnis der späteren Rechtsberatung tatsächlich ausgewirkt habe, so ist klarzustellen, dass der Kl. in dem vom BGH entschiedenen Fall während seiner anwaltlichen Tätigkeit noch „freier Mitarbeiter“ bei einem monatlichen Gehalt von 10.000 DM war. Der BGH ist ausdrücklich von einem bestehenden, zumindest ähnlichen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen und hatte damit den Fall eines beendeten Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht zu beurteilen. Zum Grund der Regelung hat der BGH unter Bezug auf die amtliche Begründung zu § 45 Abs. 1 Nr. 4 des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 12/4993, 30) ausgeführt, dass die Berufsausübungsregelung des § 46 Abs. 2 Nr. 1 BRAO zur Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit (§ 1 BRAO) die unterschiedlichen Arbeitsbereiche des Syndikusanwalts, einen als Arbeitnehmer, der keine Unabhängigkeit besitzt, sondern dem Prinzip der Über- und Unterordnung unterliegt, und einen als freier, unabhängiger Anwalt, voneinander trennen soll, was aber nur gelten kann, wenn die Arbeitsbereiche nebeneinander stehen und nicht die Tätigkeit als Syndikusanwalt bereits beendet ist. Weiter führt der BGH aus, dass für den Fall eines fehlenden Tätigkeitsverbotes als RA zweierlei zu besorgen wäre:

„Zum einen könnte sich die Abhängigkeit von seinem ständigen Dienstherrn dahin auswirken, dass der Syndikusanwalt von diesem erteilte Mandate auch dann nicht ablehnt, wenn diese ihm ein gesetz- oder anstandswidriges Verhalten abverlangen ... Zum zweiten wäre zu gewärtigen, dass sich der Syndikusanwalt bei der anwaltlichen Bearbeitung des Auftrags von der Haltung, die er als Sachbearbeiter im Rahmen des ständigen Beschäftigungsverhältnisses eingenommen hatte und die möglicherweise durch das Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Dienstherrn geprägt war, nicht völlig freimachen kann ... Es dient deshalb der anwaltlichen Unabhängigkeit, dass er als RA nur in solchen Angelegenheiten tätig werden darf, mit denen er sich noch nicht im Interesse des Dienstherrn rechtsbesorgend befasst hat.“

Auch diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass der Fall eines aktuell bestehenden Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses zugrunde gelegen hat. Dies gilt ebenso für die weiteren Ausführungen, wonach für das Verbot wegen Vorbefassung des Anwalts die abstrakte Gefahr ausreicht, dass er nicht unabhängig sei. Auf eine konkrete Interessenskollision komme es nicht an, weil die Frage, ob der Anwalt – ohne die Bindungen als Arbeitnehmer – anders zu entscheiden gehabt hätte, letztlich nur der Richter beantworten könne.

Mit dem LG ist davon auszugehen, dass das Tätigkeitsverbot des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO eine Berufsausübungsregelung darstellt, welche die Berufsfreiheit beeinträchtigt. Solche Eingriffe müssen durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Das gewählte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, Gemeinwohlbelange zu wahren. Außerdem darf bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Gründe, die ihn rechtfertigen sollen, die Grenze der Zumutbarkeit noch nicht überschritten sein (BGHZ 141, 69; BVerfGE 76, 176, 207; 83, 1, 16; 85, 248, 259; 94,

373, 389 f.). Im Falle des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO geht es um die Sicherung der Unabhängigkeit des RA, die ein Gemeinwohlbelang von Gewicht darstellt (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7656, 49). Das BVerfG hat dazu ausgeführt (NJW 2002, 503 ff.), dass ein Grundsatz, wonach anwaltliche und erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten grundsätzlich unvereinbar sind, in der BRAO nicht zum Ausdruck komme.

Gefahr von Interessenskollisionen?

Es bedürfe deshalb einer Prüfung im Einzelfall, ob bei der Ausübung von Doppelberufen Interessenskollisionen oder Berufspflichtverletzungen auftreten können. Die Unabhängigkeit und Integrität eines RA sowie dessen maßgebende Orientierung am Recht und an den Interessen seiner Mandanten sollen durch die erwerbswirtschaftliche Prägung eines Zweitberufs nicht gefährdet werden. Die Gefahr einer Interessenskollision hat das Gericht bei einem RA verneint, der als Justitiar eines Mietervereins und zugleich als Prozessvertreter für dessen Mitglieder tätig war, bei dem damit, anders als in vorliegendem Fall, ein ständiges Dienstverhältnis i.S.v. § 46 BRAO bestand.

Das LG hat im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO geprüft, ob Gemeinwohlbelange einer Tätigkeit des RA Z. für die Bekl. entgegenstanden und diese wegen der abstrakten Gefahr bejaht, dass die ehemalige, seit mehr als 3 Jahren nicht mehr bestehende Weisungs- und Richtlinienkompetenz der Bekl. als ehemaliger Arbeitgeberin in die spätere anwaltliche Tätigkeit des RA Z. hätte hineinwirken können. Einer einzelfallbezogenen Prüfung bedurfte es vorliegend aber nicht, weil anders als in den vorgenannten obergerichtlichen Entscheidungen hier die Tätigkeit des RA Z. über Jahre beendet war, als er anwaltlich für die Bekl. tätig geworden ist.

In diesem Fall kann ein Hineinwirken der ehemaligen Weisungs- und Richtlinienkompetenz des ehemaligen Arbeitgebers ausgeschlossen werden. Darüber hinaus kann eine Gefahr, dass sich der RA bei der anwaltlichen Bearbeitung des Auftrags von der früheren Haltung als Sachbearbeiter nicht völlig freimachen kann, nach Beendigung des Dienst- oder Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr bejaht werden. Anders als ein Syndikusanwalt stünde der freiberufliche RA gegenüber seinem Mandanten in der persönlichen Haftung, wenn er sich von seiner früheren Haltung leiten ließe und sich neuen Erkenntnissen verschließen würde. Schon dies garantiert, dass sich der RA von seiner ehemaligen Haltung freimacht, wenn diese durch die im Arbeitsverhältnis bestehende Subordination geprägt gewesen sein sollte.

Syndikustätigkeit war beendet

Verfassungskonforme Auslegung des § 46 II Ziff. 1 BRAO

Die Gefahr einer Einschränkung der anwaltlichen Unabhängigkeit besteht deshalb nach Beendigung des Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr, weshalb § 46 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO verfassungskonform dahingehend einzuschränken ist, dass nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses ein anwaltliches Handeln für den früheren Arbeitgeber uneingeschränkt möglich sein muss (vgl. *Hensler-Prütting*, a.a.O., § 46 Rdnr. 42; *Feuerich-Weyland-Vossebürger*, BRAO, 7. Aufl. 2008, § 46 Rdnr. 26; *Kleine-Cosack*, BRAO, § 46 Rdnr. 15). Für RA Z. bestand daher kein Tätigkeitsverbot.

Auf die Berufung der Bekl. war das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Redaktioneller Hinweis: Siehe auch Aufsatz *Horn* in diesem Heft S. 155 ff.

Veranstaltungshinweise

„GmbH-Beratung im Krisenjahr 2009 – Herausforderungen und Handlungsempfehlungen nach MoMiG, JStG 2009 und BilMoG“, 4.9.2009, Maritim-Hotel in Köln

Die Veranstaltung richtet sich an Angehörige der rechts- und steuerberatenden Berufe – Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

Referenten: RA/FAStR Prof. Dr. Harald Schaumburg (Flick Gocke Schaumburg, Bonn), Dipl.-Kfm./RA Prof. Dr. Jörg Rodewald (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin), Arne Wittig, Chefsyndikus Deutsche Bank AG (Frankfurt am Main), Prof. Dr. Joachim Hennrichs (Universität zu Köln). Programm und Informationen zur Anmeldung: www.centrale.de oder telefonisch 0221/93738-571.

FGG-Reform und FamFG

Chefseminare und Seminare
für Kanzleiangestellte

**RECHTZEITIG
ANMELDEN!**

fachseminare-von-fuerstenberg.de

Wettbewerbszentrale e. V. Bad Homburg

Herbstseminar 2009

Aktuelle Entwicklungen im Wettbewerbsrecht!

Wir informieren Sie über aktuelle Werbeformen, Rechtsprechungstendenzen & künftige Rechtsentwicklungen!

Infos/Anmeldung: www.wettbewerbszentrale.de

Zweiter Deutscher Rechtsdialog im September

Die Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung e.V. veranstaltet am 18./19.9.2009 in Hamburg einen **Zweiten Deutsch-Polnischen Rechtsdialog**. Die Veranstaltung, welche gemeinsam mit allen wichtigen Hamburger Juristenorganisationen, der Handwerks- und der Handelskammer Hamburg sowie dem Kreisanwältsrat Danzig angeboten wird, bietet nach dem großen Erfolg im Jahr 2006 erneut verschiedene Workshops zu besonderen Rechtsgebieten an. Neben grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit werden Brennpunkte des Familienrechts im Verhältnis Deutschland-Polen (insbesondere im Hinblick auf Kindesentführungen), die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Deutschland und Polen und das Schiedsverfahren im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts sowie das Verfahren vor den polnischen Gerichten für Wirtschaftssachen vertieft behandelt. Außerdem sollen die Probleme der grenzüberschreitenden Erbringung von Handwerksleistungen im Lichte der Dienstleistungsfreiheit beleuchtet werden. Die Workshops werden eingeleitet durch Referate bekannter und erfahrener Referenten aus Polen und Deutschland



BERLINER KOMMENTARE



Wichtige Vorankündigung!

**Jetzt bestellen
und bis 30.9.2009
ca. 30,- Euro
sparen!**

FamFG

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Kommentar

Herausgegeben von Dr. Dirk Bahrenfuss, Richter am OLG Schleswig und Leiter des Zivilrechtsreferates der Rechtsabteilung des Schleswig-Holsteinischen Justizministeriums, wo er die Arbeiten zur FGG-Reform verantwortlich betreut hat.

2009, ca. 2.100 Seiten, fester Einband, Subskriptionspreis bis zum 30.9.2009 Euro (D) 98,-; danach ca. Euro (D) 130,-. ISBN 978 3 503 11647 8

Wir machen keine halben Sachen:

Das gesamte FamFG mit allen Änderungen!

Der neue Berliner Kommentar behandelt alle Regelungen des FamFG – den allgemeinen wie auch den besonderen Teil.

Das von Dr. Dirk Bahrenfuss herausgegebene Werk

- kommentiert fundiert und praxisbezogen das gesamte FamFG
- ist von einem hochspezialisierten Autorenteam verfasst (u.a. Familienrichter, Rechtsanwälte und Notare)
- berücksichtigt die **bis zum Inkrafttreten des FamFG noch eintretenden Änderungen**, insbesondere durch die Strukturreform des Versorgungsausgleichs, das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts sowie die neuen Regelungen zur Patientenverfügung.

i Jetzt vorbestellen: www.ESV.info/9783503116478

Genthiner Str. 30G,
10785 Berlin
Fax 030/25 00 85-275
ESV@ESVmedien.de
www.ESV.info

ESV

ERICH SCHMIDT VERLAG

Sie sind Rechtsanwältin/Rechtsanwalt in eigener Kanzlei oder kleinerer Sozietät und haben Interesse am Steuerrecht und Sie können sich vorstellen, Ihre Tätigkeit auch auf die steuerliche Beratung von Arbeitnehmern auszudehnen. Wir sind als einer der großen Lohnsteuerhilfvereine bundesweit für unsere Mitglieder tätig. Um unsere Betreuung vor Ort weiter ausbauen zu können, suchen wir Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälte, die im Rahmen einer

Kooperation

steuerberatend für uns tätig werden wollen. Im Gegenzug würden wir Interessenten auch entsprechende kostenlose fachliche Fortbildungsangebote unterbreiten. Vertiefte einschlägige Rechtskenntnisse sind daher für uns keine Vorbedingung. Auch Berufsanfänger sollten sich angesprochen fühlen.

Lohnsteuerhilfe

für Arbeitnehmer e. V. • Lohnsteuerhilfverein • Sitz Gladbeck

„Von Mensch zu Mensch.“

Ansprechpartner:

Hermann Lenz
Emscherstr. 62,
45891 Gelsenkirchen
Telefon: (02 09) 9 30 77-24
E-Mail: hlenz@lsthv.de
Web: www.lsthv.de

Die neuen Haufe aktuell Titel – Informieren Sie sich jetzt über die neuen Gesetze!



Das neue Erb- und Verjährungsrecht
Lieferbar Mitte August 09!
Bestell-Nr. E07243



Die neue Patientenverfügung
Lieferbar ab Ende September 09!
Bestell-Nr. E07112



Das neue Fam FG
Sofort lieferbar!
Bestell-Nr. E07232



Das eheliche Güterrecht
Vorr. lieferbar Ende August 09!
Bestell-Nr. E07188

- kompakte Inhalte aus einer Hand
- praktische Arbeitshilfen
- übersichtliche Gegenüberstellungen

Seit diesem Sommer gibt es eine neue Rechtslage im Familienrecht und bei der Patientenverfügung! Insgesamt vier neue Gesetze schaffen eine grundlegend veränderte Gesetzeslage.

Pro Titel jeweils nur
€ 39,80
inklusive MwSt.,
zzgl. 3,00 € Versandpauschale

Jetzt bestellen unter www.haufe.de/bestellung

Haufe
...

Beilagenhinweis:

Dieser Ausgabe bzw. Teilen dieser Ausgabe liegen Prospekte der „DKV Deutsche Krankenversicherung“, der „Juristische Fachseminare Institut für angewandtes Recht“ sowie der „Arber-Verlag GmbH“ bei.

Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

(u.a. Prof. Andrzej Mączyński, Prof. Piotr Hofmański, Prof. Andrzej Kubas). Als Abschluss findet eine Barkassenfahrt durch den Hamburger Hafen mit Besichtigung der Auswandererwelt-Ballinstadt statt. Weitere Informationen erhalten Sie auf der Webseite der DPJV (www.dpjv.de) oder bei RA Dr. Jan Schürmann (Tel. 0 40/606 87 30 oder E-Mail schuermann@dpjv.de).

Vermischtes

20 Jahre DACH Europäische Anwaltsvereinigung

Die DACH Europäische Anwaltsvereinigung feierte vom 7. bis 9. Mai 2009 in Vaduz im Fürstentum Liechtenstein ihr 20-jähriges Gründungsjubiläum. Die nunmehr 40. Tagung war dem berufsrechtlichen Thema „Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit“ gewidmet. Weit über 100 Fachteilnehmer aus 12 Ländern folgten der Einladung in das Fürstentum, der Station der ersten DACH-Tagung im Herbst 1989.

Hochrangige Vertreter der Anwaltschaft aus den vier Gründungsländern, namentlich Herr Rechtsanwalt Dr. Ernst Staehelin, Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Herr Rechtsanwalt Dr. Mario Frick, Präsident der Liechtensteinischen Anwaltskammer, Herr Rechtsanwalt Dr. Gerhard Benn-Ibler, Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und der Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins, Herr Rechtsanwalt Anton Mertl, gaben jeweils einen länderspezifischen Überblick über die teilweise umwälzenden berufsrechtlichen Veränderungen der Anwaltschaft in den vergangenen zwei Jahrzehnten. Besonderes Augenmerk richteten die Referenten auch auf die technischen Neuerungen im Rahmen einer Kanzleiororganisation sowie insbesondere die Anerkennung verschiedener gesellschaftsrechtlicher Formen anwaltlicher Zusammenarbeit und Organisation durch Rechtsprechung und die Kammern. Auch der Wandel bzw. die grundsätzlich teilweise vorhandene Akzeptanz der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit anderen Dienstleistern wurden länderspezifisch behandelt.

Der Galaabend am Freitag, dem 8. Mai 2009 war einem Rückblick der vergangenen 20 „DACH-Jahre“ gewidmet. Der Präsident der DACH, Herr Rechtsanwalt Dr. Peter Zimmermann, moderierte diesen unvergesslichen Abend in gewohnt heiterer und professioneller Weise. Herr Rechtsanwalt Dr. Peter Wieland, Gründungsvorstandsmittglied und langjähriger Präsident der DACH, erinnerte in seiner Ansprache an den ersten und 10 Jahre bis zu seinem überraschenden Tod im Jahr 1999 amtierenden Präsidenten der DACH, Herrn Prof. Dr. Walter Schuppich, Wien und dessen herausragende Rolle bei der Gründung und dem Aufbau der DACH. Dr. Peter Wieland dankte namentlich auch den größtenteils anwesenden früheren Vorstandsmittgliedern der DACH, den Rechtsanwälten Dr. Max Oesch, Zürich, Dr. Norbert Seeger, Vaduz und Dr. Peter Wrabetz, Wien, den jetzt amtierenden Mitgliedern des Vorstands, die ihre Arbeit mit großem Einsatz und Erfolg erledigen, sowie vielen Teilnehmern, die bereits Gast der ersten DACH-Tagung in Vaduz waren. Herr Rechtsanwalt Dr. Bruno Derrer, Zürich erheiterte die Teilnehmer mit einem charmant-witzigen Rückblick auf viele Höhepunkte einzelner Tagungen.

Die vergangenen 20 Jahre haben gezeigt, dass die Gründung einer Organisation von deutschsprachigen und grenzüberschreitend tätigen Rechtsanwälten sehr sinnvoll war, was die konstant hohe Teilnehmerzahl der vergangenen 40 Tagungen unter Beweis stellt.

Die kommende 41. DACH-Tagung findet vom 10. bis 12. September 2009 in München zum Thema „Formen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten untereinander und mit anderen Dienstleistern“ statt.

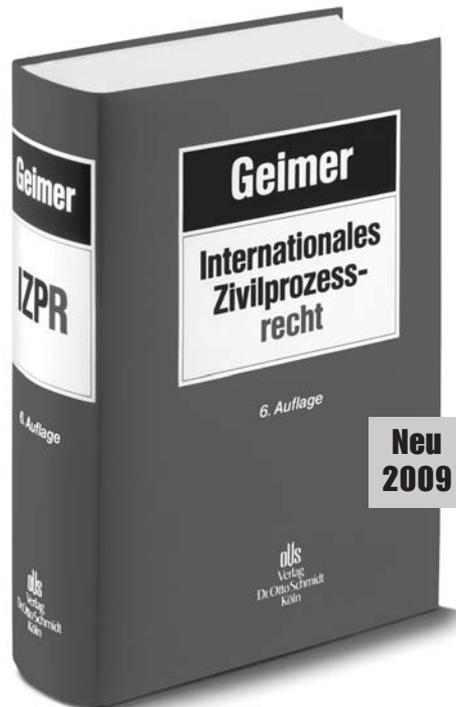
Rechtsanwalt Dr. Norbert Seeger, Vaduz

Think Global!

In Zeiten der Globalisierung können Sie jederzeit durch einen grenzüberschreitenden Sachverhalt unvermittelt mit dem IZPR konfrontiert werden. Dann ist man froh, dass es den Geimer gibt, das große Standardwerk zum Thema.

In diesem Buch ist wirklich alles drin; von den Grundlagen über die speziellen Probleme der komplexen Materie bis hin zum internationalen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht oder den Auslandsbezügen der freiwilligen Gerichtsbarkeit: gut strukturiert, verständlich geschrieben, mit dem richtigen Gespür für die Vermittlung von Zusammenhängen, auf deren Verständnis es hier ja vor allem ankommt.

Der renommierte Autor hat dafür die Rechtsprechung der nationalen, internationalen und supranationalen



Geimer **Internationales Zivilprozessrecht**
 Von Prof. Dr. Reinhold Geimer. 6., neu bearbeitete
 und erweiterte Auflage 2009, rd. 1.800 Seiten
 Lexikonformat, gbd. 179,- €. Erscheint im August.
 ISBN 978-3-504-47069-2

Gerichte ebenso vollständig ausgewertet wie die unüberschaubare in- und ausländische Fachliteratur zum Thema. Es gibt viele anschauliche Beispiele, Praxistipps und rechtsvergleichende Hinweise. Und die Texte wichtiger EG-Verordnungen und internationaler Übereinkommen finden Sie im Anhang.

Natürlich ist das Buch durchweg auf neuestem Stand, setzt sich sogar schon mit der künftigen europäischen Rechtsentwicklung auseinander.

Kurzum: Das Buch benutzt der erfahrene Jurist als ausgezeichnetes Nachschlagewerk und derjenige, der sich erstmals mit der schwierigen Materie auseinandersetzen muss, zur sorgfältigen Einarbeitung.

Geimer, IZPR. Leseprobe? Nur bei www.otto-schmidt.de

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

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Geimer **Internationales Zivilprozessrecht 6. Auflage, gbd.**
 179,- € plus Versandkosten. Erscheint im August. ISBN 978-3-504-47069-2

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 6/09

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

Jedes Rechtsgebiet hat seine guten Seiten.

Nach fünf erfolgreichen Voraufgaben hat sich der Tschöpe, das original Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, längst als Standardwerk der Praxis etabliert.

Das gesamte materielle und formelle Arbeitsrecht in einem Band, ganz auf die Bedürfnisse des beratenden Anwalts zugeschnitten; das heißt: systematisch dargestellt am zeitlichen Ablauf des Mandats und des Arbeitsverhältnisses – nach Praxisrelevanz gewichtet.

Die sehr erfahrenen Autoren geben Ihnen – optisch hervorgehoben – auch alle nötigen Hilfsmittel an die Hand, um in jedem Fall schnell und sicher zum richtigen Ergebnis zu kommen: praktische Beispiele, wertvolle Hinweise zu Strategie und



Tschöpe (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht** Herausgegeben von FAArbR Dr. Ulrich Tschöpe. Bearbeitet von 22 erfahrenen Praktikern des Arbeitsrechts. 6., neu bearbeitete Auflage 2009, 3.039 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD 129,- €. ISBN 978-3-504-42038-3

Taktik, Checklisten, Übersichten, Formulierungsmuster.

Natürlich ist der neue Tschöpe rundum auf dem allerneuesten Stand. Und auf der beiliegenden CD steht Ihnen der komplette Text des Handbuchs, komfortabel verlinkt mit rund 6.000 zitierten Entscheidungen im Volltext und Gesetzestexten, zur Verfügung: eine Datenbank, in der Sie immer und überall bequem recherchieren können. Ob in Ihrer Kanzlei oder unterwegs am Laptop – was für jeden Praktiker heute von ganz besonderem Vorteil ist.

Der neue Tschöpe, das original Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht: jetzt bestellen! Leseprobe bei www.otto-schmidt.de

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

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Tschöpe (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht** 6. Auflage, gbd., inkl. CD 129,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42038-3

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 6/09
Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Vordenker

Nach der Jahrhundertreform des GmbH-Rechts durch das MoMiG werden sich Praktiker aller Berufsgruppen die Antworten auf die vielen neuen Rechtsfragen, die sie in nächster Zeit beschäftigen, wieder aus diesem Kommentar holen. Seit über einem halben Jahrhundert ist er das Standardwerk, mit dem man in jedem Fall schnell und sicher zu einer fundierten Entscheidung kommt.

Kompakt im Umfang, umfassend in der Problembearbeitung: Unstreitiges in Kürze, offene Rechtsfragen werden mit der gebotenen Ausführlichkeit diskutiert und mit wissenschaftlicher Präzision wegweisend gelöst.

Die angesehenen Autoren haben das jetzt geltende Recht komplett neu kommentiert und



dabei auch das jüngst verabschiedete BilMoG an allen Stellen eingearbeitet.

Sie haben darüber hinaus zahlreiche BGH-Entscheidungen verarbeitet, die Kernbereiche der GmbH betreffen: zum Beispiel die Gründerhaftung, die Durchgriffshaftung, die Anteilsveräußerung, die verdeckte Gewinnausschüttung und die verdeckte Einlage. Neben kritischen Anmerkungen geben sie wertvolle Empfehlungen für die Gestaltungsberatung.

Bestechend an diesem weit verbreiteten Kommentarwerk ist die Zuverlässigkeit, mit der es die künftige Rechtsentwicklung oft genug vorweggenommen hat. Wir empfehlen Ihnen deshalb eine Leseprobe. Die wird Sie überzeugen. www.otto-schmidt.de

Lutter/Hommelhoff **GmbH-Gesetz** Kommentar. Von Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Detlef Keindiek und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter. 17., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 1.779 Seiten DIN A5, gbd. 119,- €. ISBN 978-3-504-32487-2

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

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Lutter/Hommelhoff **GmbH-Gesetz** 17. Auflage, gbd. 119,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-32487-2.

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 6/09

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



WIR SCHAFFEN MEHR

TRANSPARENZ



☎ Infoline: 0800 726 42 76
Produktinformationen für Interessenten

www.ra-micro.de

RA-MICRO. Das Mehrwertprogramm

RA-MICRO Software GmbH - Heinrich-Hertz-Str. 1c - 14532 EUROPARC-Dreilinden
Ein Unternehmen der Jurasoft Unternehmensgruppe

RA-micro
KANZLEISOFTWARE