

I/2005

15. 2. 2005 36. Jahrgang

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Beirat

RAuN Dr. Eberhard Haas, Bremen

RA Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe

RA JR Heinz Weil, Paris

Aus dem Inhalt

Akzente

„Große Justizreform“ (RAuN Dr. Bernhard Dombek)

1

Aufsatz

„Kehraus“ im Dezernat Jaeger (RA Dr. Christian Kirchberg)

2

Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen Union
(RA Stefan Kirsch)

8

Pflichten und Haftung des Anwalts

Neues aus der Gesetzgebung (RA Bertin Chab)

Anpassung von Verjährungsvorschriften an die Schuldrechtsreform

18

Das aktuelle Urteil (RA Holger Grams)

Anwaltshaftung bei unzureichender Information des Rechtsschutzver-
sicherers

18

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Klagebefugnis von Berufskammern nach dem UWG
(BVerfG v. 26.10.2004)

22

Fremdgeld – Verwendung eines versehentlich überwiesenen Betrages
(AnwG Freiburg v. 4.8.2004)

27

Zur Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen
(BGH v. 11.11.2004)

34

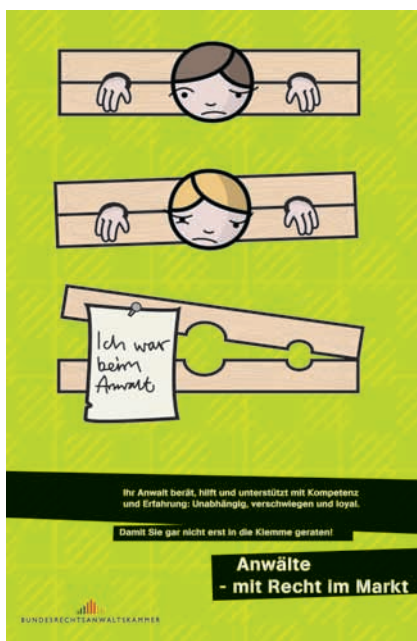
30-jährige Bindungsdauer in Sozietätsvertrag
(OLG Düsseldorf v. 26.5.2004)

40

BRAKMagazin

Anwälte – mit Recht im Markt

Musterklage bei Gebührenkürzungen



Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

I/2005

Inhalt

BRAK Mitteilungen

Akzente

„Große Justizreform“ (B. Dombek) 1

Aufsätze

„Kehraus“ im Dezernat Jaeger (Ch. Kirchberg) 2

Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen
Union (St. Kirsch) 8

Ertragswert- und Umsatzmethode zur Bewertung von
Rechtsanwaltskanzleien (B. Lenzen/C. Ettmann) 13

Pflichten und Haftung des Anwalts

Neues aus der Gesetzgebung (B. Chab)

Anpassung von Verjährungsvorschriften an die Schuld-
rechtsreform 18

Das aktuelle Urteil (H. Grams)

Anwaltschaftung bei unzureichender Information des
Rechtsschutzversicherers
(OLG Köln v. 22.3.2004 – 16 U 55/03) 18

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

Haftung

Beratungsgerechtes Verhalten
(OLG Hamm v. 14.9.2004 – 28 U 158/03) 19

Kostenschaden bei fehlender Passivlegitimation
(OLG Köln v. 4.6.2004 – 11 U 153/03) 19

Fristen

Nochmals: Vergleichswiderruf „zur Gerichtsakte“
(OLG Hamm v. 6.12.2004 – 3 U 183/04) 19

Vergleichswiderruf gegenüber Gericht oder Gegner?
(OLG Naumburg v. 16.11.2004 – 11 U 44/04) 20

Ungewöhnlich lange Telefaxübertragung: 0.00 Uhr
(BGH v. 25.11.2004 – VII ZR 320/03) 20

Wie erklärt man ein Versehen?
(BGH v. 16.11.2004 – VIII ZB 32/04) 20

Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist und
Schriftform
(BGH v. 23.9.2004 – VII ZB 43/03)
(BGH v. 9.11.2004 – XI ZB 6/04) 21

Anforderungen an Kenntnisse des Boten
(BGH v. 18.10.2004 – II ZB 30/03) 21

Versicherung

„Annahme eines Kaufangebots“ ist in der Regel keine
anwaltschaftliche Tätigkeit
(OLG Stuttgart v. 28.10.2004 – 7 U 109/04) 21

Aus der Arbeit der BRAK

4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung 21

Personalien

Personalien 22

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

BVerfG	26.10.2004	1 BvR 981/00	Klagebefugnis von Berufskammern nach dem UWG	22
--------	------------	--------------	--	----

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

BGH	18.10.2004	AnwZ (B) 70/03	Zulassung – Widerruf wegen Vermögensverfalls	27
AnwG Freiburg	4.8.2004	ohne Az.	Fremdgeld – Verwendung eines versehentlich überwiesenen Betrages	27
Sächsischer AGH	4.11.2004	AGH 18/03 (II)	An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen	31

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	11.11.2004	IX ZR 240/03	Zur Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen	34
BGH	28.9.2004	XI ZR 259/03	Aufklärungspflichten über Risiken von Börsentermingeschäften gegenüber Rechtsanwälten (LS)	36
BGH	14.9.2004	VI ZB 37/04	Kosten – Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten (LS)	36
BGH	9.9.2004	I ZB 5/04	Zuziehung eines Unterbevollmächtigten durch ein Versicherungsunternehmen (LS)	36
BGH	25.8.2004	IX a ZB 271/03	Pfändbarkeit anwaltlicher Ansprüche gegen das Versorgungswerk	36
OLG Frankfurt a.M.	30.9.2004	6 U 193/03	Hinweis auf Rechtsgebiete ohne erläuternden Zusatz im Branchenbuch	38
BayObLG	16.6.2004	2 Z BR 253/03	Zur Stellung eines Kanzleiabwicklers (LS)	40
OLG Düsseldorf	26.5.2004	VI-U (Kart) 36/03	30-jährige Bindungsdauer in Sozietätsvertrag	40
OLG Celle	25.5.2004	222 Ss 71/04 (Owi)	Irrtum über die Erlaubnisbedürftigkeit der Rechtsberatung (LS)	44
OVG Nordrhein-Westfalen	30.9.2004	14 A 1937/99	Zu den Voraussetzungen zur Zulassung zu einer Eignungsprüfung	44
LAG Köln	4.5.2004	1 Sa 1240/03	Reichweite eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (LS)	48
LG Leipzig	19.6.2004	5 O 1899/04	Unzulässige Rechtsberatung durch Mediator (LS)	48
AG Kelheim	21.12.2004	0929/04	Anwaltsvergütung – Abwicklung eines üblichen Verkehrsunfalls	48

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

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

BRÄK-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 (Geschäftsführer der BRÄK/Schriftleiter), Rechtsanwalt Christian Dahns, Frauke Karlstedt (sachbearbeitend).

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

E-Mail: info@otto-schmidt.de

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

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

BEZUGSPREISE: Den Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern werden die BRÄK-Mitteilungen im Rahmen der Mitgliedschaft ohne Erhebung einer besonderen Bezugsgebühr zugestellt. Jahresabonnement 84 € (zzgl. Zustellgebühr); Einzelheft 18 € (zzgl. Versandkosten). In diesen Preisen ist die Mehrwertsteuer mit 6,54% (Steuersatz 7%) enthalten.

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

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

ANZEIGEN: an den Verlag.

Anzeigenleitung: Renate Becker (verantwortlich).

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

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: ■ ■ 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 4. Quartal 2004: 133 350 Exemplare.

ISSN 0722-6934



Aktuelle Hinweise

Die Ethik des Rechtsanwalts im Beruf

Ist auch in Zukunft an einem gemeinsamen Pflichtenkodex der Rechtsanwälte festzuhalten?

Aufsatzwettbewerb der RAK Frankfurt am Main, Einsendeschluss 30.6.2005

Die RAK Frankfurt am Main ruft alle, die an dem Wettbewerb teilnehmen wollen, auf, ihre Arbeit bis zum 30.6.2005 bei der RAK Frankfurt am Main einzureichen.

Die Frage nach der „Zukunft der Anwaltschaft“ wird immer öfter gestellt. Sie war das Thema des Symposiums der RAK Frankfurt am Main und der NJW im März 2004 in Frankfurt am Main und sie war auch das Motto des Anwaltstages des Deutschen Anwaltvereins im Mai 2004 in Hamburg. Das Präsidium der BRAK widmete dem Thema eine eigene Sitzung im August 2004. Die Fragestellung wurde auch in einzelnen Aufsätzen vertieft, z.B. von *Stürner* und *Bormann* in NJW 2004, 1481 ff. („Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe?“) und von *Rabe* in AnwBl. 2004, 65 ff. („vom regulierten Prozessagenten zum Dienstleister“).

Zahlreiche Entwicklungen haben das anwaltliche Berufsbild in den letzten Jahren bereits verändert. Die Verdoppelung der Zahl der zugelassenen RAe und die Verschärfung des Wettbewerbs unter den RAen sowie die Bildung überörtlicher und internationaler Sozietäten, ja die Herausbildung ganz unterschiedlicher Berufsgruppen sind nur Teilaspekte. Auch die Diskussion um die Öffnung des Rechtsberatungsmarktes und die von der Europäischen Kommission forcierte überwiegend ökonomische Betrachtungsweise der anwaltlichen Tätigkeit gehört hierzu.

Die weitere Entwicklung ist nicht wirklich absehbar. Das zwingt die Anwaltschaft, über die ethischen Grundlagen ihres Berufsstandes nachzudenken und die Kernkompetenzen anwaltlicher Tätigkeit herauszuarbeiten und zu stärken.

Dabei sind der Standort der Anwaltschaft in der Gesellschaft und der

Rechtspflege zu definieren, die Fragen nach der Einheitlichkeit und dem Zusammenhalt des Berufsstandes in der Zukunft zu stellen und es ist zu prüfen, ob der RA als Garant besonderer Qualitäten in der Gesellschaft eine rechtliche Verpflichtung zu ethischem Verhalten hat oder ob es gar eine Rechtfertigung für eine hervorgehobene Position der Anwaltschaft in der Gesellschaft gibt.

Es ist auch zu prüfen, ob das Berufsrecht der RAe oder doch jedenfalls die anwaltlichen Grundpflichten in diesem Zusammenhang eine aktive und gestaltende Rolle spielen können.

Die RAK Frankfurt am Main will diese Diskussion fördern und fordert zu einem Aufsatzwettbewerb auf.

Sie bittet alle, die an der Diskussion teilnehmen wollen, ihre Arbeit einzureichen.

Dabei will sie das formulierte Thema nur als Kristallisationspunkt verstanden wissen, um den sich alle nur denkbaren Überlegungen entwickeln sollen, die für die Grundlagen des Rechtsanwaltsberufs in der Zukunft vorstellbar sind.

Für die besten drei Arbeiten ist ein Preisgeld ausgesetzt:

für den ersten Preis 5.000 Euro

für den zweiten Preis 3.000 Euro

für den dritten Preis 2.000 Euro.

Die Auswahl der Preisträger erfolgt durch ein Kuratorium.

Kuratorium

Dr. *Bernhard Dombek*, RAuN, Präsident der BRAK

Prof. Dr. *Walter Gropp*, Uni Gießen

Martin Huff, Chefredakteur der NJW

Renate Jaeger, Richterin am EGMR, Straßburg

Johann Günter Knopp, RAuN, Präsident der RAK Frankfurt am Main

Dr. *Wolfgang Matschke*, RAuN, Präsident des Hessischen AGH

Prof. Dr. *Hans-Jürgen Rabe*, früherer Präsident des DAV, Berlin

Prof. Dr. *Joachim Rücken*, Uni Frankfurt am Main

Prof. Dr. Dr. Dr. *Lutz Simon*, RAuN, Vizepräsident der RAK Frankfurt am Main

Brigitte Tilmann, Präsidentin des OLG Frankfurt am Main.

Ausschreibungskriterien

1) Der Text des Beitrags soll mindestens 20 Seiten lang sein, jedoch 25 Seiten nicht überschreiten (max. 40.000 Zeichen). Er ist 1½-zeilig per PC und geheftet zu erstellen. Der Beitrag soll folgende Randbreiten haben: links 4–5 cm, rechts 1,5 cm, unten 2 cm, oben bis zur Seitenzahl 2 cm, oben bis zur ersten Textzeile 4 cm.

Der Text ist in deutscher Sprache in einheitlicher Schriftart mit Schriftgröße 12 zu erstellen und ist mit fortlaufender Seitennummerierung zu versehen (unterhalb oder oberhalb des Textes). Dem Text ist ein höchstens 2-seitiges Inhaltsverzeichnis voranzustellen, das den Arbeitsablauf darstellt, und ein Literaturverzeichnis anzugliedern. Beide Verzeichnisse zählen beim Seitenumfang des Textes nicht mit. Den Schluss der Arbeit soll ein 1- bis 2-seitiges Thesepapier bilden.

2) Der Beitrag ist in 3facher Ausführung zu übersenden. Er muss den Aussteller klar erkennen lassen (Name/Adresse).

3) Der Beitrag darf vorher noch nicht in einer Zeitschrift, einem Buch oder im Internet ganz oder ausschnittsweise veröffentlicht worden sein. Stellt sich nachträglich heraus, dass der prämierte Beitrag nicht vom Verfasser stammt oder unter Verwendung nicht angegebener Literatur erstellt wurde oder bereits veröffentlicht wurde, kann der Preis nachträglich entzogen werden. Die RAK übernimmt keinerlei Haftung für seitens des Autors/der Autorin verletzte Schutzrechte – gleich welcher Art. Der Einsender versichert, dass nach seiner Kenntnis derartige Rechte nicht betroffen sind.

4) Für prämierte Beiträge sowie Beiträge, die die Plätze 4–10 belegt haben, steht der RAK Frankfurt am Main das Erstveröffentlichungsrecht (ggf. auch in gekürzter Fassung) zu. Dieses wird mit Einreichen des Beitrages vom Autor der RAK Frankfurt am Main erteilt.

(Fortsetzung Seite VI)

(Fortsetzung von Seite V)

5) Die Entscheidung über die Preisvergabe erfolgt in nichtöffentlicher Sitzung. Sie wird der Autorin/dem Autor schriftlich mitgeteilt. Die anderen Autoren werden ebenfalls benachrichtigt. Nicht prämierte Einsendungen werden nicht zurückgesandt. Die Entscheidung des Kuratoriums ist endgültig. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.

6) Der Beitrag ist an die RAK Frankfurt am Main, Bockenheimer Anlage 36, 60322 Frankfurt am Main, E-Mail: Wesolly@rak-ffm.de bis zum 30.6.2005 frei zu übersenden. Es gilt das Datum des Poststempels.

Veranstaltungshinweise

40 Jahre Diplomatische Beziehungen

„Rechtsentwicklungen in Israel und Deutschland“

Vorläufiges Tagungsprogramm

Deutsch-Israelische und Israelisch-Deutsche Juristenvereinigung e.V. und Konrad-Adenauer-Stiftung vom 23.5. bis 27.5.2005 in Jerusalem

Mo., den 23.5.2005

- 18.00 Uhr Empfang der Konrad-Adenauer-Stiftung im Tagungszentrum Mishkenot Shaananim (angefragt)
- 19.00 Uhr Eröffnung der Tagung im Tagungszentrum Mishkenot Shaananim durch Herrn Dr. h.c. *Johannes Gerster*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Jerusalem und den Präsidenten der DIJV/IDJV, Prof. *Izhak Englard*, Richter des Supreme Court i.R., Jerusalem
- 19.30 Uhr Kurze Ansprache der Präsidenten der israelischen und deutschen Rechtsanwaltskammern, Dr. *Shlomo*

Cohen und Dr. *Bernhard Dombek* (angefragt)

40 Jahre Deutsch-Israelische Beziehungen

Ansprache des israelischen Justizministers (zzt. unbekannt) und der Bundesministerin der Justiz, *Brigitte Zypries*

Di., den 24.5.2005

- 09.00 Uhr **Die Funktion des Obersten Gerichtshofes in Israel und des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland**
Dorit Beinisch, Richterin des Supreme Court in Israel
Brigitte Zypries, Bundesministerin der Justiz (angefragt)
Prof. Dr. *Lerke Osterloh*, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe;
Kaffeepause
anschließend Diskussion
- 14.00 Uhr **Das Parteiensystem in Israel und Deutschland**
Dr. *Ygal Marzel*, Registrator beim Supreme Court, Jerusalem

(Fortsetzung Seite VIII)

(Fortsetzung von Seite VI)

„Verfassungsrechtliche Stellung der Parteien in Israel“

Prof. Dr. Martin Morlok, Düsseldorf

15.30 Uhr Kaffeepause anschließend Diskussion

abends Empfang des Botschafters der Bundesrepublik Deutschland, *Rudolf Dreßler*

Mi., den 25.5.2005

09.00 Uhr **Beziehungen zwischen Religion und Staat in Israel und Deutschland**

Prof. Emanuel Gutman, Fakultät für Politikwissenschaft, Universität Jerusalem

„Demokratie, Staat und Religion in Israel“

Prof. Yedidia Stern, Juristische Fakultät, Universität Bar Ilan

„Religion und Staat – zwischen Traum und Alptraum“

Prof. Dr. Ulrich K. Preuß, Otto-Suhr-Institut, Berlin
Moderation: Prof. Izhak Englard, Richter des Supreme Court i.R., Jerusalem

10.30 Uhr Kaffeepause anschließend Diskussion

14.00 Uhr Besuch der Gedenkstätte Yad Vashem in Jerusalem

Do., den 26.5.2005

09.00 Uhr **Klonen – Ein Angriff auf die Menschenwürde oder legitime Forschung?**

Prof. Amos Shapira, Universität Tel Aviv

„Embryonale Stammzellforschung – Therapeutisches und reproduktives Klonen“

Prof. Dr. Reinhard Merkel, Universität Hamburg

10.30 Uhr Kaffeepause anschließend Diskussion

nachmittags ggf. Veranstaltung zu einem aktuellen Thema

Fr., den 27.5.2005

Abreise der Tagungsteilnehmer

bzw. Möglichkeit zur Teilnahme an der Jahrestagung der Israelischen Anwaltskammer in Eilat (Rotes Meer) oder zur Teilnahme an einer Konferenz der Universität Haifa „60 Years since the End of World War II: the Impact of the War on the Law“ in Haifa.

Die im Jahre 1989 gegründete Deutsch-Israelische Juristenvereinigung e.V. zählt über 600 Mitglieder in beiden Ländern. Es ist das Bestreben der Vereinigung, insbesondere durch rechtsvergleichende Betrachtungen und Studien den Dialog und das Verständnis zwischen israelischen und deutschen Juristen zu fördern. Dieses Bemühen schließt die Aufarbeitung der Vergangenheit ebenso ein wie die Bemühungen, die Beziehungen zwischen Deutschland und Israel weiter zu vertiefen.

Nähere Informationen zur Tagung erhalten Sie bei Frau Erika Hocks in der Geschäftsstelle der DIJV in Wiesbaden, Marcobrunner Straße 15, 65197 Wiesbaden; Tel.: 0611/4114496; Fax: 0611/4479848; E-Mail: DIJV.EH@t-online.de; Internet: www.dijv.de.

**SYMPOSION
der Rechtsanwaltskammer
Köln und
der Neuen Juristischen
Wochenschrift (NJW)
sowie dem Institut für
Anwaltsrecht an der
Universität zu Köln und
den Anwaltvereinen Aachen,
Bonn und Köln
zu dem Thema
Perspektiven der
Anwaltschaft**

Programm:
Freitag, 4. März 2005

09.30 Uhr – 09.45 Uhr Begrüßung
Dr. Peter Thümmel, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Köln

09.45 Uhr – 10.15 Uhr Entwicklungen auf dem Rechtsberatungsmarkt
Gabriele Caliebe, Richterin am BGH

10.15 Uhr – 10.45 Uhr Diskussion

10.45 Uhr – 11.00 Uhr Kaffeepause

11.00 Uhr – 11.30 Uhr Perspektiven ex Europa

Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Rechtsanwalt und Notar, Immediate Past President CCBE

11.30 Uhr – 12.00 Uhr Diskussion

12.00 Uhr Mittagsbüfett

13.00 Uhr – 13.30 Uhr Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen – praktische Probleme und ihre Vermeidung

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Geschäftsführende Direktorin des Instituts für Anwaltsrecht der Universität zu Köln

13.30 Uhr – 14.00 Uhr Diskussion

14.00 Uhr – 14.30 Uhr Aktuelle Praxisfragen der anwaltlichen Vergütungsvereinbarung

Prof. Dr. Martin Henssler, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

14.30 Uhr – 15.00 Uhr Diskussion

15.00 Uhr Schlusswort

Dr. Bernd Hirtz, Rechtsanwalt, Vorsitzender des Vereins zur Förderung des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln

15.15 Uhr Ende

Moderation des Symposions:

Rechtsanwalt Martin W. Huff, NJW-Chefredakteur, Frankfurt am Main

Veranstaltungsort:

Universität zu Köln, Hörsaalgebäude, Saal C

Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln

Anmeldung:

An die Rechtsanwaltskammer per Telefax 02 21-97 30 10 50 oder per E-Mail: kontakt@rak-koeln.de bis zum 25.2.2005 unbedingt erforderlich.

Die Teilnahme am Symposium ist kostenlos.

I/2005

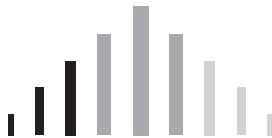
15. 2. 2005 36. Jahrgang

Informationen
zu Berufsrecht und
Berufspolitik

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Akzente

„Große Justizreform“

„Stillstand bedeutet Rückschritt“ ist die Auffassung unserer Rechtspolitiker, könnte man meinen und ihnen als vorwärts gewandter Rechtsanwalt zustimmen, wenn sie – wieder einmal – zur Reform der Justiz aufrufen, und zwar nicht nur zu irgendeiner Reform, sondern zur „Großen Justizreform“. Die „größte Justizreform seit 1877“ nennt sie *Heribert Prantl*, dem es gelungen ist, dies sogar als Hauptschlagzeile auf die Titelseite der *Süddeutschen Zeitung* vom 24.11. 2004 zu heben. Wie die Reform jedoch im Einzelnen aussehen soll, weiß man noch nicht genau. Die Landesjustizminister, von denen das Vorhaben diesmal ausgeht, haben nur einige Eckpunkte beschlossen, jedoch noch keine konkreten Inhalte des Reformpakets. Es fehlt auch eine plausible Begründung der Notwendigkeit der beabsichtigten grundlegenden Strukturreform. Wenn daher der Verdacht aufkommt, die Reform sei von der Not der knappen Kassen diktiert, muss das nicht verwundern. So sagt sogar der Deutsche Richterbund:

„Allein einem Spareffekt geschuldete, rechtsstaatliche Standards herabsetzende Maßnahmen verdienen weder das Prädikat ‚Reform‘ noch unsere Unterstützung.“

Ähnlich hat sich auch die Bundesrechtsanwaltskammer in der Öffentlichkeit geäußert. Die eingangs erwähnte vermutete Zustimmung des vorwärts gewandten Rechtsanwalts wird sich daher schnell in Skepsis verwandeln. Er wird aber vermutlich Teilen des Reformvorhabens zustimmen können. Eine Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens erscheint dringend überlegenswert. Schlimmer als bisher kann es kaum werden. Er wird sich auch damit anfreunden können, dass Notare das gesamte Nachlassverfahren bearbeiten, also auch Erbscheine erteilen. Er wird es sogar begrüßen, wenn versucht wird, Prozessordnungen wenigstens in einem allgemeinen Teil zu vereinheitlichen. Und er wird es

vielleicht auch nicht schlimm finden, bei einer Vereinheitlichung der Prozessordnungen die öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten zusammenzulegen. Der vorwärts gewandte Rechtsanwalt und die Bundesrechtsanwaltskammer verstehen es jedoch nicht, wenn der frisch renovierte Zivilprozess nun schon wieder reformiert werden soll. Hier hat das Bundesjustizministerium gerade eine Evaluation in Auftrag gegeben. Diese sollte man zumindest abwarten. Auch sonst scheint völlig in Vergessenheit geraten zu sein, dass vor einer Reform zunächst die Rechtstatsachen erforscht werden müssen. Ganz hellhörig und missmutig wird der vorwärts gewandte Rechtsanwalt jedoch, wenn er nicht zu Unrecht nun vermutet, dass durch die Reform erneut Rechtsmittel beschnitten werden sollen und, wie es der Richterbund formuliert, rechtsstaatliche Standards herabgesetzt werden sollen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat angeboten, dass sie von Anfang an bei den Beratungen hinzugezogen wird, um die Sicht des Anwalts und des durch ihn vertretenen Mandanten schon in die ersten Überlegungen mit einzubringen. Einige Justizminister haben das befürwortet. Wir hoffen, dass unserem Wunsch von der Justizministerkonferenz stattgegeben wird. Die damit verbundene zusätzliche Arbeit werden wir gern leisten. Unsere Mitarbeit wird weder von begeisterter Zustimmung noch von fundamentaler Abwehr geprägt sein. Sie wird kritisch und konstruktiv sein, weil sie die Sicht des Praktikers ist, der tagtäglich mit dem derzeitigen Gerichtsverfassungs- und Prozessrecht umgeht und auch mit dem zukünftigen Recht tagtäglich wird umgehen müssen. Daher ist es auch notwendig, dass wir sehr früh in die Überlegungen einbezogen werden und nicht erst dann, wenn bereits fertige Entwürfe der Ministerialbürokratie vorliegen.

Bernhard Dombek

„Kehraus“ im Dezernat Jaeger

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Christian Kirchberg¹, Karlsruhe

I. Vorbemerkung

Am 1. November des vergangenen Jahres hat *Renate Jaeger*, bis dato als Bundesverfassungsrichterin u.a. für das anwaltliche Berufsrecht zuständig, ihr neues Amt als Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg angetreten. Nur wenige Tage zuvor, nämlich unter dem 26.10.2004, hatte sie noch als Berichterstatterin an der seit langem mit Spannung erwarteten Beschlussfassung des Ersten Senats des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde einer Steuerberatungsgesellschaft gegen die ihr auf Veranlassung ihrer Steuerberaterkammer im Rahmen eines UWG-Verfahrens verbotene Straßenbahnwerbung mitgewirkt². Zwei Wochen vor ihrem Ausscheiden aus dem Amt als Bundesverfassungsrichterin war Frau *Jaeger* von der Universität Münster die Ehrendoktorwürde verliehen worden. Bereits ein halbes Jahr zuvor, nämlich am 28.4.2004, war sie von der parlamentarischen Versammlung des Europarats in Nachfolge des deutschen Richters Prof. Dr. *Georg Ress* zur Richterin am EGMR gewählt worden. Sie selbst hatte 1994 beim BVerfG die Nachfolge von Prof. Dr. *Thomas Dieterich* angetreten, nachdem dieser als Präsident an die Spitze des BAG gewechselt war. Das bisherige Dezernat *Jaeger* hat inzwischen der neue Bundesverfassungsrichter Dr. *Reinhard Gaier* übernommen, bis dahin Richter am BGH³.

Soweit die nüchternen Fakten, Zahlen und Daten. Jedem auch nur ansatzweise mit dem anwaltlichen Berufsrecht bzw. mit dem Berufsrecht der Freiberufler Vertrauten ist allerdings bewusst, dass mit dem Weggang von Richterin *Jaeger* vom BVerfG zunächst einmal eine eng mit ihrem Namen und mit ihrer Person verbundene Phase verfassungsgerichtlicher Einflussnahme auf diese Rechtsmaterie ihren Abschluss gefunden hat, für die es bis dahin kein Vorbild gab. Gewiss – dem Vorgänger von Frau *Jaeger*, Bundesverfassungsrichter *Dieterich*, verdankt speziell die Anwaltschaft die Ersetzung des „Schattenrechts“ der „Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts“ durch das Satzungsrecht der Berufsordnung⁴ sowie etwa die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für den Umgang mit Zweiterufen von RAen⁵; und sein Vorgänger, Bundesverfassungsrichter Dr. *Helmut Simon*, zeichnete etwa für die grundlegende, kraftvolle Entscheidung des BVerfG zur „freien Advokatur“ als „wesentliches Element des Bemühens um rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Macht“⁶ verantwortlich. Auf die-

sem, bereits von ihren Vorgängern eingeschlagenen Wege der Entfesselung der Anwaltschaft von nicht nur unzeitgemäßen, sondern auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht mehr hinnehmbaren Bindungen sowie auf dem Wege der Liberalisierung der Rahmenbedingungen der Anwaltschaft unter nachhaltiger Berücksichtigung (der Ausstrahlungswirkung) des hierdurch maßgeblich betroffenen Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist Richterin *Jaeger* jedoch mit beispiellosem Engagement, zuweilen fast missionarischem Sendungsseifer und einer gewissen Ungeduld gegenüber jenen, die ihr (so schnell) nicht zu folgen vermochten, weiter und energisch vorangegangen.

Eine Gesamtwürdigung dessen, was speziell der Anwaltschaft dieses energische Vorwärtsdrängen „beschert“ hat, kann und soll in diesem Zusammenhang nicht geleistet werden; insofern kann auf entsprechende, an anderer Stelle veröffentlichte Übersichten und Zusammenstellungen verwiesen werden⁷. Besonders Augenmerk soll aber auf dasjenige gerichtet werden, was Richterin *Jaeger* im Rahmen eines „Kehraus“ bzw., um gewissermaßen reinen Tisch zu machen, im vergangenen Jahr entweder noch zu einer Senatsentscheidung machen konnte oder aber zumindest zum Gegenstand vergleichsweise umfänglich begründeter Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG, der neben ihr die Bundesverfassungsrichter Dr. *Dieter Hömig* und Prof. Dr. *Brun-Otto Bryde* angehörten. Dabei soll und muss vorliegend der Schwerpunkt beim anwaltlichen Berufsrecht liegen, selbst wenn es zum Credo von Richterin *Jaeger* gehörte, die Gemeinsamkeiten der Fragestellungen und insbesondere auch der entsprechenden, am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG orientierten Antworten für alle Freiberufler bewusst zu machen und zu betonen⁸. Ausgeklammert aus der „Kehraus“-Betrachtung bleiben nachstehend deshalb nicht nur Entscheidungen etwa zum Berufsrecht von Heilpraktikern, Zahnärzten und Architekten⁹, sondern insbesondere auch zum Vertragsarztrecht und zu wirtschaftlichen Fragen der gesetzlichen Krankenversicherung, obwohl speziell auch in diesem Bereich im letzten Jahr ein erhebliches, von Richterin *Jaeger* verantwortetes Entscheidungsaufkommen¹⁰ zu verzeichnen war. Nicht zu vergessen im Übrigen das markante Dissenting Vote, das Rich-

1 Der Autor ist Vorsitzender des BRAK-Verfassungsrechtsausschusses und des Beirates der BRAK-Mitteilungen.

2 Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765.

3 Vgl. auch die Pressemitteilung Nr. 96/2004 d. BVerfG v. 29.10.2004, www.bverfg.de/Pressemitteilungen.

4 Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81, 195/87, BVerfGE 76, 171 = BRAK-Mitt. 1988, 54 sowie Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 196 = BRAK-Mitt. 1988, 58.

5 Beschl. v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85 u.a., BVerfGE 87, 287 = BRAK-Mitt. 1993, 50.

6 Beschl. v. 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266 = BRAK-Mitt. 1983, 144.

7 Vgl. Anlage z. Pressemitteilung d. BVerfG v. 29.10.2004 (o. Fn. 3) sowie etwa *Verf., Anwaltschaft und Verfassungsrecht*, in: DAV-Ratgeber für junge RAinnen und RAe, 10. Aufl. 2004, 35, 40 ff.

8 *Jaeger*, Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, AnwBl 2000, 475.

9 Vgl. etwa Beschl. v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, NJW-RR 2004, 705 („Geistheiler“); Beschl. v. 29.4.2004 – 1 BvR 649/04, NJW 2004, 2659 (Werberecht – Zahnarzt); Beschl. v. 14.8.2004 – 1 BvR 2338/03, www.bverfg.de/Entscheidungen (Werberecht – Architekt); Beschl. v. 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02, www.bverfg.de/Entscheidungen (zahnärztliche Honorarvereinbarungen).

10 Vgl. etwa Beschl. v. 14.1.2004 – 1 BvR 506/03, NVwZ 2004, 718 (Aufnahme in den Krankenhausplan/Konkurrentenklage); Beschl. v. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, ZFSH/SGB 2004, 185 (Anhebung der Pflichtversicherungsgrenze d.d. BeitragssicherungsG); Beschl. v. 4.3.2004 – 1 BvR 88/00, NJW 2004, 1648 (Aufnahme eines privaten Krankenhauses in den Krankenhausplan); Beschl. v. 16.7.2004 –

terin Jaeger zusammen mit Bundesverfassungsrichterin Dr. Christine Hohmann-Dennhardt zum Urteil des Ersten Senats des BVerfG zum sog. Großen Lauschangriff vom 3.3.2004 abgegeben und in dem sie die Grenzen der Unverletzlichkeit der Wohnung deutlich weiter gezogen hat als die Senatsmehrheit¹¹.

II. Die wichtigsten Entscheidungen aus 2004

1. Steuerberaterkammer und Straßenbahn

Mit der letzten von ihr verantworteten Senatsentscheidung vom 26.10.2004¹² hat Richterin Jaeger einen (vorläufigen) Schlusspunkt unter eine Diskussion gesetzt, die spätestens seit Zustellung der entsprechenden Verfassungsbeschwerde mit der ausdrücklichen Aufforderung der Berichterstatterin, sich zur Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Angehörigen verkammerter Berufe durch ihre Kammern im Wege von UWG-Verfahren zu äußern, (erneut) die Gemüter erhitzt hatte. Konkret ging es um eine Steuerberatungsgesellschaft, die auf Antrag ihrer Kammer mit einer auf §§ 13 Abs. 2, 1 u. 3. UWG a.F. gestützten Klage vom OLG Naumburg¹³ dazu verurteilt worden war, es zu unterlassen, mit ihrem Logo, ihrer Firmenanschrift sowie mit einem Werbeslogan auf der ganzen Länge eines Straßenbahnwagens der Halleschen Verkehrsbetriebe zu werben. Die Vorgehensweise der Steuerberaterkammer als solche, d.h. die Disziplinierung der Kammerangehörigen mit Hilfe einer UWG-Klage, war in der Verfassungsbeschwerde selbst gar nicht problematisiert worden; diese beschränkte sich vielmehr auf eine Auseinandersetzung mit den Sentenzen des OLG zur Frage der Zulässigkeit der Straßenbahn-Werbung an sich. Diese Frage geriet jedoch aufgrund des vorerwähnten Hinweises in dem Zustellungsschreiben des BVerfG in den Hintergrund; stattdessen wurde in den dazu abgegebenen Stellungnahmen etwa der Bundessteuerberaterkammer, der Bundesarchitektenkammer, der BRAK und des DAV schwerpunktmäßig erörtert, ob es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht angezeigt gewesen wäre, die fragliche Werbemaßnahme zunächst mit „bordeigenen Mitteln“, also etwa im Rahmen einer Belehrung nach § 76 Abs. 2 Nr. 1 StBerG, einer Rüge nach § 81 StBerG oder durch Verhängung berufsrechtlicher Maßnahmen i.S.d. § 90 StBerG zu beanstanden. Außerdem hatte der BGH – durchaus in Kenntnis dieser Problematik bzw. des anhängigen VB-Verfahrens – noch einmal gewissermaßen tief Luft geholt und ausdrücklich seine bisherige Rspr. zur Befugnis der Berufskammern bestätigt¹⁴, Wettbewerbsverstöße (auch) der eigenen Mitglieder mit Hilfe von UWG-Klagen zu verfolgen; „auch unter dem Gesichtspunkt eines möglichst schonenden Umgangs mit ihren Mitgliedern“ könne es einer Kammer nicht verwehrt werden, so der BGH, die ihr zustehenden zivilrechtlichen Ansprüche auf dem dafür von der Rechtsordnung vorgesehenen Wege durchzusetzen.

Dem hat sich das BVerfG jetzt doch (wieder) angeschlossen, nachdem es zunächst so schien, als würde das BVerfG die Kammern künftig auf die ihnen selbst zu Gebote stehenden, von anderen Voraussetzungen abhängigen, gleichzeitig aber nicht unbedingt so effektiven Disziplinierungsmöglichkeiten beschränken und es ihnen dementsprechend nicht mehr (ohne weiteres) erlauben wollen, die Kammerangehörigen mit den wesentlich kostenintensiveren UWG-Klagen zu überziehen. Wer hierauf hoffte, wurde jedoch enttäuscht: Mit der Senatsentscheidung vom 26.10.2004 hat das BVerfG es vielmehr ausdrücklich (weiterhin) gebilligt, dass die Kammern bei Verletzungen von Berufspflichten durch ihre Mitglieder, die zugleich Wettbewerbsverstöße zur Folge hätten, diese (auch) mit Wettbewerbsklagen gerichtlich in Anspruch nehmen. Abschwächend und zugleich etwas kryptisch wird allerdings gleichzeitig darauf verwiesen, dass dies im Einzelfall die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verlange, nicht erübrige und dass diese es erforderlich machen könne, das Vorgehen der Kammer auf die Mittel des Aufsichtsrechts (nach dem Steuerberatungsgesetz) zu beschränken. Wie das insbesondere dann funktionieren soll, wenn ein Zivilgericht von der Kammer wegen einer Berufspflichtverletzung mit Wettbewerbsrelevanz – Letzteres ist der Regelfall – angerufen wird, erscheint nicht ganz klar, zumal nachdem der Gesetzgeber die Klagebefugnis der Kammern in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG n.F.¹⁵ klargestellt und damit die einschlägige Rspr. kodifiziert hat.

Nicht auszuschließen ist, dass bei der Entscheidung des BVerfG vom 26.10.2004 auch der Umstand eine Rolle gespielt hat, dass der Anwaltsenat des BGH unter dem VB-Verfahren – in nicht offen gelegter Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechungspraxis – das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für Untersagungs-Verfügungen der Kammern, die über eine Belehrung nach § 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO hinausgehen, verneint und damit die Effektivität bzw. Nachhaltigkeit der „bordeigenen“ aufsichtsrechtlichen Befugnisse der Kammern zusätzlich relativiert hatte¹⁶. Dass hier, also bei Ausübung der originären Befugnisse der Kammern, ohnehin Zurückhaltung oder zumindest eine genaue Überprüfung angesagt ist, ob eine ausreichende Rechtssetzungsdelegation sowie eine „Letztentscheidungsbefugnis“ des (parlamentarischen) Gesetzgebers vorliegen, hatten überdies die Entscheidungen „Wouters“ und „Arduino“ deutlich gemacht, mit denen sich – ebenfalls unter dem VB-Verfahren – der EuGH zur Vereinbarkeit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch die Berufskammern mit europäischem Wettbewerbsrecht geäußert hatte¹⁷ und die – wenn auch nicht ausdrücklich angesprochen – in dem Beschluss des BVerfG vom 26.10.2004 ebenfalls berücksichtigt worden sein dürften.

Der eigentliche Stein des Anstoßes, nämlich die großflächige Straßenbahnwerbung der Steuerberatungsgesellschaft, rückte gegenüber dieser Grundsatzfrage in der Entscheidung des BVerfG eher etwas in den Hintergrund. Das Ergebnis ist gleichwohl bemerkenswert und macht einmal mehr deutlich, welchen Stand der Liberalisierung das Werberecht der freien Berufe inzwischen erreicht hat. Denn unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine inzwischen st. Rspr., wonach es „zeitbedingten Veränderungen“ unterliege, welche Werbemaßnahmen

1 BvR 1127/01, NVwZ 2004, 1347 (Abrechenbarkeit kernspintomographischer Leistungen durch Orthopäden); Beschl. v. 17.8.2004 – 1 BvR 378/00, ZMGR 2004, 203 = ArztR 2004, 380 (Rechtsschutz gegen die Ermächtigung von Krankenhausärzten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung); Beschl. v. 8.10.2004 – 1 BvR 682/01, juris (Mehrerlös Budgetkrankenhaus); Beschl. v. 22.10.2004 – 1 BvR 528/04 u.a., juris (Abrechenbarkeit Ziff. 14 EBM bei psychisch Kranken).

11 Urt. v. 3.3.2004, BVerfGE 109, 279, 382 ff.; vgl. dazu auch Verf., Der „große Lauschangriff“ vor dem BVerfG, BRAK-Mitt. 2003, 157.

12 Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765.

13 OLG Naumburg, Urt. v. 13.4.2000 – 7 U 127/99, NJW-RR 2000, 1119.

14 BGH, Urt. v. 25.10.2001 – I ZR 29/99, NJW 2002, 2039, 2040.

15 I.d.F. d.G. v. 3.7.2004, BGBl. I, 1414.

16 BGH, Beschl. v. 22.11.2002 – AnwZ (B) 8/02, BGHZ 153, 61 = BRAK-Mitt 2003, 22 m. krit. Anm. Dahns.

17 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99, NJW 2002, 877 = BRAK-Mitt. 2002, 79 („Wouters“) sowie Urt. v. 19.2.2002 – 3-C35/99, NJW 2002, 882 = BRAK-Mitt. 2002, 126 („Arduino“) m. Anm. Lörcher = NJW 2002, 1092; Weil, BRAK-Mitt. 2002, 50 sowie etwa Eichele, NJW 2003, 1214.

als sachlich oder als übertrieben bewertet werden, und dass aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, nicht auf deren Berufswidrigkeit geschlossen werden könne, kommt das Gericht (auch) hinsichtlich der hier streitigen Straßenbahnwerbung zu dem Ergebnis, es sei nicht ersichtlich und werde auch in der angegriffenen Entscheidung nicht thematisiert, „weshalb von dieser knappen, wenngleich durch das gewählte Medium auffälligen Präsentation eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausgehen sollte“. Die anders lautende Ausgangsentscheidung ist deshalb wegen Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG aufgehoben und die Sache an das OLG Naumburg zurückverwiesen worden.

2. Selbstverwaltung und Gesetzgeber („Ländernotarkasse“)

Sowohl die Rechtfertigung als auch die Grenzen funktionaler Selbstverwaltung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Körperschaften „mit Zwangsmitgliedschaft für Berufsangehörige“ waren im abgelaufenen Jahr auch noch Gegenstand einer weiteren, breit angelegten Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG, für die Richterin Jaeger ebenfalls verantwortlich war¹⁸. In einer Serie von Verfassungsbeschwerden hatten sich – teilweise zwischenzeitlich verstorbene – Bf., ehemalige Notare, gegen die Erhebung von Abgaben durch die (Bayerische) Notariatskasse München und durch die in den fünf neuen Bundesländern 1990 errichtete „Ländernotarkasse“ mit Sitz in Leipzig gerichtet. Mit diesen Abgaben sollten und sollen u.a. die erforderliche Ergänzung des Berufseinkommens sowie die Altersversorgung der Notare und ihrer Hinterbliebenen, die einheitliche Durchführung der Versicherung der Notare, die Haushaltsmittel der im Gebiet der Notarkasse gebildeten Notarkammern und die wirtschaftliche Verwaltung der von einem Notariatsverweser wahrgenommenen Notarstellen sicher- bzw. bereitgestellt werden. Das BVerfG hat in seinem dazu unter dem 13.7.2004 ergangenen Beschluss die bereits erfolgte und mit den Verfassungsbeschwerden angefochtene Abgabenerhebung zwar nicht angetastet und die ihr zugrunde liegenden Vorschriften der §§ 113 BNotO, 39 VO über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis (NotPrTV) bis Ende 2006 weiter für anwendbar erklärt. Gleichzeitig hat es allerdings festgestellt, dass die vorerwähnten Vorschriften vor allem auch im Hinblick auf die objektiv berufsregelnde Tendenz der Abgabenerhebung der Verantwortlichkeit des parlamentarischen Gesetzgebers in organisatorischer, struktureller und schließlich auch in inhaltlicher Hinsicht nicht genügten, weshalb eine ergänzende gesetzliche Neuregelung erfolgen müsse.

Diese auf den konkreten Sachverhalt gemünzte Schlussfolgerung beruht aber gleichzeitig – und das macht die Besonderheit bzw. die Breitenwirkung dieser Entscheidung aus – auf einem in heutigen Zeiten nicht unbedingt zu erwartenden, deutlichen Bekenntnis des BVerfG zur funktionalen Selbstverwaltung, auch und gerade im Bereich des berufsständischen Wesens. Unter ausdrücklichem Bezug auf seine „Facharzt“-Entscheidung¹⁹ bzw. auf die Entscheidung zu den „Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts“²⁰ stellt das Gericht dementsprechend noch einmal klar, dass die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie im demokratischen Prinzip wurzeln und dem freiheitlichen Charakter der Verfassung entsprechen; sie ermöglichen gesellschaftlichen Gruppen, in ei-

gener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mitzugestalten. In funktionaler Selbstverwaltung könnten öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft für Berufsangehörige deren Berufspflichten näher festlegen, was bei den sog. freien Berufen regelmäßig geschehe. Auch könnten die von diesen Mitgliedern aufzubringenden Mittel in einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zusammengeführt werden, die die Aufbringung und Verwendung dieser Abgaben regelt und verwaltet. Die Verleihung von Satzungsautonomie an die Körperschaft bzw. Anstalt finde ihren Sinn darin, die in ihr zusammengefassten Mitglieder zu aktivieren und ihnen gemeinsam die Regelung solcher Angelegenheiten eigenverantwortlich zu überlassen, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen könnten.

Gleichzeitig markiert das Gericht – durchaus in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rspr. – allerdings auch die Grenzen einer entsprechenden Selbstverwaltung bzw. Satzungsautonomie: sie dürfe nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung entäußere; das gelte insbesondere bei Regelungen, die mit Grundrechtseingriffen verbunden seien. Wähle der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben eine Organisationsform der Selbstverwaltung, müsse er institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der von ihr erfassten Personen treffen. Organisation und Verfahren müssten Gewähr dafür bieten, dass die verfolgten öffentlichen Aufgaben innerhalb der Anstalt für diejenigen, die der Satzungsgewalt unterworfen seien, unter Berücksichtigung ihrer Interessen angemessen wahrgenommen würden. Das gelte vor allem auch bei der Delegation der Befugnisse, verbindliche Entscheidungen zu treffen. Insbesondere habe der Gesetzgeber sicherzustellen, dass sich die verbindlich und autonom gesetzten Regelungen mit Eingriffscharakter als Ergebnis eines demokratischen Willensbildungsprozesses im Innern darstellten. Im Übrigen korrespondiere die gebotene Dichte der gesetzgeberischen Organisationsvorgaben mit der Intensität des möglichen Grundrechtseingriffs durch Satzungsrecht. Schließlich sei im Zusammenspiel mit der autonomen Selbstverwaltung eine entsprechende Staatsaufsicht erforderlich.

Das alles ist nicht unbedingt neu, sondern entspricht eher herkömmlichen Argumentationsmustern beim Umgang mit und bei der Beurteilung von funktionaler Selbstverwaltung mit Satzungsautonomie, gewinnt aber über den zu entscheidenden Fall seine besondere Bedeutung im Blick auf die bereits erwähnten Entscheidungen des EuGH zu „Wouters“ und „Ardui-no“²¹ (obwohl auch in diesem Beschluss des BVerfG nicht ausdrücklich angesprochen). Denn hierdurch wird – durchaus i.S.d. entsprechenden, gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen – deutlich gemacht, dass und in welcher Weise eine berufsständische Selbstverwaltung in Deutschland zwar einerseits durchaus „im Sinne“ des Grundgesetzes ist, andererseits aber auch Vorgaben des parlamentarischen Gesetzgebers entsprechen und gleichzeitig einer (begrenzten) Staatsaufsicht unterliegen muss – und damit, wie gesagt, nicht nur vor dem Grundgesetz, sondern auch vor dem europäischen Gemeinschaftsrecht besteht bzw. bestehen kann.

3. Anwaltsnotare und Zweites Staatsexamen

Handelte es sich bei den Notarkassen noch um eine bayerische bzw. um eine Besonderheit der neuen Bundesländer im Bereich des Nur-Notariats, so greift die weitere, von Richterin

18 Beschl. v. 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94 u.a., BGBl. I, 2931 = DNotZ 2004, 942 m. Anm. Hepp.

19 Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62, 308/64, BVerfGE 33, 125.

20 Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81, 195/87, BVerfGE 76, 171 = BRAK-Mitt. 1988, 54.

21 Nachweise s.o. Fn. 17.

Jaeger verantwortete Senatsentscheidung des BVerfG vom 20.4.2004²² bereits weit in den Bereich des anwaltlichen Berufsrechts hinein. Es ging in dieser Entscheidung um die seit längerem problematisierte und zum Gegenstand diverser Verfahren vor dem Notarsenat des BGH gemachte Frage, ob und inwieweit bei der Entscheidung über die Bewerbung von RAen um eine (Anwalts-)Notarstelle trotz aller späteren fachspezifischen Fortbildung und Tätigkeit die Note des Zweiten, häufig bereits lange zurückliegenden Staatsexamens ausschlaggebendes Gewicht haben dürfe. Die entsprechenden Entscheidungen fußten auf der Bestimmung des § 6 Abs. 3 Satz 1–3 BNotO²³, die ihrerseits auf eine Entscheidung des BVerfG von 1986²⁴ zurückging, die das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Auswahlmaßstäbe und das Auswahlverfahren für die Vergabe von Notarstellen moniert und einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag erteilt hatte. Zur Konkretisierung der in § 6 Abs. 3 BNotO enthaltenen Auswahlkriterien für die Besetzung einer Notarstelle im Bereich des Anwaltsnotariats hatten die Landesjustizverwaltungen – mit Billigung des BGH – ein im Wesentlichen übereinstimmendes Punktesystem entwickelt, das seinen Niederschlag in entsprechenden Verwaltungsvorschriften (AVNot) gefunden hatte. Nach diesem Punktesystem wurden für die Dauer der hauptberuflichen Tätigkeit (als RA) sowie ferner für Fortbildungskurse und schließlich für (als Notarvertreter) beurkundete Niederschriften insgesamt maximal 90 Punkte ausgeworfen; darüber hinaus bestand die Möglichkeit der Vergabe von bis zu 10 Zusatzpunkten zur Berücksichtigung von Umständen, die den Bewerber für das Amt des Notars in ganz besonderer Weise qualifizierten. Im Vordergrund stand jedoch die Zweite Juristische Staatsprüfung; denn die dabei erzielten Punkte gingen, multipliziert mit dem Faktor 5, ohne Deckelung oder Begrenzung in das zur Konkretisierung der Auswahlmaßstäbe nach § 6 Abs. 3 BNotO entwickelte Punktesystem ein.

Diese Präponderanz des Ergebnisses der Zweiten Staatsexamens ist jetzt vom BVerfG mit deutlichen Worten und umfassend begründet als klarer Verstoß gegen das sich aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG ergebende Gebot der chancengleichen Bestenauslese bei der Besetzung freier Notarstellen gebrandmarkt worden. Der Gesetzgeber, so das BVerfG, habe in § 6 Abs. 2 und 3 Satz 2 BNotO zwar durchaus auf die Besonderheiten des Berufs des Anwaltsnotars als einem Zweitberuf Rücksicht genommen, gebe der Normanwendung mit den Kriterien von persönlicher und fachlicher Eignung auch hinreichend klare Konturen und ermögliche eine einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers, die in eine Prognose einmünde. Für diese Prognose genüge – auch nach dem im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers – das Zweite Staatsexamen jedoch nicht, da dieses lediglich die Befähigung zum Richteramt und damit zugleich zum Beruf des RA vermittele, aber keine hinlängliche Aussage über die spezielle Befähigung zum Amt des Notars enthalte. Demgegenüber komme in dem bisher durch die Verwaltungsvorschriften der Länder geregelten Verfahren der Auswahl für die Wahrnehmung des Notaramts im Zweitberuf der spezifischen fachlichen Eignung für das Amt des Notars im Verhältnis zur allgemeinen Befähigung für juristische Berufe und zu den Erfahrungen aus dem Anwaltsberuf eine derart untergeordnete Bedeutung zu, dass die vorliegend ergangenen, ablehnenden Auswahlentscheidungen und die sie bestätigenden gericht-

lichen Entscheidungen mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr vereinbar seien. Denn nach der Praxis der Justizverwaltung und der Gerichte werde der benoteten und infolge der Multiplikation mit 5 weit gespreizten Leistungsbewertung des Staatsexamens keine ebenso leistungsbezogene Bewertung der in der Vorbereitung auf das Notaramt gezeigten fachlichen Leistungen zur Seite gestellt. Schon deshalb hätten die Bewerber, die sich durch besondere fachliche Leistungen auszeichneten, keine Chance, sich etwa gegen gleich gute Absolventen aus dem Staatsexamen durchzusetzen. Dies widerspreche überdies dem Grundsatz, dass im öffentlichen Dienst bei der Beurteilung der Eignung vor allem zeitnahe Beurteilungen heranzuziehen seien, die bei der Übernahme weiterer oder neuer Ämter auf diese zugeschnitten seien²⁵. Hierfür sei jedoch Voraussetzung, dass solche Beurteilungen tatsächlich vorlägen. Für das Nur-Notariat werde dies vom Gesetz sichergestellt. Beim Anwaltsnotariat fehle demgegenüber eine Qualitätssicherung durch Bewertung fachspezifischer Leistungen.

Die meisten Justizverwaltungen haben daraufhin die laufenden Bewerbungsverfahren um freie Anwaltsnotarstellen eingestellt²⁶ und sich (gemeinsam) an die Überarbeitung der entsprechenden Bestimmungen ihrer AVNot's unter Berücksichtigung der erwähnten Vorgaben des BVerfG gemacht²⁷. In einem weiteren Fall hatte das insoweit zuständige Justizministerium jedoch eine einstweilige Anordnung des BVerfG, gerichtet auf die Freihaltung einer Notarstelle für den Bf.²⁸, missachtet (oder zumindest übersehen). Mit Kammerbeschluss vom 8.10.2004²⁹ wurde daraufhin der Verfassungsbeschwerde unbeachtlich dessen stattgegeben, dass die ausgeschriebenen Notarstellen, auf die der Bf. sich beworben hatte, seitens des Justizministeriums bereits sämtlich besetzt worden waren. Dem Bf. fehle für sein Begehren, das auf Feststellung der Verfassungsverletzung und auf Neubescheidung seiner Bewerbung oder – im Falle der Unmöglichkeit – auf Schadensersatz gerichtet sei, nicht das Rechtsschutzinteresse, so die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. den materiell betroffenen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG erlaube vielmehr die Weiterverfolgung des Bewerbungsverfahrens im Wege der Verfassungsbeschwerde, da das Justizministerium eine verfassungsgerichtliche einstweilige Anordnung nicht beachtet habe.

4. „Closed Shop“ bei den Insolvenzverwaltern

Die für den Zugang zum Beruf des Notars zuletzt in der vorerwähnten Senatsentscheidung vom 20.4.2004 vom BVerfG getroffene Feststellung, dass die Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG) auch eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung erfordere, hat die 2. Kammer des Ersten Senats auf Veranlassung von Richterin Jaeger mit Beschl. v. 3.8.2004³⁰ auch für die Vorauswahl von Insolvenzverwaltern durch den zuständigen Amtsrichter fruchtbar gemacht. In den zugrunde liegenden Verfas-

22 Beschl. v. 20.4.2004 – 1 BvR 838/01 u.a., NJW 2004, 1935 = BRAK-Mitt. 2004, 179 (LS).

23 I.d.F. d. ÄndG. v. 29.1.1991, BGBl. I, 150.

24 Beschl. v. 18.6.1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280.

25 Unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14.02, DVB. 2004, 317.

26 Kritisch gegenüber dieser Praxis *Kleine-Cosack*, Anm. z. Beschl. d. BVerfG v. 20.4.2004, AnwBl 2004, 523, 524; s. demgegenüber aber KG, Beschl. v. 1.11.2004 – Not 7/04, www.kammergericht.de/Entscheidungen.

27 Vgl. als (vorläufige) Ergebnisse dieser Bemühungen etwa schon Änd. d. RundErl. über d. Ausführung d. BNotO (Hessen) d. RundErl. d. JM v. 10.8.2004, JMBL, 323 sowie § 17 AVNot (NRW) i.d.F. d. AV d. JM v. 4.11.2004, JMBL, 256.

28 Beschl. v. 10.4.2003 – 1 BvR 702/03, NJW 2003, 3043.

29 Beschl. v. 8.10.2004 – 1 BvR 702/03, AnwBl. 2004, 723.

30 Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 u. 1086/01, NJW 2004, 2725.

sungsbeschwerde-Verfahren ging es also noch nicht um die sich nach § 56 Abs. 1 InsO bemessende, eigentliche Insolvenzverwalterbestellung, sondern um das dieser Entscheidung vorausgehende Auswahlverfahren, mithin um die Frage, nach welchen Maßstäben es sich bemisst, ob ein Bewerber um die Bestellung als Insolvenzverwalter in den Kreis derjenigen Personen aufgenommen wird, aus dem der Richter im Einzelfall die Person auswählt, die nach seiner Meinung den Anforderungen des § 56 Abs. 1 InsO am ehesten entspricht, und welchen Rechtsschutz es im Hinblick auf diese Entscheidung gibt. Die Bf. waren im Ausgangsverfahren mit ihrem entsprechenden Begehren bei den AG jeweils „abgeblitzt“; es bestehe kein Bedarf für die Erweiterung des Kreises der regelmäßig eingesetzten und gut mit dem Gericht kooperierenden Insolvenzverwalter, hieß es lapidar. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel formeller und informeller Art (Antrag gem. §§ 23 f. EGGVG; Gegenvorstellung) wurden von den zuständigen OLG als unzulässig zurückgewiesen.

Dies hat die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG maßgeblich als eine Verletzung des Anspruchs der Bf. auf wirksamen Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG gegen einen Eingriff der öffentlichen Gewalt in ihre verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit eingestuft. Zwar gehe es noch nicht um die eigentliche Auswahlentscheidung bzw. um die Bestellung zum Insolvenzverwalter, sondern zunächst nur um die dieser vorausgehende Vorauswahl. Angesichts der Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte, aufgrund deren die Tätigkeit von Insolvenzverwaltern nicht mehr als bloße Nebentätigkeit der Berufsausübung von RAen oder von Kaufleuten angesehen werden könne, sondern zu einem eigenständigen Beruf geworden sei, für den sich ein neuer „Markt“ gebildet habe, müsse bereits die der eigentlichen Bestellung als Insolvenzverwalter vorausgehende, hierfür aber maßgebliche Vorauswahl geeigneter Bewerber so ausgestaltet werden, dass jeder Bewerber eine faire Chance erhalte, entsprechend seiner in § 56 Abs. 1 InsO vorausgesetzten Eignung berücksichtigt zu werden. Denn es gehe nicht länger um die Verschonung vor einer Inpflichtnahme Privater für eine öffentliche Aufgabe, als die Konkursverwaltung möglicherweise früher einmal begriffen worden sei, sondern um die Eröffnung von Chancen in einem Wirtschaftssektor, zu dem die Entscheidung eines Amtsrichters die Tür öffne. Da der Richter wegen der Eilbedürftigkeit der Bestellungsentscheidung eines Rahmens bedürfe, wenn er die Auswahl für ein konkretes Insolvenzverfahren treffe, müsse die Einhaltung der Chancengleichheit bereits bei der Aufnahme in den Kreis geeigneter Bewerber der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Nur auf diese Weise könne sichergestellt werden, dass die entsprechende Ermessensentscheidung den an sie im Interesse der Sache und im Interesse potenzieller Insolvenzverwalter zu stellenden Anforderungen genüge.

Ob mit dieser verfassungsgerichtlichen Vorgabe die häufig beklagten „Vergabekartelle“ wirklich durchbrochen werden können, ist allerdings offen, zumal der eigentliche Bestellungsakt zum Insolvenzverwalter – jedenfalls nach noch geltender Rechtslage bzw. nach allgemeiner Auffassung – keinem Rechtsmittel unterliegt. Auch könne, so wird gemutmaßt, die Entscheidung des BVerfG dadurch leicht durch den Richter umgangen werden, dass jeder Bewerber in die Liste aufgenommen werde. Gleichwohl dürfte die Entscheidung des BVerfG zumindest tendenziell zu einer größeren Sensibilisierung der AG bei der Auswahl unter den ihnen geeignet erscheinenden Insolvenzverwaltern führen; allein der Umstand, dass sie mit bestimmten Anwälten, Treuhändern u.Ä. bisher gut zusammengearbeitet haben, reicht zur Nichtberücksichtigung von „Newcomern“ jedenfalls nicht mehr aus.

5. Mehr oder weniger entgeltliche Rechtsberatung

Die Tage des in seinen Grundstrukturen aus dem Jahre 1935 stammenden und deshalb immer etwas „anrühigen“ Rechtsberatungsgesetzes (RBERG) sind gezählt. Außerdem hat das BVerfG erst unlängst klargestellt, dass die Anwaltschaft auch aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit kein verfassungsmäßig verbürgtes Recht auf Fortbestand des RBERG und des damit bewirkten Konkurrenzschutzes ableiten könne³¹. In der „Masterpat“-Entscheidung³², bei der es um die Frage ging, ob Dienste, die im Wesentlichen in der Überwachung der Fälligkeit der Einzahlung von Patentgebühren bestehen, ohne Verletzung des RBERG auch von Personen geleistet werden dürfen, die nicht als Patent- oder RAe zugelassen sind, hat das BVerfG ferner bereits entschieden, dass solche „einfach zu beherrschende“ Teilbereiche, für die sich ein „eigenes Berufsbild entwickelt habe“, nicht grundsätzlich verboten werden dürfen. Auf der gleichen Linie lag die vom BVerfG im Jahre 2002 für zulässig erklärte Rechtsberatung durch Inkassounternehmer im Rahmen der ihnen erteilten Erlaubnis zur Rechtsbesorgung³³. In diesem (Inkasso-)Bereich hat überdies das BVerfG schon entschieden, dass die einem Inkassounternehmer erteilte Erlaubnis zur außergerichtlichen Einziehung von Forderungen nicht ausschließe, dass der Erlaubnisinhaber die ihm zur Einziehung abgetretene Forderung auch im eigenen Namen durch einen RA geltend mache³⁴; darüber hinaus hat das BVerfG in einer weiteren, aktuellen Entscheidung schließlich auch noch die bisher nach der 5. AusführungsVO zum RBERG vorgesehene Erlaubnispflicht für den geschäftsmäßigen Erwerb von Forderungen zum Zwecke der Einziehung auf eigene Rechnung mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage für ungültig erklärt³⁵. Mit dem von Richter *Jaeger* verantworteten Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 14.8.2004³⁶, wonach auch Schreiben mit rechtlichen Argumenten an den Schuldner zum außergerichtlichen Forderungseinzug gehörten und damit innerhalb der dem Inkassounternehmer erteilten Inkassoerlaubnis lägen, ist diese Rspr. jetzt gewissermaßen komplettiert worden; dementsprechend wurde in dem zu entscheidenden Fall die auf Antrag einer RAK erfolgte, auf Art. 1 § 1 Abs. 1 Nr. 5 RBERG und § 1 UWG gestützte Verurteilung der Bfin. im Ausgangsverfahren insoweit wegen Verletzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG aufgehoben.

Nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), sondern auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt hatte demgegenüber der pensionierte und durch entsprechende Presseveröffentlichungen bekannt gewordene OLG-Richter Dr. *Kramer* die Verfassungsbeschwerde gegen seine Verurteilung zu einer Geldbuße wegen unzulässiger unentgeltlicher Rechtsberatung; einen „Beruf“ wollte der Bf. aus diesen (angeblich) altruistischen Hilfestellungen ja gerade nicht machen. Dementsprechend fiel diese Sache auch nicht in den Zuständigkeitsbereich von Richter *Jaeger*, sondern in den der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG, die die Verurteilungen des Bf. durch Beschl. v. 29.7.2004³⁷ im Wesentlichen aus den vom Bf. angeführten Gründen aufhob, ohne dies allerdings mit einer grundsätzlichen Klärung der Zulässigkeit unentgeltlicher Rechtsbera-

31 Beschl. v. 12.8.2002 – 1 BvR 1264/02, BRAK-Mitt. 2003, 21.

32 Beschl. v. 29.10.1997 – 1 BvR 780/97, BVerfGE 97, 12 = BRAK-Mitt. 1998, 146.

33 Beschl. v. 20.2.2002 – 1 BvR 423/99 u.a., BRAK-Mitt. 2002, 89.

34 Urt. v. 29.9.1998 – 1 C 4.97, BRAK-Mitt. 1999, 97.

35 Urt. v. 16.7.2003 – 6 C 27.02, NJW 2003, 2767 = BRAK-Mitt. 2003, 283 (LS).

36 Beschl. v. 14.8.2004 – 1 BvR 725/03, BRAK-Mitt. 2004, 270.

37 Beschl. v. 29.7.2004 – 1 BvR 737/00, BRAK-Mitt. 2004, 229.

tung zu verbinden. Dies hat sich jedoch die Bundesministerin der Justiz im Rahmen des von ihr vorgelegten Gesetzesentwurfs für ein Rechtsdienstleistungsgesetz³⁸, das an die Stelle des RBerG treten soll, vorgenommen.

6. „Verkehrsrechtsspezialist“

Den vielleicht wichtigsten und folgenreichsten Anstoß für die Fortentwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im engeren Sinne hat Richterin *Jaeger* im vergangenen Jahr vermutlich mit dem von ihr verantworteten Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 28.7.2004³⁹ über eine erst zu Beginn des Jahres eingelegte Verfassungsbeschwerde gegeben, mit der der Bf. gegenüber seiner RAK die Befugnis durchsetzen wollte, auf seinem Briefkopf die Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“ führen zu dürfen. An der fachlichen und beruflichen Reputation des Bf. auf dem Gebiet des Verkehrsrechts konnte kein Zweifel bestehen; „Fachanwalt für Verkehrsrecht“ konnte er sich jedoch schon mangels einer entsprechenden Fachgebietsbezeichnung nicht nennen, weshalb er sich auf den „Spezialisten“ verlegt hatte, um damit werbend hervortreten zu können.

Weniger der Beschluss der 2. Kammer selbst, der diesem Begehren mit einer nicht in jeder Hinsicht überzeugenden Begründung⁴⁰ entsprach und die entgegenstehende Entscheidung des zuständigen AGH aufhob, als vielmehr die (von Richterin *Jaeger* intendierten?) Auswirkungen dieser Entscheidung auf die Beratungen und Beschlussfassungen der 3. Satzungsversammlung der BRAK über die Ausweitung des Kreises der Fachanwaltschaften machen die besondere Bedeutung dieser letzten Fachanwalts-Entscheidung des BVerfG aus. Denn nicht nur die „Spezialisten“ im Bereich des Verkehrsrechts, sondern auch die „Spezialisten“ im Bereich des Medizinrechts, des Bau- und Architektenrechts, des Miet- und Wohnungseigentumsrechts, des Erbrechts sowie – überraschenderweise – auch die (wenigen) „Spezialisten“ im Bereich des Transport- und Speditionsrechts, nicht aber die (wesentlich häufigeren) „Spezialisten“ etwa im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes oder des Handels- oder Gesellschaftsrechts sind als erklärte Reaktion auf den Beschluss der 2. Kammer des BVerfG vom 28.7.2004 in der Sitzung der Satzungsversammlung der BRAK vom 22.11.2004⁴¹ zu Protagonisten entsprechender, neuer Fachanwaltschaften geworden.

Ob und in welcher Weise künftig die neben den Fachanwaltsbezeichnungen vom BVerfG ausdrücklich für zulässig erklärten „Spezialisten“ tätig werden bzw. als solche werbend hervortreten dürfen, bedarf sicherlich noch der ergänzenden Regelung jedenfalls in den Fällen, in denen es nicht, wie in dem vom BVerfG entschiedenen Fall, evident ist, dass der Betreffende aufgrund seiner umfassenden Erfahrungen sowohl rechtstheoretischer wie -praktischer Art bei einer Benennung als „Spezialist“ auf dem jeweiligen Gebiet keine Gefahr für die Rechtssuchenden werden könnte. Im Übrigen bleibt zu hoffen, dass

es der Satzungsversammlung aus eigener Kraft gelingt, auch die übrigen Hinweise dieses letzten Fachanwalts-Beschlusses des BVerfG vom 28.7.2004, etwa zur Verlautbarung von Spezialisierungshinweisen oder vom Verhältnis der Fachanwaltschaften zu sonstigen Spezialbezeichnungen, aufzugreifen und abzuarbeiten, ohne dazu neuerlich durch Entscheidungen der Anwaltsgerichtsbarkeit, des Anwalts senats oder gar des BVerfG quasi gezwungen zu werden.

III. Schlussbemerkung

Die frühere Bundesverfassungsrichterin *Renate Jaeger* ist als Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte jetzt quasi zur Super-Bundesverfassungsrichterin geworden. Das ergibt sich schon daraus, dass Individual- bzw. Menschenrechtsbeschwerden zum EGMR nach Art. 35 Abs. 1 EMRK erst dann erhoben werden können, wenn der innerstaatliche Rechtsschutz erschöpft ist; und hierzu gehört nach ständiger Rspr. des EGMR auch die Anrufung des BVerfG⁴². Primär, wenn auch nicht ausschließlich für Beschwerden von deutschen Bfn. ist jedoch nunmehr „Judge“ *Jaeger*, wie es beim EGMR schlicht heißt, zuständig. Von daher entbehrt es nicht eines gewissen Hintersinns, wenn ihr ehemaliger Präsident und Senatsvorsitzender beim BVerfG, Prof. Dr. *Hans-Jürgen Papier*, dem EGMR – und damit auch seinem vormaligen Senatsmitglied *Jaeger* – unlängst in einem Zeitungsinterview⁴³ nahe gelegt bzw. nachgerufen hat, richterliche Zurückhaltung zu wahren „jedenfalls gegenüber Entscheidungen, die unter größtmöglichen rechtsstaatlichen Kriterien getroffen worden sind und die schon einen voll ausgebauten Rechtszug durchlaufen haben, einschließlich einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle“. Es wäre vielmehr nahe liegend, so *Papier* weiter, „sich in einer derartigen Situation auf die Prüfung zu beschränken, ob der Menschenrechtsschutz der Konvention in grundsätzlicher oder in systematischer Hinsicht von dem betreffenden Staat missachtet wird“. Und weiter: Der Menschenrechtsgerichtshof könnte und sollte sich „nicht in die Rolle eines obersten Rechtsmittelgerichtes in Familiensachen oder allgemeinen Zivilsachen begeben oder sich in dieser Weise instrumentalisieren lassen“. Judge *Jaeger* wird wissen, wie sie mit solchen Vorgaben umzugehen hat.

Interessant immerhin, dass die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG unter Vorsitz von Präsident Prof. Dr. *Papier* erst unlängst, nämlich mit Beschl. v. 28.12.2004⁴⁴, zu Gunsten eines Vaters, der sich seit Jahren vergeblich um Umgang mit seinem unehelich geborenen Sohn bemüht, eine einstweilige Anordnung erlassen und die entgegenstehende Entscheidung des OLG Naumburg u.a. ausdrücklich wegen unzureichender Berücksichtigung der Vorgaben in dem bereits in gleicher Sache ergangenen Urteil der 3. Sektion des EGMR vom 26.2.2004⁴⁵ aufgehoben hat, obwohl dieses sich damit in die „Rolle eines obersten Rechtsmittelgerichtes in Familiensachen“ begeben und damit gleichzeitig – zumindest im Ergebnis – auch einen zuvor ergangenen Nichtannahmebeschluss des BVerfG beanstandet hatte.

38 Vgl. Art. 1 § 6 des vom BMJ im Sept. 2004 vorgelegten „Diskussionsentwurfs“ eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts und die Stellungnahme der BRAK hierzu mit Alternativentwurf, www.brak.de/Gesetzgebung/Rechtsberatungsgesetz, sowie hierzu *Prütting*, Rechtsberatung im Wandel, BRAK-Mitt. 2004, 244.

39 Beschl. v. 28.7.2004 – 1 BvR 159/04, BRAK-Mitt. 2004, 231.

40 Zur Kritik an d. Beschluss d. BVerfG v. 28.7.2004 vgl. etwa d. Anm. v. *Offermann-Burckart*, NJW 2004, 2617; *Quaas*, BRAK-Mitt. 2004, 198 oder v. *van Bühren*, AnwBl. 2004, 557.

41 Vgl. Pressemitteilung der BRAK Nr. 24/2004 v. 23.11.2004, www.brak.de/Presse sowie *Lach/Dahns*, Sechs neue Fachanwaltschaften, BRAKMagazin 6/2004, 4.

42 Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, Komm. 1. Aufl. 2003, Rdnr. 12 zu Art. 35.

43 F.A.Z. v. 9.12.2004, 5.

44 Beschl. v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, www.bverfg.de/Entscheidungen.

45 Urt. v. 26.2.2004 – 74969/01, NJW 2004, 3397; s. auch nachfolgend BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407.

Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen Union

Rechtsanwalt *Stefan Kirsch*, Frankfurt/Main

Am 2.6.2004 hat die Kommission eine Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament „Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts: Bilanz des Tampere-Programms und Perspektiven“ (KOM [2004] 401 endgültig) verabschiedet und eine öffentliche Konsultation eingeleitet, in der alle interessierten Kreise und Bürger ersucht wurden, Stellungnahmen zum neuen Programm zu übermitteln. Bei dem nachfolgenden Text handelt es sich um eine gekürzte Fassung der in diesem Zusammenhang vom Europaausschuss¹ erarbeiteten Stellungnahme der BRAK.

I. Die Entwicklung nach Tampere

(1) Nach dem am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam über die Europäische Union (EU) verfolgt die Union – unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft – das Ziel, den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft (Art. 29 EUV).

(2) Am 15. und 16. Oktober 1999 ist der Europäische Rat in Tampere (Finnland) zu einer Sondertagung zusammengekommen und hat verschiedene politische Orientierungen und Prioritäten vereinbart, die eine zügige Verwirklichung dieses Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bewirken sollten. So ersuchte der Europäische Rat den Rat und die Kommission, bis zum Dezember des Jahres 2000 ein Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung² anzunehmen.

(3) In Übereinstimmung mit den Schlussfolgerungen von Tampere sind u.a. die folgenden Rechtsinstrumente erlassen worden:

(3.1) Der Rahmenbeschluss 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren³, den der Rat „Justiz und Inneres“ im Anschluss an eine Initiative Portugals auf seiner Tagung vom 15. und 16. März 2001 angenommen hat.

(3.2) Die Auslieferungsabkommen der Europäischen Union aus den Jahren 1995 und 1996, die alle Mitgliedstaaten der Union außer Frankreich und Italien ratifiziert haben.

(3.3) Der Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten⁴.

(3.4) Der Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. Juli (2003) über die Vollstreckung von Entscheidungen zur Sicherstellung von Vermögensgegenständen und Beweismitteln in der Europäischen Union⁵. Zweck dieses Rahmenbeschlusses ist es,

Vorschriften festzulegen, nach denen ein Mitgliedstaat eine Sicherstellungsentscheidung in seinem Hoheitsgebiet anerkennt und vollstreckt, die von einer Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaats im Rahmen eines Strafverfahrens erlassen wurde.

(3.5) Die Initiative im Hinblick auf den Erlass eines Beschlusses des Rates über die Errichtung von Eurojust⁶. Das Sekretariat des Justiziellen Netzes wird im Sekretariat von Eurojust angesiedelt. Die Genehmigung der Geschäftsordnung und die Ernennung des Präsidenten durch den Rat erfolgte im Juni 2002. Im April 2003 hat Eurojust in Den Haag seine Arbeit aufgenommen.

(3.6) Die Portugiesische Initiative im Hinblick auf Änderungen am Europol-Übereinkommen⁷, die Ausweitung des Mandats von Europol auf die im Anhang zum Europol-Übereinkommen aufgeführten schwerwiegenden Formen internationaler Kriminalität⁸, die Empfehlung des Rates vom 30. November an die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Unterstützung der von den Mitgliedstaaten gebildeten gemeinsamen Ermittlungsteams durch Europol⁹, die gemeinsame Initiative im Hinblick auf in diesem Sinne vorzunehmende Änderungen am Europol-Übereinkommen (Rechtsakt des Rates vom 28. November 2002 zur Erstellung eines Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts [Europol-Übereinkommen], und des Protokolls über die Vorrechte und Immunitäten für Europol, die Mitglieder der Organe, die stellvertretenden Direktoren und die Bediensteten von Europol)¹⁰ sowie die Dänische Initiative zur Änderung des Europol-Übereinkommens in mehreren Bereichen¹¹.

(3.7) Der Rahmenbeschluss im Hinblick auf die Kriminalisierung von Betrug im bargeldlosen Zahlungsverkehr¹².

(3.8) Der Rahmenbeschluss über Finanzkriminalität und Geldwäsche¹³ sowie die Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche¹⁴.

(4) Darüber hinaus befinden sich u.a. die folgenden Rechtsakte noch in der Vorbereitung:

(4.1) Der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union¹⁵, den die Kommission am 27.4.2004 angenommen hat. Beabsichtigt ist die EU-weite Schaffung von Mindeststandards für die Behandlung Verdächtiger und Bekl. in Strafverfahren, wobei sich der Rahmenbeschluss zunächst auf fünf wesentliche Bereiche beschränken wird. Bereits im Febru-

1 Berichterstatter: RA und Fachanwalt für Strafrecht Stefan Kirsch/ Frankfurt am Main.

2 Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (Amtsblatt C 12 v. 15.1.2001, 10).

3 Amtsblatt L 82 v. 22.3.2001, 1.

4 Amtsblatt L 190 v. 18.7.2002, 1.

5 Amtsblatt L 196 v. 2.8.2003, 45.

6 Amtsblatt L 63 v. 6.3.2002.

7 Amtsblatt C 358 v. 13.12.2000.

8 Amtsblatt C 362 v. 18.12.2001.

9 Amtsblatt C 357 v. 13.12.2000.

10 Amtsblatt C 312 v. 16.12.2002.

11 Amtsblatt C 172 v. 18.7.2002.

12 Amtsblatt L 149 v. 2.6.2001.

13 Amtsblatt L 182 v. 5.7.2001.

14 Amtsblatt L 344 v. 28.12.2001.

15 KOM (2004) 328 endgültig.

Kirsch, Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen Union

ar 2003 hatte die Kommission ein Grünbuch über Verfahrensgarantien in Strafverfahren¹⁶ vorgelegt.

(4.2) Die Initiative Dänemarks im Hinblick auf einen Beschluss des Rates über eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Bezug auf Entscheidungen über die Aberkennung von Rechten¹⁷.

(4.3) Die Initiative Griechenlands betreffend einen Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem*¹⁸.

(4.4) Der Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss über die europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung im Rahmen von Strafverfahren¹⁹. Im Mittelpunkt dieses Vorschlags stehen Sachen, Schriftstücke oder Daten, die auf der Grundlage verfahrensrechtlicher Maßnahmen wie Vorlageanordnungen oder Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen erlangt werden.

(4.5) Die Initiative zur Annahme eines Rahmenbeschlusses betreffend die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen²⁰. Diese Initiative war am 8.5.2003 Gegenstand einer politischen Einigung im Rat.

(4.6) Die Initiative Dänemarks zur Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über die Vollstreckung von Einziehungsentscheidungen in der Europäischen Union²¹. Diese Initiative steht im Zusammenhang mit dem am 22. Juli 2003 verabschiedeten Rahmenbeschluss über die Einziehung von Erträgen aus Straftaten. Ziel des vorliegenden Rahmenbeschlusses ist es, sicherzustellen, dass alle Mitgliedstaaten über effiziente Bestimmungen über das Verfahren zur Einziehung von Erträgen aus Straftaten verfügen, unter anderem über die Beweislast für die Herkunft der Vermögenswerte einer Person, die wegen einer Straftat im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität verurteilt wurde.

(4.7) Am 30.4.2004 hat die Kommission ein Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union²² vorgelegt. Es steht zu erwarten, dass auf der Grundlage der nunmehr erfolgenden Konsultation ein Vorschlag für einen Rahmenbeschluss zur Annäherung der strafrechtlichen Sanktionen innerhalb der Europäischen Union erarbeitet werden wird.

II. Mitteilung zur Bilanz des Tampere Programms

(5) In der am 2.6.2004 verabschiedeten Mitteilung zur Bilanz des Tampere Programms und seiner Perspektiven²³ stellt die Kommission fest, dass gegenüber dem Stand von 1999 substantielle Fortschritte in nahezu allen Bereichen des Handlungsfeldes Justiz und Inneres erzielt wurden und die europäische Öffentlichkeit den EU-Realisierungen im Bereich Justiz und Inneres aufgeschlossen gegenüberstehe.

Gleichwohl hätten sich die derzeitigen Beschlussfassungsverfahren und institutionellen Zwänge als Hindernis für eine schnelle, effiziente und transparente Erfüllung bestimmter politischer Verpflichtungen erwiesen. So sei es trotz des in den Schlussfolgerungen von Tampere zum Ausdruck gebrachten Willens nicht immer gelungen, auf EU-Ebene den Konsens herbeizuführen, der für die Annahme heikler Maßnahmen, die

den Kern der nationalen Souveränität berühren, erforderlich gewesen wäre. Neue Rahmenbedingungen, d.h. die von der Regierungskonferenz in Aussicht genommenen institutionellen Fortschritte im Bereich Justiz und Inneres, namentlich der Übergang zur qualifizierten Mehrheit in der erweiterten Union, würden einen rascheren Abschluss der Arbeiten ermöglichen. Allerdings müssten die Möglichkeiten, die die Verträge von Amsterdam und Nizza bieten, voll ausgeschöpft werden. Abgesehen von einigen Bestimmungen, die bereits am 1. Februar 2003 oder 1. Mai 2004 automatisch in Kraft getreten sind, sei auf Artikel 67 Abs. 2 EG-Vertrag zu verweisen, wonach der Rat nach dem 1. Mai 2004 über den Übergang zur Mitentscheidung in allen oder einigen Materien des Titels IV beschließen. Es sei völlig legitim, diese Bestimmung unverzüglich anzuwenden.

Als künftige Prioritäten für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nennt die Mitteilung:

(5.1) Den wirkungsvolleren Schutz der Personen bei der Ausübung ihrer Grundrechte;

Die Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungsvertrag und der Beitritt zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten würden bewirken, dass die Union rechtlich verpflichtet sein wird, sicherzustellen, dass die Grundrechte in all ihren Zuständigkeitsbereichen nicht nur gewahrt, sondern auch gezielt gefördert werden.

(5.2) Die Förderung von Initiativen zur Unionsbürgerschaft;

(5.3) Der Aufbau eines integrierten Grenzschutzsystems und Visumpolitik;

(5.4) Die Förderung einer echten gemeinsamen Politik zur Steuerung der Migrationsströme;

(5.5) Die Entwicklung einer gerechten gemeinsamen EU-Asylpolitik;

(5.6) Der Aufbau eines europäischen Rechtsraums, der die Rechtstraditionen und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten achtet und an dem die Angehörigen der Rechtsberufe intensiv beteiligt werden;

Ziel der Entwicklung des europäischen Rechtsraums sei nicht, die Rechts- und Gerichtssysteme der Mitgliedstaaten infrage zu stellen, und dies werde auch nicht geschehen. Der Ansatz beruhe auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität und werde im Entwurf des Verfassungsvertrags bekräftigt. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in diesem Bereich nehme eine zentrale Stellung im europäischen Aufbauwerk ein. Die gegenseitige Anerkennung setze jedoch eine gemeinsame Basis geteilter Grundsätze und Mindeststandards voraus, die dazu beitragen, das gegenseitige Vertrauen zu stärken. Auch in Zukunft müsse gegenüber den Angehörigen der Rechtsberufe intensivste Überzeugungsarbeit geleistet werden, damit der europäischen Rechtspolitik tatsächliche Wirkung verliehen wird.

(5.7) Der Aufbau eines Rechtsraums für Zivil- und Handelssachen zur Erleichterung der Zusammenarbeit und des Zugangs zum Recht;

(5.8) Die Förderung einer kohärenten Strafrechtspolitik;

Beim Strafrecht müsse die Union sich auf vier vorrangige Aufgaben konzentrieren:

- Fortsetzung der Arbeiten zur gegenseitigen Anerkennung: Wie im Bereich des Zivilrechts müsse der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung weiterhin den Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit bilden. Was die Rechtshilfe anbelange, müsse das gegenwärtige System insgesamt, insbesondere im Hinblick auf sämtliche Fragen betreffend die Erhebung von Beweismitteln, schrittweise durch ein auf der gegenseitigen Anerkennung basierendes einziges Instrument ersetzt

16 KOM (2003) 75 endgültig, v. 19.2.2003.

17 Amtsblatt C 223 v. 19.9.2002, 17.

18 Amtsblatt C 100 v. 26.4.2003.

19 KOM (2003) 688 v. 14.11.2003.

20 Amtsblatt C 278 v. 2.10.2001.

21 Amtsblatt C 184 v. 2.8.2002, 8.

22 KOM (2004) 334 endgültig.

23 KOM (2004) 401 endgültig.

Kirsch, Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen Union

werden. Flankierend zu diesen Fortschritten wären Maßnahmen zur Klärung der Aufteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten erforderlich, damit positive Kompetenzkonflikte vermieden bzw. gelöst werden können. Im Bereich der Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen besteht noch großer Handlungsbedarf. So müssten die Regeln für die Vollstreckung einer in einem anderen Mitgliedstaat verhängten Strafe, die Bedingungen für die gegenseitige Information über Verurteilungen im Wege eines europäischen Registers der Verurteilungen und Rechtsverluste („europäisches Strafregister“) und die Bedingungen für ihre Berücksichtigung in den anderen Mitgliedstaaten festgelegt werden. Auf diese Weise solle entweder der Erlass eines neuen Urteils verhindert (Grundsatz *ne bis in idem*) oder die verhängte Strafe angepasst werden (Frage der Rückfälligkeit).

- Stärkung des gegenseitigen Vertrauens durch Gewährleistung einer auf gemeinsamen Werten basierenden qualitativ hochwertigen Justiz für alle Unionsbürger: Zur Gewährleistung gegenseitigen Vertrauens zwischen den einzelstaatlichen Justizbehörden sei eine Reihe von Maßnahmen zur Festlegung grundlegender Garantien, zu den Bedingungen für die Zulässigkeit von Beweisen sowie zur Stärkung des Opferschutzes erforderlich. Eine bessere Aus- bzw. Fortbildung der Angehörigen der Rechtsberufe sowie Arbeiten zur Bewertung der Justizsysteme trügen zur Stärkung des gegenseitigen Vertrauens bei.
- Entwicklung einer kohärenten Strafrechtspolitik in der Union zur wirksamen Bekämpfung jeglicher Form von schwerer Kriminalität: Die Maßnahmen, die zur Festlegung von Mindeststrafen für bestimmte Straftaten getroffen wurden, müssten vertieft werden. Bestimmte Aspekte des Strafrechts müssten weiter angeglichen werden. Es bedürfe dringend institutioneller Mechanismen, die die Kontrolle und adäquate Umsetzung der Rechtsinstrumente der Union ermöglichen. Der neue Vertrag dürfe die Entwicklung einer kohärenten Strafrechtspolitik ermöglichen, die auf die Bekämpfung bestimmter Formen der Kriminalität ausgerichtet ist oder die Ausweitung einer bestehenden Gemeinschaftspolitik darstellt.
- Eurojust im Zentrum der europäischen Strafrechtspolitik: Gemäß dem Entwurf des Verfassungsvertrags habe Eurojust den Auftrag, die Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden zu unterstützen und zu verstärken, die für die Verfolgung schwerer Straftaten zuständig sind, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen. Unter der Kontrolle des Gerichtshofs solle Eurojust bei Straftaten, die die Tätigkeit und die Politik der Union gefährden, die Richtung für die Strafverfolgung vorgeben können. Aufbauend auf Eurojust müsse eine Europäische Staatsanwaltschaft errichtet werden können, die insbesondere für Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zuständig sei.

Nach der Mitteilung können diese ehrgeizigen Ziele nur erreicht werden, wenn die EU im Bereich des Strafrechts einen den Erfordernissen der Erweiterung angepassten institutionellen und rechtlichen Rahmen schaffe. Die Wiedereinführung der Einstimmigkeitsregel für die Bestimmungen über die Zusammenarbeit in Strafsachen, für die der Entwurf des Verfassungsvertrags die qualifizierte Mehrheit vorsieht, würde einen Rückschritt darstellen, der zwangsläufig die Fähigkeit der Union, die organisierte Kriminalität und den Terrorismus zu bekämpfen, beeinträchtigen würde.

(5.9) Wirksamere polizeiliche und zollbehördliche Maßnahmen;

Damit die polizeiliche und zollbehördliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union ausgebaut werden kann, sind nach Ansicht der Kommission gleichzeitig Maßnahmen auf operativer Ebene, auf der Ebene der Beschlussfassung und im Bereich

der Rechtsetzung erforderlich. Wie die Erfahrung gezeigt habe, müssten die operativen Kapazitäten für die Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten verstärkt werden, indem die bereits bestehenden Kooperationsinstrumente und -mechanismen besser genutzt werden. Auf europäischer Ebene sei unter anderem eine verstärkte Bereitstellung von Informationen an Europol und die Stärkung der Rolle dieses Amtes zu erwägen.

Im Kampf gegen die organisierte Kriminalität und insbesondere den Terrorismus müsse die bilaterale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten fortgesetzt, aber vor allem der multilaterale Austausch weiterentwickelt werden. In diese Anstrengungen seien die Nachrichtendienste einzubeziehen.

(5.10) Die Verstärkung der Maßnahmen zur Prävention und Bekämpfung von Terrorismus und bestimmten Formen der Kriminalität;

Es sei von entscheidender Bedeutung, dass auf europäischer Ebene ein Rahmen zur Eindämmung der Gefahren, die für die Gesellschaft von der schweren Kriminalität und dem Terrorismus ausgehen, geschaffen wird. Für eine wirklich effiziente Terrorismusbekämpfung sei es wichtig, dass die Zusammenhänge mit anderen Formen der Kriminalität, vor allem mit der organisierten Kriminalität, berücksichtigt werden. Die Bekämpfung der Finanzkriminalität bleibe eine Priorität.

(5.11) Die Verstärkung der Maßnahmen zur Kriminalitätsprävention;

Im Bereich der Kriminalitätsprävention sei darauf hinzuwirken, dass Erzeugnisse und Dienstleistungen weniger anfällig für kriminellen Missbrauch sind.

(5.12) Die Multidisziplinäre Mobilisierung im Bereich Drogenbekämpfung und

(5.13) ein entschlosseneres externes Handeln.

III. Bisherige Stellungnahmen der BRAK

(6) Die BRAK hat zu mehreren Vorhaben zur Umsetzung des Tampere-Programms Stellungnahmen abgegeben:

(6.1) Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der BRAK vom 3.12.2001 zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für einen Rahmenbeschluss des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 19.9.2001:

Die BRAK hat darauf hingewiesen, dass mit dem durch die Kommission beabsichtigten Instrumentarium des Rahmenbeschlusses gem. Art. 34 Abs. 2 b EUV erhebliche Demokratiedefizite einhergehen. Darüber hinaus lege ein gemeinsamer Rechtsraum zwar die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen nahe, doch sei das notwendige gegenseitige Vertrauen auf rechtsstaatliche Strafverfolgung bereits Grundvoraussetzung des geltenden Auslieferungsverkehrs und führt – entgegen der Begründung des Kommissionsvorschlags – nicht dazu, „dass jede nationale Justizbehörde das Ersuchen einer Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaates auf Übergabe einer Person *ipso facto* und mit einem Minimum an Kontrollen“ anerkennen müsse.

Die Annahme, dass die Strafverfolgung in jedem konkreten Einzelfall rechtsstaatlichen Standards entspreche, sei lebensfremd und Ausdruck eines blinden Vertrauens, das einer unwiderlegbaren Vermutung der Rechtsstaatlichkeit fremder Strafverfolgung gleichkäme, die auch innerstaatlich nicht gerechtfertigt sei (Rechtsweggarantie). Daher hielt die BRAK eine stärkere Grundrechtsorientierung für notwendig und wünschenswert, die in das Konzept eines Europäischen Haftbefehls als einzel-fallbezogene Grundrechtsklausel eingefügt werden könnte. Zudem bedürfe es eines deutlichen Bekenntnisses für das Recht

Kirsch, Die Entwicklung des Strafrechts in der Europäischen Union

auf angemessene Verteidigung in jeder Lage des Verfahrens, d.h. nicht etwa erst ab dem Zeitpunkt der Festnahme zum Zweck der Vollstreckung.

Die BRAK erhob im einzelnen Bedenken gegen das entworfenen Konzept eines europäischen Haftbefehls, d.h. die zwingende Anerkennung von Entscheidungen fremdstaatlicher Justizbehörden und ihre automatische Vollstreckung auf dem gesamten Hoheitsgebiet der Union verbunden mit der kurzfristigen Zwangsüberstellung einer Person von einem Mitgliedstaat in einen anderen. Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet sei das Straf- und Strafverfahrensrecht Ausdruck nationaler Eigenheiten. Die sachlichen und rechtssystematischen Unterschiede der über Jahrhunderte gewachsenen und fest in den jeweiligen Gesellschaften verankerten Strafrechtskulturen seien (noch) zu gravierend, als dass eine automatische Anerkennung und Vollstreckung jedweder Entscheidung einer Justizbehörde über Freiheitsentzug akzeptabel wäre.

Die BRAK hat erwogen, dass das Konzept des Europäischen Haftbefehls aufgrund der Dimension und Komplexität des Verfahrens grundsätzlich Anlass einer „doppelten notwendigen Verteidigung“ sei, d.h. sowohl im Vollstreckungsstaat wie auch im Staat der Ausstellung des Haftbefehls ein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 StPO anzunehmen und ggf. Pflichtverteidiger in beiden Staaten beizuordnen seien.

(6.2) Stellungnahme der BRAK aus dem Oktober 2002, 1. zu der Initiative des Königreichs Dänemark für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen durch den Rat (ABl. C 184 v. 2.8.2002, 3), 2. zu der Initiative des Königreichs Dänemark zur Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über die Vollstreckung von Einziehungsentscheidungen in der Europäischen Union (ABl. C 184 v. 2.8.2002, 8), erarbeitet vom Europaausschuss und vom Strafrechtsausschuss:

Die BRAK hat die Entwürfe für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen durch den Rat und einen Rahmenbeschluss des Rates über die Vollstreckung von Einziehungsentscheidungen in der Europäischen Union abgelehnt. Die vorgeschlagenen Vorschriften widersprächen dem Bestimmtheitsgebot des deutschen Grundgesetzes und stellten sich im Ergebnis als unzulässige Vermögensstrafe dar. Letztlich werde den Behörden eines anderen Mitgliedsstaates ein nahezu schrankenloser Zugriff auf das Vermögen von inländischen natürlichen und juristischen Personen eingeräumt, ohne dass die Vollstreckungsentscheidung überprüft werden oder überhaupt überprüfbar gemacht werden könne.

(6.3) Stellungnahme aus dem November 2002 des Europaausschusses der BRAK zu dem Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001 (KOM [2001] 715 endgültig):

Die BRAK hat die Vorschläge der Kommission zur Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft abgelehnt und den Ausbau von Eurojust zu einer justiziellen Kontrollinstanz von Europol gefordert. Die BRAK hat darauf hingewiesen, dass sich die Einrichtung einer Strafverfolgungsbehörde auf europäischer Ebene grundsätzlichen Bedenken schon insoweit ausgesetzt sieht, als es bislang an einem harmonisierten oder gar vereinheitlichten europäischen materiellen Strafrecht sowie Strafprozessrecht fehlt und darüber hinaus der Bedarf nach Institutionalisierung einer Europäischen Staatsanwaltschaft nicht nachgewiesen ist. Die den Vorstellungen der Kommission zugrundeliegende – umfassende – gegenseitige Anerkennung richterlicher Genehmigungen und – daran anknüpfend – der Verwert-

barkeit gewonnener Beweismittel berge die Gefahr einer schleichenden Absenkung nationaler Schutzstandards in sich.

(6.4) Stellungnahme der BRAK vom 8. Januar 2003 zu dem „Konsultationspapier der Kommission über Verfahrensgarantien für Verdächtige und Bekl. in Strafverfahren“ erarbeitet vom Strafrechtsausschuss der BRAK:

Die BRAK hat die Bemühungen der Kommission, die derzeit für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltenden Vorschriften zum Schutze Verdächtigter in Strafverfahren im Zusammenhang darzustellen und auf mögliche Schwachpunkte hin zu untersuchen, begrüßt. Jedoch erstaune die späte Erkenntnis fehlender unionsweit geltender angemessener Schutzstandards insoweit, als bereits im Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens mit der Folge der ungeprüften Vollstreckung ausländischer Haftbefehle festgeschrieben wurde.

Die BRAK hielt die Schaffung einheitlicher Verfahrensgarantien für Beschuldigte mit Blick auf die bereits beschlossene Einführung des Europäischen Haftbefehls sowie die zurzeit intensiv geführte Diskussion um die Installierung einer Europäischen Staatsanwaltschaft für zwingend erforderlich. Die Einrichtung einheitlicher Schutzstandards auf einem möglichst hohen Niveau stelle die unabdingbare Voraussetzung für gegenseitiges Vertrauen und nicht nur – wie es in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere heißt – eine Erleichterung für die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen dar. Sie sei darüber hinaus notwendiger Bestandteil eines gem. der Präambel zum EU-Vertrag zu verwirklichenden „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“.

Die BRAK hat darauf hingewiesen, dass insbesondere im Hinblick auf die Regelungen des Europäischen Haftbefehls sowie die Diskussion um die Einführung einer Europäischen Finanzstaatsanwaltschaft und das in diesem Zusammenhang erwogene „Prinzip gegenseitiger Zulassung“ von Beweismitteln eine Harmonisierung des Beweismittelrechts unumgänglich sei. Dabei sei allerdings einer schleichenden und erst recht einer offenen Absenkung nach deutschem Recht bestehender Schutzstandards unter allen Umständen entgegenzuwirken.

(6.5) Stellungnahme der BRAK vom 13.5.2003 zu dem Grünbuch der Kommission „Verfahrensgarantien in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union“ (KOM [2003] 75 endgültig v. 19.2.2003):

Die BRAK hat die Bemühungen der Kommission, nach geltendem Recht bestehende Mindeststandards zum Schutze Beschuldigter in Strafverfahren transparent zu machen, im Zusammenhang darzustellen und auf diese Weise zu deren Effektivierung beizutragen, begrüßt. Eine solche Zusammenstellung erscheine geboten, um der aus einer für den Bürger kaum noch überschaubaren Vielzahl von Schutzvorschriften des geschriebenen und ungeschriebenen Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts und einschlägiger zwischenstaatlicher Abkommen Geltung zu verschaffen und diese zu bündeln.

Mit Blick auf die bereits beschlossene Einführung des Europäischen Haftbefehls und die zurzeit intensiv geführte Diskussion um die Installierung einer europäischen Staatsanwaltschaft hielt die BRAK die Schaffung einheitlicher Verfahrensgarantien für Beschuldigte für zwingend erforderlich. Die Einrichtung einheitlicher Schutzstandards auf einem möglichst hohen Niveau stelle die unabdingbare Voraussetzung für gegenseitiges Vertrauen dar. Die BRAK hat sich daher gegen die Schaffung eines Verfahrenskataloges unter Außerachtlassung der essentiellen Beschuldigtenrechte ausgesprochen. Ein solcher beschränkter Katalog würde nicht nur das begrüßenswerte Anliegen der Kommission entwerfen, sondern ein falsches Signal setzen.

IV. Positionen zur Entwicklung eines Folgeprogramms

(7) Im Hinblick auf die Überlegungen zu den Perspektiven des Tampere Programms und der Entwicklung eines Folgeprogramms („Tampere II“) ruft die BRAK die in den Stellungnahmen zu Einzelmaßnahmen geäußerten Bedenken in Erinnerung und gibt Folgendes zu erwägen:

(8) Die BRAK geht davon aus, dass neben Maßnahmen zur Prävention und Bekämpfung der Kriminalität auch in Zukunft die drei folgenden Bereiche die Schaffung eines europäischen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bestimmen werden²⁴:

- Maßnahmen zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege;
- die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und
- die Angleichung der strafrechtlichen Bestimmungen.

Die BRAK teilt die Auffassung, dass Straftäter keine Möglichkeiten finden sollten, die Öffnung der Binnengrenzen und die Unterschiede in den Justizsystemen der Mitgliedstaaten auszunutzen, und begrüßt das Anliegen, eine bessere Vereinbarkeit und eine stärkere Konvergenz der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu erreichen. Die Bürger können von der Union zu Recht erwarten, dass sie der durch schwere Kriminalität bedingten Bedrohung ihrer Freiheit und ihrer gesetzlichen Rechte entgegenwirkt.

Gleichwohl gibt die BRAK zu bedenken, dass die Schaffung eines europäischen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht zu einer Verminderung des in langen Traditionen gewachsenen Schutzes von Grundrechten der Bürger der Union führen darf. Gerade Maßnahmen im Straf- und Strafverfahrensrecht gehen typischerweise mit ganz erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen einher und bedürfen schon aus diesem Grund einer effektiven und umfassenden Kontrolle durch eine unabhängige Justiz, die eine wirksame Vertretung der betroffenen Interessen durch die Anwaltschaft ermöglicht.

Darüber hinaus gewährleisten die in den Mitgliedstaaten gewachsenen Traditionen und Kulturen des Straf- und Strafverfahrensrechts den Schutz der Grundrechte der Betroffenen gerade auch durch die Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens und seiner einzelnen Schritte in der Praxis. Punktueller Eingriffe in diese gewachsenen Systeme führen notwendigerweise zu Ungleichgewichten, die sich mitunter fatal auf die Rechtsschutzbalance der jeweiligen Systeme als Ganzes auswirken können. Dementsprechend ist bei allen zukünftigen Maßnahmen auf diese innere Balance der Rechtsschutzsysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten angemessen Rücksicht zu nehmen.

(8.1) Bei Maßnahmen zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege ist sicherzustellen, dass grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen nur dann zulässig sind, wenn sie im Einzelfall erforderlich, geboten und verhältnismäßig sind. Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass die von einer Maßnahme Betroffenen in effektiver Weise eine gerichtliche Überprüfung der Maßnahme erreichen können. Dies erfordert neben einer klaren Fassung der Eingriffsermächtigungen nicht zuletzt eine transparente Bestimmung der insoweit in Betracht kommenden Zuständigkeiten. Der Betroffene muss wissen, welche Stelle die ihn belastende Maßnahme ergriffen hat, und er muss wissen, bei welcher Stelle er – in welchem Verfahren – um Rechtsschutz nachsuchen kann. Handelt es sich bei der Stelle, die die belastende Maßnahme ergriffen hat, um eine europäische Institution, gegen deren Handeln Rechtsschutz vor nationalen Gerichten nicht ge-

währt werden sollte, so muss in jedem Falle sichergestellt werden, dass ein ggf. noch zu schaffendes Gericht der Union vergleichbaren Rechtsschutz gewährt. Die Entstehung eines „rechtsfreien Raumes“ oder auch nur die Absenkung der Dichte justizieller Kontrolle im Hinblick auf das Handeln von Institutionen der Union ist nicht hinnehmbar und würde langfristig das Vertrauen der Bürger in die Institutionen der Union erschüttern. Dies gilt nicht zuletzt auch im Hinblick auf die unakzeptable Forderung einer Vermischung polizeilichen und geheimdienstlichen Handelns oder den Vorschlag der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.

(8.2) Die Fortentwicklung einzelner Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen sollte allenfalls behutsam erfolgen und muss nach Ansicht der BRAK grundsätzlich überdacht werden. Zwar mag aus Opportunitätsgründen die Weiterentwicklung von Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung derzeit vorzugswürdiger erscheinen als Versuche einer zumindest partiellen Angleichung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, die zumindest kurzfristig auf wesentlich größeren Widerstand bei den Mitgliedstaaten stoßen und insoweit auch erheblich aufwendigere Vorbereitungen erforderlich machen dürften. Doch sollte dieser kurzfristige Vorteil nicht über ganz erhebliche Bedenken gegen Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung hinwegtäuschen.

Die Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen trägt – anders als Art. I-41 der vorläufigen konsolidierten Fassung des Vertrages über eine Verfassung für Europa annimmt – nicht zur Förderung des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten bei, sondern setzt dieses Vertrauen voraus²⁵. Die Reaktionen auf die bisher eingeleiteten Maßnahmen jedoch hat gezeigt, dass diese Voraussetzung gegenseitigen Vertrauens noch nicht hinreichend ausgebildet ist und auch das Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union²⁶ räumt entsprechende Defizite ein.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken wiegt besonders schwer, dass Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen mit erheblichen praktischen Problemen im Hinblick auf eine umfassende und effektive gerichtliche Kontrolle der jeweiligen Entscheidung verbunden sind. Der von einer Maßnahme Betroffene wird im Vollstreckungsstaat regelmäßig nur eine höchst eingeschränkte richterliche Überprüfung der gegen ihn gerichteten Maßnahme erwirken können und ist daher darauf verwiesen, umfassenden Rechtsschutz im Anordnungsstaat zu suchen. Die hierdurch bewirkte faktische Erschwerung wirksamen Rechtsschutzes führt nahezu zwangsläufig zu Beeinträchtigungen des Rechtsschutzes, denn der Betroffene verfügt regelmäßig weder über die notwendigen Sprachkenntnisse noch über das notwendige Grundverständnis einer ihm zumeist fremden Rechtsordnung, die es ihm erlauben würden, seine Rechte uneingeschränkt und effektiv wahrzunehmen. Zwar ist davon auszugehen, dass die entsprechenden praktischen Schwierigkeiten im Hinblick auf die Verlagerung und Aufsplitterung der Rechtsschutzmöglichkeiten zumindest teilweise dadurch abgemildert werden könnten, dass der Betroffene in mehreren Mitgliedstaaten – dem Anordnungs- und dem Vollstreckungsstaat – anwaltliche Hilfe in Anspruch nimmt, doch dürfen auch die hiermit verbundenen praktischen Schwierigkeiten nicht außer Acht gelassen werden. Denn es steht zu befürchten, dass der Betroffene selten über hinreichende Mittel zur Beauftragung mehrerer zur Bear-

24 Vgl. Art. III-158 der vorläufigen konsolidierten Fassung des Vertrages über eine Verfassung für Europa (CIG 86/04).

25 So auch zutreffend das Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (Amtsblatt C 12 v. 15.1.2001, 10).

26 KOM (2004) 334 endgültig.

Lenzen/Ettmann, Ertragswert- und Umsatzmethode zur Bewertung von Rechtsanwaltskanzleien

beutung eines solchen Falles mit „Auslandsberührung“ kompetenter RAe in unterschiedlichen Mitgliedstaaten verfügen wird, so dass insoweit eine Benachteiligung droht. Darüber hinaus sollte nicht verkannt werden, dass auch die Mehrheit der Anwaltschaft in den Mitgliedstaaten zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur unzureichend auf eine effektive Bearbeitung solcher „grenzüberschreitenden“ Sachverhalte vorbereitet ist, da Verfahren und Foren der Fortbildung und des Erfahrungsaustauschs – wie sie im Bereich der Polizei und Staatsanwaltschaft durch die Union durch unterschiedliche Programme und Maßnahmen gefördert oder gar institutionalisiert werden – nicht zur Verfügung stehen. Die entsprechenden Defizite müssen beseitigt werden.

Die Fortentwicklung einzelner Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen wird neben einer Verlagerung und Zersplitterung von Rechtsschutzmöglichkeiten schließlich auch zu einer Zersplitterung der einzelnen Rechtsgrundlagen führen, die einen effektiven Rechtsschutz zusätzlich beeinträchtigt. Hierzu drohen insbesondere die Verfahren einer „verstärkten Zusammenarbeit“ in Art. III-171 (4) und III-172 (4) der vorläufigen konsolidierten Fassung des Vertrages über eine Verfassung für Europa beizutragen, die zur Entwicklung unterschiedlicher Rechtsrahmen innerhalb der Union selbst führen.

(8.3) Die BRAK begrüßt das Vorhaben der Angleichung der strafrechtlichen Bestimmungen, da nur hierdurch eine Zersplitterung des Rechts und eines umfassenden und effektiven Rechtsschutzes vermieden werden kann. Eine solche Angleichung unter Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität muss jedoch behutsam erfolgen und die in langen Traditionen gewachsenen unterschiedlichen Rechtskulturen der Mitgliedstaat-

ten angemessen berücksichtigen. Wie schwierig sich ein solches Unterfangen der „Zusammenführung“ unterschiedlicher Rechtskulturen erweist und welche Anforderungen ein solcher Prozess stellt, zeigt sich derzeit exemplarisch an den beiden UN-Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag und für Ruanda in Arusha, deren Verfahrensordnungen sowohl Elemente des in der Europäischen Union nebeneinander praktizierten „common law“ (England) als auch des „civil law“ (Frankreich, Deutschland) enthalten.

Darüber hinaus darf eine Rechtsangleichung in keinem Fall nach dem Maßstab des „kleinsten gemeinsamen Nenners“ erfolgen und zu einer Verkürzung der in den Mitgliedstaaten bestehenden Rechtsschutzstandards führen. Vielmehr muss gerade durch eine Rechtsangleichung bewirkt werden, dass ein hoher Standard an Rechtsschutzmöglichkeiten sichergestellt ist, denn nur so wird die Europäische Union langfristig das Vertrauen der Bürger in das Funktionieren einer rechtsstaatlichen europäischen Justiz gewinnen können.

(9) Die BRAK fordert daher im Rahmen der Fortentwicklung des Programms von Tampere sicherzustellen, dass gegen grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen eine umfassende und effektive gerichtliche Kontrolle durch die Gerichte der Mitgliedstaaten oder ein ggf. noch zu schaffendes Gericht der Union gewährleistet wird. Das in der Vergangenheit erkennbare polizei- und ermittlungsbehördlich geprägte Paradigma der Entwicklung strafrechtlicher Maßnahmen innerhalb der Union muss umgestellt werden auf ein rechtsschutzorientiertes Paradigma. Nicht die Aufgabengebiete von Polizei und Staatsanwaltschaft, sondern der Bereich gerichtlicher Kontrolle muss den Ausgangspunkt aller weiteren Entwicklungen darstellen.

Ertragswert- und Umsatzmethode zur Bewertung von Rechtsanwaltskanzleien

Dipl.-Betriebswirt *Bernd Lenzen* (WP/StB)¹ und Dipl.-Kfm. *Carsten Ettmann*²

1. Die Umsatzmethode

Der aktuelle Wert einer Rechtsanwaltskanzlei setzt sich bei Anwendung der Umsatzmethode aus der Summe von Substanzwert sowie „eigentlichem Kanzleiwert“ („good will“) zusammen³. Üblicherweise wird der **Substanzwert** vereinfacht als Saldo aus Vermögenswerten und Schulden bestimmt⁴. Der ermittelte Substanzwert ist dann um den „good will“ zu erhöhen. Als geeignete Bemessungsgrundlage wird hierbei der Umsatz herangezogen, der mit einem bestimmten Berechnungsfaktor zu multiplizieren ist. Die Höhe dieses Multiplikators ist nach wertsenkenden und werterhöhenden Merkmalen subjektiv einzuschätzen. Vereinfacht ausgedrückt ergibt sich der mittels Umsatzmethode ermittelte Wert einer Rechtsanwaltskanzlei aus dem (0–1,3-fachen)⁵ Jahresumsatz zuzüglich eines etwaigen Substanzwertes.

Reizvoll an diesem Verfahren sind zum einen die Transparenz und Nachvollziehbarkeit, zum anderen die extrem simple Anwendung. Es ist sehr angenehm, in Verkaufsverhandlungen sofort anhand von „Daumenregeln“ (Erfahrungssätzen in der Branche) einen Verkaufspreis mit dem Soundsovielfachen eines Jahresumsatzes angeben zu können. Dabei implizieren solche „Daumenregeln“ natürlich genaue Kenntnisse über aktuell am Markt verlangte Kapitalkosten, marktübliche Risikozuschläge und das aktuelle Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Markt. Zudem stellt es die von der BRAK anerkannte und präferierte Methode zur Bewertung von Rechtsanwaltskanzleien dar. Die Praxis zeigt darüber hinaus, dass das Umsatzverfahren die von beiden Bewertungsadressaten (Käufer und Verkäufer) akzeptierte Methode ist.

Ein neuralgischer Punkt bei Verwendung der Umsatzmethode ist allerdings, dass sie nicht investitionstheoretisch, sondern lediglich preistheoretisch fundiert ist. Sie stellt auf die aktuelle Nachfrage nach vergleichbaren Kanzleien im relevanten (meist lokalen) Markt ab. Der Preis für eine Kanzlei ist mithin die Gegenleistung des Käufers für den Erwerb derselben.

Zu beachten ist dabei der Unterschied zwischen Wert und Preis einer Kanzlei. Der Wert ist das Ergebnis einer Berechnung oder Schätzung, die auf betriebswirtschaftlichen Kriterien mit investitionstheoretischen Wurzeln beruht. Der Preis ergibt sich aus Angebot und Nachfrage und kann demzufolge erheblich

1 Der Autor ist im Vorstand der MOORE STEPHENS Deutschland AG, Berlin sowie Vorstand der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft Stüttgen & Haeb AG, Düsseldorf.

2 Der Autor ist als Assistent von Herrn Lenzen bei der Stüttgen & Haeb AG, Düsseldorf, tätig.

3 BRAK-Mitt. 2004, 222 ff.

4 IdW: IdW-Prüfungsstandard S1, Tz. 8.4. „Substanzwert“. Nach Maßgabe des IdW hat der Substanzwert gar keine eigenständige Bedeutung [IdW S1, Tz. 8.4. (172)].

5 BRAK-Mitt., a.a.O.

vom Wert abweichen. Der Preis von Liebhaberobjekten (Kunstgegenstände, Sammlerobjekte etc.) macht diesen Unterschied evident⁶.

Eine zukunfts- und funktionsorientierte Ermittlung eines (des) „richtigen“ Kanzleiwertes – aus Sicht des jeweiligen Entscheidungsträgers (Käufer oder Verkäufer) – kann durch isolierte Verwendung der Umsatzmethode ggf. nur sehr schwer gewährleistet werden. Insbesondere wird bei der Wertfindung nicht berücksichtigt, dass der aktuelle Wert einer Kanzlei, unter der Voraussetzung einer ausschließlich monetären Zielsetzung, der monetäre Nutzen ist, d.h. die zukünftigen Einnahmenüberschüsse. Ein Verkäufer wird bei subjektiver Einschätzung seiner Kanzlei bewerten, was sie in Zukunft an finanziellen Mitteln für ihn (bspw. in Abfindungsfällen oder bei Austritt aus einer Sozietät) oder seine Erben (bei Verkauf aus Altersgründen) an Erträgen generiert. Diese zukünftigen finanziellen Überschüsse sind ein Großteil des Wertes, den er bei einer Kanzleiveräußerung erstattet haben möchte. Sofern nicht oder nicht ausschließlich finanzielle Nutzenbestandteile eine Rolle spielen, interessieren einen potentiellen Käufer lediglich seine zukünftigen Rückflüsse.

Weiterhin ist zu beachten, dass die Umsatzmethode die Kostenstruktur einer Kanzlei gar nicht (bzw. nur geringfügig, falls implizit bei Ermittlung des Multiplikators einkalkuliert) berücksichtigt. Eine ertragreiche und eine ertraglose Kanzlei würden bei gleichem Umsatz (und gleicher Substanz) bei kurzfristig nicht änderbarer Kostenstruktur und gleichem Multiplikator zu einem gleichen Kanzleiwert führen, obwohl sich die Zukunftserfolge deutlich unterscheiden.

2. Die Ertragswertmethode

Es bietet sich daher an, die mittels Umsatzmethode ermittelten Werte durch andere Verfahren zu überprüfen⁷. Sinnvoll wäre in diesem Zusammenhang die Ertragswertmethode zur Bestimmung des Unternehmenswertes. Geht man davon aus, dass der zukünftige Ertrag mit einem bestimmten Faktor multipliziert wird, besteht zwischen der Ertragswertmethode und der Umsatzmethode ein enger Zusammenhang. Der Multiplikator der Umsatzmethode kann unter den Bedingungen, dass der Substanzwert eine zu vernachlässigende Größe darstellt und die Umsatz- und Ertragswertmethode zu identischen Ergebnissen führen sollen, als Kehrwert des um einen Risikozinssatz erhöhten Kalkulationszinssatzes verstanden werden, mit dem beim Ertragswertverfahren zukünftige Überschüsse abgezinst werden⁸. Mittels der Ertragswertmethode wird der Kanzleiwert dabei ohne weitere Ermittlung eines Substanzwertes in einem Schritt ermittelt.

Im Gegensatz zur Umsatzmethode gilt bei der Ertragswertmethode der Grundsatz der Zukunftsbezogenheit. Erfahrungszahlen der Vergangenheit (z.B. Umsätze der Vergangenheit) sind sehr wichtig, haben aber nur die Funktion von Hilfswerten. Sie sind in etwa vergleichbar mit IST-Werten einer vorhergehenden Periode, die bei der Budgeterstellung herangezogen werden. Gleiches gilt für den Kalkulationszinssatz⁹.

Der Wert einer Kanzlei wird bei der Ertragswertmethode als Barwert aller Nettoeinnahmen, die dem Kanzleieinhaber in Zukunft zufließen, verstanden. In der Regel werden dabei in zeitlicher Hinsicht zwei Phasen betrachtet: Eine erste Phase, die

sich über drei bis fünf Perioden erstreckt und in der mit detaillierten Plandaten gerechnet wird, sowie eine zweite Phase über eine unendliche Laufzeit¹⁰. Investitionstheoretische Grundlage eines solchen Ertragswertmodells ist ein Rendite-Risiko-Kalkül. Ein Investor (z.B. ein potentieller Käufer einer Kanzlei) gibt heute Geld aus, um morgen Rückflüsse zu erzielen. Diese Rückflüsse der Zukunft müssen dabei nach finanzmathematischen Methoden auf den Bewertungsstichtag abgezinst werden.

Aus Vereinfachungsgründen kann von Beginn eine unendliche Rente mit unveränderten Zahlungsrückflüssen und unverändertem Kalkulationszinssatz unterstellt werden¹¹. Insbesondere bei größeren Kanzleien kann z.B. eine Bindung zwischen Mandant und Kanzleimitarbeitern dergestalt entstehen, dass allein der Eigentümerwechsel geringere Auswirkungen auf den Geschäftsumfang und die nachhaltig entziehbaren Rückflüsse besitzt. Aufgrund der abnehmenden Wirkung möglicher, zukünftiger Änderungen des Zahlungsrückflusses und/oder des Kalkulationszinssatzes als Folge der Diskontierungswirkung auf den Gesamtwert ist die Verwendung eines unveränderten Kapitalisierungszinssatzes sowie unveränderter Zahlungsrückflüsse unter der Annahme einer ewigen Rente darum nicht zu beanstanden.

Als personenbezogener Faktor (aus Eigentümersicht) ist die Vergütung des Arbeitseinsatzes des Eigentümers der Kanzlei und dessen Vorsorge zur persönlichen Alterssicherung in Form einer kalkulatorischen Tätigkeitsvergütung in das Ertragswertkalkül zu integrieren und von den Zahlungsüberschüssen zu subtrahieren¹². Bei Kanzleien, die in Form von Kapitalgesellschaften firmieren, ist dies in den Personalaufwendungen enthalten. Als Vergleichsgröße kann das durchschnittliche Gehalt eines angestellten RA oder die Besoldung eines Richters oder Staatsanwalts (Besoldung gem. Besoldungsgruppen R1–R10 BBesG zzgl. Altersvorsorge) herangezogen werden. Die Relevanz der Mitarbeiter für den Kanzleiwert wurde bereits erwähnt und wird aus Vereinfachungsgründen in der Beispielrechnung nicht weiter betrachtet.

3. Ein Fallbeispiel

Das Institut der WP (IdW) und die herrschende Wissenschaftsmeinung sehen in der Zukunftserfolgsmethode die einzig richtige Methode der Bewertung¹³. Die Bewertungspraxis lebt jedoch vom Nebeneinander und Miteinander der Modelle. Im Folgenden werden daher die Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Verfahren anhand eines Fallbeispiels für die Bewertung einer fiktiven Rechtsanwaltskanzlei dargestellt. Das Beispiel einer Kanzleibewertung mittels der Umsatzmethode sowie des Ertragswertverfahrens geht von folgenden Annahmen aus:

Ein hochqualifizierter, 66-jähriger Kanzleieinhaber möchte seine Rechtsanwaltskanzlei nach über 30 Jahren veräußern. Das Anwaltsbüro wird in angemieteten Räumen in bester innenstädtischer Lage betrieben. Der Mietvertrag ist über weitere fünf Jahre unkündbar. Er beschäftigt seit 20 Jahren einen weiteren RA sowie vier Bürokräfte, die im Durchschnitt jeweils seit zwölf Jahren in der Kanzlei beschäftigt sind. In nächster Umgebung sind weitere fünf Rechtsanwaltskanzleien mit ähnlichem Tätigkeitsspektrum angesiedelt. Sowohl der Kanzleieinhaber als auch sein angestellter RA sowie seine Mitarbeiter haben z.T. sehr gute (auch persönliche) Kontakte zum breit gestreuten Mandan-

6 Helbling, Carl: Unternehmensbewertung im Wandel, Der Schweizer Treuhänder, Heft 6–7/01, 608.

7 IdW: IdW S1, Tz. 8.3.4., „vereinfachte Preisfindung“.

8 Behringer, Stefan: Unternehmensbewertung der Mittel- und Kleinbetriebe, Erich Schmidt Verlag, 1999, S. 99–103.

9 Helbling, Carl: a.a.O., 608.

10 IdW: IdW S1, Tz. 5.3., „Phasenmethode“.

11 Sofern eine unendliche Rentendauer unterstellt wird, kürzt sich der Rentenbarwertfaktor zu R/i , wobei R = unendliche, nachhaltig gleichhohe Rente, i = Kalkulationszins.

12 WP-Handbuch, Band 2, 12. Aufl., 2002, S. 133, Tz. 366–367.

13 WP-Handbuch, Band 2, 12. Aufl., 2002, S. 2, Tz. 4 m. w. N.

Lenzen/Ettmann, Ertragswert- und Umsatzmethode zur Bewertung von Rechtsanwaltskanzleien

tenkreis. Vor allem daher resultiert die Mandantenbindung. Bei einer Kanzleiveräußerung sind die Angestellten aufgrund vertraglicher Regelungen zwingend zu übernehmen.

Die Kostenstruktur in der Kanzlei ist sehr gut, allerdings ist die Kanzleiausstattung nicht mehr auf dem neusten Stand. Darüber hinaus entfallen in Zukunft einige Tätigkeiten aus Rückübertragungen. Der Substanzwert der Kanzlei beschränkt sich lediglich auf die Betriebs- und Geschäftsausstattung, die aufgrund des Alters eine zu vernachlässigende Größe darstellt.

4. Der Umsatzmultiplikator

Anhand dieser Informationen wird der Umsatzmultiplikator ermittelt. Ausgehend von einem Multiplikator von eins, der ausdrückt, dass sich werterhöhende und wertsenkende Einflussgrößen kompensieren und der „good will“ einem durchschnittlichen Jahresumsatz entspricht, werden qualitative Kriterien in Form von subjektiv gewichteten Zu- und Abschlägen quantifiziert. Höhe der Zu- und Abschläge sowie Festlegung der jeweiligen Gewichtung einzelner Kriterien liegen dabei im Ermessen der/des Bewerter/s. Für die o.a. Merkmale ist die in **Übersicht 1** dargestellte Gewichtung zur Ermittlung des Umsatzmultiplikators denkbar¹⁴:

Übersicht 1: Beispiel für die Gewichtung von werterhöhenden und wertsenkenden Kriterien zur Ermittlung eines Umsatzmultiplikators

Merkmale	Gewichtung	wert erhöhend	wert senkend
Bestehen seit mehr als 30 Jahren	2	2	
Kanzleihinhaber über 65 Jahre	1		1
hohe Konkurrenz in nächster Umgebung	3		3
breit gestreuter Klientenkreis	1	1	
qualifizierter RA	2	2	
für Mandantenbindung wichtige Mitarbeiter	2	2	
persönliche Beziehungen zu Mandanten	2		2
1a Geschäftslage	2	2	
mittlere Mandantenbindungsdauer	2	2	
günstige Kostenstruktur der Kanzlei	2	2	
z.T. auslaufende Tätigkeitsarten	1		1
veraltete Ausstattung der Kanzlei	3		3
Ruf der Kanzlei	2	2	
Summe	25	15	10
Verhältnis in Prozent		60,00 %	40,00 %

Eine Gleichgewichtung von jeweils 50 % würde einem Faktor von 1,0 entsprechen. Da die werterhöhenden Einflüsse mit 60 % um 10 % über der Gleichgewichtung liegen, ist der Umsatzmultiplikator in diesem Beispiel um 10 % bzw. 0,1 also von 1,0 auf 1,1 zu erhöhen. Bereits an dieser Stelle ist beacht-

lich, dass die Kostenstruktur im obigen Beispiel mit lediglich 8 % in den gesamten 100 % (2 : 25) bzw. 13,3 % in den werterhöhenden 60 % (2 : 15) berücksichtigt wird.

5. Der Unternehmenswert nach der Umsatzmethode

Um den „good-will“ zu ermitteln, ist in einem weiteren Schritt der durchschnittliche Jahresumsatz mit dem ermittelten Umsatzfaktor zu vervielfältigen. Für das Beispiel des 66-jährigen Kanzleihinhabers ergibt sich bei im Jahresdurchschnitt unterstellten Umsatzerlösen i.H.v. Euro 1.000.000,00 mittels Umsatzmethode ein Kanzleiwert von Euro 1.100.000,00 (1.000.000,00 * 1,1 + 0,00 Substanzwert). Die Kostenstruktur wurde dabei, wie oben erwähnt, geringfügig im Multiplikator berücksichtigt, der Substanzwert sachverhaltsgemäß als zu vernachlässigende Größe behandelt.

Für einen ersten Überblick liefert die Umsatzmethode sicherlich recht nützliche Informationen hinsichtlich der Kanzleibewertung. Für eine richtige Werteinschätzung ist es aber zwingend erforderlich, auch die Kostenkomponente konkret zu quantifizieren und in das Entscheidungskalkül mit einzubeziehen. Der nachfolgenden **Übersicht 2** können durchschnittliche Gesamtleistungen (Umsätze), Gesamtkosten sowie Betriebsergebnisse (i.w.S. EBIT = Earnings before interest and tax) von Rechtsanwaltskanzleien diverser Größenklassen entnommen werden. Die Prozentangaben basieren auf tatsächlichen betriebswirtschaftlichen Branchenauswertungen des Rechenzentrums der DATEV eG¹⁵. Die Gesamtleistung (jeweils gleich 100 % gesetzt) enthält sämtliche aus dem eigentlichen Betriebszweck stammenden Umsatzerlöse, die Gesamtkosten wurden mit sonstigen Erlösen saldiert. Zur Durchschnittswertberechnung wurden nach DATEV-Angaben nur repräsentative Werte herangezogen und umfangreiche Plausibilitätskontrollen vorgenommen, um Grenzbetriebe oder durch Fehlbuchungen entstandene sinnlose Werte auszuschließen. Die Größenklassifizierung erfolgte anhand festgelegter Umsatzintervalle:

Übersicht 2: Durchschnittliche Umsatz-, Ergebnis- und Kostenstruktur von Rechtsanwaltskanzleien diverser Größenklassen

Größenklasse der Kanzlei	1		2		3		4		5	
Jahr	2002	2003	2002	2003	2002	2003	2002	2003	2002	2003
Durchschnittliche Gesamtleistung in dieser Klasse in T€	48,90	49,70	101,40	101,30	164,90	165,70	287,90	289,10	684,90	693,30
Gesamtleistung	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Gesamtkosten	71,58	69,29	61,61	59,62	56,35	54,67	54,33	53,89	50,24	50,90
Betriebsergebnis/EBIT	28,42	30,71	38,39	40,38	43,65	45,33	45,67	46,11	49,76	49,10

Unter Vernachlässigung eines etwaigen Substanzwertes und der Annahme eines Multiplikators von 1,0 hätte eine durchschnittliche Kanzlei der Größenklasse 1 im Jahre 2003 einen Wert i.H.v. Euro 49.677,14. Die Kostenstruktur wurde dabei methodengemäß nicht berücksichtigt. Betrachtet man die Kostenstruktur, so ist festzustellen, dass den Umsatzerlösen bei einer Kanzlei der Größenklasse 1 in 2003 Kosten i.H.v. 69,29 % gegenüberstehen, während die Kosten bei einer Kanzlei der Größenklasse 5 lediglich 50,90 % betragen. D.h., bei relativer Betrachtung erkaufte man für 100,00 Geldeinheiten einerseits jährliche Rückflüsse i.H.v. 30,71, andererseits i.H.v. 49,10 Geldeinheiten.

Bei der Ertragswertmethode werden die nachhaltig erzielbaren Rückflüsse auf den Bewertungsstichtag abgezinst. Der Kalkulationszins ergibt sich dabei vereinfacht als Summe aus Basiszins

14 In Anlehnung an *Borstel, Reiner von*: Fallstudie zur Bewertung von Steuerberaterpraxen, UM 1/2003, 30–31.

15 Datev eG, Nürnberg: Branchenauswertungen sowie BWA für 2002 und 2003.

Lenzen/Ettmann, Ertragswert- und Umsatzmethode zur Bewertung von Rechtsanwaltskanzleien

(entspricht dem Zinssatz für langfristige risikolose Anlagen) und einem Risikozuschlag für operative und aus der Kapitalstruktur resultierende Risiken¹⁶. Wird von Beginn eine ewige Rente in Höhe des EBIT unterstellt, würde sich für eine Kanzlei der Größenordnung 1 im Jahr 2003 unter der Annahme von 69,29 % Gesamtkosten (vgl. **Übersicht 2**) mittels Ertragswertmethode auch ein Kanzleiwert von Euro 49.677,14 ergeben, sofern ein Kalkulationszins von 30,71 % unterstellt wird (die Tätigkeitsvergütung ist dabei noch nicht mit einbezogen).

6. Risikozuschläge und Multiplikatoren

Der Zusammenhang beider Methoden stellt sich wie folgt dar: Die Umsatzmethode fingiert eine bestimmte Rentabilität. Unterstellt man eine Umsatzrentabilität (auf Basis des Betriebsergebnisses) von annähernd 50 % (vgl. Betriebsergebnis von Kanzleien der Größenklasse 5 in 2003), so drückt ein Umsatzmultiplikator mit dem Faktor 1,0 aus, dass der Unternehmenswert – unter Vernachlässigung eines Substanzwertes – dem doppelten jährlichen Zahlungsrückfluss (bzw. EBIT) entspricht. Ein Umsatzmultiplikator von 1,3 im Jahre 2003 bei einer Kanzlei der Größenklasse 1 (d.h. Unternehmenswert = $1,3 \cdot 100 = 130$), würde einem EBIT-Multiplikator von ca. 4,23 ($130/30,71$) entsprechen. Der Kehrwert dieses EBIT-Multiplikators (also $4,23^{-1}$ bzw. 23,62 %) kann als der um einen Risikozinssatz erhöhte Kalkulationszinssatz verstanden werden, mit dem beim Ertragswertverfahren zukünftige Überschüsse abzuzinsen sind¹⁷. Unterstellt man einen langfristigen risikolosen Zins von 5,5 % (lt. AKU¹⁸: 5,5 %), so ergibt sich ein Risikozuschlag von 18,12 % ($23,62 - 5,5$).

Nach gleichem Muster lassen sich die Multiplikatoren und Risikozuschläge (Annahme Umsatzmultiplikator = 1,0, Basiszins = 5,5 %) der Kanzleien verschiedener Größenklassen für die Jahre 2002 und 2003 ermitteln. Wie o.a. sind aber zusätzlich kalkulatorische Tätigkeitsvergütungen zu berücksichtigen. In der nachfolgend dargestellten **Übersicht 3** werden diese Tätigkeitsvergütungen pauschal mit 25 % der Umsatzerlöse bemessen. Der errechnete Multiplikator bezieht sich auf den um die kalkulatorischen Tätigkeitsvergütungen gekürzten EBIT. Es ergeben sich folgende Multiplikatoren und Risikozuschläge:

Übersicht 3: Durchschnittliche Multiplikatoren und Risikozuschläge von Rechtsanwaltskanzleien diverser Größenklassen

Größenklasse	1		2		3		4		5	
Jahr	2002	2003	2002	2003	2002	2003	2002	2003	2002	2003
Betriebsergebnis = EBIT	28,42	30,71	38,39	40,38	43,65	45,33	45,67	46,11	49,76	49,10
kalk. Tätigkeitsvergütung	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00
EBIT / Tätigkeitsvergütung	3,42	5,71	13,39	15,38	18,65	20,33	20,67	21,11	24,76	24,10
Multiplikator	29,24	17,51	7,47	6,50	5,36	4,92	4,84	4,74	4,04	4,15
Risikozuschlag/-abschlag	-2,08	0,21	7,89	9,88	13,15	14,83	15,17	15,61	19,26	18,60

7. Der Unternehmenswert nach der Ertragswertmethode

Für das Beispiel des 66-jährigen KanzleINHABERS errechnet sich der Ertragswert wie folgt:

Der jährliche Umsatz beträgt, wie oben angenommen, Euro 1.000.000,00. Die jährlichen Gesamtkosten belaufen sich auf

Euro 509.000,00 (unterstellt werden Gesamtkosten in Höhe vergleichbarer, tatsächlicher Durchschnittswerte des Jahres 2003 i.H.v. 50,9 %). Die Tätigkeitsvergütung beträgt annahmegemäß 25 % der Umsatzerlöse, also jährlich Euro 250.000,00. Der als ewige Rente abzuzinsende, jährlich nachhaltig erwartete EBIT (abzüglich der kalkulatorischen Tätigkeitsvergütung) beläuft sich demnach auf Euro 241.000,00. Um mittels Ertragswertmethode zum gleichen Ergebnis zu kommen wie mittels Umsatzmethode, wäre ein EBIT-Multiplikator (EBIT abzüglich Tätigkeitsvergütung) von rd. 4,56 ($1.100.000,00 : 241.000,00$) erforderlich. Dies entspricht – unter Zugrundelegung eines Basiszinssatzes von 5,5 % und unter Verzicht auf einen Wachstumszuschlag bzw. -abschlag – der Annahme eines Risikozuschlags von rd. 16,43 % ($4,56^{-1} = 0,2193$ bzw. 21,93 %; $21,93 \% - 5,5 \% = 16,43 \%$).

Zu beachten ist, dass der Risikozuschlag für Bewertungszwecke aber nicht gegebenen Daten angepasst wird, um ex post bestimmte Werte zu verifizieren. Es handelt sich vielmehr um eine ex ante zu prognostizierende Größe, die einen Summanden des Kalkulationszinsses darstellt, mit dem dann der Kanzleiwert erst ermittelt wird.

8. Risikozuschläge in der Praxis

In diesem Kontext bietet sich ein Vergleich der zuvor ermittelten Risikozuschläge für Rechtsanwaltskanzleien verschiedener Größen mit Risikozuschlägen in anderen Branchen an. Zum Vergleich sind in der folgenden **Übersicht 4** Umsatz- und EBIT-Multiplikatoren sowie daraus abgeleitete Risikozuschläge anderer Branchen dargestellt. Unterstellt wurde dabei, dass der jeweils genannte kleinere EBIT-Multiplikator („von“), dem jeweils genannten kleineren Umsatzmultiplikator („von“) entspricht (Bsp.: Innerhalb der Chemie-Branche bezieht sich bei „Mid- and Largecap“ der EBIT-Multiplikator von 9,7 auf den Umsatz-Multiplikator von 1,15). Die Ermittlung des Risikozuschlags erfolgt, wie in den o.a. Schritten, unter der Annahme eines Basiszinssatzes von 5,5 % und bei Vernachlässigung eines Wachstumszuschlags bzw. -abschlags.

Interessant in diesem Zusammenhang ist die Höhe der Risikozuschläge. Während sich bei Rechtsanwaltskanzleien (unter der Annahme eines Umsatzmultiplikators von 1,0 und eines Basiszinssatzes von 5,5 %) Risikozuschläge von -2,08 % (d.h. Risikoabschlag) bis 19,26 % ergeben, sind bei sämtlichen anderen Branchen Risikozuschläge von 2,19 %–34,5 % zu verzeichnen. Insbesondere beim Vergleich der Risikozuschläge von Rechtsanwaltskanzleien mit denen aus der Branche der beratenden Dienstleistungsunternehmen zeigt sich, dass das Risiko, aus einem erworbenen Unternehmen Rückflüsse zu generieren, scheinbar nirgends so hoch eingeschätzt wird wie bei Erwerbern/Verkäufern von Rechtsanwaltskanzleien.

Dabei ist für die Branche der beratenden Unternehmen anzunehmen, dass bei der Wertermittlung ähnliche Annahmen getroffen werden müssen (ggf. geringer Substanzwert, Mandantenbindung ist hoher Einflussfaktor für Bewertung nachhaltiger Erträge etc.) wie in der Branche der Rechtsvertreter, letztere i.w.S. sogar unter die Branche der beratenden Unternehmen subsumiert werden müssen.

In diesem Fall ist allerdings fraglich, ob die bei Rechtsanwaltskanzleien ermittelten Risikozuschläge in ihrer Höhe geeignet sind, realistische Kanzleiwerte zu ermitteln. Aufgrund der Informationsasymmetrie hinsichtlich der werterhöhenden und wertensenkenden Faktoren gilt dies besonders für Erwerber. Aber auch Verkäufer von Kanzleien können bei ausschließlicher Anwendung der Umsatzmethode und falscher oder gar fehlender Berücksichtigung der Kostenstruktur (insbesondere bei einer im Vergleich zu anderen Kanzleien sehr guten Kostenstruktur) zu realitätsfremden Werten bei der Bemessung ihrer Kanzlei kommen.

16 Auf Einbeziehung eines etwaigen Wachstumszuschlags oder -abschlags wird aus Vereinfachungsgründen verzichtet.

17 Auf die Einbeziehung von Steuern wird zu Gunsten des besseren Überblicks verzichtet.

18 AKU: Arbeitskreis Unternehmensbewertung des IdW.

Übersicht 4¹⁹: EBIT- und Umsatzmultiplikatoren sowie daraus abgeleitete Risikozuschläge in verschiedenen Branchen

Branche	Smallcap						Mid- and Largecap					
	EBIT-Multiple		Umsatz-Multiple		Risikozuschlag in %		EBIT-Multiple		Umsatz-Multiple		Risikozuschlag in %	
	von	bis	von	bis	von	bis	von	bis	von	bis	von	bis
Beratende Dienstleistungen	5,3	7,8	0,60	1,30	13,37	7,32	6,0	10,3	0,75	1,93	11,17	4,21
Software	5,5	11,0	0,65	1,80	12,68	3,59	6,0	9,5	0,90	1,75	11,17	5,03
Telekommunikation	6,0	9,0	0,68	1,38	11,17	5,61	6,0	8,6	0,70	1,25	11,17	6,13
Medien	5,5	7,5	0,55	1,23	12,68	7,83	5,5	8,5	0,40	1,00	12,68	6,26
Handel/E-Commerce	4,5	8,0	0,35	0,80	16,72	7,00	5,0	7,8	0,53	0,83	14,50	7,32
Transport & Logistik	4,0	6,8	0,37	0,92	19,50	9,21	5,8	9,4	0,48	1,13	11,74	5,14
Elektrotechnik/Elektronik	5,0	11,0	0,60	1,37	14,50	3,59	6,3	10,2	0,57	1,23	10,37	4,30
Fahrzeugbau und Zubehör	5,4	8,2	0,48	0,73	13,02	6,70	6,0	8,8	0,48	0,70	11,17	5,86
Maschinen- und Anlagenbau	3,5	5,0	0,60	1,00	23,07	14,50	4,5	8,8	0,43	0,75	16,72	5,86
Chemie	4,5	8,0	0,55	0,95	16,72	7,00	5,7	9,7	0,58	1,15	12,04	4,81
Pharma	7,0	9,9	0,63	1,25	8,79	4,60	7,7	13,0	0,83	2,15	7,49	2,19
Textil und Bekleidung	3,0	5,0	0,30	0,80	27,83	14,50	4,3	7,2	0,33	0,73	17,76	8,39
Nahrungs- und Genussmittel	4,6	8,0	0,63	0,95	16,24	7,00	6,2	9,4	0,54	0,93	10,63	5,14
Gas, Strom, Wasser	4,3	8,7	0,50	1,33	17,76	5,99	6,3	10,7	0,90	2,03	10,37	3,85
Umwelttechnologie Entsorgung/Recycling	4,0	7,3	0,43	1,00	19,50	8,20	5,1	8,0	0,73	1,23	14,11	7,00
Bau und Handwerk	2,5	6,0	0,65	0,87	34,50	11,17	3,2	9,3	0,41	1,40	25,75	5,25

9. Resümee

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Umsatzmethode geeignet ist, dem Erwerber/Veräußerer mit einfachen Mitteln einen ersten Überblick über den zu ermittelnden Kanzleiwert zu verschaffen. Während der Substanzwert auf vergleichsweise einfache Weise zu ermitteln ist, liegt die große Schwäche dieses Verfahrens sicherlich in der Berücksichtigung und zutreffenden Quantifizierung der Kostenstruktur. Die partielle oder gänzliche Vernachlässigung würde c.p. zu völlig falschen Kanzleiwerten führen. Zudem ist mit dem in den BRAK-Mitteilungen genannten Multiplikatorintervall von 0 bis 1,3 eine Restriktion vorgegeben, die bei bestimmten Kostenstrukturen sicherlich nicht zu rechtfertigen ist.

Ein geeignetes Verfahren, mindestens zur Verifizierung ggf. zuvor per Umsatzmethode ermittelter Kanzleiwerte, stellt das Ertragswertverfahren dar. Die Ertragswertmethode erfordert dabei lediglich grundlegende Kenntnisse der finanzmathematischen „Zins- und Zinseszinsmechanik“. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das in den vorstehenden Ausführungen dargestellte Modell zu Demonstrationszwecken stark vereinfacht wurde. In der Praxis wären bei Anwendung des Ertragswertverfahrens, insbesondere bei hohen Kalkulationszinssätzen, detaillierte Prognosen der ersten Phasen notwendig. Die Einbeziehung von Steuern in das Ertragswertkalkül würde den Unternehmenswert ggf. verändern. Die geeignete Bestimmung der

diversen Kalkulationszinsbestandteile hätte neben der zutreffenden Prognose der nachhaltigen Rückflüsse das entscheidende Gewicht bei der Wertbemessung und stellt die wichtigste Aufgabe dieses Verfahrens dar. Aufgrund vermutlich unvollständiger oder gänzlich fehlender Daten scheiden moderne Bewertungsverfahren, wie z.B. discounted-cash-flow-Verfahren bei kleinen und mittelgroßen Anwaltsbüros, als Methode zur Bestimmung des Kanzleiwertes aus.

Im Hinblick auf die Folgen falscher Wert- und/oder Preiseinschätzung von Rechtsanwaltskanzleien sollte das Ertragswertverfahren aber zumindest zur Plausibilisierung von zuvor auf andere Weise ermittelten Werten herangezogen werden. Für das Beispiel des 66-jährigen Kanzleinhabers wurde per Umsatzmethode ein Wert i.H.v. Euro 1.100.000,00 ermittelt. Unter der Bedingung, dass der nachhaltig entziehbare EBIT, wie zuvor dargestellt tatsächlich mit Euro 241.000,00 prognostiziert werden könnte, und in Anlehnung an den Risikozuschlag von 11,17 % für große Unternehmen der beratenden Dienstleistungsbranche (vgl. **Übersicht 4**) würde sich selbst bei Vernachlässigung eines etwaigen Wachstumsabschlags bei Anwendung der Ertragswertmethode ein Wert von Euro 1.445.710,86 ergeben. Bei Einbeziehung von Steuern wäre dieses Ergebnis noch zu korrigieren. Tendenziell wird aber deutlich, dass Werte für Kanzleien mittels Umsatzmethode zwar sehr einfach und schnell, dafür aber auch sehr unzutreffend ermittelt werden können. In diesem Zahlenbeispiel ärgerlich für den Verkäufer, je nach Parameterkonstellation sollten aber auch potentielle Käufer den Ertragswert stets im Blick haben.

¹⁹ Dentz, Markus: Multiples im Zeitverlauf, Finance, Oktober/2004, 100–101. Angabe der Risikozuschläge basiert auf eigenen Berechnungen.

Pflichten und Haftung des Anwalts

Rechtsanwältin *Antje Jungk* und Rechtsanwalt *Bertin Chab*
Allianz Versicherungs-AG, München,
Rechtsanwalt *Holger Grams*¹

Neues aus der Gesetzgebung

Anpassung von Verjährungsvorschriften an die Schuldrechtsreform

Man wird getrost bezweifeln dürfen, dass in so relativ kurzer Zeit im deutschen Rechtsleben schon einmal mehr Verjährungsverzichtserklärungen verlangt und abgegeben worden sind, wie dies gegen Ende des Jahres 2004 der Fall war. Ausgelöst wurde dieses Phänomen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit seinen neuen Verjährungsregeln. Aufgrund der Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB wurde die neue dreijährige Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB erstmals zum 31.12.2004 relevant (Einzelheiten s. *Bräuer*, AnwBl. 2004, 720).

Etwas untergegangen ist bei all der – berechtigten oder unberechtigten – Aufregung, dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Hinblick auf etliche Verjährungsvorschriften nochmals eine Anpassung erhalten hat, und zwar durch das „Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ vom 9.12.2004, in Kraft getreten am 15.12.2004.

Ersatzlos gestrichen wurden durch dieses Gesetz neben anderen Sonderverjährungsregelungen auch § 51b BRAO, § 45b PatAnwO und § 68 StBerG (§ 51a WPO war schon zuvor durch die WPO-Novelle zum 1.1.2004 aufgehoben worden, für Notare galt vor der Schuldrechtsreform § 852 BGB, seit 1.1.2002 die Regelverjährung, §§ 195, 199 BGB). Damit folgt die Verjährung von Ansprüchen gegen Angehörige der rechtsberatenden Berufe nun der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB. Das bedeutet in der Regel eine deutliche Verlängerung der Regressverjährung. Zu Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich der Überleitungsvorschriften, s. *Bräuer*, AnwBl. 2005, 65.

Als erste Reaktion darauf sollte die Praxis der Aktenvernichtung überdacht werden. Bisher war die Mindestaufbewahrungsfrist in § 50 Abs. 2 Satz 1 BRAO (fünf Jahre nach Mandatsbeendigung) so gehalten, dass die Regressverjährung gem. § 51b BRAO 2. Alt. (spätestens drei Jahre ab Mandatsbeendigung) bereits eingetreten war. Wegen der neuen Kenntnisabhängigkeit der Verjährung kann man sich hierauf künftig nicht mehr verlassen, so dass man zu seinem eigenen Schutz darüber nachdenken sollte, die Akten über die gesetzliche Mindestfrist hinaus aufzubewahren.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Das aktuelle Urteil

Anwaltshaftung bei unzureichender Information des Rechtsschutzversicherers

Gefährdet der Anwalt des Versicherten durch seine unzureichenden Informationen gegenüber dem Rechtsschutzversicherer die Erteilung der Deckungszusage, so muss er das Risiko des Deckungsprozesses tragen. Er haftet dem Mandanten aus Schlechterfüllung des Mandatsvertrages auf Freistellung von den Kostenansprüchen der Gegenseite und des Gerichts, allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung der möglichen Ansprüche gegen die Rechtsschutzversicherung auf Übernahme der Kosten.

OLG Köln, Ur. v. 22.3.2004 – 16 U 55/03, NJW-RR 2004, 1573

Besprechung:

Die Rechtsschutzversicherung der Mandanten hat eine bereits erteilte Deckungszusage mit der Begründung widerrufen, sie sei durch den Anwalt unzureichend über den Verlauf des Verfahrens unterrichtet worden. In dem Verfahren, für das Rechtsschutz begehrt worden war, unterlagen die Mandanten. Wegen der Kosten des Rechtsstreits nahmen sie ihren Anwalt auf Schadensersatz in Anspruch.

Obwohl das OLG es im Haftpflichtprozess als zweifelhaft ansah, ob die Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage zu Recht widerrufen hatte, weil diese die als fehlend monierten Informationen aus ihr bereits vorliegenden Unterlagen hätte entnehmen können, legte es dem Anwalt eine schuldhaft Pflichtverletzung gegenüber den Mandanten zur Last, da die Information des Versicherers durch diesen nur zögerlich erfolgt sei und dies auf Fahrlässigkeit beruht habe.

Diese Pflichtverletzung habe dazu geführt, dass der Versicherer sich auf Leistungsfreiheit berufen hat. Dahinstehen könne, ob dies zu Recht erfolgt sei. Der kausale Schaden der Mandanten bestehe darin, dass sie die Anwalts- und Gerichtskosten tragen müssen und diese nicht problemlos auf die Rechtsschutzversicherung abwälzen können, sondern erst einen Deckungsprozess gegen diese führen müssen.

Da allerdings nicht feststehe, ob die Deckungsablehnung des Versicherers zu Recht erfolgt sei, könne der Anspruch auf Freistellung von den Verfahrenskosten nur Zug um Zug gegen Abtretung etwaiger Ansprüche gegen die Versicherung aus dem Versicherungsvertrag geltend gemacht werden.

Ob ein Anwalt gegenüber dem Mandanten die Verpflichtung übernommen hat, dessen Rechtsschutzversicherer unterrichtet zu halten, ist Frage des Einzelfalls. In der Praxis wird dies häufig vom Anwalt stillschweigend und kostenlos miterledigt, wodurch er wohl konkludent auch eine entsprechende Pflicht zur korrekten Durchführung und Vermeidung einer Gefährdung des Deckungsanspruchs übernimmt, obwohl die h.M. davon ausgeht, dass die Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer ein selbstständiges Mandat darstellt, das auch

¹ Kanzlei *Rothe, Senninger & Kollmar*, München.

Rechtsprechungsleitsätze

gesondert abzurechnen ist (*Obarowski* in: *Beckmann/Matuschke-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch, § 37 Rdnr. 487 m.w.N.).

Die Ausführungen des OLG zur Schadenkausalität sind korrekt. Da es gerade das Wesen der Rechtsschutzversicherung ist, dass der Versicherte gegen ihn festgesetzte Kosten an diese „durchreichen“ kann, muss er von seinem Anwalt – eine schuldhaft Pflichtenverletzung, die die Deckungsablehnung verursacht hat, vorausgesetzt – so gestellt werden, als hätte er bedingungs-gemäßen Versicherungsschutz. Es bleibt dem Anwalt – bzw. dessen Haftpflichtversicherer – überlassen, ob er den abgetretenen Deckungsanspruch geltend macht und die Berechtigung der Deckungsablehnung ggf. gerichtlich überprüfen lässt.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Beratungsgerechtes Verhalten

Zur Anerkennung des gegnerischen Klageanspruchs muss der Anwalt nur raten, wenn keine Aussicht auf eine erfolgversprechende Rechtsverteidigung besteht und auch keine Chance für eine Ermäßigung der Forderung im Prozess angenommen werden kann.

Es kann angenommen werden, dass ein vernünftig handelnder Mandant bei Vorliegen einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung das Wagnis einer nur wenig erfolgversprechenden Prozessführung eingeht.

OLG Hamm, Urt. v. 14.9.2004 – 28 U 158/03

Anmerkung:

Es kommt eher selten vor, dass ein Anspruch gegen den Mandanten eindeutig in voller Höhe begründet ist. Solange es noch plausible Argumente gegen die Klageforderung – und sei es auch nur der Höhe nach – gibt, beschränkt sich die Anwalts-pflicht auf eine Aufklärung über das – ggf. erhebliche – Prozessrisiko.

Sofern ein Anwaltsverschulden in diesem Bereich vorliegt, kommt es zur Kausalitätsfrage. In der Regel beruft sich der Mandant im Nachhinein darauf, dass er in Kenntnis des Risikos den Prozess selbstverständlich nicht weiterbetrieben hätte. Das kann aber keineswegs immer unterstellt werden. Da der wesentliche Aspekt bei der Abwägung das Kostenrisiko ist, ist es nach Ansicht des OLG Hamm „vernünftig“, den Prozess weiterzuführen, wenn das Kostenrisiko wegen der Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers entfällt. Die mangelhafte Risikoaufklärung ist nicht kausal für den Prozessverlust. Zu beachten ist allerdings, dass die Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung nicht unter Verletzung anwaltlicher Pflichten erlangt sein darf, also beispielsweise aufgrund falscher Tatsachendarstellung. Die Risikoeinschätzung selbst ist aber originäre Aufgabe des Rechtsschutzversicherers.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Kostenschaden bei fehlender Passivlegitimation

Ergibt sich aus der Kaufvertragsurkunde und den unstreitigen Umständen eindeutig, dass die mitverklagte Ehefrau des Verkäufers nicht Kaufvertragspartei war, so darf der Anwalt des Käufers sie nicht mitverklagen, auch nicht aus „prozesstaktischen“ Über-

legungen heraus. Andernfalls hat er den Kostennachteil seines Mandanten wegen des Teilunterliegens zu ersetzen.

OLG Köln, Urt. v. 4.6.2004 – 11 U 153/03

Anmerkung:

Der beklagte Anwalt hatte für seine Partei, die ein Grundstück gekauft hatte, den bzw. die Verkäufer zu verklagen. In der notariellen Urkunde war auf Verkäuferseite auch die Ehefrau erwähnt. Das OLG stellt fest, dass dies erkennbar lediglich zum Zeichen der Zustimmung gem. § 1365 BGB erfolgt sei, Verkäufer aber nur der Ehemann sein sollte, der schließlich auch als Alleineigentümer des Grundstücks eingetragen war. All dies hätte der beklagte Anwalt erkennen können, so dass er für die damit unnötigerweise verursachten Kosten haften müsse. Er könne sich auch nicht auf prozesstaktische Überlegungen zurückziehen, weil es galt, die Ehefrau als Zeugin „auszuschalten“. Wenn der Anwalt nämlich die Problematik der Passivlegitimation nicht gesehen habe, hätte er gegenüber der Mandantschaft auch keine ordentliche Risikoberatung vornehmen können. Hätte er das Problem aber gesehen, hätte er aus Gründen der prozessualen Wahrheitspflicht nicht gegenteilig vortragen dürfen.

Das letzte Argument befremdet. Selbstverständlich darf und muss der Anwalt zu Auslegungs- und Rechtsfragen i.S.d. Mandantschaft vortragen, auch dann, wenn er intern anderer Meinung ist. Als Anwalt wird man im Übrigen geneigt sein, sich zu fragen, ob man überhaupt noch richtig vorgehen kann, wenn man sich das Urteil des OLG Koblenz vom 10.10.2002 (BRAK-Mitt. 2003, 122 mit Anm. *Chab*) ansieht. Dort wurde dem Anwalt vorgeworfen, nicht den sichersten Weg eingeschlagen zu haben, weil er in einem Räumungsrechtsstreit nur den Ehemann als Mietvertragspartei, nicht aber auch die Ehefrau als Mitbewohnerin der Wohnung verklagt hatte. Das mutet aber nur auf den ersten Blick widersprüchlich an.

Im Ergebnis sind beide Urteile kaum zu beanstanden. Eigentliche Haftungsursache ist nämlich stets die unzureichende Belehrung gegenüber den Mandanten über Sinn, Chancen und Risiken des rechtlichen Vorgehens. Und diesbezüglich bestanden wohl in der Tat Defizite. Der Anwalt ist gerade dann, wenn mehrere Wege zur Auswahl stehen, gehalten, dem Mandanten die Alternativen auch unter Kostenaspekten darzustellen und diesem dann die Entscheidung zu überlassen. Wer die vollständige und richtige Beratung auch noch dokumentiert, wird im Ergebnis kaum eine Haftung fürchten müssen.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Fristen

Nochmals: Vergleichswiderruf „zur Gerichtsakte“

Die Frist für den Eingang eines Widerrufsschriftsatzes bei Gericht wird gewahrt, wenn der Schriftsatz vor Fristablauf in die Verfügungsgewalt des Gerichts gelangt, auch wenn im Vergleich „Anzeige zu den Gerichtsakten“ oder „Einreichung zur Geschäftsstelle“ vereinbart ist.

OLG Hamm, Urt. v. 6.12.2004 – 3 U 183/04

Anmerkung:

Das LG Hagen hatte den Vergleichswiderruf als verspätet angesehen, weil er „nur“ rechtzeitig im Gerichtsbriefkasten, aber nicht – wie im Vergleich formuliert – bei der Akte war (s. BRAK-Mitt. 2004, 160 mit Anm. *Jungk*). Das OLG Hamm hat nun der Berufung stattgegeben, weil es für die Frage der Rechzeitigkeit auf interne Geschäftsabläufe und die Mitwirkung von Justizbediensteten nicht ankommen darf. Auch das OLG

Rechtsprechungsleitsätze

Hamm geht daher zutreffend davon aus, dass es nicht im Interesse der Parteien liegen kann, die Fristwahrung von derartigen Unwägbarkeiten abhängig zu machen. Es legt die Formulierung des Vergleichs in diesem Sinne aus.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Vergleichswiderruf gegenüber Gericht oder Gegner?

Ist bei einem widerruflich abgeschlossenen Vergleich offen gelassen, an welchen Adressaten der Widerruf zu richten ist, genügt ein rechtzeitiger Widerruf gegenüber dem Gericht.

OLG Naumburg, Urt. v. 16.11.2004 – 11 U 44/04

Anmerkung:

Das LG war davon ausgegangen, dass der Rechtsstreit durch Vergleich erledigt sei, weil ein Vergleichswiderruf zwar rechtzeitig bei Gericht einging, nicht aber auch dem Gegner gegenüber erklärt wurde. Da keine andere Vereinbarung getroffen worden sei, müsse der Vergleich als materiell-rechtlicher Vertrag stets auch gegenüber der anderen Partei widerrufen werden, die Erklärung allein gegenüber dem Gericht reiche zur Fristwahrung nicht aus.

Zu Recht hob das OLG Naumburg das Urteil auf und erklärte den Vergleich für wirksam widerrufen. Der Prozessvergleich sei zwar ein materiell-rechtlicher, zumeist gegenseitiger Vertrag. Schon die Auslegung gebiete aber in der Regel, dass die Widerrufsmöglichkeit allein zu Gericht vereinbart sei, alles andere ginge an der Prozesswirklichkeit vorbei. Der Prozessvergleich habe außerdem einen Doppelcharakter, denn ihm komme auch verfahrensbeendende und titelschaffende Funktion zu und sei deshalb auch Prozesshandlung. Damit sei auch der Widerruf Prozesshandlung und könne als solche auch gegenüber dem Gericht erklärt werden. Der Doppelcharakter lasse daneben auch eine Erklärung gegenüber der anderen Partei zu.

Das gelte jedenfalls seit der letzten ZPO-Reform, wie ein Vergleich zur verwaltungsrechtlichen Verfahrensgestaltung zeige. Wenn man gem. § 106 S. 2 VwGO einen Vergleich dadurch schließen könne, dass ein in Form des Beschlusses ergangener Vorschlag des Gerichts gegenüber diesem angenommen werde, müsse das entsprechend auch für den Widerruf gelten. Eine solche Möglichkeit sei mit § 278 Abs. 6 ZPO nun auch im Zivilverfahren gegeben und spreche damit ebenfalls für das gefundene Ergebnis. Der Senat ließ die Revision zu.

Bevor nicht eine endgültige Klärung herbeigeführt ist, dürfte es sicherer sein, im Vergleichstext festzuschreiben, dass der Widerruf gegenüber dem Gericht zu erfolgen hat.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Ungewöhnlich lange Telefaxübertragung; 0.00 Uhr

Einen RA trifft kein Verschulden an dem verspäteten Eingang eines fristgebundenen Schriftsatzes, wenn die Telefaxübermittlung einen Zeitraum beanspruchte, mit dem er nicht rechnen musste.

BGH, Urt. v. 25.11.2004 – VII ZR 320/03

Anmerkung:

Der Anwalt begann um 23.45 Uhr am Tag (bzw. in der Nacht) des Ablaufs einer Berufungsbegründungsfrist, den Berufungsbegründungsschriftsatz, der 18 Seiten umfasste, an das OLG zu faxen. Die Übertragung war um 0.00 Uhr, also erst am nächsten Tag, abgeschlossen (das Empfangsgerät beim OLG ist funktionsfähig). Die letzte Seite des Schriftsatzes mit der erforder-

lichen Unterschrift des Anwalts ging also nicht mehr innerhalb der Frist beim OLG ein. In seinem Wiedereinsetzungsantrag trug der Anwalt vor, er habe aufgrund der ihm aus anderen Fällen geläufigen, üblichen Übertragungsgeschwindigkeit darauf vertrauen dürfen, dass die Sendung noch vor 24.00 Uhr abgeschlossen sein würde. Zur Glaubhaftmachung legte er mehrere Sendeprotokolle vor, aus denen sich Übertragungsgeschwindigkeiten zwischen 14 und 30 Sekunden pro Seite ergaben. Der Schriftsatz habe auch keine Besonderheiten, etwa Graphiken, aufgewiesen, die eine längere Übertragungsdauer erklären würden. Der Anwalt habe noch extra überprüft, ob die Leitung zum Empfängergerät beim OLG frei war; wäre die Leitung besetzt gewesen, hätte er den Schriftsatz noch rechtzeitig zum Nachbriefkasten bringen können.

Das OLG hat ein Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob aus technischer Sicht ein geschütztes Vertrauen in bestimmte Übertragungsgeschwindigkeiten beim Fax-Verkehr bestehe, ähnlich wie beim Briefverkehr aufgrund Angaben seitens der Deutschen Post zum üblichen Zeitpunkt der Auslieferung ab Einwurf in den Briefkasten. Der Sachverständige hat die Frage aus technischer Sicht verneint, da man nie genau wissen könne, welchen Zustand die beteiligten Geräte und die internen und externen Netze aufweisen. Daraufhin wies das OLG den Wiedereinsetzungsantrag zurück und verwarf die Berufung.

Dies war dem BGH zufolge fehlerhaft, da das OLG die Anforderungen bzgl. der Wiedereinsetzung überspannt habe. Die aus den technischen Gegebenheiten des Mediums Telefax herrührenden besonderen Risiken dürften nicht auf den Nutzer abgewälzt werden. Mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendeorgans und der korrekten Eingabe der Empfängeradresse habe der Nutzer das seinerseits zur Fristwahrung Erforderliche getan, wenn er mit der Übertragung so rechtzeitig beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss vor 0.00 Uhr zu rechnen ist. Das Verschulden des Anwalts dürfe nicht nach den Kenntnissen eines technischen Sachverständigen beurteilt werden. Der Anwalt habe darauf vertrauen dürfen, dass die Übertragung nicht wesentlich länger dauern würde als die bisherigen Schriftsätze an das OLG.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Wie erklärt man ein Versehen?

Zur Glaubhaftmachung eines Versehens bedarf es nicht der Darlegung von Gründen, die das Versehen erklären könnten.

BGH, Beschl. v. 16.11.2004 – VIII ZB 32/04

Anmerkung:

Die Kanzleiangestellte hatte eine schriftliche Anweisung erhalten, den Ablauf der Berufungsfrist und Berufungsbegründungsfrist zu notieren. Auf dem entsprechenden Aktenvermerk des RA notierte sie die Erledigung, obgleich lediglich die Berufungsfrist im Fristenkalender eingetragen war. Das OLG hatte die Wiedereinsetzung für die versäumte Berufungsbegründungsfrist abgelehnt, weil „nach der Lebenserfahrung davon auszugehen sei, dass der Aktenvermerk in einem Arbeitsgang abgearbeitet worden sei; dann sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Eintragung der Berufungsbegründungsfrist unterblieb.“ Gerade das ist es ja aber, was ein „Versehen“ oder „menschliches Versagen“ ausmacht: nämlich dass es im Nachhinein nicht erklärbar ist, wieso es nicht so ablief, wie es „nach der Lebenserfahrung“ sollte. Insofern können, wie der BGH bestätigt, auch keine Gründe für das Versehen vorgetragen werden.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist und Schriftform

Ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ist schriftlich zu stellen.

BGH, Beschl. v. 23.9.2004 – VII ZB 43/03

Die Einwilligung des Berufungsbeklagten in die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bedarf nicht der Schriftform, sondern kann vom Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers eingeholt und gegenüber dem Gericht anwaltlich versichert werden.

BGH, Beschl. v. 9.11.2004 – XI ZB 6/04, NJW 2005, 72

Anmerkung:

Nach h.M. muss ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu seiner Wirksamkeit schriftlich gestellt werden (so auch BGHZ 93, 300; BGH, NJW 1998, 1155). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Antrag kurz vor Ablauf der Frist gestellt und der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn der Berufungskläger erhebliche Gründe darlegt (§ 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

Ein Mangel der Schriftform ist unschädlich, wenn die beantragte Fristverlängerung gleichwohl erteilt wird; dies gilt sogar, wenn die Fristverlängerung nur telefonisch erteilt wird. Auch dies begründet jedenfalls ein schützenswertes Vertrauen des Berufungsklägers (BGH, NJW 1998, 1155).

Eine Einwilligung des Berufungsbeklagten zu einer (ersten oder weiteren) Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist muss dem Gericht nicht schriftlich übermittelt werden, sondern kann vom Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers eingeholt und gegenüber dem Gericht anwaltlich versichert werden (a.A. *Rimmelspacher* in MüKo ZPO, 2. Aufl. Aktualisierungsband § 520 Rdnr. 11; *Albers* in *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 62. Aufl. § 520 Rdnr. 11). Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO, der im Gegensatz zu § 566 Abs. 2 Satz 4 ZPO für die Einwilligung in die Sprungrevision keine Schriftform erfordert. Auch die Schriftformbedürftigkeit des Verlängerungsantrags ist auf die Einwilligung nicht übertragbar.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Anforderungen an Kenntnisse des Boten

Der mit dem Einwurf eines Schriftsatzes in den Gerichtsbriefkasten beauftragte Bote muss über die jeweiligen Standorte der Nachtbriefkästen der örtlichen Gerichte genau aufgeklärt werden. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – II ZB 30/03

Anmerkung:

Der Einwurf fristwahrender Schriftsätze in den Nachtbriefkasten ist eine Aufgabe, die grundsätzlich auch an nicht speziell ausgebildetes Personal delegiert werden darf. Auch hier ist aber die Zuverlässigkeit der konkreten Person wichtig (vgl. BGH v. 18.11.2003 – XI ZB 18/03). Es muss sichergestellt sein, dass der Schriftsatz fristgerecht eingeworfen wird. Der Bote muss also über die Wichtigkeit des rechtzeitigen Einwurfs belehrt werden

(BVerfG, NJW 1995, 249). Ebenso wichtig ist es aber, dass er weiß, wo der Schriftsatz einzuwerfen ist. Hier hat jeder Ort seine Besonderheiten. Manchmal gibt es gemeinsame Nachtbriefkästen mehrerer Gerichte, manchmal befindet sich der Nachtbriefkasten – wie hier beim OLG Karlsruhe, Außensenate Freiburg – an versteckter Stelle. Es ist daher erforderlich, dass der Bote entsprechend instruiert wird. Hieran fehlte es offenbar.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Versicherung

„Annahme eines Kaufangebots“ ist in der Regel keine anwaltliche Tätigkeit

Bei der Annahme eines lediglich telefonisch erklärten Kaufangebots über einen Vollstreckungstitel handelt es sich nicht um eine Tätigkeit, die dem Berufsbild des RA entspricht. Sie fällt nur unter den Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung, wenn der Anwalt neben der wirtschaftlichen Tätigkeit die ihm obliegende rechtsberatende Funktion wahrnimmt.

OLG Stuttgart, Ur. v. 28.10.2004 – 7 U 109/04

Anmerkung:

Das Urteil erging in einem Rechtsstreit eines Anwalts gegen seinen Berufshaftpflichtversicherer, in dem der Anwalt auf Leistung aus dem Versicherungsvertrag in Form von Freistellung klagte. Die Klage hatte aus zwei Gründen keinen Erfolg. Zum einen konnte sich der RA hinsichtlich seiner grob fahrlässig begangenen Obliegenheitsverletzung nicht entlasten. Er hatte nämlich einen gegen ihn gerichteten Vollstreckungsbescheid rechtskräftig werden lassen, so dass sich der Versicherer schon deshalb auf Leistungsfreiheit berufen konnte. Zum anderen – und das ist der wesentlich interessantere Aspekt der Entscheidung – definiert das OLG Stuttgart den Begriff der anwaltlichen in Abgrenzung zur rein wirtschaftlichen Tätigkeit. Der RA hatte den Auftrag, die Annahme eines Kaufangebots zu erklären. Der Kaufgegenstand war eher unüblich, es handelte sich um einen vollstreckbaren Titel. Der Kaufinteressent wollte nach Vortrag des Kl. anonym bleiben, der Anwalt habe den Auftrag gehabt, das Kaufangebot zu prüfen, dann aber die Annahmefrist versäumt.

Das OLG stellt klar, dass die Annahme von Kaufangeboten an sich nicht dem Berufsbild des RA entspreche und damit betriebsfremde Tätigkeit sei. Der Versicherungsschutz durch die Berufshaftpflichtversicherung sei nur dann eröffnet, wenn die anwaltliche, also rechtsberatende Tätigkeit den Schwerpunkt des Mandats bilde und im Vordergrund stehe. Das sei hier nicht der Fall gewesen.

Nicht alles, was Anwälte in ihrer Kanzlei erledigen, wird damit gleich zur anwaltlichen Tätigkeit. Vorsicht ist z.B. auch bei Treuhandverträgen geboten, die nicht mit rechtsberatender Tätigkeit in Zusammenhang stehen. Auch hier hat der Anwalt keinen Versicherungsschutz (dazu näher *Chab*, AnwBl. 2004, 440).

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Aus der Arbeit der BRAK

Die 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung findet am 21.2.2005 in Berlin statt.

Personalien

Medaille für besondere Verdienste um die bayerische Justiz für Rechtsanwalt *Stephan Kopp*, Ebenhausen

Die bayerische Staatsministerin der Justiz, Frau Dr. *Beate Merk*, hat RA *Stephan Kopp* der RAK München die Medaille für besondere Verdienste um die bayerische Justiz verliehen. Die Medaille wurde am 8. Dezember 2004 von der Staatsministerin im Rahmen einer Feierstunde ausgehändigt.

RA *Stephan Kopp* hat als Geschäftsführer der RAK München engagiert an vielen Projekten zur Verbesserung der Anwaltsausbildung im bayerischen Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare mitgewirkt. Nicht zuletzt durch seinen hervorragenden Einsatz hat die Verbesserung der Anwaltsausbildung im bayerischen Vorbereitungsdienst in nur wenigen Jahren größere Fortschritte gemacht als in den Jahrzehnten zuvor.

RA *Kopp* hat den bayerischen Anwaltskurs für die Rechtsreferendare mitinitiiert. Hier werden interessierte Referendare von Praktikern speziell auf den Anwaltsberuf vorbereitet. Dieses Angebot, das die RAK München zusammen mit dem Landesjustizprüfungsamt den Referendaren zur Verfügung stellt, fand

großen Anklang. Zwischenzeitlich sind die Anwaltskurse fester Bestandteil der Juristenausbildung.

Die RAK München gratuliert dem Geehrten zur Verleihung der besonderen Auszeichnung.

RA *Hansjörg Staehle*
Präsident der RAK München

Bundesverdienstmedaille für Rechtsanwalt *Dr. Joachim Sattler*

Am 13.12.2004 wurde dem Ehrenpräsidenten der RAK Sachsen-Anhalt Herrn RA *Dr. Joachim Sattler* im Auftrag des Bundespräsidenten Herrn *Horst Köhler*, durch Herrn Ministerpräsidenten Prof. *Dr. Wolfgang Böhmer* die Verdienstmedaille des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Mit dieser Auszeichnung wurden die maßgeblichen Verdienste als Präsident der RAK des Landes Sachsen-Anhalt beim Aufbau und der Entwicklung der RAK in den Jahren 1990 bis 2002 gewürdigt.

Brigitte Worg, Geschäftsführerin der RAK Sachsen-Anhalt

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Klagebefugnis von Berufskammern nach dem UWG

StBerG § 57a, § 76 Abs. 2 Nr. 4, UWG § 13 a.F.; GG Art. 12

***1. Berufskammern sind grundsätzlich befugt, gegen Wettbewerbsverstöße ihrer Mitglieder mit den Mitteln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorzugehen und solche Verstöße im Klagewege vor den Zivilgerichten zu verfolgen, da die Überwachung der Einhaltung berufsrechtlicher Pflichten zu deren Aufgabenbereich gehört.**

***2. Auch wenn eine Klagebefugnis nicht der allgemeinen Regelung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. entnommen werden kann, ergibt sich diese aus der Stellung der Berufskammern als Verbände zur Förderung selbstständiger beruflicher Interessen. Dieser Grundsatz ist nunmehr mit dem neuen § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in das Gesetz aufgenommen worden.**

***3. Eine in Form und Inhalt sachliche Werbung einer Steuerberatungskanzlei auf einem Straßenbahnwagen verstößt nicht gegen § 57a StBerG. Insbesondere geht von diesem gewählten Medium keine generelle unlautere Störung des Wettbewerbs aus.**

BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00

Aus den Gründen:

A. Die beschwerdeführende Steuerberatungsgesellschaft wendet sich gegen eine wettbewerbsrechtliche Verurteilung wegen unzulässiger Werbung auf Straßenbahnwagen.

I. 1. Die Bfin., eine GmbH, ließ auf einem Straßenbahnwagen über dessen Länge ihr Firmenlogo, den vollständigen Namen, Anschrift sowie Telefon und Faxnummer des Unternehmens anbringen. Ergänzt wurden die Angaben um die Zusätze: „Ihr Partner in Sachen Steuer- und Wirtschaftsberatung im Charlottentiviertel“ und „Ihr Dienstleistungszentrum im Herzen von ...“.

Die für die Bfin. zuständige StBK beanstandete diese Werbung, mahnte die Bfin. erfolglos ab und beantragte beim LG, die Bfin. zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Zuständigkeitsbereich der StBK berufliche Werbung auf Straßenbahnwagen durchzuführen.

Das LG bejahte die Klagebefugnis der StBK, hielt die Beschriftung aber für rechtlich unbedenklich. Das OLG hingegen verurteilte die Bfin. antragsgemäß: Zwar sei an sich die Wahl des Werbeträgers Straßenbahn noch sachlich. Durch den Text wirke die Werbung aber aufdringlich und reklamehaft. Sie

weise eine zu große Nähe zur gewerblichen Werbung auf. Mit dem Slogan „Ihr Partner in Sachen Steuer- und Wirtschaftsberatung im Charlottenviertel“ werde dem Leser der Eindruck vermittelt, gerade bei der Bfin. in besten Händen zu sein und eine besonders vertrauensvolle, nämlich partnerschaftliche Zusammenarbeit erwarten zu können. Die Gesamtschau ergebe daher, dass die von der Bfin. auf der Straßenbahn angebrachte Werbung die in § 57a StBerG in der Fassung der Bekanntmachung v. 4.11.1975 (BGBl. I, 2735) normierte Grenze zulässiger Werbung überschreite, weil sie reklamehaft sei.

2. Nach § 57 StBerG haben StB ihren Beruf unter Verzicht auf berufswidrige Werbung auszuüben und sich jeder Tätigkeit zu enthalten, die mit dem Ansehen des Berufs nicht vereinbar ist. Ausdrücklich mit der Werbung befasst sich § 57a StBerG. Die Vorschrift lautet:

Werbung

Werbung ist nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.

Näheres hierzu enthält die Satzung über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe der StB und der Steuerbevollmächtigten (Berufsordnung der BStBK – BOSTB) v. 2.6.1997 (DStR 1997, Heft 26, Beihefter 3). Nach den in § 10 BOSTB niedergelegten Grundsätzen dürfen StB, vorbehaltlich anderer Regelungen, über ihre berufliche Tätigkeit informieren. Die Unterrichtung muss sachlich zutreffend, objektiv nachprüfbar und darf in der Darstellung nicht reklamehaft sein. Dies gilt inhaltlich ebenfalls für die Anzeigen nach § 11 BOSTB, die im Übrigen keine übertriebene, auffällige oder in sonstiger Weise reklamehafte Form haben dürfen. Auch vergleichende oder wertende Aussagen sind danach nicht zulässig.

Über die Erfüllung der beruflichen Pflichten wacht die StBK, die gem. § 76 StBerG auch die Aufgabe hat, die beruflichen Belange der Gesamtheit der Mitglieder zu wahren. Die Vorschrift lautet:

Aufgaben der Steuerberaterkammer

(1) Die StBK hat die Aufgabe, die beruflichen Belange der Gesamtheit der Mitglieder zu wahren und die Erfüllung der beruflichen Pflichten zu überwachen.

(2) Der StBK obliegt insbesondere,

1. die Mitglieder der Kammer in Fragen der Berufspflichten (§ 57) zu beraten und zu belehren;
2. auf Antrag bei Streitigkeiten unter den Mitgliedern der Kammer zu vermitteln;
3. ...;
4. die Erfüllung der den Mitgliedern obliegenden Pflichten (§ 57) zu überwachen und das Recht der Rüge (§ 81) zu handhaben;
5. bis 10. ...

(3) Die StBK kann die ... Aufgaben einzelnen Mitgliedern des Vorstands übertragen; ...

(4) bis (6) ...

Bei Verstößen von Kammermitgliedern gegen die Berufsordnung kommen verschiedene Maßnahmen in Betracht. Der Vorstand der StBK kann das Mitglied belehren. Ferner steht ihm gem. § 81 StBerG ein Rügerecht zu. Daneben können berufsgerichtliche Maßnahmen verhängt werden, die je nach Schwere des Verstoßes in einer Warnung, einem Verweis, einer Geldbuße und in der Ausschließung aus dem Beruf liegen können (vgl. § 90 StBerG). Rüge und berufsgerichtliche Maßnahmen unterliegen der Kontrolle durch besondere Gerichte gem. den §§ 95 ff. StBerG. Maßnahmen dieser Art sind im vorliegenden Fall nicht ergriffen worden.

Die StBK hat vielmehr eine zivilgerichtliche Unterlassungsklage nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: UWG) erhoben, das damals noch in der Fassung des Gesetzes v. 22.6.1998 (BGBl. I, 1474) galt und inzwischen durch das Gesetz v. 3.7.2004 (BGBl. I, 1414) abgelöst worden ist. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Kammern), die von den freiberuflich Tätigen gesetzlich verpflichtend gebildet werden, konnten nach der st. Rspr. des BGH gegen ihre Mitglieder gem. § 13 Abs. 2 UWG a.F. auf Unterlassung klagen (vgl. BGH, NJW 1998, 2533; NJW 1999, 2444; NJW 2002, 2039; MedR 2003, 344, 345). Berufskammern hatten nach dieser Rspr. die Klagebefugnis eines rechtsfähigen Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen, weil sie – ungeachtet ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung – die beruflichen Belange ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern hätten. Dazu gehöre auch die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen, soweit dadurch der Wettbewerb von Mitgliedern der Kammer hinsichtlich ihrer Dienstleistung berührt werde.

§ 13 Abs. 2 UWG a.F. lautete:

In den Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6c, 7 und 8 kann der Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden

1. von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen,

2. von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, ... soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen,

3. von qualifizierten Einrichtungen, ...

4. von den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

II. Mit der Verfassungsbeschwerde greift die Bfin. das Urteil des OLG an und rügt im Wesentlichen die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. Das Gericht habe bei seiner Wertung, der werbende Text i.V.m. dem Werbemedium verstoße gegen das Sachlichkeitsgebot, die Tragweite der Berufsausübungsfreiheit nicht hinlänglich berücksichtigt. Letztlich werde die Straßenbahn als Werbeträger nur deshalb verboten, weil dieser in der gewerblichen Wirtschaft genutzt werde. Der Grenzbereich zwischen zulässiger und unzulässiger Werbung unterliege aber gesellschaftlich beeinflussten zeitbedingten Veränderungen, die es auch den Angehörigen der so genannten freien Berufe ermöglichten, bisher der gewerblichen Wirtschaft vorbehaltene Formen zu nutzen, soweit die berufsspezifischen Anforderungen eingehalten würden. Das sei vorliegend geschehen. Die Werbung beschränke sich auf die Wiedergabe des Logos und des Namens; sie nutze ein öffentliches Nahverkehrsmittel zur bloßen Information über die Existenz der Steuerberatungsgesellschaft und ihr Tätigkeitsfeld. Im Übrigen sei die Prozessführungsbefugnis der StBK verfassungsrechtlich problematisch. Die Erhebung einer Unterlassungsklage sei unverhältnismäßig, weil sie gegenüber berufsrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen höhere Kosten verursache. Das StBerG habe die Aufsichtsmaßnahme in ein Stufenverhältnis gebracht; je nach Gewicht des Verstoßes sei der Eingriff unterschiedlich intensiv. Dadurch, dass ein Schuldvorwurf gegeben sein müsse, seien auch die Voraussetzungen des hoheitlichen Eingreifens enger gesteckt. Ein Hoheitsträger könne sich den Vorgaben des Gesetzgebers nicht durch eine Flucht in das Privatrecht entziehen.

III. Zu der Verfassungsbeschwerde haben der BGH, der auf seine Rspr. verwiesen hat, und die BRAK Stellung genommen. Die BStBK hat sich in Abstimmung mit den anderen StBKs geäußert; einige StBKs (Berlin, Nordbaden, Sachsen-Anhalt, Saarland, Schleswig-Holstein, Südbaden) haben überdies ergänzend Stellung genommen. Außerdem haben sich die Bundesarchitektenkammer, die Architektenkammer Thüringen und der DAV geäußert.

1. Die BRAK hält das angegriffene Urteil für verfassungsmäßig. Bedenken ergäben sich allenfalls insoweit, als jede berufliche Werbung auf Straßenbahnen verboten worden sei. Aus der Sicht der Kammern gehe es bei den Unterlassungsklagen um eine möglichst effiziente Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse, zumal sie nicht die Feststellung schuldhaften Verhaltens voraussetzten. Eine Umfrage bei den RAKs habe ergeben, dass lediglich zwei von ihnen häufiger Wettbewerbsprozesse gegen Mitglieder führten, drei Kammern dieses Mittel in Ausnahmefällen nutzten, die übrigen Kammern hingegen davon vollständig absähen. Jedenfalls sei vorliegend die Kombination von Werbemedium mit Größe und Inhalt der Werbung insgesamt aufdringlich und daher berufswidrig; hierdurch werde der Wettbewerb verzerrt.

2. Die BStBK hält Wettbewerbsklagen als schnelleres und effektiveres Rechtsschutzmittel im Verhältnis zur Berufsaufsicht für unverzichtbar. Berufsgerichtliche Verfahren seien auch nicht das mildere Mittel, sondern enthielten aufgrund ihres Strafcharakters einen stärkeren Eingriff in den persönlichen und beruflichen Bereich der Mitglieder. Die Wettbewerbsklagen dienten auch der Herbeiführung des Rechtsfriedens. Eine Umfrage unter den 21 StBKs habe allerdings ergeben, dass die Hälfte von ihnen bislang hiervon überhaupt noch keinen Gebrauch gemacht habe; die übrigen Kammern hätten die Möglichkeiten der Wettbewerbsklage nur in seltenen Fällen und bei gravierenden Verstößen von beträchtlicher Außenwirkung genutzt. Der Sache nach sei die angegriffene Entscheidung schon deshalb nicht zu beanstanden, weil bereits die Wahl des Werbeträgers bedenklich, jedenfalls aber die Größe der Werbung übertrieben gewesen sei. In letzterem Sinne haben sich auch die StBKs von Berlin, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Südbaden geäußert.

3. Dem entspricht weitgehend die Auffassung der Bundesarchitektenkammer und der Architektenkammer Thüringen; das Mittel der wettbewerbsrechtlichen Klage und die berufsordnungsrechtlichen Maßnahmen stünden nebeneinander.

4. Dieser Ansicht tritt auch der DAV bei, der die Klagebefugnis gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG als einen Ausfluss der den Kammern eingeräumten Aufsicht gegenüber ihren Mitgliedern ansieht. Er hält die Verfassungsbeschwerde allerdings für begründet, weil die gerügte Werbung nicht zu beanstanden sei. Sei Werbung zulässig, bestehe der Grundsatz freier Formwahl. Es liege in der Natur einer Straßenbahnwerbung, dass sie auffällig sei. Allein dies qualifiziere sie aber noch nicht als anreißerisch und als Ausdruck reinen Gewinnstrebens. Der Zusatz: „Ihr Partner ...“ sei ebenfalls kein reklamehaftes aufdringliches Anpreisen eigener Leistung und damit auch keine Verfälschung des Berufsbildes des StB.

B. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Zwar ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass in der angegriffenen Entscheidung der StBK die Klagebefugnis nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG zuerkannt worden ist. Das OLG hat jedoch bei der Verurteilung im Wettbewerbsprozess die Grenzen des Werberechts der freiberuflich Tätigen unter Vernachlässigung der Gewährleistung aus Art. 12 Abs. 1 GG zu eng gezogen. Auf dieses Grundrecht kann sich die Bfin. nach Art. 19 Abs. 3 GG berufen (vgl. BVerfGE 106, 275, 298).

I. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Bfin. ausschließlich die Auslegung und Anwendung gesetzlicher Normen, deren Verfassungsmäßigkeit sie nicht in Zweifel zieht.

1. Es obliegt den Fachgerichten, Umfang und Grenzen der Handlungsformen und prozessualen Befugnisse öffentlich-rechtlich organisierter Kammern anhand der gesetzgeberischen Aufgabenzuweisung abzustecken sowie entsprechend den gesetzlichen Regelungen erlaubte und verbotene Verhaltensweisen von Kammerangehörigen unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Berufsausübungsfreiheit im Einzelfall voneinander abzugrenzen. Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des einfachen Rechts können vom BVerfG im Wesentlichen nur darauf überprüft werden, ob sie 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 Normen die Tragweite der Grundrechte nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; 96, 85, 248, 257 f.; 87, 287, 323; st. Rspr.).

2. In den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, der die freie Berufsausübung schützt, fällt nicht nur die berufliche Praxis, sondern auch die berufliche Außendarstellung des Grundrechtsträgers einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste (vgl. BVerfGE 85, 248, 256, m. w. N.).

3. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt, dass Einschränkungen der Berufsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Dies ist der Fall, wenn die eingreifende Norm mit formellem Verfassungsrecht vereinbar und insbesondere kompetenzgemäß erlassen worden ist, durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. BVerfGE 95, 193, 214, m. w. N.; st. Rspr.).

Bei der Auslegung berufsbeschränkender Normen hat der an Gesetz und Recht gebundene Richter den Vorrang des parlamentarischen Gesetzgebers zu beachten. Unerlässlich ist insoweit, dass er unter Anwendung anerkannter Auslegungsregeln sorgfältig prüft, welche Entscheidungen der Gesetzgeber zur Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit selbst getroffen hat. Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Die Gerichte haben vielmehr zu beachten, dass und wie der Gesetzgeber Regelungsgegenstände, die für die Grundrechtsausübung von erheblicher Bedeutung sind, abschließend regelt (vgl. BVerfGE 76, 171, 184 f.; 83, 130, 152; 95, 267, 307).

4. Auch ist es primär Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche legitimen öffentlichen Aufgaben er auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts überträgt (vgl. BVerfGE 10, 89, 102). Bei Zwangskörperschaften übernimmt der Gesetzgeber bei ihrer Errichtung die Verantwortung für den ihnen zukommenden Eingriffsspielraum nach innen (vgl. BVerfGE 33, 125, 158; 107, 59, 93). Erweitern die Gerichte in Fortentwicklung vorgefundener Rechtsinstitute Eingriffsmöglichkeiten, haben sie sich im Rahmen der parlamentarisch verantworteten Festlegungen zu halten.

II. Mit seiner Entscheidung im UWG-Verfahren auf die Klage einer StBK greift das OLG in die Berufsausübungsfreiheit der Bfin. ein. Dieses Urteil steht mit Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang, soweit das OLG der StBK gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG die Befugnis zuerkannt hat, einen Unterlassungsanspruch wegen einer Verletzung von Berufspflichten geltend zu machen, die zugleich wettbewerbswidrig ist. Die Bewertung der Straßenbahnwerbung als unlauter verletzt hingegen die Bfin. in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.

Konkretisierung der Befugnis zur Überwachung von Berufspflichten

1. Spricht ein Zivilgericht der StBK das Recht zu, ein Verfahren nach dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb einzuleiten, konkretisiert es deren Befugnis zur Überwachung der Berufspflichten der Mitglieder, die in § 76 Abs. 2 Nr. 4 StBerG geregelt ist. Dadurch wird die materielle Überwachungsbefugnis nicht ausgeweitet, wohl aber das Mittel einer Unterlassungsklage zur Durchsetzung der Berufspflichten eröffnet.

Es weist der Kammer einen Weg der Aufgabenerfüllung zu, der im StBerG nicht ausdrücklich angesprochen ist. Das zivilprozessuale Mittel der Unterlassungsklage ist von anderen Voraussetzungen abhängig und hat andere Belastungen zur Folge als die öffentlich-rechtlichen Aufsichtsmaßnahmen der Kammern, die das Steuerberatungsgesetz vorsieht (vgl. die Gegenüberstellung in BGH, NJW 2002, 2039). Soweit das OLG in Übereinstimmung mit der Rspr. des BGH die StBK für befugt hält, gegen Wettbewerbsverstöße ihrer Kammermitglieder mit den Mitteln des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorzugehen und solche Verstöße im Klagewege vor den Zivilgerichten zu verfolgen, bedarf es daher in zweifacher Hinsicht einer gesetzlichen Legitimation. Die Auslegung betrifft einerseits den Aufgabenkreis einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und eröffnet andererseits den Weg zu einer von den Wirkungen der spezifischen Aufsichtsmittel des StBerG abweichenden Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit.

Das OLG hat sich insgesamt in dem Rahmen gehalten, der ihm danach von Verfassungen wegen bei der Auslegung berufsbeschränkender Normen eröffnet ist.

a) Das OLG hat den Regelungen des StBerG, insbesondere § 76 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 57 StBerG, entnommen, die StBK habe darüber zu wachen, dass die Mitglieder ihre Verpflichtungen erfüllen, also nicht gegen sie betreffende berufsrechtliche Vorschriften verstoßen. Diese Aufgabenzuweisung versteht das Gericht in einem weiten Sinne mit der Folge, dass die StBK zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht auf solche Mittel angewiesen und beschränkt ist, die im StBerG ausdrücklich genannt sind.

Diese Auffassung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal § 76 Abs. 2 StBerG die Befugnisse der StBK nur beispielhaft aufzählt. Handlungsermächtigungen können sich daher auch aus anderen Bundesgesetzen, wie dem UWG, ergeben, soweit der Bundesgesetzgeber für beide Materien die Gesetzgebungskompetenz hat.

b) Allerdings sah auch § 13 UWG a.F. keine ausdrückliche Klagebefugnis für die Kammern vor, denen die freiberuflich Tätigen verpflichtend angehören. Lediglich zwei Kammern mit Pflichtmitgliedschaften hatte der Gesetzgeber in § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG a.F. gesondert aufgeführt. In Übereinstimmung mit der langjährigen zivilgerichtlichen Rspr. hat das OLG deshalb die Antrags- und Klagebefugnis der allgemeinen Regelung in § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. entnommen und die StBK als einen Verband verstanden, der die beruflichen Belange seiner Mitglieder zu wahren und zu fördern hat; das wird aus § 76 Abs. 1 StBerG abgeleitet.

Verbände zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen

Dieser Auffassung hat sich inzwischen der Bundesgesetzgeber angeschlossen, indem er in dem Gesetzestext „Verbände zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen“ aufgenommen hat (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG n.F.; vgl. auch BT-Drucks. 15/1487, 23, 33, 42).

Die Auffassung des OLG ist nicht zu beanstanden, wenngleich die Aufgaben der Kammern nicht in berufspolitischer Interes-

senvertretung bestehen, sondern in der Erfüllung der durch das Gesetz den Kammern in Selbstverwaltung zugewiesenen staatlichen Aufgaben (vgl. BT-Drucks. 6/3456, 7 zu Nr. 13 a, 16, §§ 34, 43 StBerG). Daneben wurde den Kammern allerdings die Wahrung der Gesamtinteressen der in ihr zusammengeschlossenen Berufsangehörigen übertragen, die nach der Rspr. Befugnisse im Wettbewerbsrecht einschließen kann (vgl. insbesondere das Recht zur Stellung von Strafanträgen gegen Außenstehende: RGSt 35, 267; 43, 44; 44, 348; BGHSt 2, 396, 400; vgl. zu Wettbewerbsklagen gegen Dritte: BGH, GRUR 1980, 855; GRUR 1981, 596).

Die Wettbewerbsklage gegen Kammermitglieder ist vom BGH 1972 erstmals (vgl. BGH, GRUR 1972, 607) und in den letzten Jahren vielfach für zulässig erachtet worden (vgl. die Nachweise in: BGH, NJW 2002, 2039). Ausschlaggebend war vor allem die Überlegung, dass Verstöße gegen Berufspflichten häufig einen wettbewerbslichen Bezug haben, weil sie andere Marktteilnehmer benachteiligen. Dies gilt vor allem für berufsrechtliche Regelungen, die die Außendarstellung betreffen; werden sie verletzt, können für rechtstreue Berufsangehörige Wettbewerbsnachteile entstehen. Die höhere Effizienz der Untersagungsverfügung, die verschuldensunabhängig und in einem vollstreckbaren Titel ausgesprochen wird, gibt nach dieser Rspr. den Kammern ein Mittel an die Hand, das im Verhältnis zu Belehrung, Rüge oder Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens besser und schneller wirkt. Andererseits werden dadurch die im Berufsrecht niedergelegten Rechte und Pflichten der Kammer und ihrer Mitglieder nicht verändert. Voraussetzung eines Anspruchs der Kammer auf Unterlassung im Rahmen des UWG ist eine Verletzung der berufsrechtlichen Regeln, hier der §§ 57, 57a StBerG. Das Zivilgericht kann eine Unterlassungspflicht nur aussprechen, wenn auch diese Voraussetzung erfüllt wird. Diese Auslegung erweitert und verstärkt die Eingriffsmöglichkeiten der Kammern gegenüber ihren Mitgliedern.

Sie dient aber der Wahrung der Gesamtinteressen des Kammerverbundes und hält sich damit in den Grenzen, die die Verfassung der Rspr. bei der Normauslegung setzt.

Wahrung der Gesamtinteressen des Kammerverbundes

2. Bei der Anwendung auf den Einzelfall haben die Zivilgerichte jedoch die Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu beachten, der Eingriffe in die Berufsausübung auf das Erforderliche begrenzt (vgl. BVerfGE 106, 181, 191 f.; vgl. zur Prüfpflicht der Zivilrichter: Ullmann, GRUR 2003, 817, 822). Dabei ist der Richter an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken (vgl. BVerfGE 54, 224, 235; 97, 12, 27).

a) Solange der Gesetzgeber die Wettbewerbsklage nicht selbst in das im StBerG umschriebene Aufgabenfeld der öffentlich-rechtlichen Kammer einfügt, müssen die Gerichte anhand des verfassungsrechtlichen Maßstabs auch darüber entscheiden, wann das Vorgehen im Zivilrechtsweg angemessen erscheint und nicht unverhältnismäßig in die Berufsausübungsfreiheit der eigenen Kammermitglieder eingreift. Dafür reicht es nicht zu prüfen, ob der berufsrechtliche Verstoß überhaupt Wettbewerbsbezug hat. Die Notwendigkeit eines Bezugs zum Wettbewerbsrecht folgt aus der materiellrechtlichen Schutzfunktion der Wettbewerbsvorschriften (vgl. BGH, NJW 2004, 1099, 1100; vgl. auch Ullmann, a.a.O., 821 f.) und erübrigt nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt.

Hinsichtlich der Klagebefugnis haben die Gerichte die der Auslegung zur Wahrung des Grundrechts der Berufsfreiheit gesetzte Grenze zu beachten, die es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erforderlich machen kann, das Vorgehen

der Kammer auf die Mittel des Aufsichtsrechts nach dem StBerG zu beschränken; denn diese sind aus der Sicht der Berufsangehörigen milder, weil sie erst bei einem Verschulden des Kammermitglieds angewandt werden dürfen, also an strengere Voraussetzungen gebunden sind. Nach den in diesem Verfahren abgegebenen Stellungnahmen beachten die einzelnen Kammern der RAe und StB im Allgemeinen diese Abstufung auch und gehen deshalb regelmäßig nicht mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts gegen die eigenen Kammerangehörigen vor.

b) Unter diesen Voraussetzungen erscheint die vom OLG vorgenommene ergänzende Gesetzesauslegung verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Kammern nehmen die Gesamtinteressen ihrer Mitglieder wahr. Dazu kann auch das Verfolgen von Verstößen gegen Berufspflichten gehören, die zugleich Wettbewerbsverstöße zur Folge haben. Den Kammerangehörigen muss insgesamt daran gelegen sein, dass sich die Berufsgruppe gesetzestreu verhält und das von der Bevölkerung in sie gesetzte Vertrauen verdient. Den Zivilgerichten kommt insoweit die Aufgabe zu, die Berufspflichten auf ihre Übereinstimmung mit dem ermächtigenden Gesetz und insbesondere mit der Verfassung zu prüfen. Die Kammern als Ast. können den Zivilgerichten diese Prüfpflicht nicht abnehmen. Die Rechtsauffassung der öffentlich-rechtlichen Kammern über die Reichweite berufsrechtlicher Normen steht im Wettbewerbsprozess genauso zur richterlichen Nachprüfung wie im berufsgerichtlichen Verfahren (vgl. beispielsweise BGH, NJW 2004, 1099, 1100 f.).

Straßenbahnwerbung muss zulässig sein

3. Mit seiner Bewertung der Straßenbahnwerbung als berufs- und wettbewerbswidrig hat das OLG die ihm durch Art. 12 Abs. 1

Satz 1 GG gezogenen Schranken bei der Bewertung werblichen Verhaltens überschritten.

Zwar hat das OLG zutreffend festgestellt, dass aus der Art des gewählten Werbeträgers noch nicht auf die Berufswidrigkeit der Werbung geschlossen werden kann (vgl. BVerfGE 94, 372, 393) und dass Werbung ein Verhalten ist, das planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistungen des Werbenden in Anspruch zu nehmen. Das Gericht erkennt aber letztlich nicht, dass Werbung mehr ist als – sachliche – Unterrichtung über Art und Ort einer beruflichen Tätigkeit und dass es gerade Zweck der Werbung ist, Kunden zu Lasten der Konkurrenz zu gewinnen (vgl. BVerfGE 94, 372, 399).

a) Werbung als Teil beruflicher Betätigung ist auch dem StB grundsätzlich erlaubt. Verboten und eingeschränkt werden kann sie nur, damit das Vertrauen der steuerlichen Rat suchenden Personen darauf erhalten bleibt, dass der StB seine Dienste nicht rein gewerblich und gewinnorientiert anbietet und seine Leistungen an den Interessen des Mandanten und nicht am eigenen wirtschaftlichen Vorteil ausrichtet.

Das Verbot berufswidriger Werbung steht nur in einem losen Zusammenhang mit den eigentlichen Berufspflichten, die das Vertrauensverhältnis zwischen StB und Mandanten formen (vgl. BVerfGE 85, 248, 261). Als wesentliche Grundlage des zur Wahrung der Gemeinwohlbelange essentiellen Vertrauensverhältnisses nennt § 57 StBerG insbesondere die unabhängige, eigenverantwortliche, gewissenhafte und verschwiegene Aufgabenerfüllung. Diese wird durch Werbung als solche nicht beeinträchtigt. Das Verbot berufswidriger Werbung rundet den Pflichtenkanon lediglich ab, indem auch ein unangemessenes, also berufswidriges Verhalten im Sektor der Außendarstellung untersagt werden kann. Als berufswidrig kann Werbung von der Kammer unterbunden werden, wenn das Verhalten für die betroffenen Verkehrskreise den Rückschluss nahe legt, der mit diesen Mitteln und auf diese Art Werbende werde nicht die Gewähr dafür bieten, aus Rücksicht auf die Steuerrechtspflege

und die Interessen seiner Mandanten das persönliche Gewinnstreben hintanzustellen.

Welche Werbeformen als sachlich oder als übertrieben bewertet werden, unterliegt zeitbedingten Veränderungen. Allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann nicht gefolgert werden, dass dies berufswidrig wäre (vgl. BVerfGE 94, 372, 395, 398 f.). Der einzelne Berufsangehörige hat es in der Hand, in welcher Weise er sich für die interessierte Öffentlichkeit darstellt, solange er sich in den durch schützenswerte Gemeinwohlbelange gezogenen Schranken hält. Selbstdarstellungen, die den interessierten Personenkreis positiv ansprechen, sind nicht von vornherein unzulässig (vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2000, 3195). Das Sachlichkeitsgebot verlangt nicht, sich auf die Mitteilung nüchterner Fakten zu beschränken (vgl. BGH, NJW 2004, 440, 442 f.). Auch Informationen über die Art der beabsichtigten Zusammenarbeit zwischen dem Freiberufler und seinem Mandanten oder über die Atmosphäre, die bei der Erbringung der Dienstleistungen angestrebt wird (vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 2003, 3472), können aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise von Interesse sein.

Solche werbenden Aussagen befriedigen ein legitimes Informationsbedürfnis der Nachfrager. Entsprechen Form und Inhalt der Selbstdarstellung in der Werbung den beruflichen Aufgaben und enthält die Werbung im Wesentlichen berufsbezogene Aussagen, kann sie nicht als berufswidrig eingestuft werden.

Legitimes Informationsbedürfnis der Rechtsuchenden

b) Diesen Grundsätzen wird die angegriffene Entscheidung insgesamt nicht gerecht.

Wenn das OLG im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit auf Antrag einer StBK die Pflichtwidrigkeit von Werbung überprüft, hat es sich an den im Steuerberatungsgesetz konkretisierten Voraussetzungen der Berufswidrigkeit des Verhaltens auszurichten. Es kann Werbung nur als wettbewerbswidrig beanstanden, wenn sie den in den §§ 57, 57a StBerG normierten Anforderungen widerspricht. Dabei muss die Beurteilung, ob das Gebot der Sachlichkeit gewahrt ist, an die Art der betroffenen Berufsausübung anknüpfen. Die bloße Behauptung, etwas sei reklamehaft, genügt den Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit der Bewertung eines Verhaltens als unsachlich nicht.

Die angegriffene Entscheidung erklärt zwar einerseits Werbung auf einer Straßenbahn für zulässig, verlangt aber andererseits, dass dieses Medium nicht in der ihm entsprechenden Weise genutzt wird. Das wäre der Fall, wenn die auf der Straßenbahn angebrachte Werbung „kleiner als Plakatgröße“ ausfiele. Aus diesem Hinweis des OLG geht hervor, dass nach seiner Auffassung die StB zwar auf einer Straßenbahn werben dürfen, aber die Werbung schon ihrer Art nach von üblicher Straßenbahnwerbung verschieden gestaltet werden müsste. Diese Argumentation ist weder in sich stimmig noch vor Art. 12 Abs. 1 GG zu rechtfertigen. Sie schränkt die grundsätzlich eröffneten Möglichkeiten der Präsentation ein, ohne einen Bezug zu den hiermit verbundenen Gefährdungen für das berufliche Verhalten und das Bild der Berufsangehörigen in der Öffentlichkeit herzustellen.

Eine solche Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit ist unverhältnismäßig und lässt sich auch nicht mit dem Inhalt der Werbeaussage begründen. Der neben Logo und Anschrift angebrachte Zusatz „Ihr Partner in Sachen Steuer- und Wirtschaftsberatung“ kann unter keinem Gesichtspunkt als reklamehafte Anpreisung gewertet werden. Mit ihm informiert die Bfin. über die Art und Weise, wie sie ihre Dienstleistungen zu erbringen gedenkt. Diese Absicht ist für Mandanten nicht ohne

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Interesse und kennzeichnet die beabsichtigte Berufsausübung als partnerschaftlich; das aber steht mit den Berufspflichten des Steuerberatungsgesetzes in Einklang.

**Keine unlautere
Störung des
Wettbewerbs**

Weshalb von dieser knappen, wenngleich durch das gewählte Medium auffälligen Präsentation eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausge-

hen sollte, wird in der angegriffenen Entscheidung auch nicht mehr thematisiert.

III. Wegen des Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG wird die angegriffene Entscheidung gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Dieses wird bei seiner erneuten Entscheidung auch die inzwischen ergangenen Entscheidungen des BGH (NJW-RR 2003, 1288; NJW 2004, 440; NJW 2004, 1099) berücksichtigen können.

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Zulassung – Widerruf wegen Vermögensverfalls

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 7

***1. Ein Ausnahmefall des gesetzlich vermuteten Vermögensverfalls ist auch dann nicht anzunehmen, wenn der RA in Aussicht stellt, dass seine zukünftige Tätigkeit nur noch auf Mandate ohne Fremdgeldzugriff ausgerichtet ist.**

***2. Eine derartige Selbstbeschränkung ist von den RAKn nicht kontrollierbar und vom RA jederzeit aufhebbar. Angesichts der nicht ausschließbaren Möglichkeit der Hereinnahme von Schecks oder Bargeld beseitigt selbst die Nichtunterhaltung jeglicher eigener Konten eine Gefährdung der Rechtsuchenden nicht hinreichend sicher.**

BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – AnwZ (B) 70/03

Aus den Gründen:

1. Der Ast. ist seit 1987 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Seine Zulassung ist mit Beschluss der Agin. v. 26.8.2002 wegen Vermögensverfalls widerrufen worden. Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der AGH zurückgewiesen. Gegen dessen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast.

2. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 3 BRAO), bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.

a) Mit Recht hat der AGH die Voraussetzungen des Widerrufsgrundes des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO bejaht. Der Ast. war zum maßgeblichen Zeitpunkt der Widerrufsverfügung wegen Haftanordnungen nach § 901 ZPO im Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) eingetragen, die Eintragung besteht fort. Der danach gesetzlich vermutete Vermögensverfall wird vom Ast. nicht in Abrede gestellt. Nachdem sich seine bei Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung noch geäußerten Hoffnungen auf Erholung der bestehenden – nach seinen Angaben durch Insolvenz wesentlicher Mandanten verursachten – wirtschaftlichen Schwierigkeiten eingestandenermaßen nicht erfüllt haben, macht er eine Konsolidierung seiner Vermögensverhältnisse nicht geltend. Von einer vollständigen Offenbarung seiner gesamten Vermögenssituation hat er danach selbst ansatzweise abgesehen.

b) Bei der gegebenen Sachlage ist aber auch der Versuch des Ast. zum Scheitern verurteilt, einen – nur bei Vorliegen seltener Gegebenheiten anzunehmenden (vgl. die gleichfalls ablehnenden Senatsbeschlüsse v. 14.7.2003 – AnwZ (B) 61/02 – und v. 12.1.2004 – AnwZ (B) 17/03) – Ausnahmefall zu belegen, in dem eine Gefährdung der Rechtsuchenden durch den Vermögensverfall nicht eingetreten wäre.

**Ausschluss von
Fremdgeldzugriff
nicht kontrollierbar**

Der AGH hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt, dass eine Tätigkeitsausrichtung auf Mandate ohne Fremdgeldzugriff als nicht kontrollier-

bare, jederzeit aufgebare – zudem eingestandenermaßen nicht einmal ausnahmslos durchgehaltene – Selbstbeschränkung hierfür nicht ausreicht. Angesichts der nicht ausschließbaren Möglichkeit der Hereinnahme von Schecks oder Bargeld beseitigt selbst die jetzt vorgetragene Nichtunterhaltung jeglicher eigener Konten (vgl. i.Ü. § 4 Abs. 1 BORA) und die für sich nicht unbedenkliche Nutzung von Konten seiner Ehefrau im Rahmen der Anwaltstätigkeit eine Gefährdung der Rechtsuchenden nicht hinreichend sicher.

Bei dieser Ausgangssituation kommt ein Ausschluss der Gefährdung der Rechtsuchenden durch den Vermögensverfall des Ast. nicht in Betracht. Mit Recht hat der AGH in diesem Zusammenhang auch die krisenbedingte rechtskräftige Verurteilung des Ast. wegen eines Vergehens nach § 266a StGB nicht aus dem Blick verloren, welche die Annahme eines ganz besonders günstig zu beurteilenden Ausnahmefalles nicht eben nahe legt. Es kommt hinzu, dass das Unterlassen einer Gesamtdarstellung der Vermögenssituation des Ast. einem vollständigen Überblick über den Umfang seiner derzeitigen Anwaltstätigkeit entgegensteht, der eine zuverlässigere Einschätzung der damit einhergehenden Gefährdungssignale erlauben würde. Auch jenseits davon kann angesichts dessen, dass der Widerrufsgrund des Vermögensverfalls schuldunabhängig ist, und vor dem Hintergrund der hierbei generell gegebenen Gefährdungsmomente aus dem Hinweis auf eine bislang untadelige Berufsausübung des Ast. und aus seiner Zusicherung bester Absichten beim künftigen Umgang mit Fremdgeldern kein tragfähiger Grund für ein Absehen von dem gebotenen Widerruf der Zulassung entnommen werden.

Hinweis der Redaktion:

Vgl. zur Frage des Widerrufs wegen Vermögensverfall auch OVG NRW, Beschl. v. 29.7.2004 – 4 A 2591/02 = GewArch 2004, 497. Das OVG NRW vertritt die Ansicht, dass der Widerruf der Bestellung als Wirtschaftsprüfer trotz nicht geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse unzulässig ist, wenn und solange der Wirtschaftsprüfer bei seiner Tätigkeit fortlaufend durch einen anderen Berufsangehörigen beaufsichtigt wird.

Fremdgeld – Verwendung eines versehentlich überwiesenen Betrages

BRAO § 43, § 43a Abs. 4, § 59b; BORA § 4

***1. Erhält ein RA versehentlich einen über die Verpflichtung aus einem Vergleich hinausgehenden Betrag auf sein Konto überwiesen, verstößt er gegen den Auffangtatbestand des § 43 BRAO, wenn er sich dieses „Zufallsgeldes“ bedient.**

***2. Die versehentliche Überweisung durch die Gegenseite auf ein Konto des RA des Gläubigers führt nicht dazu, dass dem RA die**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Überzahlung vom vormaligen Prozessgegner oder sogar in dessen Interesse i.S.d. § 43a Abs. 5 BRAO „anvertraut“ wird.

***3. § 43 BRAO kann nicht als Auffangtatbestand zum Zwecke der Ahndung von beruflichen Pflichtverletzungen subsidiär herangezogen werden, wenn der Gesetz- oder Satzungsgeber bewusst auf eine Statuierung einer Berufspflicht verzichtet hat, wobei auch aus einem Schweigen des Satzungsgebers noch nicht auf die unmittelbare Anwendbarkeit des § 43 BRAO geschlossen werden darf. Das hier zu beurteilende Verhalten gehört jedoch zu der Vielzahl von Sachverhalten, deren umfassende Normierung nicht möglich und vom Gesetzgeber im Hinblick auf den enumerativ abschließenden Regelungskatalog des § 59b BRAO auch nicht gewollt ist, welches aber einer berufsrechtlichen Sanktionierung zur Wahrung der Aufgaben der Rechtsanwaltschaft im Dienste der Rechtspflege bedarf.**

AnwG Freiburg, Beschl. v. 4.8.2004 – ohne Az.

Aus den Gründen:

I. RA ... von der Anwaltskanzlei ... schloss als Prozessbevollmächtigter der Kl., der Firma ... mit der von RAen ... vertretenen Firma ... am 25.4.2002 vor dem AG ..., AZ.: ... unter Widerrufsvorbehalt einen Vergleich. Die von den RAen ... vertretene Bekl. verpflichtete sich, an die von RA ... vertretene Kl. „425,39 Euro auf den Kfz-Schaden sowie 377,33 Euro für das Sachverständigengutachten ...“ zu bezahlen. Mit diesem Vergleich sollten „alle streitgegenständlichen Ansprüche“ abgegolten sein. Nach diesem Vergleich sollte die Kl. 20 %, die Bekl. 80 % der Kosten des Rechtsstreits tragen.

Nachdem durch die Kl. dem Gericht und der Bekl. eine vom Sachverständigen ... gefertigte Liste über insgesamt 28 Fahrzeuge übergeben worden war, erklärten die Parteien zu Protokoll des Gerichts, dass die in dieser Liste mit einem vor dem amtlichen Kennzeichen gesetzten Punkt gekennzeichneten 7 Fahrzeuge Firmenfahrzeuge der Kl. seien, somit insoweit bzgl. des Schadensersatzes keine Umsatzsteuer geschuldet werde. Die Parteien erklärten überdies zu Protokoll des Gerichts, dass sie sich darüber einig seien, dass für die auf der Seite 3 der Liste des Sachverständigen ... angegebenen Fahrzeuge mit den amtlichen Kennzeichen ... und ... von der Bekl. der Kl. „pro Fahrzeug jeweils ein Betrag von 326,05 Euro“ geschuldet werde. Hierauf schlossen die Parteien am 25.4.2002 vor dem AG ... folgenden ergänzenden Vergleich:

„Die Bekl. verpflichtet sich, bezüglich der in der Aufstellung des Sachverständigen ... aufgeführten Fahrzeuge jeweils 80 % des Brutto-Schadens zu ersetzen, mit Ausnahme der extra gekennzeichneten Firmenfahrzeuge, bei denen nur 80 % des Netto-Schadens zu ersetzen sind. Ausgenommen hiervon ist der in der Liste aufgeführte erste Wagen, der bereits Gegenstand des Vergleichs im Verfahren ... ist. Bezogen auf die letzten beiden Fahrzeuge in der Aufstellung auf Seite 3 mit den Kennzeichen: ... und ... verpflichtet sich die Bekl., pro Fahrzeug jeweils 326,05 Euro zu bezahlen. Die Zahlungen sind jeweils zum 29.5.2002 fällig. Ab dem 30.5.2002 sind (die) jeweiligen Forderungen mit dem gesetzlichen Zinssatz nach § 288 Abs. 2 BGB zu verzinsen.“

Die Kosten dieses ergänzenden am 25.4.2002 geschlossenen Vergleichs wurden gegeneinander aufgehoben. Der Vergleich wurde nicht widerrufen.

RA ... forderte namens der ... mit dem an die RAe ... gerichteten Schreiben v. 17.5.2002 die Firma ... auf, bis zum 29.5.2002 die Zahlung „entsprechend des Vergleichs“ auf eines der angegebenen Konten der Anwaltskanzlei ... zu erbringen. Die Firma ... überwies auf das Konto Nr. ... der RAe ... bei der Volksbank ... Mitte Mai 2002 1.454,82 Euro und am 24.5.2002 weitere

15.217,99 Euro. RA ... richtete an die Anwaltskanzlei ... am 4.6.2002 ein Schreiben, in welchem die Überweisung der Beträge von 1.454,82 Euro und 15.217,99 Euro bestätigt wurde. Wörtlich heißt es im an die Anwaltskanzlei ... gerichteten Schreiben des RA ... v. 4.6.2002 weiter:

„Der Schaden beläuft sich jedoch auf insgesamt 13.292,72 Euro, weshalb eine Überzahlung von 3.379,09 Euro erfolgt ist. Da das Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich des Verfahrens vor dem AG ... – ... – noch läuft und aufgrund der Quotelung ein Anspruch unserer Mandatschaft i.H.v. ca. 300,00 Euro noch besteht, machen wir in dieser Höhe ein Zurückbehaltungsrecht geltend, weshalb wir zu Ihren Händen den Betrag i.H.v. 3.079,09 Euro anweisen werden. Zuvor dürfen wir Sie jedoch bitten, uns mitzuteilen, wie sich der Betrag zusammengesetzt hat, um ggf. weitere Fehlbuchungen zu vermeiden.“

Frau RAin ... von der Anwaltskanzlei ... teilte hierauf mit Schreiben v. 7.6.2002 RA ... mit, dass die Firma ... aufgrund des vor dem AG ... am 25.4.2002 abgeschlossenen Vergleiches zu folgenden Zahlungen an die Firma ... verpflichtet sei:

für das Kraftfahrzeug amtliches Kennzeichen ...	425,39 Euro,
für die – im Vergleich v. 25.4.2002 vereinbarte – anteilige Übernahme der Kosten des Sachverständigen ...	377,33 Euro,
für 6 Kfz-Firmenfahrzeuge 80 % des „Nettoschadens von 6.026,85 DM = 3.076,37 Euro“, somit	2.461,09 Euro,
19 Kraftfahrzeuge 80 % des Bruttoschadens von 22.708,99 DM = 11.610,92 Euro, somit	9.288,74 Euro,
für die Kraftfahrzeuge mit den amtlichen Kennzeichen ... und ... jeweils 326,05 Euro, somit insgesamt	652,10 Euro
Summe	13.304,65 Euro
– rechnerisch richtig: 13.204,65 Euro –	
abzgl. Teilzahlungen von insgesamt	16.672,81 Euro,
was eine Überzahlung i.H.v. ergeben würde	3.468,16 Euro

Frau RAin ... bat um kurzfristige Rückerstattung „des überzahlten Teilbetrages von 3.468,16 Euro“ auf eines der Konten der Anwaltskanzlei Etwa sich ergebende Kostenausgleichsansprüche der Mandantin des RA ... würden nach Vorliegen des betreffenden Kostenfestsetzungsbeschlusses gesondert überprüft. Mit Schreiben v. 12.8.2002 forderte RAin ... unter Hinweis auf ein zwischenzeitliches Mahnschreiben v. 27.6.2002 RA ... auf, bis spätestens 20.8.2002 zumindest die von RA ... in dessen Schreiben v. 4.6.2002 genannte Überzahlung v. 3.239,08 Euro auf eines der Konten der RAe ... zurückzuüberweisen, da es sich um von RA ... „anerkanntes Fremdgeld“ handle. RA ... teilte RAin ... hierauf mit dem Schreiben v. 13.8.2002 mit, dass die Aufforderung zur Rückzahlung des Betrages von 3.239,08 Euro dahin gehend verstanden werde, dass insoweit eine Zahlung „von der RA-Kanzlei ... begehrt“ werde, wofür „keine Rechtsgrundlage“ erkennbar sei. Frau RAin ... berief sich hierauf in ihrem an RA ... gerichteten Schreiben v. 16.8.2002 darauf, dass RA ... mit seinem Schreiben v. 4.6.2002 „anerkannt“ habe, dass die auf dessen „Fremdgeldkonto erfolgte Überzahlung“ weder der Kanzlei der RAe ... noch deren Mandantin, der Firma ... zustehe, deshalb bis spätestens 20.8.2002 der Betrag von mindestens 3.239,08 Euro an die Kanzlei ... zurückzahlen sei, andernfalls eine Mitteilung an die zuständige RAK erfolge und „darüber hinaus weitere außerzivilrechtliche Maßnahmen“ ergriffen würden. Zum Schreiben der RAin ... v. 16.8.2002 erklärte RA ... mit seinem Schreiben v. 29.8.2002 im Wesentlichen erneut, dass eine

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Anspruchsgrundlage zur Rückzahlung des Betrages von 3.239,08 Euro nicht ersichtlich sei; eine Rückzahlung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung seitens der Kanzlei ... scheide aus, da diese Anwälte nicht bereichert seien. Die auf das Konto der Anwaltskanzlei ... von der Firma ... im Mai 2002 insgesamt überwiesenen 16.672,81 Euro seien für ... bestimmt gewesen. An diese Mandantin der Anwaltskanzlei sei „noch vor Eröffnung des Insolvenzantrags“ der ... die Überzahlung „ausgekehrt“ worden; spätestens damit sei zumindest eine „Enteignung“ (gemeint: Entreichnung) der Kanzlei ... eingetreten. Nach einer weiteren erfolglosen Aufforderung an RA ... durch RAin ... zur Rückzahlung zumindest des Betrages von 3.239,08 Euro reichte RAin ... von der Anwaltskanzlei ... gegen RA ... bei der RAK Freiburg die Beschwerde v. 25.4.2003 ein. RA ... sei „gem. § 812 BGB zur Rückerstattung der zu Unrecht vereinnahmten Gelder verpflichtet“. Im Hinblick auf die im Schreiben v. 4.6.2002 erfolgte „Zusage“ des RA ..., die „Rückzahlung der unstreitig vorliegenden Überzahlung zu leisten“, sei das Verhalten des RA ... auch standesrechtlich bedenklich. Nach der von RAin ... bei der RAK Freiburg gegen RA ... eingereichten Beschwerde teilte RAin ... mit ihrem an die RAK gerichteten Schreiben v. 9.5.2003 ergänzend mit, dass RA ... „nach Mitteilung der ... Rechtsschutzversicherung ... tatsächlich entsprechend seiner Ankündigung im Schreiben v. 23.7.2002 an den vorläufigen Insolvenzverwalter ... unter dem Schadensfall ... Zahlung seiner Vergütungsansprüche von der ... Rechtsschutzversicherung ... erhalten“ habe. Somit habe RA ... seine „Gebühren i.H.v. 3.331,01 Euro doppelt vereinnahmt, einerseits aus den Zahlungen seitens der ... Rechtsschutzversicherung ..., andererseits durch Verrechnung“ der der Mandantin der Anwaltskanzlei ... zustehenden Rückzahlungsansprüche.

In seinem an den vorläufigen Insolvenzverwalter RA ... im zwischenzeitlichen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma ... gerichteten Schreiben v. 23.7.2002 berichtet RA ... vom vor dem AG ... abgeschlossenen Vergleich wörtlich mit folgender Erklärung:

„Es hat eine Überzahlung i.H.v. 3.469,09 Euro gegeben. Von dieser Überzahlung haben wir den Betrag i.H.v. 138,05 Euro in Abzug gebracht für die von uns verauslagten Gerichtskosten. Die restliche Überzahlung i.H.v. 3.331,01 Euro wurde seitens der Firma ... auf unser Konto mit dem Verwendungszweck ... / Firma ..., somit an die Firma ... geleistet. Aus den arbeitsrechtlichen Mandaten (siehe unten) wurden Ansprüche unserer Kanzlei mit diesen hier eingegangenen Geldern verrechnet. Die Gegenseite wurde darauf hingewiesen, dass die Firma ... Antrag auf Durchführung eines Insolvenzverfahrens gestellt hat und diese Forderungen zur Tabelle angemeldet werden müssen.“

Bzgl. der erwähnten arbeitsrechtlichen Mandate heißt es im an den vorläufigen Insolvenzverwalter RA ... gerichteten Schreiben des RA ... wie folgt:

„... . Hierbei handelt es sich um Verfahren vor dem AG ... – Kammern ... –. Sämtliche Verfahren wurden in der Güteverhandlung vor dem AG ... v. 4.6.2002 verglichen. In Sachen ... und ... wurde der Vergleich widerrufen. Die hier entstandenen Gebühren, welche wir zwischenzeitlich gegenüber der Rechtsschutzversicherung, ... Schadenbüro ... Schaden-Nr. ... zur Abrechnung gestellt haben, wurden hier mit der Überzahlung aus dem Vorgang ... i.H.v. 3.331,01 Euro verrechnet.“

Aufgrund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des AG ... v. 20.6.2002 wurden die von der Firma ... an die Firma ... im Verfahren AZ.: ... zu erstattenden Kosten auf 229,08 Euro nebst

5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.4.2002 festgesetzt.

Mit Schreiben v. 13.8.2003 teilte die RA-Kanzlei ... der RAK Freiburg mit, dass zwischenzeitlich über die ... RA-Kanzlei ... die Kanzlei ... einen Scheck über 391,21 Euro „als Teilzahlung auf die offen stehenden Rückzahlungsansprüche unserer Mandantin“ übermittelt habe; dieser Scheck sei gutgeschrieben worden.

II. Die Beschwerdeabteilung II der RAK Freiburg verhängte mit der Entscheidung v. 1.9.2003 wegen Verstoßes gegen § 43a Abs. 5 BRAO i.V.m. § 4 BORA gegen RA ... eine Rüge. Nach Ansicht der Beschwerdeabteilung II hat RA ... schuldhaft gegen seine sich aus § 43a Abs. 5 BRAO ergebende Berufspflicht verstoßen, fremde Gelder unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen, weil er Geld, welches ihm ersichtlich nicht gehörte, zu „seinem Geld“ gemacht habe. Selbst wenn es „sich nicht um Fremdgeld im eigentlichen Sinne (mangels Anvertrautseins des Geldes) handeln würde“, hätte RA ... sich nicht so verhalten dürfen. RA ... habe über die ihm zugegangene Überzahlung zu seinen Gunsten verfügt. Die Überzahlung sei zufällig durch einen Irrtum der Firma ... in seine Verfügungsbefugnis gelangt; RA ... habe sich nicht dieses „Zufallsgeldes“ bedienen dürfen, vielmehr „bei ungeklärter Empfangszuständigkeit allenfalls darauf hinwirken können und müssen, dass der Betrag hinterlegt wird“. RA ... habe den überzahlten Betrag jedenfalls nicht für sich in Anspruch nehmen dürfen.

Gegen den Rügebescheid der Beschwerdeabteilung II der RAK Freiburg v. 1.9.2003 legte RA ... fristgerecht mit einer umfangreichen Begründung „Widerspruch“/Einspruch ein. In dieser Begründung trug RA ... u.a. vor, dass „die Auskehrung durch Aufrechnung ... in Übereinstimmung mit der Geschäftsführerin der ...“ bei einem von ihm mit dieser geführten Telefonat v. 12.6.2002 vereinbart worden sei. RA ... fügte seiner Widerspruchsbegründung v. 1.10.2003 eine von Frau ... am 1.10.2003 unterzeichnete „Erklärung zur Vorlage bei der RAK Freiburg“ folgenden Wortlauts an:

„Ich, Frau ... erkläre, dass am 12.6.2002 zwischen der Unterzeichnerin und Herrn RA ... im Rahmen einer telefonischen Besprechung in meiner Eigenschaft als damalige Geschäftsführerin der ... besprochen wurde, wie mit dem noch nicht geklärten Restgeld aus dem Schadensvorgang „... vom Juli 2001“ verfahren werden sollte. Herr RA ... teilte mit, dass trotz mehrfacher Aufforderung die Gegenseite bislang noch keine nachvollziehbare Abrechnung vorgelegt habe und man nunmehr das Geld an die ... auskehren wolle. Da man seitens der RAe ... noch Honorarforderungen geltend gemacht hatte, wurde angefragt, ob ich mit einer Aufrechnung der Gelder einverstanden sei. Da ich einer Aufrechnung zustimmte, wurde mir noch am 12.6.2003 im Rahmen eines persönlichen Treffens zwischen Herrn RA ... und meiner Person ein Schreiben überreicht, in welchem mir mitgeteilt wurde, in welcher Form eine Aufrechnung der Gelder geschehen war.“

III. Der Vorstand der RAK Freiburg wies den von RA ... gegen den Rügebescheid der Beschwerdeabteilung II eingelegten Einspruch mit seiner Entscheidung v. 3.11.2003 zurück, da das Verhalten von RA ... berufswidrig sei. Selbst wenn kein Verstoß gegen § 43a Abs. 5 BRAO vorliegen würde, wäre ein Verstoß gegen § 43 BRAO gegeben, da RA ... in seinem an die Anwaltskanzlei ... gerichteten Schreiben v. 4.6.2002 selbst die Überzahlung festgehalten und erklärt habe, er – RA ... – werde „zu Händen der gegnerischen Kollegen den Betrag i.H.v. 3.079,09 Euro anweisen“. Mit dieser Erklärung sei RA ... „eine eindeutige Verpflichtung gegenüber den gegnerischen Kollegen einge-

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

gangen“ und habe „nicht später mittels Verrechnungen mit eigenen Gebühren diese Zusage, die von den Kollegen als treuhänderische Erklärung aufgefasst werden konnte, zu Fall bringen“ dürfen. Dieses Verhalten sei eines RA unwürdig. Durch ein derartiges Verhalten werde das Ansehen und die Stellung des RA gefährdet. Die Mandantin von RA ... habe – nach Ansicht des Vorstands der RAK Freiburg in der Entscheidung v. 3.11.2003 – auch lediglich Anspruch auf Auszahlung des der Mandantschaft tatsächlich zustehenden Betrages, keineswegs auch hinsichtlich zuviel gezahlter versehentlich auf das Konto der RA-Kanzlei ... gelangter Beträge gehabt, so dass auch in materiell-rechtlicher Hinsicht die „Verrechnung“/Aufrechnung mit Gebührenansprüchen der genannten Kanzlei fraglich sei. Zugleich billigte der Vorstand der RAK Freiburg in seiner Entscheidung v. 3.11.2003 die Ansicht der Beschwerdeabteilung II, dass ein Verstoß gegen § 43a Abs. 5 BRAO vorliege, da die von RA ... im Schreiben v. 4.6.2002 abgegebene Erklärung eine „treuhänderische Selbstbindung“ darstelle, gegen die RA ... später verstoßen habe.

Gegen den ihm am 6.11.2003 zugestellten Einspruchsbescheid des Vorstands der RAK Freiburg beantragte RA ..., vertreten durch RA ..., fristgerecht, da der 6.12.2003 ein Samstag war, mit seinem am 8.12.2003 bei dem AnwG für den Bezirk der RAK Freiburg eingegangenen Schriftsatz v. 1.12.2003 die gerichtliche Entscheidung über den Rügebescheid der Beschwerdeabteilung II der RAK Freiburg v. 1.9.2003 und über den Einspruchsbescheid des Vorstands der RAK Freiburg v. 3.11.2003. Beide Bescheide seien aufzuheben, da ein Verstoß gegen § 43a Abs. 5 BRAO i.V.m. mit § 4 BORA nicht vorliege und auch der Rekurs des Vorstands der RAK auf die Generalklausel des § 43 BRAO falsch sei, weil § 43 BRAO als Auffangnorm nur bei einer – hier angeblich zu verneinenden – echten Lücke im Hinblick auf statuierte Berufspflichten anwendbar sei. Jedenfalls sei das Verschulden des RA ... im Hinblick auf das Fehlen einer spezialgesetzlichen oder satzungsmäßigen Bestimmung zu verneinen. Zumindest sei die Erteilung einer Rüge hier unverhältnismäßig.

Eine mündliche Verhandlung wurde von RA ... nicht beantragt. Das AnwG hielt eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich, da sich der erhebliche Sachverhalt aufgrund der unter Ziffer I. aufgeführten Schreiben bzw. Schriftstücke ergibt und eine umfassende rechtliche Würdigung ermöglicht.

IV. Der zulässige Antrag auf anwaltsgerichtliche Entscheidung wird als unbegründet zurückgewiesen, weil von der Beschwerdeabteilung II und dem Vorstand der RAK eine schuldhaftes Pflichtverletzung des RA ... zu Recht bejaht wurde. Ein Verstoß gegen § 43a Abs. 5 BRAO bzw. gegen § 4 BORA liegt zwar nicht vor. Es ist aber ein schuldhafter Verstoß gegen den hier als Auffangtatbestand anwendbaren § 43 BRAO zu bejahen.

**Tatbestandsmerkmal
des „Anvertrauens“
nicht erfüllt**

1. § 43a Abs. 5 BRAO scheidet aus, weil das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrauens“ von Vermögenswerten bzw. Fremdgeldern nicht erfüllt ist. Die Beträge

i.H.v. 1.454,82 Euro und 15.217,99 Euro wurden von der Firma ... als Erfüllung des am 25.4.2002 vor dem AG ... abgeschlossenen Vergleichs überwiesen. „Anvertraut“ i.S.d. § 43a Abs. 5 Satz 1 BRAO sind dem RA Vermögenswerte dann, wenn ihm im Rahmen seiner Berufsausübung die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsmacht über diese Vermögenswerte vom oder für den Mandanten eingeräumt wird (*Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 43a BRAO, Rdnr. 89). Mit § 43a Abs. 5 BRAO soll die Einhaltung zivilrechtlicher Pflichten aus dem Mandatsvertrag, deren Verletzung zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann, zusätzlich als berufs-

rechtliche Grundpflicht ausgestaltet werden. Die Verletzung zivilrechtlicher Pflichten aus dem Mandatsverhältnis kann zugleich die Verletzung einer Berufspflicht sein. Auch aus § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO und aus der Konkretisierung in § 4 BORA geht hervor, dass der Normzweck des § 43a Abs. 5 BRAO die Sanktionierung der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten in Bezug auf ein bestehendes Mandatsverhältnis ist. In die Verfügungsbefugnis des RA müssen somit Vermögenswerte oder Fremdgelder aus einem Mandatsverhältnis oder in Bezug auf ein solches für den Mandanten gelangt sein; nur dann sind sie dem RA i.S.d. § 43a Abs. 5 BRAO „anvertraut“ worden. Die versehentliche Überweisung eines über die Verpflichtung aus einem Vergleich hinausgehenden Betrages durch die Gegenseite auf ein Konto des RA des Gläubigers führt nicht dazu, dass dem RA die Überzahlung vom vormaligen Prozessgegner oder sogar in dessen Interesse „anvertraut“ wird. Auch die Beschwerdeabteilung II der RAK geht davon aus, dass es sich bei dem überzahlten Betrag nicht um RA ... anvertrautes Geld handelte. Das Anvertrauen ist aber ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des § 43a Abs. 5 BRAO, dessen Verwirklichung zur Bejahung eines Verstoßes gegen diese Berufspflicht unverzichtbar ist. Die Überzahlung wurde auch nicht nachträglich zu von der Gegenseite RA ... anvertrautem Fremdgeld. Es war – wovon auch im Rügebescheid und im Einspruchsbescheid des Vorstandes der RAK ausgegangen wird – durch einen Irrtum der vormaligen Prozessgegnerin zunächst per „Zufall“ und nicht aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen RA ... und der früheren Prozessgegnerin in die tatsächliche Verfügungsmacht von RA ... gelangt. Die gegenüber den Prozessbevollmächtigten der Firma ... von RA ... im Schreiben v. 4.6.2001 abgegebene Erklärung, die Überzahlung von 3.379,09 Euro werde nach Abzug eines mit ca. 300,00 Euro limitierten Zurückbehaltungsrechts unter der aufschiebenden, von den Gegenanwälten mit dem Schreiben v. 7.6.2002 erfüllten, Bedingung zurückbezahlt, sobald mitgeteilt worden sei, wie sich der bezahlte Betrag zusammensetze, mag zivilrechtliche Verpflichtungen von RA ... gegenüber der Anwaltskanzlei ... oder auch gegenüber deren Mandantin begründet haben. Über diese etwaigen zivilrechtlichen Verpflichtungen hat aber das AnwG insoweit nicht zu befinden, weil, da der überzahlte Betrag RA ... von der Gegenseite nicht „anvertraut“ war, insoweit keine Verletzung von Standespflichten des RA tangiert ist. Bestandteil des nachträglich zustande gekommenen zivilrechtlichen Verhältnisses zwischen RA ... und der Gegenseite war kein besonderes Vertrauensverhältnis, welches unerlässliche Voraussetzung eines Anvertrauens von Vermögenswerten oder Fremdgeldern i.S.v. § 43a Abs. 5 BRAO bzw. § 4 BORA ist.

2. Der als Einheit zu beurteilende Sachverhaltskomplex rechtfertigt aber die Bejahung einer schuldhaften Pflichtverletzung des RA ... gegen die Generalklausel des § 43 BRAO, die hier als „Auffangtatbestand“ heranzuziehen ist. Das AnwG folgt der insbesondere von RA ... und überwiegend von den AnwG vertretenen überzeugenden Ansicht, dass § 43 BRAO auch nach der mit der Einführung der Satzungscompetenz in § 59b BRAO und dem Erlass der Berufsordnung der RAe erfolgten Novellierung des Berufsrechts grundsätzlich als Auffangtatbestand herangezogen werden kann, somit aus § 43 BRAO unmittelbar sanktionsfähige Berufspflichten abgeleitet werden können, weil eine abschließende Normierung aller Berufspflichten nicht möglich und vom Gesetzgeber im Hinblick auf den beschränkten Regelungskatalog des § 59b BRAO auch nicht gewollt ist. Ein generalklauselartiger, auch verfassungsgemäßer, Auffangtatbestand zur Rege-

**Generalklausel als
Auffangtatbestand
heranzuziehen**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

lung von Berufspflichten ist unverzichtbar. Allerdings kann § 43 BRAO nicht als Auffangtatbestand zum Zwecke der Ahndung von beruflichen Pflichtverletzungen subsidiär herangezogen werden, wenn der Gesetz- oder Satzungsgeber bewusst auf eine Statuierung einer Berufspflicht verzichtet hat, wobei auch aus einem Schweigen des Satzungsgebers noch nicht auf die unmittelbare Anwendbarkeit des § 43 BRAO geschlossen werden darf. Eine unmittelbare Anwendung des § 43 BRAO kommt vielmehr nur bei von der Satzungsversammlung nicht regelbaren, nicht behandelten bzw. übersehen oder neuartigen Verhaltensweisen in Betracht, welche im Interesse der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege eine berufsrechtliche Sanktion erfordern (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 43 BRAO, Rdnr. 15). Überdies kommt eine unmittelbare Anwendung des § 43 BRAO bei – wie hier – weniger bedeutsamen, nicht dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegenden Berufspflichten, soweit keine Satzungskompetenz der Satzungsversammlung nach § 59b BRAO besteht, in Betracht (*Kleine-Cosack*, a.a.O., § 43 BRAO Rdnr. 13 u. 14). Die Bejahung eines schuldhaften Verstoßes gegen § 43 BRAO kommt insbesondere auch bei einem Verstoß gegen die Wahrheitspflicht, soweit nicht § 43a III einschlägig ist, in Betracht (*Kleine-Cosack*, a.a.O., § 43 BRAO, Rdnr. 14).

**Keine spezielle Pflicht
in BRAO und BORA**

Da § 43a Abs. 5 BRAO bzw. § 4 BORA – wie oben ausgeführt – sich auf die Sanktionierung von Verstößen gegen Regeln der

Behandlung von dem RA anvertrauten Vermögenswerten bzw. Fremdgeldern bezieht und § 59b Abs. 2 Nr. 1f BRAO nicht als Ermächtigung an den Satzungsgeber/an die Satzungsversammlung verstanden werden darf, über die Gesetzesnorm des § 43a Abs. 5 BRAO hinaus auch berufsrechtliche Pflichten in Bezug auf die Behandlung nicht anvertrauter Vermögensgegenstände bzw. nicht anvertrauter Fremdgelder auszustellen, liegt – entgegen der von RA ... und seinem Bevollmächtigten vertretenen Ansicht – hier ein Verhalten vor, für welches weder im Gesetz noch in der BORA eine Regelung getroffen wurde und für welches auch keine Satzungskompetenz der Satzungsversammlung besteht. Das hier zu beurteilende Verhalten von RA ... gehört vielmehr zu der Vielzahl von Sachverhalten, deren umfassende Normierung nicht möglich und vom Gesetzgeber im Hinblick auf den enumerativ abschließenden Regelungskatalog des § 59b BRAO auch nicht gewollt ist, welche aber einer berufsrechtlichen Sanktionierung zur Wahrung der Aufgaben der Rechtsanwaltschaft nicht eigentlich als „Organ“ (§ 1 BRAO), aber „im Dienste der Rechtspflege“ (*Kleine-Cosack*, a.a.O., § 1 BRAO, Rdnr. 21) bedürfen.

RA ... hatte gegenüber der RA-Kanzlei ... im Schreiben v. 4.6.2002 die Rücküberweisung des Betrages von 3.079,09 Euro zugesichert, sobald die Mitteilung der Zusammensetzung der auf das Konto der Anwaltskanzlei ... insgesamt überwiesenen 16.672,81 Euro erfolgt sei. Nachdem durch die entsprechende Mitteilung der Anwaltskanzlei ... v. 7.6.2002 zumindest eine Überzahlung von 3.379,09 Euro bestätigt worden war, war es RA ... aufgrund einer „Selbstbindung“ verwehrt, sich durch eine „Aufrechnung“ gegen den in Höhe der durch die Gegenseite erfolgten Überzahlung materiell-rechtlich eigentlich gar nicht bestehenden, gegen ihn gerichteten Auszahlungsanspruch seiner Mandantin mit gegen seine Mandantin gerichteten Honoraransprüchen der Kanzlei ... aus arbeitsrechtlichen Mandaten zu befriedigen. Es kommt erschwerend hinzu, dass RA ... zur – vermeintlichen – Abwehr der gegen ihn von der Kanzlei ... gestellten Rückzahlungsansprüche noch im an RAin

**Berufsrechtliche
Sanktion notwendig**

... gerichteten Schreiben v. 29.8.2003 behauptete, dass die Überzahlung noch an seine Mandantin, vor dem Insolvenzantrag, „ausgekehrt“ worden sei und sich RA ... dessen bewusst war, dass diese Formulierung von RAin ... als eine bereits erfolgte Auszahlung des überzahlten Betrages an die Mandantin des RA ... verstanden würde. Aus dem von RA ... an den Insolvenzverwalter RA ... erteilten Bericht v. 23.7.2002 ergibt sich aber, dass in Wirklichkeit mit gegen die ... gerichteten Honoraransprüchen der Anwaltskanzlei ... aus arbeitsrechtlichen Mandaten gegen den von der Mandantin der Anwälte ... überzahlten Betrag sich erstreckenden, angeblichen Auszahlungsanspruch der Firma ... – nach der Erklärung von Frau ... v. 1.10.2003 am 12.6.2002 – aufgerechnet wurde.

Das als Sachverhaltskomplex einheitlich zu beurteilende Verhalten von RA ... ist eines RA unwürdig. Durch ein derartiges Verhalten eines RA bei seiner Berufsausübung wird auch die die Stellung des RA erfordernde Achtung vor dem RA und das Vertrauen zum RA gefährdet. Der Verstoß gegen die sich aus § 43 BRAO ergebenden Berufspflichten war für RA ... auch erkennbar, somit fahrlässig bzw. verschuldet.

V. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass RA ... selbst die Gegenanwälte auf die deren Mandantin unterlaufene Überzahlung aufmerksam gemacht hat, rechtfertigt aufgrund der gebotenen einheitlichen Würdigung des Verhaltens von RA ... die Erteilung einer Rüge gem. § 74 BRAO. Eine bloße Belehrung von RA ... war nicht ausreichend.

An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen

BRAO § 27, § 44; BORA § 5

***1. Ein RA muss im Interesse einer funktionsfähigen Rechtspflege, an der mitzuwirken er als Organ der Rechtspflege verpflichtet ist, für Gerichte, Behörden und Rechtsuchende gleichermaßen erreichbar sein.**

***2. Er kann sich hierbei nicht darauf berufen, dass er nach § 44 BRAO frei sei, Mandate abzulehnen und deswegen für Rechtsuchende physisch auch nicht erreichbar sein müsse. Diese Argumentation übersieht die Pflichten des RA, bestimmte Hilfeleistungen für Rechtsuchende im Interesse einer geordneten Rechtspflege übernehmen zu müssen (§ 48 BRAO).**

***3. Auch die allgemeine Internationalisierung und Globalisierung des Wirtschaftsverkehrs und die Tatsache, dass der RA seinen Geschäften immer häufiger außerhalb seines Kanzleisitzes nachgeht und daher teilweise nur noch selten in seinen Kanzleiräumen anzutreffen ist, macht es nicht überflüssig, dass es für all diejenigen, die mit einem RA in Kontakt treten wollen, eine ortsfeste Anlaufstelle gibt. Im Anwaltsverkehr gibt es typischerweise Vorgänge, bei denen Schriftstücke zugestellt, Unterlagen übergeben oder persönliche Vorsprachen erforderlich sind.**

Sächsischer AGH, Beschl. v. 4.11.2004 – AGH 18/03 (II)

Aus den Gründen:

I. 1. Der Ast. wurde am 21.6.1994 in die Liste der beim LG L... zugelassenen RAe eingetragen (Blatt 15 der Beiakte). Als Kanzleianschrift in L... gab der Ast. die W... in ... L... an, die zugleich seine Wohnanschrift war (Blatt 15 der Beiakte). Mit Schreiben v. 14.5.1998 teilte der Ast. dem Präsidenten des LG L... mit, dass er seinen Kanzleisitz geändert habe, der sich nunmehr in der H... in ... L... befinde; als neuer Wohnsitz wurde S... in ... L... angegeben. In der folgenden Korrespondenz – erstmals unter dem 6.3.2000 (Blatt 32 der Beiakte) – verkehrte der Ast. unter der Kanzleianschrift D..., L..., unter Angabe einer Telefon- und einer Telefaxnummer. Ende 2002 versuchte die RAK vergeblich, den Ast. unter der angegebenen Telefonnummer in L...

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

zu erreichen. Ein Anschreiben der RAK S... v. 24.10.2002 an seine Privatanschrift kam mit dem Vermerk zurück, dass der Empfänger unter der angegebenen Anschrift nicht zu ermitteln sei. Gleichwohl meldete sich der Ast. telefonisch am 25.10.2002 bei der Kammer und erklärte, dass seine Kanzlei-anschrift unverändert sei.

Auf eine Melderegisteranfrage hin teilte das Einwohnermeldeamt der Stadt L... am 22.11.2002 mit, dass auch der Wohnsitz des Ast. inzwischen von der S... in die D... verlegt worden sei.

Im Wege der Amtshilfe ersuchte die RAK den Präsidenten des AG L... um weitere Ermittlungen. Diese ergaben, dass am Haus des Grundstücks D... ein Kanzleischild nicht angebracht und auch eine Klingel mit der Namensbezeichnung nicht vorhanden seien. Die Haustür sei abgeschlossen und auf Klingeln werde nicht geöffnet. Es befinde sich allerdings ein Briefkasten mit der Bezeichnung „Dr. H...“ am Gebäude. Unter der bei Gericht bekannten Telefonnummer der Kanzlei sei lediglich ein Anrufbeantworter mit einer Textansage erreichbar, wonach das Büro vorübergehend nicht besetzt und der Anrufer gebeten werde, sich mit der D... Kanzlei in Verbindung zu setzen. Die Hinterlassung einer Textnachricht sei nicht möglich. Mit Schreiben v. 20.12.2002 wurde der Ast. von der RAK S... auf diese Feststellungen hingewiesen, zur Stellungnahme aufgefordert und über die Pflicht zur Unterhaltung eines Kanzleisitzes und die Möglichkeit eines Widerrufs nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO belehrt. Der Ast. erklärte daraufhin unter dem 24.1.2003, dass ein Kanzleischild vorhanden sei; dieses sei nur vorübergehend abgenommen worden, um notwendige Änderungen vorzunehmen. Auf Klingeln werde nicht geöffnet, da der Ast. Termine nur nach vorheriger Vereinbarung annehme.

Mit Schreiben der RAK Sachsen v. 16.4.2002 wurde der Ast. noch einmal darauf hingewiesen, dass er darüber hinaus im Kammerbezirk tatsächlich der rechtsuchenden Bevölkerung zur Verfügung stehen müsse. Dies sei nach Auffassung der Kammer nicht gewährleistet, da er telefonisch nicht erreichbar sei. Die Kammer wies noch einmal auf die Widerrufsmöglichkeit der Zulassung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO hin. Der Präsident des AG L... bestätigte noch einmal mit einem Schreiben v. 29.4.2003, dass weiterhin ein Kanzleischild nicht angebracht sei, sich zwischenzeitlich aber eine Klingel mit der Bezeichnung „Insolvenzbüro Dr. Z... & Dr. H...“ am Haus befinde. Anrufer würden nach wie vor durch die Textmeldung aufgefordert, sich an das D... Büro zu wenden.

In seiner Stellungnahme v. 15.5.2003 erklärte der Ast., dass alle Voraussetzungen für eine Kanzlei vorhanden seien. Die Kanzlei verfüge über mehrere Räume, alle Telekommunikationsmittel seien vorhanden und das Gebäude, in dessen erstem Obergeschoss sich die Kanzlei befinde, stehe in seinem Eigentum. Für ordnungsgemäßen Postzugang sei gesorgt. Im Übrigen erhalte er allerdings so gut wie nie anwaltliche Post.

Eine Pflicht, zu den Geschäftszeiten in den Kanzleiräumen erreichbar zu sein, bestehe nach Auffassung des Ast. nicht. Eine solche Anwesenheit sei weder nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 5 BORA gefordert noch erforderlich. Eine solche Anwesenheitspflicht verstieße im Übrigen auch gegen das Recht der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 GG. Er habe einen festen Mandantenstamm, den er ausschließlich außergerichtlich berate und vertrete, forensische Mandate nehme er nicht an. Da es ihm auch freistehe, jedwedes Mandat abzulehnen, wäre es im Ergebnis auch gleichgültig, ob er jeden vorbeikommenden Mandanten persönlich empfangen, um ihm zu erklären, dass er sein Mandat nicht übernehme, oder ob er von vornherein diese unerwünschte Laufklientel gar nicht erst

empfange. Es gebe auch keine anwaltliche Pflicht, auf dem Anrufbeantworter die Möglichkeit zu eröffnen, eine Nachricht zu hinterlassen. Anrufer in Rechtsanwaltsachen gebe es bei ihm ohnedies nicht. Er vertrete nur einige ausgewählte deutsche und internationale Mandate. Vor diesem Hintergrund wäre ein Zulassungswiderruf unverhältnismäßig. Hilfsweise beantragte er, ihn gem. § 29 BRAO von der Kanzleipflicht zu befreien.

2. Am 16.7.2003 widerrief daraufhin die RAK Sachsen die Zulassung des Ast. beim Amts- und LG L... sowie beim OLG Dresden gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO. Die Kammer stütze sich dabei auf ihre Feststellungen, wonach am Kanzleisitz des Ast. kein Kanzleischild angebracht sei. Auf Klingeln werde auch nicht geöffnet und telefonisch sei nur über einen Anrufbeantworter zu erfahren, dass der Anrufer sich an die D... Kanzlei wenden möge. Die RAK stützt ihren Widerruf der Zulassung auf §§ 35 Abs. 1 Nr. 5, 14 Nr. 6 BRAO und lehnt eine Befreiung der Kanzleipflicht nach § 29 BRAO ab.

Der RA sei verpflichtet, im Zulassungsbezirk eine Kanzlei zu unterhalten, soweit er von dieser Pflicht nicht befreit sei. Die Unterhaltung einer Kanzlei setze voraus, dass Räume vorhanden seien, in denen er gewöhnlich seinen Berufsgeschäften nachgehen könne und in denen er zu den üblichen Geschäftsstunden erreichbar sein müsse. Er habe dem rechtsuchenden Publikum in den Praxisräumen seine anwaltlichen Dienste bereitzustellen. Dem Publikum müsse offenbart werden, dass in diesen Räumen durch den Anwalt anwaltliche Dienste bereitgestellt würden. Dies setze zumindest ein entsprechendes Praxisschild und einen Telefonanschluss mit Eintragung in einem Telefonverzeichnis voraus. Diese Voraussetzungen erfülle der Ast. nach Überzeugung der Kammer nicht.

Die Kammer sieht auch kein schonenderes Mittel als den Widerruf der Zulassung. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen vermag die Kammer nicht zu erkennen.

Infolge des Widerrufs der Zulassung bei Gericht nach § 35 Abs. 1 BRAO sei auch die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nach § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO zu widerrufen.

Eine Befreiung von der Kanzleipflicht nach § 29 BRAO komme nicht in Betracht.

3. Gegen diese Entscheidung hat der Ast. unter dem 25.7.2003 – Eingang bei Gericht am 28.7.2003 – Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Er beantragt, den Bescheid v. 16.7.2003 aufzuheben, hilfsweise dem Antrag auf Befreiung von der Kanzleipflicht stattzugeben.

4. Er verweist darauf, dass seine Kanzlei mehrere Räume umfasse und alle Telekommunikationsmittel vorhanden seien. Es seien alle organisatorischen Maßnahmen getroffen, damit Post und Telefaxe zugehen. Eine Pflicht, sich zu den üblichen Geschäftsstunden in den Kanzleiräumen aufzuhalten, vermag er nicht zu erkennen. Im Übrigen wiederholt er die Argumente aus seiner Stellungnahme v. 15.5.2003, auf die Bezug genommen wird.

Mit Schreiben v. 25.2.2004 (Blatt 43 der Akten) ließ der Ast. mitteilen, dass er sein Büro in L... geschlossen und seine Zulassung bei der RAK H... beantragt habe. Daraufhin wurde die Zulassung des Ast. im Bezirk der Agin. durch die Agin. wegen anderweitiger Zulassung im Bezirk der RAK H... widerrufen. Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

II. 1. Nachdem das Verfahren durch übereinstimmende Erledigungserklärung der Beteiligten in der Hauptsache erledigt ist, ist über die Kosten in entsprechender Anwendung der §§ 13a FGG i.V.m. § 91a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden (vgl. BGHZ 50, 197; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl. 2003, § 40 Rdnr. 35). Maßgebend sind hierbei in erster Linie die Erfolgsaussichten des Antrags bei Eintritt des erledigenden Ereignisses. Zu diesem Zeitpunkt war der statthafte Antrag auf richtige Entscheidung in der Sache unbegründet.

2. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 6 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn die Zulassung des RA bei einem Gericht aufgrund des § 35 Abs. 1 BRAO widerrufen wird. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO kann die Zulassung bei einem Gericht widerrufen werden, wenn der RA seine Kanzlei aufgibt, ohne dass er von der Pflicht des § 27 BRAO befreit worden ist.

3. Nach § 27 BRAO ist der RA verpflichtet, am Ort des Gerichts der Zulassung eine Kanzlei einzurichten. Das Gesetz definiert insoweit nicht weiter, welche Anforderungen an das Vorliegen einer „Kanzlei“ gestellt werden. § 5 BORA konkretisiert insoweit nur, dass der RA verpflichtet ist, die für seine Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen vorzuhalten.

In der Rspr. ist hingegen anerkannt, dass eine Kanzlei zumindest Räumlichkeiten verlangt, die sicherstellen, dass der RA in ihnen erreichbar ist. Es wird auch verlangt, dass der RA durch ein ausreichendes Praxisschild auf diese Räumlichkeiten hinweist und über einen Telefonanschluss verfügt, der auch im Telefonbuch vermerkt ist und über den er regelmäßig erreicht werden kann (BGHZ 38, 6, 11; EGH Celle, BRAK-Mitteilungen 1991, 103; BGH, BRAK-Mitteilungen 1993, 171; *Hartung*, Anwaltliche Berufsordnung, Kommentar, Rdnr. 12 ff. zu § 5 BORA).

Diese Mindestanforderungen werden gemeinhin mit dem Zweck der Regelung gerechtfertigt, wonach eine reibungslose Kommunikation mit dem RA als Organ der Rechtspflege gewährleistet sein muss. Die Ortsgebundenheit wird daher als erforderlich betrachtet, da Klarheit bestehen müsse, wo der RA erreichbar sei.

Dieser Rspr. schließt sich der Senat im Wesentlichen an. Mit der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft tritt der RA als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) zugleich auch in ein besonderes Pflichtenverhältnis ein. Er übernimmt besondere Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten für die Rechtspflege im demokratischen Gemeinwesen. Die Rechtsordnung stattet den RA aus diesem Grunde auch mit besonderen Privilegien aus (Recht zur Verschwiegenheit, Akteneinsichtsrecht und Ähnliches).

**Physische
Erreichbarkeit muss
gewährleistet sein**

Er muss daher im Interesse einer funktionsfähigen Rechtspflege, an der mitzuwirken er als Organ der Rechtspflege verpflichtet ist, für Gerichte, Behörden und

Rechtsuchende gleichermaßen erreichbar sein. Er kann sich dabei nicht darauf zurückziehen, dass es ausreiche, wenn er telefonisch oder schriftlich erreichbar sei, wenn er keine geeigneten Räumlichkeiten unterhält, in denen auch vertrauliche Gespräche geführt werden können (BVerfG, NJW 1986, 1801). Er kann sich auch nicht darauf berufen, dass er nach § 44 BRAO frei sei, Mandate abzulehnen und deswegen für Rechtsuchende physisch auch nicht erreichbar sein müsse. Diese Argumentation übersieht die Pflichten des RA, bestimmte Hilfeleistungen für Rechtsuchende im Interesse einer geordneten Rechtspflege sehr wohl übernehmen zu müssen (§ 48 BRAO). Dieser Verpflichtung entzieht sich der Ast., wenn er selbst erklärt, er lasse Laufkunden in seine Kanzleiräume gar nicht erst ein und erkläre damit quasi generell und konkludent, was er den Rechtsuchenden sonst auch an der Empfangstheke

erklären würde, dass er ihr Mandat nicht annehme; der Anwalt ist nämlich verpflichtet, bei Antragung eines Mandats zunächst zu prüfen, ob er dieses tatsächlich ablehnen darf oder ggf. im Einzelfall verpflichtet ist, nach § 48 BRAO die Vertretung zu übernehmen.

Gleichwohl mag man Zweifel haben, ob das Erfordernis an die physische Anwesenheit eines Anwalts in seinen eigenen Büroräumen heute noch dem Berufsbild der Anwaltschaft und den Anforderungen des Verkehrs entspricht. Jeder Rechtsuchende verfügt heute über ein Telefon. Er wird sich daher grundsätzlich, bevor er einen RA aufsucht, vorher telefonisch versichern, ob er den Anwalt zu einem bestimmten Termin auch antrifft. Terminsabsprachen sind mittlerweile üblich. Anwälte gehen zunehmend dazu über, ihre Mandanten persönlich zu besuchen. Die Internationalisierung und Globalisierung des Wirtschaftsverkehrs führt auch dazu, dass der RA seinen Geschäften außerhalb seines Kanzleisitzes nachgeht und daher nur noch selten in seinen Kanzleiräumen anzutreffen ist.

Dies alles macht es jedoch nicht überflüssig, dass es für alle diejenigen, die mit einem RA in Kontakt treten wollen, eine (orts-) feste Anlaufstelle gibt. Im

**Ortsfeste
Anlaufstelle
notwendig**

Anwaltsverkehr gibt es typischerweise Vorgänge, bei denen Schriftstücke zugestellt, Unterlagen übergeben oder persönliche Vorsprachen erforderlich werden. Das macht es nicht erforderlich, dass der Anwalt persönlich ständig anwesend ist. Das aber verlangt ein Mindestmaß an Kommunikation und Erreichbarkeit und damit eine ausreichende Kennzeichnung und sachliche und persönliche Ausstattung, um derartigen Anliegen des Rechtsverkehrs, dem sich der RA mit seiner Zulassung aussetzt, entgegenzukommen.

Dem genügt der Ast. nicht. Der Rechtsuchende, der auf dem hier in Erwägung gezogenen Wege des telefonischen Kontaktes eine Terminsabsprache sucht, wird durch eine Telefonansage an eine D... Kanzlei verwiesen. Der Rechtsuchende wird aber in der Regel eine ortsansässige Kanzlei suchen, zu der er für persönliche Konsultationen keine langen Wege in Kauf nehmen muss. Auf diese Weise entzieht sich der letztlich doch wieder seinen Verpflichtungen aus § 48 BRAO, und zwar nicht nur am Ort seiner (Schein-)Kanzlei, sondern auch am Ort seines tatsächlichen Sitzes in D..., da er dort mangels Zulassung nicht gesucht wird.

**Kanzleischild
grundsätzlich
verzichtbar**

Ob diese Überlegungen es rechtfertigen, ein ausreichendes Praxisschild als unverzichtbare Voraussetzung zu fordern, mag dabei zwar zweifelhaft sein. In

vielen Kammerbezirken werden bereits Syndikusanwälte von der Verpflichtung, ein Praxisschild zu unterhalten, ausgenommen. Dementsprechend hat auch der Kammerbezirk München inzwischen gänzlich auf die Pflicht eines Praxisschildes verzichtet (s.a. BGH, DtZ 1995, 132; *Hartung*, a.a.O., Rdnr. 13 zu § 5 BORA).

Insgesamt aber wird es orientiert an dem vorstehend erläuterten Zweck der Regelung weniger darauf ankommen, ob die einzelnen Elemente ausreichend erfüllt sind; entscheidend ist vielmehr, dass die Gesamtheit der Vorkehrungen insgesamt geeignet ist, den RA am Ort seiner Zulassung für die Gerichte, Behörden und Rechtsuchenden erreichbar zu machen. Dies ist im vorliegenden Fall nicht gewährleistet, wie der Umstand zeigt, dass es sowohl für den Präsidenten des AG L... als auch für die RAK mit Schwierigkeiten verbunden war, den Ast. telefonisch zu erreichen, und Schriftverkehr teilweise als unzustell-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

bar zurückkam. Bei Zustellungen ist infolge der notwendigen Nachsendung mit Verzögerungen zu rechnen, die ebenfalls eine geordnete und effektive Rechtspflege behindern.

Der RA kann daher verpflichtet werden, entsprechend ausreichende Vorkehrungen zu treffen. Diese Regelung ist als Berufsausübungsregelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG, NJW 1986, 1801).

5. Die Kammer kann nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO die Zulassung widerrufen. Von dieser Möglichkeit hat die Kammer ermessensfehlerfrei Gebrauch gemacht. Insoweit ist zwar dem Ast. Recht zu geben, dass es sich hier, soweit der Zulassungswiderruf ausgesprochen ist, um eine Regelung der Berufswahl handelt, die den strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss (BVerfG, NJW 1986, 1801). Insoweit ist aber festzustellen, dass der Ast. trotz wiederholter Hinweise keine Einsicht gezeigt hat, dass auch für ihn die Notwendigkeit gilt, am Ort seiner Zulassung für Gerichte, Behörden und Rechtssuchende präsent zu sein. In seinen Stellungnahmen wie auch in seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat er nach wie vor den Standpunkt vertreten, dass er insbesondere für Rechtssuchende nicht erreichbar sein wolle. Dies ist mit seiner Stellung und seinen Pflichten als Organ der Rechtspflege nicht vereinbar.

Mildere Mittel sind nicht gegeben. Die Erreichbarkeit ist aus den o.g. Gründen notwendige Voraussetzung für die Ausübung des Anwaltsberufs und für die Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben als Organ der Rechtspflege. Ist sie nicht gewährleistet, kann der Beruf des RA nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden. Der Bf. wurde auch auf diese Konsequenzen hingewiesen. Ihm war Gelegenheit gegeben, für Abhilfe zu sorgen. Er hat aber deutlich zu erkennen gegeben, dass er sich an der allgemeinen Rechtspflege nicht zu beteiligen wünsche, sondern sich auf die Bearbeitung seiner bisher bestehenden ausgewählten Mandate beschränken wolle.

6. Als milderes Mittel kommt insbesondere auch nicht eine Befreiung von der Residenzpflicht in Betracht. Der insoweit hilfsweise gestellte Antrag ist unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Befreiung liegen nicht vor. Weder liegt die Befreiung im Interesse der Rechtspflege, noch ist sie zur Vermeidung besonderer Härten geboten. Dass das Interesse der Rechtspflege hier keine Ausnahme gestattet, ergibt sich bereits aus Vorstehendem, wonach die Rechtspflege im Gegenteil gerade die ausreichende Erreichbarkeit verlangt (s.a. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., Rdnr. 4 f zu § 29). Eine besondere Härte ist weder dargetan noch erkennbar. Der Umstand, dass der Bf. keine weiteren Mandate zu übernehmen wünscht, stellt keinen Härtefall i.S.v. § 29 BRAO dar.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Zur Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen

BRAO § 49 b Abs. 4; BGB § 398, § 675

Tritt ein RA Honorarforderungen ohne Zustimmung des Auftraggebers an einen anderen RA ab, der ihn zuvor außergerichtlich und in Kostenfestsetzungsverfahren (§ 19 BRAGO) vertreten und die Angelegenheit umfassend kennen gelernt hat, so ist die Zession nicht gemäß §§ 134 BGB, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB unwirksam (Ergänzung zu BGH, WM 1995, 1841).

BGH, Urteil v. 11.11.2004 – IX ZR 240/03

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um restliches Anwaltshonorar. RA Dr. G. (fortan: Zedent) vertrat den Bekl. anwaltlich vor dem Landesarbeitsgericht. In der mündlichen Verhandlung v. 15.1.2001, an der auf Klägerseite der Bekl. und der Zedent als dessen Prozessbevollmächtigter teilnahmen, schlossen die Parteien auf Vorschlag des Gerichts einen Vergleich. Dieser erstreckte sich neben dem streitgegenständlichen Anspruch auf weitere Punkte, auf die sich das Mandat des Zedenten nicht bezog. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Zedent an dem Abschluss des Vergleichs mitgewirkt hat. Der Bekl. hat die Gebührenrechnung des Zedenten um die auf den Vergleichsabschluss entfallenden gesetzlichen Gebühren und Auslagen gekürzt.

Der Kl. ist ebenfalls RA. Er unterhält mit dem Zedenten eine Bürogemeinschaft. Zu einem nicht näher aufgeklärten Zeitpunkt hat der Zedent seinen restlichen Honoraranspruch an den Kl. abgetreten.

Das AG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vergleich sei ohne Mitwirkung des Zedenten geschlossen wor-

den. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kl. mit seiner zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht meint, dem Kl. stehe gegen den Bekl. ein Honoraranspruch aus abgetretenem Recht nicht zu, weil der Abtretungsvertrag zwischen dem Zedenten und dem Kl. nach § 134 BGB nichtig sei. Jener habe die Honorarforderung entgegen der berufsrechtlichen (§ 43a Abs. 2 BRAO) und strafrechtlichen (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) Schweigepflicht ohne Zustimmung des Bekl. an den Kl. abgetreten. Aus § 49b Abs. 4 BRAO ergebe sich nicht, dass nur die Abtretung an einen nicht als Anwalt tätigen Dritten der Zustimmung des Mandanten bedürfe. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB schütze den Mandanten auch davor, dass der beauftragte RA die als Geheimnis zu wertenden Tatsachen anderen RAen mitteile. Dies gelte auch für RAe, die eine Bürogemeinschaft unterhielten.

**Abtretung nicht
gem. § 134 BGB
unwirksam**

II. Gegen diese Erwägungen wendet sich die Revision mit Erfolg. Im vorliegenden Fall sind – ausgehend von dem Vorbringen des Kl., das mangels anderweitiger Feststellungen zugrunde zu legen ist – die objektiven Voraussetzungen des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfüllt, die Abtretung ist infolgedessen nicht gem. § 134 BGB unwirksam, obwohl der Bekl. ihr nicht zugestimmt hat.

1. a) Im Anschluss an seine Rspr. zur Abtretung ärztlicher Honorarforderungen (BGHZ 115, 123, 130) und zur Weitergabe einer ärztlichen Patienten- und Berufskartei (BGHZ 116, 268, 272 f.)

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

hat der BGH entschieden, dass die Abtretung der Honorarforderung eines RA (§§ 398, 675 BGB) ohne Zustimmung des Mandanten in der Regel den objektiven Tatbestand der – das Privatgeheimnis schützenden – Strafvorschrift des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllt, weil mit der Abtretung die umfassende Informationspflicht des § 402 BGB gegenüber dem neuen Gläubiger verbunden ist. Deshalb waren – vor Einführung des § 49b Abs. 4 BRAO – sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft der Forderungsübertragung als auch die Abtretung als dingliches Erfüllungsgeschäft gem. § 134 BGB nichtig. Dadurch sollte dem durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Recht des Mandanten auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen werden (BGHZ 122, 115, 119; 148, 97, 101 f.; BGH, Urt. v. 13.5.1993 – IX ZR 234/92, WM 1993, 1251, 1252; v. 8.7.1993 – IX ZR 12/93, WM 1993, 1849, 1850).

Nach der im Jahre 1994 in Kraft getretenen, im Streitfall deshalb anzuwendenden Vorschrift des § 49b Abs. 4 BRAO ist ein RA, der eine Gebührenforderung erwirbt, in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte RA (§ 49b Abs. 4 Satz 1 BRAO), die Abtretung von Gebührenforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an einen nicht als RA zugelassenen Dritten ist unzulässig, es sei denn, die Forderung ist rechtskräftig festgestellt, ein erster Vollstreckungsversuch fruchtlos ausgefallen und der RA hat die ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten eingeholt (§ 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO). Der Zweck dieser neuen Regelung erschließt sich aus der Entstehungsgeschichte. § 49b Abs. 4 Satz 1 BRAO ist auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages eingeführt worden (vgl. BT-Drucks. 12/7656, 11). In der Begründung (vgl. BT-Drucks., a.a.O., 49) wird auf die Urteile des BGH v. 25.3.1993 (BGHZ 122, 115) und v. 13.5.1993, a.a.O. verwiesen, aus denen sich ergebe, dass eine Abtretung anwaltlicher Gebührenforderungen nur wirksam sei, wenn entweder der RA die Zustimmung des Mandanten zur Weitergabe von Informationen aus dem Mandatsverhältnis einhole oder Zessionar und Zedent denselben Schweigepflichten unterworfen seien; dem solle mit der Neuregelung klarstellend Rechnung getragen werden.

Hierbei wurde übersehen, dass die zitierte Rspr. auf der Rspr. des BGH zur Abtretung einer ärztlichen Honorarforderung (BGHZ 115, 123, 128 f.) und zur Weitergabe einer ärztlichen Patienten- und Beratungskartei (BGHZ 116, 268, 272) aufbaut. Für beide vergleichbaren Sachverhalte hat der BGH ausdrücklich ausgesprochen, die Nichtigkeit eines gegen § 203 Abs. 1 StGB verstoßenden Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Zessionar nach der Strafvorschrift ebenfalls einer Schweigepflicht unterliege.

b) In Rspr. und Literatur ist deshalb weiterhin umstritten, ob durch die gesetzliche Regelung in § 49b Abs. 4 BRAO nur die „Weitergabe“ der Verschwiegen-

**Auslegung des
§ 49b IV BRAO
umstritten**

heitspflicht an den Zessionar oder darüber hinaus auch die Zulässigkeit der Abtretung an einen RA ohne Zustimmung des Mandanten geregelt worden ist. Nach der einen Auffassung wird durch die Neuregelung nur die Verschwiegenheitspflicht an den Zessionar weitergegeben (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1583, 1584; OLG Koblenz, DStRE 2000, 555, 556; LG Karlsruhe, MDR 2001, 1383, 1384; *Ermann/Palm*, BGB, 10. Aufl., § 134 Rdnr. 62; *Berger*, NJW 1995, 1406, 1407; *Prechtel*, NJW 1997, 1813, 1816). Andere wiederum meinen, es werde auch die Zulässigkeit der Abtretung ohne Zustimmung des Mandanten geregelt (vgl. OLG Hamburg, OLG Report 2001, 74, 76; LG Baden-Baden, NJW-RR 1998, 202, 203; MünchKomm-StGB/Cierniak, § 203 Rdnr. 68; *Feuerich/*

Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 49b Rdnr. 47 f.; *Dittmann in Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., § 49b Rdnr. 37; *Jessnitzer/Blumberg*, BRAO, 9. Aufl., § 49b Rdnr. 7; *Ganter in Bankrechts-Handbuch*, 2. Aufl., Bd. II, § 96 Rdnr. 138; *Paulus*, NJW 2004, 21, 22).

2. a) Der BGH war mit dieser Streitfrage bislang noch nicht befasst. In der Entscheidung v. 17.5.1995 (VIII ZR 94/94, ZIP 1995, 1016, 1018) wird nur der Wille des Gesetzgebers referiert, durch die – in dem zu entscheidenden Fall noch nicht anwendbare – Neuregelung die Abtretung von Honorarforderungen eines RA an einen anderen zu erleichtern. Das Urt. v. 25.3.1999 (BGHZ 141, 173, 176 f.) betrifft die Pfändbarkeit von Steuerberaterhonorar. Zum Abtretungsverbot nach § 64 Abs. 2 Satz 2 StBerG und § 49b BRAO wird ausgeführt, dass § 851 Abs. 1 ZPO darauf abstelle, ob eine Forderung als solche nicht übertragbar sei. Hierfür genüge nicht ohne weiteres, wenn eine Forderung ihrem Inhalt nach und ihrer Zweckbestimmung nach übertragbar sei und lediglich bestimmten Gläubigern die Abtretung verboten oder diese nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet werde. Auf die Streitfrage, ob auf die Zustimmung des Mandanten für die Wirksamkeit der Abtretung von Gebührenforderungen allgemein verzichtet werden kann, kam es nicht an.

**Zessionar hatte
Angelegenheit des
Mandanten zuvor
kennen gelernt**

b) Sie bedarf auch im vorliegenden Fall keiner abschließenden Klärung. Der Zedent hat nicht gegen den objektiven Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB verstoßen, weil der Zessionar die Angelegenheit des Mandanten zuvor umfassend kennen gelernt hatte (vgl. BGH, Urt. v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94, WM 1995, 1841).

aa) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, zu welchem Zeitpunkt dem Kl. die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachte Honorarforderung übertragen worden ist. Deshalb ist im Revisionsverfahren zugunsten des Kl. davon auszugehen, dass der Abtretungsvertrag erst im Anschluss an das vor Klageeinreichung unstreitig durchgeführte Kostenfestsetzungsverfahren (§ 19 BRAGO) geschlossen worden ist.

Der Bkl. hat als Anlage zur Klageerwidlung v. 7.11.2001 ein Schreiben des Kl. v. 28.5.2001 vorgelegt. Darin nimmt der Kl. als anwaltlicher Berater des Zedenten unter Bezugnahme auf das ihm erteilte Mandat und ein in dieser Sache von dem Bkl. an den Zedenten gerichtetes Schreiben v. 23.5.2001 zu der streitgegenständlichen Vergleichsgebühr Stellung und kündigt einen Antrag auf Kostenfestsetzung an. Die ordnungsgemäße Vertretung des Zedenten in diesem Verfahren bedingte, dass der Kl. von dem Zedenten zuvor umfassend über alle Umstände informiert worden war, die für das Entstehen der geltend gemachten Vergleichsgebühr sowie der Differenzprozessgebühr von Bedeutung sind.

bb) Für einen solchen Fall hat der BGH die Nichtigkeit der Abtretung wiederholt verneint, obwohl der Gebührenschuldner ihr nicht zugestimmt hat (vgl. BGH, Urt. v. 13.5.1993 – IX ZR 234/92, a.a.O., 1252; v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94, a.a.O., 1842 f.). Dafür ist ausschlaggebend, dass der Zessionar die – hier zu unterstellende – umfassende Kenntnis der Angelegenheit erlangt hat, ohne dass der Zedent ein ihm anvertrautes oder sonst bekannt gewordenes Geheimnis des Mandanten unbefugt offenbart hat (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB).

Ein RA darf seine Honorarforderung gegen den Auftraggeber geltend machen (§ 19 BRAGO), selbst wenn dies die Bekanntgabe von Mandantengeheimnissen erfordert, weil der Anwalt

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

sonst insoweit rechtlos stünde (BGHZ 122, 115, 120). Die Wahrnehmung dieser Aufgabe dürfte der Zedent nach der Rspr. grundsätzlich auch einer in seinem Büro beschäftigten Hilfsperson übertragen (vgl. BGH, Urt. v. 10.8.1995, a.a.O., 1843); nichts anderes gilt für die Einschaltung des Kl., der als RA mit ihm in Bürogemeinschaft tätig ist. Demjenigen, der rechtmäßig eine fremde Angelegenheit umfassend kennen gelernt hat, kann diese nicht mehr i.S.d. § 203 Abs. 1 StGB unbefugt offenbart werden. Dabei kommt es auf den aktuellen Gedächtnisstand zum Zeitpunkt der Abtretung nicht an; unerheblich ist auch, zu welchem Zeitpunkt der Zedent die Handakten übergeben hat (BGH, a.a.O., 1844).

III. Die Klage ist auf der Grundlage des für die revisionsrechtliche Prüfung maßgeblichen Sach- und Streitstandes auch nicht aus anderen Gründen abweisungsreif. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu der Mitwirkung des Zedenten beim Abschluss des Vergleichs in der Sitzung des Landesarbeitsgerichts v. 15.1.2001 getroffen. Es ist deshalb von der unter Zeugenbeweis gestellten Sachdarstellung des Kl. auszugehen, nach welcher der – unstreitig anwesende – Zedent dem Bkl. geraten hat, den Vergleichsvorschlag des Gerichts anzunehmen. Trifft dies zu, hat der Zedent die Vergleichsgebühr verdient (vgl. Riedel/Sußbauer/Fraunholz, BRAGO 8. Aufl., § 23 Rdnr. 21 f., zum neuen Gebührenrecht vgl. Hartung/Römermann, RVG VV Einf. Rdnr. 23).

IV. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Gelangt es zu dem Ergebnis, dass die Gebührenforderung entstanden und wirksam auf den Kl. übergegangen ist, wird es die im Revisionsverfahren aufrechterhaltene Hilfsaufrechnung des Bkl. zu prüfen haben.

Aufklärungspflichten über Risiken von Börsentermingeschäften gegenüber Rechtsanwälten

BGB § 276

1. Die allgemeine Berufserfahrung eines RA und Notars reicht zur Verneinung seiner Aufklärungsbedürftigkeit in Bezug auf Börsentermingeschäfte nicht aus.

*2. Auch die Aushändigung einer Broschüre mit so genannten „Basisinformationen über Börsentermingeschäfte“ lässt dessen Aufklärungsbedürftigkeit nicht entfallen. Die Übergabe von Informationsmaterial ist für die Beurteilung einer Aufklärungsbedürftigkeit nicht von Bedeutung, sondern spielt allenfalls für die Erfüllung der Aufklärungspflicht eine Rolle. Hierfür reicht aber die bloße Überlassung einer derartigen Broschüre, aus der sich der Anleger die ihn eventuell betreffenden Informationen selbst herausuchen muss, nicht aus.

BGH, Urt. v. 28.9.2004 – XI ZR 259/03

Volltext unter www.brak.de

Kosten – Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten

ZPO § 91 Abs. 2 Satz 1

Bbeauftragt eine vor einem auswärtigen Gericht klagende Partei einen in der Nähe ihres Wohnsitzes ansässigen RA mit der gerichtlichen Vertretung, sind die Kosten des von diesem eingeschalteten Unterbevollmächtigten am Gerichtsort jedenfalls dann erstattungsfähig, wenn sie die (fiktiven) Reisekosten des Prozessbevollmächtigten am Wohnsitz der Partei nicht erheblich übersteigen.

BGH, Beschl. v. 14.9.2004 – VI ZB 37/04

Volltext unter www.brak.de

Zuziehung eines Unterbevollmächtigten durch ein Versicherungsunternehmen

ZPO § 91 Abs. 1 Satz 1

*1. Kosten eines Unterbevollmächtigten sind notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder -verteidigung i.S.d. § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, soweit durch die Tätigkeit des Unterbevollmächtigten erstattungsfähige Reisekosten des Hauptbevollmächtigten erspart werden, die ansonsten bei der Wahrnehmung des Termins durch den Hauptbevollmächtigten entstanden und als solche erstattungsfähig wären.

*2. Die Zuziehung eines in der Nähe ihres Wohn- oder Geschäfts-ortes ansässigen RA durch eine an einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei ist i.d.R. als eine Maßnahme zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder -verteidigung anzusehen, weil ein persönliches Informations- und Beratungsgespräch zwischen Partei und Anwalt mindestens zu Beginn eines Mandats in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle erforderlich und sinnvoll ist.

*3. Ein in Hamburg ansässiges Versicherungsunternehmen kann neben den Kosten des hauptbevollmächtigten Hamburger RA auch die Kosten eines unterbevollmächtigten Münchener RA für einen Prozess in München geltend machen. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass das Versicherungsunternehmen eine Rechtsabteilung unterhält, das sich an einem anderen Sitz befindet und im Übrigen mit der Sache zu keiner Zeit befasst war.

*4. Ein Versicherungsunternehmen muss sich bei der Beurteilung, ob seine Aufwendungen zur Rechtsverfolgung notwendig waren, auch nicht so behandeln lassen, als hätte es eine Rechtsabteilung an dem Ort, an dem es Schadensfälle bearbeiten lässt. Im Rahmen der Kostenerstattung kommt es auf die tatsächliche Organisation des Unternehmens der Partei an und nicht darauf, welche Organisation als zweckmäßiger anzusehen sein könnte.

BGH, Beschl. v. 9.9.2004 – I ZB 5/04

Volltext unter www.brak.de

Pfändbarkeit anwaltlicher Ansprüche gegen das Versorgungswerk

RAVG BW § 11 Abs. 1; ZPO § 851 Abs. 1; GG Art. 14 Abs. 1

1. Die Unpfändbarkeit von landesgesetzlich begründeten Ansprüchen des öffentlichen Rechts folgt aus deren Unabtretbarkeit nur dann, wenn die Unpfändbarkeit mit dem verfassungsrechtlich geschützten Befriedigungsrecht der Gläubiger vereinbar ist.

2. Hiernach sind Ansprüche gegen das Versorgungswerk für RAe in Baden-Württemberg trotz ihrer Unabtretbarkeit grundsätzlich in den Grenzen von § 850c ZPO pfändbar.

BGH, Beschl. v. 25.8.2004 – IX a ZB 271/03

Aus den Gründen:

I. Die Gläubigerin erwirkte gegen die Schuldnerin einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, den das AG am 10.9.2002 u.a. gegen den Drittschuldner mit folgendem Inhalt erließ: „Gepfändet wird der Anspruch auf Zahlung der fortlaufenden Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrente, einmalig ausgezahlte Rentenabfindung und Altersruhegeld sowie alle weiteren fälligen und künftig fällig werdenden Bezüge aus der Rentenversicherung gem. den für die Pfändung von Arbeitseinkommen geltenden Vorschriften der §§ 850 ff. ZPO i.V.m. der Tabelle zu § 850c ZPO in der jeweils gültigen Fassung.“ Der Drittschuldner machte mit der eingelegten Erinnerung geltend, die Ansprüche seiner Mitglieder auf Versorgungsleistungen seien nach § 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Versorgungswerk der RAe in Baden-Württemberg (RAVG) v. 10.12.1984 (GBl. 671) nicht übertragbar und damit unpfändbar. Das AG wies die Erin-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

nerung zurück. Auf die sofortige Beschwerde des Drittschuldners hat das LG den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss insoweit aufgehoben, als Ansprüche der Schuldnerin gegenüber dem Drittschuldner betroffen sind. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Gläubigerin die Wiederherstellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.

II. Die nach § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Das Beschwerdegericht meint, die Ansprüche der Schuldnerin gegen den Drittschuldner seien nach dem klaren Wortlaut des § 11 Abs. 1 RAVG gem. § 851 Abs. 1 ZPO unpfändbar. Die Entscheidung des Landesgesetzgebers, dass Ansprüche eines Schuldners gegen das berufsständische Versorgungswerk unpfändbar seien, während Ansprüche gegen einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in den Grenzen des § 850c ZPO gepfändet werden könnten, verstoße nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Die Rechtsbeschwerde vertritt die Auffassung, die Entscheidung des Beschwerdegerichts sei unter Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG und von Art. 14 Abs. 1 GG ergangen. Es sei kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb Ansprüche gegen das berufsständische Versorgungswerk nicht gepfändet werden sollten, während die Pfändung künftiger gesetzlicher Altersrenten seit der Neufassung von § 54 SGB I durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuches v. 13.6.1994 – 2. SGBÄndG – (BGBl. I, 1229) von der Rspr. in den Grenzen des § 850c ZPO grundsätzlich für zulässig erachtet werde. Auch sei die Beschränkung des durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Befriedigungsrechts des Gläubigers durch eine landesgesetzliche Regelung unzulässig.

3. Die Rüge der Gläubigerin, aufgrund der vom Beschwerdegericht vorgenommenen Auslegung des § 11 Abs. 1 RAVG werde ihr durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Befriedigungsrecht in der Zwangsvollstreckung verletzt, greift durch.

a) Zunächst spricht für die Annahme des Beschwerdegerichts, die Versorgungsrenten der Schuldnerin seien unpfändbar, dass nach § 851 Abs. 1 ZPO eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragen werden kann. Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 RAVG ist die Forderung der Schuldnerin gegen das Versorgungswerk auf Rentenzahlungen nicht abtretbar und damit nach § 851 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch nicht pfändbar. Eine nähere Bestätigung für diese wörtliche Auslegung ergibt sich allerdings nicht aus der Begründung des Gesetzesentwurfs der Landesregierung von Baden-Württemberg (LT-Drucks. 9/495, 18), in der es lediglich heißt, die Ansprüche auf Versorgungsleistungen seien höchstpersönlicher Natur und sollten deshalb weder abgetreten noch verpfändet werden können. Der wahre Wille des Landesgesetzgebers ist auch zweifelhaft, denn er hat die Verpfändung der Leistungsansprüche neben ihrer Abtretung ausdrücklich ausgeschlossen, obwohl das bundesrechtlich bereits aus § 1274 Abs. 2 BGB folgt. Eine landesrechtliche Parallelregelung im Hinblick auf § 851 Abs. 1 ZPO fehlt dagegen.

b) Der Senat tritt der Rechtsbeschwerde darin bei, dass das hier nur scheinbar eindeutige, aber letztlich – was den Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Befriedigungsrecht des Gläubigers betrifft – in seinen rechtlichen Konsequenzen nicht hinreichend abgewogene Zusammenspiel von § 11 Abs. 1 RAVG und § 851 Abs. 1 ZPO einer (einschränkenden) verfassungskonformen Auslegung bedarf (vgl. auch G. Lücke in 50 Jahre BGH, Festgabe der Wissenschaft, Bd. III, 441, 442 f.). Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von

mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht (BVerfGE 32, 373, 383 f.; 93, 37, 81; vgl. zuletzt zur verfassungskonformen Auslegung Dritte Kammer des Ersten Senats des BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004 – 1 BvR 737/00). Das gilt auch für die verfassungskonforme Reduktion von § 851 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit einer lückenausfüllenden Auslegung des Landesrechts in der Ausgestaltung beschränkt verkehrsfähiger Ansprüche des öffentlichen Rechts.

Unpfändbarkeit aller Ansprüche unbillig

Die Unpfändbarkeit aller Ansprüche der Schuldnerin gegen den Drittschuldner auf Versorgungsleistungen wäre hier

nicht zu rechtfertigen. Zu den Eigentumsrechten i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG gehören auch schuldrechtliche Forderungen (BVerfGE 68, 193, 222, 83, 201, 208). Der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz erstreckt sich insbesondere auf das Befriedigungsrecht des Gläubigers (BGHZ 141, 173, 177, BGH, Beschl. v. 12.12.2003 – IXa ZB 115/03, NJW 2004, 954, 956, zur Veröffentlichung in BGHZ 157, 159 bestimmt – dazu Woll/Müller, NJW 2004, 1775, 1779 –, v. 12.12.2003 – IXa ZB 193/03, NJW-RR 2004, 643, 644). Der Staat, der selbst das Zwangsvollstreckungsmonopol ausübt, darf den davon betroffenen Gläubigern das Einkommen bestimmter Schuldnerkreise nicht generell als Haftungsgrundlage entziehen. Pfändungsverbote sind nur aus Gründen des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) gerechtfertigt, um die eigene Lebensgrundlage des Schuldners durch Pfändungsfreibeträge (§§ 850 ff. ZPO) zu sichern. Auch im Inhalt eines Rechtes angelegte Pfändungshindernisse sind in Abwägung mit dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Befriedigungsrecht der Gläubiger allenfalls wirksam, soweit sonstige, überwiegende Gründe das zwingend erfordern. Dem entspricht es, dass § 851 Abs. 2 ZPO die rechtsgeschäftlich begründete Unübertragbarkeit (§ 399 BGB) nicht ohne weiteres als Pfändungshindernis ausreichen lässt (BGHZ 141, 173, 177). In seinem Urt. v. 25.7.1960 hat das BVerfG das damals für die Renten von Angestellten und Arbeitern geltende, nur wenige bevorrechtigte Gläubiger nicht treffende Pfändungsverbot (§ 76 AVG, § 119 RVO) allein deshalb als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, weil es ein Schutzbedürfnis der Rentner über die Pfändungsgrenzen des § 850c ZPO hinaus im Hinblick auf ein – besonders bei den Renten der Arbeiter – noch niedriges Leistungsniveau bejaht hat (BVerfGE 11, 283, 290, vgl. auch BVerfGE 33, 199, 205). Dass der Bundesgesetzgeber nicht mehr von einem solchen Renteniveau, sondern von der Angleichung der Renten an das Arbeitseinkommen ausgeht, lässt mittlerweile § 54 SGB I erkennen.

Die Altersrente eines in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherten Schuldners kann gem. § 54 Abs. 4 SGB I in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Sozialgesetzbuchs v. 13.6.1994 (BGBl. I 1229) wie Arbeitseinkommen gepfändet werden.

Pfändung wie Arbeitseinkommen

aa) Ein Gesetzeszweck, der für Altersrenten, die von einem landesgesetzlich als Körperschaft öffentlichen Rechts errichteten Versorgungswerk gezahlt werden, in der verfassungsrechtlichen Abwägung ein Pfändungshindernis rechtfertigen würde, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Anders als in der Gesetzesbegründung behauptet (LT-Drucks. 9/495, 18), sind Ansprüche gegen einen öffentlich-rechtlichen Versorgungsträger im Allgemeinen nicht höchstpersönlicher Natur (vgl. für das Beamtenversor-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

gungsrecht § 850 Abs. 2 ZPO, § 51 BRRG, § 51 BeamtenVG). Das Interesse des Versorgungsträgers und seiner Mitglieder, die Verwaltungskosten gering zu halten, stellt ebenfalls keinen die Unpfändbarkeit rechtfertigenden Grund dar. Der mit einer Forderungspfändung verbundene Aufwand, insbesondere die Erteilung der Drittschuldnerauskunft und die Berechnung und Abführung der dem Gläubiger gebührenden Leistungen, ist dem Drittschuldner im wirtschaftlichen Interesse des pfändenden Gläubigers sowie im Interesse der Allgemeinheit an einem effektiven Vollstreckungsrecht allgemein zuzumuten.

**Kein
Vollstreckungsprivileg**

Für ein Vollstreckungsprivileg landesrechtlicher Rechtsanwaltsversorgung gegenüber der Beamtenversorgung und der Altersver-

sorgung im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung fehlt ein sachlicher Grund.

bb) Es ist der Gesetzesbegründung auch nicht zu entnehmen, dass der Landesgesetzgeber, der wie der Bundesgesetzgeber dem Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG verpflichtet ist, durch ein eng am Wortlaut haftendes Verständnis des § 11 Abs. 1 RAVG die Gläubiger der Mitglieder des Versorgungswerks schlechter stellen wollte als die Gläubiger eines in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherten Schuldners. Während die Ansprüche eines Mitglieds des Drittschuldners auf Altersrente oder sonstige Leistungen generell unpfändbar wären, können insbesondere die Ansprüche eines Schuldners gegen einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auf laufende Geldleistungen gem. § 54 Abs. 4 SGB I wie Arbeitseinkommen, also in den Grenzen des § 850c ZPO, gepfändet werden (vgl. zur Pfändung künftiger Altersrenten: BGH, Beschl. v. 21.11.2002 – IX ZB 85/02, NJW 2003, 1457, 1458 f.).

cc) Für die einschränkende verfassungskonforme Auslegung des § 851 Abs. 1 ZPO und des § 11 Abs. 1 RAVG spricht auch, dass nicht anzunehmen ist, der Landesgesetzgeber habe die Gläubiger der Mitglieder des Versorgungswerks für RAe in Baden-Württemberg gegenüber den Gläubigern anderenorts niedergelassener RAe benachteiligen wollen.

**Kein Abtretungs-
hindernis in anderen
Bundesländern**

In anderen Ländern kennen die Rechtsanwaltsversorgungsgesetze entweder für Ansprüche auf Versorgungsleistungen schon kein Abtretungshindernis (bei-

spielsweise Hamburg und Schleswig-Holstein) oder sie bestimmen für Gläubigerpfändungen die entsprechende Geltung von § 54 SGB I. So lautet § 10 Abs. 1 des Gesetzes über die Hessische Rechtsanwaltsversorgung – Hess RAVG – v. 16.12.1987 i. d. F. v. 20.6.2002 (GVBl. I, 342): „Ansprüche auf Leistungen können weder abgetreten noch verpfändet werden. Für die Pfändung gilt § 54 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches entsprechend.“ Gleich lautende Regelungen finden sich in § 12 Abs. 1 BbgRAVG und in § 10 RAVG NW. Aus der Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 1 RAVG (vgl. LT-Drucks. 9/495, 18) geht auch nicht ansatzweise hervor, dass das Land Baden-Württemberg ungeachtet der erkennbaren verfassungsrechtlichen Problematik von Einschränkungen der Gläubigerrechte und in bewusster Abgrenzung von Versorgungsgesetzen für RAe anderer Bundesländer an die in § 11 Abs. 1 RAVG bestimmte Unabtretbarkeit die Unpfändbarkeit der Rentenansprüche hätte knüpfen wollen.

dd) Schließlich spricht nichts dafür, dass Baden-Württemberg in der Satzung des Versorgungswerks für RAe aus sozialen Gründen ein Pfändungshindernis einführen wollte, weil die vom Versorgungswerk gewährten Altersrenten ein derart nied-

riges Niveau haben, dass sie aus sozialen Gründen zur Sicherung der Lebensgrundlage seiner Mitglieder in vollem Umfang von der Pfändung ausgenommen werden müssten. Die vom Versorgungswerk nach näherer Maßgabe der Satzung zu erbringenden Leistungen sind der Höhe nach von den im Laufe der Zeit geleisteten Beiträgen abhängig (vgl. § 22 der Satzung und LT-Drucks. 9/495, 14). Der Regelpflichtbeitrag wird von der Vertreterversammlung des Drittschuldners gem. § 8 Abs. 1 RAVG unter Berücksichtigung des Beitragsatzes und der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung einkommensbezogen festgesetzt (vgl. § 3 Abs. 6 Nr. 5, § 11 der Satzung), so dass sich grundsätzlich kein geringeres Rentenniveau als in der gesetzlichen Rentenversicherung ergibt.

4. Der Senat muss nicht abschließend entscheiden, ob Ansprüche auf Versorgungsleistungen des Drittschuldners als Arbeitseinkommen i. S. d. § 850 ZPO zu behandeln und daher nur nach Maßgabe der §§ 850a bis 850c ZPO pfändbar sind oder ob sie einem geringeren Pfändungsschutz unterliegen. Da die Gläubigerin die Pfändung der Ansprüche der Schuldnerin gegen den Drittschuldner nur gem. den für die Pfändung von Arbeitseinkommen geltenden Vorschriften der §§ 850 ff. ZPO beantragt hat, kommt eine über diese Regelungen hinausgehende Pfändung von Schuldnervermögen im vorliegenden Verfahren nicht in Betracht. Dass die Mitglieder des Versorgungswerks eines stärkeren Pfändungsschutzes bedürfen, ist nicht ersichtlich.

III. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Der Senat sieht sich daran gehindert, den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in seiner ursprünglichen Fassung wiederherzustellen. Denn das LG hat den Beschluss, soweit darin Ansprüche der Schuldnerin gegenüber dem Drittschuldner gepfändet sind, ohne Vorbehalt aufgehoben. Der Pfändungsbeschluss kann deshalb nur unter abermaliger Prüfung der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen neu erlassen werden. Die Sache ist daher an das AG zurückzuverweisen. Der Rechtspfleger wird unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats über den Antrag der Gläubigerin neu zu befinden haben.

**Hinweis auf Rechtsgebiete ohne erläuternden Zusatz im
Branchenbuch**

BORA § 7; UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3, § 4 Nr. 11

***1. Der Verleger eines Branchenfernsprechbuchs unterliegt insoweit einem eingeschränkten Haftungsmaßstab, als er nur für grobe und eindeutige, d.h. für ihn ohne Schwierigkeiten erkennbare Wettbewerbsverstöße seiner Kunden einzustehen hat.**

***2. Auch dem neuen UWG lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass in Abweichung von der durch die Rspr. bisher entwickelten Grundsätze der Haftung der Verlage für den wettbewerbswidrigen Inhalt von Anzeigen oder kostenpflichtigen Einträgen eine Verschärfung vorgenommen worden ist.**

***3. Die Regelung des § 7 BORA enthält eine Beschränkung der beruflichen Selbstdarstellungsmöglichkeiten der RAe, die im Hinblick auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit verfassungsrechtlich nicht unbedenklich ist. Im Hinblick auf diese Bedenken ist nicht ohne weiteres erkennbar, weshalb die – nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 3 BORA nicht zugelassenen – Angaben „Schwerpunkt“, „IS“ bzw. „TS“ beim Rechtsuchenden eine grundlegend andere Verkehrsvorstellung hervorrufen sollten als etwa eine vom BGH als mit § 7 BORA vereinbar angesehene Kanzleibezeichnung unter Verwendung bestimmter Rechtsgebiete.**

OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 30.9.2004 – 6 U 193/03

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Aus den Gründen:

I. Die Kl. ist die berufsständische Organisation der RAe für den Bezirk des Hanseatischen OLG. Die Bekl. veröffentlichte in dem von ihr herausgegebenen regionalen Telefonbuch für H. entgeltliche Einträge von RAe, in denen die inserierenden Kanzleien auf bestimmte Rechtsgebiete teils ohne erläuternden Zusatz, teils mit den Zusätzen „IS“, „TS“ und „Schwerpunkt“ hinwiesen. Die Kl. sieht hierin einen Verstoß der inserierenden RAe gegen die sich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 BORA ergebende Verpflichtung, in der Werbung Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte als solche zu bezeichnen. Sie verlangt daher von der Bekl., die Veröffentlichung dieser – nach Auffassung zugleich wettbewerbswidrigen – Einträge zu unterlassen.

Das LG hat die Bekl. – unter Abweisung weitergehender Klageansprüche – mit Teilurteil v. 30.10.2003 zur Unterlassung verurteilt; hiergegen wendet sich die Bekl. mit der Berufung. Mit Schlussurteil v. 22.4.2004 hat das LG die Klage wegen weiterer Klageanträge abgewiesen und die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben; auch hiergegen hat die Bekl. Berufung eingelegt.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in den angefochtenen Urteilen Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren wiederholen und vertiefen die Parteien ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Bekl. beantragt, unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Urteile die Klage insgesamt abzuweisen und die Kosten des Rechtsstreits der Kl. aufzuerlegen.

Die Kl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise die Bekl. zu verurteilen, es bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel zu unterlassen, in dem von ihr mit herausgegebenen Telefonbuch „Das Telefonbuch. Für Hamburg“ Anzeigen von RAe zu veröffentlichen, in denen – unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbezeichnungen – Teilbereiche der Berufstätigkeit dieser RAe genannt werden, sofern

1. diese nicht als „Tätigkeits“- oder „Interessenschwerpunkte“ bezeichnet werden wie folgt:

(nachfolgend wird u.a. dieses Beispiel genannt: RA-Büro W. J., Miet-, Familien-, Verkehrs-, Strafrecht, Ausländerrecht)

und/oder

2. diese mit der Angabe „Schwerpunkt“ oder mit den Abkürzungen „TS“ oder „IS“ wie folgt bezeichnet werden:

(nachfolgend wird u.a. dieses Beispiel genannt: RA-Büro G. & S., TS jew. Familien- und Strafrecht)

Die Bekl. beantragt, die Klage auch mit den Hilfsansprüchen abzuweisen.

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

II. Die zulässige Berufung gegen das Teilurteil v. 30.10.2003 hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beurteilung des in die Zukunft gerichteten Unterlassungsbegehrens richtet sich nach den Vorschriften des UWG in der am 8.7.2004 in Kraft getretenen Neufassung. Der Kl. stehen die vom LG zuerkannten Unterlassungsansprüche – auch im Umfang der in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträge – nicht zu, da die Bekl. mit der Veröffentlichung der beanstandeten kostenpflichtigen Einträge in dem von ihr verlegten Branchenfernsprechbuch keine nach § 3 UWG n.F. unzulässige unlautere Wettbewerbshandlung begangen hat.

Zwar erfüllt das Verhalten der Bekl. den Begriff der „Wettbewerbshandlung“ i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG n.F., da der Verleger

eines Branchentelefonbuchs mit dem Abdruck von kostenpflichtigen Einträgen jedenfalls auch das Ziel verfolgt, zu Gunsten des Inserierenden den Absatz von Waren und Dienstleistungen zu fördern (vgl. BGH, GRUR 97, 909, 910 – Branchenbuch-Nomenklatur).

Eingeschränkter Haftungsmaßstab

Ungeachtet dessen unterliegt die Bekl. als Verlagsunternehmen jedoch insoweit einem eingeschränkten Haftungsmaßstab, als sie nur für grobe und eindeutige, d.h. für sie ohne Schwierigkeiten erkennbare Wettbewerbsverstöße ihrer Kunden einzustehen hat (vgl. BGH, WRP 94, 739, 741 – Suchwort – m.w.N.). Zwar enthält das UWG in der seit 8.7.2004 geltenden Fassung – wie auch das alte Recht – hierzu keine ausdrückliche Regelung; es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber etwa beabsichtigt hätte, in Abweichung der von der Rspr. bisher entwickelten Grundsätze die Haftung der Verlage für den wettbewerbswidrigen Inhalt von Anzeigen oder kostenpflichtigen Einträgen zu verschärfen.

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob die von der Kl. beanstandeten Einträge von Anwaltskanzleien mit § 7 BORA vereinbar sind oder ob die ggf. vorliegenden Verstöße gegen diese Vorschrift – die als solche die Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG n.F. erfüllt – geeignet sind, den Wettbewerb i.S.v. § 3 UWG n.F. nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Denn beide Aspekte werfen zumindest ernsthafte Zweifelsfragen auf, deren Entscheidung der Bekl. im Hinblick auf deren eingeschränkte Überprüfungspflicht nicht zugemutet werden kann.

Die Regelung des § 7 BORA enthält eine Beschränkung der beruflichen Selbstdarstellungsmöglichkeiten der RAe, die im Hinblick auf die durch Art. 1 I

§ 7 BORA ist verfassungsrechtlich bedenklich

GG geschützte Berufsausübungsfreiheit jedenfalls verfassungsrechtlich nicht unbedenklich ist (vgl. hierzu *Kleine-Cosack*, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rdnr. 898 ff. mit umfangreichen Nachweisen aus Rspr. und Literatur, sowie zuletzt BVerfG, NJW 04, 2656 ff.; *Offermann-Burckart*, NJW 04, 2617 ff.). Im Hinblick auf diese Bedenken wird § 7 BORA vom BGH (WRP 01, 537 – Kanzleibezeichnung) und ihm folgend vom OLG Nürnberg (NJW 01, 2841) sowie vom OLG Stuttgart (NJW 02, 1433) einschränkend dahin ausgelegt, dass die Verwendung sog. Kanzleibezeichnungen, mit denen durch schlagwortartige Angabe von Teilbereichen anwaltlicher Berufsausübung auf die fachliche Ausrichtung der Kanzlei einer Sozietät oder eines Einzelanwalts hingewiesen wird, von dieser Vorschrift nicht geregelt werde (vgl. BGH, a.a.O., 538). Aus diesem Grund wurde beispielsweise in dem vom BGH entschiedenen Fall die Aussage „Kanzlei für Arbeitsrecht und allgemeines Zivilrecht“ als mit § 7 BORA vereinbar angesehen.

Im Hinblick auf diese Rspr. erscheint es im vorliegenden Fall zumindest erwägenswert, ob nicht diejenigen Einträge, in denen RAe ihrem Namen oder einer aus der allgemeinen Berufsangabe („RA-Büro“, Anwaltskanzlei“) und ihrem Namen gebildeten Bezeichnung bestimmte Rechtsgebiete ohne weitere Erläuterung hinzugesetzt haben (Hilfsantrag zu 1), ebenfalls noch als „Kanzleibezeichnung“ im vorstehend erläuterten Sinn eingeordnet werden können. Jedenfalls ist nicht ohne weiteres erkennbar, warum Einträge der beanstandeten Art vom Verkehr etwa einer anderen – die verfassungsrechtliche Beurteilung beeinflussender – Inhalt beigemessen werden sollte als einer Kanzleibezeichnung, die sich aus den Worten „Kanzlei für ...“ und

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

der Angabe bestimmter Rechtsgebiete zusammensetzt. Selbst wenn man insoweit eine unterschiedliche Beurteilung und damit einen Verstoß der beanstandeten Einträge gegen § 7 BORA bejahen wollte, könnte dies nur den geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Kl. nur begründen, wenn hierdurch der Wettbewerb i.S.v. § 3 UWG n.F. zum Nachteil anderer Anwälte oder der Rechtsuchenden nicht nur unerheblich beeinträchtigt würde. Ob diese Frage zu bejahen wäre, erscheint ebenfalls zweifelhaft, da nicht ohne weiteres zu erkennen ist, warum Einträge der beanstandeten Art – im Vergleich zu zulässigen Kanzleizeichnungen – den auf diese Weise eingetragenen RAe nennenswerte geschäftliche Vorteile gegenüber ihren Mitbewerbern verschaffen oder die Aufklärungsinteressen der Rechtsuchenden beeinträchtigen könnten.

Die aufgeworfenen, nicht einfach zu entscheidenden Fragen zur – verfassungskonformen – Auslegung von § 7 BORA sowie von § 3 UWG n.F. können von der Bkl. im Rahmen der sie treffenden eingeschränkten Prüfungspflicht zumutbarerweise nicht zuverlässig beantwortet werden, weshalb eine wettbewerbsrechtliche Haftung der Bkl. ausscheidet.

Soweit die beanstandeten Einträge zusätzlich die – nach dem Wortlaut von § 7 I, 3 BORA nicht zugelassen – Angaben „Schwerpunkt“ bzw. „TS“ und „IS“ enthalten (Hilfsantrag zu 2.), gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar haben in diesen Fällen die inserierenden RAe allein durch diese Zusatzangaben zu erkennen gegeben, dass es ihnen nicht um eine Kanzleizeichnung im oben erläuterten Sinne, sondern durchaus um die in § 7 BORA geregelten Angaben von Tätigkeitsschwerpunkten ging, weshalb es nahe liegt, diese Einträge auch am Maßstab von § 7 BORA zu beurteilen. Auf der anderen Seite ist wiederum nicht ohne weiteres erkennbar, warum diese Einträge im Ergebnis eine grundlegend andere Verkehrsvorstellung hervorrufen sollten als etwa eine Kanzleiwerbung unter Verwendung bestimmter Rechtsgebiete oder ein Eintrag der mit dem Hilfsantrag zu 1. beanstandeten Art.

Keine Haftung des Verlages

Ob unter diesen Umständen die Kl. den inserierenden RAe solche Einträge mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts untersagen

könnten, erscheint sowohl aus verfassungsrechtlichen Gründen als auch im Hinblick auf die Bagatellgrenze des § 3 UWG n.F. wiederum derart unsicher, dass jedenfalls eine Haftung der Bkl. für einen – etwaigen – Wettbewerbsverstoß der inserierenden RAe ausscheidet.

Auf die Berufung war daher die Klage unter teilweiser Abänderung des Teilurteils v. 30.10.2003 insgesamt abzuweisen.

Zur Stellung eines Kanzleiabwicklers

BRAB § 55; ZPO § 172, § 189

1. Der bestellte Kanzleiabwickler tritt als Verfahrensbevollmächtigter vollständig an die Stelle des verstorbenen oder aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschiedenen Rechtsanwalts. Folglich sind ihm allein gerichtliche Entscheidungen zuzustellen.

2. Die Heilung einer unterbliebenen oder fehlerhaften Zustellung setzt voraus, dass das betreffende Schriftstück mit Zustellungswilen des Gerichts dem betreffenden Verfahrensbeteiligten oder seinem Bevollmächtigtem zugeht. Die bloße Kenntnisnahme bei Gelegenheit einer Akteneinsicht reicht nicht aus.

BayObLG, Beschl. v. 16.6.2004 – 2 Z BR 253/03

Volltext unter www.brak.de

30-jährige Bindungsdauer in Sozietätsvertrag

BGB § 138 Abs. 1; GG Art. 12

***1. Die Vereinbarung einer 30-jährigen Bindungsdauer in einem anwaltlichen Sozietätsvertrag verstößt gegen die guten Sitten, da sie die beteiligten RAe in unangemessener Art und Weise in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung beeinträchtigt.**

***2. Welche Bindungsdauer in einem Sozietätsvertrag noch hinzunehmen ist, kann nicht einheitlich, sondern nur anhand der am jeweiligen Einzelfall auftretenden Umstände entschieden werden. Zu diesem Zweck sind alle Umstände des einzelnen Falles einer umfassenden Interessenabwägung zu unterziehen. In Abgrenzung dazu darf die zeitliche Bindungsdauer in jedem Fall ohne weiteres drei Jahre betragen. Um die Planungen und eine Umstellung der nach einer Kündigung verbleibenden Sozietätsmitglieder sicherzustellen, erscheint darüber hinaus eine Kündigungsfrist von einem Jahr angemessen.**

***3. Die Vereinbarung einer 30-jährigen und mit dem Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung verknüpften Vertragsdauer ist nicht erforderlich, um den Zweck einer Alterssicherung zu erreichen. Eingegangene Pensionsverpflichtungen sind ablösbar.**

OLG Düsseldorf, Ur. v. 26.5.2004 – VI-U (Kart) 36/03

Aus den Gründen:

I. Die Parteien sind RAe. Sie gingen mit RA S. aus A. am 28.1.1989 einen Sozietätsvertrag „zu gemeinsamer Berufsausübung und Alterssicherung“ ein (GA 114 ff.). Die Sozietät begann am 1.5.1989. Gem. § 15 des Vertrages wurde sie unter Ausschluss des Kündigungsrechts auf eine Dauer von 30 Jahren fest errichtet. Während dieser Zeit sollte neben der Ausschließung eines Sozius aus sachlich gerechtfertigtem Grund nur eine Kündigung aus wichtigem Grund erlaubt sein. Abfindungsansprüche im Fall eines Ausscheidens wurden in § 16, Versorgungsansprüche der Sozi (und deren Witwen) in den §§ 18 und 19 des Vertrages geregelt. § 22 enthält eine salvatorische Klausel.

RA S. schied im Jahr 1992 aus der Sozietät aus. Seither zahlte die Sozietät ihm Versorgungsbezüge, die nach seinem Ableben die Witwe bezieht. Im Laufe der Zeit entstanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über die Durchführung der Sozietät.

Der Kl. hat die Vereinbarung einer 30-jährigen Sozietätsbindung und den Ausschluss des Rechts zur (ordentlichen) Kündigung für sittenwidrig und nichtig gehalten. Mit seiner Klage hat er die Feststellung begehrt, dass der Ausschluss des Kündigungsrechts für die Dauer von 30 Jahren im Gesellschaftsvertrag v. 28.1.1989 unwirksam sei und die Gesellschaft in gleicher Weise wie eine unbefristete gekündigt werden können, und festgestellt sehen wollen, dass der Bkl. zu 1 nicht ohne Gesellschafterbeschluss zur Einstellung von Mitarbeitern berechtigt sei.

Den Antrag zu 1 hat der Kl. im ersten Rechtszug mit der Maßgabe gestellt, dass der Gesellschaftsvertrag sofort gekündigt werden könne. Den Antrag zu 2 hat er zurückgenommen.

Die Bkl. sind dem Klagebegehren entgegengetreten. Sie haben die Zulässigkeit des Feststellungsantrags gerügt und sich in der Sache namentlich unter Hinweis auf den Gesellschaftszweck einer Alterssicherung für die Wirksamkeit der vereinbarten Sozietätsbindung ausgesprochen.

Das LG hat in seinem Urteil festgestellt, der Ausschluss des Kündigungsrechts im Gesellschaftsvertrag v. 28.1.1989 sei unwirksam; die Gesellschaft sei mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr kündbar. Es hat die Zulässigkeit des Feststellungsantrags bejaht und hat in der Sache unter Bezugnahme u.a. auf das Ur. des Senats v. 30.6.1998 (Az. U [Kart] 20/98, WuW/E

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

DE-R 187 = NJWE-WettbR 1999, 41 – Überlange Sozietätsbindung) die Vereinbarung einer 30-jährigen Bindungsdauer im Sozietätsvertrag gem. § 138 I BGB für sittenwidrig und nichtig erachtet. Bei der hierzu vorgenommenen Interessenabwägung hat das LG dem einer übermäßig langen Sozietätsbindung entgegenstehenden Grundrecht des Kl. auf freie Berufsausübung ein höheres Gewicht als den Belangen der Bekl., insbesondere dem Interesse an einer Alterssicherung, zugemessen. Es hat den Vertrag als mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr kündbar betrachtet und die Klage insoweit abgewiesen, als der Kl. die Feststellung einer sofortigen Kündigungsmöglichkeit angestrebt hat. Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils wird verwiesen.

Nach Verkündung des Urteils kündigte der Kl. durch Schreiben an beide Bekl. v. 17.7.2002 den Sozietätsvertrag mit Jahresfrist zum 31.7.2003 (GA 229, 277).

Die Bekl. haben gegen das Urteil Berufung eingelegt. Sie halten den Gesellschaftszweck einer Altersversorgung vom LG für nicht hinreichend gewürdigt. Jener Zweck ist ihrer Auffassung zufolge nur durch eine langdauernde Sozietätsbindung erreichbar. Dies habe beim Abschluss des Vertrages gemeinsamer Vorstellung aller Beteiligten entsprochen. Die Bekl. berufen sich überdies auf weitere, zu Gunsten einer Zulässigkeit der vereinbarten Vertragsdauer in eine Interessenabwägung einzustellende und vom LG nach ihrer Meinung nicht ausreichend gewichtete Gesichtspunkte, welche das Klagebegehren als grob eigennützig erscheinen ließen. Nach ihrer Auffassung ist bei wertender Gesamtschau unter Berücksichtigung des Vertragszwecks einer Alterssicherung die Vertragsparität durch das Urteil des LG empfindlich gestört. Alle Beteiligten hätten die Regelungen des Vertrages bei seinem Abschluss zu Recht als ausgewogen betrachtet.

Die Bekl. beantragen, unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen.

Den von ihm angekündigten und im Wege einer Hilfswiderklage angekündigten Antrag festzustellen, dass der Kl. verpflichtet sei, die Pensionsverpflichtungen, die ihn als Mitglied der aus den Parteien bestehenden Sozietät aus § 18 IV des Sozietätsvertrages v. 28.1.1989 gegenüber ihm, dem Bekl. zu 1, träfen, bis zu einer frühestens am 1.5.2019 möglichen Kündigung zu erfüllen, hat der Bekl. zu 1 nicht weiterverfolgt (GA 470).

Der Kl. beantragt, die Berufungen der Bekl. mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Feststellung dahin getroffen werde, dass er, der Kl., auf Grund seiner Kündigung v. 17.7.2002 mit Ablauf des 31.7.2003 aus der Sozietät der Parteien ausgeschieden sei.

Eine Anschlussberufung mit dem Antrag, festzustellen, dass der Ausschluss des Kündigungsrechts für die Dauer von 30 Jahren im Gesellschaftsvertrag v. 28.1.1989 unwirksam sei und die Gesellschaft durch die Kündigungsschreiben v. 17.7.2002 zum 31.7.2003 beendet werde, hat der Kl. zurückgenommen (GA 409).

Der Kl. verteidigt das angefochtene Urteil. Die Übernahme von Pensionsverpflichtungen zu Gunsten ausgeschiedener Sozien kann nach seiner Ansicht nicht jede Vertragslaufzeit rechtfertigen. Die außerordentlich lange Dauer des vorliegenden Vertrages bevorzuge einseitig die Bekl. und wirke sich – zumal eine gedeihliche Zusammenarbeit inzwischen unmöglich sei – knebelnd auf seine anwaltliche Betätigung aus. Zur Begründung der von ihm vertretenen Nichtigkeitsfolge beruft sich der Kl. auch auf § 1 GWB.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und auf die mit diesen vorgelegten Anlagen,

insbesondere auf die vorbezeichneten Aktenbestandteile, Bezug genommen.

II. Die Berufungen der Bekl. sind unbegründet und nach Maßgabe des zulässigen umgestellten Klageantrags zurückzuweisen.

a) Die im Berufungsrechtszug angebrachte Klageänderung ist gem. den §§ 533, 529 Abs. 1 ZPO zulässig. Die Bekl. haben sich im Senatstermin hierauf vorbehaltlos eingelassen und damit im Rechtssinn eingewilligt (§ 533 Nr. 1, 1. Alt. ZPO). Die Klageänderung ist außerdem sachdienlich, da ihre Zulassung nicht nur den Streit der Parteien über die Wirksamkeit der vereinbarten Sozietätsbindung, sondern auch die die konkrete Dauer des Vertrages betreffende rechtliche Ungewissheit zu klären und einen neuen Rechtsstreit zu vermeiden hilft (§ 533 Nr. 1, 2. Alt. ZPO). Diese Klärung kann auf der Grundlage des um die unbestrittenen Kündigungserklärungen v. 17.7.2002 ergänzten bisherigen Prozessstoffs erfolgen (§§ 533 Nr. 2, 529 ZPO; § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Die konkrete Rechtsfolge eines Ausscheidens des Kl. aus der Sozietät ist zulässiger Gegenstand der Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO). Der Kl. obsiegt im Rechtsstreit auch nicht erst auf Grund des in der Berufungsinstanz geänderten Klageantrags. Schon der im ersten Rechtszug gestellte Feststellungsantrag war – wie das LG zutreffend entschieden hat – zulässig. Gegenstand einer Feststellungsklage können auch einzelne, aus einem Rechtsverhältnis hervorgehende Rechte und Pflichten sein (vgl. BGH, NJW 2000, 2280, 2281; NJW 1986, 104, 105 – jeweils m.w.N.). In diesem Sinn hat der Kl. die Feststellung begehrt, dass seine Verpflichtung, sich (wie in § 15 des Sozietätsvertrages bestimmt ist) 30 Jahre lang an den Vertrag gebunden zu halten, unwirksam ist und dass er – i.S. eines ihm zustehenden Rechts – den Vertrag jederzeit kündigen kann. Es sind damit konkrete Rechts- und Pflichtenverhältnisse vom Kl. zur Entscheidung gestellt worden – nicht jedoch bloße Vorfragen oder Tatbestandselemente eines Rechtsverhältnisses. Der Klageantrag war geeignet, die künftigen beruflichen Dispositionen des Kl. auf eine sichere rechtliche Grundlage zu stellen. Das LG hat deshalb zu Recht auch ein Feststellungsinteresse bejaht (vgl. BGH, NJW 2001, 221, m.w.N.).

b) Der Feststellungsantrag ist begründet.

Die gegenüber beiden Bekl. als Mitgliedern der Sozietät ausgesprochene Kündigung des Kl. v. 17.7.2002 hat unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist von einem Jahr mit Ablauf des 31.7.2003 zu seinem Ausscheiden aus der Sozietät geführt.

1. Die Parteien haben (mit dem 1992 aus der Sozietät ausgeschiedenen und inzwischen verstorbenen RA S.) unter dem 28.1.1989 einen Gesellschaftsvertrag (§§ 705 ff. BGB) zum Zweck „gemeinsamer Berufsausübung und Alterssicherung“ geschlossen (§ 1 des Sozietätsvertrages). Gem. § 15 des Vertrages haben sie die Laufzeit auf 30 Jahre fest bestimmt (beginnend mit der Fertigstellung der Büroräume in A., G.straße, am 1.5.1989 und endend mit dem Ablauf des 1.5.2019; vgl. GA 2, 222). Während der Dauer des Vertrages sollte das Recht zur (ordentlichen) Kündigung ausgeschlossen sein. Diese Regelung befindet sich zwar im Einklang mit den die Kündigung durch Gesellschafter betreffenden Vorschriften des § 723 I Satz 2, III BGB. Es ist danach eine Kündigung, sofern die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das Recht zur Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund ist in § 15 des Sozietätsvertrages nicht ausgeschlossen, sondern ausdrücklich unberührt geblieben.

30-jährige Bindungsdauer ist sittenwidrig

Die Vereinbarung einer 30-jährigen Bindungsdauer ist jedoch gem. § 138 I BGB i.V.m. Art. 12 I Grundgesetz sittenwidrig und nichtig.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Die vereinbarte Vertragsdauer ist außerordentlich lang. In einem früheren und in einem auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahren ergangenen Urte. v. 30.6.1998 hat der Senat zum Ausdruck gebracht, dass bei Sozietätsverträgen zwischen RAen eine sehr lange Bindungsdauer bis zum erstmöglichen Zeitpunkt eines Ausscheidens durch ordentliche Kündigung mit § 138 BGB nicht mehr zu vereinbaren sei (Az. U [Kart] 20/98, WuW/E DE-R 187 = NJW-WettbR 1999, 41 – Überlange Sozietätsbindung). Einschließlich einer – nicht zu knapp zu bemessenden – Kündigungsfrist hat der Senat damals eine Bindungsdauer von 13 Jahren für zu lang erachtet (WuW/E DE-R 187, 192, 193). Denn ein in einem zeitlichen Übermaß bindender Sozietätsvertrag beeinträchtigt die beteiligten RAe in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 I GG). Die Wertordnung des Grundgesetzes hat einen wesentlichen Einfluss auf die privatrechtlichen Vereinbarungen und Normen, insbesondere auf die sog. Generalklauseln, die – wie § 138 BGB mit dem Maßstab der „guten Sitten“ – normative Wertungen enthalten. Privatrechtliche Normen dürfen in keinem Widerspruch zu den Wertentscheidungen des Grundgesetzes stehen. Darüber hinaus sind einfachrechtliche Normen – wie sog. Generalklauseln – im Geist der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen auszulegen (vgl. BGH, NJW 1986, 2944, m.w.N.). Aufgrund dessen hat der BGH für ein den veräußernden RA nach Übergabe einer RA-Praxis vertraglich treffendes Wettbewerbsverbot entschieden, dass – vor allem mit Rücksicht auf die rechtliche Stellung des RA als eines freiberuflich tätigen, der Unabhängigkeit verpflichteten Organs der Rechtspflege und unabhängigen Beraters und Vertreters in allen Rechtsangelegenheiten (vgl. §§ 1 bis 3 BRAO) – nur in einem begrenzten Umfang örtliche, zeitliche oder gegenständliche Beschränkungen der Berufsausübung zuzulassen sind.

Der Grundsatz der freien Berufsausübung darf hiernach durch Vereinbarungen nur eingeengt werden, soweit besondere Umstände ein anerkanntes Bedürfnis annehmen lassen, den einen Vertragsteil davor zu schützen, dass der andere die Erfolge seiner Arbeit illoyal verwertet oder in sonstiger Weise zu seinen Lasten die Freiheit der Berufsausübung missbräuchlich ausnutzt. Dieser Forderung steht die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I Grundgesetz) folgende Vertragsfreiheit nicht entgegen, da die verfassungsmäßige Ordnung dieses Freiheitsrecht begrenzt (BGH, a.a.O., 2944, 2945).

Diese Grundsätze sind auf den hier zu beurteilenden Fall einer langdauernden vertraglichen Bindung eines RA an eine bestimmte RA-Sozietät zwar nicht mit gleicher Rechtswirkung zu übertragen, da dann außer Betracht bliebe, dass der (nur) an eine bestimmte Sozietät gebundene RA seinen Beruf in jener Sozietät jedenfalls ausüben kann. Dennoch kann auch die lang andauernde Bindung an einen bestimmten RA-Zusammenschluss schwerwiegend in die berufliche Existenz eines RA eingreifen und ihn daran hindern, seine besonderen Fähigkeiten und Neigungen in einer dem Grundrecht des Art. 12 I GG entsprechenden Weise frei zur Geltung zu bringen. Sofern eine solche Bindung wegen ihres zeitlichen Übermaßes dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit widerspricht, verstößt sie – gemessen am Wertungsmaßstab des § 138 BGB – zugleich gegen die „guten Sitten“ und ist damit nichtig (vgl. Senat, WuW/E DE-R 187, 192 f. – Überlange Sozietätsbindung).

Welche Bindungsdauer in einem zwischen RAen geschlossenen Sozietätsvertrag hiernach (noch) hinzunehmen ist, kann

allerdings nicht einheitlich, sondern nur anhand der am jeweiligen Einzelfall auftretenden Umstände entschieden werden. Es sind zu diesem Zweck alle Umstände des einzelnen Falles einer umfassenden Interessenabwägung zu unterziehen. Ist der Vertrag nur wegen seiner Befristung zu beanstanden, kann er im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich angemessene und zulässige Maß zurückgeführt werden. Bei den stärker wirkenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten hat sich ein unter der Wertentscheidung in Art. 12 I Grundgesetz noch hinzunehmender Zeitraum von zwei Jahren herausgebildet (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 741, 742; NJW 1994, 384, 385; NJW 1984, 2366, 2367; WM 1974, 74, 76). In Abgrenzung dazu darf die zeitliche Bindungsdauer eines Sozietätsvertrages zwischen RAen nach der Entscheidung des Senats v. 30.6.1998 ohne weiteres – und ohne dass es auf die Besonderheiten des einzelnen Falles ankommt – drei Jahre betragen.

Kündigungsfrist von einem Jahr ist angemessen

Um die Planungen und eine Umstellung der verbleibenden Sozietätsmitglieder sicherzustellen, erscheint darüber hinaus eine (nicht zu kurz zu bemessende) Kündigungsfrist von einem Jahr angemessen. Hieraus folgt, dass im Sinn einer im Regelfall zulässigen Untergrenze eine Sozietätsbindung von RAen im Zeitmaß von vier Jahren aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist (vgl. Senat, WuW/E DE-R 187, 193).

Bei der gebotenen umfassenden Prüfung und Interessenabwägung zur Klärung der Frage, ob die im Einzelfall verabredete Bindungsdauer ein rechtswidriges Übermaß annimmt, ist im Übrigen allein auf die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen, nicht aber auf solche Umstände abzustellen, die sich erst danach ergeben haben. Es kommt deswegen bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Falles nicht darauf an, inwieweit die Parteien durch ihre anwaltliche Tätigkeit zu den Umsätzen sowie zum Gewinn und zum wirtschaftlichen Erfolg der Praxis im Laufe der Jahre jeweils und im Einzelnen beigetragen haben. Genauso wenig ist von Belang (und muss daher über die streitigen Behauptungen aufgeklärt werden), welche Partei (der Kl. oder der Bekl. zu 1.) die nach dem Wirksamwerden des Sozietätsvertrages am 1.5.1989 begonnene steuerberatende Ausrichtung der Kanzlei maßgebend aufgebaut und hierfür Mandate akquiriert hat.

2. Die im Streitfall vorzunehmende Interessenabwägung hat zum Ergebnis, dass die – ohne die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung – im Sozietätsvertrag v. 28.1.1989 vereinbarte Bindungsdauer von 30 Jahren der im Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit verankerten Wertentscheidung widerspricht, damit i.S.v. § 138 I BGB gegen die „guten Sitten“ verstößt und auch unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer Altersversorgung, insbesondere einer künftigen Alterssicherung der bei Vertragsabschluss 52- und 50-jährigen Bekl. und des nochmals lebensälteren RA S., keinesfalls mehr zu rechtfertigen ist.

Die Bekl. und RA S. haben dem Kl. durch den Vertragsschluss und die Begleitumstände allerdings beträchtliche Vorteile zugewandt. Die vorher bereits bestehende Sozietät unter den Bekl. war am Ort des LG A. langjährig eingeführt. Gleiches traf auf die Kanzlei des im Vertrag v. 28.1.1989 zu den Parteien stoßenden RA S. zu. Infolge des Vertragsschlusses partizipierte der Kl. in gewichtigem Maß an den Vorleistungen und Investitionen der Bekl. Er war – nach seinem Staatsexamen und seiner Zulassung als RA – in der Praxis der Bekl. zuvor etwa fünf Jahre lang in einem freien Mitarbeiterverhältnis tätig gewesen. Eigene Mandate oder eine finanzielle Einlage brachte er in die Gesell-

Freie Berufsausübung unangemessen eingeschränkt

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

schaft nicht ein. Gleichwohl nahmen ihn die Bekl. und RA S. sogleich als Sozius mit gleichen Rechten (abgesehen von der Geschäftsführung) und paritätischer Gewinnbeteiligung auf (vgl. § 12 des Vertrages). Der Darstellung der Bekl. folgend darf angenommen werden, dass solche Konditionen nicht den Regelfall bilden, sondern – wenn nicht besondere Umstände hinzutreten – einem RA von Sozietäten der hier vorliegenden Art erst nach einer Berufstätigkeit von zwölf bis fünfzehn Jahren gewährt werden (wobei die Dauer der Tätigkeit des Kl. als freier Mitarbeiter in der Kanzlei der Bekl. freilich hinzuzurechnen ist). Zwar war der Dokortitel des Kl. dem Ansehen und dem Ruf der Sozietät zuträglich. Mit Blick darauf, dass sich dadurch zusätzliche Mandanten angesprochen fühlen konnten, konnte dies auch für die abgeschlossene Ausbildung des Kl. zum StB gelten. Diese Ausbildung und die Prüfung hatten die Bekl. – wie außer Streit steht – jedoch gefördert und auch zu einem Teil finanziert, indem sie den Kl. Anfang des Jahres 1989 von seinen Aufgaben als Mitarbeiter ihrer Kanzlei freistellten und ihm mehrere Monatsgehälter ohne eine äquivalente Gegenleistung bezahlten. Ohne die berufliche Qualifikation als StB wäre der Kl. – so der Vortrag des Bekl. zu 1 (GA 337) – in die Sozietät wohl auch nicht aufgenommen worden. Bei dieser Sachlage ist der Einschätzung der Bekl. nicht zu widersprechen, dass dem Kl. durch den Vertragsschluss gewichtige Vorteile eingeräumt worden sind, die geeignet waren, seine Berufsausübung zu konsolidieren und auf eine sichere Grundlage zu stellen.

Die Mitübernahme der in den §§ 18 und 19 des Vertrages eingegangenen Pensionsverpflichtungen der Sozietät gegenüber ausgeschiedenen Partnern und deren Witwen sollte – verknüpft mit einer 30-jährigen Laufzeit des Vertrages – nach Auffassung der Bekl. das interessengemäße und rechtlich sowie wirtschaftlich angemessene Gegengewicht zu den dem Kl. beim Abschluss des Vertrages zuteil gewordenen Leistungen bilden. Ihrer Darstellung zufolge standen die durch den Vertrag begründeten Rechte und Pflichten nach dem Verständnis der Parteien zueinander in einem ausgewogenen Verhältnis. Davon waren die Beteiligten – wie ohne weiteres festgestellt werden kann – bei Vertragsabschluss ersichtlich subjektiv überzeugt, da sie sonst den Vertrag v. 28.1.1989 mit diesem Inhalt nicht eingegangen wären. Objektiv (und ohne dass dies einer genauen Berechnung nach betriebswirtschaftlichen Methoden bedarf) wirkten sich die genannten Vorteile zu Gunsten des Kl. vor allem indes in einem ersten zeitlichen Teil der Laufzeit des Vertrages aus. In einem zweiten Teil seiner Laufzeit sollten hingegen die möglichen Nachteile zum Tragen kommen, die für die Gesamtdauer des Vertrages aus der Übernahme von Versorgungsverpflichtungen folgten. Unter den gegebenen Umständen hat der Kl. jene Verpflichtungen innerhalb der verabredeten Laufzeit des Vertrages allein zu tragen, wohingegen die Parteien beim Abschluss des Vertrages ersichtlich annahmen, ihre Sozietät werde durch eine Aufnahme weiterer RAe oder Angehöriger anderer freier Berufe, mit denen RAe (und Notare) eine berufliche Verbindung eingehen dürfen, verstärkt werden. Ausweislich der Regelung in § 20 des Vertrages v. 28.1.1989 haben die Parteien eine Erweiterung ihrer Sozietät bedacht. Dahin gehende Hoffnungen haben sich nicht erfüllt. Damit mussten die Parteien beim Abschluss ihres Vertrages freilich rechnen, so dass – auch aus diesem Grund – der Umstand, dass sich die Sozietät nicht vergrößert hat, das Ergebnis der Abwägung i.S. eines Klageerfolgs nicht beeinflussen kann.

Die Tatsache, dass die Beteiligten die Regelungen des Vertrages und die gegenseitigen Leistungen bei seinem Abschluss als ausgewogen empfunden haben, rechtfertigt auch unter Berücksichtigung der beträchtlichen Vorteile, die dem Kl. zugeflossen

waren, jedoch nicht eine so lange vertragliche Bindung, wie sie im vorliegenden Vertrag verabredet worden ist. Die Vereinbarung einer 30-jährigen und mit dem Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung verknüpften Vertragsdauer band den Kl. für einen sehr langen Zeitraum an eine Berufsausübung in der mit den Bekl. gegründeten Sozietät. Es ist nicht verfehlt festzustellen, dass die Bindungswirkung den voraussichtlich größten Teil seiner Berufstätigkeit erfasste und mit Rücksicht darauf, dass die Fähigkeit und Bereitschaft zu beruflicher Veränderung mit zunehmendem Lebensalter erfahrungsgemäß eher abnimmt, zumindest tendenziell geeignet war, sein gesamtes Berufsleben zu prägen. Damit nimmt die vereinbarte Bindungsdauer ein zeitliches Übermaß an, welches in einen nicht auflösbaren Widerspruch zur Freiheit der Berufsausübung tritt. Denn es wurde dadurch für einen sehr gewichtigen Teil seines Berufslebens die Möglichkeit des Kl. zu einer eigenen Gestaltung seiner beruflichen Betätigung und damit auch zu einer freien Entfaltung seiner spezifischen Neigungen und Fähigkeiten eingeschränkt. Der damit verbundene Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Berufsausübung ist von bedeutendem Gewicht. Die Bekl. verweisen den Kl. in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf das im Vertrag eingeräumte Recht zur Kündigung aus einem wichtigen Grund. Dieses Recht ist dem Recht zu jederzeitiger – wenn auch fristgebundener – Kündigung und Auflösung eines Vertrages nicht gleichwertig und mildert die Wirkung des Eingriffs nicht ab. Die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund errichten in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht beachtliche Hürden vor der Beendigung eines Vertrages, die mit Blick auf die den Kündigenden treffende Darlegungs- und Beweislast für die eine Kündigung rechtfertigenden Tatsachen in einem gewissen Maß auch Abschreckungswirkungen entfalten. Das der Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Kl. zufallende Gewicht wird ebenso wenig gemindert oder erst recht aufgewogen durch den Gesellschaftszweck einer Altersversorgung der lebensälteren Sozietätsmitglieder. Die Beteiligten haben zur Sicherung dieses – für sich allein betrachtet aner kennenswerten – Zwecks zu dem Mittel einer den Kl. im zeitlichen Übermaß bindenden Vertragsdauer gegriffen.

Dieses Mittel war nicht erforderlich, um den Zweck einer Alterssicherung zu erreichen. Eingegangene Pensionsverpflichtungen sind ablösbar. Dass eine Erfüllung der in den §§ 18 und 19 des Sozietätsvertrages übernommenen Leistungen zur Sicherung einer angemessenen und auskömmlichen Altersversorgung erforderlich ist, haben die Bekl., die insoweit wenigstens zu einer prozessual mitwirkenden Darlegung gehalten sind, nicht vorgetragen. Die im Vertrag verabredete Bindungsdauer engte die Freiheit der Berufsausübung damit in einem nicht zu rechtfertigenden zeitlichen Übermaß ein. Eine 30-jährige Bindung an eine bestimmte Sozietät verstößt i.S.v. § 138 I BGB gegen die „guten Sitten“ und ist nichtig.

Bindungsdauer für Alterssicherung nicht erforderlich

Die Bekl. berufen sich für ihren gegensätzlichen Standpunkt ohne Erfolg auf das Urt. des OLG München v. 18.2.1999 (Az. 19 U 5020/98, NZG 1999, 821). Das OLG München hat sich in der genannten Entscheidung mit den rechtlichen Auswirkungen des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 I Grundgesetz auf die im Sozietätsvertrag vereinbarte Bindungsdauer nicht befasst und hat diese nicht geprüft. Dieses Urteil widerspricht aus Sachgründen nicht der Entscheidung des Senats. Gleiches ist vom Urteil des BGH v. 19.1.1967 anzunehmen (Az. II ZR 27/65, WM 1967, 315). Der BGH hat in den Gründen seiner Entscheidung allerdings ausgeführt, im Allge-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

meinen könne eine rechtliche Bindung von Gesellschaftern bis zu 30 Jahren als unbedenklich angesehen werden (BGH, a.a.O., 316). Das Urteil betrifft indes eine zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehende stille Gesellschaft, die in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nicht durch eine berufliche Betätigung des stillen Gesellschafters, sondern durch eine Kapitalbindung gekennzeichnet ist. Demgegenüber wird die Stellung des RA infolge der gesetzlichen Ausgestaltung, die sie in den §§ 1 bis 3 BRAO erfahren hat, in besonderem Maß durch das Element der Berufsausübung geprägt. Dies gibt dazu Anlass, der im Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Grundgesetz zum Ausdruck gelangten Wertentscheidung bei der rechtlichen Beurteilung einer von RAen in einem Sozietätsvertrag eingegangenen zeitlichen Bindung einen hohen Rang zuzusprechen.

3. Der vorliegende Fall erfordert keine Entscheidung, mit welchem Zeitmaß eine Sozietätsbindung und ein Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung in einem Sozietätsvertrag unter den hier gegebenen Umständen noch hinzunehmen ist. Mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit im Allgemeinen und die besonderen Umstände, welche die Parteien der Vereinbarung einer Vertragsdauer von 30 Jahren zugrunde gelegt haben und die im oben stehenden Zusammenhang angesprochen worden sind, veranlasst der Streitfall jedenfalls zu überlegen, ob sich die Parteien – gemessen am Wertungsmaßstab von Art. 12 I Grundgesetz i.V.m. § 138 I BGB – in rechtlich nicht zu beanstandender Weise nicht doch über einen erheblich längeren Zeitraum binden durften, als dem Senat i.S. einer Untergrenze einer zulässigen vertraglichen Befristung in der Regel billigenswert erscheint. Die vom Kl. mit Schreiben v. 17.7.2002 erklärte Kündigung mit einer Frist von einem Jahr (oder von zwölf Monaten) hat aber mit Wirkung v. 31.7.2003 zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft geführt. Die Sozietät bestand im Zeitpunkt der Kündigung länger als dreizehn Jahre. Damit war im Zeitpunkt der Kündigungserklärung in jedem Fall, und zwar gerade auch mit Blick auf die im Vertrag vereinbarten Pensionsverpflichtungen, das noch hinzunehmende Maß einer zeitlichen Bindung deutlich überschritten. Dies hat erst recht dann zu gelten, wenn die vom Senat unter dem Gebot, den übrigen Sozietätsmitgliedern Umstellungen zu ermöglichen, für angemessen erachtete Kündigungsfrist hinzugerechnet wird. Der Vertrag v. 28.1.1989 hat damit im Ergebnis vierzehn Jahre lang bestanden. Eine noch längere vertragliche Bindung ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr zu billigen. Dies mag auch an der gesetzlichen Parallelwertung in § 624 Satz 1 BGB deutlich werden. Danach können Dienstverhältnisse, die für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen sind, von dem Verpflichteten in jedem Fall nach dem Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Damit soll nicht festgestellt werden, ein Zeitmaß von fünf Jahren sei als Obergrenze einer zulässigen Sozietätsbindung anzusehen, sondern nur beispielhaft klargemacht werden, in welchem zeitlichen und eine Behandlung rechtsähnlich zu beurteilender Sachverhalte übersteigenden Maß der Kl. eine Bindung an die Sozietät tatsächlich bereits hingenommen hat.

Ohne dass dies Auswirkungen auf die in diesem Prozess zu treffende Entscheidung hat, ist den Bekl. freilich darin zuzustimmen, dass die Kündigung des Kl. das von den Beteiligten als ausgewogen empfundene Vertragsgefüge empfindlich stört. Die Beteiligten sind bei Abschluss des Vertrages übereinstimmend von einem abgestimmten Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung ausgegangen. Die Bekl. im Besonderen haben den Vertrag in der Erwartung geschlossen, durch die übernommenen Pensionsverpflichtungen nach ihrem Ausscheiden aus der Sozietät wirtschaftlich abgesichert zu sein. Diese

vom Kl. erkannte und geteilte Erwartung gründete sich jedoch auf die rechtlich unzutreffende Vorstellung der Beteiligten, eine 30-jährige vertragliche Bindung an die Sozietät zulässig vereinbaren zu können. Der gemeinschaftliche Irrtum über die Rechtslage berührt wesentlich die wirtschaftlichen Grundlagen des Vertrages und führt damit eine Sachlage herbei, die nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage i.V.m. § 242 BGB (vgl. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) zu einer Anpassung des Vertrages Anlass gäbe. Im vorliegenden Fall haben die Parteien in § 22 des Sozietätsvertrages vereinbart, dass – sollte eine Bestimmung des Vertrages unwirksam sein – die Rechtswirksamkeit der übrigen Bestimmungen hiervon unberührt bleibe und anstelle der unwirksamen eine wirksame Bestimmung als vereinbart zu gelten habe, die dem von den Parteien Gewollten wirtschaftlich am nächsten komme. Aus der Unwirksamkeit der in § 15 des Sozietätsvertrages verabredeten zeitlichen Bindung folgt deshalb gem. § 139 BGB nicht ohne weiteres die Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Diese Rechtsfolge tritt nur ein, sofern – wozu im vorliegenden Rechtsstreit keine Veranlassung bestand – der hierfür darlegungspflichtige Kl. ggf. den Nachweis führt, dass die Parteien den teilnichtigen Vertrag als Ganzes verworfen hätten (vgl. BGH, GRUR 2004, 353 – Tennishallenpacht). Anderenfalls ist gem. den Regeln über die ergänzende Vertragsauslegung jene Vertragsbestimmung zu ermitteln, durch welche das Ungleichgewicht, in das das Vertragsgefüge durch die Kündigung des Kl. geraten ist, nach dem Willen der Parteien zu beseitigen ist.

4. Ob der Sozietätsvertrag wegen einer überlangen zeitlichen Bindung außerdem nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB teilnichtig ist, kann dahingestellt bleiben. An einer dahin gehenden schlüssigen Darlegung durch den Kl. sind allerdings Zweifel angebracht, die – ausgehend vom Vorbringen der Bekl. – den für das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit unerlässlichen Sachvortrag betreffen. Dies muss freilich nicht weiter ausgeführt werden.

Der Senat hat gem. § 543 ZPO für die Bekl. die Revision zugelassen.

Irrtum über die Erlaubnisbedürftigkeit der Rechtsberatung

RBerG Art. 1 § 8 Abs. 1 Satz 1; OWiG § 11

***Der Irrtum über den Inhalt bzw. die Notwendigkeit einer Erlaubnis zur Rechtsberatung ist als Tatbestandsirrtum und nicht als Verbotsirrtum zu bewerten.**

OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2004 – 222 Ss 71/04 (Owi)

Volltext unter www.brak.de

Zu den Voraussetzungen zur Zulassung zu einer Eignungsprüfung

EuRAG § 16

***1. Ein Staatsangehöriger der Vereinigten Staaten von Amerika kann nicht als Konsequenz der Meistbegünstigungsklausel im Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika die Vergünstigungen für sich in Anspruch nehmen, die gemäß § 16 Abs. 1 EuRAG Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz eingeräumt werden.**

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

***2. Es besteht keine allgemeine Praxis zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, RAe der jeweils anderen Staatsangehörigkeit nach Ablegung einer Zulassungsprüfung zur Rechtsanwaltschaft zuzulassen.**

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 30.9.2004 – 14 A 1937/99

Aus dem Tatbestand:

Der Kl. wurde am 19.1.1955 in Kalifornien (USA) geboren und ist amerikanischer Staatsbürger.

Im Jahr 1981 erwarb er ein Diplom Juris Docteur an der Universität von Virginia. Am 1.12.1981 wurde er zur Rechtsanwaltschaft in Kalifornien zugelassen. In der Zeit danach war der Kl. teils tätiges, teils nicht tätiges Mitglied der RAK von Kalifornien. In den Jahren 1984 und 1985 studierte er Internationales Recht an der Universität in Genf. Nach Abschluss des Studiums im Februar 1985 und der Beendigung der Referendarszeit von zwei Jahren bei einer internationalen Kanzlei in Paris wurde er am 6.4.1988 zur Kammer der französischen conseil juridique zugelassen. Ende 1989 wurde er Leiter der internationalen Rechtsabteilung des französischen Unternehmens l'Air Liquide S.A. Am 14.9.1994 erfolgte die Eintragung des Kl. bei der Anwaltskammer beim Berufungsgericht Paris in das RA-Verzeichnis. Mit Erlaubnisurkunde v. 31.5.1994, erweitert mit Ergänzungsurkunde v. 30.6.1995, erteilte der Präsident des AG Düsseldorf dem Kl. die Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als Rechtskundiger auf dem Gebiet des US-amerikanischen Rechts und des französischen Rechts mit dem Geschäftssitz in Düsseldorf. Laut Bescheinigung des Präsidenten des OLG Düsseldorf v. 16.6.1995 wurde der Kl. in die RAK Düsseldorf aufgenommen.

Mit Schreiben v. 24.1.1996 stellte der Kl. einen Antrag auf Zulassung zur Prüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Zur Begründung führte er aus: Der Antrag gründe sich auf seine Zulassung als RA in Frankreich, wo er mehr als drei Jahre als Rechtsberater tätig gewesen sei, und auf seinen Wohnsitz, der sich ununterbrochen seit März 1986 innerhalb der Europäischen Gemeinschaft befunden habe. Auch sprächen Gründe der Gegenseitigkeit für die begehrte Zulassung. Die RAK von Kalifornien lasse auch deutsche RAe in Kalifornien nach Ablegung einer Eignungsprüfung zu. Zudem berufe er sich auf den freien Dienstleistungsverkehr, wie er in Artikel 59 des Europäischen Gemeinschaftsvertrages vorgesehen sei. Dieser dürfe nicht nur auf Staatsangehörige aus Staaten der Europäischen Gemeinschaft, sondern auf alle Einwohner der Europäischen Gemeinschaft Anwendung finden.

Nachdem sich auch die Prüfungsämter beim Justizministerium Baden-Württemberg und beim Bayrischen Staatsministerium der Justiz, das Gemeinsame Prüfungsamt Berlin sowie das BMJ übereinstimmend auf den Standpunkt gestellt hatten, der Kl. erfülle nicht die Voraussetzungen für die Zulassung zur Eignungsprüfung, lehnte das beklagte Amt den Antrag des Kl. mit Bescheid v. 17.5.1996 ab. Zur Begründung führte es aus: Dem Kl. stehe kein Anspruch auf die begehrte Zulassung zu. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (Eignungsprüfungsgesetz) eröffne die Zulassung zur Eignungsprüfung nur Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes. Als amerikanischer Staatsangehöriger erfülle der Kl. diese Voraussetzungen nicht. Auch bestehe im Hinblick auf das klägerische Vorbringen kein allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz einer Verpflichtung zur „Gegenseitigkeit“.

Der Kl. hat am 14.6.1996 Klage erhoben. Zur Begründung hat er u.a. unter Bezugnahme auf eine gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. T. I., Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Köln, v. 22.10.1988, ausgeführt: Zwar könne der Kl. keine Ansprüche aus dem General Agreement on Trade in Services (GATS) herleiten. Jedoch räume Artikel 7 des bilateralen Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten v. 29.10.1954 (FHSV) dem Kl. den geltend gemachten Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung ein. Artikel VII FHSV erfasse generell auch die Niederlassungsfreiheit, insbesondere für den klassischen lizenzierten Beruf des RA. Auch würden die Regelungen des GATS nicht ausschließen, weiter reichende frühere Rechtsgewährungen wie die nach dem FHSV in ihrem Bestand anzuerkennen.

Der Kl. hat beantragt, das beklagte Amt unter Aufhebung seines Bescheides v. 17.5.1996 zu verpflichten, ihn zur Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zuzulassen.

Das beklagte Amt hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat es sich auf den Standpunkt gestellt: Dem Kl. stehe der geltend gemachte Anspruch nicht zu, da er kein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft sei. Ein für den Kl. günstigeres Ergebnis lasse sich auch nicht aus den Regelungen des FHSV herleiten. Gem. Artikel VII Abs. 1 FHSV werde den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteiles in dem Gebiet des anderen Vertragsteiles Inländerbehandlung hinsichtlich der Ausübung jeder Art von geschäftlicher, industrieller, finanzieller oder sonstiger gegen Entgelt vorgenommener Tätigkeit gewährt. Allerdings werde dieses Recht auf Inländerbehandlung durch Nr. 8 Satz 3 des ergänzenden Protokolls zum Freundschaftsvertrag gerade für die hier zu beurteilende Frage der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, also einem staatlich lizenzierten Beruf, eingeschränkt. Angesichts dieser Einschränkung könne sich der Kl. nicht darauf berufen, dass für deutsche Staatsangehörige, die die beruflichen Qualifikationen des Kl. vorweisen könnten, eventuell die Möglichkeit der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bestehe. Nach Art. VII Abs. 4 FHSV werde den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteiles sowie den von ihnen kontrollierten Unternehmen für die in diesem Artikel behandelten Angelegenheiten mindestens Meistbegünstigung gewährt. Diese Meistbegünstigungsregelung gelte allerdings nicht ohne Ausnahme. Eine solche Meistbegünstigungsausnahme zugunsten von wirtschaftlichen Integrationsgemeinschaften sei bereits dem Artikel VII Abs. 4 FHSV immanent. Dies entspreche der anerkannten rechtlichen Sonderstellung wirtschaftlicher Integrationsgemeinschaften. Für die Annahme der Meistbegünstigungsausnahme entscheidend von Bedeutung seien darüber hinaus auch die Regelungen des GATS. Schließlich bestünden Zweifel, ob der Kl. das Erfordernis des § 1 Abs. 2 Satz 2 Eignungsprüfungsgesetz erfülle, wonach der Beruf rechtmäßig mindestens drei Jahre ausgeübt worden sein müsse. Die Bescheinigungen der Anwaltskammer Paris seien widersprüchlich. Zudem sei nicht nachgewiesen, dass das vom Kl. in den USA erworbene Diplom vom französischen Staat anerkannt worden sei.

Durch das angefochtene Urteil, auf das Bezug genommen wird, hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen.

Auf Antrag des Kl. hat der zum damaligen Zeitpunkt für das Verfahren zuständige 22. Senat mit Beschl. v. 6.9.1999 die Berufung zugelassen.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Zur Begründung seiner Berufung führt der Kl. aus: Es bestehe keine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, das Recht zur Zulassung zur Eignungsprüfung nur Bürgern der EU vorzubehalten. Da die freie Niederlassung von EU-Staatsangehörigen in der Bundesrepublik Deutschland durch die Anwendung des Eignungsprüfungsgesetzes auf Personen, die nicht Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates seien, nicht beeinträchtigt werde, bestehe kein allgemeines Verbot der Gewährung der im Eignungsprüfungsgesetz vorgesehenen Erleichterung auch an Angehörige von Drittstaaten. Auch bestehe keine durch Völkergewohnheitsrecht entstandene Ausnahme von den in Artikel VII Abs. 1 und Abs. 4 FHSV normierten Geboten der Inländerbehandlung oder der Meistbegünstigung. Vielmehr bedürfe es insoweit einer Abänderung der früheren Übereinkünfte. Auch eine eventuell zugunsten von Zollunionen bestehende gewohnheitsrechtliche Ausnahme von vertraglichen Meistbegünstigungspflichten betreffend die Zolltarife sowie die Export- und Importvorschriften führe nicht zu einer Ausnahme hinsichtlich der Ausübung jeder Art von gegen Entgelt vorgenommener Tätigkeit. Eine Erweiterung der Meistbegünstigungsausnahme sei auch nicht infolge des GATS als Bestandteil im Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation in der Form erfolgt, dass die Meistbegünstigungsausnahme gegenüber allen aufgrund des Artikels V GATS eingeräumten Integrationsvorteilen anzuwenden sei. Schließlich berufe er – der Kl. – sich auf eine Stellungnahme des Außenministeriums der USA v. 18.2.2000, das seine Rechtsauffassung zur Anwendung der Meistbegünstigungsregelungen bestätigt habe.

Der Kl. beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und nach dem Klageantrag erster Instanz zu erkennen.

Das beklagte Amt beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung führt es aus: Der Klage fehle bereits das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Der Kl. verfolge vorwiegend nicht eigene rechtliche Interessen, sondern strebe vielmehr im Interesse anderer amerikanischer Staatsangehöriger eine Klärung der Rechtsfrage an, ob diesen eine Zulassung zur Eignungsprüfung unter Hinweis auf ihre Staatsangehörigkeit verweigert werden dürfe. Im Übrigen gehe es zwar davon aus, dass der Kl. hinreichende Berufserfahrungen mittlerweile nachgewiesen habe. Dennoch stehe ihm der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Die Regelungen des FHSV gewährten keine subjektiven Rechte. Eine Meistbegünstigungsausnahme zugunsten wirtschaftlicher Integrationsgemeinschaften sei bereits dem Artikel VII Abs. 4 FHSV kraft Völkergewohnheitsrecht immanent. Zudem hätten sich die Bundesrepublik Deutschland und die USA mit Abschluss des GATS u.a. auf eine Meistbegünstigungsausnahme für Wirtschaftsräume verständigt. Der klägerische Anspruch lasse sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Inländerbehandlung herleiten. Auch eine nach dem FHSV zu gewährende Inländerbehandlung stünde unter dem Vorbehalt für Wirtschaftsunionen und sei im Licht von Artikel V GATS auszulegen. Dem stehe nicht entgegen, dass sich auch Deutsche auf das Eignungsprüfungsgesetz berufen könnten. Dieses Gesetz stehe in untrennbarem Zusammenhang mit der Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, so dass auch für sie die Ausnahme gelte, die Artikel V GATS für die Teilnahme an einer solchen Wirtschaftsunion vorsehe. Soweit es das Abkommen v. 21.6.1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit betreffe, könne sich der Kl. darauf nicht berufen. Es diene als „Freihandelsassoziiierung“ dem Aufbau enger wirtschaftlicher Beziehungen zwischen den beteiligten Staaten und sei dem EWR-Abkommen vergleichbar.

Unter dem 7.4.2003 hat der Senat eine Anfrage an die Bundesregierung betreffend die Stellungnahme des „Department of State“ in Washington v. 18.2.2000 gerichtet und um Mitteilung gebeten, ob und ggf. mit welchem Inhalt die Bundesrepublik auf diese Note reagiert habe. Darüber hinaus hat er um Stellungnahme gebeten, wie die Anwendung der Klauseln des FHSV über die Inländerbehandlung/Meistbegünstigung im Bereich der Dienstleistungen in der zwischenstaatlichen Praxis in dem genannten völkerrechtlichen Zusammenhang gehandhabt oder grundsätzlich von Seiten der Bundesrepublik Deutschland gesehen werde.

Mit Schreiben v. 28.2.2003 hat das BMJ mitgeteilt, die Bundesregierung habe sich gegenüber dem US-Außenministerium auf dessen diplomatische Note v. 22.2.2000 an die deutsche Botschaft in Washington nicht geäußert. Im Übrigen gewähre der FHSV einzelnen Personen keine Rechtsansprüche. Der FHSV begründe lediglich einen allgemeinen Programmsatz i.S. einer politischen Absichtserklärung, gewähre jedoch kein subjektiv-öffentliches Recht von Einzelpersonen. Darüber hinaus existiere, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien des FHSV einzelnen Personen ein subjektiv-öffentliches Recht hätten verleihen wollen, jedenfalls eine spätere Übung, die dahin gehend bestehe, dass die Inländerbehandlung nach Art. VII Abs. 1 FHSV keine unmittelbar durchsetzbare Verpflichtung der Vertragsparteien enthalte, Angehörige der anderen Vertragspartei in jeglicher Hinsicht gegenüber den eigenen Staatsangehörigen gleich zu behandeln.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Parteivorbringens im Übrigen wird auf den Inhalt der Verfahrensakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Aus den Gründen:

Die Berufung, über die der Senat im Einverständnis der Parteien gem. § 101 Abs. 2 VwGO ohne weitere mündliche Verhandlung entscheidet, ist zulässig. Wie der Beklagte zu seiner mit Schriftsatz v. 28.4.2004 geäußerten Auffassung kommt, der Kl. strebe nicht eigene rechtliche Interessen, sondern im Interesse anderer amerikanischer Staatsangehöriger eine Klärung der hier in Rede stehenden Rechtsfragen an, so dass ihm das Rechtsschutzinteresse fehle, ist nicht nachvollziehbar. Die auf Wunsch des Kl. in den in der mündlichen Verhandlung v. 22.1.2004 geschlossenen Widerrufsvergleich aufgenommenen zeitlichen Vorgaben lassen sich ohne weiteres mit der aus Sicht des Kl. erforderlichen Vorbereitungszeit zur Ablegung der Eignungsprüfung erklären.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil dem Kl. der geltend gemachte Anspruch auf Zulassung zur Eignungsprüfung weder gem. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Eignungsprüfungsgesetz noch gem. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der RAe (EuRAG), der dem Eignungsprüfungsgesetz nachfolgenden Regelung, zusteht.

§ 16 I, II EuRAG ist nicht anwendbar

Nach § 1 Abs. 1 des Eignungsprüfungsgesetzes hat ein Staatsbürger eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft, der ein Diplom erlangt hat, aus dem hervorgeht, dass der Inhaber über die beruflichen Voraussetzungen verfügt, die für den unmittelbaren Zugang zu einem der in der Anlage zu dieser Vorschrift aufgeführten Berufe erforderlich sind, vor der Zulas-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

sung zur Rechtsanwaltschaft eine Eignungsprüfung abzulegen. Gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 Eignungsprüfungsgesetz berechtigt ein Diplom auf Grund einer Ausbildung, die nicht überwiegend in den Europäischen Gemeinschaften stattgefunden hat, zur Ablegung der Eignungsprüfung, wenn der Inhaber einen in der Anlage zu dieser Vorschrift aufgeführten Beruf tatsächlich und rechtmäßig mindestens drei Jahre ausgeübt hat und dies von dem Mitgliedstaat bescheinigt wird, der das Diplom ausgestellt oder anerkannt hat. Gem. § 16 Abs. 1 EuRAG kann ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, der eine Berufsausbildung abgeschlossen hat, die zum unmittelbaren Zugang zum Beruf eines europäischen RA berechtigt, eine Eignungsprüfung ablegen, um zur Rechtsanwaltschaft zugelassen zu werden. Gem. § 16 Abs. 2 EuRAG berechtigt eine Berufsausbildung, die nicht überwiegend in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum stattgefunden hat, zur Ablegung der Eignungsprüfung nur, wenn der Bewerber den Beruf eines europäischen RA tatsächlich und rechtmäßig mindestens drei Jahre ausgeübt hat und dies von dem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat bescheinigt wird, der die Ausbildung anerkannt hat.

Es kann dahinstehen, ob die vom Kl. vorgelegte „Attestation“ der RAK von Paris v. 12.12.2002 den gesetzlichen Anforderungen entspricht, weil aus ihr nicht hervorgeht, dass die RAK Paris nach französischem Recht für die Ausstellung einer solchen Bescheinigung zuständig ist. Auch das beklagte Amt hat seine Zweifel aufrechterhalten, wenn es sich auch bereit erklärt hat, die Anforderungen im Einzelfall als erbracht anzusehen.

Denn der Kl. ist Staatsangehöriger der Vereinigten Staaten von Amerika und erfüllt daher die in den maßgeblichen Rechtsnormen genannten Voraussetzungen im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit nicht.

Der Kl. vermag sich auch nicht auf die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII Abs. 4 FHSV berufen, wonach den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteils sowie den von ihnen kontrollierten Unternehmen für die in diesem Artikel behandelten Angelegenheiten mindestens Meistbegünstigung gewährt wird. Gem. Art. XXV Abs. 4 FHSV bedeutet der Ausdruck „Meistbegünstigung“ die innerhalb des Gebiets eines Vertragsteils gewährte Behandlung, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die dort unter gleichartigen Voraussetzungen den Staatsangehörigen, Gesellschaften, Erzeugnissen, Schiffen und sonstigen Objekten jeglicher Art irgendeines dritten Landes gewährt wird.

Der Senat lässt offen, ob der Rechtsauffassung des beklagten Amtes unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen des BMJ v. 28.8.2003 und v. 23.4.2004 insoweit zuzustimmen ist, als der FHSV insoweit lediglich einen allgemeinen Programmsatz i.S. einer politischen Absichtserklärung beinhalte und im Übrigen einzelnen Personen keine Rechtsansprüche gewähre.

So wohl aber der BGH, Urt. v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, veröffentlicht u.a. in: BGHZ 153, 353 = WM 2003, 699 = NJW 2003, 1607 = MDR 2003, 647.

Diese Frage bedarf hier deswegen keiner Entscheidung, weil sich der bilaterale FHSV zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika nicht auf die Regelungen des Eignungsprüfungsgesetzes und des EuRAG als EU-Recht erstreckt. Ist, wie hier, eine Meistbegünstigung vereinbart, so gilt diese nicht schrankenlos. In der Regel bedürfen zwar Vorbehalte, um gegenüber einem aus der Meistbegünstigungsklausel berechtigten Vertragspartner wirksam zu

sein, grundsätzlich der ausdrücklichen Vereinbarung. Einzelne Ausnahmen sind jedoch so regelmäßig in allen Verträgen enthalten, dass sie einen stillschweigenden Vorbehalt begründen. Hierzu zählen beispielsweise die sog. Zollunionsvorbehalte, was entsprechend auf die Bildung von Freihandelszonen, wie ursprünglich die EWG, und damit auch auf die EU und die EG auszuweiten ist.

Vg. *Strupp/Schlochhauer*, Wörterbuch des Völkerrechts, Band 2, S. 501; *Verdross/Siemer*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., § 763; *von Münch*, Völkerrecht in programmierter Form, S. 357.

Auch wenn dies in Art. VII Abs. 4 FHSV keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat, so kann Anknüpfungspunkt für Meistbegünstigung nicht eine Position sein, die die Bundesrepublik Deutschland dem Angehörigen eines Drittstaates im Hinblick auf die rechtliche Gegebenheit zubilligt, die im Rahmen eines Zusammenschlusses mit anderen Staaten zu supranationalen Gemeinschaften unter teilweiser Aufgabe eigener Regelungskompetenz begründet wurden. Für eine durch völkerrechtliche Vereinbarung zugesicherte Einräumung gleicher Vergünstigungen, wie sie anderen Ausländern seitens der Vertragsstaaten zubilligt wird, kann als Bezugspunkt im Grundsatz nur eine ebenfalls im bilateralen Verhältnis zu einem anderen Staat begründete Behandlung herangezogen werden, nicht aber ein Rechtszustand, wie er sich als Folge der Integration eines Vertragsstaates in eine supranationale völkerrechtliche Gemeinschaft darstellt. Eine derartige Schranke ist Klauseln wie der hier umstrittenen Meistbegünstigungsklausel immanent, so schon *Hess*. VGH, Beschl. v. 5.2.2004 – 9 TG 2664/03, InfAuslR 2004, 185, m.w.N.; ebenso im Ergebnis: BVerwG, Urt. v. 29.4.1971 – I C 7.69, *Buchholz*, 402.24, § 2, Nr. 2; ohne dass es zur rechtlichen Beurteilung dieser Frage noch eines Rückgriffs auf die Regelungen des GATS bedarf.

Nichts Gegenteiliges lässt sich aus der diplomatischen Note des United States Department of State v. 18.2.2000 unter völkergewohnheitsrechtlichen Gesichtspunkten herleiten. Das BMJ hat unter dem 28.2.2003 mitgeteilt, die Bundesregierung habe sich gegenüber dem Außenministerium der Vereinigten Staaten von Amerika auf die diplomatische Note v. 18.2.2000 an die Deutsche Botschaft in Washington nicht geäußert.

Anhaltspunkte, dass eine dem Inhalt der Note entsprechende Praxis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika besteht, RAe mit der jeweils anderen Staatsangehörigkeit, ggf. nach Ablegung einer Zulassungsprüfung, zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Beispielsfälle sind weder der amerikanischen Note zu entnehmen noch vom Kl. in anderer Weise dargelegt worden. Es lässt sich im Gegenteil der vom Kl. vorgelegten Abhandlung „Innocents Abroad: Opportunities and Challenges for the International Legal Adviser“ von *Wayne J. Carroll* aus dem *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Band 34, 1097, 1107 ff. entnehmen, dass es eine äußerst unterschiedliche Praxis in den Einzelstaaten der Vereinigten Staaten gibt.

Besteht somit kein Anspruch auf Zulassung zur Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Meistbegünstigungsklausel in Art. VII Abs. 4 FHSV, so vermag sich der Kl. ebenfalls nicht darauf zu berufen, wie ein Inländer behandelt zu werden. Zwar wird den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteils nach Art. VII Abs. 1 FHSV in dem Gebiete des anderen Vertragsteils Inländerbehandlung hinsichtlich der Ausübung jeder Art von

Meistbegünstigungsklausel des FHSV nicht anwendbar

Keine Praxis gegenseitiger Zulassung nach Prüfung

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

geschäftlicher, industrieller, finanzieller oder sonstiger gegen Entgelt vorgenommener Tätigkeit gewährt. Nr. 8 Satz 3 des Protokolls zum FHSV sieht jedoch vor, dass Rechtsvorschriften, durch welche die Ausübung von staatlich lizenzierten Berufen Staatsangehörigen des jeweiligen Gebietes vorbehalten oder von der Ablegung eines Staatsexamens, einer Zulassung oder vom Wohnsitz abhängig gemacht werden, durch die Bestimmung des genannten Abs. 1 des Art. VII nicht ausgeschlossen sind. Solche Rechtsvorschriften mit den genannten Einschränkungen hat der Gesetzgeber durch das Eignungsprüfungsgesetz und nachfolgend durch das EuRAG ebenso wie durch die BRAO erlassen.

Eine Verpflichtung, dem Kl. entsprechend den Regelungen des Eignungsprüfungsgesetzes bzw. des EuRAG den vollständigen Zugang zum Beruf eines RA zu ermöglichen, ergibt sich letztlich auch nicht aus der Meistbegünstigungsklausel des Art. VII Abs. 4 FHSV in Ansehung des Abkommens v. 21.6.1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit. Denn auch dieses Abkommen betrifft nicht das bilaterale Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, auf die sich der Kl. über die Meistbegünstigungsklausel berufen hat, sondern beruht auf dem Zusammenschluss der Europäischen Staaten zu einer supranationalen Gemeinschaft in der EG und regelt deren Beziehungen zu der Schweizer Eidgenossenschaft. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass als Vertragsparteien nicht nur die Europäische Gemeinschaft, sondern auch deren Mitgliedstaaten in diesem Abkommen genannt sind. Die Aufführung der einzelnen Mitgliedstaaten beruht vielmehr darauf, dass der Europäischen Gemeinschaft als solcher bislang noch keine ausschließliche Befugnis zukommt, die Mitgliedstaaten auch in den hier interessierenden Bereichen völkerrechtlicher Verträge zu vertreten. Bilaterale Regelungen zwischen den Mitgliedstaaten der EG und der Schweizerischen Eidgenossenschaft auf Grund dieses Abkommens entstehen zudem nicht und sind auch nach dessen Sinn und Zweck ausgeschlossen. Gem. Art. 25 Abs. 1 Satz 1 bedurfte das Abkommen zwar der Ratifikation oder Genehmigung durch die Vertragsparteien gem. ihren eigenen Verfahren. Nach Satz 2 trat es jedoch erst am Tag des zweiten Monats in Kraft, der auf die letzte Notifikation der Hinterlegung der Ratifikations- oder Genehmigungsurkunden weiterer sieben Abkommen folgte. Zu seiner Wirksamkeit bedurfte das Abkommen somit der Zustimmung aller Mitglieder der EG, so dass es bilaterale Beziehungen nicht begründen konnte. Ebenso ist ausgeschlossen, dass einzelne Mitgliedstaaten aus dem Abkommen ausscheren mit der Folge, dass lediglich bilaterale Beziehungen übrig bleiben. Gem. Art. 25 Abs. 2 Satz 1 verlängert sich das Abkommen für unbestimmte Zeit, sofern die Gemeinschaft oder die Schweiz, nicht aber ein Mitgliedstaat, der anderen Vertragspartei vor Ablauf der anfänglichen Geltungsdauer von sieben Jahren nichts Gegenteiliges notifiziert. Auch das Kündigungsrecht nach Art. 25 Abs. 3 Satz 1 steht nur der Europäischen Gemeinschaft oder der Schweiz, nicht jedoch den einzelnen Mitgliedstaaten zu.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Reichweite eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

HGB § 74c Abs. 1

***Ein in der Rechts- und Steuerabteilung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestellter RA, der einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt, unterlässt während der Karenzzeit**

nicht dadurch böswillig anderweitigen Erwerb i.S.d. § 74c Abs. 1 HGB, dass er über ein Zweitstudium im Ausland die allseits bekannte und sinnvolle Zusatzqualifikation des „Master of Law“ erwirbt.

LAG Köln, Urteil v. 4.5.2004 – 1 Sa 1240/03

Volltext unter www.brak.de

Unzulässige Rechtsberatung durch Mediator

RBerG Art. 1 § 1; UWG § 1, § 13 a.F.; UWG § 3, § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 22

***1. Ein Diplom-Psychologe verstößt gegen das Rechtsberatungsgesetz, wenn er als Mediator ohne Rechtsberatungserlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG mit Eheleuten als Medianten auf deren Bedürfnisse zugeschnittene Vereinbarungsentwürfe für die Folgen einer Scheidung (u.a. Versorgungsausgleich, Unterhalt, elterliche Sorge) erarbeitet.**

***2. An der Unzulässigkeit dieser Vereinbarung ändert sich auch nicht allein deshalb etwas, wenn der Mediator die Eheleute darauf hinweist, dass das Vereinbarte noch der notariellen Beurkundung bedürfe.**

LG Leipzig, Urteil v. 19.6.2004 – 5 O 1899/04

Volltext unter www.brak.de

Anwaltsvergütung – Abwicklung eines üblichen Verkehrsunfalls

RVG § 2, § 13, § 14, VV Nr. 2400

***1. Die Abwicklung eines üblichen Verkehrsunfalls durch einen RA stellt grundsätzlich eine durchschnittliche Angelegenheit dar, die eine Geschäftsgebühr i.H.v. 1,3 rechtfertigt.**

***2. Die Toleranzgrenze von 20%, innerhalb derer die Überprüfung der Anwaltsvergütung nicht stattfindet, gilt auch für die Festsetzung der Vergütung nach dem RVG.**

AG Kelheim, Ur. v. 21.12.2004 – 0929/04

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage erweist sich als begründet. Die Parteien streiten über die Höhe einer Geschäftsgebühr anlässlich einer Unfallregulierung. Während der Kl. eine Geschäftsgebühr i.H.v. 1,3 als angemessen erachtet, sieht die Bekl. eine solche lediglich i.H.v. 1,0 als erstattungsfähig an.

Unstreitig zwischen den Parteien ist, dass die Tätigkeit des klägerischen RA im vorliegenden Fall weder umfangreich noch schwierig war. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass ein üblicher Verkehrsunfall grundsätzlich eine durchschnittliche Angelegenheit darstellt. Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass der RA bei Festlegung der Rahmengebühren einen Ermessensspielraum hat, der innerhalb einer etwa 20%igen Toleranzgrenze keiner Überprüfung unterliegt.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint die mit der Klage geltend gemachte Abrechnung nicht zu beanstanden. Zumindest aufgrund des zuzubilligenden Toleranzbereiches bewegt sich die Abrechnung noch in einem Bereich, in dem von einem Ermessensmissbrauch nicht ausgegangen werden kann.

Die Einholung eines Gutachtens der RAK war nicht erforderlich, da das vorliegende Verfahren keinen Rechtsstreit zwischen Anwalt und Mandant betrifft.

Hinweis der Redaktion:

Vgl. in diesem Sinne auch AG Landstuhl NJW 2005, 161.