

2/2005
15. 4. 2005 36. Jahrgang

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Aus dem Inhalt

Beirat

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

Akzente

Selbstverwaltet und unabhängig (RAuN Dr. Bernhard Dombek) 49

Aufsatz

Das anwaltliche Berufsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jürgen Papier) 50

Kooperationsformen bei Rechtsanwälten – Teil 1: Von Einzelkanzleien, Sozietäten, Gesellschaften bis zu Netzwerken, Ketten und Franchising-Systemen (RA Ottheinz Kääb/Dr. Willi Oberlander) 55

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (RA Bertin Chab)
Hinweispflichten außerhalb des eigentlichen Auftrags (BGH v. 21.1.2005) 72

Amtliche Bekanntmachungen

Beschlüsse der 3. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22./23.11.2004 in Berlin 77

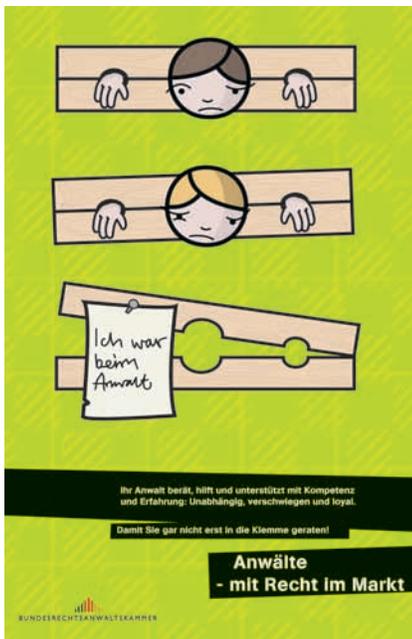
Berufsrechtliche Rechtsprechung

Durchsuchung der Kanzleiräume von Strafverteidigern wegen Verdachts der Geldwäsche (BVerfG v. 14.1.2005) 82

Kein Zulassungswiderruf trotz Vermögensverfalls (BGH v. 18.10.2004) 86

Vertretung widerstreitender Interessen – gleichzeitige Vertretung von Betriebsratsmitglied und Betriebsrat (BAG v. 25.8.2004) 92

Zur Verfassungsgemäßheit des Verbots der Vereinbarung eines Erfolgshonorars (OLG Celle v. 2.11.2004) 94



BRAKMagazin

Fragebogen zum Berufsbild der Anwälte
Satzungsversammlung liberalisiert Anwaltswerbung

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

2/2005

Inhalt

BRAK Mitteilungen

Akzente

Selbstverwaltet und unabhängig (*B. Dombek*) 49

Aufsätze

Das anwaltliche Berufsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (*H.-J. Papier*) 50

Kooperationsformen bei Rechtsanwälten – Teil 1: Von Einzelkanzleien, Sozietäten, Gesellschaften bis zu Netzwerken, Ketten und Franchising-Systemen (*O. Kääh/W. Oberlander*) 55

Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht – Zu den berufrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs (*K. Thum*) 60

Die Teilnahme am New York Bar Exam (*S. H. Schneider*) 63

Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten (*K. Otto*) 67

Pflichten und Haftung des Anwalts

Das aktuelle Urteil (*B. Chab*)

Hinweispflichten außerhalb des eigentlichen Auftrags (BGH v. 21.1.2005 – IX ZR 186/01) 72

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

Haftung

Beschleunigter Misserfolg kein Schaden im Rechtssinne (BGH v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00) 73

Beweislast bei § 61 InsO (BGH v. 17.12.2004 – IX ZR 185/03) 73

Keine Haftung des Insolvenzverwalters für Prozesskosten (BGH v. 2.12.2004 – IX ZR 142/03) 73

Fristen

Tägliche Durchsicht der E-Mails (KG v. 6.1.2005 – 16 UF 114/04) 74

Zustellung an Rechtsanwaltskanzlei um 18.22 Uhr (OLG München v. 9.2.2001 – 23 U 5069/00) 74

Zustellung gegen Empfangsbekanntnis an Sozietät (OVG Lüneburg v. 27.9.2004 – 11 LA 107/04) 74

Fristenkontrolle anlässlich einer Besprechung mit dem Mandanten (BGH v. 1.12.2004 – XII ZB 164/03) 75

PKH, Wiedereinsetzung und Berufungsbegründungsfrist (BGH v. 27.9.2004 – II ZB 17/03) 75

Aus der Arbeit der BRAK

Beschlüsse der 49. Tagung der Gebührenreferenten 75

Mitglieder der Rechtsanwaltskammern zum 1.1.2005 76

Presseerklärung 77

Amtliche Bekanntmachungen

Beschlüsse der 3. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22./23.11.2004 in Berlin 77

Beschlüsse der 4. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.2.2005 in Berlin 79

5. Sitzung der 3. Satzungsversammlung 81

Personalien

Personalien 81

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

BVerfG	14.1.2005	2 BvR 1975/03	Durchsuchung der Kanzleiräume von Strafverteidigern wegen Verdachts der Geldwäsche	82
--------	-----------	---------------	--	----

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

BGH	2.12.2004	AnwZ (B) 72/02	An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen	84
BGH	8.11.2004	AnwZ (B) 84/03	Fachanwalt – Zum Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen auf dem Gebiet des Strafrechts	85
BGH	18.10.2004	AnwZ (B) 69/03	An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen (LS)	86
BGH	18.10.2004	AnwZ (B) 43/03	Kein Zulassungswiderruf trotz Vermögensverfalls	86
Niedersächsischer AGH	29.12.2004	AGH 13/04	Versagung der Berufstätigkeit wegen der Gefahr von Interessenkollisionen (LS)	87
AGH Baden-Württemberg	11.12.2004	AGH 15/2003 (I)	Zur Zulässigkeit von Anträgen zur Kammerversammlung (LS)	88
AGH Rheinland-Pfalz	24.11.2004	2 AGH 13/04	Zuschlag zum Kammergrundbeitrag (LS)	88

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH	11.11.2004	I ZR 182/02	Rechtsberatungsgesetz – Testamentsvollstreckung durch Steuerberater (LS)	88
BGH	11.11.2004	I ZR 213/01	Rechtsberatungsgesetz – Testamentsvollstreckung durch Banken	88
BGH	25.10.2004	II ZR 171/02	Sozietät – Vorrang des Fortbestandes gegenüber einer Zwangsversteigerung	90
BGH	12.10.2004	WpSt (R) 1/04	Zum Verhältnis verschiedener Berufsgerichtsbarkeiten (LS)	91
BAG	25.8.2004	7 ABR 60/03	Vertretung widerstreitender Interessen – gleichzeitige Vertretung von Betriebsratsmitglied und Betriebsrat	92
BFH	15.11.2004	VII B 197/03	Rechtsanwaltsaktiengesellschaft – Zur Vertretungsberechtigung vor dem Bundesfinanzhof (LS)	93
OLG Celle	2.11.2004	3 U 250/04 (A)	Zur Verfassungsgemäßheit des Verbots der Vereinbarung eines Erfolgshonorars	94
OLG Frankfurt am Main	14.10.2004	6 U 198/03 (n.r.)	Anwaltliche Werbung – Zur Reichweite des Sachlichkeitsgebots	95

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

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

BRAK-MITTEILUNGEN

Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik

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

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

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

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

E-Mail: info@otto-schmidt.de

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

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

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

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

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

ANZEIGEN: an den Verlag.

Anzeigenleitung: Renate Becker (verantwortlich).

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

DRUCKAUFLAGE dieser Ausgabe: ■■■■■■ 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 ■. Quartal ■■■■■: ■■■■■■ Exemplare.

ISSN 0722-6934



Aktuelle Hinweise

Buchbesprechungen

Die Rechtsanwaltschaft im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm 1879 bis 2004

Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm

736 Seiten, gebunden, Verlag Gebrüder Wilke GmbH, ISBN: 3-931-283-51-8, € 49,50 (für Kammermitglieder bei Direktbezug über die RAK Hamm: € 39,60)

Anlässlich des 125-jährigen Bestehens der Rechtsanwaltskammer Hamm ist eine Festschrift erschienen. Sie lässt die bewegte Geschichte der Anwaltschaft im Kammerbezirk seit In-Kraft-Treten der Reichsjustizgesetze am 1. Oktober 1879 noch einmal Revue passieren. Das Werk enthält allerdings nicht nur historische Rückblenden, sondern überdies eine Vielzahl von Beiträgen, die sich mit der Stellung und den Aufgaben der Rechtsanwaltskammer beschäftigen und die Herausforderungen und Perspektiven der Anwaltschaft in einem sich wandelnden Rechtsberatungsmarkt näher beleuchten. Die Festschrift ist so zu einem Abbild eines modernen, lebendigen Kammerlebens geworden.

Aus dem Inhalt:

- Zur Geschichte der Rechtsanwaltskammer Hamm
- Das Ende der Rechtsanwaltskammer Hamm in der Nazi-Zeit
- Die Rechtsanwaltskammer und die anwaltliche Selbstverwaltung
- Die Rechtsanwaltskammer und die Anwaltsgerichtsbarkeit
- Hamm – Der Sitz der Rechtsanwaltskammer als Standort von Gerichten.

Darüber hinaus sind Aufsätze zu den Aufgaben der Rechtsanwaltskammer (Zulassung, Berufsaufsicht, Fachanwaltsausschüsse, Gebührensachen etc.) und Beiträge zum anwaltlichen Berufsrecht (u.a. Verschwiegenheitspflicht, Tätigkeitsverbote, Parteiverrat, Werbung, Fortbildung) und Gebührenrecht enthalten.

Abgerundet wird die Festschrift mit Beiträgen zu den anwaltlichen Versorgungseinrichtungen in NRW und ausführlichen Darstellungen zur Geschichte und aktuellen Situation des Anwaltsnotariats im Kammerbezirk. Die Festschrift schließt mit einem Verzeichnis der Vorstandsmitglieder der Rechtsanwaltskammer Hamm seit 1879.

Die Aufmachung der Festschrift ist in Druck- und Abbildungsqualität ausgesprochen hochwertig. Über den Buchhandel ist sie zu einem Preis von 49,50 € zu erwerben. Für Kammermitglieder besteht die Möglichkeit zu einem nochmals um 20 % vergünstigten Direktbezug über die Rechtsanwaltskammer Hamm. Der Preis beträgt dann 39,60 €.

Schulz/Klugmann, Wissensmanagement für Anwälte, Carl Heymanns Verlag, Köln 2005, 118 Seiten, 24,80 Euro, ISBN 3-452-25844-0

Rechtsanwälte und Angehörige anderer juristischer Berufe werden mit einer ständig wachsenden Flut von juristischen Informationen konfrontiert. Dabei werden häufig noch nicht einmal alle wichtigsten Informationsquellen genutzt. Nun wäre es zwar menschlich, die von außen einströmende Informationsflut so weit wie möglich zu verdrängen. Ein solches Verhalten stünde jedoch in krassem Widerspruch zu der von der Anwaltschaft selbst auferlegten Fortbildungspflicht und zöge unter Umständen eine vertragliche Haftung nach sich. Bekanntlich trifft den Rechtsanwalt die Pflicht, „erkennbar bevorstehende Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ bei seiner Tätigkeit zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92). Vom Steuerberater wird verlangt, dass er sich aus „allgemein zugänglichen Quellen über den näheren Inhalt und den Verfahrensstand“ von bloßen Gesetzesvorhaben unterrichtet (BGH, Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 472/00).

Durch den unaufhaltsamen Trend zur Spezialisierung gewinnt zudem der Austausch von Erfahrungswerten *innerhalb*

der Anwaltskanzlei an Bedeutung. Tatsächlich werden die gerade bei älteren Kollegen naturgemäß vorhandenen Wissenspotenziale selten ausgeschöpft. Da liegt es nahe, das bereits bestehende Wissen nach und nach zu sammeln, aufzubereiten und für andere Kollegen und Mitarbeiter der Kanzlei zur Verfügung zu stellen. Systematisch abrufbares Wissen i.S.v. Erfahrungswerten, also erprobtem Fachwissen, ist im Berufsalltag längst zu einem entscheidenden Erfolgsfaktor und zur betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit geworden. Wissensmanagement dient der Effizienzsteigerung, der Sicherung der Beratungsqualität, der Mandantenbindung und der Integration von neuen Mitarbeitern.

Das nun vorliegende Werk versteht sich als Leitfaden bei Aufbau, Entwicklung und kontinuierlicher Pflege eines Wissensmanagement-Systems. Es ist nicht nur eine hervorragende wissenschaftliche Dokumentation zum spannenden Thema Wissensmanagement, sondern auch eine nützliche Anleitung für die Praxis. Beim Aufbau eines Wissensmanagement-Systems helfen Kontrollfragen und Zusammenfassungen am Ende eines jeden Kapitels. Beide Autoren sind Rechtsanwälte und waren bereits als „Knowledge Management Lawyer“ in internationalen Anwaltskanzleien tätig. Sie kennen die Probleme und Hürden, die es beim Wissensmanagement in Anwaltskanzleien zu überwinden gilt. Beispielsweise wird einfühlsam vermittelt, dass der Erfolg eines solchen Systems entscheidend von der konsequenten Nutzung durch alle Kollegen und Mitarbeiter abhängt. In vielen Kanzleien müssen – auch im Computerzeitalter – erst einmal Hemmungen im Umgang mit der Technik nebst anderen Vorbehalten bezwungen werden.

Abgerundet wird das vorliegende Buch mit einem „Wegweiser“ zu externen juristischen Wissensquellen (Printmedien und elektronische Medien) sowie einem Anhang mit sorgfältig ausgewählten und kommentierten Internetadressen.

RA Dirk Vollmer, Karlsruhe

(Fortsetzung Seite VI)

(Fortsetzung von Seite V)

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 Mishke-

not 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 Oster-*

loh, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe;

Kaffeepause
anschließend Diskussion

14.00 Uhr **Das Parteiensystem in Israel und Deutschland**

Dr. *Ygal Marzel*, Registrator beim Supreme Court, Jerusalem

„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

(Fortsetzung Seite VIII)

(Fortsetzung von Seite VI)

„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.: 06 11/4 11 44 96; Fax: 06 11/4 47 98 48; E-Mail: DIJV.EH@t-online.de; Internet: www.dijv.de.

Vermischtes

Opferbroschüre des BMJ

Die Bundesministerin der Justiz weist auf eine neue Broschüre zum Opferschutz hin. Kinder und Jugendliche sollen in jugendgerechter Sprache über den Ablauf eines Strafverfahrens informiert werden, um ihnen die Angst vor der Anzeige der Tat zu nehmen und sich insgesamt sicherer zu fühlen. Die Broschüre kann über bmj@gvp-bonn.de kostenlos bezogen oder unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/814.pdf> abgerufen werden.

(Fortsetzung Seite XVI)

(Fortsetzung von Seite VIII)

Master-Studiengangs Mediation an der Europa- Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

Im Oktober 2005 beginnt an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) der zweite Jahrgang des postgradualen Master-Studiengangs Mediation, der in Kooperation mit dem Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin angeboten wird. Mediation ist ein in den USA schon seit Jahrzehnten bewährtes Verfahren, das zunehmend auch in Deutschland zur außergerichtlichen Bearbeitung familiärer, wirtschaftlicher, sozialer und politischer Konflikte bzw. Entscheidungssituationen eingesetzt wird.

Der Master-Studiengang umfasst sowohl eine vollständige praktische Mediationsausbildung als auch die systematische theoretische Reflexion der Materie. Neben spezifischen Mediationskenntnissen und -fähigkeiten werden auch allgemein einsetzbare Methoden der Konfliktlösung, Entscheidungsfindung und Verfahrensgestaltung vermittelt. Ab dem

Ende des zweiten Semesters erfolgt zudem eine Spezialisierung in zwei Wahlfächern aus den vier Schwerpunktbereichen Familie, Wirtschaft, Verwaltung (inklusive Gerichtsnaher Mediation) und Internationales Konfliktmanagement.

Das berufsbegleitende Studium beinhaltet die selbständige Arbeit mit internetbasierten Fernmodulen und zahlreiche mehrtägige Präsenzveranstaltungen in Frankfurt (Oder) und Berlin. Um eine intensive und individuelle Betreuung zu gewährleisten, werden pro Jahrgang maximal 48 Teilnehmer aufgenommen, die nach dem Stand ihrer Mediationserfahrung in zwei Gruppen durch Co-Trainer unterrichtet werden. Eine interaktive Lernplattform und unterschiedliche studienbegleitende Leistungsnachweise sichern den Lernfortschritt.

Besonders großen Wert legen die Veranstalter auf Interdisziplinarität und Erfahrungsorientierung im Studienangebot sowie in der Zusammensetzung der Lehrenden und Studierenden. Dementsprechend richtet sich der Studiengang an Berufstätige und Absolventen mit Hochschulabschluss aller Fachrichtungen.

Die akademische Leitung des Studienganges besteht aus Prof. Dr. *Stephan Breidenbach* (Professor an der Europa-Universität Viadrina), *Ulla Gläßer*, LL.M. (RAin), *Lars Kirchoff* (RA und Lehrbeauftragter für Mediation, Bucerius Law School) sowie Dr. habil. *Andreas Nelle* (RA und Lehrbeauftragter an der Humboldt-Universität).

Das Studium dauert drei Semester und schließt mit dem akademischen Grad „Master of Arts“ (M.A.) ab. Die Gebühren für das weiterbildende Studium betragen insgesamt Euro 8.200. Dabei besteht die Möglichkeit, bereits absolvierte Mediationsausbildungen kostenreduzierend anrechnen zu lassen; bei voller Anrechnung verringert sich der Teilnahmebeitrag auf Euro 5.300. Es werden zehn Teil-Stipendien in Form einer Gebührenreduzierung von insgesamt je Euro 3.000 vergeben.

Die Bewerbungsfrist für den zweiten Studienjahrgang läuft bis zum 20.5.2005. Weitere Informationen sind unter www.master-mediation.eu-vffo.de oder unter Master-Studiengang Mediation, Europa-Universität Viadrina, Große Scharnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder), Tel.: 0335-5534 2317 zu erhalten.

2/2005

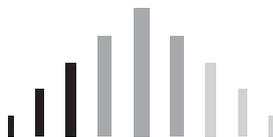
15. 4. 2005 36. Jahrgang

Informationen
zu Berufsrecht und
Berufspolitik

BRAK Mitteilungen

Herausgeber

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Akzente

Selbstverwaltet und unabhängig

Die Selbstverwaltung der Anwaltschaft und unsere Unabhängigkeit vom Staat erscheint heute als selbstverständlich. Erst vor kurzem haben wir eines besonderen Ereignisses gedacht – des 125-jährigen Bestehens der Rechtsanwaltskammern. Hierbei ist ein wenig in den Hintergrund geraten, dass die anwaltliche Selbstverwaltung noch immer unvollkommen ist. Während die im Jahre 1959 in Kraft getretene BRAO zunächst den allgemeinen Rahmen der Selbstverwaltung absteckte, blieben die Landesjustizverwaltungen bis zum Jahr 1998 zuständig für das Zulassungsverfahren zur Anwaltschaft, das Widerrufsverfahren und die Bestellung eines Vertreters. Erst mit dem Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 wurden die Länder ermächtigt, durch Rechtsverordnung diese Aufgaben den Rechtsanwaltskammern zu übertragen. Zwar haben mittlerweile alle Länder von dieser Übertragungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zulassung zur Anwaltschaft durch die Anwaltschaft nach wie vor keine originäre Angelegenheit der Anwaltschaft ist. Die BRAK hat daher schon im Jahre 2001 gefordert, nun auch konsequenterweise Zulassungsverfahren und Vereidigung vollständig in die Hände der Anwaltschaft zu legen.

Der Bundesrat hat diese Forderung jetzt aufgegriffen und einen vom Hessischen Ministerium der Justiz erarbeiteten Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft vorgelegt. Nach diesem Entwurf sollen alle im Zusammenhang mit der Zulassung zur Anwaltschaft, ihrer Rücknahme und ihrem Widerruf stehenden Aufgaben und Befugnisse einschließlich der Vereidigung der neu zugelassenen Rechtsanwälte originär den Kammern zugewiesen werden. Die BRAK begrüßt diesen Schritt, da er zu einer Stärkung der vom BVerfG hervorgehobenen Prinzipien der Selbstverwaltung und Autonomie führt und gleichzeitig dem vom BVerfG besonders betonten Grundsatz der freien Advokatur im Rechtsstaat entspricht.

Im Zusammenhang mit der Stärkung der Selbstverwaltung der Anwaltschaft muss aber auch die Weiterentwicklung des Berufsrechts im datenschutzrechtlichen Bereich genannt werden. Seit 1996 bemüht sich die BRAK darum, dass in die BRAO informationsrechtliche Regelungen aufgenommen werden, die den spe-

zifischen Anforderungen der Arbeit der Rechtsanwälte wie auch der Kammern Rechnung tragen. Zu diesem Zweck wurde dem Bundesministerium der Justiz ein Novellierungsentwurf – abgedruckt in den BRAK-Mitt. 1/1997 – vorgelegt. Eine überarbeitete, mit den zuständigen Ausschüssen des DAV abgestimmte Fassung wurde im Jahre 2001 von der 90. Hauptversammlung beschlossen. Es geht insbesondere darum, klare Grundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten in der Anwaltskanzlei zu schaffen, die abgestimmt sind auf die Erfordernisse der Mandatsbearbeitung, des Anwaltsgeheimnisses und des Persönlichkeitsschutzes Dritter.

Die Eigenart des informationellen „Dreiecksverhältnisses“, in dem Rechtsanwältin und Rechtsanwalt als Vertreter ihrer Mandanten und Verarbeiter von Daten (auch) Drittbetroffener stehen, ist bislang von den Datenschützern kaum erkannt worden. Die Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes auf die Tätigkeit des Anwalts würde zu einer Verkennung der vom Rechtsanwalt nach Gesetz und Verfassung zu vertretenden Interessen führen. Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit des Anwalts im „Kampf ums Recht“ genießen nach Art. 5 GG besonderen Schutz.

Eine etwaige Kontrollzuständigkeit staatlicher Datenschutz-Aufsichtsbehörden gegenüber anwaltlicher Informationsverarbeitung würde das Berufsgeheimnis konterkarieren. Soweit sich Behörden auf selbst auferlegte Dienstpflichten zur Geheimhaltung und daraus abzuleitende Vertrauenswürdigkeit berufen, ist die für die freie Advokatur unangemessen. Übersehen wird dabei insbesondere, dass die Berufsaufsicht – lange vor Inkrafttreten des BDSG – im Rahmen der Selbstverwaltung nach der BRAO geregelt ist. Die Losgelöstheit der Rechtsanwaltskammern aus der Hierarchie der Staatsverwaltung entspricht dabei in besonderem Maße den Anforderungen der EU-Datenschutzrichtlinie an die Unabhängigkeit der Kontrollbehörde.

Die BRAK wünscht daher, dass der von ihr schon vor einigen Jahren dem Bundesministerium der Justiz vorgelegte Novellierungsentwurf mit den in ihm enthaltenen informationsrechtlichen Regelungen endlich in das Gesetzgebungsverfahren geleitet wird.

Bernhard Dombek

Das anwaltliche Berufsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹

Prof. Dr. Dr. h.c. *Hans-Jürgen Papier*, Präsident des Bundesverfassungsgerichts

I. Einleitung

Bevor ich mich dem eigentlichen Thema des Festvortrags zuwende, gestatten Sie mir bitte, dem Anlass entsprechend einen kurzen Blick zurück zu wagen: Als die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm im Jahre 1879 eingerichtet wurde, gab es im gesamten Deutschen Reich ungefähr 4.000 Rechtsanwälte, übrigens alle männlichen Geschlechts – Frauen blieb der Rechtsanwaltsberuf seinerzeit verschlossen. Heute praktizieren allein im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm beinahe dreimal so viele Rechtsanwälte – und erfreulicherweise sind hierunter nicht mehr nur Männer. Sie merken schon: Über das anwaltliche Berufsrecht zu sprechen, heißt auch, das Problem der zunehmenden Konkurrenz nicht aussparen zu können.

Ein zweites wichtiges – ja entscheidendes – Stichwort ist die Freiheit. Bevor die als „Magna Charta des Deutschen Anwaltsstandes“ bezeichnete reichseinheitliche Rechtsanwaltsordnung vor 125 Jahren in Kraft trat, war der Beruf des Advocaten, wie er damals noch hieß, staatlich gebunden, also mitnichten frei. Erst als sich die Überzeugung durchsetzte, dass „Ohne eine tüchtige Anwaltschaft kein ordentlicher Prozess und ohne eine tüchtige Anwaltschaft keine wahre Vertretung bürgerlicher Freiheit“ sein kann, wie der hannoveraner Rechtsanwalt und Abgeordnete der Centrapartei *Windthorst* bei der ersten Beratung der Rechtsanwaltsordnung 1878 im Reichstag formulierte, erst mit dieser Erkenntnis also begann die Zeit der grundsätzlichen Freiheit der Anwaltschaft.

Die heute im Grundsatz wirklich „Freie Advocatur“, die *Rudolf von Gneist* Mitte des vorvergangenen Jahrhunderts so vehement eingefordert hatte, ist – lassen Sie mich dies in aller Bescheidenheit sagen – jedenfalls was die letzten Jahrzehnte der Rechtsentwicklung angeht – auch ein Verdienst des Bundesverfassungsgerichts. Teile der Anwaltschaft haben das Bundesverfassungsgericht als „Antriebs- oder Liberalisierungsmotor für das anwaltliche Berufsrecht“ bezeichnet, nachdem es mit zwei Beschlüssen vom 14.7.1987 das Ende der anwaltlichen Standardsrichtlinien eingeleitet hatte. Durch diese Entscheidungen habe das Bundesverfassungsgericht – wie jüngst von *Wolfgang Hartung* noch bemerkt wurde – „die Anwaltschaft aus der berufsständischen Unmündigkeit in eine neue Epoche der freien Advokatur geführt“. Ob dies zutrifft, mögen andere beurteilen. Nicht zu leugnen ist aber, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Anwaltsberuf in den letzten Jahren hin zu einer größeren berufsrechtlichen Freiheit des Einzelnen entwickelt haben. Diese Entwicklung anhand der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachzuzeichnen, will ich mich im Folgenden bemühen.

II. Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab

Bevor ich mich sogleich einzelnen Judikaten des für das Berufsrecht zuständigen Ersten Senats zuwende, lassen Sie mich ein Wort zum Prüfungsmaßstab sagen. Jede Prüfung des einfachen Rechts durch das Bundesverfassungsgericht bedarf ja bekanntlich einer verfassungsrechtlichen Anknüpfung. Das anwaltliche Berufsrecht wird – wie berufsbeschränkende Maßnahmen bei anderen Berufen auch – regelmäßig an dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und den hierzu entwickelten Grundsätzen gemessen: Eingriffe des Gesetzgebers auf der Ebene der *Berufsausübung* sind danach zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen und der Eingriff verhältnismäßig ist. Dagegen darf die Freiheit der *Berufswahl* nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert, wobei insoweit nochmals zwischen objektiven und subjektiven Zulassungsschranken zu differenzieren und dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen ist. Sie alle werden diese so genannte Drei-Stufen-Theorie aus dem Apotheker-Urteil des Bundesverfassungsgerichts seit Ihrem Studium kennen.

Was nun den Beruf des Rechtsanwalts angeht, berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht gewissermaßen innerhalb der drei Stufen des Art. 12 Abs. 1 GG den auf *Rudolf von Gneist* (1867) zurückgehenden Grundsatz der „Freien Advokatur“. So betonte es in seinem Beschluss vom 19.12.1962 (BVerfGE 15, 226 [234]) – soweit ersichtlich erstmals – „die fundamentale objektive Bedeutung der seit fast einem Jahrhundert durchgesetzten Freien Advokatur“ und bemerkte später (BVerfGE 34, 293 [302]), von nicht geringerer Bedeutung sei es, dass der Anwalt einen freien Beruf ausübe, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließe. Dies ist – wie ich meine – in einem Rechtsstaat geradezu zwingend: Schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit sollen dem Bürger Rechtskundige zur Verfügung stehen, zu denen er Vertrauen hat und die seine Interessen frei und unabhängig von staatlicher Einflussnahme wahrnehmen können. Bei den Assistenzräten in beamtenähnlicher Stellung im vorvergangenen Jahrhundert war dies sicherlich nicht der Fall. Auch wenn der Rechtsanwalt ein Organ der Rechtspflege ist, setzt diese ihm anvertraute Stellung die Freiheit von staatlichem Einfluss im Grundsatz voraus. Jede berufsbeschränkende Maßnahme muss diesem Freiheitsmaßstab genügen. Damit habe ich Ihnen gewissermaßen das Werkzeug eines mit dem Berufsrecht befassten Verfassungsrichters vorgestellt und will mich nun einigen ausgesuchten Werkstücken aus Karlsruhe zuwenden.

III. Freiheit der Berufswahl

1. Überprüfung der DDR-Rechtsanwälte

Wenn ich richtig sehe, war die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Berufswahlfreiheit der Rechtsanwälte in den letzten beiden Jahrzehnten nicht besonders umfangreich. Zwar hatte das BVerfG nach der Wiedervereinigung die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Auslegung des Gesetzes zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Beru-

¹ Festvortrag aus Anlass des 125-jährigen Bestehens der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm am 8.10.2004 in Hamm.

fungen ehrenamtlicher Richter in der DDR zu klären. Nach dem Einigungsvertrag waren die Zulassungen zur Anwaltschaft in der DDR wirksam geblieben. Andererseits war klar, dass einige der – übrigens nur ungefähr 600 – Rechtsanwälte in der DDR, die eine gewisse Systemnähe aufweisen und etwa zur „Stärkung der sozialistischen Gesetzlichkeit“ beitragen mussten, berufsunwürdig waren. Auf die Einzelheiten der gesetzlichen Regelungen und der Rechtsprechung hierzu will ich an dieser Stelle nicht eingehen. Der Erste Senat hob aber in all seinen Entscheidungen (grundlegend: BVerfGE 93, 213 ff.) zu dieser Problematik die Schwere des Eingriffs in die Berufswahlfreiheit hervor und mahnte eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung an. So reichte das bloße Faktum konspirativer Zusammenarbeit mit dem MfS für die Entziehung der Zulassung nicht aus. Erforderlich war stets eine Einzelfallprüfung der Tätigkeit. Eine Gruppenbildung etwa nach dem Prinzip: Wer als Informeller Mitarbeiter geführt wurde, kann nicht Rechtsanwalt sein – eine solche Gruppenbildung wäre unverhältnismäßig. Je schwerer ein Eingriff wiegt, desto weniger Raum ist eben für Typisierungen und Abstrahierungen. Dies gilt gerade auch für die vereinigungsbedingten Rechtsfragen im Berufsrecht.

2. Rechtsanwaltszulassung und nichtanwaltlicher Zweitberuf

Was die Freiheit der Berufswahl anbetrifft, sei noch die Rechtsprechung zur Problematik Rechtsanwaltszulassung und nichtanwaltlicher Zweitberuf erwähnt. Nach § 7 Nr. 8 der früheren Fassung der Bundesrechtsanwaltsordnung musste die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft versagt werden, wenn der Bewerber eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf eines Rechtsanwalts oder mit dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft nicht vereinbar ist. Ähnlich waren die Vorschriften über den Widerruf der Anwaltszulassung formuliert. Der BGH hatte die besagten Vorschriften im Anschluss an die Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs beim Reichsgericht restriktiv ausgelegt und etwa ausgeführt, dass die Daueranstellung im öffentlichen Dienst von vornherein nicht mit dem Rechtsanwaltsberuf vereinbar sei, sofern die konkrete Möglichkeit eines Interessenkonflikts bestehe (BGHZ 36, 71 [76]). Auch ein Syndikus musste während der normalen Dienstzeit erreichbar sein, unverschiebbare Gerichtstermine wahrnehmen und in Eilfällen tätig werden können (BGHZ 71, 138 [140]). Zur Rechtsanwaltschaft durfte ferner nur zugelassen werden, wer in seinem zweiten Beruf eine gehobene Position bekleidete (BGHZ 35, 119 [122]). Jede kaufmännische Tätigkeit, die nicht verwaltender Natur, sondern erwerbswirtschaftlich geprägt war, stellte ebenfalls ein Zulassungshindernis dar. Es gelte – ich zitiere – „das kommerzielle Denken schlechthin vom Anwaltsberuf fernzuhalten“ (BGHZ 40, 194 [196]; NJW 1991, 2086).

Mit seinem Senatsbeschluss vom 4.11.1992 (BVerfGE 87, 287) griff das BVerfG korrigierend ein. Ausgangspunkt war wiederum die Freiheit der Berufswahl, die auch das Recht umfasst, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben (BVerfGE 21, 173 [179]), und die nur zum Schutze eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden darf. Unter Berücksichtigung dieser engen Grenzen war es verfassungsrechtlich beispielsweise nicht haltbar, einer wissenschaftlichen Hilfskraft die Zulassung allein mit der Begründung zu versagen, sie verfüge nicht über eine gehobene Stellung (BVerfGE 87, 287 [325]). Unzulässig war auch die Versagung der Zulassung für einen Syndikus mit der Begründung, er berate auch Vereins- und Verbandsmitglieder seines Arbeitgebers. Dieser Umstand kann allenfalls eine Berufsausübungsregelung rechtfertigen, wie sie etwa in § 46 BRAO für die Syndikusanwälte normiert wurde, nicht aber eine Beschränkung bereits auf der Ebene der Berufswahl (BVerfGE 87, 287 [328]). Schließlich war ein Grundsatz,

wonach anwaltliche und erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten grundsätzlich unvereinbar sind, der Bundesrechtsanwaltsordnung nicht zu entnehmen. Eine derart weitgehende Beschränkung ist auch nicht erforderlich. Innerhalb der kaum übersehbaren Vielfalt kaufmännischer Betätigungen gibt es viele Berufe, die sich unschwer vom Tätigkeitsfeld eines Rechtsanwalts trennen lassen, zumindest mit Hilfe von Berufsausübungsregeln. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit den Fachgerichten die Aufgabe überantwortet, die denkbaren Gefahren für die Rechtspflege, die von einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit ausgehen können, zu erfassen.

3. Berufung von Anwaltsnotaren

Wiederum die Freiheit der Berufswahl ist betroffen, wenn Rechtsanwälte das Amt des Notars im Nebenberuf ausüben und als Anwaltsnotar tätig sein wollen (§ 3 Abs. 2 BNotO). Mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Bewerbungsverfahren für solche Anwaltsnotare hatte sich der Erste Senat erst vor kurzem zu befassen. Das Zulassungssystem zu diesem Nebenberuf beruhte in den jeweiligen Bundesländern – unter ihnen Nordrhein-Westfalen – auf einem Punktesystem. Die Hälfte der höchstmöglichen Punktzahl konnte mit dem Ergebnis des Staatsexamens erzielt werden, ein Viertel mit der Dauer der hauptberuflichen Rechtsanwalts-tätigkeit und ein weiteres Viertel entfiel auf die notarspezifische Fortbildung. Der Erste Senat hielt dieses Punktesystem in seinem Beschluss vom 20.4.2004 für verfassungsrechtlich nicht hinreichend. Die spezifische fachliche Eignung für das Amt des Notars kam im Auswahlverfahren im Verhältnis zur allgemeinen Befähigung für juristische Berufe und zu den Erfahrungen aus dem Anwaltsberuf zu kurz. Die Bewerber, die sich bereits durch besondere fachliche Leistungen bei der Vorbereitung auf das Notaramt ausgezeichnet hatten, waren ohne Chance, sich gegen nur geringfügig bessere Absolventen aus dem Staatsexamen – die Differenz betrug teilweise nur einen halben Notenpunkt – durchzusetzen. Ferner verhinderte die geübte Praxis, dass die Qualität notarieller Vorbereitung in die Bewertung einging. Das Ziel der Gewährleistung eines chancengleichen Zugangs zum Notaramt rechtfertigt es jedenfalls nicht, unbestritten erworbene Qualifikationen außer Betracht zu lassen, und gleichzeitig das Ergebnis des Staatsexamens überzubewerten. Damit wäre auch den Kunden notarieller Leistungen, die auf eine umfassende Qualifikation des Notars angewiesen sind, nicht ausreichend gedient.

4. Vorauswahl von Insolvenzverwaltern

Lassen Sie mich kurz noch eine vor kurzem ergangene Entscheidung zur Vorauswahl von Insolvenzverwaltern durch das Gericht erwähnen (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00 u.a. –): Die Betätigung als Insolvenzverwalter hat sich zu einem eigenständigen Beruf entwickelt. Insoweit hat sich ein neuer „Markt“ für Rechtsanwälte, Steuerberater und Kaufleute gebildet. Zuständig für das Eröffnungsverfahren einschließlich der Entscheidung über die Person des Verwalters ist ja bekanntlich der Amtsrichter. Wie er sich einen Überblick über den in Frage kommenden Personenkreis verschafft, regelt die Insolvenzzordnung nicht. Die 2. Kammer des Ersten Senats stellte hierzu jüngst fest, bei der Bewerbung um eine nur hoheitlich zu vergebende Tätigkeit im Rahmen von Insolvenzverfahren müsse für jeden Bewerber im Rahmen seiner Eignung Chancengleichheit bestehen. Es gehe um die Eröffnung von Chancen in einem Wirtschaftssektor, zu dem die Entscheidung eines Amtsrichters die Tür öffne. Allein die gerichtliche Überprüfbarkeit der Frage, ob bei der Vorentscheidung – es geht also nicht um die Einsetzung des Verwalters in einem konkreten Fall – die Chancengleichheit der Bewerber

gewahrt wurde, gewährleistet insoweit die Beachtung der Grundrechte der Bewerber.

IV. Freiheit der Berufsausübung

1. Postulationsfähigkeit und Lokalisationsprinzip

Ich komme nun zu dem Bereich der anwaltlichen Berufsausübung. Hier liegt traditionell der Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Berufsrecht, ich nenne nur das Stichwort „Anwaltliche Werbung“. Dazu aber später. Beginnen will ich mit den Fragen der Postulationsfähigkeit und des Lokalisationsprinzips. Lassen Sie mich Ihnen die Problematik kurz in Erinnerung rufen:

§ 78 Abs. 1 und 2 der Zivilprozessordnung in seiner früheren Fassung verknüpfte die Postulationsfähigkeit von Rechtsanwälten in Anwaltsprozessen mit der berufsrechtlichen Lokalisierung gemäß § 18 BRAO, wonach jeder Rechtsanwalt bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugelassen sein muss. Folge dessen war, dass zur wirksamen Vornahme von Prozesshandlungen nur beim Prozessgericht oder beim übergeordneten Landgericht zugelassene Rechtsanwälte befähigt waren. Anders war es in den neuen Bundesländern. Dort war zunächst jeder Rechtsanwalt postulationsfähig, der dort seine Kanzlei unterhielt. Später – nach Einführung der berufsrechtlichen Lokalisierung in den neuen Bundesländern entsprechend § 18 Abs. 1 BRAO – blieb jeder nach dem Rechtsanwaltsgesetz der DDR zugelassene und registrierte Rechtsanwalt bis zum 31.12.1994 postulationsfähig. Ab dem 1.1.1995 sollte die Postulationsfähigkeit der Rechtsanwälte in den neuen Bundesländern den Regelungen im sonstigen Bundesgebiet angeglichen werden und dort für 10 Jahre, in den alten Bundesländern aber nur für 5 Jahre, gelten. Nach Ablauf dieser Fristen sollte die Verknüpfung von Postulationsfähigkeit und berufsrechtlicher Lokalisierung für die Zivilprozesse vor den Land- und Familiengerichten aufgegeben werden. Ein Rechtsanwalt aus Aschersleben im Landgerichtsbezirk Magdeburg befürchtete nun, in der Übergangszeit bis zum Wegfall der berufsrechtlichen Lokalisierung seine Mandate aus den angrenzenden Bezirken Dessau und Halle zu verlieren, und wandte sich deshalb an das BVerfG.

Der Erste Senat stellte im Dezember 1995 (BVerfGE 93, 362) fest, dass die Verknüpfung der Postulationsfähigkeit von Rechtsanwälten in Anwaltsprozessen mit der berufsrechtlichen Lokalisierung in den neuen Bundesländern gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. Zwar war das Anliegen des Gesetzgebers, bestehende Wettbewerbsnachteile der Anwaltschaft in den neuen Ländern zu kompensieren und sie erst später der Konkurrenz westdeutscher und Berliner Rechtsanwälte auszusetzen, ein Gemeinwohlbelang, der geeignet war, Einschränkungen der Berufsfreiheit zu rechtfertigen. Jedoch war der Eingriff nicht erforderlich. Denn schon der bisherige Rechtszustand – alle in den neuen Bundesländern zugelassenen Rechtsanwälte konnten bei allen dortigen Land- und Familiengerichten auftreten – war zur Erreichung des Ziels in gleicher Weise geeignet und hatte den Vorzug, die Berufsausübungsfreiheit nicht oder jedenfalls weniger zu beeinträchtigen. Den in den fünf neuen Bundesländern ansässigen Rechtsanwälten blieb damit eine Bindung an „ihr Landgericht“ erspart.

Gewissermaßen die Kehrseite des soeben erwähnten Verfahrens war dann eine Verfassungsbeschwerde von Rechtsanwälten ebenfalls mit Kanzleisitz in den neuen Bundesländern. Sie hielten die Neuregelung zum 1.1.2000 für verfassungswidrig, nach der es Rechtsanwälten unabhängig vom Kanzleisitz erlaubt ist, im Bereich des zivilprozessualen Anwaltszwanges vor allen Land- und Familiengerichten der Bundesrepublik Deutschland aufzutreten. In den alten Bundesländern oder in

Berlin zugelassene Rechtsanwälte waren ja – wie soeben erwähnt – bis zu diesem Zeitpunkt in Anwaltsprozessen vor einem Gericht der fünf neuen Bundesländer nicht postulationsfähig. Die Beschwerdeführer vertraten nun die Auffassung, die Neuregelung greife unzulässig in „ihren verfassungsrechtlich gesicherten Besitzstand“ ein.

Die hier offenbar werdenden Friktionen zwischen der von der Anwaltschaft häufig und zu Recht eingeforderten „freien und unreglementierten Selbstbestimmung der anwaltlichen Berufsausübung“ einerseits und einem „verfassungsrechtlich gesicherten Besitzstand“ treten an diesem Beispiel klar zu Tage: Wer seinerseits frei und unreglementiert seiner Profession nachgehen will, kann jedenfalls nicht unter Berufung auf die eigene Berufsfreiheit verlangen, von der Konkurrenz Dritter verschont zu bleiben. Folglich nahm die 2. Kammer des Ersten Senats (NJW 2000, 1939) die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an und führte aus, Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht betroffen, da das Grundrecht keinen Anspruch gebe, dem Beruf ungestört von Konkurrenten nachgehen zu können. Auch ein Anspruch auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten wird von der Berufsfreiheit nicht gewährleistet.

2. Singularzulassungen

Lassen Sie mich den speziellen freiheitsrechtlichen Gehalt des Art. 12 Abs. 1 GG noch an einem weiteren Beispiel erläutern: Nach § 25 BRAO a.F. durfte der bei einem Oberlandesgericht zugelassene Rechtsanwalt nicht zugleich bei einem anderen Gericht zugelassen sein (sog. Singularzulassung). In vielen Bundesländern war jedoch eine Simultanzulassung möglich. Nicht so in Nordrhein-Westfalen. Dieses Verbot der Simultanzulassung war ein beim Oberlandesgericht Hamm zugelassener Rechtsanwalt – also ein Mitglied ihrer Kammer – nicht bereit hinzunehmen. Er wollte wie seine Kollegen in einigen anderen Bundesländern sowohl vor dem Landgericht wie vor dem Oberlandesgericht auftreten. Nachdem er das fachgerichtliche Verfahren erfolglos durchschritten hatte, erhob er Verfassungsbeschwerde.

Der Erste Senat erklärte § 25 BRAO durch Urteil vom 13.12.2000 (BVerfGE 103, 1 ff.) für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar. Bereits die Erfahrungen in anderen Bundesländern hatten nämlich gezeigt, dass Belange der Rechtspflege durch die Simultanzulassung bei Oberlandes- und Landgericht nicht gefährdet werden. Hinzu kam, dass gerade der Mandant einen erzwungenen Anwaltswechsel als störend empfinden kann und Rechtsanwälte aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch ohne Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten vertretungsberechtigt waren. Die weiteren Einzelheiten will ich an dieser Stelle unerwähnt lassen. Ich habe Ihnen diesen Fall nämlich aus anderen Gründen geschildert: Das von einem Großteil der Anwaltschaft begrüßte Urteil des Ersten Senats rief nun die Begünstigten der für verfassungswidrig erklärten Regelung auf den Plan – unter ihnen wiederum mehrere Rechtsanwälte aus dem OLG-Bezirk Hamm. Sie riefen – übrigens letztlich erfolglos (EGMR, NJW 2003, 2221 [Wendenburg]) – den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte an und machten unter anderem geltend, durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts werde ihnen ihr Lebensunterhalt und damit ihr Eigentum entzogen. So verständlich es auch im Einzelfall sein mag, dass die betroffenen Anwälte Befürchtungen um ihr zukünftiges Auskommen hatten: Art. 12 Abs. 1 GG fordert grundsätzlich die freie und unreglementierte Berufsausübung. Wenn beschränkende Maßnahmen zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks eindeutig nicht notwendig und erforderlich sind, können sie vor der Verfassung keinen Bestand haben.

Der Vollständigkeit halber will ich noch erwähnen, dass die Singularzulassung bei dem Bundesgerichtshof vor der Verfassung weiterhin Bestand hatte (BVerfGE 106, 216). Sie bezweckt die Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft, die kompetente Beratung der Rechtsuchenden, die deshalb bereits im Vorfeld von aussichtslosen und kostspieligen Rechtsmitteln Abstand nehmen können und dient der Entlastung des Bundesgerichtshofs von unzulässigen Rechtsmitteln. Weder aus der Systematik des Gesetzes noch aus der historischen Entwicklung oder der Umsetzung der Normen in der forensischen Praxis ergeben sich bislang Anhaltspunkte dafür, dass die Singularzulassung nicht mehr als geeignetes und erforderliches Mittel zugunsten einer qualitativen Verbesserung der Rechtspflege angesehen werden kann. Allerdings auferlegte der Erste Senat dem Gesetzgeber eine gewisse Beobachtungspflicht: Die Auswirkungen der Zivilprozessreform auf das Revisionsverfahren, insbesondere durch die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerden, waren nämlich zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht absehbar. Sobald hierzu tatsächliche Erfahrungswerte vorliegen, muss der Gesetzgeber prüfen, ob das Verbot der Simultanzulassung bei dem Bundesgerichtshof auch weiterhin mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

3. Fachanwaltsbezeichnungen und Werbung

Und nun zur anwaltlichen Werbung. Die werbende Tätigkeit der Rechtsanwälte bildet fast schon traditionell einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Ersten Senats im anwaltlichen Berufsrecht. Diesbezüglich führte der von der Anwaltschaft fast schon gefeierte Beschluss des Ersten Senats vom 14.7.1987 (BVerfGE 76, 196 ff.) zu einem Paradigmenwechsel. Wurden Probleme im Zusammenhang mit der Werbung zuvor unter dem Schlagwort „Werbeverbot“ diskutiert, ist heute von der „anwaltlichen Werbefreiheit“ die Rede. Kaum ein anderer Bereich anwaltlicher Tätigkeit dürfte sich binnen weniger Jahre derart rasant und einschneidend verändert haben. Zwar billigte das Bundesverfassungsgericht den damaligen Standesrichtlinien für eine Übergangszeit noch eine begrenzte rechtserhebliche Funktion zu. Dennoch begann das – ehemals sehr strikte – Werbeverbot bereits in der Übergangszeit zwischen Standesrichtlinien und neuer Berufsordnung zu bröckeln. Die Teilnahme am Anwaltssuchservice, die Bezeichnung als „Mietrechts-Spezialist und Rechtsanwalt“ in einem Interview für ein Magazin, die Angabe des Tätigkeitsschwerpunkts „Transport- und Versicherungsvertragsrecht“ bzw. der Zusatzbezeichnung „Arztrecht“ auf dem Kanzleischild und dem Briefkopf eines Rechtsanwalts und schließlich die farbliche und graphische Gestaltung von Briefbögen mit Logo konnten der Anwaltschaft schon in der Übergangszeit nicht mehr untersagt werden.

Nach dem In-Kraft-Treten der Berufsordnung im Jahre 1997, deren Regelungen über die „Besonderen Berufspflichten im Zusammenhang mit der Werbung“ (§§ 6 bis 10) maßgeblich auf der eben genannten Rechtsprechung fußen, wurden an das Bundesverfassungsgericht weitere Einzelfragen zur Zulässigkeit anwaltlicher Werbung herangetragen. Darf eine Rechtsanwältin mit ihren sportlichen Erfolgen werben, darf ein seit Jahrzehnten im Verkehrsrecht tätiger Rechtsanwalt sich „Verkehrsrechts-Spezialist“ nennen, wenn es keinen Fachanwalt für Verkehrsrecht gibt? Darf eine Anwaltskanzlei einen Messestand auf einer nichtjuristischen Fachmesse aufstellen oder kulturelle Veranstaltungen sponsern? All diese Fallgestaltungen haben das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren beschäftigt. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung haben diese Fragen nicht (mehr). Über sie entscheidet deshalb regelmäßig nicht der Erste Senat, sondern eine seiner Kammern. Dennoch

ist mir bewusst, dass gerade die Anwaltskammern nicht immer glücklich über die entsprechenden Entscheidungen aus Karlsruhe sind. Wichtig erscheint mir aber zu verdeutlichen, dass die traditionellen Werbebeschränkungen für alle freien Berufe kein Selbstzweck sein dürfen. Insbesondere das Informationsinteresse der Mandanten darf nicht außen vor bleiben. Auch hieran müssen sich Werbebeschränkungen messen lassen. Dabei steht letztlich nichts anderes in Rede als die verfassungsrechtlich gebotene Anpassung der standesrechtlich häufig über Gebühr konservierten Arbeitsbedingungen freier Berufe an die aktuellen Verhältnisse der Kommunikationsgesellschaft.

Was die Fachanwaltsbezeichnungen als solche angeht, war das Bundesverfassungsgericht ebenfalls nicht untätig. Diese sind bekanntlich weit mehr als die Angabe von Tätigkeits- oder Interessenschwerpunkten (§ 7 BORA) Ausdruck anwaltlicher Qualität – ihr Führen daher naturgemäß werbewirksam. Dies mag ein Grund sein, warum sich das Bundesverfassungsgericht gleich mehrfach mit derartigen Zusatzbezeichnungen zu befassen hatte. Soweit ein formelles Anerkennungsverfahren (noch) nicht besteht, kann das Führen von nicht existenten Fachanwaltsbezeichnungen verfassungsrechtlich unbedenklich als irreführende Werbung betrachtet werden. Denn hierdurch wird bei den Rechtsuchenden die Erwartung besonderer, in einem formalisierten Verfahren nachgewiesener theoretischer und praktischer Kenntnisse erweckt (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NZA 1993, 691). Der Rechtsanwalt, der sich „Verkehrsrechts-Spezialist“ nannte und damit kürzlich vor dem Bundesverfassungsgericht Erfolg hatte, hätte sich also nicht „Fachanwalt für Verkehrsrecht“ nennen dürfen.

Der Gesetzgeber ist darüber hinaus von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht verpflichtet, ein förmliches Prüfungsverfahren einzuführen, das den Erwerb weiterer Fachanwalts-Qualifikationen ermöglicht. Vielmehr liegt es in seinem berufspolitischen Ermessen, ob er bestimmte Qualifikationen für bestimmte Berufe schaffen und damit das eigentliche Berufsbild des Rechtsanwalts als *eines Vertreters in allen Rechtsangelegenheiten* (§ 3 Abs. 1 BRAO) verändern will. Soweit Fachanwaltsbezeichnungen aufgrund eines förmlichen Verfahrens erworben werden können, ist es mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und die schutzwürdigen Belange der Rechtsuchenden auch nicht unvernünftig, wenn zum Nachweis der Spezialisierung eine nicht unerhebliche Tätigkeit in dem bestimmten Fachgebiet gefordert wird. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Versagung einer staatlichen anerkannten Qualifikation als Fachanwalt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt, welcher der Rechtfertigung bedarf (BVerfGE 76, 28 [37]). Wenngleich – so eine Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Gesetz über Fachanwaltbezeichnungen nicht bestehen (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], AnwBl. 1998, 277), ist daher bei dessen Auslegung und Anwendung durch die Rechtsanwaltskammern und Anwaltsgerichte der Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts hinreichend Rechnung zu tragen.

4. Weitere Fragen anwaltlicher Berufsausübung

Weitere Einzelfragen der Berufsausübung kann ich nur am Rande streifen, will sie aber nicht unerwähnt lassen: Zum einen stellte das Bundesverfassungsgericht für den Bereich der Anwaltschaft fest, Rechtsanwälte müssten nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung haften, nur weil Anwälte pflichtversichert sind (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2002, 2937). Zum anderen mahnte das Bundesverfassungsgericht eine der Berufsausübungsfreiheit Rechnung tragende Auslegung des Sachlichkeitsgebots (§ 43a Abs. 3 BRAO) an. Äuße-

Papier, Das anwaltliche Berufsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

rungen von Rechtsanwälten sind nur dann eine Berufspflichtverletzung, wenn sie beleidigend oder bewusst unwahr sind (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], AnwBl. 1993, 632). Und schließlich die Berufspflichten rund um das Versäumnisurteil: Darf eine untergesetzliche Rechtsnorm vorsehen, dass ein Rechtsanwalt gegen einen anwaltlich vertretenen Prozessgegner kein Versäumnisurteil erwirken darf, wenn dies nicht zuvor angekündigt wurde? Zunächst entschied die 2. Kammer des Ersten Senats im Jahre 1992, dass die entsprechende, damals noch in § 23 der Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts enthaltene Bestimmung keine ausreichende Grundlage für Einschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung darstellt (AnwBl. 1993, 34). Damit hatte es zunächst sein Bewenden. Umso überraschender war es, dass sich die bei der Bundesrechtsanwaltskammer eingerichtete Satzungsversammlung in Kenntnis dieses Beschlusses entschied, eine entsprechende Unterlassungsverpflichtung nun in § 13 der Berufsordnung zu übernehmen. Bereits kurze Zeit nach In-Kraft-Treten derselben ging bei dem Bundesverfassungsgericht eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ein. Der Erste Senat erklärte die Vorschrift durch Urteil vom 9.11.1999 (BVerfGE 101, 312 ff.) für nichtig. Warum? Der Bundesrechtsanwaltsordnung lässt sich nicht entnehmen, dass die Handlungsspielräume der Prozessparteien durch Satzungsrecht eingeengt werden dürfen. Die entsprechende Verpflichtung in § 13 BORA missachtete den Vorrang, der den zivilprozessualen Regelungen des Versäumnisverfahrens zukommt. Soweit nämlich die Regelungen der ZPO den Erlass eines Versäumnisurteils zulassen, darf der Satzungsgeber hierüber keine anderweitigen Dispositionen treffen. Dass durch dieses Urteil höfliches und kollegiales Verhalten nicht verboten wird, ist selbstverständlich. Eine bindende rechtliche Verpflichtung zur Kollegialität zulasten des Mandanten kann aber vor der Verfassung keinen Bestand haben. Anders stellen sich übrigens Vorschriften dar, die zuvörderst dem Gemeinwohlinteresse an der Funktionsfähigkeit einer geordneten Rechtspflege und einem fairen Verfahren dienen, wie etwa das in § 12 BORA enthaltene Verbot der Umgehung des Gegenanwalts, gegen das von Verfassungs wegen nichts zu erinnern ist (NJW 2001, 3325).

6. Anwaltliche Zusammenarbeit

Lassen Sie mich zum Schluss noch einige Worte über die Rechtsprechung des Ersten Senats auf dem Gebiet der anwaltlichen Zusammenarbeit sagen. Richtungsweisend auf diesem Gebiet war in den letzten Jahren ja vornehmlich die Rechtsprechung der Fachgerichte. Das Bayerische Oberste Landesgericht und das Oberlandesgericht Bamberg haben den Zusammenschluss in einer GmbH für grundsätzlich zulässig erklärt. Gleiches soll für den Zusammenschluss von Rechtsanwälten in einer Aktiengesellschaft gelten (BayObLG, NJW 2000, 1647). Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass das Verbot der Sternsozietäten unter Einbeziehung der nichtanwaltlichen Mitglieder in § 31 BORA durch die Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung nicht gedeckt ist. Nichtsdestotrotz war auch das Bundesverfassungsgericht auf dem Gebiet der anwaltlichen Zusammenarbeit in den letzten Jahren nicht gänzlich untätig.

Mit zwei Entscheidungen zu den Sozietätsverboten beschleunigte das Bundesverfassungsgericht die Tendenz zur Liberalisierung für Anwaltsnotare. Ihnen war nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur – ein ausdrückliches gesetzliches Verbot existierte nicht – die Sozietät mit Wirtschaftsprüfern untersagt. Dies diente dem Zweck, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notarats zu wahren und bereits dem Anschein einer Gefährdung dieser Rechtsgüter vorzubeugen. Gemessen an der Berufsausübungsfreiheit hielt der

Erste Senat mit Beschluss vom 4.7.1989 (BVerfGE 80, 269 ff.) an der Verfassungsmäßigkeit eines weitgehenden Sozietätsverbots für Anwaltsnotare fest, konstatierte aber einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, da nicht nachvollziehbar war, warum die Sozietät eines Anwaltsnotars mit einem Steuerberater, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist, erlaubt sein soll, die mit einem Nur-Steuerberater dagegen nicht.

Diese Entscheidung und eine weitergehende einfachrechtliche Liberalisierung der Soziiierungsmöglichkeiten für Rechtsanwälte sowie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit der Bildung überörtlicher Sozietäten gaben nun wiederum Anlass, das Soziiierungsverbot zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern neu zu überdenken. Nur eine Woche, nachdem sich der Bundestag für die Beibehaltung und explizite Normierung eines solchen Sozietätsverbots entschieden hatte, erklärte das Bundesverfassungsgericht dies mit Beschluss vom 8.4.1998 (BVerfGE 98, 49 ff.) für verfassungswidrig. Die Veränderungen im Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer und der Rechtsanwälte hatten zur Folge, dass ein bloß richterrechtlich begründetes Sozietätsverbot dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr genügte. Hinzu kam ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, da sich die Tätigkeiten der Steuerberater und diejenigen der Wirtschaftsprüfer in großem Umfang deckten und verbleibende Unterschiede für eine Ungleichbehandlung nicht mehr ausreichten. Der Gesetzgeber reagierte umgehend und gab sein Vorhaben auf, das Sozietätsverbot zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern erstmals zu normieren, obwohl ihm nach der Entscheidung des Ersten Senats auch die Möglichkeit geblieben wäre, das Sozietätsverbot für Anwaltsnotare auf die Steuerberater zu erstrecken.

7. Sozietätswechsel

Bevor ich schließe und damit den Weg zu dem Buffet freimache, will ich kurz auf die noch junge Entscheidung des Ersten Senats zum anwaltlichen Berufsrecht zu sprechen kommen, die sich mit dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO und § 3 BORA) zu befassen hatte. Worum ging es? Der Bundesgerichtshof hatte entsprechend der berufsrechtlichen Regelung für den Fall des Wechsels eines angestellten Rechtsanwalts einer Sozietät in eine andere Sozietät in der gleichen Stadt entschieden, die neue Sozietät müsse diejenigen Mandate niederlegen, bei denen die Gegenseite von der früheren Sozietät vertreten werde. Dies betraf mehrere Mandate mit einem nicht unerheblichen Gebühreninteresse. Weder in der alten noch in der neuen Sozietät war der betreffende Rechtsanwalt mit den Mandaten befasst. Mit Beschluss vom 3.6.2003 (BVerfGE 108, 150) hat der Erste Senat entschieden, dass § 3 Abs. 2 BORA mit der Berufsausübungsfreiheit unvereinbar und daher nichtig ist. Wenn – wie in dem zu entscheidenden Fall – die vom Kanzleiwechsel betroffenen Mandanten beider Seiten das Vertrauensverhältnis zu ihren jeweiligen Rechtsanwälten nicht als gestört ansehen und mit einer Fortführung der eigenen ebenso wie der gegnerischen Mandate einverstanden sind, können der Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit und der Erhalt des konkreten Vertrauensverhältnisses zum Mandanten nicht als geeignete Gemeinwohlgründe angeführt werden, die Berufsausübung zu beschränken.

Auch der Gemeinwohlbelang der geordneten Rechtspflege vermochte die Verpflichtung zur Mandatsniederlegung nicht zu rechtfertigen. Wenngleich die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraussetzt und sich der Rechtsverkehr darauf verlassen können muss, dass der Pflichtenkanon des § 43a BRAO befolgt wird,

kann dies nicht zur Folge haben, dass die Definition dessen, was den Interessen des eigenen Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten vorgenommen werden darf. Zuvörderst kommt die Einschätzung, ob eine Rechtsbeeinträchtigung konkret droht, den Mandanten beider Kanzleien zu, die deshalb wahrheitsgemäß und umfassend zu informieren sind. Daneben liegt es in der gesetzeseleiteten verantwortlichen Einschätzung der betroffenen Rechtsanwälte, ob die Konfliktsituation oder doch jedenfalls das Ziel der Vermeidung zukünftiger Störungen des Vertrauensverhältnisses eine Mandatsniederlegung gebietet. Ein verantwortlicher Umgang mit einer solchen Situation kann – so der Erste Senat – von einem Rechtsanwalt ebenso erwartet werden wie von einem Richter bei der Offenlegung von Gründen zur Selbstablehnung.

V. Schluss

Ich bin am Schluss angelangt. Der Rückblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Berufsrecht offenbart, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit zwischenzeitlich hält, was es verspricht: Die grundsätzliche Freiheit des Anwaltsberufs. Und wie wird es weitergehen? Die Konkurrenz wird bleiben, wahrscheinlich noch weiter zunehmen, ohne dass das Verfassungsrecht dies verhindern könnte. Neue Betätigungsfelder – aus den letzten Jahren seien nur Betreuungen, Mediation und Insolvenzverwaltung genannt – werden sich erschließen. Herausforderungen wie die Europäisierung der Anwaltschaft werden zu meistern sein. Ich bin sicher, die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm wird all diese Entwicklungen begleiten. Schließlich tut sie dies seit 125 Jahren – und wie nicht nur ihre Größe beweist: Mit Geschick und Erfolg.

Kooperationsformen bei Rechtsanwälten Teil 1: Von Einzelkanzleien, Sozietäten, Gesellschaften bis zu Netzwerken, Ketten und Franchising-Systemen

Rechtsanwalt *Ottheinz Käab*, München und Dr. *Willi Oberlander*, Nürnberg

1. Kooperationen in der Anwaltschaft

Das Statistische Bundesamt hat im Jahr 2003 die Ergebnisse einer Umfrage zu Unternehmenskooperationen veröffentlicht, bei der schon die Formen dieser Kooperationen vielfach für die Freien Berufe als eigene Handlungsmodelle nicht oder nur bedingt relevant sind: Genannt sind hier Lizenzrechte, Joint Ventures, Franchising, Outsourcing oder auch temporäre Kooperationen anderer Art.¹ Eine Untersuchung in Freien Berufen im Allgemeinen und in der Anwaltschaft im Besonderen muss andere Formen der Kooperation berücksichtigen, um diesem Berufsstand gerecht zu werden.

Der vorliegende Beitrag hat zwei Schwerpunkte:

- Zunächst wird auf der Grundlage von Statistiken und früheren Erhebungen die Entwicklung von Rechtsformen bei Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in Deutschland nachvollzogen.
- Im Rahmen einer im Jahr 2004 durchgeführten Erhebung wurde vor allem der Frage nachgegangen, wie sich solche Kooperationen in der Anwaltschaft darstellen und entwickeln, die über bestehende Gesellschaftsformen hinausreichen. Die Ergebnisse werden im Folgenden berichtet.

Diese von der Selbsthilfe der Rechtsanwälte e.V. in Auftrag gegebene Untersuchung zu Kooperationen bei Rechtsanwälten wurde vom Institut für Freie Berufe (IFB) als Zusatzbefragung im Rahmen seiner bislang jährlichen STAR-Erhebung zur beruflichen und wirtschaftlichen Lage und Entwicklung der deutschen Anwaltschaft durchgeführt.²

1.1. Veränderungen in den Arbeitsfeldern der Anwaltschaft

Die hier berichtete Untersuchung befasst sich mit einem Gegenstand von besonderer Aktualität. Arbeitsfelder und Berufs-

bilder, aber auch die Formen der Leistungserbringung bei Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sind tief greifenden Veränderungen unterworfen.

Zusammengefasst kann die strukturelle Entwicklung des Anwaltsmarktes wie folgt dargestellt werden³:

- zunehmende Erweiterung des Spektrums der Rechtsberatung,
- Entlokalisierung und Internationalisierung bis hin zur Globalisierung des Wettbewerbs (mit den Mandanten und den Anforderungen wachsende Kanzleien),
- Virtualisierung anwaltlicher Tätigkeit als Folge des fortschreitenden Ausbaus weltweiter Kommunikationsnetze,
- Differenzierung benachbarter Beraterberufe insbesondere in der Steuer- und Wirtschaftsberatung, Integration von Rechtsanwälten in berufsfremde Dienstleistungsstrukturen,
- Wettbewerbsverschärfung durch erhöhte Mandantenerwartungen, Verdrängungswettbewerb,
- verstärkte Mandantenorientierung und erhöhte Anforderungen an das Qualitätsmanagement,

² In die STAR-Untersuchung Anfang des Jahres 2004 wurde eine repräsentative Stichprobe von 9.502 RAen aus den Kammerbezirken Bremen, Celle, Koblenz, Köln, Mecklenburg-Vorpommern, Nürnberg, Oldenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig und Tübingen einbezogen. Zusätzlich wurden aus den Kammern Düsseldorf, Hamm, München, Freiburg, Hamburg und Stuttgart weitere 80 aus den Vorjahren bekannte Anwälte direkt vom IFB angeschrieben. Von diesen insgesamt 9.582 RAen haben 3.703 geantwortet, das sind 39 %. Ein in Druckform standardisierter, zweiseitiger Kurzfragebogen zu Kooperationsformen bei RAen, welcher der STAR-Befragung beigelegt war, wurde von insgesamt 1.327 Anwälten ausgefüllt zurückgeschickt. Damit haben von 3.703 RAen 35,8 % den Bogen zur Kooperation beantwortet.

³ Vgl. *Hommerich, Christoph* (2002a): Die Gründungsplanung, in: Deutscher Anwaltverein (Hrsg.), Forum junge RAinnen und RAe im Deutschen Anwaltverein (Mitherausgeber): DAV-Ratgeber für junge RAinnen und Anwälte, 9. überarbeitete Aufl., Deutscher Anwaltverlag, Berlin, S. 165 ff.

¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2004): Ad Hoc Befragung über Unternehmenskooperationen. Eine Pilotstudie im Auftrag von Eurostat, Berichtsjahr 2003, Wiesbaden, S. 13.

Käb/Oberlander, Kooperationsformen bei Rechtsanwälten

- aktivere Marktteilnahme durch Deregulierung und Wettbewerb.

In diesem Zusammenhang zeigen sich auch auf der Nachfrageseite deutliche Veränderungen. Hier ist insbesondere die steigende Nachfrage nach Dienstleistungen aus einer Hand zu erwähnen, aber auch das vermehrte Auftreten des kritischen Verbrauchers. Diese und andere Entwicklungen haben Bestrebungen zur Kooperation verstärkt.

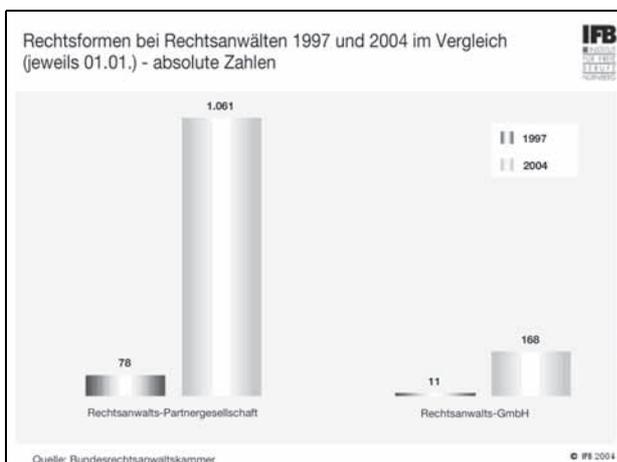
Als wichtigste Reaktionen der Anwaltschaft auf diese Entwicklungen sind zu beobachten:

- berufliche Spezialisierung und Differenzierung,
- neue Formen der Rechtsberatung,
- Novellierungen im Berufsrecht (Lokalisierung, Werbung u.a.),
- Einführung bzw. Ausbau von Wissensmanagement,
- Steigerung von Effektivität und Effizienz durch verstärkte Nutzung von betriebswirtschaftlichen Instrumentarien, Optimierung der Geschäftsprozesse,
- insbesondere verbessertes Qualitätsmanagement sowie
- Anwaltsmarketing.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann der Wirkungsgrad dieser Maßnahmen vor allem im Rahmen von Kooperationen deutlich erhöht werden. Der Wandel herkömmlicher Sozietäten zu Dienstleistungsunternehmen impliziert auch eine zunehmende Veränderung hin zu einem Käufermarkt. So wird die Zusammenarbeit jedoch auch und vor allem immer mehr zu einer Frage der Sicherung der Zukunftsfähigkeit anwaltlicher Aufgabenerbringung.

Der Trend zur beruflichen Kooperation bei den Rechtsanwälten ist deutlich ausgeprägt: Übtten 1967 noch fast drei Viertel der selbstständigen Rechtsanwälte ihren Beruf in einer Einzelkanzlei aus, so ist ihr Anteil bis 1994 auf 45 % zurückgegangen, d.h. die Mehrheit der selbstständigen Rechtsanwälte arbeitet heute in beruflicher Partnerschaft, in Bürogemeinschaften, vor allem aber in Sozietäten auf lokaler oder überregionaler Ebene. Handelte es sich bei den Sozietäten der 60er Jahre in der Regel noch um berufliche Zusammenschlüsse von zwei Berufskollegen, so ist in den vergangenen drei Jahrzehnten auch die durchschnittliche Größe der Sozietäten von 2,0 auf 4,2 Partner im Jahr 1994 angewachsen, wobei einzelne überregionale Sozietäten inzwischen schon 100 und mehr Partner aufweisen und dabei in Größenordnungen hineinwachsen, wie sie bislang im Kreis der Freien Berufe nur bei den Wirtschaftsprüfern bekannt waren.

Die folgende Abbildung zeigt die Zunahme der Rechtsanwalts-Partnerschaftsgesellschaften und -GmbHs in Deutschland von 1997 bis 2004:



„Betrachtet man die Entscheidung für oder gegen eine Einzelkanzlei bzw. für oder gegen eine Sozietät unter Marktaspekten, so ist festzustellen, dass die partnerschaftliche Ausübung des Anwaltsberufs in den letzten Jahren ständig zugenommen hat“.⁴

In diesem Zusammenhang wird jedoch auch festgestellt, dass für junge Rechtsanwältinnen und -anwälte die Möglichkeiten, zu Gesellschaftern aufzusteigen, offenbar geringer werden. Dies gilt wohl vor allem für Großkanzleien, wo strukturelle Veränderungen zu einem verschlechterten zahlenmäßigen Verhältnis zwischen Partnern und Associates geführt haben, das „nicht selten bei 1:3“⁵ liegt. Als Grund hierfür wird der steigende Kosten- und Ertragsdruck angegeben. Auch bieten immer mehr Kanzleien als Zwischenstufe zur Vollpartnerschaft die Möglichkeit des Aufstiegs zum „Associated Partner“ oder „Junior Partner“, die als privilegierte Angestellte Mitspracherechte oder auch erhöhte finanzielle Zuwendungen erhalten. Mehrstufige Partnerschaften bilden eine Karrieretreppe, die stark leistungsbezogen ist.⁶

Es könnte allerdings auch eine Besonderheit im Berufsfeld der Rechtsanwälte darstellen, dass der Trend zu größeren Kanzleien keine kontinuierliche Entwicklung ist. Es wird ein Stimmungsumschwung unter Mandanten beobachtet. Bürokratisierung in Großkanzleien, verbunden mit Zusatzkosten und geringerer Identifikation der Anwälte würden Mandanten abschrecken. Auch internationale Unternehmen hätten Präferenzen der Rechtsberatung im Ausland und würden die Dienste deutscher Großkanzleien deshalb nur bedingt in Anspruch nehmen. Das persönliche Vertrauensverhältnis zum Rechtsanwalt würde in der kleineren Sozietät besser gewahrt.⁷

Die Frage der intraprofessionellen und interprofessionellen Kooperation bei Rechtsanwälten ist deshalb von besonderer Bedeutung, da hier ein Instrument zur „Verteidigung vorhandener und Erschließung neuer Märkte“ gesehen wird.⁸ So war und ist es für zahlreiche Kanzleien wichtig, expandierenden Mandanten eine mitwachsende Rechtsberatung zu gewährleisten. Darüber hinaus werden in der Zusammenarbeit von Anwälten und Angehörigen anderer Freier Berufe folgende Vorteile gesehen⁹:

- breites juristisches und nichtjuristisches Dienstleistungsangebot,
- Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Kompetenzerweiterung,
- Verbesserung von Entscheidungsgrundlagen durch interdisziplinären Gedankenaustausch,
- Beratung aus einer Hand,
- Erzielung von Synergieeffekten sowie
- Verringerung des Einsatzes von Personal und Sachmitteln.

⁴ Hommerich, Christoph (2002a), a.a.O., S. 174.

⁵ Wilke, Katja (2004): Aufstieg zum Partner wird für junge Anwälte immer schwerer, in: Handelsblatt, 1.9.2004.

⁶ Vgl. Wilke, Katja (2004), a.a.O.

⁷ Vgl. o.V. (2004): Die Chancen kleinerer Sozietäten scheinen wieder zu steigen. Anwälte beobachten Sinneswandel der Mandanten/Vorbestände gegenüber Großkanzleien, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 21.7.2004.

⁸ Ebd.

⁹ Vgl. Büschgens, Georg (2001): „Anwalt sucht Freiberufler zwecks solider Partnerschaft“, Die Kanzlei 12/2001, 16; vgl. auch Christ, Susanne (2002): Hand in Hand. Die Zusammenarbeit von RAen und Steuerberatern, anwaltsreport 05-06/2002, 16–18.

1.2. Rechtsformen aus anwaltlicher Sicht

1.2.1. Wandel in der Rechtsberatung

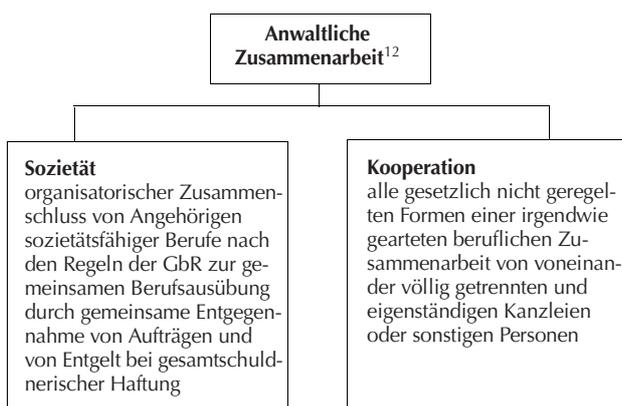
In der öffentlichen Wahrnehmung scheint vor allem die Fusionswelle der jüngeren Zeit das Bild der Anwaltschaft zu prägen. Insbesondere große Wirtschaftssozietäten haben zum Ende des vergangenen Jahrhunderts erhebliches Aufsehen erregt:

„Nach den drei großen Fusionen im vergangenen Jahr (...) entstand zu Beginn dieses Jahres durch den Zusammenschluss von Oppenhoff & Rädler und Linklaters eine gewaltige Law firm mit mehr als 1.500 Anwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern und Büros in 18 Ländern. Nicht immer können sich alle Partner mit der schieren Größe anfreunden; durch die Fusionen entstehen daher häufig auch neue Kanzleien.“¹⁰ Im Gesamtbild der Anwaltschaft in Deutschland ist diese Entwicklung zwar eine wichtige Erscheinungsform des strukturellen Wandels bei den anwaltlichen Dienstleistungen, jedoch längst nicht ausreichend, um diesen Prozess hinreichend zu beschreiben.

So trifft auch die herkömmliche Auffassung, Anwaltskanzleien würden in der Regel in Form von Gesellschaften bürgerlichen Rechts gegründet, nicht mehr zu. Die Statistik zeigt ein anderes Bild: Zum 1. Januar 2003 wies die BRAK 953 Partnerschaftsgesellschaften (+ 28 % gegenüber dem Vorjahr) und 159 GmbHen (+ 30 %) aus. Bei anderen Freien Berufen zeigt sich ein ähnliches Bild: die Entwicklung zur disziplinären und interdisziplinären Kooperation unter Nutzung eines erweiterten Spektrums der Rechts- und Kooperationsformen.

Die Unternehmensberatung Kienbaum legte im Jahr 2000 die Ergebnisse einer Befragung vor, in der es auch um die Erweiterung der Standorte ging. Auf die Frage, ob Sozietäten im Jahr 2000 die Anzahl ihrer Standorte in Deutschland erweitern würden, antworteten 46 % positiv. Nahezu ein Drittel der Gesellschaften gab an, Expansion in Europa betreiben zu wollen. 36 % der Kanzleien planten eine Fusion mit kleineren Kanzleien in Deutschland, 18 % eine Fusion mit kleineren Kanzleien in Europa. Auch mit größeren Kanzleien sollte fusioniert werden: 18 % beabsichtigten dies mit deutschen und 21 % mit europäischen Partnern. Darüber hinaus wurden die Kanzleien auch nach ihren Plänen hinsichtlich eines weiteren Ausbaus von bestehenden Kooperationen gefragt. Hier antwortete etwa die Hälfte zustimmend. Und schließlich erklärten 17 % ihre Absicht, bestehende Kooperationen in gemeinsame Unternehmen zu überführen.¹¹ Im Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die hier befragten Sozietäten zwar nur ein relativ kleines Segment der anwaltlichen Kooperationen repräsentieren, dieser Bereich jedoch eine erhebliche Dynamik in Bezug auf Veränderungen der Formen von Gemeinschaftsarbeit aufweist.

Das folgende Schema zeigt die Grundformen anwaltlicher Zusammenarbeit:



Über die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinaus können sich RAe und Angehörige anderer sozietätsfähiger Berufe auch in anderen Rechtsformen wie einer Partnerschaftsgesellschaft oder einer GmbH zusammenschließen.¹³ Allerdings: „Nach zutreffender Ansicht umfaßt der Begriff ‚Sozietät‘ im anwaltlichen Berufsrecht die GbR, die Partnerschaftsgesellschaft, aber nicht Kapitalgesellschaften und Kooperationen“.¹⁴ So wird die GmbH im Gesetz als „Rechtsanwalts-gesellschaft“ bezeichnet.¹⁵ Im Folgenden werden Formen der anwaltlichen Kooperationen kurz dargestellt und an Beispielen näher erläutert.

Partnerschaftsgesellschaften

Besondere Erwähnung unter den freiberuflichen Rechtsformen verdient die Partnerschaftsgesellschaft (PartG). Diese Gesellschaftsform soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Angehörigen Freier Berufe eine Form des Zusammenschlusses anbieten, die dem traditionellen Berufsbild des Freien Berufes entspricht, andererseits aber ein modernes und flexibles Agieren ermöglicht. Ende 1998 gab es in Deutschland über 2000 Partnerschaftsgesellschaften. Am 1. Januar 2003 waren in einzelnen Freien Berufen Partnerschaftsgesellschaften in folgender Zahl eingetragen: Rechtsanwälte 953, Steuerberater 441, Wirtschaftsprüfer/Vereidigte Buchprüfer 128, Patentanwälte 42.

Die Rechtsanwalts-GmbH

Die Rechtsanwalts-GmbH wurde viele Jahre nicht als zulässige Rechtsform für den Berufsstand erachtet, weil gem. RBerG nur Rechtsanwälte persönlich zur Rechtsberatung zugelassen waren. Während noch der Entwurf des „Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte“ aus dem Jahr 1994 Kapitalgesellschaften für Rechtsanwälte nicht vorsah, erklärte das Bayerische Oberste Landesgericht zwar die Rechtsberatungs-GmbH für nicht zulässig, bestätigte jedoch die Anwalts-GmbH als Rahmen für die anwaltliche Tätigkeit unter persönlicher Berufsausübung. Der Ausschluss der Handelndenhaftung aus der Anwalts-GmbH wurde 1998 im Rahmen des „Gesetzes zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung“ verabschiedet.¹⁶

Die Rechtsanwalts-AG

Im März 2000 wurde die Rechtsanwalts-AG gerichtlich zugelassen.¹⁷ Am 18. April 2000 wurde die *PRO-VIDENTIA Rechtsanwalts AG Nürnberg* als erste deutsche Aktiengesellschaft für Rechtsanwälte in das Handelsregister eingetragen.

10 Referendarswelt (Hrsg.) (2001): Wachstumsbranche, in: Heft 1/2001, <http://www.jurawelt.com/referendare/referendarnews/1378>, aufgerufen am 17.9.2004.

11 Befragt wurden Sozietäten mit vier und mehr Standorten, vgl. Kienbaum Management Consultants GmbH (Hrsg.) (2000): Das Problem: der Anwalt. Schlummernde Erfolgsfaktoren in deutschen Anwaltskanzleien. Zusammenfassung der Ergebnisse einer Befragung von deutschen Rechtsanwaltskanzleien, Düsseldorf, S. 9.

12 Vgl. Kopp, Stephan (2004): Anwaltsfranchising – Berufsausübungsform zwischen Sozietät und Kooperation, BRAK-Mitt. 2004, 155.

13 Vgl. Kaiser, Hans und Bellstedt, Christoph (1995): Die Anwaltssozietät. GbR, Partnerschaft, Anwalts-GmbH, 2. erweiterte Aufl., Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne und Berlin, S. 35.

14 Axmann, Mario/Grams, Holger und Haas, Peter (2002): d) Schritt 4: Auswahl der Organisationsform, in: Axmann, Mario (Hrsg.): Starthandbuch für Rechtsanwälte, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, S. 249.

15 Vgl. Lewinski, Kai von (2004): Anwaltliches Berufsrecht, Skript für das Wintersemester 2003/2004 am Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, in: <http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/inst/ifa/Skript%20Anwaltsrecht.pdf>, S. 49, aufgerufen am 17.9.2004.

16 Vgl. Buck, Holger (2001), a.a.O., S. 124 f.

17 Vgl. Buck, Holger (2001): § 2 Formen der Berufsausübung, in: Brüning, Manfred und Abel, Ralf (Hrsg.): Die moderne Anwaltskanzlei. Gründung, Einrichtung und rationale Organisation, 3. Aufl., Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, S. 111.

Käb/Oberlander, Kooperationsformen bei Rechtsanwälten

Überörtliche Sozietäten, überregionale Bürogemeinschaften, Law Firms/internationale Sozietäten

Es gibt in der Anwaltschaft neben überörtlichen Sozietäten auch überregionale Bürogemeinschaften ohne gemeinsame Kanzleiräume. Diese Form der Kooperation stellt eine Alternative zur überörtlichen Sozietät dar. Die internationale Sozietät ist auf der Sozietätsfähigkeit ausländischer Berufskollegen begründet. Grundsätzlich sind Gründung und Betrieb unter den gleichen Bedingungen wie bei der nationalen überörtlichen Sozietät zulässig.¹⁸

„Sonderformen der anwaltlichen Berufsausübung, die insoweit kaum vom Berufsrecht reflektiert werden, sind die überörtlichen Sozietäten und internationalen law firms. Sie haben in Deutschland historisch ihren Ausgangspunkt in den durch den Moerser Beschluss der RAK Düsseldorf gebilligten Zusammenschluss zu der ersten überörtlichen Sozietät (...). In der Folge, und vom europäischen Recht ausdrücklich befördert, kam es zu grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen, insbesondere mit angelsächsischen Staaten“.¹⁹

Die Genossenschaft

Die Genossenschaft ist als anwaltliche Organisationsform „kaum verbreitet. Zur Förderung der Geschäftsinteressen der Genossen ‚mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs‘ (...) sind Dienstleistungsgenossenschaften als Dachverband einer Gruppe von Anwälten aber durchaus möglich“.²⁰

Netzwerke – einige Beispiele

„Allerdings reicht in vielen Fällen die Verkoppelung von rechtlicher und steuerlicher Beratung nicht mehr aus. In solchen Fällen ist es erforderlich, Beraternetzwerke zu knüpfen, in denen Anwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater, beratende Ingenieure oder andere Dienstleister dauerhaft oder projektbezogen zusammenarbeiten“.²¹ Über diese Kooperationsform werden auch Veränderungen in den Dienstleistungen oder deren Erbringung angestrebt. Als Beispiel mag hier das ERC-Kooperationsnetz²² mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern dienen. Zielsetzung dieses Netzwerkes ist die Ausrichtung der Kanzleien nach unternehmerischen Gesichtspunkten zur Gewährleistung der Zukunftsfähigkeit sowohl der Kanzleien als auch der mittelständischen Mandanten. Die Entwicklung von Kanzleien zu „innovativen Erfolgsunternehmen“ wird mittels eines Erfolgscouchings und permanenten Erfahrungsaustausches angestrebt, wobei alle Mitarbeiter eingebunden sind. Im Jahr 2000 umfasste dieses Netzwerk rund 170 Angehörige der genannten Freien Berufe.²³

Als Gegenpol zu den „Law Firms“ wurde auch die Deutsche AnwaltsCooperation (DAC) gegründet. Unter der Devise „Kooperation statt Fusion“ bildeten deutsche und internationale Kanzleien einen Verbund, der gleichzeitig lokale Präsenz, überstaatliche Tätigkeit oder auch die Übernahme von Großmandanten ermöglicht. Über die flexible Zusammenarbeit spezialisierter Kanzleien können breite Rechtsgebiete und komplexe Themen abgedeckt werden.²⁴

CLA Europe praktiziert einen „dritten Weg zwischen einer lockeren Kooperation und der vollständigen Fusion“. Das Ziel einer grenzüberschreitenden Rechtsberatung wird durch rechtlich selbstständige Kanzleien in einem europaweiten Verbund angestrebt. Dadurch sollen die Nachteile von Fusionen wie Kostenbelastung, hoher Verwaltungsaufwand oder Reibungsverluste vermieden werden.²⁵

Hier finden sich auch „Integrated Teams“, wobei nach dem Task-Force-Prinzip bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten fall-spezifische Kooperationen gebildet werden. Als Hauptvorteil wird neben der Spezifität der anwaltlichen Dienstleistung die Flexibilität der Teams bei geringem Aufwand an Verwaltung gesehen. In der dauerhaften Unabhängigkeit der verbundenen Kanzleien wird auch ein Wettbewerbsvorteil bei der Einbindung des Berufsnachwuchses angestrebt. Flexibilität und Freiräume würden von dieser Gruppe besonders geschätzt.²⁶ Anwaltsnetzwerke können auch typologisch erfasst werden, wie die folgende Darstellung zeigt²⁷:

Typen von Anwaltsnetzwerken	
Typ	Kurzbeschreibung
Empfehlungsliste Best-Friends-System	Minimalform eines Netzwerkes, Mandantempfehlungen durch Rechtsanwälte an Kollegen.
Club	Teilweise primär mit gesellschaftlicher, weniger mit kommerzieller Ausrichtung, sowohl national als auch international. Ein darüber hinausgehendes, bewährtes Club-System in Form einer EWIV arbeitet mit drei Regeln: 1. Jedes vermittelte Mandat muss möglichst kurzfristig erstbearbeitet werden; 2. die Kanzleien aus verschiedenen Ländern geben sich wechselseitig kostenlosen und unbegrenzten Rechtsrat; 3. bei gemeinsamer oder je einzelner Mandatsführung wird durch jede Kanzlei nach nationalem Recht liquidiert. ²⁸
Verband/Allianz	Mit der Zielsetzung, gemeinschaftliche wirtschaftliche Interessen der Mitglieder zu fördern und durchzusetzen; bei der Allianz wird eine ausschließlich gegenseitige Beauftragung und Mandatsvermittlung vereinbart. ²⁹
Vereinigung von Dienstleistern, die bestimmte Unternehmensfunktionen ganz oder teilweise outsourcen wollen (Marketing, Öffentlichkeitsarbeit, EDV).	
Franchise-ähnliches System	regional vergebene (Sub-)Franchisen
Virtuelle Großkanzlei	

18 OLG München, Urt. v. 27.3.2000 – 3 ZBR 331/99.

19 Lewinski, Kai von (2004), a.a.O., S. 50.

20 Ebd., S. 51.

21 Hommerich, Christoph (2002b): 1. Strategische Gründungsplanung der Anwaltskanzlei, in: Axmann, Mario (Hrsg.): Starthandbuch für Rechtsanwälte, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, S. 206.

22 ERC = Euro Region Consult AG.

23 Vgl. Effenberger, Barbara-S. (2000): Mit dem ERC-Kooperationsnetz auf Zukunftskurs – StB auf neuen Wegen, Der Steuerberater (StB) 2000, 152.

24 Vgl. o.V. (2000): Flotte von Schnellbooten ist besser als Großtanker. Deutsche Anwaltskooperation setzt auf Zusammenarbeit und nicht auf Fusion, in: Süddeutsche Zeitung, 25.10.2000.

25 O.V. (2000): In Europa entsteht ein neuer Kanzleiverbund. 15 Sozietäten bilden Allianz/1250 Anwälte/Service aus einer Hand, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 20.7.2000.

26 Vgl. Creutz, Marcus (2002): Global denken, lokal handeln. Manche Wirtschaftskanzleien haben der Fusionswelle getrotzt, anwaltsreport 11-12/2002, 23.

27 Melber, Oliver (2002): Nutzen und Zukunft nationaler und europäischer Anwaltsnetzwerke, anwaltsreport 4/2002, 9.

28 Vgl. Buck, Holger (2001), a.a.O., S. 130.

29 Ebd.

Rechtsanwaltsketten – die Beispiele *JuraXX* und *Medienport AG*

JuraXX ist die Marke der *Eugen Boss* Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Das Besondere an dieser Gesellschaft ist ihr Filialsystem. Die Kanzleien werden in Ladenlokalen angesiedelt, um „Laufkundschaft“ den Zugang zu erleichtern. Der psychologische Hintergrund ist aber auch, durch diese Öffnung bei potenziellen Mandanten Hemmschwellen abzubauen. Zielgruppe sind also nicht große Unternehmen, sondern eher Mandanten mit persönlichen Rechtsfragen. Die Verwaltung der Kanzleien-Kette übernimmt die Zentrale. Die hier eingebundenen Partneranwälte müssen eine Einlage leisten. Als Gegenleistung wird ein Büro geboten sowie ein monatliches Fixum, ergänzt um eine leistungsbezogene Provision.³⁰ Im Jahr 2006 will die Kette in 80 Städten mit 320 Juristen tätig sein.³¹

Die *Medienport AG* hingegen bietet hauptsächlich Internetdienstleistungen für Freie Berufe an. Im Mittelpunkt der Konzeption steht die Rechtsberatung in Einkaufszentren und Kaufhäusern. Bei Karstadt und Kaufhof hat man sich schon eingemietet, hier wurden als Shop-in-Shop-System so genannte „Servicecenter Recht“ eingerichtet. Möglichst billige Anwälte sollen das „Massengeschäft“ abdecken.

Bestehende rechtliche Vorbehalte haben die Gesellschafter dieser beiden Dienstleister bislang nicht daran gehindert, ihr Vorhaben voranzutreiben. Umstritten sind fehlende Handelsregistereinträge, Namensgebung oder die Angabe von Pauschalpreisen für Erstberatungen. Um bei *JuraXX* Gesellschafter werden zu können, muss ein Darlehen an die Gesellschaft i.H.v. EURO 50.000 gegeben werden.³²

Diese Erscheinungsformen einer „innovativen“ Rechtsberatung scheinen symptomatisch für einen Anwaltsmarkt, der zunehmend von Konkurrenzverhalten geprägt ist.

Anwaltsfranchising

Anwaltsfranchising ist mit dem Ziel der flächendeckenden Rechtsberatung verbunden, wobei Netzwerke der Verdrängung von mittelständischen Kanzleien entgegenwirken sollen. Die eingebundenen Juristen praktizieren einheitliches Marketing. Auch diese neue Form der anwaltlichen Gemeinschaftsarbeit steht allerdings unter erheblichen Vorbehalten, die sich auf berufs- und haftungsrechtliche Fragen konzentrieren. Dies beginnt schon bei Markennamen wie *Legitas* bei Übernahme des Logos durch Kanzleien der Franchise-Nehmer.³³ „Es bleibt festzuhalten, dass es anwaltliche Franchise-Systeme in Deutschland schwer haben werden, das tradierte Verhältnis von Rechtsanwalt und Mandant aufzubrechen und neu zu definieren“.³⁴

Die EWIV

Grenzüberschreitende Kooperationen und Sozietäten zwischen Rechtsanwälten werden vermehrt seit den 90er Jahren gebildet,

insbesondere im Rahmen der EU. Die *Advoselect* in Stuttgart hat in diesem Zusammenhang eine besondere Stellung, da sie bereits 1991 in Form einer EWIV³⁵ in den überstaatlichen Markt der Rechtsberatung gegangen ist. Das schlichte Ziel dieser EWIV war die grenzüberschreitende Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen durch ein Netzwerk kleinerer und mittlerer Wirtschaftskanzleien mit der Zielgruppe mittelständischer Unternehmen. Heute wird *Advoselect* als Erfolgsmodell angesehen. Diese Wirtschaftsvereinigung war im Jahr 2003 in Deutschland durch 22 Rechtsanwaltskanzleien mit rund 150 Rechtsanwälten vertreten. Die Aufnahme von neuen Kanzleien in den *Advoselect*-Verbund erfolgt auf der Grundlage einer eingehenden Prüfung. Damit soll ein einheitlich hoher Qualitätsstandard garantiert werden.³⁶

2. Einzelanwälte, Personen- und Kapitalgesellschaften von Rechtsanwälten in Deutschland 1996 bis 2002

2.1. Entwicklung der Strukturen und Beschäftigtenzahlen in Rechtsanwaltskanzleien – Ergebnisse aus den STAR-Erhebungen im Vergleich zwischen 1994 und 1997³⁷

Die Verteilung der selbstständigen RAe nach Kanzleiform hat sich 1997 im Vergleich zu 1994 in den alten Bundesländern nicht verändert. So waren in beiden Jahren 48 % als Einzelanwälte und weitere 11 % als Einzelanwälte in Bürogemeinschaften tätig. Der Anteil der selbstständigen RAe in lokalen Sozietäten lag 1994 und 1997 bei 36 %. An überörtlichen Sozietäten waren jeweils 5 % beteiligt.

In den neuen Bundesländern gab es jedoch auffällige Entwicklungen. Lag der Anteil der Einzelanwälte 1994 noch bei 58 %, ging er 1997 auf 52 % zurück. Dagegen stieg die Quote der Einzelanwälte in Bürogemeinschaften von 5 % auf 8 % an. Der Anteil der Anwälte in lokalen Sozietäten ging in diesem Zeitraum von 31 % auf 26 % zurück. Deutliche Veränderungen zeigten sich bei den überörtlichen Sozietäten in den neuen Bundesländern. So hat sich der Anteil der selbstständigen RAe in dieser Kanzleiform von 6 % 1994 auf 14 % 1997 mehr als verdoppelt. Damit wird deutlich, dass eine Angleichung der Strukturen zwischen Ost- und Westdeutschland nicht stattgefunden hat.

Zwischen 1994 und 1997 stieg in den alten Bundesländern der Anteil der Sozietäten mit fünf bis neun Partnern stark an. Dagegen verloren die Sozietäten mit zehn und mehr Partnern und die Kanzleien mit vier Soziern im relativen Vergleich an Anteilen. In den neuen Bundesländern zeichneten sich im gleichen Zeitraum größere Veränderungen ab. Lag der Anteil der Sozietäten mit drei Inhabern 1994 noch bei 40 %, hatten 1997 nur noch 26 % der Sozietäten diese Größe. Dafür gewannen die kleinen Kanzleien mit zwei Partnern an Bedeutung. Diese Ergebnisse machen deutlich, dass die Anwaltskanzleien in Deutschland im Vergleichszeitraum generell kaum an Größe zunahmten. Das Bild wurde im Wesentlichen immer noch von kleinen Kanzleien mit bis zu drei Partnern bestimmt. Es gab wohl nur wenige sehr große Kanzleien, die stark expandierten.

Ein eindeutiger Trend zeichnete sich bei den Kooperationen mit nichtanwaltlichen Partnern ab. Hatten 1994 lediglich 5 % der Sozietäten Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und andere nichtanwaltliche Partner, stieg dieser Anteil bis 1997 auf 14 % an. Be-

30 Vgl. *Trapmann, Doris* (2004): Rechtsberatung zum Billigtarif, in: Stuttgarter Nachrichten, 1.9.2004, S. 15.

31 Vgl. *Pimpl, Roland* (2004): Advokaten ziehen alle Register, in: Horizont, 2.9.2004.

32 Vgl. zu den genannten Beispielen *Hagemeister, Volker* (2004): Die Anwälte der Dumpingpreise. In Deutschland formieren sich Anwaltsketten – sogar in Kaufhäusern, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 173, S. 7; zu *JuraXX* siehe auch *Lanwert, Hayke* (2004): Des Anwalts Rat im Extra-Format. Der Dortmunder RA *Eugen Boss* gründete die Kanzlei-Kette *JuraXX*, in: Westdeutsche Allgemeine Zeitung, 30.7.2004.

33 Vgl. *Pimpl, a.a.O.*

34 *Homburger, Christoph* (2003): Berufsrechtliche Möglichkeiten und marktwirtschaftliche Perspektiven anwaltlicher Franchise-Systeme in Deutschland, in: http://www.rechtsanwaltskammer-hamm.de/index.php?navi_adjus=1&head=header.php&navi=navi.php&content=kammerreport.php, aufgerufen am 7.9.2004.

35 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung.

36 Vgl. *Scherf, Uwe J.* (2003): Klein, aber fein und renommiert. Die *Advoselect* EWIV in Stuttgart, Die Kanzlei 6/2003, 26 f.

37 Vgl. *Schmucker, Alexandra* (2000): STAR: Entwicklung der Strukturen und Beschäftigtenzahlen in Rechtsanwaltskanzleien, BRAK-Mitt. 2000, 166–169.

Thum, Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht – Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs

sonders die überörtlichen Sozietäten schienen sich immer häufiger zu interprofessionellen Kanzleien zu wandeln. So hatten 1997 bereits 28 % mindestens einen nicht-anwaltlichen Partner.

2.2 Ergebnisse der STAR-Untersuchungen 1996 bis 2002

Im Rahmen des Statistischen Berichtssystems für Rechtsanwälte (STAR) wurden im Vergleich der Jahre 1996 und 2002 Verteilungen von Einzelkanzleien, Personen- und Kapitalgesellschaften bei Rechtsanwälten in Deutschland ausgewiesen.

Zunächst war festzustellen, dass sich die Verteilung der Gesellschaftsformen in der Zeit von 1996 bis 2002 kaum verändert hat. Um die Gesamtstruktur der Rechtsformen zu erschließen, sind ergänzend die Verteilungen der Einzelkanzleien in die Darstellung einzubringen.

Die Frage ist nun, welchen Effekt der hohe Nachwuchsdruck auf die Gesamtstruktur der Rechtsformen anwaltlicher Tätigkeit in Deutschland bewirkt. Dies lässt sich über einen Vergleich der Altersstrukturen erschließen. Während im Jahr 1996 noch 68,0 % der selbstständigen Anwältinnen und Anwälte im Alter bis 29 Jahre in Einzelkanzleien tätig waren, betrug deren Anteil im Jahr 2002 73,1%. Auf der anderen Seite waren 1996 rund 32 % der bis 29-jährigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in einer GbR zusammengeschlossen, während dies im Jahr 2002 nur noch 23,1 % waren. Dagegen lag im Jahr 1996 bei den Juristinnen und Juristen im Alter unter 40 Jahren der Anteil der außerhalb von Gesellschaften eine Kooperation anstrebenden Berufsangehörigen bei 20,4 %, hingegen im Jahr 2002 bei 30,5 %. Es gibt also deutliche Hinweise darauf, dass junge Rechtsanwältinnen und -anwälte deutlich häufiger außerhalb von Rechtsanwaltsgesellschaften fachliche Zusammenarbeit anstreben. Ein wesentlicher Grund hierfür mag sein, dass es Berufsangehörigen beim Zugang in die Selbstständigkeit zunehmend erschwert wird, als Gesellschafter in Personen- oder Kapitalgesellschaften aufgenommen zu werden. Gerade bei jüngeren Berufsträgern ist also das Kooperationsverhalten sehr

stark von den gegebenen Möglichkeiten des Anwaltsmarktes abhängig.

Auch hier zeigen sich erhebliche Unterschiede zwischen freiberuflicher und gewerblicher Kooperation. Dies gilt etwa für den Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße, gemessen an der Mitarbeiterzahl, und dem Kooperationsverhalten. Die im Rahmen dieses Berichtes bereits zitierte Untersuchung des Statistischen Bundesamtes zeigt etwa, dass Betriebe mit bis zu neun Beschäftigten zu 24,4 % kooperieren, während dies in der Klasse mit 250 und mehr Beschäftigten 68,8 % der Unternehmen tun. Hier zeigt sich, dass auch das Kooperationsverhalten in Freien Berufen auf Grund der besonderen Strukturen dieses Dienstleistungsmarktes anders ausprägt ist als im Gewerbe.³⁸

Ein weiteres Ergebnis der Studie des Statistischen Bundesamtes sei an dieser Stelle berichtet: Die Bedeutung der Unternehmenskooperationen in den nächsten drei Jahren. Hier erwarteten 15,1 % der Unternehmen ein starkes Anwachsen, 38,1 % waren der Auffassung, die Kooperationen würden „etwas anwachsen“, von einer unveränderten Situation gingen 39,2 % der Antwortenden aus und lediglich 7,6 % der Unternehmen entschieden sich für die Antwortkategorien „wird etwas abnehmen“ oder „wird stark abnehmen“.³⁹ Die Erwartungen hinsichtlich der künftigen Entwicklung von Unternehmenskooperationen sind also deutlich positiv ausgeprägt. Im Folgenden wird nun der Frage nachgegangen, wie sich die Erscheinungsformen der anwaltlichen Zusammenarbeit über die Gesellschaften hinaus darstellen. Die aus diesen Varianten der Kooperation gewonnenen Erfahrungen sowie die darauf gerichteten Meinungsbilder geben Aufschlüsse über aktuelle Entwicklungen und zukunftsgerichtete Erwartungen.

38 Vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2004), a.a.O., S. 15.
39 Vgl. ebd., S. 23.

Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht – Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs

Kai Thum¹

Der Anwaltsberuf als solcher bedingt die weitestgehende Unabhängigkeit und das autonome, eigenverantwortliche Handeln des Anwalts.² Nur durch diese Gewährleistungen wird die besondere Funktion des RA im Rechtssystem überhaupt begründet. Aufgrund dieser besonderen Stellung besteht für den Anwalt ein unerlässlicher Pflichtenkanon, dessen Einhaltung Prämisse der Funktionstüchtigkeit des Rechtssystems ist und der wegen dieser Bedeutung in §§ 43 ff. BRAO als Grundpflichten des RA in Anlehnung an das Grundsatzurteil des BVerfG aus dem Jahre 1987³ festgeschrieben und konkretisiert

worden ist. Zentraler Bestandteil dieses Pflichtenkanons ist die Wahrheitspflicht des RA, die vom in § 43a Abs. 3 BRAO niedergelegten Sachlichkeitsgebot als dessen besondere Ausprägung umfasst wird.

A. Kerngehalt des Sachlichkeitsgebotes, § 43a Abs. 3 BRAO

Zu den allgemein anerkannten Aufgaben des RA gehört es, die Sach- und Rechtslage, die an ihn herangetragen wird, möglichst objektiv zu würdigen. Darauf aufbauend hat das BVerfG das Sachlichkeitsgebot als eine „seit jeher“ bestehende anwaltliche Berufspflicht, die dem „sachgerechten professionellen Austragen von Rechtsstreitigkeiten“ dient, bezeichnet.⁴ Gerade die Sachlichkeit ist „Kennzeichen sachgemäßer, professioneller

1 Der Verf. ist Rechtsreferendar und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsvergleichung und Verwaltungswissenschaft von Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Gießen.

2 BVerfG, NJW 1985, 1535 f.; NJW 1988, 191 (193); *Henssler/Prütting/Eylmann*, §43a BRAO Rdnr. 5; *Kleine-Cosack*, §43a BRAO Rdnr. 53; *Feuerich/Weyland*, §43a BRAO Rdnr. 33; ausführlich statt vieler aktuell nur *Grunewald*, AnwBl. 2004, 463 ff.

3 BVerfG, NJW 1988, 191 ff.

4 *Pietzcker*, NJW 1988, 513 (519).

Thum, Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht – Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs

anwältlicher Arbeit“.⁵ Dennoch erfordert eine effiziente Vertretung durch einen Anwalt auch, dass dieser in der Art und Weise des Vortragens und Handelns nur in dem für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erforderlichen Maße beschränkt werden darf. Die anwaltliche Berufsausübung unterliegt daher grundsätzlich der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des RA. Dieser hat im Rechtssystem seit jeher die Aufgabe, eine sachgerechte Entscheidung im Interesse seines Mandanten voranzutreiben und dabei seinen Mandanten vor Rechtsverlusten durch Fehlbeurteilungen und staatliche Übergriffe zu schützen. Zur bestmöglichen Wahrnehmung dieser Aufgabe muss es dem RA erlaubt sein, die Verfahrensbeteiligten nicht immer mit Samthandschuhen anfassen zu müssen.⁶ Eine zu extensive Auslegung der Sachlichkeit führte daher zu einer Behinderung der Arbeit des RA und damit mittelbar zur Ineffizienz des gesamten Rechtssystems.

Konsequenterweise kann eine Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten des Anwalts im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot seit dem Urteil des BVerfG restriktiv nur noch in drei Fällen angenommen werden:⁷

- Eine Pflichtverletzung liegt insbesondere dann vor, wenn der Anwalt Äußerungen tätigt, die die Schwelle der Strafbarkeit gem. §§ 185 ff. StGB überschreiten, ohne dass diese wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt wäre.
- Weiter muss von einer Pflichtverletzung ausgegangen werden, wenn der Anwalt bewusst Unwahrheiten verbreitet.
- Herabsetzungen, die neben der Sache liegen und zu denen keinerlei Anlass bestand, führen ebenfalls zu einer Pflichtverletzung.

Über diese Möglichkeiten hinaus erschöpft sich die Regelung des § 43a Abs. 3 BRAO in nichts weiter als einem berufsrechtlichen Appell, dem der Anwalt zwar folgen kann, aber keinesfalls muss.⁸ Die Art und Weise der Berufsausübung liegt damit innerhalb dieses nicht beschränkten Bereiches allein im Ermessen des jeweilig handelnden RA. Im Interesse der funktionierenden Rechtspflege hat sich der Anwalt innerhalb und außerhalb seines Berufes der Achtung und des Vertrauens, das seine Stellung erfordert, würdig zu erweisen.⁹

B. Fallgruppen der Verletzung des Sachlichkeitsgebotes

Verletzungen des Sachlichkeitsgebotes, die zu rechtlichen Konsequenzen führen, dürfen wie oben skizziert nach höchstgerichtlichen Vorgaben nur in drei Fallgruppen angenommen werden:¹⁰

1. Fallgruppe: Strafbare Handlungen

Die erste Fallgruppe ist insoweit nur eine Klarstellung und selbstverständliche Folge eines strafrechtlich zu missbilligenden Verhaltens. Das, was strafrechtlich zu sanktionieren ist, muss natürlich auch anwaltsrechtlich geahndet werden. Wenn der Anwalt demnach das strafrechtlich tolerierte Maß überschreitet, muss er darüber hinaus auch mit berufsrechtlichen Konsequenzen rechnen.¹¹ Die dem Anwalt gewährte Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit als Organ der Rechtspflege eröffnet ihm aber einen breiten Spielraum der Hand-

lungsmöglichkeiten. Selbst tatbestandlich beleidigende Äußerungen können aufgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) gerechtfertigt sein. Für eine Rechtfertigung muss aber weiter differenziert werden, ob der Anwalt auf die Wahrheit der von ihm aufgestellten Behauptungen vertrauen durfte oder ob ein berechtigter Anlass besteht, an der Richtigkeit der Behauptung zu zweifeln und diese selbst zu überprüfen.¹² Dabei darf und muss der RA auf die Richtigkeit der Einlassungen des Mandanten als Grundlage seiner Äußerungen vertrauen, es sei denn, deren Unrichtigkeit drängt sich geradezu auf. Der Äußerung muss also ein berechtigtes Anliegen zugrunde liegen und die Grenze zur Formalbeleidigung oder Schmähkritik darf nicht überschritten werden.¹³ Das Sachlichkeitsgebot ist insbesondere dann verletzt, wenn solchermaßen nicht zu rechtfertigende, unsachliche, verbale Entgleisungen des Anwalts vorliegen, die die strafrechtliche Schwelle zu §§ 185 ff. StGB überschreiten.¹⁴

2. Fallgruppe: Wahrheitspflicht – Verbot der Lüge

Als unabhängiges Organ der Rechtspflege ist der RA zur Wahrheit verpflichtet.¹⁵ § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO normiert folgerichtig die Pflicht des Anwalts, nicht bewusst die Unwahrheit zu verbreiten. Zwar bezieht sich diese Wahrheitspflicht nicht, wie das Sachlichkeitsgebot impliziert, auf die Form, sondern auf den materiellen Inhalt des anwaltlichen Handelns, dennoch hat das BVerfG die Wahrheitspflicht als Ausfluss des Sachlichkeitsgebots gewertet.¹⁶

Das bewusste Verbreiten bedeutet in diesem Kontext das Mitteilen von Unwahrheiten, von denen der Anwalt weiß, dass es die Unwahrheit ist. Entscheidend ist also nicht die objektive, sondern die subjektive Wahrheit aus der Sicht des Anwalts.¹⁷ Leichtfertige Behauptungen, die der Anwalt möglicherweise für falsch hält, dürfen demnach, soweit sie nicht erwiesenermaßen unwahr sind, aufgestellt werden.¹⁸ Mit welcher Wahrscheinlichkeit die Tatsache unwahr ist, spielt hierbei keine Rolle. Es kommt allein auf eine Behauptung wider besseren Wissens an. Hält er die Unwahrheit seiner Aussage lediglich für möglich, so kann nicht von einem Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot ausgegangen werden.

Die Unwahrheiten müssen nicht an eine Vielzahl von Personen weitergegeben werden; vielmehr reicht es bereits aus, wenn diese vertraulich an einzelne Prozessbeteiligte weitergegeben werden. Ebenso ist es pflichtwidrig, wenn der Anwalt eine Urkunde gebraucht, von der er weiß, dass sie unrichtig ist. Andererseits führt die Einlegung aussichtsloser prozessualer Mittel zum Zwecke des Zeitgewinns in Kenntnis

12 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 36; vgl. hierzu auch AG München, AnwBl. 2001, 363 (363 f.).

13 OLG Frankfurt, NJW 2003, 77 f.; *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 104; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 66.

14 Beispiele bei *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 70.

15 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 11.

16 BVerfG, NJW 1988, 191 (194); NJW 1991, 1045; *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 107; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 3; kritisch hierzu *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 74.

17 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 108; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 39; für den Zivilprozess *MüKo/Peters*, § 138 ZPO Rdnr. 2; *Hartmann* in *Baumbach* u.a., § 138 ZPO Rdnr. 15; *Zöllner/Greger*, § 138 ZPO Rdnr. 2; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 138 ZPO Rdnr. 3; strafrechtlich *Tröndle/Fischer*, § 263 StGB Rdnr. 24; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 263 StGB Rdnr. 71.

18 BVerfG, NJW 2000, 199 (200); *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 75; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 39; für den Zivilprozess *MüKo/Peters*, § 138 ZPO Rdnr. 2, 4; *Zöllner/Greger*, § 138 ZPO Rdnr. 2, 6; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 138 ZPO Rdnr. 3; strafrechtlich *Schönke/Schröder/Cramer*, § 263 StGB Rdnr. 75.

5 BT-Drucks. 12/4993, 27 f.; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 30.

6 BVerfG, BRAK-Mitt. 2003, 277.

7 BVerfG, NJW 1988, 191 (194); NJW 1991, 1045 (1045); *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 98.

8 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 94.

9 BGH, NJW 1988, 1099.

10 BVerfG, NJW 1988, 191 (194); NJW 1991, 1045; hierzu auch AnwGH Saarland, NJW-RR 2002, 923 (924).

11 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 32.

Thum, Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht – Zu den berufsrechtlichen Grenzen des Anwaltsberufs

der Aussichtslosigkeit nicht zu einer Pflichtverletzung.¹⁹ Auch das aktive Bestreiten von vom Gegner aufgestellten Behauptungen, deren Wahrheit der Anwalt kennt, verletzt die Wahrheitspflicht.²⁰ Dem Anwalt ist es aber nicht verwehrt, für den Mandanten ungünstige oder diesen belastende Umstände zu verschweigen, soweit dadurch die Wahrheit nicht verfälscht wird.²¹

Die Mitteilungen müssen sich aber ihrem Kern nach stets auf Tatsachen beziehen, hinsichtlich der Rechtsauffassungen und Werturteile besteht gerade keine Wahrheitspflicht des Anwalts.²² In tatsächlicher Hinsicht obliegt zunächst die eigentliche Darstellung des Sachverhalts dem Mandanten.²³ Daher besteht grundsätzlich für die relevanten Tatsachen selbst bei unklarer Sachlage oder zweifelhaften Informationen des Mandanten keine Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts seitens des Anwalts.²⁴ Als Ausfluss der Darstellungspflicht des Mandanten darf und muss der Anwalt in der Regel den Angaben seines Mandanten vertrauen. Nur dann, wenn berechtigter Anlass besteht, an der Richtigkeit der Angaben zu zweifeln, muss der Anwalt Nachforschungen anstellen.²⁵ Jede andere Bewertung würde zu einer empfindlichen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen RA und Mandant führen.

Diese Pflicht zur Nachprüfung gilt insbesondere dann, wenn der Anwalt schwere Vorwürfe gegen Dritte erhebt.²⁶ Bedenkenlos gestellte strafrechtliche Vorwürfe gegen Dritte sind nur pflichtgemäß, wenn sie erst nach sorgfältiger Überprüfung erhoben werden und nicht völlig unbegründet sind.²⁷ Allerdings dürfen die Anforderungen an die Nachprüfungspflicht generell nicht überspannt werden; zu überprüfen sind nur solche Tatsachen, die schnell und zuverlässig überprüfbar sind.²⁸ Insbesondere besteht auch keine Nachforschungspflicht des Anwalts im Hinblick auf Informationen, die nur der Gegenseite bekannt sind.²⁹

Das Wahrheitsgebot gilt gegenüber dem Gericht gleichermaßen wie gegenüber Mandanten, Zeugen, Gegenanwälten und anderen Prozessbeteiligten.³⁰ Eine besondere Ausprägung findet es im Rahmen des Zivilprozesses durch die Regelung des § 138 Abs. 1 ZPO. Die dortige Regelung gilt für alle Verfahren und Verfahrensabschnitte des Zivilprozesses.³¹

3. Fallgruppe: Herabsetzende Äußerungen

Weiter verletzt der Anwalt berufliche Pflichten dann, wenn er herabsetzende Äußerungen tätigt, zu denen andere Verfahrensbeteiligte keinen Anlass gegeben haben.³² Gemeint sind hier vor allem verbale Entgleisungen, die sich vom sachlichen Inhalt des anwaltlichen Vortrages lösen lassen und diesen überlagern.³³ Allerdings fehlt bezüglich dieser Anforderungen die vom BVerfG verlangte Bestimmtheit, so dass im Ergebnis nur dann eine Pflichtverletzung anzunehmen ist, wenn die Schwelle zur strafrechtlich relevanten Beleidigung überschritten wurde.³⁴ Eine Rechtfertigung wird regelmäßig aufgrund dessen, dass andere Verfahrensbeteiligte keinen Anlass zu herabsetzenden Äußerungen gegeben haben, ausscheiden müssen. In Ausnahmefällen kann die strafbare Beleidigung aber wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB, gerechtfertigt sein.

C. Rechtliche Konsequenzen

Die Verletzung des Sachlichkeitsgebots kann je nach Art der Verletzung zu strafrechtlichen Konsequenzen nach §§ 185 ff. StGB und § 263 StGB (Prozessbetrug) führen.³⁵ Nebenbei erwarten den pflichtwidrig handelnden RA auch berufsrechtliche Sanktionen.³⁶ Jede justiziable, schuldhaft Verletzung des Sachlichkeitsgebotes als anwaltliche Pflichtverletzung nach §§ 43, 43a, 113 Abs. 1 BRAO führt zu anwaltsgerichtlichen Maßnahmen. Bei zusätzlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit ist des Weiteren § 115b BRAO zu beachten.

Gleiches gilt bei der Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozess (§ 138 ZPO) als besondere Ausprägung des Sachlichkeitsgebotes im zivilprozessualen Bereich: Auch hier kann bei Überschreiten der Schwelle zur Strafbarkeit Prozessbetrug³⁷ vorliegen. Hinsichtlich der berufsrechtlichen Konsequenzen ergibt sich nichts anderes, da auch hier nach obigen Grundsätzen eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots als anwaltliche Pflicht vorliegt, soweit bewusst Unwahrheiten verbreitet werden.

Insbesondere bei Verletzung der Wahrheitspflicht bestehen darüber hinaus zivilrechtliche Ansprüche nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.³⁸ Im strafrechtlich relevanten Bereich sind weiter §§ 823 ff. BGB einschlägig.

D. Praktische Bedeutung

Vor dem Hintergrund dieser Pflichtenbindungen und der aus diesen resultierenden Grenzen der Berufsausübung befindet sich der RA im Hinblick auf Sachlichkeit und Wahrheit in einem handfesten Interessenkonflikt: Auf der einen Seite obliegt ihm die bestmögliche Vertretung seines Mandanten, die ihn freilich dazu veranlasst bis an die Grenzen des rechtlich Zulässigen zu gehen und das erlaubte Potenzial bis aufs Letzte zur Maximierung des Erfolges auszunutzen. Auf der anderen Seite hat er als Organ der Rechtspflege im Interesse der Funktionsfähigkeit des Rechtssystems Rücksicht auf die ihm auferlegten Pflichten zu nehmen. Zwischen diesen entgegengesetzten Zielrichtungen muss der RA stets eine Gratwanderung vollziehen,

19 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 115; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 41.

20 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 109; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 40; für den Zivilprozess *Hartmann* in *Baumbach u.a.*, § 138 ZPO Rdnr. 8.

21 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 40.

22 *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 73; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 39; für den Zivilprozess *Hartmann* in *Baumbach u.a.* § 138 ZPO Rdnr. 13 f.

23 *Borgmann*, NJW 2002, 2145 (2146 f.); *Schnorbus*, DStR 1998, 1637 (1638).

24 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 112; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 40; für den Zivilprozess *Hartmann* in *Baumbach u.a.* § 138 ZPO Rdnr. 23; *Borgmann*, NJW 2002, 2145 (2146 f.); strafrechtlich *Schönke/Schröder/Cramer*, § 263 StGB, Rdnr. 71.

25 BVerfG, BRK-Mitt. 2003, 277 (278); BGH, NJW 2002, 1413; NJW 2000, 730 (731); NJW 1998, 2048 (2049 f.); *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 112; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 11, 36; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 193 StGB, Rdnr. 22; *Borgmann*, NJW 2000, 2953 (2957); *Schnorbus*, DStR 1998, 1637 (1639).

26 EGH Hamm, BRK-Mitt. 1985, 112; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 71; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 51.

27 *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 71; EGH Hamm, BRK-Mitt. 1985, 112.

28 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 193 StGB, Rdnr. 22.

29 *Schnorbus*, DStR 1998, 1637 (1639).

30 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 111; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 38.

31 *MüKo/Peters*, § 138 ZPO Rdnr. 1; *Hartmann* in *Baumbach u.a.*, § 138 ZPO Rdnr. 5; *Zöller/Greger*, § 138 ZPO Rdnr. 1; *Thomas/Putzo/Reichold* § 138 ZPO, Rdnr. 2.

32 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 121.

33 BGH, NJW 1988, 1099 (1100).

34 AnwGH Saarland, NJW-RR 2002, 923 f.; *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 122; *Kleine-Cosack*, § 43a BRAO Rdnr. 61 f.; *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 52.

35 *Henssler/Prütting/Eylmann*, § 43a BRAO Rdnr. 111.

36 *Feuerich/Weyland*, § 43a BRAO Rdnr. 36.

37 *MüKo/Peters*, § 138 ZPO Rdnr. 16; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 138 ZPO, Rdnr. 11.

38 *MüKo/Peters*, § 138 ZPO Rdnr. 16; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 138 ZPO, Rdnr. 10.

Schneider, Die Teilnahme am New York Bar Exam

die dem Mandanten das bestmögliche Output im rechtlich zulässigen Bereich liefert.

Während die erste und dritte Fallgruppe der Verletzung des Sachlichkeitsgebotes nur klarstellt, was die Rechtsordnung sowieso von jedem, also auch vom RA fordert, nämlich dass er sich in den Grenzen des strafrechtlich Erlaubten bewegt und durch sein Verhalten keinen Straftatbestand verwirklicht, hat die Wahrheitspflicht und deren Verletzung durch den RA erhebliche praktische Bedeutung:

Besonders gefährlich für den RA ist das Über-Engagement für den Mandanten. Reagiert er auf zutreffende Behauptungen des Gegners, von denen er selbst weiß, dass diese der Wahrheit entsprechen, im Interesse des Mandanten mit aktivem Bestreiten, so kollidiert dieses Verhalten mit seiner Pflicht zur Wahrheit und verletzt das Sachlichkeitsgebot. Hier muss der Anwalt also stets wachsam sein. Zwar besteht keine Pflicht des Anwaltes unrichtige oder zweifelhafte Aussagen, deren Unrichtigkeit ihm bekannt ist, richtig stellen zu müssen, dennoch darf er eben niemals ihm als wahr bekannte Behauptungen wider besseren Wissens bestreiten. In einer solchen Situation ist es wohl am günstigsten, aus taktischen Gründen zu dem zutreffenden Vortrag zu schweigen.

Gerade im strafrechtlichen Bereich, nämlich dann, wenn der RA einen schuldigen Angeklagten verteidigen soll, entsteht ein diffiziler Konflikt des RA mit seiner Pflichtenbindung zur Wahrheit. Belastende Tatsachen dürfen durchaus verschwiegen werden, dann, wenn sie aber wahrheitsgemäß beispielsweise vom eigenen Mandanten vorgetragen werden, dürfen sie vom RA nicht mehr aktiv bestritten werden. Sein eigener Vortrag muss also stets der Wahrheit entsprechen. Insofern gleicht die Strafverteidigung einer schwer handhabbaren Gratwanderung.

Problematisch in Bezug auf die Wahrheitspflicht sind auch Behauptungen, die strafrechtliche Anschuldigungen gegenüber dem Gegner, dem gegnerischen Anwalt oder gar dem Gericht enthalten. Behauptet der Anwalt beispielsweise, ohne seine Vorwürfe vorher gründlich und sorgsam zu verifizieren, der gegnerische Anwalt sei ein Prozessbetrüger, weil er Tatsachen verdrehen würde, so verletzt er das Verbot des bewussten Verbreitens von Unwahrheiten. Gerade dann, wenn erhebliche Vorwürfe in den Raum gestellt werden, darf vom RA erwartet werden, dass dieser den Grund für seine Anschuldigung eingehend und umfassend prüft.

Vernachlässigt der Anwalt diese Pflicht, indem er aus einem Verdacht heraus den Gegenüber als Straftäter bezeichnet, so verletzt er die ihm obliegende Wahrheitspflicht.³⁹ Gleiches gilt natürlich erst recht dann, wenn einem Gericht haltlos Rechtsbeugung vorgeworfen wird.⁴⁰ Die äußerste Grenze des beruflich Zulässigen dürfte dabei dort liegen, wo die Diffamierung der Person die Aspekte der Auseinandersetzung in der Sache überlagert. Als Grenzfall am Rande der Pflichtwidrigkeit sind Aussagen wie „Das Urteil ist so falsch, dass man sich wundert, dass ausgebildete Juristen an der Rechtsfindung beteiligt waren“ zu werten sein, da hier der strafrechtliche Vorwurf noch nicht im Vordergrund steht, obwohl doch der Vorwurf der Rechtsbeugung impliziert wird und im Untertext mitschwingt.⁴¹ Andererseits sind stil- und taktlose Formulierungen in einer Revisionsschrift („himmelschreiende Befangenheit“, „Rechtsblindheit“ und „willkürliche und böswillige Unterstellungen“ der Richter etc.) vom BGH als Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot gewertet worden.⁴² In der Praxis wird der Anwalt hier Vorsicht walten lassen müssen, um nicht in den Bereich des pflichtwidrigen Handelns zu gelangen.

E. Ausblick

Die Grenzen der anwaltlichen Berufsausübung lassen dem RA in Bezug auf Sachlichkeit und Wahrheit einen weiten Handlungsspielraum. Aufgrund seiner wichtigen Stellung im Rechtssystem bedingt dieser ein hohes Maß an Verantwortung seitens des RA. Nur wenn dieser den gewährten Freiraum nicht missbräuchlich ausnutzt, ist das besondere Vertrauen in das Berufsbild des Anwaltes überhaupt gerechtfertigt. Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht sollten daher stets nicht nur als Grenze anwaltlichen Handelns, sondern darüber hinaus als normierte Leitmotivationen anwaltlichen Schaffens betrachtet werden, in der sich die Würde und Achtung, die die berufliche Stellung des Anwalts bedingt, umfänglich widerspiegelt.

39 Vgl. hierzu auch EGH Hamm, BRAK-Mitt. 1985, 112.

40 Vgl. hierzu EGH Hamm, BRAK-Mitt. 1994, 52.

41 Vgl. hierzu AnwGH Saarland, NJW-RR 2002, 923 ff., der diese Aussage als mit dem Sachlichkeitsgebot vereinbar betrachtet hat.

42 Vgl. hierzu BGH, wistra 2004, 313.

Die Teilnahme am New York Bar Exam

Rechtsanwalt *Sven H. Schneider*, LL.M. (Berkeley), Attorney-at-Law (New York)

I. Einleitung

Deutsche Juristen nehmen in steigender Zahl an einem LL.M.-Programm in den USA teil. Während des Studiums vor Ort wird jeder bald vor die Frage gestellt, ob der Aufenthalt mit einer Teilnahme am amerikanischen Bar Exam verknüpft werden sollte. Dieser Beitrag soll einen Überblick über die Voraussetzungen und den Ablauf des Examins, die Kriterien bei der Entscheidung über die Teilnahme sowie die Vorbereitung und die Kosten des Examins geben.¹

II. Voraussetzungen für die Teilnahme am Bar Exam

Das amerikanische Bar Exam ist, wie in Deutschland, ein Staatsexamen, wird also von den einzelnen Bundesstaaten

durchgeführt. In der Regel ist für die Examensteilnahme ein vollständiges, 3-jähriges Jurastudium in den USA (J.D. – Juris Doctor) Voraussetzung. Nur in zwei Bundesstaaten, New York und Kalifornien, ist ein J.D.-Abschluss nicht erforderlich.

In Kalifornien ist zur Teilnahme am Bar Exam berechtigt, wer entweder einen J.D.-Abschluss oder die Mitgliedschaft in der RAK eines anderen Landes vorweisen kann. Als Deutscher muss

1 Weitere Überblicke geben *Harrer/Paschos*, Das New York Bar Exam, JuS 1995, 757; *Holters*, Strangers in paradise, JuS Magazin 1/2004; zum Bewerbungsverfahren bei den law schools siehe ausführlich *Ackmann/Menge/Biene/Müller*, USA Masterstudium für Juristen (LL.M. MCL MC), 2. Aufl.

Schneider, Die Teilnahme am New York Bar Exam

man zur Teilnahme am kalifornischen Bar Exam also in Deutschland als RA zugelassen sein.² Die meisten Deutschen nehmen indes am New York Bar Exam teil. Auf das kalifornische Examen soll deshalb hier nicht weiter eingegangen werden.³

In New York ist der erfolgreiche Abschluss eines LL.M.-Studiums an einer akkreditierten law school erforderlich. Dabei müssen während des Studiums mindestens zwei Basiskurse in Grundlagenfächern belegt worden sein. Dieses Kriterium ist für deutsche LL.M.-Studenten nicht völlig selbstverständlich erfüllt, nehmen doch die meisten bei ihrer Kurswahl eine starke Spezialisierung in Bezug auf ein Rechtsgebiet vor. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass nicht zwei Grundlagenfächer belegt wurden. In diesem Fall ist die Kurswahl rechtzeitig zu korrigieren. Sofern Unsicherheit besteht, ob ein Kurs Grundlagenfach i.S.d. Teilnahmebestimmungen des New York Bar Exams ist, kann man einen formlosen Brief an die Verantwortlichen des New York Bar Exams, das New York State Board of Law Examiners,⁴ schreiben und unter Angabe der gewählten Kurse, Kursname, Kursumfang und der erreichbaren credit points je Kurs eine Bestätigung beantragen. Eine solche Unsicherheit kann vor allem bei einem eventuell angebotenen speziellen LL.M.-Einführungskurs in das amerikanische Recht gegeben sein.⁵ Die Antwort erhält man etwa 6 Wochen später per Post. Die Kurswahl für das erste LL.M.-Semester ist zu diesem Zeitpunkt bereits lange abgeschlossen. Man muss also unter Umständen das zweite Semester entsprechend anpassen. Deshalb empfiehlt es sich, bei der Anfrage gleich die für das zweite Semester geplanten Kurse mit aufzunehmen.

Das Examen kann beliebig oft wiederholt werden. Es ist zwar unerheblich, wie lange der LL.M.-Abschluss zurückliegt. Man kann sich also auch noch später zur Teilnahme am Bar Exam entschließen. Dabei ist allerdings zweierlei zu beachten. Erstens werden in New York zurzeit Diskussionen über eine Beschränkung der Anzahl neuer RAe geführt. In diesem Rahmen ist auch schon der Ausschluss von Kandidaten, die „nur“ über einen LL.M. verfügen, erörtert worden. Zweitens ist zu beachten, dass man sich die Möglichkeit zur späteren Teilnahme nur dann offen hält, wenn man während des LL.M.-Studiums die nötigen Basiskurse belegt hat. Dies ist später nicht nachholbar. Wer auch nur entfernt an die Teilnahme am Bar Exam denkt, sollte deshalb „zur Sicherheit“ zwei Basiskurse belegen.

III. Ablauf des Bar Exam

1. Der Hauptteil des Bar Exam

Das Examen findet zweimal im Jahr Ende Februar und Ende Juli statt und dauert zwei Tage. Es gibt zurzeit zwei (früher drei)

Examensorte in Manhattan und Albany, der Hauptstadt des Staates New York. Welchem Ort man zugeteilt wird, hängt vom Wohnsitz ab. Kandidaten mit Wohnsitz im Staat New York legen das Examen in Manhattan ab. Alle übrigen Studenten werden Albany zugewiesen. In Manhattan gibt es ein großes Testgebäude. In Albany sind die Kandidaten auf mehrere Testcenter verteilt, die sich alle im Stadtgebiet, aber nicht immer in der Innenstadt befinden.⁶

Der erste Tag dreht sich um das Recht des Bundesstaates New York. Der zweite Tag ist ein „multistate Tag“ mit einer in allen teilnehmenden Bundesstaaten gleichen Prüfung. An beiden Tagen sind keinerlei Hilfsmittel erlaubt. Der New York Tag besteht aus zwei Teilen. Vormittags sind 3 Aufsätze („essays“) zu schreiben und 50 Multiple-Choice-Fragen zum New Yorker Recht zu beantworten. Am Nachmittag stehen zwei weitere Aufsätze und die Bearbeitung eines Aktenstücks („MPT“) auf dem Programm.⁷ Jeweils vormittags und nachmittags ist die Reihenfolge der Bearbeitung und Zeitaufteilung beliebig und kann von jedem Kandidaten individuell bestimmt werden. In der Regel entschließen sich die Studenten, vormittags zunächst die New-York-Multiple-Choice-Fragen und nachmittags zuletzt das Aktenstück zu bearbeiten. Dadurch hängen die fünf Aufsätze an einem Stück (unterbrochen nur durch die Mittagspause) zusammen. Der multistate Tag umfasst 200 Multiple-Choice-Fragen („MBE“), je 100 vormittags und nachmittags. Einen mündlichen Prüfungsabschnitt gibt es nicht.⁸

Aus allen Teilbereichen wird eine Endpunktzahl gebildet, die allein über das Bestehen der Prüfung entscheidet. Das Erreichen von Mindestpunktzahlen in den Teilgebieten ist nicht erforderlich. Die 200 Multistate-Multiple-Choice-Fragen fließen mit 40 % in die Bewertung ein. Die Aufsätze zählen jeweils 8 %, zusammen also 40 %. Die Bearbeitung des Aktenauszuges wird mit 10 % berücksichtigt. Damit verbleiben für die New-York-Multiple-Choice-Fragen 10 %. Dadurch zählt jede einzelne Multiple-Choice-Frage, New York und multistate, gleich viel, nämlich 0,2 %. Diese Angaben sind indes nur ungefähre Werte. Die tatsächliche Gewichtung ändert sich bei jedem Examensdurchgang auf Grundlage der durchschnittlichen Leistungen aller Kandidaten und hängt außerdem vom individuellen Resultat jedes Einzelnen ab. Als Richtlinie kann man jedoch davon ausgehen, dass man relativ sichere Chancen zu bestehen hat, wenn man etwa 130 Multistate-Multiple-Choice-Fragen richtig beantwortet, etwa 25 New-York-Multiple-Choice-Fragen, und in den Aufsätzen einen Durchschnitt von etwa 5 Punkten erzielt. Zu beachten ist allerdings, dass zu den Maßnahmen zur Verringerung der RAe in New York auch ein Anheben der Hürden im Examen gehört. So ist die für ein Be-

2 Für Deutsche, die ohne Referendariat und zweites Staatsexamen RA in Kalifornien werden wollen, bietet sich folgender Umweg an: Die Teilnahme am Staatsexamen ist in allen US-Staaten möglich, wenn der Kandidat seit mindestens einem Jahr als RA in einem anderen US-Bundesstaat zugelassen ist. Auf die Ausbildung kommt es dann nicht mehr an; entscheidend ist allein die Zulassung in einem anderen Bundesstaat. Als Deutscher mit erstem juristischen Staatsexamen kann man deshalb einen LL.M.-Abschluss machen, dann am New York Bar Exam teilnehmen und sich in New York als RA zulassen. Nach einem weiteren Jahr ist die Teilnahme am kalifornischen (oder jedem anderen) Bar Exam möglich.

3 Weitere Informationen zum kalifornischen Bar Exam gibt *Geissl*, *Becoming a Californian Lawyer: the Path for German (foreign) lawyers to Admission to the Bar in California*, DAJV Newsletter 3/2002; siehe auch http://www.calbar.ca.gov/state/calbar/calbar_generic.jsp?CategoryPath=/Home/Attorney%20Resources/Bar%20Exam&Heading=Examination%20Pass%20List&CatHtmlPath=calbar_exam.jsp.

4 <http://www.nybarexam.org>.

5 Bei dem Autor wurde ein solcher Kurs als Grundlagenfach anerkannt; für den Kurs erhielt man indes einen credit point.

6 Eine Liste aller aktuellen Testcenter ist veröffentlicht unter <http://www.nybarexam.org/testsite.htm>.

7 Der New York Tag umfasst folgende Fächer: Criminal Law (inklusive Criminal Procedure), Constitutional Law, Evidence, Torts, Contracts/Sales, Real Property, Agency, Commercial Paper, Conflict of Laws, Corporations, Domestic Relations, Equity, Estate Taxation, Federal Jurisdiction, Future Interests, Insurance (No Fault), Mortgages, New York Practice & Procedure, New York Professional Responsibility, Partnership, Personal Property, Secured Transactions, Trusts, Wills, Workers' Compensation. Der Multistate-Tag behandelt folgende Gebiete: Criminal Law (inklusive Criminal Procedure), Constitutional Law, Evidence, Torts, Contracts/Sales, Real Property. Alle 6 Multistate-Fächer kommen also auch am New York Tag vor. Allerdings ergeben sich zahlreiche Abweichungen des New Yorker Rechts vom Bundesrecht. Mit am schwierigsten bei der Vorbereitung ist das Auswendiglernen dieser Unterschiede. Die Fächer werden unterschiedlich oft im Examen geprüft. Eine Statistik ist abrufbar unter http://www.nybarbri.com/bar_exam_frequency.html.

8 Die Zulassung als Attorney-at-Law nach bestandenem Bar Exam erfordert aber die Teilnahme an einem Interview, siehe dazu unten VII.

Schneider, Die Teilnahme am New York Bar Exam

stehen mindestens erforderliche Punktzahl im Jahr 2003 angehoben worden. Eine weitere Anhebung wird diskutiert.

Die erreichte Gesamtpunktzahl wird bei bestandener Prüfung nicht mitgeteilt und spielt daher bei einer späteren Bewerbung keine Rolle.

2. Der MPRE

Neben dem eigentlichen Examen ist die erfolgreiche Teilnahme an einem Ethiktest, dem MPRE, erforderlich. Dieser Zusatztest besteht aus 50 Multiple-Choice-Fragen zu Ständesrecht und Berufsethik. Der Test kann vor, während oder nach der Teilnahme am eigentlichen Bar Exam abgelegt werden.⁹ Examenstermine finden dreimal jährlich, im März, August und November statt. Der Test ist bundesweit einheitlich und wird an jedem Universitätsort durchgeführt. Es ist also nicht erforderlich, für die Teilnahme nach New York zu reisen. Der Test kann beliebig oft wiederholt werden. Zum Bestehen müssen, je nach Durchgang, etwa 35 Fragen richtig beantwortet werden. Die erreichte Punktzahl fließt nicht in das eigentliche Bar Exam ein. Man kann also durch eine gute Punktzahl im MPRE nicht Punkte im Bar Exam „wettmachen“. Die Vorbereitung auf den MPRE ist nicht schwer und dauert etwa zwei Tage. Vorbereitungsunterlagen gibt es in jeder law school Buchhandlung.

Obwohl der MPRE relativ einfach ist, sollte man ihn nicht zusammen mit dem eigentlichen Bar Exam ablegen. Denn der Stoffumfang im Hauptteil des Examens ist ohnehin sehr umfangreich. Die meisten LL.M.-Studenten nehmen daher bereits im November oder März während ihres LL.M.-Studiums an dem Test teil, was problemlos möglich ist und einen ersten (wenn auch unrepräsentativen) Vorgeschmack auf den Hauptteil des Bar Exam gibt. Möglich ist es auch abzuwarten, ob man das eigentliche Bar Exam besteht, und dann den MPRE nachzuholen. Dafür muss man dann aber unter Umständen eigens für einen Tag in die USA reisen.

IV. Kriterien für die Entscheidung zur Teilnahme am Bar Exam

Die Teilnahme am Examen erfordert einen beträchtlichen Einsatz an Zeit und Geld. Um die Entscheidung fällen zu können, ob sich diese Investitionen lohnen, ist ein Überblick über die Vorteile der Teilnahme am Examen erforderlich.

Angesprochen seien zunächst die Chancen, bei Teilnahme das Examen auch zu bestehen. Von allen teilnehmenden Kandidaten bestehen etwa 65 %. Bei Studenten aus den besten law schools ist die Quote indes deutlich höher und liegt über 90 %. Für LL.M.-Studenten bestehen nur inoffizielle Gerüchte über die Bestehensquoten. Angeblich sollen nur etwa 30 % aller LL.M.-Studenten das Bar Exam bestehen. Bei den Deutschen sei die Quote bei etwa 50 % anzusiedeln. Diese Zahlen sind freilich unbestätigt.

Daneben sind die Vorzüge der Vorbereitung auf das Examen selbst und die Möglichkeiten bei Bestehen des Examens zu berücksichtigen. Allein die Vorbereitung auf das Examen ist für viele lohnend. Diese bietet nämlich die Gelegenheit, einen Gesamtüberblick über das amerikanische Recht zu erhalten. Während des LL.M.-Studiums entscheiden sich nämlich viele Studenten für eine Wahl spezieller Kurse aus einem Rechtsgebiet. Deshalb kehren viele nach Deutschland zurück, ohne jemals etwas über die Grundlagen des amerikanischen Zivilrechts, Prozessrechts, Strafrechts oder Verfassungsrechts gehört zu haben. Die Vorbereitung auf das Bar Exam bietet genau diesen Grundlagenüberblick.

Das Bestehen des Examens und die Zulassung als RA lohnt sich nicht nur, wenn man eine Tätigkeit als Anwalt in den USA anstrebt. Auch in Deutschland ist eine amerikanische Anwaltszulassung vor allem bei Großkanzleien mit amerikanischen Mandanten beliebt. Denn Klienten aus den USA lassen sich gerne von deutschen Anwälten in Deutschland beraten, von denen sie glauben, verstanden zu werden. Die Zulassung als amerikanischer Anwalt dient dabei oft als Vergleichsmaßstab.

Diesen Vorteilen steht ein Zeiteinsatz von etwa 9 Wochen und ein nicht unerheblicher Geldeinsatz gegenüber.¹⁰ Auch sollte bedacht werden, dass die Führung des Titels „Attorney-at-Law“ nicht ohne Risiko ist. Denn man unterfällt dann dem strengen New Yorker Ständes- und vor allem Haftungsrecht bei fehlerhafter Beratung. Deshalb soll es einige Anwälte in deutschen Kanzleien geben, die ihre Zulassung als amerikanischer RA aufgegeben haben, um das Haftungsrisiko zu verringern.

V. Vorbereitung auf das Bar Exam

Die meisten Kandidaten nehmen am Julitermin des Examens teil und beginnen unmittelbar nach Abschluss ihres Studiums Ende Mai mit der Vorbereitung. Diese besteht in der Teilnahme an einem intensiven, privaten Repetitorunterricht. Während sich für Amerikaner die Frage stellen mag, ob auch eine Examensvorbereitung ohne Repetitor erfolgsversprechend ist, braucht man sich als LL.M. Student hierüber keine Gedanken zu machen. Ohne Besuch des Repetitorkurses ist die Examens Teilnahme aussichtslos.

1. BarBri

Der Repetitormarkt ist stark monopolisiert. Der Monopolanbieter heißt BarBri¹¹, ist bundesweit tätig und hat einen Marktanteil von über 85 %. Damit hat sich für Ausländer auch die Frage der Wahl des Repetitors erledigt. BarBri is the one. Die Anmeldung kann online erfolgen.¹² Wer rechtzeitig aktiv wird, erhält einen Frühbucherrabatt („early bird discount“). Kurse werden an allen größeren Universitäten der USA angeboten. Man muss für die Vorbereitung also nicht etwa nach New York ziehen. Allerdings wird der Kurs nur einmal, und zwar in Manhattan, live gehalten und auf Video aufgezeichnet. Alle übrigen Kurse finden einige Tage später statt und sind Videokurse.

Für Deutsche ist es zunächst gewöhnungsbedürftig, Teleunterricht zu erhalten. Es gibt aber einige Vorteile. So werden nicht nur unnötige Zwischenfragen von Studenten vermieden und Pausenzeiten genau eingehalten. Darüber hinaus sind die jeweils Vortragenden hochspezialisiert und sehr professionell. Ihnen gelingt es, innerhalb kürzester Zeit eine große Stofffülle zu behandeln. Der Kurs findet etwa 8 Wochen lang 5-mal in der Woche für etwa 4 Stunden am Tag statt. Er behandelt sämtliche Fächer und beinhaltet zahlreiche Bücher, Lernsoftware, Übungsklausuren und -fragen, Onlinekurse, sonstige Lernmaterialien und Lernstundenpläne. Der Kurs ist deshalb ein „Rundumpaket“ zum Bestehen des Bar Exams. Andere Lernmaterialien benötigt man nicht. Erforderlich sind weder andere Lehrbücher noch Gesetzestexte und erst recht nicht das Studium von Gerichtsentscheidungen.

2. PMBR

Neben BarBri hat sich ein Anbieter als Spezialist für den zweiten, multistate Tag etablieren können: PMBR.¹³ Er sieht sich selbst nicht als Alternative, sondern als Ergänzung zu BarBri –

9 <http://www.nybarexam.org/mpre.htm>.

10 Zu den Kosten siehe genauer unten VIII.

11 <http://www.barbri.com>.

12 <http://www.nybarbri.com>.

13 <http://www.pmbri.com>.

Schneider, Die Teilnahme am New York Bar Exam

und verdient mit dieser Marketingstrategie viel Geld. Der Kurs dauert zwei ganze Tage und konzentriert sich allein auf die Multiple-Choice-Fragen des Multistate-Tages. Anders als bei BarBri stellt sich bei PMBR für jeden, also auch für Ausländer, die Frage, ob sich eine Teilnahme lohnt. Einerseits nehmen viele Amerikaner auch an PMBR teil. Dies spricht an sich für eine Teilnahme. Schließlich ist man Fremder in einem fremden System und sollte deshalb so oft wie möglich der Mehrheit folgen. Andererseits bekommen die meisten Amerikaner die gesamte Examensvorbereitung von ihrem späteren Arbeitgeber bezahlt und handeln deshalb nach dem Motto: Lieber einen Kurs zu viel gebucht als einen zu wenig. Dabei übersehen sie völlig, das der kritische Faktor während der Examensvorbereitung nicht etwa Geld ist, sondern Zeit.

Die Empfehlung ist folgende: Auch PMBR bietet einen Frühbucherrabatt an. Diesen sollte man NICHT nutzen. Stattdessen sollte man mit dem Besuch des BarBri-Kurses beginnen und sich dann kurzfristig entscheiden, ob eine zusätzlicher Besuch von PMBR notwendig ist. Eine Buchung ist auch sehr kurzfristig noch möglich. Einige entscheiden sich erst am Vorabend zum Besuch des PMBR-Kurses.

PMBR bietet unabhängig vom Unterricht HörCDs zu den sechs Multistate-Fächern an. Jedes Fach umfasst etwa 5–7 CDs mit Mitschnitten von Kursen aus vorangegangenen Jahren. Wer gut durch Zuhören lernt, sollte den Erwerb der CDs in Betracht ziehen. Neuer Stoff wird allerdings nicht vermittelt.

3. Kurse an der law school

Immer wieder wird unter LL.M.-Studenten die Frage diskutiert, ob es sich lohnt, bereits während des LL.M.-Studiums ein oder zwei Kurse zu wählen, die examensrelevant sind. Dies wird oft mit einem Verzicht auf speziellere Kurse, die im Interessenschwerpunkt des Studenten liegen, erkaufte. Der Autor ist dieser Strategie nicht gefolgt. Die Anzahl der Kurse, die man in einem Jahr besuchen kann, ist beschränkt. Schwerpunkt des Aufenthaltes ist das LL.M.-Studium, nicht die Vorbereitung auf das Bar Exam. Deshalb sollte das Examen bei der Kurswahl keine Rolle spielen. Unabhängig davon ist der Synergieeffekt äußerst begrenzt. Im Gegensatz zu den wissenschaftlichen, auf Verständnis der Materie angelegten Kursen an der law school ist das Bar Exam auf reine Wissensabfrage ausgerichtet. Deshalb werden an der Universität oftmals völlig andere Themen behandelt, als im Bar Exam abgefragt werden. Insoweit ist die Universitätsausbildung mit der deutschen vergleichbar. Sie bereitet nur eingeschränkt auf das Staatsexamen vor.

VI. Anmeldung, Unterkunft, Visum

Die Anmeldung zum Bar Exam erfordert die Übersendung eines transcripts im Original oder in beglaubigter Fotokopie. Ein transcript ist eine Zusammenstellung aller Noten, die man während seines Jurastudiums erhalten hat. Das transcript des LL.M.-Studiums wird automatisch durch die law school nach New York gesandt, sobald man die Absicht mitgeteilt hat, am Bar Exam teilzunehmen. Das transcript des deutschen Jurastudiums muss bereits für die Bewerbung bei der law school erstellt werden. Zu beachten ist also lediglich, dass man sich im Rahmen der Bewerbung für das LL.M.-Studium ein transcript zusätzlich beglaubigen lässt und mit nach Amerika nimmt, um es mit der Anmeldung zum Bar Exam einreichen zu können.

Die meisten Kandidaten benötigen in Manhattan oder Albany ein Hotel. Dies ist vor allem in Albany leichter gesagt als getan. Es stellt sich nämlich das Problem, dass man erst wenige Wochen vor dem Examen erfährt, welchem Testcenter innerhalb Albanys man zugeteilt wurde. Zu diesem Zeitpunkt muss ein Hotelzimmer längst gebucht sein. Hotel und Testcenter können

weit auseinander liegen. Bewährt hat sich in einem solchen Fall ein Zimmertausch mit Freunden von der law school, die das gleiche Problem in umgekehrter Richtung haben.

Für die Fahrt zum Testcenter braucht man in Albany ein Taxi oder einen Mietwagen. Von einem Mietwagen ist abzuraten, weil je nach Testcenter ein Parkplatz schwer zu finden sein kann. Auch die Fahrt mit dem Taxi ist freilich nicht problemlos. Da Albany eine kleine Stadt ist, gibt es nicht unbegrenzt viele Taxis. An den beiden Testtagen wollen zusätzlich zu den normalen Taxigästen 5.000 Bar Exam-Kandidaten zur gleichen Zeit am gleichen Ort sein. Die Folge ist großer Mangel an freien Taxis. Deshalb sollte erstens ein Taxi rechtzeitig vorgebucht werden – am besten sofort, nachdem das Hotel reserviert wurde. Zweitens sollte man zur Sicherheit die Telefonnummern einiger Taxiunternehmen bereithalten. Denn in der Vergangenheit haben oft Studenten Taxis vorbestellt, ohne dann tatsächlich abgeholt worden zu sein. Drittens sollte man sich mit anderen Kandidaten, die im gleichen Hotel wohnen und zum gleichen Testcenter müssen, zusammenschließen und im Zweifel deren Taxi mitbenutzen bzw. das eigene Taxi zur Verfügung stellen.

Die Testcenter sind unterschiedlich groß. In Manhattan werden meist eine oder mehrere riesige Hallen gemietet. Man schreibt deshalb mit Tausenden von Kandidaten gleichzeitig im selben Raum. In Albany ist die Größe der Testcenter unterschiedlich. Auch hier sind im größten Raum aber mehr als tausend Kandidaten untergebracht.

Zu beachten ist weiterhin ein ggf. bestehender Zeitunterschied zwischen dem Vorbereitungsort und New York. Wer sich an der Westküste auf das Examen vorbereitet, muss am Testtag drei Stunden früher aufstehen als gewohnt.

Großen Aufwand bereitet außerdem die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis.¹⁴ Deutsche kommen in aller Regel mit einem F1-Visum in die USA.¹⁵ Die Aufenthaltserlaubnis läuft 60 Tage nach Abschluss des LL.M.-Programms ab. Den Abschluss des LL.M.-Programms bildet die Abschlussfeier mit der Überreichung des Zeugnisses. Die Feier findet oft um den 20. Mai statt. Das Bar Exam wird häufig auf den 30. und 31. Juli gelegt. Dadurch ist die 60-Tage-Frist am Ende des Examens bereits abgelaufen.

Deshalb benötigt man eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis. Dafür gibt es zwei verschiedene Möglichkeiten:

Erstens kann man seinen Status mit dem Ende des Studiums von „Studentenstatus“ auf „Touristenstatus“ umschreiben lassen. Dies ist aber nicht unproblematisch. Rechtlich völlig unklar ist nämlich, ob man als Tourist am New York Bar Exam teilnehmen darf oder ob dies eine „Arbeitstätigkeit“ darstellt. Außerdem muss man zur Umstellung seines Status entweder aus- und wieder einreisen oder seinen Reisepass einschicken. Das Einschicken ist mit einer Bearbeitungsgebühr von zurzeit \$ 150 verbunden.

Demgegenüber ist die zweite Alternative günstiger. Als F1-Student hat man die Möglichkeit, nach Abschluss des LL.M.-Programms für bis zu ein Jahr in den USA zu bleiben und eine Arbeitstätigkeit aufzunehmen oder auch nur eine Arbeit zu suchen. Man muss zu diesem Zweck den Status OPT (optional practical training) beantragen. Der OPT-Ausweis kostet zurzeit \$ 120 und ist damit billiger als die Umstellung auf ein Touristenvisum bei Einsendung des Reisepasses. Da die Erteilung des Ausweises viele Wochen dauert, sollte man ihn rechtzeitig,

14 Zu den aktuellen VISA-Bestimmungen allgemein siehe <http://www.usembassy.de/travel/dindex.htm>.

15 Sofern die Einreise mit einem J1-Visum erfolgt, gelten abweichende Bestimmungen; die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf den F1-Status.

Otto, Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten

spätestens im Februar, beantragen. Zu beachten ist, dass sich die Aufenthaltsbestimmungen in den USA nicht erst seit dem 11. September 2001 ständig ändern und verschärfen. Man sollte deshalb unbedingt die neuesten Vorschriften überprüfen.

Schließlich sollte man darauf achten, dass die Auslandskrankenversicherung nicht nur bis zum Ende des LL.M.-Studiums Gültigkeit hat. Dies ist vor allem bei Versicherungen, die Bestandteil eines Stipendiums sind, oft gegeben. In diesem Fall muss man auf eigene Kosten den Versicherungsschutz verlängern.

VII. Ernennung zum Attorney-at-Law

Die Ergebnisse der Prüfung werden etwa vier Monate später (für den Julitermin im November) online bekannt gegeben. Hat man die Prüfung bestanden, so ist man berechtigt, sich beim „Office of Court Administration“ registrieren zu lassen und in die New York State Bar aufgenommen zu werden. Ab diesem Zeitpunkt ist man zur Führung des Titels „Attorney-at-Law (New York)“ berechtigt. Außerdem kann man Mitglied der New York State Bar Association¹⁶ und der American Bar Association¹⁷ werden. Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung ist – anders als in Deutschland – nicht vorgeschrieben.

Für die Aufnahme ist ein gewisser Verwaltungsaufwand erforderlich, weil zahlreiche Dokumente einzureichen sind.¹⁸ Vor der Vereidigung ist außerdem ein „Interview“ bei einem Mit-

¹⁶ <http://www.nysba.org>.

¹⁷ <http://www.abanet.org>.

¹⁸ Da man über die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen nicht eigens informiert wird, empfiehlt sich die Beifügung einer frankierten Postkarte mit der Bitte um Rücksendung, wenn die Unterlagen komplett sind. Die hierfür erforderlichen amerikanischen Briefmarken sollte man schon während seines Aufenthaltes in den USA erwerben, weil dies in Deutschland nur schwer möglich ist.

glied der Anwaltskammer zu absolvieren, das allerdings keine echte Prüfung darstellt, sondern nur formalen Charakter hat.

Nachdem man als Anwalt zugelassen ist, besteht außerdem die Pflicht zu regelmäßiger Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen (CLE – continued legal education). Die Kurse sind grundsätzlich persönlich zu besuchen, können unter gewissen Voraussetzungen aber auch online abgelegt werden.

VIII. Kosten

Die Kosten für die Teilnahme am Examen erscheinen zunächst hoch. Der BarBri-Kurs kostet etwa \$ 2.400. Entscheidet man sich darüber hinaus für die Teilnahme am PMBR-Kurs, kommen weitere \$ 350 Repetitorkosten hinzu. Für die Teilnahme am Examen selbst fällt eine Gebühr i.H.v. zurzeit \$ 250 an. Die Vissumsverlängerung schlägt mit etwa \$ 150 zu Buche. Dazu kommen die gegenüber Deutschland höheren Lebenshaltungskosten in den USA für die Monate Juni und Juli. Außerdem sind die Reisekosten nach Albany oder Manhattan sowie die Übernachtungs- und Taxikosten am Testort zu berücksichtigen.

Sofern man das Examen besteht und Mitglied der New Yorker RAK wird, verursacht dies weitere Kosten. Die Kammerbeitrag liegt zur Zeit bei \$ 350 für jeweils zwei Jahre. Hinzu kommen die regelmäßigen Fortbildungskurse.

Soviel zu den schlechten Nachrichten. Jetzt die guten Nachrichten. Erstens sind sämtliche Kosten als Ausbildungskosten auch in Deutschland von der Steuer absetzbar.¹⁹ Zweitens wird der Großteil der Kosten von amerikanischen Kanzleien übernommen, wenn man sich zur Mitarbeit bei einer solchen entschließt. Auch deutsche Großkanzleien gehen vermehrt dazu über, jedenfalls einen Teil der Kosten im Rahmen eines „singing bonus“ zu übernehmen.

¹⁹ Zur steuerlichen Behandlung der LL.M.-Kosten insgesamt siehe von *Freden*, Steuerliche Behandlung der Ausgaben für ein LL.M.-Studium, DAJV-Newsletter 4/2002, 140 ff.

Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten

Rechtsanwalt Dr. *Klaus Otto*¹, Nürnberg

1. Rechnung mit Pflichtangaben als Verzugsvoraussetzung

Hat ein Rechtsanwalt namens seines Mandanten eine Forderung außergerichtlich oder gerichtlich geltend zu machen, sollte er sich vergewissern, ob

- der Anspruchsgegner ein Unternehmer i.S.v. § 2 UStG ist, der kein Kleinunternehmer i.S. von § 19 UStG ist und der die der Forderung zugrunde liegende Lieferung oder sonstige Leistung für sein Unternehmen erhalten hat,
- der Forderung eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung oder sonstige Leistung zugrunde liegt und
- der vertretene Mandant bereits eine Rechnung i.S.d. § 14 UStG ausgestellt hat, die gem. § 14 Abs. 4 UStG folgende Angaben enthält:

- a) den vollständigen Namen und die vollständige Anschrift des leistenden Unternehmers und des Leistungsempfängers,
- b) die dem leistenden Unternehmer vom Finanzamt erteilte Steuernummer oder die ihm vom Bundesamt für Finanzen erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer,
- c) das Ausstellungsdatum,
- d) eine fortlaufende Nummer, mit einer oder mehreren Zahlenreihen, die zur Identifizierung der Rechnung vom Rechnungsaussteller einmalig vergeben wird,
- e) die Menge und die Art (handelsübliche Bezeichnung) der gelieferten Gegenstände oder den Umfang und die Art der sonstigen Leistung,
- f) den Zeitpunkt der Lieferung oder sonstigen Leistung, sofern dieser Zeitpunkt feststeht und nicht mit dem Ausstel-

¹ FfStR, vBp.

Otto, Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten

lungsdatum der Rechnung identisch ist (die Angabe des Kalendermonats reicht aus, in dem die Leistung ausgeführt wurde; BMF v. 3.8.2004, DStR 2004, 1431),

- g) das nach Steuersätzen und einzelnen Steuerbefreiungen aufgeschlüsselte Entgelt für die Lieferung oder sonstige Leistung (§ 10 UStG) sowie jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts, sofern sie nicht bereits im Entgelt berücksichtigt ist (es genügt z.B. der Hinweis: „Es bestehen Rabattvereinbarungen“; BMF v. 3.8.2004, DStR 2004, 1431),
- h) den anzuwendenden Steuersatz sowie den auf das Entgelt entfallenden Steuerbetrag oder im Falle einer Steuerbefreiung ein Hinweis darauf, dass für die Lieferung oder sonstige Leistung eine Steuerbefreiung gilt.

Die Rechnungsangaben nach § 14 Abs. 4 können sich auch aus ergänzenden Dokumenten ergeben, auf die in der Rechnung hinzuweisen ist (§ 31 UStDV).

Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Rechnung gem. § 14 Abs. 4 UStG, ist die Forderung gleichwohl fällig. Die Erteilung einer Rechnung ist nur in Ausnahmefällen (Werklohnforderung nach VOB, Architektenhonorar, Arzthonorar) Fälligkeitsvoraussetzung und damit auch Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist. Der Anspruchsgegner kann aber die geforderte und fällige Leistung verweigern, weil er einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erteilung einer Rechnung hat, die die Angaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthält. Nur dann, wenn der Anspruchsgegner eine entsprechende Rechnung erhalten hat, kann er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machen (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UStG).

Das Leistungsverweigerungsrecht (Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB) verhindert den Verzug des Anspruchsgegners, sofern er das Leistungsverweigerungsrecht vor oder bei Eintritt der Verzugsvoraussetzungen ausgeübt hat (*Palandt*, § 284 BGB Rdnr. 12).

2. Fehlende Rechnung mit Pflichtangaben und Leistungsverweigerungsrecht

Vertritt ein Rechtsanwalt die Interessen des Anspruchsgegners, hat er ebenfalls die in Ziff. 1. genannten Prüfungen bezüglich des Vorliegens einer Rechnung mit den Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG vorzunehmen. Solange der Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Rechnung nicht erfüllt ist, muss namens des Anspruchsgegners ein Leistungsverweigerungsrecht einredeweise geltend gemacht werden, und zwar nach Möglichkeit so rechtzeitig, dass kein Verzug eintritt. Richtigerweise wäre das Leistungsverweigerungsrecht auf den Umsatzsteueranteil zu beschränken.

Das Leistungsverweigerungsrecht (Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB) wird im Prozessfalle dazu führen, dass der Anspruchsgegner zur Geldleistung Zug um Zug gegen Erteilung einer Rechnung gem. § 14 Abs. 4 UStG verurteilt wird (§ 274 Abs. 1 BGB).

Diese Zug-um-Zug-Verurteilung ist ein Minus gegenüber einer Verurteilung ohne Abhängigkeit von einer Zug-um-Zug-Leistung. Bei der Kostenverteilung gem. § 92 ZPO ist dies zu berücksichtigen. Erstreckte sich die Leistungsverweigerungseinrede auf den gesamten Rechnungsbetrag, wäre eine Kostenverteilung 13,8 % zu 86,2 % ($100 : 116 = 86,2\%$) zu Lasten des Schuldners richtig. Bezog sich die Leistungsverweigerungseinrede nur auf den Umsatzsteueranteil und wurde der Rest bezahlt, müsste der Gläubiger die Kosten des Rechtsstreits tragen.

3. Vergleichsformulierung

Geht es um den Abschluss eines Vergleiches in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit, in dem sowohl umsatzsteuerpflichtige Ansprüche geltend gemacht worden sind als auch umsatzsteuerbefreite bzw. nicht umsatzsteuerbare Ansprüche (z.B. Schadenersatzansprüche), ist im Rahmen des Vergleiches festzulegen,

- welcher Teil der Vergleichssumme auf umsatzsteuerpflichtige Ansprüche entfällt und
- die in diesem Teil der Vergleichssumme steckende Umsatzsteuer zu beziffern.

Zusätzlich sollte die Fälligkeit der Vergleichssumme davon abhängig gemacht werden, dass über den Vergleichsbetrag eine Rechnung mit den Angaben nach § 14 Abs. 4 UStG erteilt wird, wenn nicht schon eine entsprechende Rechnung über den Ausgangsbetrag vorliegt.

Lag der Klageforderung schon eine Rechnung mit offenem Umsatzsteuerausweis zugrunde, welche nicht die Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthielt, ist diese zu stornieren, damit die Vorsteuer nicht zweimal ausgewiesen wird.

4. Rechnungsanforderungen bei Dauerschuldverhältnissen

Geht es um die Erstellung eines Vertrages, dem ein Dauerschuldverhältnis zugrunde liegt und dessen Gegenstand umsatzsteuerpflichtige Lieferungen oder sonstige Leistungen sind, ist eine gesonderte Rechnung mit den Angaben nach § 14 Abs. 4 UStG nicht mehr notwendig, wenn bereits der Vertrag alle Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthält. Die Rechnung i.S.d. § 14 UStG wird gebildet durch die Gesamtheit aller Dokumente, die die nach § 14 Abs. 4 UStG geforderten Angaben insgesamt enthalten (BMF-Schreiben v. 29.1.2004, Tz. 33, DStR 2004, 268).

Der Rechtsanwalt, der den Vertrag entwirft, muss darauf achten, dass die Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthalten sind, wobei als laufende Rechnungsnummer eine Sondernummer (fortlaufend) für Dauerschuldverhältnisse (z.B. D1) vergeben werden kann.

Aus buchhalterischen Gründen ist zu empfehlen, bei Dauerschuldverhältnissen mit monatlichen Leistungen vorzusehen, dass jeweils zum Jahresende eine Rechnung mit den Pflichtangaben des § 14 Abs. 4 UStG erteilt wird und dann eine allgemeine fortlaufende Rechnungsnummer verwendet wird.

5. Steuerschuldnerschaft bei Grundstücksverkäufen

Bei Grundstücksverkäufen und anderen Umsätzen, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen (z.B. auch nicht notarieller Verkauf von Scheinbestandteilen nach § 95 BGB; § 2 Abs. 2 GrEStG), schuldet nicht der Verkäufer, sondern der Leistungsempfänger (Käufer) die Steuer, wenn er ein Unternehmer oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist (§ 13b Abs. 2 Satz 1 mit § 13b Abs. 1 Nr. 3 UStG). Dies gilt auch dann, wenn der Leistungsempfänger das Grundstück für den nicht unternehmerischen Bereich erwirbt (§ 13b Abs. 2 Satz 3 UStG). Der Käufer muss die Umsatzsteuer unter seiner Steuernummer erklären und abführen. Eine Steuerschuld entsteht allerdings nur dann, wenn der Verkäufer in der notariellen Urkunde auf die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9a UStG verzichtet hat (§ 9 Abs. 1, 3 UStG). Die Umsatzsteuer ist dann in der notariellen Urkunde offen auszuweisen. Ist der Käufer vorsteuerabzugsberechtigt, weil er das Grundstück für sein Unterneh-

Otto, Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten

men erworben hat, kann er die ausgewiesene Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machen (§ 15 Abs. 1 Nr. 4 UStG), selbst wenn die notarielle Urkunde nicht alle weiteren Pflichtangaben i.S.v. § 14 Abs. 4 UStG enthält (EuGH v. 1.4.2004 – C 90/02 auf Vorlage des BFH v. 22.11.2001 – V R 61/00, DStR 2002, 851).

Bei den Regelungen über die Zahlung des Kaufpreises ist diese neue Rechtslage über die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers zu berücksichtigen.

6. Steuerschuldnerschaft bei Werklieferungen und sonstige Leistungen von im Ausland ansässigen Unternehmen

In entsprechender Weise besteht eine Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers, wenn es um Werklieferungen und sonstige Leistungen eines im Ausland ansässigen Unternehmers geht (§ 13b Abs. 1 Nr. 1 UStG). Betroffen sind insbesondere Leistungen von im Ausland ansässigen Unternehmen bei der Ausführung inländischer Bauleistungen, aber auch die Leistungen von im Ausland ansässigen Architekten, Künstlern, Angehörigen anderer freien Berufe, Leistungen der Aufsichtsräte, Berufssportler, Filmverleiher, Lizenzgeber und Handelsvertreter (BMF v. 5.12.2001, DStR 2002, 30). Auch hier muss die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers bei der Regelung der Vergütung berücksichtigt werden.

7. Steuerschuldnerschaft für Subunternehmer bei Bauleistungen

Erhält ein Unternehmen den Auftrag für Werklieferungen und sonstige Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen, und schaltet dieses Unternehmen zur Erbringung der Werklieferungen und sonstigen Leistungen einen Subunternehmer (auch mit Sitz im Inland; bei Ausland s. Ziff. 6) ein, schuldet das Hauptunternehmen die Umsatzsteuer, die an sich für die Leistungen des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer anfällt (§ 13b Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UStG). Dies ist bei den Regelungen über die Auszahlung des Werklohnes an den Subunternehmer zu berücksichtigen.

8. Steuerschuldnerschaft bei dem Geltendmachen von Sicherungseigentum

Wenn ein Sicherungsnehmer (Bank) außerhalb eines Insolvenzverfahrens die sicherungsübereigneten Gegenstände an sich zieht und damit vom Sicherungsgeber liefern lässt (§ 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG), ist die Bank ebenfalls Schuldner der Umsatzsteuer für die Lieferung der sicherungsübereigneten Gegenstände an sich selbst. Sie muss die Umsatzsteuer unter der eigenen Steuernummer voranmelden und abführen. In gleicher Höhe ist aber die Bank vorsteuerabzugsberechtigt (§ 15 Abs. 1 Nr. 4 UStG). Der Weiterverkauf des sicherungsübereigneten Gegenstandes an Dritte löst wiederum Umsatzsteuer aus, weil die Bank insoweit keine umsatzsteuerbefreiten Lieferungen erbringt. – Diese Rechtslage ist bei der Formulierung von Sicherungsübereignungsverträgen zu berücksichtigen. Zu empfehlen ist, der Bank oder einem anderen Sicherungsnehmer im Falle der Kündigung des Kredites das Recht einzuräumen, den sicherungsübereigneten Gegenstand im Namen des Sicherungsgebers zu veräußern. Die auf diesen Umsatz entfallende Umsatzsteuer wird dann vom Sicherungsgeber geschuldet. Die Bank wird aber bei der Sicherungsübereignung vereinbaren, dass ihr der Erlös aus dem Weiterverkauf des sicherungsübereigneten

Gegenstandes zusteht. Damit haftet sie nach § 13c UStG für die Umsatzsteuer, die der Sicherungsgeber aus dem Weiterverkauf schuldet (s. Ziff. 9).

9. Haftung des Abtretungsempfängers und Pfandgläubigers von Forderungen

Wird die Abtretung von gegenwärtigen oder künftigen Forderungen vereinbart, die das umsatzsteuerpflichtige Entgelt für Lieferungen oder sonstige Leistungen darstellen, haftet der Abtretungsempfänger für die in den Forderungen enthaltene Umsatzsteuer unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Abtretungsempfänger ist Unternehmer i.S.v. § 2 UStG.
- Der Abtretende hat die Umsatzsteuer, die in den abgetretenen Forderungen enthalten ist, nicht oder nicht vollständig an das Finanzamt entrichtet. Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn der Abtretende nicht der Soll-Besteuerung nach § 16 UStG, sondern der Ist-Besteuerung nach § 20 UStG unterliegt, weil er die Umsatzsteuer dann erst mit Eingang des Rechnungsbetrages schuldet.

Eine Haftung besteht aber auch dann, wenn der Abtretende im Falle einer Soll-Besteuerung in rechtswidriger Weise die schon geschuldete Steuer für die den Forderungen zugrunde liegenden Lieferungen und Leistungen nicht oder nicht vollständig entrichtet hat; eine richtige USt-Voranmeldung des Abtretenden ohne Zahlung beseitigt die Haftung des Abtretungsempfängers nicht.

Eine Haftung besteht auch bei der Globalzession, welche sich auch auf künftige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen erstreckt.

- Die Haftung entsteht, wenn der Abtretungsempfänger Zahlungen auf die abgetretenen Forderungen erhält, die – ggf. anteilig – auch die gesetzliche Umsatzsteuer enthalten und diese Zahlungen beim Abtretungsempfänger verbleiben. Die Haftung entsteht aber auch dann, wenn der Abtretungsempfänger die Forderung an Dritte weiter abtritt (!).

Es ist nicht möglich, der Haftung bei Abtretungen dadurch zu entgehen, dass, die Abtretung von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen auf den Nettobetrag beschränkt wird, weil auch jede Teilforderung einen Umsatzsteueranteil enthält.

Der Rechtsanwalt, der eine Abtretungsvereinbarung für den Abtretungsempfänger bearbeitet, sollte auf folgende Punkte achten:

- Für welche der abgetretenen Forderungen ist Umsatzsteuer enthalten und bereits bezahlt. Dem Abtretenden ist die Verpflichtung zur Meldung aufzuerlegen, wenn er die bezahlte Umsatzsteuer nach § 17 UStG berichtigt, z.B. wegen Uneinbringlichkeit der Forderung.
- In die Abtretungsvereinbarung ist das Recht des Abtretungsempfängers aufzunehmen, dass er die bei ihm eingehende Umsatzsteuer an das Finanzamt des Abtretenden unter dessen Steuernummer und für dessen Rechnung abführt. Damit erlischt seine Haftung.
- Dem Abtretenden ist die Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften über seine umsatzsteuerlichen Verhältnisse aufzuerlegen, soweit dies zur Abwehr einer Haftung des Abtretungsempfängers erforderlich ist.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Schreiben des BMF v. 4.5.2004, DStR 2004, 1000 verwiesen. Die dargestellte Haftung gilt auch bei Verpfändung von Forderungen aus umsatzsteuerpflichtigen Lieferungen oder sonstigen Leistungen, wenn der Pfandgläubiger ein Unternehmer i.S.v. § 2 UStG ist. Sie gilt

Otto, Umsatzsteuerliche Fallen bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen Mandaten

auch bei der Pfändung und Einziehung im Wege der Zwangsvollstreckung.

Beim Verkauf von Forderungen (Factoring) entsteht keine Haftung des Abtretungsempfängers, soweit er für die Forderung etwas bezahlt hat. Es verbleibt aber die Haftung für eingehende Mehrerlöse.

Das Finanzamt kann die Haftung durch Haftungsbescheid geltend machen. Im Einspruchsverfahren können alle haftungsausschließenden oder haftungsverneinenden Einwendungen geltend gemacht werden, z.B. dass keine Umsatzsteuerpflicht besteht, die Umsatzsteuer noch nicht fällig ist oder bereits vom Abtretenden bezahlt worden ist.

10. Haftung des Leasinggebers

Werden bewegliche Gegenstände verleast, kann bei bestimmten Gestaltungen des Leasingvertrages nicht nur eine Nutzungsüberlassung vorliegen, sondern die Lieferung des Leasinggegenstandes. Für den Leasingnehmer liegt dann ertragsteuerlich ein Anschaffungsgeschäft vor. Er kann dann nicht die Leasingraten als Betriebsausgaben geltend machen, sondern nur Absetzungen für Abnutzung und den in den Leasingraten steckenden Zinsanteil. Wann Leasingverträge zu Anschaffungsgeschäften führen, ist in den Schreiben des BMF vom 19.4.1971, BStBl. I 1971, 264 und vom 22.12.1975 beschrieben.

Umsatzsteuerlich ist in solchen Fällen eine Lieferung gegeben. Der Leasinggeber schuldet die Umsatzsteuer aus dem Veräußerungspreis des Leasinggegenstandes. Er hat dem Leasingnehmer eine Rechnung mit der geschuldeten offen ausgewiesenen Umsatzsteuer zu erteilen, obwohl nur die monatlichen Leasingraten fällig sind. Der Leasingnehmer kann die berechnete Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machen, weil der Vorsteuerabzug nur vom Vorliegen einer Rechnung abhängt, nicht von der Zahlung.

Kommt es wegen einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages (z.B. wegen Insolvenz des Leasingnehmers) zu einer Berichtigung (Ermäßigung) des Entgelts nach § 17 UStG und damit auch der Umsatzsteuer, muss auch der Leasingnehmer die in Anspruch genommene Vorsteuer berichtigen (ermäßigen). Zahlt der Leasingnehmer die zu viel beanspruchten Vorsteuern nicht an das Finanzamt zurück, haftet hierfür der Leasinggeber nach § 13d UStG.

Bei der Gestaltung von Leasingverträgen über bewegliche Gegenstände des Anlagevermögens ist diese Haftung zu berücksichtigen. Der Leasingnehmer sollte sie durch Sicherheiten abdecken, wenn er den Leasinggegenstand wirtschaftlich anschaffen will und er eine Rechnung mit offenem Umsatzsteuerausweis verlangt, die das Entgelt für die Lieferung des Kaufgegenstandes ausweist.

11. Haftung für die Umsatzsteuern aus Vorstufen bei einem Einkauf oder Verkauf unterhalb des Marktpreises

Wenn ein Vorlieferant eine Rechnung gem. § 14 UStG ausstellt, die zum Vorsteuerabzug berechtigt, er aber gem. seiner vorgefassten Absicht die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht entrichtet oder sich vorsätzlich außer Stande gesetzt hat, die ausgewiesene Umsatzsteuer zu entrichten, kann eine Haftung der in der Lieferkette nachfolgenden Händler für die nicht entrichtete Umsatzsteuer nach § 25d UStG entstehen:

a) Der nachfolgende Händler hat bei Abschluss des Kaufvertrages über seinen Eingangsumsatz Kenntnis von dem absicht-

lichen bzw. vorsätzlichen Verhalten eines der Vorlieferanten über die Nichtzahlung der Umsatzsteuer.

- b) Der nachfolgende Händler hätte nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns von der absichtlichen oder vorsätzlichen Nichtentrichtung der Umsatzsteuer eines der Vorlieferanten Kenntnis haben müssen, wobei § 25d Abs. 2 UStG für die fahrlässige Unkenntnis Vermutungsregelungen aufstellt.
- c) Fahrlässige Unkenntnis wird angenommen, wenn der Händler die eingekaufte Ware zu einem Preis verkauft, der unter dem marktüblichen Preis liegt, sofern dieser Preis nicht betriebswirtschaftlich begründet ist.

Die Haftung kann also bei einem Verkauf unter Marktpreis nur vermieden werden, wenn die Gründe für die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich begründet werden können. Die Gründe sollten für spätere Auseinandersetzungen mit der Finanzverwaltung auch dokumentiert werden.

Alternativ oder auch kumulativ sollte der den Händler betreuende Rechtsanwalt darauf dringen, dass sich der Händler vom unmittelbaren Vorlieferanten im Kaufvertrag versichern lässt, dass er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer an sein Finanzamt abführen will und auch abführen kann. Es kann aber auch im Kaufvertrag vereinbart werden, dass der Händler die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht an den Vorlieferanten bezahlt, sondern direkt an dessen Finanzamt unter dessen Steuernummer (§ 48 AO). Dadurch entfällt die Haftung für die Umsatzsteuer des unmittelbaren Vorlieferanten bei einem Verkauf unter Marktpreis, nicht aber die Haftung für die Umsatzsteuer von Vor-Vorlieferanten.

- d) Fahrlässige Unkenntnis wird angenommen, wenn der Händler die Ware zu einem Preis einkauft, der unter dem marktüblichen Preis liegt, sofern dieser Preis nicht betriebswirtschaftlich begründet ist.

Die Haftung kann also nur vermieden werden, wenn sich der Händler vom Vorlieferanten die betriebswirtschaftlichen Gründe darlegen lässt, die diesen zu dem geforderten Preis veranlasst haben. Diese Gründe sollten im Kaufvertrag aufgenommen oder anderweitig dokumentiert werden.

Alternativ oder auch kumulativ sollte der Vorlieferant bestätigen, dass er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer abführt oder dass er damit einverstanden ist, dass die Umsatzsteuer vom Käufer an das Finanzamt des Verkäufers für dessen Rechnung bezahlt wird. Dies beseitigt aber nicht die Haftung für die Umsatzsteuer von Vor-Vorlieferanten.

- e) Fahrlässige Unkenntnis wird angenommen, wenn der Händler die Ware zu einem Preis einkauft, der unter dem Einkaufspreis einer der Vorlieferanten in der Kette liegt, sofern der Einkaufspreis nicht betriebswirtschaftlich begründet ist. Es gelten die Vermeidungsstrategien gem. c). Zusätzlich sollte der Vorlieferant im Kaufvertrag bestätigen, dass er nicht unter seinem eigenen Einkaufspreis verkauft.

12. Haftung für Betriebssteuern bei Betriebsübergang

Wird ein Betrieb rechtsgeschäftlich erworben, haftet der Erwerber für die Betriebssteuern des Veräußerers im Jahr des Übergangs und im vorangegangenen Jahr (§ 75 AO). Diese gesetzliche Haftung kann nicht rechtsgeschäftlich beschränkt werden. Zu den Betriebssteuern zählt insbesondere auch die Umsatzsteuer.

Bei Vertragsgestaltungen sollte der Rechtsanwalt Wert darauf legen, dass der Verkäufer eine Bestätigung seines Finanzamtes beibringt, dass Steuerrückstände nicht bestehen. Trotzdem kann noch eine Haftung entstehen für Betriebssteuern, die erst durch eine Betriebsprüfung oder Steuerfahndung aufgedeckt werden, sofern diese Steuern innerhalb von einem Jahr nach der Anmeldung des Betriebsübergangs durch den Erwerber festgesetzt werden. Deswegen ist auch die sofortige Anmeldung des Betriebsübergangs nach § 138 AO geboten. – Bei einem Betriebsübergang zum 31.12. eines Kalenderjahres besteht eine Haftung für zwei Jahre, bei einem Betriebsübergang zum 1.1. eines Kalenderjahres nur für das Vorjahr.

13. Verträge über eine Geschäftsveräußerung

Eine Geschäftsveräußerung ist nicht umsatzsteuerbar (§ 1 Abs. 1 a UStG). Eine Geschäftsveräußerung liegt vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird. Es genügt, wenn die wesentlichen Grundlagen eines Unternehmens übereignet werden. Betriebsgrundstücke können schon die wesentlichen Grundlagen eines Unternehmens ausmachen und bei ihrer Übereignung zu einer Geschäftsveräußerung im Ganzen führen.

Die logische Folgerung der fehlenden Steuerbarkeit ist, dass der Erwerber hinsichtlich der umsatzsteuerlichen Lasten an die Stelle des Veräußerers tritt (§ 1 Abs. 1 a Satz 3 UStG). Dies bedeutet, dass der Erwerber darauf achten muss, dass die erworbenen Gegenstände noch für den Zeitraum innerhalb eines umsatzsteuerpflichtigen Bereiches bleiben, in dem eine Berichtigung von Vorsteuern nach § 15a UStG möglich ist. Für bewegliche Gegenstände des Anlagevermögens beträgt der Berichtigungszeitraum 5 Jahre, für Grundstücke 10 Jahre.

Ist unsicher, ob eine Geschäftsveräußerung i.S.v. § 1 Abs. 1 a UStG vorliegt, sollte in die Vereinbarung sinngemäß folgende Regelung aufgenommen werden:

Die Vertragsparteien gehen von einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung i.S.v. § 1 Abs. 1 a UStG aus. Sollte hingegen eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung vorliegen, erhöht sich der Kaufpreis um die gesetzliche Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer ist aber erst dann zur Zahlung fällig, wenn der Verkäufer eine Rechnung erteilt, die die Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthält. Soweit der Kaufpreis auf Grundstücke entfällt, hat der Erwerber die zusätzliche Umsatzsteuer auch ohne Vorliegen einer Rechnung mit den Pflichtangaben des § 14 Abs. 4 UStG an sein Finanzamt abzuführen.

Bei einer Geschäftsveräußerung trägt der Erwerber die Lasten aus einer Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG, die daraus entstehen, dass der Erwerber die Kaufgegenstände für den Behaltenszeitraum nicht im umsatzsteuerpflichtigen Bereich seines Unternehmens behält oder vorher umsatzsteuerbefreit veräußert.

Das Risiko, dass keine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung vorliegt und somit Umsatzsteuer geschuldet wird, trägt bei Grundstücken der Käufer, bei anderen Kaufgegenständen der Verkäufer. Die Umsatzsteuer ist von ihnen nachzutrichen zzgl. der Vollverzinsung von 6 % nach § 233a AO (mit einer Freizeit von 15 Monaten ab Ende des Veranlagungsjahres).

14. Verzicht auf Steuerbefreiungen bei Vermietungen

Die Vermietung (wie auch die Verpachtung) von Grundstücken ist nach § 4 Nr. 12 a UStG umsatzsteuerbefreit. Der Vermieter kann aber nach § 9 Abs. 1 UStG auf die Umsatzsteuerbefreiung verzichten, wenn die Vermietung von Grundstücken an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen erfolgt und der Mieter das Grundstück ausschließlich für Umsätze verwendet, die den Vorsteuerabzug des Mieters nicht ausschließen (§ 9 Abs. 2 UStG).

Regelmäßig wird der Vermieter die Option zur Umsatzsteuerpflicht ausüben, weil er dann in die Lage versetzt wird, die Umsatzsteuer aus Eingangsrechnungen für das vermietete Grundstück als Vorsteuer geltend zu machen. Er ist dann nurmehr mit dem Nettobetrag der Eingangsrechnungen belastet. Aufgrund der Option für die Umsatzsteuerpflicht wird der Vermieter die Umsatzsteuer zusätzlich zu der vereinbarten Miete verlangen. Der Mieter ist dadurch nicht zusätzlich belastet, weil er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Vorsteuer bei seiner eigenen Umsatzsteuerschuld abziehen kann.

Der Vermieter ist aber der Gefahr ausgesetzt, dass das vermietete Grundstück vom Mieter nicht mehr ausschließlich für Umsätze verwendet wird, die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen. Der Verzicht des Vermieters auf die Umsatzsteuerbefreiung ist dann unwirksam. Der Vermieter schuldet gleichwohl die in Rechnungen gegenüber dem Mieter ausgewiesene Umsatzsteuer nach Maßgabe des § 14c UStG. Trotzdem kann er die Umsatzsteuern aus den das Grundstück betreffenden Eingangsrechnungen nicht mehr als Vorsteuern abziehen, weil in Wahrheit eine umsatzsteuerbefreite Vermietung von Grundstücken vorliegt. In Anspruch genommene Vorsteuern hat der Vermieter dem Finanzamt zu erstatten.

Zum Schutze des Vermieters sollte deswegen in Mietverträgen folgende Klausel aufgenommen werden:

Der Mieter ist verpflichtet, die Nutzung des Mietgegenstandes überwiegend (mindestens zu 95 % gem. Abschn. 148 a Abs. 3 der Umsatzsteuerrichtlinien) für Umsätze zu verwenden, die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen. Sollte sich die von den Steuerbehörden festgelegte Bagatellgrenze von zurzeit 5 % verändern, so ist die neue Festlegung maßgebend.

Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter unverzüglich zu melden, wenn er den Mietgegenstand zu mehr als 5 % zur Ausübung von Umsätzen verwendet oder zu verwenden beabsichtigt, die den Vorsteuerabzug ausschließen. Verletzt der Mieter diese Mitteilungspflicht, hat er dem Vermieter den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen.

Im Falle einer Verwendung des Mietgegenstandes zu mehr als 5 % für Umsätze, die den Vorsteuerabzug ausschließen, ist der Vermieter berechtigt, die Miete zu erhöhen. Die Erhöhung soll dabei diejenige Mehrbelastung ausgleichen, die dem Vermieter durch den teilweisen oder vollständigen Wegfall der Vorsteuerabzugsberechtigung entsteht.

Der Mieter hat die Originale der Rechnungen des Vermieters zurückzugeben, die sich auf Zeiträume beziehen, in denen der Mieter den Mietgegenstand zu mehr als 5 % für Umsätze verwendet, die den Vorsteuerabzug des Mieters ausschließen.

Pflichten und Haftung des Anwalts

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

Das aktuelle Urteil

Hinweispflichten außerhalb des eigentlichen Auftrags

Hinweispflichten auf drohende Verjährung von Ansprüchen des Mandanten, die nicht Gegenstand des Mandats sind, bestehen nur in sehr engen Grenzen. Ist ein RA damit beauftragt, den Mandanten im Bußgeldverfahren wegen unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung zu verteidigen, ist er nicht verpflichtet, den Mandanten darauf hinzuweisen, dass mögliche Regressansprüche gegen einen vorher tätigen Anwalt, der das Konzept für die Geschäftstätigkeit entwickelte, zu verjähren drohen. (eigener Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 21.1.2005 – IX ZR 186/01

Besprechung:

Der Auftrag des beklagten Anwalts bestand darin, den Kl. in einem Bußgeldverfahren zu verteidigen. Diesem wurde unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorgeworfen, weil er als Inhaber einer Firma über drei Jahre hinweg bei ihm angestelltes Pflegepersonal in verschiedenen Krankenhäusern eingesetzt hatte. Für diese so genannten freien Mitarbeiter wurden Stundensätze bezahlt. Das Gericht entschied im Bußgeldverfahren, dass es sich in Wirklichkeit um Arbeitsverhältnisse mit Weisungsgebundenheit gegenüber den Ärzten und Pflegedienstleitungen der Krankenhäuser handelte, und kam zur Verurteilung wegen vorsätzlich begangener unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung. Obwohl der Kl. wegen der rechtlichen Konstruktion von einem anderen Anwalt beraten worden war, der auch die entsprechenden Verträge entworfen hatte, konnte er sich in diesem Verfahren nicht erfolgreich auf einen unvermeidbaren Verbotssirrtum berufen, da auch ihm persönlich genügend eigene Kenntnisse nachgewiesen werden konnten. Dennoch lag es nahe, nach Abschluss des Bußgeldverfahrens mit Schadenersatzansprüchen an diesen Anwalt heranzutreten, der die zivilrechtliche Beratung durchgeführt hatte. Zu diesem Zeitpunkt waren Regressansprüche aber bereits verjährt, wie in einem PKH-Verfahren festgestellt wurde. Nun stellte sich die Frage, ob nicht der Strafverteidiger, dem zwar „nur“ die Verteidigung im Bußgeldverfahren oblag, zumindest seine neben dem Mandat bestehende Hinweispflicht verletzt hatte. Hierüber kam es zur Haftpflichtklage und schließlich zum oben näher bezeichneten Nichtannahmebeschluss, nachdem die Klage schon in beiden Vorinstanzen abgewiesen worden war. Das OLG München als Berufungsgericht (Urt. v. 18.5.2001 – 23 U 2087/01) hatte dazu mit erfreulicher Deutlichkeit ausgeführt, dass es zwar anerkannt sei, dass ein RA auch im Rahmen eines eingeschränkten Mandats vor Gefahren zu warnen hat, die ihm bekannt oder für ihn offenkundig sind, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sich der Mandant drohender Nachteile nicht bewusst ist, dass das aber nicht dazu führen dürfe, dass er unabhängig von der vertraglich übernommenen Aufgabe alle erdenklichen rechtlichen Interessen des Mandanten aus beliebigen Rechtsgebieten

im Auge behalten müsse. Wörtlich heißt es im Berufungsurteil: „Nach Auffassung des Senats wäre es eine nicht vertretbare Überspannung von Anwaltpflichten, wenn von einem Strafverteidiger verlangt würde, dass er sich von sich aus – ohne diesbezügliche Aufforderung oder Nachfrage – um zivilrechtliche Ansprüche kümmert.“ Der BGH hat den Nichtannahmebeschluss nur kurz, aber vor dem Hintergrund dieser Ausführungen im Berufungsurteil durchaus prägnant begründet, wenn es dort heißt, dass die Hinweispflichten außerhalb des eigentlichen Auftrags nur in „sehr engen Grenzen“ bestehen. Die Voraussetzungen lägen hier, anders als in den Entscheidungen des IX. ZS des BGH v. 29.4.1993, WM 1993, 1508, vom 9.7.1998, WM 1998, 2247 und vom 23.9.2004, FamRZ 2004, 1950, nicht vor.

Vor allem die BGH-Entscheidung vom 9.7.1998 hatte doch für gewisse Unruhe gesorgt und wird immer wieder als Beleg dafür ins Feld geführt, wie weitreichend die anwaltlichen Pflichten sind und wie leicht man der Haftung ausgesetzt wird. In jenem Fall hatte der betroffene Anwalt den Auftrag, Ansprüche im Rahmen eines Lastenausgleichsverfahrens wegen einer Pensionszusage zu prüfen. Bei der Durchsicht der Akten im Lastenausgleichsverfahren hätte ihm aber auffallen müssen, dass noch weitere Ansprüche – nämlich im Zusammenhang mit Aktien und mit einem Grundstück – existieren, wegen derer Restitutionsansprüche nach dem VermG nahe gelegen hätten. Da kein Hinweis darauf erfolgte, verstrich die Ausschlussfrist ungenutzt. Der BGH hielt das für eine Pflichtverletzung. Eine Hinweis- und Warnpflicht bestehe auch neben einem eingeschränkten Mandat.

Solche Hinweis- und Warnpflichten neben dem eigentlichen Auftrag sind für den Anwalt besonders gefährlich: Er haftet hier möglicherweise für einen Gegenstand, den er bei Annahme des Mandats noch gar nicht kannte und der der Höhe nach weit über das hinausgehen kann, was den Inhalt des eigentlichen Mandats bildet. Deshalb kann er sich auch nicht schützen, indem er beispielsweise eine Haftungsbegrenzungsvereinbarung abschließt (§ 51a BRAO) oder sich einfach angemessen versichert. Jedes „kleine“ Mandat trägt damit das Risiko der Haftung in – zumindest relativ gesehen – exorbitanter Höhe in sich. Das sollten Anwälte auch nach dem jetzt ergangenen Nichtannahmebeschluss weiterhin bedenken, aber der Beschluss lässt doch zumindest insofern aufatmen, als durch die Postulation „sehr enger Grenzen“ für die im Haftpflichtprozess entscheidenden Gerichte ein hoher Begründungsaufwand gefordert wird und Warnpflichten nur dann angenommen werden können, wenn ein enger Bezug zum bestehenden Mandat besteht und die Gefahren, die dem Mandanten drohen, auf der Hand liegen. Vor allem müssen Strafverteidiger nicht auf alle möglichen zivilrechtlichen Ansprüche (und deren Verjährung) hinweisen, was dort sicher mit gewisser Erleichterung zur Kenntnis genommen wird. Das bedeutet natürlich nicht, dass man nicht im Rahmen einer optimalen Betreuung auf solche Gefahren neben dem Mandat im eigenen und im Interesse des Mandanten hinweisen sollte, auch wenn vielleicht aus Haf-

¹ Kanzlei Rothe, Senninger & Kollmar, München.

Rechtsprechungsleitsätze

tungssicht dazu keine Pflicht besteht. Schließlich kann auch aus einem Mandat, das man noch nicht hat, noch eines werden.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

Rechtsprechungsleitsätze

Haftung

Beschleunigter Misserfolg kein Schaden im Rechtssinne

Für den beschleunigten Misserfolg einer unbegründeten sozial-(verwaltungs-)gerichtlichen Anfechtungsklage haftet der RA mangels Schadens im Rechtssinne auch dann nicht, wenn die aufschiebende Wirkung der Klage seinem Auftraggeber noch die einstweilige Fortsetzung gewinnbringender Berufsausübung ermöglicht hätte.

BGH, Urt. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00

Anmerkung:

Der Anwalt vertrat einen Arzt, dem die Berechtigung zur kassenärztlichen Versorgung entzogen und dessen Beteiligung an der Ersatzkassenpraxis widerrufen worden war. Die dagegen gerichteten Widersprüche wurden zurückgewiesen. Ein Sofortvollzug wurde allerdings von den Widerspruchsausschüssen abgelehnt. Die Anfechtungsklage blieb in den Tatsacheninstanzen erfolglos. Die vom Anwalt eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde wegen verspäteter Begründung verworfen.

Der Arzt nahm den Anwalt auf Schadensersatz in Anspruch. Er erhob zum einen den Vorwurf, dass der Anwalt bereits in den Tatsacheninstanzen Fehler begangen habe (unzureichender Vortrag, unterlassene Beweisanträge), die kausal für das Unterliegen gewesen seien. Jedenfalls hätte er bei rechtzeitiger Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde wegen deren aufschiebender Wirkung seine kassen- und vertragsärztliche Tätigkeit noch mindestens ein halbes Jahr länger ausüben und hieraus Gewinne erzielen können. Das OLG gab der Klage schon wegen der vorzeitigen Rechtskraft der Widerrufsentscheidungen dem Grunde nach statt. Die Feststellung der Schadenshöhe, namentlich auch die Frage, ob der Anwalt den Anfechtungsprozess sogar hätte gewinnen müssen, sollte dem Bettragsverfahren vorbehalten bleiben.

Der BGH hat diese Entscheidung völlig zu Recht aufgehoben, weil das OLG einen unzutreffenden Schadensbegriff zugrunde gelegt hat. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, deren Erhalt der Geschädigte nach der Rechtsordnung nicht beanspruchen kann, stellt keinen ersatzfähigen Schaden dar. Deshalb ist auch der Nachteil alsbaldiger Vollstreckung, den eine unterlegene Partei dadurch erleidet, dass ein sachlich aussichtsloses Rechtsmittel durch ein Versehen des Anwalts versäumt, nicht ordnungsgemäß eingelegt oder verspätet begründet wird, nicht als *Schaden im Rechtssinne* anzusehen (vgl. RGZ 162, 65; BGH, WM 1989, 1826). Neu an der Entscheidung ist, dass dieser Grundsatz jetzt auch auf die Vollziehbarkeit eines belastenden Verwaltungsakts angewandt wird. Diese Frage war bislang noch nicht entschieden.

Auch bei der Anfechtung eines Verwaltungsaktes besteht nur ein schützenswertes Interesse an einer *richtigen* Entscheidung, nicht jedoch an einer Verlängerung des Verfahrens um des bloßen Zeitgewinns willen. Die allgemeine Pflicht des Anwalts zur frist- und formgerechten Begründung von Rechtsmitteln soll die Partei nur vor einem ungerechtfertigten Misserfolg schützen, nicht dagegen vor einem beschleunigten Misserfolg, der von Rechts wegen ohnehin eintreten musste.

Der Anwalt ist damit jedoch noch nicht aus dem Schneider: Da der Mandant auch geltend macht, bei vollständigem Vortrag des Anwalts hätte er das Verfahren richtigerweise sogar gewinnen müssen, und das OLG hierzu noch keine Feststellungen getroffen hat, hat der BGH nur das Grundurteil aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Beweislast bei § 61 InsO

a) Der Insolvenzverwalter kann sich entlasten, wenn er zum Zeitpunkt der Begründung der Masseverbindlichkeit einen – aus damaliger Sicht – auf zutreffenden Anknüpfungstatsachen beruhenden und sorgfältig erwogenen Liquiditätsplan erstellt hat, der eine Erfüllung der Masseverbindlichkeit erwarten ließ.

b) Dem Verwalter obliegt nicht die Darlegung und der Beweis für die Ursachen einer von der Liquiditätsprognose abweichenden Entwicklung.

BGH, Urt. v. 17.12.2004 – IX ZR 185/03, WM 2005, 337; BB 2005, 463

Anmerkung:

Die Haftungsnorm des § 61 InsO wirft viele Fragen auf. In der untergerichtlichen Rspr. wurde zunächst eine sehr weitgehende Haftung des Insolvenzverwalters angenommen (vgl. *Weinbeer*, AnwBl 2004, 48). Mit Urt. v. 6.5.2004 (WM 2004, 1191, bespr. von *Jungk*, BRAK-Mitt. 2004, 158) hat der BGH festgestellt, dass eine Haftung nach § 61 InsO nur in Betracht kommt, soweit es um eine Pflichtverletzung bei der *Begründung* von Masseverbindlichkeiten, also in der Regel bei Vertragsschluss, geht. Gemäß § 61 S. 2 InsO muss sich der Insolvenzverwalter entlasten. Dies kann er durch Erstellung und ständige Überprüfung eines plausiblen Liquiditätsplans.

Eine solche Liquiditätsrechnung hatte der Insolvenzverwalter hier durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durchführen lassen, die zu dem Ergebnis kam, die Fortführung der betrieblichen Aktivitäten würde zu einem deutlichen Überschuss zugunsten der Masse führen. Die in der Regel bei abgeschlossenen Verträgen konnte der Insolvenzverwalter dennoch nicht mehr erfüllen. Es war die Frage, ob er den Entlastungsbeweis führen konnte. Hierzu muss der Liquiditätsplan im Einzelnen erläutert werden. Die Beweislast bezieht sich dabei aber nur auf die Erkenntnismöglichkeiten des Insolvenzverwalters im Zeitpunkt der Begründung der Ansprüche, also bei Vertragsschluss. Wenn sich die Prognose im Nachhinein als falsch erweist, so muss er die Ursachen dafür nicht erklären.

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Keine Haftung des Insolvenzverwalters für Prozesskosten

Die Insolvenzordnung begründet keine Verpflichtung des Insolvenzverwalters, vor der Erhebung einer Klage oder während des Verfahrens die Interessen des Prozessgegners an einer Erstattung seiner Kosten zu berücksichtigen (im Anschluss an BGHZ 148, 175 ff.).

BGH, Urt. v. 2.12.2004 – IX ZR 142/03, BB 2005, 292; NZI 2005, 155

Anmerkung:

Für den Prozessgegner eines insolventen Kl. ist es ärgerlich, wenn er trotz Obsiegens im Rechtsstreit auf seinen Kosten „sitzen bleibt“. Es steigert den Ärger, wenn von Prozessbeginn an klar ist, dass keine Kostenerstattung erfolgen wird. Dennoch kommt eine Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters aus §§ 60 oder 61 InsO in der Regel nicht in Betracht. Der BGH stellt fest, dass § 61 InsO nicht solchen Massegläubigern dienen soll, die keine Gegenleistung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht haben. Das ist beim Kostenerstattungsanspruch der Fall.

Rechtsprechungsleitsätze

Auch nach § 60 InsO haftet der Insolvenzverwalter nicht, da keine insolvenzspezifischen Pflichten verletzt werden. Dies hatte der BGH (NJW 2001, 3187) zu § 82 KO auch schon entschieden. Einzige mögliche Haftungsnorm ist somit § 826 BGB, der jedoch nicht einschlägig ist, wenn die Klage nicht völlig aussichtslos war und nicht besondere Umstände hinzutreten (BGH, ZIP 2003, 962).

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Fristen

Tägliche Durchsicht der E-Mails

Der Anwalt darf die Durchsicht der in seinem elektronischen Briefkasten ankommenden Nachrichten daraufhin, ob sie fristgebundene Prozesshandlungen betreffen, nicht seinem Büropersonal überlassen.

KG, Beschl. v. 6.1.2005 – 16 UF 114/04

Anmerkung:

Die Korrespondenz per E-Mail ist in vielen Anwaltskanzleien schon üblich. Es muss also auch diesbezüglich sichergestellt sein, dass die von der Rspr. geforderten Maßnahmen bezüglich Postdurchsicht und Fristnotierung ergriffen werden. Grundsätzlich muss jeder Posteingang am Eingangstag einem RA vorgelegt werden. Dies muss auch für E-Mails gelten. Es muss also organisatorisch sichergestellt werden, dass solche E-Mails, die in einem gemeinsamen Kanzleibriefkasten landen, am selben Tag an einen anwesenden Anwalt weitergeleitet werden. Diese Aufgabe muss – wie bei der normalen Post – einer bestimmten Person obliegen, um Zuständigkeitsmissverständnissen vorzubeugen. Bei Abwesenheit eines RA muss weiter sichergestellt sein, dass auch sein persönlicher Briefkasten von einem anwaltlichen Vertreter durchgesehen wird. Man sollte überlegen, ob die persönlichen E-Mail-Adressen der Anwälte überhaupt nach außen bekannt gegeben werden, um dieses Problem zu vermeiden. Generell stellt sich die Frage, bis zu welcher Uhrzeit eingehende E-Mails noch zur Kenntnis genommen werden müssen (s. dazu die folgende Entscheidung des OLG München).

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Zustellung an Rechtsanwaltskanzlei um 18.22 Uhr

Eine Erklärung ist fristgerecht zugegangen, wenn sie per Fax am Tag des Fristablaufs um 18.22 Uhr bei den anwaltlichen Vertretern des Erklärungsempfängers eingeht.

OLG München, Urt. v. 9.2.2001 – 23 U 5069/00, rkr. durch Nichtannahmebeschl. des BGH v. 13.1.2005 – IX ZR 197/01

Anmerkung:

Streitgegenständlich war der fristgerechte Zugang einer Genehmigungserklärung gem. § 130 BGB. Dies ist nach ständiger Rspr. der Fall, wenn der Empfänger „unter normalen Umständen“ die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Dies gilt für alle zur Entgegennahme von Erklärungen vorgehaltenen Einrichtungen, also auch für Fax und E-Mail-Briefkasten. Mit der Kenntnisnahme rechnen darf man während der „üblichen Geschäftszeiten“, z. B. nicht mehr am Freitag nach 16.00 Uhr in einem Bauunternehmen. Das OLG meint hier nun, in einer „größeren Anwaltskanzlei könne damit gerechnet werden, dass eingehende Faxe um 18.22 Uhr noch zur Kenntnis genommen werden. Es müsse „der höhere Verantwortungsbereich einer Rechtsanwaltskanzlei gegenüber Privatpersonen beachtet werden“.

Hier ging es (nur) um den Zugang der Erklärung, aber natürlich wirft die Argumentation des OLG München die Frage auf, ob

der Empfänger einer Erklärung auch verpflichtet ist, diese um 18.22 Uhr tatsächlich noch zur Kenntnis zu nehmen. Was würde beispielsweise geschehen, wenn der RA einen Auftrag zur Rechtsmitteleinlegung am Tag des Fristablaufs um 18.22 Uhr erhält? Auch wenn RAe häufig noch bis in den späteren Abend hinein in der Kanzlei anwesend sind, muss man hier die üblichen Bürozeiten des Büropersonals zugrunde legen, da dieses ja mit der Kontrolle und Verteilung des Posteingangs betraut ist. Eine Pflicht des RA, Posteingänge per Fax oder E-Mail nach 17.00 Uhr noch zur Kenntnis zu nehmen, ist abzulehnen!

Rechtsanwältin *Antje Jungk*

Zustellung gegen Empfangsbekanntnis an Sozietät

Wegen der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters bei Abwesenheiten von mehr als einer Woche gem. § 53 BRAO ist bei solchen Abwesenheiten bei der Zustellung an eine Sozietät gegen Empfangsbekanntnis für die Berechnung von Fristen nicht das Datum der Entgegennahme durch den Sachbearbeiter nach dessen Rückkehr, sondern das Datum des Zugangs in der Kanzlei maßgeblich.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.9.2004 – 11 LA 107/04, NJW 2005, 312

Anmerkung:

Der vom Mandanten beauftragten Sozietät wurde ein Widerspruchsbescheid gegen Empfangsbekanntnis (EB) gem. § 5 Abs. 2 VwZG zugestellt. Der Posteingang erfolgte am 6.2. Der sachbearbeitende Anwalt befand sich vom 6. bis 16.2., also für zehn Tage, in Urlaub. Am 17.2. unterzeichnete er das Empfangsbekanntnis mit diesem Datum. Die Klage wurde am 14.3. eingereicht.

Das OVG wies den Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des VG mit der Begründung zurück, dass die Klage wegen Versäumung der Klagefrist gem. § 74 VwGO unzulässig sei. Gem. § 85 Abs. 2 ZPO seien sämtliche Anwälte der Sozietät bevollmächtigt i.S.v. § 85 Abs. 2 ZPO. Dies habe zur Folge, dass die Sozietät bei Zustellungen gegenseitig als vertretungsberechtigt und damit auch als empfangsberechtigt anzusehen seien (BGH, NJW 1980, 999). Bei Abwesenheit des sachbearbeitenden Anwalts müssten Vorkehrungen getroffen werden, dass dessen fristgebundene Sachen angemessen und zeitgerecht erledigt werden. Bei Abwesenheiten von mehr als einer Woche bestehe gem. § 53 BRAO eine Pflicht zur Bestellung eines Vertreters. Deswegen sei für die Berechnung der Klagefrist nicht das Datum der Unterzeichnung des EB, sondern das des tatsächlichen Zugangs in der Kanzlei maßgeblich.

Die Entscheidung ist abzulehnen. Eine Zustellung gegen EB ist erst dann als bewirkt anzusehen, wenn der Anwalt vom zuzustellenden Schriftstück mit Annahmewillen Kenntnis erlangt. Dies ist der Tag, an dem er das EB unterzeichnet hat (st. Rspr. des BVerwG seit NJW 1979, 1998; s. auch *Zöller-Stöber*, ZPO, 25. Aufl. § 174, Rdnr. 6, 15 m.w.N.). Der Verstoß gegen die rein berufsrechtliche Pflicht zur Vertreterbestellung entfaltet keine prozessrechtliche Wirkung. Wenn ein Einzelanwalt ein EB nicht unterzeichnet und an das Gericht zurücksendet, sei es wegen Abwesenheit oder aus anderen Gründen, ist die Zustellung nicht bewirkt und beginnt die Frist auch nicht zu laufen (*Zöller-Stöber* a.a.O. Rdnr. 10). Bei einer Sozietät kann nichts anderes gelten. Das Gericht muss ggf. eine erneute Zustellung vornehmen.

Das Datum des Eingangs des Widerspruchsbescheids in der Kanzlei kann auch nicht nach § 189 ZPO als maßgeblich für den Fristbeginn herangezogen werden. Diese Norm gilt nur für Fälle der Unmöglichkeit des Nachweises der formgerechten Zustellung und bei Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften. Beide Fälle liegen hier nicht vor.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Fristenkontrolle anlässlich einer Besprechung mit dem Mandanten

Zur Verpflichtung des RA, die Notierung der Berufungs- als auch der Berufungsbegründungsfrist zu prüfen, wenn ihm die Handakte zu einer Besprechung mit dem Mandanten vorgelegt worden ist, in deren Verlauf der Mandant ihn beauftragt, Berufung einzulegen, und im Anschluss an die er die Berufungsschrift diktiert (Fortführung der Senatsbeschlüsse vom 11.2.2004 – XII ZB 63/03, FamRZ 2004, 696 und vom 21.4.2004 – XII ZB 243/03, FamRZ 2004, 1183).

BGH, Beschl. v. 1.12.2004 – XII ZB 164/03

Anmerkung:

Zur Besprechung mit dem Mandanten hatte sich der RA die Akte vorlegen lassen, die bis zu diesem Zeitpunkt nur aus einem Anschreiben des zuvor tätigen Kollegen bestand, mit dem dieser das erstinstanzlich ergangene Urteil übersandte. Die Besprechung führte zum Auftrag, zunächst fristwährend Berufung einzulegen und die Erfolgsaussichten für eine Berufung zu prüfen. Die Berufungsschrift wurde unmittelbar darauf diktiert, die Akte aber zur Berufungsbegründung bzw. weiteren Prüfung nicht mehr vorgelegt, weil die entsprechenden Fristen nicht im Kalender notiert waren.

Der BGH ist der Ansicht, der Anwalt hätte bereits anlässlich der Besprechung zu kontrollieren gehabt, ob sowohl Berufungsfrist als auch Berufungsbegründungsfrist richtig im Kalender notiert waren. Anhand von Erledigungsvermerken in der Akte oder auf dem Schriftstück hätte er schon zu diesem Zeitpunkt nachrechnen müssen. Die Wiedereinsetzung scheiterte damit – wie so häufig – auch in diesem konkreten Zusammenhang an der beiläufigen Fristenkontrolle; das Anwaltsverschulden wurde dem Mandanten zugerechnet.

Rechtsanwalt *Bertin Chab*

PKH, Wiedereinsetzung und Berufungsbegründungsfrist

Einer mittellosen Partei darf nicht deshalb die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung versagt werden, weil sie das Prozesskostenhilfesuch erst kurz vor Ablauf der (verlängerten) Begründungsfrist eingereicht hat. Das gilt auch dann, wenn das Gesuch erst nach einem Mandatswechsel durch den neuen Prozessbevollmächtigten gestellt wird und dieser seine weitere Tätigkeit von der Gewährung der Prozesskostenhilfe abhängig gemacht hat.

BGH, Beschl. v. 27.9.2004 – II ZB 17/03, FamRZ 2005, 105

Anmerkung:

Der Kl. ließ durch seine erstinstanzlichen Anwälte fristgerecht Berufung gegen das klageabweisende LG-Urteil einlegen. Die

Berufungsbegründungsfrist wurde antragsgemäß um einen Monat bis zum 19.5. verlängert. Am 10.5. bestellte sich für den Mandanten ein neuer Anwalt und stellte für den Mandanten PKH-Antrag. Er teilte dem OLG mit, dass er zur Übernahme des Mandats nur unter der Voraussetzung der Bewilligung von PKH bereit sei. Außerdem beantragte er eine weitere Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist, der die Gegenseite jedoch bereits widersprochen hatte. Deswegen wurde der Fristverlängerungsantrag am 15.5. zurückgewiesen. Mit Beschl. v. 21.6. bewilligte das OLG PKH. Am 10.7. beantragte der Anwalt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist; gleichzeitig reichte er die Berufungsbegründung ein.

Das OLG wies den Wiedereinsetzungsantrag zurück und verwarf die Berufung mit der Begründung, der Berufungskläger – zumal selbst Anwalt (hier in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter) – sei gehalten gewesen, das ihm bekannte Hindernis der Mittellosigkeit der von ihm verwalteten Vermögensmasse durch rechtzeitiges Stellen eines PKH-Antrags schon während des Laufs der gesetzlichen Berufungsbegründungsfrist auszuräumen, damit über ihn noch innerhalb der verlängerten Frist hätte entschieden werden können. Das Untätigbleiben bis zum Anwaltswechsel und die Mandatsbeendigung legten ein Verschulden an der Fristversäumung nahe.

Auf die Rechtsbeschwerde gab der BGH dem Wiedereinsetzungsantrag statt und hob die Verwerfung der Berufung auf. Das OLG hat die zeitlichen Anforderungen überspannt, was eine unzumutbare Verkürzung der Möglichkeit zur eingehenden Überlegung und sorgfältigen Begründung der Berufung für die arme Partei bewirkt hat. Nach st. BGH-Rspr. kann eine arme Partei, für die ein Anwalt formularmäßig Berufung eingelegt hat, ohne sie zu begründen, noch am letzten Tag der Begründungsfrist PKH beantragen (BGHZ 38, 376; BGHR 2004, 623). Diese Frist würde mit der Auffassung des OLG unzumutbar verkürzt. Das OLG hat die Pflicht zur Einleitung des PKH-Verfahrens unzulässig vorverlagert und dadurch die arme Partei schlechter gestellt als eine nicht auf PKH angewiesene Partei.

Die Besonderheit des Mandatswechsels ändert hieran nichts. Das OLG ging selbst davon aus, dass die Mittellosigkeit für die Fristversäumung ursächlich geworden ist, da der neue Prozessbevollmächtigte die Mandatsübernahme von der Gewährung von PKH abhängig gemacht hatte. Außerdem hat sich das OLG zu seinem eigenen stattgebenden PKH-Beschluss in Widerspruch gesetzt, da es, so der BGH, im Rahmen der Bewilligung die Frage der Wiedereinsetzungsvoraussetzungen bejaht haben muss.

Rechtsanwalt *Holger Grams*

Aus der Arbeit der BRAK

Beschlüsse der 49. Tagung der Gebührenreferenten

In der Konferenz der Gebührenreferenten treffen sich zweimal im Jahr für Gebührenrecht zuständige Vorstandsmitglieder der RAKn.

In der Tagung am 30.10.2004 in Nürnberg bildeten die Mitglieder der Konferenz folgende gemeinsame Auffassungen:

1. „Die von den Rechtsschutzversicherungen angebotenen so genannten Rationalisierungsabkommen sind gesetzeswidrig und unwirksam, soweit mit ihnen generell die gesetzlichen Gebühren unterschritten werden sollen und in den Fällen des gesetzlichen Rahmens der Rechtsanwalt sich die Möglichkeit von vornherein abschneidet, sein Ermessen auszuüben.“

(einstimmig)

Presseerklärung Nr. 4 v. 7.3.2005**Zuwachs bei den Anwaltszahlen hält weiter an
Bundesrechtsanwaltskammer lehnt Zulassungs-
beschränkungen ab und setzt auf Qualitäts-
sicherung durch Fortbildung**

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin. Die Zahl der Anwälte in Deutschland nimmt weiter zu. Am 1.1.2005 waren bei den Rechtsanwaltskammern insgesamt 132.569 Rechtsanwälte und 179 RA-GmbHs registriert – ein Anstieg um 4,56 %. Das geht aus der neuen Jahresstatistik der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) in Berlin hervor. Damit hat sich die Zahl der in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte seit 1990 mehr als verdoppelt. Obwohl es vor allem für Berufsanfänger immer schwieriger wird, einen Stand auf dem Rechtsberatungsmarkt zu finden und zu erhalten, lehnt die BRAK Zulassungsbeschränkungen strikt ab.

„Wir können nicht auf der einen Seite unsere Berufsausübung ständig und nachhaltig deregulieren und auf der anderen Seite das stärkste Regulierungsmittel, nämlich eine Beschränkung des Zugangs zum Beruf einsetzen“, meint Dr. *Bernhard Dombek*, Präsident der BRAK, und erteilt damit direkten oder indirekten Forderungen nach einem Numerus Clausus im Fach Jura eine klare Absage. Allerdings beinhaltet der freie Zugang zum

Anwaltsberuf nicht nur die Chance, sich auf dem Rechtsmarkt dauerhaft zu etablieren, sondern eben auch, gegebenenfalls zu scheitern. „Das lässt sich nur durch Qualität in der anwaltlichen Beratung vermeiden. Und Qualität setzt ständige Fortbildung voraus“, ist *Dombek* überzeugt.

Wer rastet, der rostet. Deshalb setzt sich die BRAK für eine geprüfte Fortbildungsverpflichtung aller Anwälte ein, die insbesondere dem Verbraucherschutz zugute kommt. In diesem Zusammenhang hat die Satzungsversammlung bei der BRAK Ende Februar 2005 beschlossen, dass jeder Anwalt, der mit qualifizierenden Zusätzen wirbt, indem er seinem Namen zum Beispiel einzelne Rechtsgebiete oder die Worte „Experte“ beziehungsweise „Spezialist“ hinzufügt, entsprechende theoretische Kenntnisse nachweisen muss.

Die etwa 18.500 deutschen Fachanwälte kennen die gesetzlich festgeschriebene Fortbildungspflicht längst. Erfüllen sie die vorgeschriebenen jährlichen Seminarstunden nicht, wird ihnen der Titel wieder aberkannt. Auch hier stehen die Zeichen der Anwaltschaft also ganz auf Qualitätssicherung. Und die Zahl der Rechtsgebiete, in denen der Verbraucher die Hilfe eines Fachanwalts in Anspruch nehmen kann, steigt kontinuierlich an. Erst kürzlich hat nämlich die Satzungsversammlung die Fachanwaltstitel von 8 auf 14 Rechtsgebiete ausgeweitet – auch das ein Zeichen für einen gewandelten Rechtsanwaltsmarkt.

Amtliche Bekanntmachungen

1. Beschlüsse der 3. Sitzung der 3. Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 22./23.11.2004 in Berlin

I. Neufassung des § 1 Satz 2 FAO:

Weitere Fachanwaltsbezeichnungen können für das Familienrecht, das Strafrecht, das Insolvenzrecht, das Versicherungsrecht, das Medizinrecht, das Miet- und Wohnungseigentumsrecht, das Verkehrsrecht, das Bau- und Architektenrecht, das Erbrecht sowie das Transport- und Speditionsrecht verliehen werden.

II. Ergänzung des § 5 FAO

§ 5 Satz 1 wird nach lit. h) wie folgt ergänzt:

i) Medizinrecht: 60 Fälle, davon mindestens 15 rechtsförmliche Verfahren (davon mindestens 12 gerichtliche Verfahren). Die Fälle müssen sich auf mindestens 3 verschiedene Bereiche des § 14b Nr. 1 bis 8 beziehen.

j) Miet- und Wohnungseigentumsrecht: 120 Fälle, davon mindestens 60 gerichtliche Verfahren. Mindestens 60 Fälle müssen sich auf die in § 14c Nr. 1 und 3 bestimmten Bereiche beziehen.

k) Verkehrsrecht: 160 Fälle, davon mindestens 60 gerichtliche Verfahren. Die Fälle müssen sich auf mindestens 3 verschiedene Bereiche des § 14d Nr. 1 bis 4 beziehen.

l) Bau- und Architektenrecht: 80 Fälle, davon mindestens 40 gerichtliche Verfahren (davon mindestens 6 selbständige Beweisverfahren).

m) Erbrecht: 80 Fälle, davon mindestens 20 rechtsförmliche Verfahren (davon höchstens 10 Verfahren der freiwilligen

Gerichtbarkeit). Die Fälle müssen sich auf die in § 14f Nr. 1 bis 5 bestimmten Bereiche beziehen.

n) Transport- und Speditionsrecht: 80 Fälle, davon mindestens 20 gerichtliche Verfahren oder Schiedsverfahren. Die Fälle müssen sich auf den in § 14g Nr. 1 bestimmten Bereich und mindestens zwei weitere Bereiche der Nr. 2 bis 7 beziehen.

III. Ergänzung des § 14 FAO

§ 14 FAO wird nach § 14 lit. a) FAO wie folgt ergänzt:

1. § 14b Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Medizinrecht

Für das Fachgebiet Medizinrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Recht der medizinischen Behandlung, insbesondere
 - a) zivilrechtliche Haftung,
 - b) strafrechtliche Haftung,
2. Recht der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere Vertragsarzt- und Vertragszahnarztrecht, sowie Grundzüge der Pflegeversicherung,
3. Berufsrecht der Heilberufe, insbesondere
 - a) ärztliches Berufsrecht,
 - b) Grundzüge des Berufsrechts sonstiger Heilberufe,
4. Vertrags- und Gesellschaftsrecht der Heilberufe, einschließlich Vertragsgestaltung,
5. Vergütungsrecht der Heilberufe,

6. Krankenhausrecht einschließlich Bedarfsplanung, Finanzierung und Chefarztvertragsrecht,
7. Grundzüge des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts,
8. Grundzüge des Apothekenrechts,
9. Besonderheiten des Verfahrens- und Prozessrechts.

2. § 14c FAO Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Für das Fachgebiet Miet- und Wohnungseigentumsrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Recht der Wohnraummietverhältnisse,
2. Recht der Gewerberaummietverhältnisse und Pachtrecht,
3. Wohnungseigentumsrecht,
4. Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts,
5. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht, einschließlich Steuerrecht,
6. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts.

3. § 14d FAO Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Verkehrsrecht

Für das Fachgebiet Verkehrsrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Verkehrszivilrecht, insbesondere das Verkehrshaftungsrecht und das Verkehrsvertragsrecht,
2. Versicherungsrecht, insbesondere das Recht der Kraftfahrtversicherung, der Kaskoversicherung sowie Grundzüge der Personenversicherungen,
3. Verkehrsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht,
4. Recht der Fahrerlaubnis,
5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung.

4. § 14e FAO Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Bau- und Architektenrecht

Für das Fachgebiet Bau- und Architektenrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Bauvertragsrecht,
2. Recht der Architekten und Ingenieure,
3. Recht der öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen,
4. Grundzüge des öffentlichen Baurechts,
5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung.

5. § 14f Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Erbrecht

Für das Fachgebiet Erbrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. materielles Erbrecht unter Einschluss erbrechtlicher Bezüge zum Familien-, Gesellschafts-, Stiftungs- und Sozialrecht,
2. Internationales Privatrecht im Erbrecht,
3. vorweggenommene Erbfolge, Vertrags- und Testamentsgestaltung,
4. Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenz und Nachlasspflegschaft,
5. steuerrechtliche Bezüge zum Erbrecht,
6. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung.

6. § 14g Nachzuweisende besondere Kenntnisse im Transport- und Speditionsrecht

Für das Fachgebiet Transport- und Speditionsrecht sind besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen:

1. Recht des nationalen und grenzüberschreitenden Straßentransports einschließlich des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Transportversicherungsbedingungen,
2. Recht des nationalen und grenzüberschreitenden Transports zu Wasser, auf der Schiene und in der Luft,
3. Recht des multimodalen Transports,
4. Recht des Gefahrguttransports, einschließlich diesbezüglicher Straf- und Bußgeldvorschriften,
5. Speditionsversicherungsrecht,
6. Internationales Privatrecht,
7. Zollrecht und Zollabwicklung im grenzüberschreitenden Verkehr sowie Verkehrssteuern,
8. Besonderheiten der Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit.

Die vorstehenden Beschlüsse werden hiermit ausgefertigt.

Berlin, den 17.12.2004
gez. Dr. Dombek
Vorsitzender

Bamberg, den 29.11.2004
gez. Böhnlein
Schriftführer

2. Bescheid des Bundesministeriums der Justiz vom 25.2.2005, eingegangen bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 28.2.2005

An den
Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer
Herrn Rechtsanwalt und Notar
Dr. Bernhard Dombek
Littenstraße 9
10179 Berlin

Sehr geehrter Herr Dr. Dombek,

die Beschlüsse der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22./23. November 2004 zur Änderung der Fachanwaltsordnung, die Sie mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 übermittelt haben, sind gemäß § 191e der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) geprüft worden. Ich habe keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Satzungsbeschlüsse.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses, eine Fachanwaltsbezeichnung für das Transport- und Speditionsrecht einzuführen, bin ich von dem Verständnis ausgegangen, dass der Oberbegriff „Recht des Transports“, der in dem Katalog der nachzuweisenden besonderen Kenntnisse verwendet wird, auch das dort nicht gesondert erwähnte Speditions- und Lagerrecht umfasst, auch wenn der Katalog sich insoweit zu der Fachanwaltsbezeichnung selbst („Transport- und Speditionsrecht“) in Widerspruch setzt und deshalb zu Missverständnissen Anlass geben könnte.

Die Rechtmäßigkeitsprüfung ist auf der Grundlage der gegenwärtigen Marktverhältnisse erfolgt. Änderungen der tatsächlichen Gegebenheiten könnten unter Umständen dazu führen, dass Änderungen der Fachanwaltsordnung erforderlich sind, damit ihre Vorschriften auch künftig als rechtmäßig beurteilt werden können. Ich begrüße es daher, dass die Satzungsversammlung sich bereits mit der Frage befasst, ob die Fachanwaltsordnung, insbesondere im Hinblick auf die Fallzahlen, reformiert werden muss. Insoweit möchte ich auf zwei Gesichtspunkte hinweisen, die mir wichtig sind: Zum einen sollten die Anforderungen der Fachanwaltsordnung so sein, dass auch künftig alle Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte einschließlich der Berufsanfänger eine faire Chance haben, Fachanwältin oder Fachanwalt zu werden. Zum anderen sollte

besonders bedacht werden, dass durch die Festlegung von gerichtlichen Fallzahlen unter Umständen das Interesse an einer außergerichtlichen Streitbeilegung beeinträchtigt werden könnte.

Mit freundlichen Grüßen
Ihre Brigitte Zypries

3. In-Kraft-Treten

Die Änderungen treten am 1.7.2005 in Kraft.

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

Neufassung der Geschäftsordnung

Aufgrund § 191a Abs. 3 Bundesrechtsanwaltsordnung gibt sich die Satzungsversammlung diese Geschäftsordnung:

§ 1 Einberufung

- (1) Die Satzungsversammlung wird durch den Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer schriftlich einberufen. Dies kann auch durch Telefax geschehen. Die Ladungsfrist beträgt mindestens einen Monat.
- (2) Termin und Ort der Satzungsversammlung sollen in den Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer öffentlich bekannt gemacht werden. Form oder Zeitpunkt der Veröffentlichung haben keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Einberufung.

§ 2 Vorbereitung der Satzungsversammlung

- (1) Der Vorsitzende setzt die Tagesordnung der Satzungsversammlung fest.
- (2) Ein Gegenstand ist auf die Tagesordnung zu setzen, wenn dies von mindestens fünf Rechtsanwaltskammern, einem stimmberechtigten Mitglied oder einem Ausschuss der Satzungsversammlung unter Angabe des Gegenstandes schriftlich beantragt wird.
- (3) Alle Anträge zu Gegenständen der Tagesordnung, die spätestens bis zum zehnten Tag vor Beginn der Sitzung bei der Geschäftsstelle eingegangen sind, sind den Mitgliedern der Satzungsversammlung sodann unverzüglich zu übersenden.
- (4) Die Satzungsversammlung kann zu einzelnen Rechts- oder Sachgebieten sowie zur Vorbereitung eines jeden Tagesordnungspunktes Berichterstatterinnen/Berichterstatter bestellen, Gutachter beauftragen oder Ausschüsse einsetzen.
- (5) Berichterstatterinnen/Berichterstatter und Mitglieder von Ausschüssen können nur Mitglieder der Satzungsversammlung sein. Die Ausschüsse bestimmen ihre Vorsitzenden und deren Stellvertreter.

§ 3 Antragstellung

- (1) Anträge zur Änderung der Berufsordnung und der Fachanwaltsordnung sind zulässig, wenn sie von einem Ausschuss der Satzungsversammlung oder den fünf Rechtsanwaltskammern, die nach § 191c BRAO die Einberufung der Satzungsversammlung oder nach § 2 Abs. 2 Geschäftsordnung einen Gegenstand zur Tagesordnung beantragt haben, oder einem stimmberechtigten Mitglied der Satzungsversammlung gestellt werden.

- (2) Der Antrag bedarf der Textform. Die beantragte Änderung muss unter Benennung der zu ändernden Vorschrift im Wortlaut formuliert werden und eine kurze Begründung in Textform enthalten. Aus dem Antrag muss die Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Abs. 1 hervorgehen.
- (3) Anträge zur Änderung der Berufsordnung und der Fachanwaltsordnung können von der Satzungsversammlung behandelt werden, wenn sie spätestens bis zum zehnten Tag vor Beginn der Sitzung bei der Geschäftsstelle eingegangen sind. Sie sind den Mitgliedern der Satzungsversammlung unverzüglich zu übersenden.
- (4) Jedes Mitglied der Satzungsversammlung kann zu Anträgen zur Änderung der Berufsordnung und der Fachanwaltsordnung jederzeit seinerseits Änderungsanträge stellen. Diese Änderungsanträge bedürfen der Textform und des Namens des Antragstellers; sie sollen eine kurze Begründung in Textform enthalten.
- (5) Andere Anträge als solche zur Änderung der Berufsordnung und der Fachanwaltsordnung können von allen Mitgliedern der Satzungsversammlung jederzeit gestellt werden. Sie sollen in Textform verfasst sein und den Namen des Antragstellers enthalten.

§ 4 Öffentlichkeit

- (1) Die Satzungsversammlung ist öffentlich. Sie kann im Einzelfall mit der Mehrheit der anwesenden stimmberechtigten Mitglieder beschließen, die Öffentlichkeit auszuschließen.
- (2) Ausschüsse tagen nicht öffentlich.

§ 5 Leitung der Versammlung

- (1) Den Vorsitz der Satzungsversammlung führt der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer.
- (2) In der Versammlung wird der Vorsitzende durch den ältesten anwesenden Vizepräsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer vertreten, bei Abwesenheit aller Vizepräsidenten durch den ältesten anwesenden Kammerpräsidenten.
- (3) Außerhalb der Sitzungen richtet sich seine Vertretung nach den entsprechenden Bestimmungen der Organisationsatzung der Bundesrechtsanwaltskammer.
- (4) Der Vorsitzende eröffnet, leitet und schließt die Satzungsversammlung. Der Vorsitzende ist berechtigt, die Sitzung zu unterbrechen.
- (5) Der Vorsitzende bestimmt die gemeinsame Beratung gleichartiger oder im Sachzusammenhang stehender Verhandlungsgegenstände. Eine Trennung kann durch Geschäftsordnungsbeschluss der Satzungsversammlung erfolgen.
- (6) Der Vorsitzende bestimmt Termin und Ort der nächsten Sitzung der Satzungsversammlung, sofern die Versammlung dies nicht selbst festgesetzt hat.

§ 6 Wortmeldung und Worterteilung

- (1) Der Vorsitzende erteilt entsprechend der Reihenfolge der Meldungen das Wort. Er darf hiervon abweichen, um Gelegenheit zu geben, Gegenmeinungen vorzutragen.
- (2) Die Rednerinnen/Redner sprechen grundsätzlich im freien Vortrag. Sie können hierbei Aufzeichnungen benutzen. Die Redezeit ist auf zehn Minuten beschränkt. Auf den Ablauf der Redezeit weist der Vorsitzende die Rednerin/den Redner hin. Die Satzungsversammlung kann die Redezeit verlängern. Nach Ablauf der Redezeit entzieht der Vorsitzende nach einmaliger Mahnung das Wort.

- (3) Der Vorsitzende ist berechtigt, eine Rednerin/einen Redner auf den Gegenstand der Verhandlung hinzuweisen und ihm bei wiederholter Zuwiderhandlung das Wort zu entziehen.
- (4) Für Anträge zur Geschäftsordnung ist jederzeit das Wort zu erteilen. Diese Anträge bedürfen nicht der Textform.

§ 7 Schluss der Aussprache

- (1) Ist die Rednerliste erschöpft und meldet sich niemand zu Wort, so erklärt der Vorsitzende die Aussprache für geschlossen.
- (2) Die Satzungsversammlung kann jederzeit auf Antrag eines ihrer Mitglieder den Schluss der Aussprache zu einem Tagesordnungspunkt oder zu einem Antrag zur Geschäftsordnung beschließen. Der Antrag auf Schluss der Aussprache kann auch mit der Maßgabe gestellt werden, dass vor Schluss der Aussprache die bei der Antragstellung vorliegenden Wortmeldungen noch zuzulassen sind. Dieser Antrag bedarf nicht der Textform.
- (3) Über diese Anträge ist ohne Aussprache zu beschließen. Der Vorsitzende hat jedoch je einer Rednerin/einem Redner für und gegen die Verfahrensanträge das Wort zu erteilen.
- (4) Die Sitzung kann nur vertagt werden, wenn die Satzungsversammlung dies beschließt.

§ 8 Beschlussfassung

- (1) Nach Schluss der Aussprache lässt der Vorsitzende über die Anträge zum Tagesordnungspunkt abstimmen, über den nach seiner Entscheidung weitestgehenden zuerst.
- (2) Wird vor Beginn einer Abstimmung die Beschlussfähigkeit von einem Mitglied der Satzungsversammlung bezweifelt, so ist in Verbindung mit der Abstimmung die Beschlussfähigkeit durch Zählen der Stimmen festzustellen. Der Vorsitzende kann die Abstimmung kurze Zeit aussetzen.

§ 9 Abstimmung

- (1) Die Abstimmung erfolgt durch Handzeichen mit Stimmkarte.
- (2) Der Vorsitzende kann namentliche oder eine andere Art der Abstimmung anordnen; namentliche oder geheime Abstimmung ist anzuordnen, wenn dies von zehn stimmberechtigten Mitgliedern der Satzungsversammlung beantragt wird.
- (3) Das Abstimmungsergebnis wird vom Vorsitzenden festgestellt. Wird eine bestimmte Mehrheit vorgeschrieben, stellt der Vorsitzende ausdrücklich fest, ob die erforderliche Mehrheit vorliegt.

§ 10 Protokoll und dessen Berichtigung

- (1) Über den wesentlichen Verlauf und die Beschlüsse der Satzungsversammlung ist ein Protokoll anzufertigen, das von dem Vorsitzenden und dem Schriftführer zu unterzeichnen und bei der Geschäftsstelle zu verwahren ist.
- (2) Jedem Mitglied der Satzungsversammlung ist binnen sechs Wochen, spätestens zwei Wochen vor Beginn der nächsten Sitzung, eine Abschrift des Protokolls zuzuleiten.
- (3) Offenbare Unrichtigkeiten des Protokolls können jederzeit vom Vorsitzenden und dem Schriftführer von Amts wegen berichtigt werden. Anträge auf Berichtigung von Beschlusswiedergaben können binnen einer Frist von einem Monat nach Zugang des Protokolls bei der Geschäftsstelle angebracht werden. Jeder Berichtigungsantrag ist mit den Stellungnahmen des Vorsitzenden und des Schriftführers innerhalb einer weiteren Frist von einem Monat seit dem Zugang des Berichtigungsantrages mit dem Entscheidungsvorschlag des Vorsitzenden an die Teilnehmer der Satzungsversamm-

lung zu versenden. Entsprechend dem Entscheidungsvorschlag wird verfahren, wenn nicht die Mehrheit der Teilnehmer der Satzungsversammlung innerhalb eines weiteren Monats seit Zugang des Entscheidungsvorschlages widerspricht. Im Übrigen wird das Protokoll auf der nächsten Satzungsversammlung genehmigt.

- (4) Protokoll, Protokollberichtigungsanträge und Entscheidungsvorschlag gelten am dritten Tage nach der Absendung als zugegangen.
- (5) Jedes Mitglied der Satzungsversammlung hat das Recht, Einsicht in die Sitzungsprotokolle der Satzungsversammlung und der Ausschüsse zu nehmen. Anderen Personen kann der Vorsitzende der Satzungsversammlung Einsicht gewähren, wenn ein berechtigtes Interesse dargelegt wird.

§ 11 Begründung der Beschlüsse zur Änderung der Berufsordnung oder Fachanwaltsordnung

Dem Beschluss zur Änderung der Berufsordnung oder Fachanwaltsordnung soll mit Übermittlung an das Bundesministerium der Justiz nach § 191e Bundesrechtsanwaltsordnung eine vom Vorsitzenden in Abstimmung mit dem Antragsteller verfasste Begründung beigelegt werden.

§ 12 Ausschüsse

- (1) Jedes Mitglied der Satzungsversammlung kann Mitglied in den von der Satzungsversammlung eingesetzten Ausschüssen werden, es sei denn, die Satzungsversammlung beschließt etwas anderes.
- (2) Der Vorsitzende teilt der Satzungsversammlung nach der Einsetzung eines Ausschusses dessen Zusammensetzung mit. Stimmberechtigt in einem Ausschuss sind nur die der Satzungsversammlung durch den Vorsitzenden bekannt gegebenen Mitglieder. Neueintritt und Ausscheiden aus einem Ausschuss teilt der Vorsitzende der Satzungsversammlung mit.
- (3) Der Vorsitzende eines Ausschusses kann im Einzelfall Gäste zu den Ausschusssitzungen zulassen.
- (4) Der Ausschuss erledigt die ihm von der Satzungsversammlung übertragenen Aufgaben. Er kann darüber hinaus in den ihm zugewiesenen Rechts- oder Sachgebieten Anträge in der Satzungsversammlung stellen.
- (5) Der Ausschuss ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend ist. Die Abstimmungen im Ausschuss erfolgen mit der einfachen Mehrheit der nach Absatz 2 stimmberechtigten teilnehmenden Mitglieder. Der Ausschuss kann auch schriftlich oder im Wege der Telekommunikation abstimmen, sofern kein Ausschussmitglied dem widerspricht.
- (6) § 10 gilt für den Ausschuss entsprechend.

§ 13 Einsprüche über Entscheidungen des Vorsitzenden

Über Entscheidungen des Vorsitzenden, die die Versammlungsleitung, die Worterteilung, den Wortenzug oder das Abstimmungsverfahren betreffen, entscheidet bei Einspruch die Satzungsversammlung.

§ 14 Geschäftsstelle

Die Geschäftsstelle der Satzungsversammlung ist bei der Bundesrechtsanwaltskammer.

Die vorstehenden Beschlüsse werden hiermit ausgefertigt..

Berlin, den 28.2.2005
gez. Dr. Dombek
Vorsitzender

Bamberg, den 1.3.2005
gez. Böhnlein
Schriftführer

**Fachwaltsordnung redaktionelle Anpassung des § 6
Abs. 2 b) FAO**

§ 6 Abs. 2 lit. b) wird wie folgt gefasst:

„dass, wann und von wem im Lehrgang alle das Fachgebiet in § 2 Abs. 3, §§ 8 bis 14g betreffenden Bereiche unterrichtet worden sind,“

Die vorstehenden Beschlüsse werden hiermit ausgefertigt.

Berlin, den 23.2.2005
gez. Dr. Dombek
Vorsitzender

Bamberg, den 24.2.2005
gez. Böhnlein
Schriftführer

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

Personalien

Verdienstkreuz am Bande der Bundesrepublik Deutschland für Rechtsanwalt *Hermann- Michael Drechsler*

Dem langjährigen Vorstandsmitglied der RAK Thüringen, RA *Hermann-Michael Drechsler* aus Jena, wurde am 23.2.2005 das vom Bundespräsidenten verliehene Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland durch Herrn Justizminister *Harald Schliemann* persönlich überreicht. RA *Drechsler* war 1990 an der Errichtung der RAK Thüringen beteiligt und ist seitdem ununterbrochen Vorstandsmitglied. Bis heute betreut er den Arbeitsbereich Gebührenangelegenheiten als Vorsitzender der Gebührenabteilung. Seit 1990 ist *Drechsler* Mitglied der Tagung der Gebührenreferenten der RAKn.

RA Dr. *Michael Burmann*
Präsident der RAK Thüringen

Justizsenatorin *Schubert* verleiht Verdienst- kreuz am Bande an *Peter Michael Kupsch* – 30 Jahre Engagement für Berliner Anwaltschaft

Justizsenatorin *Karin Schubert* verleihte Rechtsanwalt und Notar a. D. *Peter Michael Kupsch* am 24.1.2005 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen einer feierlichen Stunde in der Senatsverwaltung für Justiz.

Justizsenatorin *Karin Schubert*: „Ein so langes und zeitaufwändiges Engagement für die Rechtsanwaltskammer Berlin und zugleich für das Berufsausbildungswesen ist wirklich sehr beeindruckend. Es überrascht daher nicht, dass *Peter Michael*

Kupsch danach weitere 12 Jahre ehrenamtlich als Anwaltsrichter tätig war und viele Jahre als Präsident des Berliner Gerichts für die Berufungsgerichtsbarkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Leitungsfunktionen übernommen hat.“

Er war aber nicht nur 30 Jahre für den Berufsstand der Rechtsanwälte ehrenamtlich tätig, sondern zugleich Vorstandsmitglied der Schwesternschaft des Deutschen Roten Kreuzes Berlin, Mitglied des Aufsichtsrates der DAK-Schwesternschaft gemeinnützige Krankenhaus GmbH, Vorstand der Elsbeth-Seidel-Stiftung und Beisitzer im Vorstand der Maria Falkenberg Weimann und Dr. Ernst Heinitz-Stiftung. Es ist mir eine besondere Freude für dieses vielseitige Engagement im Namen des Bundespräsidenten eine solch hohe Ehrung zu verleihen.“

Der 1934 geborene Berliner *Peter Michael Kupsch* studierte in Lausanne, Innsbruck und Berlin Rechtswissenschaften. Beide juristische Staatsexamen legte er in Berlin ab. 1961 wurde er zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Zusätzlich war er von 1973 bis 2004 als Notar in Berlin zugelassen. Neben seiner Rechtsanwalts-tätigkeit gehörte er dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer Berlin an. Er war dort 8 Jahre lang Schatzmeister und anschließend bis 1991 Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer. Danach war er 12 Jahre lang Mitglied des Anwaltsgerichtshofes und von 1995 bis 2003 dessen Präsident.

Als Vorstandsmitglied der Rechtsanwaltskammer Berlin war Herr *Kupsch* seit 1973 Beauftragter der Rechtsanwaltskammer Berlin für das Berufsausbildungswesen. Er war lange Jahre Mitglied des Ausschusses für Berufsbildung der Bundesrechtsanwaltskammer und hat Prüfungen für Bürovorsteher in Anwalts- und Notarfach bei der Rechtsanwaltskammer Berlin abgenommen. Auch nachdem Herr *Kupsch* Schatzmeister und später Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer wurde, hat er seine Funktionen im Bereich der Ausbildung der damaligen Rechtsanwalts- und Notariatsgehilfen, heute Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellten, beibehalten.

Pressemitteilung der Senatsverwaltung für Justiz v. 24.1.2005

Berufsrechtliche Rechtsprechung

Bundesverfassungsgericht

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Durchsuchung der Kanzleiräume von Strafverteidigern wegen Verdachts der Geldwäsche

StGB § 261; GG Art. 12, Art. 13

***1. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren ist der Verdacht einer Straftat, wobei diese auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus.**

***2. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bedeutet für den Strafverteidiger einen Eingriff in sein Grundrecht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Risiko, sich durch die Entgegennahme eines Honorars oder Honorarvorschusses im Rahmen eines Wahlmandats wegen Geldwäsche strafbar zu machen, gefährdet das Recht des Strafverteidigers, seine berufliche Leistung in angemessenem Umfang wirtschaftlich zu verwerten.**

***3. Den verbleibenden Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers und des Instituts der Wahlverteidigung können und müssen die mit der Umsetzung der materiellen Norm betrauten Staatsanwaltschaften und Gerichte Rechnung tragen.**

***4. Der Anfangsverdacht setzt auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war. Indikatoren für die subjektive Tatseite können beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderungen gefunden werden.**

***5. Bei der Beurteilung des Anfangsverdachts müssen die Fachgerichte der Ausstrahlungswirkung der Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers angemessen Rechnung tragen.**

BVerfG, Beschl. v. 14.1.2005 – 2 BvR 1975/03

Aus den Gründen:

I. Die Verfassungsbeschwerde betrifft eine strafprozessuale Durchsuchung bei einem RA wegen des Verdachts der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar.

1. a) Der Bf. ist RA. Gegen ihn – und zwei weitere RAe, welche gemeinsam mit dem Bf. den unter anderem wegen Zuhälterei verurteilten Vortäter verteidigten – führt die Staatsanwaltschaft Hannover ein Verfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche (vgl. § 261 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a i.V.m. § 181a StGB). Der Bf. sowie die beiden Mitbeschuldigten sollen über die Schwester des Vortäters bemakelte Verteidigerhonorare i.H.v. 16.507,00 Euro erhalten haben.

b) In der ihn betreffenden Hauptverhandlung vom 7.2.2002 räumte der Vortäter ein, 235.000,00 Euro aus seinen Straftaten erlangt zu haben; darin enthalten gewesen seien auch die Beträge auf dem Konto seiner Schwester. Die Staatsanwaltschaft ging davon aus, dass nicht nur der in der Hauptverhandlung anwesende und (mit-)beschuldigte RA N., sondern auch die anderen beiden Verteidiger – insbesondere auch der Bf. – von diesen Umständen Kenntnis gehabt hätten. Die ebenfalls wegen Geldwäsche verfolgte Schwester des Vortäters hob am 14.2.2002 16.507,00 Euro von ihrem (von der Staatsanwaltschaft Hannover gepfändeten) Konto ab und bezahlte diesen

Betrag nach ihren Angaben an „die Verteidiger ihres Bruders“ aus. Der Schwester des Vortäters war in dem gegen sie geführten Strafverfahren am 17.10.2002 von dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft – unter Anwesenheit des zuständigen Richters – für den Fall der Angabe des Verbleibs des Geldes angeboten worden, dass die sie betreffende Strafe erheblich geringer ausfallen werde. Danach hätte das ursprünglich in Erwägung gezogene Strafmaß von einem Jahr ohne Bewährung auf eine Geldstrafe i.H.v. 90 Tagessätzen reduziert werden können.

2. Das AG Hannover erließ am 5.6.2003 einen die Kanzleiräume der Beschuldigten betreffenden Durchsuchungsbeschluss zum Zweck des Auffindens von auf den genannten Geldtransfer bezogenen Unterlagen. Zum Tatvorwurf enthielt der Durchsuchungsbeschluss folgende Ausführungen: „Die Beschuldigten sind verdächtig, als Strafverteidiger des zwischenzeitlich wegen Zuhälterei und Menschenhandels (§§ 181a, 181) rechtskräftig verurteilten B. über dessen Schwester B. Honorare bis zu einer Summe von 16.507,16 Euro erhalten zu haben, von denen sie wussten, dass sie aus den von ihrem Mandanten begangenen Straftaten stammten.“

3. Mit Beschl. v. 24.9.2003 verwarf das LG Hannover die gegen den am 19.6.2003 vollzogenen Durchsuchungsbeschluss erhobene Beschwerde des Bf. Soweit der Anfangsverdacht betroffen ist, trat das LG Hannover der Auffassung einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft bei, wonach es für den Begriff des Anfangsverdachts kennzeichnend sei, dass noch nicht alle Umstände bekannt seien. Für den subjektiven Tatbestand der Geldwäsche reiche Leichtfertigkeit (§ 261 Abs. 5 StGB).

II. 1. Der Bf. rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1 und Art. 12 GG.

a) Zum Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung habe ein konkreter Tatverdacht gegen den Bf. nicht bestanden. Die Angaben der Schwester des Verurteilten, wonach „die Verteidiger“ das Geld erhalten hätten, würden eine Verdachtannahme zu Lasten des Bf. nicht rechtfertigen; es habe lediglich die vage Möglichkeit bestanden, dass einer der drei Verteidiger Empfänger des Geldes gewesen sein könnte. Erkenntnisse über eine positive Kenntnis der Bemakelung des Honorars hätten nicht vorgelegen. Die relevanten Angaben der genannten Zeugin seien auch wegen eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 Satz 3 2. Alt. StPO nicht verwertbar. Wegen einer Kontopfändung und Vermögensbeschlagnahme habe davon ausgegangen werden müssen, dass die Zahlungen aus legalen Einkommensquellen erfolgt seien. Der Eingriff sei auch unverhältnismäßig. Es sei zumutbar gewesen, zunächst in einer zeugenschaftlichen Vernehmung von der Schwester des Verurteilten in Erfahrung zu bringen, welcher der beschuldigten RAe bezahlt worden sei.

b) Dem angefochtenen Beschluss zufolge dürfe ein Verteidiger in einem eine Katalogtat gem. § 261 StGB betreffenden Verfahren keine Vorschussleistungen mehr annehmen. Da zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens kein Anspruch auf eine Beordnung als Pflichtverteidiger bestehe, sei eine Verteidigung nur ohne Absicherung eines Gebührenanspruchs möglich. Art. 12 GG sei daher verletzt.

2. Das Niedersächsische Justizministerium hat mit Schreiben v. 21.6.2004 – unter Beifügung einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Hannover v. 14.5.2004 – zur Verfassungsbeschwerde Stellung genommen. Der Bf. hat hierauf mit Schreiben v. 29.7.2004 erwidert. Die Verfahrensakten wurden beigezogen.

III. Die Kammer nimmt die zulässige Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zu Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 42, 212 ff.; 103, 142 ff.) sowie Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. Ur. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305 ff.) hat das BVerfG bereits entschieden. Danach ist die Verfassungsbeschwerde in einem die Entscheidungskompetenz der Kammer begründenden Sinne offensichtlich begründet.

1. a) Art. 13 Abs. 1 GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet. In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. BVerfGE 42, 212, 219 f.; 59, 95, 97; 96, 27, 40; 103, 142, 150 f.). Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Dieser Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 20, 162, 223; 57, 346, 355 f.; 76, 83, 91; 103, 142, 150 f.). Das GG geht davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können. Wird die Durchsuchung, wie regelmäßig, ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142, 151). Dies verlangt eine eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. BVerfGE 57, 346, 355).

b) Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren ist der Verdacht einer Straftat. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353, 381 f.; 59, 95, 97 f.). Diesen Verdacht hat der für die vorherige Gestattung des behördlichen Eingriffs und der für die nachträgliche Kontrolle zuständige Richter zu prüfen. Zur richterlichen Einzelentscheidung gehören eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall.

Erheblicher Eingriff in die Berufsaus- übungsfreiheit

nahme eines Honorars oder Honorarvorschusses im Rahmen eines Wahlmandats wegen Geldwäsche strafbar zu machen, gefährdet das Recht des Strafverteidigers, seine berufliche Leistung in angemessenem Umfang wirtschaftlich zu verwerten (vgl. Ur. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1307 f.). Der durch die Strafnorm des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bewirkte Eingriff in die

c) aa) § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bedeutet für den Strafverteidiger einen Eingriff in sein Grundrecht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Risiko, sich durch die Entgegen-

Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger – und in die Institution der Wahlverteidigung – bedarf im Hinblick auf den ansonsten verletzten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einer verfassungskonformen Reduktion und ist deshalb verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars – oder des Honorarvorschusses – sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt (vgl. Ur. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1311).

bb) Den verbleibenden Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers und das Institut der Wahlverteidigung können und müssen die mit der Umsetzung der materiellen Norm betrauten Staatsanwaltschaften und Gerichte Rechnung tragen.

(1) Bei der Prüfung und Entscheidung, ob ein Anfangsverdacht der Geldwäsche gegen einen Strafverteidiger zu bejahen ist, muss die Staatsanwaltschaft auf die Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter besonders Bedacht nehmen. Da die Strafvorschrift ein sozial unauffälliges Handeln pönalisiert, hat im vorliegenden Zusammenhang die Verwirklichung des objektiven Tatbestands nur wenig Aussagekraft. Den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der inneren Tatseite ist Rechnung zu tragen. Der Anfangsverdacht setzt auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war. Indikatoren für die subjektive Tatseite können beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung gefunden werden (vgl. Ur. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

(2) Auch die Strafgerichte sind verpflichtet, der besonderen Rolle der Strafverteidiger bei der ihnen anvertrauten Aufgabe der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere für die Feststellung der Anknüpfungstatsachen für das Wissen des Strafverteidigers. Die Feststellung sicheren Wissens auf Grund äußerer Indikatoren wird dabei regelmäßig besondere Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung stellen. Welche Anforderungen dies im Einzelnen sind, legen die dazu berufenen Fachgerichte fest. Sie sind von Verfassungs wegen verpflichtet, der Ausstrahlungswirkung der Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers angemessen Rechnung zu tragen (vgl. Ur. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

2. Die angegriffenen Entscheidungen haben diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Feststellung und eigenverantwortliche Prüfung der inneren Tatseite des die Durchsuchung auslösenden Verdachts der Geldwäsche durch den Bf. nicht hinreichend Rechnung getragen.

a) Das LG Hannover hat trotz der im Eingangssatz des Beschl. v. 24.9.2003 enthaltenen formelhaften Bezugnahme auf die „zutreffenden Gründe des angegriffenen Beschlusses“ erkennbar darauf abgestellt, dass – entsprechend dem Wortlaut des § 261 Abs. 5 StGB – Leichtfertigkeit für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands ausreichend sei.

Strafverteidiger muss sichere Kenntnis von der Herkunft des Geldes haben

Ungeachtet dessen, dass auch hierauf bezogen eine richterliche, das betroffene Grundrecht des Bf. aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG beachtende Beweiswürdigung nicht festgestellt werden

kann, hat das LG Hannover damit seiner Entscheidung nicht die verfassungsrechtlich gebotene Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB zugrunde gelegt, nach der bei Strafverteidigern Geldwäsche nur dann mit Strafe bedroht ist, wenn sie im Zeit-

Besondere Rolle des Strafverteidigers

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

punkt der Annahme ihres Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft haben.

b) Auch der – vom LG ergänzend in Bezug genommene – Beschluss des AG Hannover v. 5.6.2003, in welchem ohne weitere Begründung von dem auf die Bemakelung des Honorars bezogenen Wissen der beschuldigten Verteidiger ausgegangen wird, ist von Verfassungen wegen zu beanstanden.

aa) Zwar liegen die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts sowie die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts grundsätzlich in der Verantwortung der Fachgerichte. Die Prüfung des BVerfG ist insoweit regelmäßig auf die Frage beschränkt, ob die angegriffenen Entscheidungen Fehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen oder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot erkennen lassen (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; 85, 248, 258; st. Rspr.). Berührt eine gerichtliche Entscheidung – wie hier – die Freiheit der Berufsausübung, so steht sie mit Art. 12 Abs. 1 GG aber nur dann in Einklang, wenn die Norm, auf der die Entscheidung beruht, verfassungsgemäß ist und wenn die angegriffene Entscheidung auch im Übrigen erkennen lässt, dass sie auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte Bedacht genommen und die materiellen und prozessualen Normen im Lichte der betroffenen Grundrechte ausgelegt und angewendet hat (vgl. BVerfGE 7, 198, 206 f.; 93, 213, 240; Urt. des Zweiten Senats des BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

bb) Das AG Hannover hat die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit des Bf. nicht hinreichend bedacht.

Es wird nicht erkennbar, dass und auf welche Weise sich das AG Hannover mit der besonderen Gefahrenlage für die Berufsausübung des Bf. als Strafverteidiger und für das Institut der Wahlverteidigung auseinander gesetzt hätte. Soweit die subjektive Tatseite betroffen ist, erschöpft sich der Beschluss in der pauschalen Behauptung, die Beschuldigten hätten die Bemakelung der bezahlten Honorare gekannt. Auch wenn es der Eigenart des Anfangsverdachts entspricht, dass die dem hiervon Betroffenen zur Last gelegten Umstände noch nicht nachgewiesen sein müssen, hätte es einer – im Hinblick auf die beschriebene Gefahrenlage qualifizierten – richterlichen Beweiswürdigung der äußeren Indikatoren bedurft. Es kann nicht festgestellt werden, dass das AG Hannover – unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Ausstrahlungswirkung – in eigenverantwortlicher Weise sämtliche relevanten Umstände für das Vorliegen einer kriminalistischen Erfahrung des Anfangsverdachts der hier maßgeblichen Straftat erwogen hat. Das AG hat nicht die von Verfassungen wegen gebotenen greifbaren Anhaltspunkte für die Annahme dargelegt, dass der Bf. zum Zeitpunkt der ihm zur Last gelegten Honorarannahme sichere Kenntnis von der Herkunft des Honorars hatte. Alleine aus der Tatsache, dass die Schwester des Vortäters an die Verteidiger ein Honorar gezahlt hat, lässt sich dies nicht ableiten.

**Ausstrahlungswirkung
der Berufsfreiheit
missachtet**

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 6, § 27, § 35 Abs. 1 Nr. 5

***1. Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei sind organisatorische Maßnahmen, um dem rechtsuchenden Publikum den Willen des RA zu offenbaren, bestimmte Räume zu verwenden, um dem Publikum dort anwaltliche Dienste bereitzustellen.**

***2. Der RA hat ein Praxischild anzubringen, einen Telefonanschluss zu unterhalten und muss zu angemessenen Zeiten dem rechtsuchenden Publikum in den Praxisräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung stehen.**

BGH, Beschl. v. 2.12.2004 – AnwZ (B) 72/02

Aus den Gründen:

I. Der am ... zur Rechtsanwaltschaft zugelassene Ast. ist seit dem ... bei dem AG ..., den LG ... sowie bei dem ... zugelassen. Seine Kanzlei betrieb er bis zum ... in den Räumen der ... in ... Mit Schreiben v. ... widerrief die Agin. die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 6, 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO wegen Aufgabe der Kanzlei.

Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Ast.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BRAO), hat in der Sache aber keinen Erfolg.

1. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn die Zulassung des RA bei einem Gericht wegen Aufgabe der Kanz-

lei widerrufen wird. Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt des Widerrufs der Zulassung vor. Der Ast. hatte seine Kanzlei bei der ... in ... zum ... aufgegeben, ohne von der Kanzleipflicht befreit zu sein. Bei dieser Gesellschaft ist er nicht mehr tätig, so dass er für das rechtsuchende Publikum dort nicht erreichbar ist. Eine neue Kanzlei hat er der Agin. trotz mehrfacher Nachfragen bis zum Erlass der Widerrufsverfügung nicht mitgeteilt.

2. Auch im gerichtlichen Verfahren hat der Ast. nicht glaubhaft gemacht, dass er vor oder nach Erlass der Widerrufsverfügung eine neue Kanzlei im Bezirk des AG ... eingerichtet hat (§ 27 Abs. 2 BRAO). Zwar wäre ein nachträglicher Wegfall des Widerrufsgrundes im gerichtlichen Verfahren noch zu berücksichtigen (BGHZ 75, 356); ein solcher liegt hier aber nicht vor. Der Senat hat ebenso wie der AGH nicht die Überzeugung gewinnen können, dass der Ast., wie er behauptet, eine RA-Kanzlei nunmehr in seiner Wohnung ... eingerichtet hat.

**Organisatorische
Maßnahmen für
Erreichbarkeit**

Voraussetzung für die Einrichtung einer Kanzlei sind organisatorische Maßnahmen, um der Öffentlichkeit – dem rechtsuchenden Publikum – den Willen

des RA zu offenbaren, bestimmte Räume – in diesem Fall die Wohnung – zu verwenden, um dem Publikum dort anwaltliche Dienste bereitzustellen. Der RA hat ein Praxischild anzubringen, einen Telefonanschluss zu unterhalten und muss zu angemessenen Zeiten dem rechtsuchenden Publikum in den Praxisräumen für anwaltliche Dienste zur Verfügung stehen (st. Rspr.;

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

zuletzt Senatsbeschl. v. 25.11.2002 – AnwZ [B] 7/02; *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., § 27 Rdnr. 5 m.w.N.).

Daran fehlt es hier. Der Ast. hat auch im Beschwerdeverfahren nicht dargelegt, welche organisatorischen Maßnahmen er getroffen haben will, an denen das rechtsuchende Publikum erkennen könnte, dass es sich bei der Wohnung des Ast. nicht lediglich um seine Privaträume, sondern auch um seine Anwaltskanzlei handelt. Seine Beschwerdebegründung beschränkt sich darauf, den Indizien zu widersprechen, die nach Auffassung des AGH gegen die Einrichtung einer Kanzlei in der Wohnung des Ast. sprechen. Dabei verkennt der Ast., dass es ihm obliegt, die organisatorischen Maßnahmen, aus denen sich – nach Aufgabe seiner bisherigen Kanzlei – die Einrichtung einer neuen Kanzlei in seiner Wohnung ergeben soll, im Einzelnen darzulegen und glaubhaft zu machen. Dies hat der Ast. versäumt.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Erklärung des Ast. in der mündlichen Verhandlung am ..., dass er bereit sei, an seinem Anwesen in ... ein Praxisschild im herkömmlichen Sinn sichtbar anzubringen und beizubehalten sowie einen dienstlichen Telefonanschluss zu unterhalten und im Telefonverzeichnis mit der Bezeichnung als „Rechtsanwalt“ und der vollen Anschrift zu veröffentlichen. Denn seiner Ankündigung, diese Maßnahmen bis zum ... umzusetzen und dies dem Senat und der Agin. nachzuweisen sowie bis zu diesem Zeitpunkt seine Umzulassung zu beantragen, ist der Ast. nicht nachgekommen. Dazu bedurfte es entgegen der Auffassung des Ast. keiner weiteren rechtsbehelfsfähigen Bescheide der Agin., in denen dem Ast. die o.g. Maßnahmen aufgegeben werden.

Gegen die Einrichtung einer Kanzlei im Wohnhaus des Ast. in ... spricht im Übrigen das Schreiben der Verwaltungsgemeinschaft ... v. ... Danach hat der Ast. eine Genehmigung, die für eine Nutzungsänderung zum Betrieb einer Kanzlei in dem von ihm bewohnten Zweifamilienhaus in ... erforderlich wäre, nicht beantragt. Dem ist der Ast. nicht entgegengetreten.

3. Der Senat konnte ohne weitere mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem sich die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am ... mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt haben. Der Widerruf dieser Erklärung im Schriftsatz des Ast. v. ... steht dem nicht entgegen. Denn eine wesentliche Änderung der Prozesslage, die den Widerruf rechtfertigen könnte (§ 128 Abs. 2 ZPO analog), hat der Ast. nicht dargetan und ist auch nicht zu ersehen.

Hinweis der Redaktion:

Das BVerfG hat im Wege einer einstweiligen Anordnung (1 BvR 276/05) die Vollziehung dieses Beschlusses ausgesetzt. Ob der Widerruf der Zulassung in diesem Fall zwingend erforderlich war, ist nach Ansicht des BVerfG namentlich deshalb zweifelhaft, als der Widerruf mit Blick auf die Möglichkeit milderer anwaltsgerichtlicher Maßnahmen (vgl. § 114 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BRAO) unter Umständen nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist. Diese Fragen müssen nun im anschließenden Hauptsacheverfahren geklärt werden.

Fachanwalt – Zum Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen auf dem Gebiet des Strafrechts

FAO § 5 S. 1 lit. f, § 13 Nr. 1

***1. Ein RA kann die für die Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ erforderlichen besonderen praktischen Erfahrungen auch dann nachweisen, wenn er an mindestens 40 Hauptverhandlungstagen vor dem Schöffengericht oder einem übergeordneten Gericht überwiegend als Vertreter der Nebenklage teilgenommen hat.**

***2. Zwar können nach § 5 Satz 2 FAO bei der Gewichtung nicht nur der Fallzahlen, sondern auch der Teilnahmen an Hauptverhandlungen Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle Berücksichtigung finden. Diese Vorschrift bietet jedoch keine Handhabe, eine bestimmte Art der Teilnahme losgelöst vom einzelnen Fall anders zu gewichten.**

BGH, Beschl. v. 8.11.2004 – AnwZ (B) 84/03

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist seit dem Jahr 1997 zur Rechtsanwaltschaft sowie beim AG ... und bei den LG ... und ..., seit dem Jahr 2002 auch beim OLG ... zugelassen.

Unter dem 30.10.2002 hat der Ast. beantragt, ihm die Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ zu gestatten. Zum Nachweis der besonderen praktischen Erfahrungen hat er u.a. eine Fallliste beigefügt, die 101 Vorgänge – davon 67 als Verteidiger – aus den letzten drei Jahren vor Antragstellung auswies, sowie eine Aufstellung über wahrgenommene Hauptverhandlungen mit 43 Hauptverhandlungstagen. Davon entfielen zwei Tage auf eine Tätigkeit als Verteidiger und 41 Tage auf eine solche als Nebenklägervertreter.

Mit Bescheid v. 7.5.2003 hat die Agin. den Antrag abgelehnt. Da der Ast. in den Hauptverhandlungen „fast ausschließlich auf Seiten der Anklage tätig“ gewesen sei, fehle es an dem Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen als Strafverteidiger. Darüber müsse ein Fachanwalt für Strafrecht verfügen.

Durch Beschluss v. 3.11.2003 hat der AnwGH den angefochtenen Bescheid aufgehoben und die Agin. verpflichtet, dem Ast. die Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ zu gestatten. Dagegen wendet sich die Agin. mit ihrer vom AnwGH zugelassenen sofortigen Beschwerde.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 223 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, § 42 Abs. 4 Satz 1 BRAO), hat jedoch keinen Erfolg.

1. Nach § 5 Satz 1 Buchst. f FAO setzt der Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen auf dem Gebiet des Strafrechts u.a. voraus, dass der Ast. als RA an mindestens 40 Hauptverhandlungstagen vor dem Schöffengericht oder einem übergeordneten Gericht teilgenommen hat.

2. Bei wortlautgetreuer Auslegung dieser Vorschrift erfüllt der Ast. – wie die Agin. nicht verkennt – diese Voraussetzung. Die Vorschrift verlangt nicht, dass der Ast. „als Strafverteidiger“ an den Hauptverhandlungen teilgenommen hat, sondern lässt eine Teilnahme „als RA“ genügen (vgl. dazu auch *Hartung/Holt*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., § 5 FAO, Rdnr. 56, 65). Der anwaltliche Vertreter der Nebenklage nimmt, wie der AnwGH zutreffend ausgeführt hat, im Rahmen der Hauptverhandlung eine eigene, mit weitreichenden Rechten ausgestattete und von der Staatsanwaltschaft unabhängige Stellung im Strafverfahren ein. Die Vertretung der Nebenklage ist eine der möglichen Beteiligungen eines im Bereich des Strafrechts spezialisierten RA in der strafrechtlichen Hauptverhandlung.

Kein „FA für Strafverteidigung“

3. Aus anderen Vorschriften der FAO ergibt sich nichts Gegenteiliges. Sie spricht vom „Fachanwalt für Strafrecht“, nicht etwa vom „Fachanwalt für Strafverteidigung“, und stellt damit – entsprechend der Regelung für andere Fachbereiche – auf den Gesamtbereich des Strafrechts ab und nicht lediglich auf einen tätigkeitsbezogenen Ausschnitt. Soweit die FAO in den § 2 und § 5 die Anforderungen an die besonderen Erfahrungen des RA konkretisiert, ist stets nur vom „Fachgebiet“ als solchem die Rede.

In der FAO wird zwischen den verschiedenen Formen anwaltlicher Beteiligung in der Hauptverhandlung nicht differenziert. Zwar sind nach § 13 Nr. 1 FAO für das Fachgebiet Strafrecht besondere Kenntnisse nachzuweisen u.a. in dem Bereich

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

„Methodik und Recht der Strafverteidigung“. Diese Vorschrift ist jedoch nicht auf die praktischen Erfahrungen gemünzt, sondern auf die daneben nachzuweisenden theoretischen Kenntnisse.

4. Es mag zwar zutreffen, dass – worauf die Agin. in ihrer Beschwerdebegründung hinweist – die Satzungsversammlung bei der Schaffung der Bezeichnung „Fachanwalt für Strafrecht“ das Berufsbild des qualifizierten Strafverteidigers vor Augen hatte (vgl. Protokoll der 4. Sitzung der Satzungsversammlung v. 13. bis 15. Juni 1996, S. 18, vgl. ferner zu der vorausgegangenen Diskussion *Barton*, AnwBl. 1989, 472, *Rückel*, BRAK-Mitt. 1990, 64, 66 f.). Dass eine andere anwaltliche Beteiligung in der Hauptverhandlung nicht oder nicht in demselben Maße zum Erwerb der den Fachanwalt für Strafrecht qualifizierenden praktischen Erfahrungen soll beitragen können, lässt sich den Aufzeichnungen der Satzungsversammlung jedoch nicht entnehmen.

5. Etwas Derartiges folgt auch nicht aus Sinn und Zweck der Regelung. Mit dem „Fachanwalt für Strafrecht“ (nicht: „für Strafverteidigung“) soll dem rechtsuchenden Publikum ein besonders qualifiziert ausgebildeter Anwalt auf dem Gebiet des Strafrechts (*Rückel*, BRAK-Mitt. 1990, 64, 66 f.), ein „Spezialist auf dem Fachgebiet“ (*Henssler/Prütting/Stobbe*, BRAO, 2. Aufl., § 2 FAO Rdnr. 15) zur Verfügung stehen.

Diese Qualifikation kann auch ein Ast. aufweisen, dessen Beteiligung in den Hauptverhandlungen hauptsächlich in der Vertretung der Nebenklage bestanden hat. Wie bereits der AnwGH dargelegt hat und auch die Agin. nicht bezweifelt, haben der Vertreter der Nebenklage und der Verteidiger zwar konträre, jedoch gleichwertige Aufgaben. Auch der Nebenklagevertreter benötigt, um seine Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen, umfassende Kenntnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet des Strafrechts. Als „Opferanwalt“ hat er seine Mandanten in einer außergewöhnlichen Belastungs- und Konfliktsituation zu beraten und zu vertreten. Dies erfordert besonderes Einfühlungsvermögen, wie es – wengleich mit anderer Zielrichtung – in vergleichbarer Weise auch ein Strafverteidiger aufbringen muss.

6. Nach § 5 Satz 2 FAO können bei der Gewichtung nicht nur der Fallzahlen, sondern auch der Teilnahmen an Hauptverhandlungen zwar Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle Berücksichtigung finden. Diese Vorschrift bietet aber keine Handhabe, eine bestimmte Art der Teilnahme allgemein – losgelöst vom einzelnen Fall – anders zu gewichten (vgl. BayAGH, Beschl. v. 21.1.2000 – BayAGH I – 16/99, n.v.).

7. Soweit im Rahmen des Berliner Erfahrungsaustauschs 2001 von Vertretern aller Fachausschüsse der RAKn unverbindlich empfohlen worden ist, Nebenklagevertretungen – verglichen mit Strafverteidigungen – sowohl bei den Fallzahlen als auch den Hauptverhandlungen nur mit 25 % bis 50 % zu gewichten (vgl. BRAK-Mitt. 2002, 26, 28 – Ziff. II.9.1), ist dem aus den vorgenannten Gründen nicht zu folgen.

**Vertretung der
Nebenklage ist gleichwertige Aufgabe**

An eine Kanzlei zu stellende Mindestanforderungen

BRAO § 27, § 35 Abs. 1 Nr. 2

***1. Ein RA muss, um seiner Kanzleipflicht zu genügen, Räumlichkeiten besitzen, in denen er gewöhnlich seinen Berufsgeschäften nachgeht und zu den üblichen Geschäftszeiten normalerweise zu erreichen ist. In diesen Räumen muss der RA zu angemessenen Zeiten dem rechtsuchenden Publikum seine anwaltlichen Dienste bereitstellen.**

***2. Zudem muss es eine eindeutig definierte Stelle geben, an die alle für den RA bestimmten Zustellungen, Mitteilungen und sonstige Nachrichten wirksam gerichtet werden können. Ist es Behör-**

den und Gerichten nicht möglich, für den RA bestimmte Zustellungen unter seiner Adresse zu bewirken, kann von einer eingetragenen Kanzlei i.S.d. § 27 BRAO keine Rede sein.

BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – AnwZ (B) 69/03

Volltext unter www.brak.de

Kein Zulassungswiderruf trotz Vermögensverfalls

BRAO § 14 Abs. 2 Nr. 7

***1. Selbst wenn sich ein RA in Vermögensverfall befindet, können die Aufgabe der eigenen Kanzlei und die Aufnahme einer Tätigkeit als angestellter Anwalt in einer Kanzlei im Ausnahmefall dazu führen, dass eine Gefährdung der Interessen von Rechtsuchenden nicht mehr angenommen werden kann.**

***2. Die weitgehenden arbeitsvertraglichen Beschränkungen, denen sich der RA in diesem Fall zum Schutz der Rechtsuchenden unterworfen hat und die hier mit weiteren aus dem Insolvenzverfahren folgenden Beschränkungen zusammentreffen, sind zwar schwer mit dem Berufsbild des unabhängigen RA in Einklang zu bringen. Angesichts ihrer nur vorübergehenden Natur erscheinen sie jedoch noch hinnehmbar.**

BGH, Beschl. v. 18.10.2004 – AnwZ (B) 43/03

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist seit 1987 als RA und – nach Zulassungswechsel – seit 1992 bei dem AG und LG D. und bei dem OLG N. zugelassen. Mit Verfügung v. 6.3.2003 hat die Agin. die Zulassung des Ast. zur Rechtsanwaltschaft wegen Vermögensverfalls widerrufen. Der AGH hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Ast. mit der sofortigen Beschwerde.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BRAO) und hat auch Erfolg. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO lagen bei Erlass des Widerrufsbescheids nicht vor.

1. Wie in der Widerrufsverfügung der Agin. und dem angefochtenen Beschluss des AGH zutreffend ausgeführt worden ist, befand sich der Ast. bei Erlass der Widerrufsverfügung allerdings in Vermögensverfall.

Aufgrund eines Antrags des Finanzamts v. 2.10.2002, das eine Steuerforderung i.H.v. 77.338,14 Euro geltend machte, und des Antrags des Ast. selbst wurde durch Beschluss des AG D. v. 5.12.2002 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Ast. eröffnet. Damit trat die Vermutung des Vermögensverfalls nach § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO ein. Sie wurde bestätigt durch die Feststellungen des Insolvenzverwalters, nach denen der Ast. zahlungsunfähig ist. Seine Verbindlichkeiten belaufen sich auf rund 557.000 Euro, denen eine freie Masse von rund 23.000 Euro gegenübersteht. Dies wird auch vom Ast. nicht in Frage gestellt. Der Senat hat auch bereits entschieden, dass der Übergang der Verfügungsbefugnis des insolventen RA auf einen Insolvenzverwalter nicht etwa dazu führt, dass seine Vermögensverhältnisse deshalb als „geordnet“ anzusehen sind. Denn zu geordneten Vermögensverhältnissen gehört auch, dass die Schulden in absehbarer Zeit entfallen und der RA frei über sein Vermögen verfügen kann (BGH, Beschl. v. 13.3.2000 – AnwZ [B] 28/99 = NJW RR 2000, 1228).

2. Durch den Vermögensverfall, in den der Ast. geraten ist, sind jedoch die Interessen der Rechtsuchenden nicht gefährdet.

a) Wie der Bestimmung des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zu entnehmen ist, geht der Gesetzgeber allerdings grundsätzlich von einer Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden aus, wenn sich der RA in Vermögensverfall befindet. Dies ist auch in aller Regel der Fall, insbesondere im Hinblick auf den Umgang des RA mit Fremdgeldern und den darauf möglichen Zugriff von Gläubigern. Diese Gefährdung ist grundsätzlich

Anwaltsgerichtliche Rechtsprechung

nicht durch die Insolvenzeröffnung mit der damit verbundenen Verfügungsbeschränkung des Insolvenzschuldners weggefallen (BGH, Beschl. v. 13.3.2000 – AnwZ [B] 28/99, a.a.O.). Die Interessen der Mandanten sind regelmäßig schon deshalb gefährdet, weil diese – vorbehaltlich ihres guten Glaubens – das Honorar nicht befreiend an den Auftragnehmer zahlen können. Daran hat sich durch das In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung nichts geändert.

Auch die Aufgabe der eigenen Praxis und die Aufnahme einer Tätigkeit als angestellter RA schließen nach der Senats-Rspr. die Gefährdung der Rechtsuchenden nicht aus (vgl. BGH, Beschl. v. 25.6.1984 – AnwZ (B) 7/84 = BRAK-Mitt. 1984, 194; BGH, Beschl. v. 23.2.1987 – AnwZ (B) 52/86 = BRAK-Mitt. 1987, 208). Der angestellte RA kann weiterhin Mandantengelder in Empfang nehmen, zudem hat er bei Fortbestand seiner Erlaubnis jederzeit die Möglichkeit, wieder selbständig in eigener Praxis oder nebenher auf eigene Rechnung tätig zu werden, ohne dass dies von der RAK oder von seinem Arbeitgeber ohne weiteres kontrolliert werden kann.

b) Auch wenn die Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO, nach der der Vermögensverfall die Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden indiziert, nicht im Sinne eines Automatismus zu verstehen ist, die Gefährdung daher nicht zwangsläufig und ausnahmslos schon aus dem Vorliegen des Vermögensverfalls folgt, wird sie im – nach der gesetzlichen Wertung – vorrangigen Interesse der Rechtsuchenden nur in seltenen Ausnahmefällen verneint werden können (BGH, Beschl. v. 14.7.2003 – AnwZ 61/02, m.w.N.; BGH, Beschl. v. 12.1.2004 – AnwZ [B] 17/03).

c) Ein solcher Ausnahmefall liegt hier indessen vor. Eine Gesamtwürdigung der Person des Ast., der Umstände des eröffneten Insolvenzverfahrens und der weitgehenden Beschränkungen, denen sich der Ast. arbeitsvertraglich unterworfen hat, lässt hier ausnahmsweise den Schluss zu, dass durch seinen Vermögensverfall die Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden nicht gegeben ist.

Gesamtwürdigung der Person

Der Ast. hat – anders als in dem Senatsbeschluss v. 23.2.1987 (a.a.O.) zugrunde liegenden Sachverhalt – seinen anwaltlichen

beruf bisher ohne jede Beanstandung ausgeübt. Den Insolvenzantrag hat er selbst gestellt. Nach der Auskunft des Insolvenzverwalters liegen keine Anmeldungen von Insolvenzgläubigern vor, die aus Mandaten des Ast. herrühren.

Seit Anfang 2003 ist der Ast. als angestellter Anwalt in einer größeren Anwaltskanzlei tätig. Im Arbeitsvertrag hat er sich im Hinblick auf die durch § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO geschützten Belange der Rechtsuchenden erheblichen Beschränkungen unterworfen.

So ist vereinbart, dass sein Name (anders als in dem im Senatsbeschluss v. 25.6.1984, a.a.O., entschiedenen Fall) weder auf dem Briefkopf noch auf dem Praxisschild erscheint. Die Mandate werden im Auftrag und für Rechnung der Sozietät abgeschlossen, eigene Mandate darf der Ast. nicht annehmen. Zahlungen an die Sozietät darf er nicht entgegennehmen. Wenn es in Ausnahmefällen zu Barzahlungen kommen sollte, hat der Ast. entsprechend der Übung in der Sozietät einen Sozius und die Bürovorsteherin bzw. deren Vertreterin hinzuzuziehen. Die RAe, die den Arbeitsvertrag mit dem Ast. geschlossen haben, haben sich vertraglich verpflichtet, den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens des Ast. an den Insolvenzverwalter bzw. an einen vom Insolvenzgericht zu bestellenden Treuhänder abzuführen. Der Ast. und sie haben sich ferner durch schriftliche Erklärung der Agin. gegenüber verpflichtet, jede Änderung des geschlossenen Anstellungsvertrags und ein etwaiges Ende des Anstellungsverhältnisses unverzüglich mitzuteilen.

Erhebliche Beschränkungen durch Arbeitsvertrag

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die von dem Ast. und den Soziern der Kanzlei übernommenen Verpflichtungen, durch die eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden ausgeschlossen werden soll, ihren Zweck nur dann erfüllen, wenn sie sowohl von dem Ast. als auch von seinen Arbeitgebern eingehalten werden. Anhaltspunkte dafür, dass sie sich über ihre Verpflichtungen hinwegsetzen könnten, bestehen jedoch nicht. Das gilt nicht nur – wie ausgeführt – für den Ast., der sich bisher berufsrechtlich untadelig verhalten hat.

„Beaufsichtigung“ durch angesehene Sozietät

Bei der Sozietät, in der der Ast. angestellt ist, handelt es sich, wie die Agin. auf Befragen des Senats erklärt hat, um eine angesehene Kanzlei, die bisher in keiner

Weise zu Beanstandungen Anlass gegeben hat. Den verantwortlichen RAen drohen bei einer Verletzung der von ihnen der Agin. gegenüber eingegangenen Verpflichtungen berufsrechtliche Konsequenzen (§ 43 BRAO). Zudem bietet eine Sozietät – anders als etwa eine Einzelkanzlei – die Gewähr, dass auch während der Urlaubszeit oder bei einer etwaigen Erkrankung eines Sozius die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen des Ast. überwacht werden kann.

Bei Würdigung aller Umstände und unter Berücksichtigung des dem Ast. zustehenden Grundrechts auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) erscheint es nicht gerechtfertigt, ihm im Hinblick auf die allenfalls noch theoretisch gegebene Möglichkeit einer Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden die Zulassung als RA zu entziehen.

3. Allerdings könnten gegen die vertragliche Ausgestaltung des Anstellungsvertrags aus anderen Gründen Bedenken bestehen. Die weitgehenden arbeitsvertraglichen Beschränkungen, denen sich der Ast. zum Schutz der Rechtsuchenden unterworfen hat und die hier mit den weiteren aus dem Insolvenzverfahren folgenden Beschränkungen zusammentreffen, sind nur schwer mit dem Berufsbild des RA, wie es §§ 1 bis 3 BRAO zugrunde liegt, in Einklang zu bringen.

Sie erscheinen jedoch angesichts ihrer nur vorübergehenden Natur noch hinnehmbar. Der Ast. hat zugleich mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt. Mit der Beendigung des Insolvenzverfahrens und der Ankündigung der Restschuldbefreiung durch Beschluss des Insolvenzgerichts kann der Ast. davon ausgehen, dass er am Ende der Wohlverhaltensphase die Restschuldbefreiung erlangen wird. Damit würden auch die Gründe entfallen, die den arbeitsvertraglichen Regelungen zugrunde liegen.

Einschränkungen der Unabhängigkeit hinnehmbar

Versagung der Berufstätigkeit wegen der Gefahr von Interessenkollisionen

BRAO § 45 Abs. 1 Ziff. 1

***1. § 45 Abs. 1 Ziff. 1 BRAO soll eine strikte Trennung anwaltlicher und notarieller Berufsausübung gewährleisten. Hat sich ein Notar, in welcher Amtstätigkeit auch immer, mit einer Rechtsache befasst, ist diese für ihn als Anwalt gesperrt.**

***2. Dieses Tätigkeitsverbot gilt selbst dann, wenn ein konkreter Interessenwiderstreit nicht vorhanden ist.**

***3. Eine Erbengemeinschaft und deren Auseinandersetzung ist auch dann als einheitlicher Lebenssachverhalt im Sinne „derselben Rechtssache“ anzusehen, wenn sich daraus verschiedene Ansprüche ergeben können.**

Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 29.12.2004 – AGH 13/04

Volltext unter www.brak.de

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Zur Zulässigkeit von Anträgen zur Kammerversammlung

BRAO § 89, § 90, § 223

*1. Soweit ein RA begehrt, dass in der Sitzung einer Kammerversammlung Tagesordnungspunkte abzuhandeln sind, die das Verhalten des Vorstandes der RAK dem RA gegenüber in verschiedenen Verfahren betrifft, so kann man in der Nichtaufnahme dieser Tagesordnungspunkte einen Verwaltungsakt i.S.d. § 223 BRAO sehen, der einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig erscheinen lassen könnte.

*2. Dieser Antrag ist jedoch unbegründet, da das Verhalten des Kammervorstandes einem RA gegenüber nicht dem Aufgabengebiet der Kammerversammlung i.S.d. § 89 BRAO zugewiesen ist. Weder unterfällt das Verhalten des Kammervorstandes den im Einzelnen aufgeführten Aufgaben der Kammerversammlung, noch handelt es sich um eine Angelegenheit, die von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsanwaltschaft ist.

AGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.12.2004 – AGH 15/2003 (I)
Volltext unter www.brak.de

Zuschlag zum Kammergrundbeitrag

BRAO § 3

*1. Ein RA, der gleichzeitig als Geschäftsführer einer Steuerberatungs-GmbH angestellt ist, muss zur Berechnung des Zuschlags zum Kammergrundbeitrag neben seinen als RA getätigten Umsätzen auch seine Einnahmen aus der Tätigkeit als angestellter Geschäftsführer der Steuerberatungs-GmbH angeben.

*2. Im Falle der Nichterklärung seines Umsatzes darf die RAK für eine infolgedessen vorgenommene Schätzung eine Gebühr verlangen.

AGH Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 24.11.2004 – 2 AGH 13/04
Volltext unter www.brak.de

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

*Leitsatz der Redaktion (Orientierungssatz)

Rechtsberatungsgesetz – Testamentsvollstreckung durch Steuerberater

RBERG Art. 1 § 1; UWG § 3, § 4 Nr. 11

1. Art. 1 § 1 RBERG zählt zu den Vorschriften i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, das Marktverhalten zu regeln.

2. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S.v. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG.

BGH, Urt. v. 11.11.2004 – I ZR 182/02

Volltext unter www.brak.de**Rechtsberatungsgesetz – Testamentsvollstreckung durch Banken**

RBERG Art. 1 § 1; UWG § 3, § 4 Nr. 11

Da die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist, kann eine Bank, ohne gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG zu verstoßen, für die Übernahme von Testamentsvollstreckungen werben.

BGH, Urt. v. 11.11.2004 – I ZR 213/01

Aus dem Tatbestand:

Die Kl. sind RAe mit Kanzleisitz in K. Die Bekl. ist eine bundesweit tätige Bank, die eine Filiale in K. unterhält. Sie wirbt im Internet unter dem Stichwort „Nachlassmanagement“ darum, mit Testamentsvollstreckungen betraut zu werden.

Die Kl. sehen darin einen Verstoß gegen das RBERG und haben die Bekl. auf Unterlassung in Anspruch genommen. Sie haben zuletzt beantragt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen,

- im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für die Durchführung von Testamentsvollstreckungen zu werben,
- insbesondere wie folgt zu werben: „Für diese verantwortungsvolle Tätigkeit (des Testamentsvollstreckers) können Sie jede natürliche oder juristische Person benennen. Also auch die C.bank – und vieles spricht dafür.“

Die Bekl. ist der Klage entgegengetreten. Sie sieht in der Tätigkeit der Testamentsvollstreckung in erster Linie keine Rechtsbe-

ratung im Sinne des RBERG. Sie ist weiter der Ansicht, es lägen zumindest die Voraussetzungen der im RBERG vorgesehenen Ausnahmen vor, nach denen sie die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers ausüben dürfe.

Das LG hat die Bekl. zur Unterlassung verurteilt. Die Berufung der Bekl. ist mit den zuletzt gestellten Unterlassungsanträgen erfolglos geblieben (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 566).

Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Kl. haben beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG (a.F.) i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG als begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

Die Kl. seien zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG (a.F.) klagebefugt. Sie böten Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt an. Die Voraussetzungen eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens der Kl. i.S.v. § 13 Abs. 5 UWG (a.F.) lägen trotz umfangreicher Abmahntätigkeit nicht vor.

Beanstandet werde von den Kl. nur die Testamentsvollstreckung in den Fällen, die sich nach deutschem Recht richteten und in denen die Bekl. nicht vom Nachlassgericht als Testamentsvollstrecker ernannt worden sei.

Die Bekl. verfüge als Bank nicht über die für die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erforderliche Erlaubnis. Die Werbung der Bekl. sei daher unlauter i.S.d. § 1 UWG (a.F.). Die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung sei eine nach dem RBERG erlaubnispflichtige Tätigkeit. Sie sei darauf gerichtet und geeignet, konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Bei der Beurteilung, ob es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine Rechtsbesorgung oder um ein von anderen Dienstleistern ohne Beeinträchtigung der Qualität der Leistung oder der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erfüllende Tätigkeit handele, sei festzustellen, dass die Testamentsvollstreckung erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung sei. Aufgabe des Testamentsvollstreckers sei die Einziehung von Nachlassforderungen, die Klärung und Berichtigung

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

von Nachlassverbindlichkeiten und – jedenfalls im Falle der Abwicklungsvollstreckung – die Ausführung der Abwicklung und Auseinandersetzung des Nachlasses. Unter anderem wegen der komplizierten und streitanfälligen Regelungen über die Anrechnung von Vorempfängen und wegen der Vorschriften über die Art der Teilung und der rechtlichen Modalitäten bedürfte es hierfür rechtlicher Kenntnisse.

Die Tätigkeit der Bekl. falle nicht unter die Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG. Ein nicht vom Nachlassgericht ernannter Testamentsvollstrecker sei keine „sonstige für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzte Person“ im Sinne dieser Vorschrift. Die von der Bekl. angebotene Testamentsvollstreckung könne im Fall einer Abwicklungsvollstreckung auch nicht durch Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG gerechtfertigt werden, weil sie maßgeblich rechtlich geprägt sei und die Tätigkeit nicht der Vermögensverwaltung, sondern ihrer Beendigung diene. Da die Werbung der Bekl. für die Übernahme von Testamentsvollstreckungen umfassend zu verstehen sei und sie daher auch für den Fall werbe, dass eine Abwicklungsvollstreckung in Rede stehe, bedürfte es insoweit keiner Einschränkung. Einer Untersagung der Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch die Bekl. nach Art. 1 § 1 RBERG stünden verfassungsrechtliche Belange nicht entgegen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Den Kl. steht gegen die Bekl. kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG zu. Die Werbung der Bekl. für die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers stellt kein Angebot einer Rechtsberatung dar, die eine behördliche Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG erfordert.

1. Die Beurteilung des mit dem Klageantrag geltend gemachten Unterlassungsanspruchs richtet sich nach dem im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht (vgl. BGH, Urt. v. 5.2.2004 – I ZR 90/01, GRUR 2004, 522, 523 = WRP 2004, 608 – Zeitschriftenabonnement im Internet, Urt. v. 11.3.2004 – I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 862 = WRP 2004, 1287 – Internet-Versteigerung, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Es sind daher die Bestimmungen des gem. § 22 Satz 1 am 8.7.2004 in Kraft getretenen UWG v. 3.7.2004 (BGBl. I, 1414) anzuwenden. Allerdings kann ein auf Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch nur bestehen, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war.

2. Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt derjenige unlauter i.S.d. § 3 UWG, der einer gesetzlichen Bestimmung zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zu den Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, auch das Verhalten von Unternehmen bestimmen, zählt Art. 1 § 1 RBERG (vgl. zu § 1 UWG a.F.: BGH, Urt. v. 13.3.2003 – I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 889 = WRP 2003, 1103 – Erbenermittler, Urt. v. 20.11.2003 – I ZR 104/01, GRUR 2004, 253, 254 = WRP 2004, 487 – Rechtsberatung durch Automobilclub, jeweils m.w.N.; zu § 4 Nr. 11 UWG: *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, UWG, 23. Aufl., § 4 Rdnr. 11.63; *Harte/Henning/v. Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11 Rdnr. 115; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 824). Unerheblich ist, dass Art. 1 § 1 RBERG, der eine Erlaubnispflicht für eine geschäftsmäßige Rechtsberatung vorsieht, auch über den Marktzutritt bestimmt. Dadurch wird der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG nicht ausgeschlossen, weil auch Marktzutrittsregelungen eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben können, insbesondere können sie dem Verbraucherschutz dienen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, 19; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 824; *Baumbach/Hefermehl/Köhler*, a.a.O. § 4 Rdnr. 11.63; vgl. auch zu § 1 UWG a.F.: BGHZ 150, 343, 348 – Elektroarbeiten).

3. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts stellt die von der Bekl. angebotene Tätigkeit des Testamentsvollstreckers keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar.

a) Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist.

<p>Einordnung der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers ist umstritten</p>

Ob die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach Art. 1 § 1 RBERG darstellt, ist umstritten (bejahend: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 236, 237; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 280 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1286; *Schaub*, MittBayNot 2001, 90 f.; *Stracke*, ZEV 2001, 250; *ders.*, Die geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker, 1999, 248 f.; *Bonefeld*, ZERB 2000, 171, 172; *Henssler*, ZEV 1994, 261, 262; *Senge in Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, RBERG R 55, Art. 1 § 5 Rdnr. 17 und 38; *Chemnitz/Johnigk*, RBERG, 11. Aufl., Art. 1 § 3 Rdnr. 435 und § 5 Rdnr. 561; *Rennen/Caliebe*, RBERG, 3. Aufl., Art. 1 § 3 Rdnr. 49; *Weth in Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl., Art. 1 § 3 RBERG Rdnr. 41-43; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2197 Rdnr. 65 f.; im Falle der Ernennung von Banken als Testamentsvollstrecker: *Schaub*, FamRZ 1995, 845, 846; *Leverenz*, ZBB 1995, 156, 159; a.A.: *Vortmann*, WM 1995, 1745, 1746; *ders.*, WuB VIII D Art. 1 § 1 RBERG 4.02; *Kleine-Cosack*, BB 2000, 2109 ff.; *ders.*, EWiR 2000, 979 f.; *Watrin*, DStR 2002, 422, 424). Teilweise wird in der Literatur nach dem Umfang und dem Schwerpunkt der Tätigkeit im Einzelfall differenziert (Münch-Komm.BGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2197 Rdnr. 9; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, § 2197 Rdnr. 30; *Sandkühler*, DNotZ 2001, 645, 646). Z.T. wird die Testamentsvollstreckung von StB oder Banken auch nach Art. 1 § 3 Nr. 6 oder § 5 Nr. 2 oder Nr. 3 RBERG als zulässig angesehen (OLG Karlsruhe, AnwBl 1992, 333; LG Krefeld, DStR 2000, 615, 616; LG Detmold, WM 2001, 2441, 2442; *Lang*, NJW 1999, 2332, 2333; *Bamberger/Roth/Mayer*, a.a.O., § 2197 Rdnr. 30; *Grunewald*, ZEV 2000, 460; *Streck*, DStR 1991, 592, 594; *Best*, DStR 2000, 2000, 2001; *Bork*, WM 1995, 225, 226 ff.; *Zeller*, WuB VIII D Art. 1 § 3 RBERG 1.94; für eine analoge Anwendung des Art. 1 § 3 Nr. 6: *Leverenz*, ZBB 1995, 156, 165 ff.).

b) Nach der Rspr. des BGH liegt eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S.d. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Dabei ist zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Es ist daher zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGH, Urt. v. 6.12.2001 – I ZR 101/99, GRUR 2002, 993, 995 = WRP 2002, 970 – Wie bitte?!; BGH, GRUR 2003, 886, 887 – Erbenermittler). Davon ist im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auf rechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet liegt, die mit der Testamentsvollstreckung verbundene Verwirklichung und Gestaltung der konkreten Rechtsverhältnisse zu sehr in den Vordergrund gestellt und der wirtschaftlichen Seite der Testamentsvollstreckung zu wenig Bedeutung beigemessen.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

aa) Ein Testamentsvollstrecker hat nach § 2203 BGB die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Er hat den Nachlass zu verwalten und ist berechtigt, ihn in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB) sowie Forderungen einzuziehen. Wenn mehrere Erben vorhanden sind, hat er die Auseinandersetzung nach näherer Maßgabe des § 2204 BGB zu bewirken. Seine Aufgaben können sich auf den gesamten Nachlass, auf einen einzelnen Nachlassgegenstand oder ein Vermächtnis beziehen (vgl. BGHZ 13, 203, 205 f., m.w.N.). Die Testamentsvollstreckung kann auf eine Abwicklungsvollstreckung, eine Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 Satz 1 Halbs. 1 BGB) oder eine Dauervollstreckung (§ 2209 Satz 1 Halbs. 2 BGB) gerichtet sein. Der Testamentsvollstrecker kann beschränkt oder unbeschränkt zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass berechtigt sein (§§ 2206 ff. BGB). Auch das Recht zur Prozessführung steht ihm nach §§ 2212, 2213 BGB zu.

Der Schwerpunkt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers kann, braucht aber nicht auf rechtlichem Gebiet zu liegen. Er kann in wesentlichem Umfang auch nur einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, wenn er den Nachlass in Besitz nimmt, die zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bewertet und Verbindlichkeiten erfüllt sowie Nachlassgegenstände veräußert. Entsprechendes gilt für die Verwaltung des Nachlasses im Falle der Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung und die Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben.

**Schwerpunkt
der Tätigkeit**

bb) Die Frage, ob die Testamentsvollstreckung allgemein eine nach Art. 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist, hängt jedoch nicht vom jeweiligen Einzelfall ab. Für die Einstufung als erlaubnispflichtige Rechtsberatung kann angesichts dessen, dass nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und eine wirtschaftliche Betätigung kaum ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne rechtliche Wirkung bleibt, nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit des Einzelnen, der geschäftsmäßig die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ausüben will, ist vielmehr eine abwägende Beurteilung des jeweils beanstandeten Verhaltens danach erforderlich, ob es sich bei ihm um eine Rechtsbesorgung oder um eine Tätigkeit handelt, die ohne Beeinträchtigung ihrer Qualität und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege auch von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann. Dabei sind die öffentlichen Belange (Sicherung der Qualität der Dienstleistung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege), die den Erlaubnisvorbehalt des RBERG rechtfertigen, gegen die Berufsfreiheit desjenigen abzuwägen, dem wegen des Fehlens einer entsprechenden Erlaubnis die Vornahme bestimmter Handlungen untersagt werden soll (BVerfG, WRP 2002, 1423, 1425; BGH, GRUR 2002, 993, 995 – Wie bitte?!; GRUR 2003, 886, 887 – Erbenermittler). In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, ob der Auftraggeber im Rahmen der Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung des Inhalts des Geschäfts oder der mit diesen verbundenen Risiken ausdrücklich wünscht oder zumindest erkennbar erwartet. Die entsprechende Erwartung richtet sich im Zweifel nach der Person und der Qualifikation des Geschäftsbesorgers, nach den verkehrstypischen Gepflogenheiten und nach den objektiven Maßstäben des jeweiligen Geschäfts (BGH, Ur. v. 30.3.2000 – I ZR 289/97, GRUR 2000, 729, 730 = WRP 2000, 727 – Sachverständigenbeauftragung, m.w.N.).

cc) Diese Abwägung führt zu einer grundsätzlichen Freiheit der geschäftsmäßigen Übernahme einer Testamentsvollstreckung vom Erlaubnisvorbehalt nach Art. 1 § 1 RBERG.

**Keine besondere
Qualifikation
notwendig**

Die erbrechtlichen Vorschriften des BGB sehen eine besondere Qualifikation für das Amt des Testamentsvollstreckers nicht vor.

Nur im Fall der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers unwirksam (§ 2201 BGB). Eine Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers kann nach § 2227 BGB nur auf Antrag eines Beteiligten erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Im Übrigen nimmt der Erblasser die Auswahl des Testamentsvollstreckers häufig nicht im Hinblick auf dessen rechtliche Kenntnisse, sondern aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zum Testamentsvollstrecker oder aufgrund von Kenntnissen und Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers vor, die etwa auf wirtschaftlichem Gebiet liegen. Diese Fähigkeiten und Kenntnisse können bei der Durchsetzung des Willens des Erblassers im Vordergrund stehen und die von dem Testamentsvollstrecker erwartete Dienstleistung in erster Linie bestimmen, so dass es jedenfalls nicht maßgeblich auf die rechtliche Qualifikation des Testamentsvollstreckers ankommt. Wird gleichwohl die Beurteilung rechtlicher Fragen im Rahmen der Testamentsvollstreckung, insbesondere bei der Abwicklungsvollstreckung, erforderlich, kann und muss der Testamentsvollstrecker – wie dies der Erblasser auch erwarten wird – seinerseits Rechtsrat einholen.

**Testamentsvollstrecker
muss ggf. selbst
Rechtsrat einholen**

Eine mögliche Belastung des Nachlasses mit zusätzlichen Kosten für die Einholung von Rechtsrat durch einen nicht rechtskundigen Testamentsvollstrecker ist die für den Erblasser vorhersehbare Folge der Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers.

Dass die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege durch die geschäftsmäßige Besorgung von Testamentsvollstreckungen durch Personen, die über keine Erlaubnis nach dem RBERG verfügen, in einer Weise beeinträchtigt wird, die ein Verbot dieser Tätigkeit rechtfertigt, ist nicht festgestellt und wird auch nicht geltend gemacht.

Es lässt sich danach nicht feststellen, dass die öffentlichen Belange des RBERG – die Qualität der Dienstleistung in rechtlicher Hinsicht zu sichern oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erhalten – gegenüber der Freiheit der Berufsausübung derjenigen, die das Amt des Testamentsvollstreckers versehen, überwiegen. Ein Verbot der geschäftsmäßigen Ausübung des Amtes des Testamentsvollstreckers ohne Erlaubnis nach dem RBERG ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit somit nicht gerechtfertigt. Entsprechendes gilt für ein Verbot des Anbietens geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung.

Sozietät – Vorrang des Fortbestandes gegenüber einer Zwangsversteigerung

BGB § 749, § 753

1. Der die Aufhebung einer Gemeinschaft betreibende Teilhaber kann, wenn das Miteigentum der gemeinschaftlichen Berufsausübung dienen sollte und er diese aufkündigt, verpflichtet sein, seinen Anteil gegen Zahlung des Marktwertes auf die die Zusammenarbeit fortsetzenden Teilhaber zu übertragen.

***2. Die Aufhebung einer Gemeinschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann zwar grundsätzlich auch dann verlangt werden, wenn das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung der Teilhaber dauerhaft ausgeschlossen ist. Die Aufhebung einer Gemeinschaft stellt jedoch dann eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn diese für die ihr widersprechenden Teilnehmer eine besondere Härte bedeutet.**

BGH, Ur. v. 25.10.2004 – II ZR 171/02

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Aus dem Tatbestand:

Die Ehefrauen von fünf in einer Sozietät verbundenen RAen erwarben durch notariellen Vertrag vom 27.5.1981 zu je 1/5 Miteigentum an einem Miteigentumsanteil eines in R., A.straße 5, gelegenen, im Grundbuch unter Blatt 1 geführten Gebäudegrundstücks verbunden mit dem Sondereigentum an in dem Gebäude liegenden Büroräumen (nachfolgend: Büroetage). Die Teilhaberinnen räumten sich durch eine gesonderte, am 20.10.1981 in das Grundbuch eingetragene notarielle Vereinbarung vom 27.5.1981 gegenseitig ein Vorkaufsrecht ein und schlossen die Auseinandersetzung der Gemeinschaft auf Dauer aus. In der Büroetage übte die Sozietät, bei der es in der Folgezeit zu personellen Veränderungen kam, ihre Anwaltstätigkeit aus. Nach Eintritt ihres Ehemannes in die Sozietät übernahm die Kl. durch zwei Erwerbsvorgänge in den Jahren 1986 und 1990 einen Miteigentumsanteil von insgesamt 2/5 an der Büroetage; weitere Miteigentümer sind mit einem Anteil von 2/5 die Bekl. zu 1, Witwe eines verstorbenen und Mutter eines aktiven Sozius, und mit einem Anteil von 1/5 der Bekl. zu 2, ein altersbedingt ausgeschiedener früherer Sozius.

Im Jahre 2000 kam es zwischen dem Ehemann der Kl. und den verbliebenen drei weiteren Partnern zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten, die der Ehemann der Kl. zum Anlass nahm, den Sozietätsvertrag mit Wirkung zum 30.4.2000 zu kündigen. Der Ehemann der Kl. einerseits und seine früheren Partner andererseits, die sich zu einer neuen Sozietät zusammengeschlossen hatten, unterbreiteten der Eigentümergemeinschaft Angebote auf Anmietung der Büroetage. In Abwesenheit der Kl., die sich zuvor für eine Vermietung an ihren Ehemann ausgesprochen hatte, fassten die Bekl. am 27.4.2000 den Beschluss, die Büroetage an die neue Sozietät zu vermieten. Noch am selben Tag schlossen die Bekl. – auch im Namen der Kl. – einen schriftlichen Mietvertrag mit den einzelnen nunmehr der Sozietät angehörenden RAen. Die Bekl. haben der Kl. angeboten, ihren Miteigentumsanteil zum Preis von 380.000,00 DM zu erwerben; wegen der Höhe des Preises haben sie außerdem erklärt, den von einem Sachverständigen festgestellten Marktpreis zu entrichten.

Nach erstinstanzlicher Abweisung der Klage hat das OLG auf die Berufung der Kl. die Bekl. verurteilt, die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Eigentümergemeinschaft an der Büroetage zu dulden und den Erlös derart zu verteilen, dass die Kl. 2/5, die Bekl. zu 1 2/5 und der Bekl. zu 2 1/5 erhalten. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat gemeint, in der Auflösung der Anwaltssozietät sei ein wichtiger Grund zur Aufhebung der Eigentümergemeinschaft zu erkennen. Der Kl. sei das Festhalten an der Gemeinschaft nicht zumutbar, weil ihr Ehemann die zwecks Ausübung seiner Anwaltstätigkeit zu Miteigentum erworbenen Räumlichkeiten künftig nicht mehr nutzen könne. Ein Verstoß gegen den ultima-ratio-Grundsatz könne nicht deshalb angenommen werden, weil die Kl. es abgelehnt habe, ihren Anteil zum Preis von 380.000,00 DM auf die Bekl. zu übertragen. Dem die Aufhebung der Gemeinschaft betreibenden Teilhaber könne sein Aufhebungsrecht nicht durch Zahlung des geschätzten Werts seines Anteils entzogen werden. Ihm dürfe die Chance, im Rahmen der Versteigerung einen höheren Wert zu erzielen, nicht genommen werden.

II. Diese Ausführungen halten im entscheidenden Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Die Aufhebung der Gemeinschaft kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch dann verlangt werden, wenn das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung der Teilhaber für immer ausgeschlossen ist (§ 749 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Aufhebung der Gemeinschaft kann besondere Härte bedeuten

Im Einzelfall kann das Begehren auf Aufhebung der Gemeinschaft aber selbst dann eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn die sonstigen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen,

sofern die Aufhebung der Gemeinschaft für den ihr widersprechenden Teilhaber eine besondere Härte bedeutet (BGHZ 63, 348, 352 f.; 58, 146 f.; Sen.Urt. v. 5.12.1994 – II ZR 268/93, NJW-RR 1995, 334 f.; Sen.Urt. v. 30.4.1984 – II ZR 202/83, WM 1984, 873 f.). Unter solchen Gegebenheiten kann der die Aufhebung betreibende Teilhaber verpflichtet sein, seinen Anteil auf den der Versteigerung widersprechenden Teilhaber gegen Zahlung eines Ausgleichs zu übertragen, der – was ggf. sachverständiger Begutachtung bedarf – sowohl dem wirtschaftlichen Wert als auch einem etwaigen bei einer Zwangsversteigerung erzielbaren Mehrerlös entspricht (vgl. BGHZ 58, 146 ff.).

2. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist ein solcher Fall hier gegeben.

a) Die Büroetage wurde im Jahre 1981 von den Ehefrauen der damaligen Partner der Sozietät zu dem Zweck erworben, den RAen auf Dauer – nicht von dritter Seite kündbare – Bürofläche zur Ausübung ihres Berufs zur Verfügung zu stellen. Die Teilhaberinnen räumten sich wechselseitig Vorkaufsrechte ein, um ein Eindringen außerhalb der Sozietät stehender Dritter in die Gemeinschaft zu verhindern. Bei Ausscheiden eines Sozius wurde das Teileigentum zur Sicherung der personellen Verflechtung zwischen den Eigentümern und den Soziern regelmäßig auf die Ehefrau des eintretenden Sozius oder diesen selbst übertragen. Mit der Übernahme des Eigentumsanteils der Kl. durch die Bekl. würde das seit mehr als 20 Jahren praktizierte, nicht zuletzt in dem Vorkaufsrecht zum Ausdruck kommende und auch von der Kl. beim Erwerb ihres Anteils gebilligte Konzept verwirklicht, eine personelle Kontinuität zwischen den Eigentümern der Büroetage und deren als Partner einer Anwaltssozietät verbundenen Ehegatten zu wahren. Die Bekl. würden dadurch in die Lage versetzt, das von der Kl. erworbene Teileigentum an zwischenzeitlich neu eingetretene Sozius zu veräußern.

Den berechtigten Interessen der Kl., die den Eigentumsanteil nur während der Dauer der Sozietätszugehörigkeit ihres Ehemannes innehaben sollte, würde durch die Übernahme ihres Anteils zu dem von den Bekl. – was das Berufungsgericht nicht beachtet hat – über den Betrag von 380.000,00 DM hinaus ausdrücklich angebotenen Marktpreis hinreichend Rechnung getragen.

Zahlung des Marktwertes

b) Die Sache ist noch nicht entscheidungsreif. Damit die Parteien die Gelegenheit haben, auf der Grundlage der Auffassung des Senats vorzutragen und das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen treffen kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Zum Verhältnis verschiedener Berufungsgerichtsbarkeiten

WPO § 38 Nr. 3, § 47, § 83a Abs. 1, 3

Bei mehrfach qualifizierten Berufsträgern sperrt der Freispruch nach einer Berufsordnung nicht die Verfolgung einer möglichen Pflichtverletzung nach einer anderen Berufsordnung, soweit ein

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

bereichsspezifischer disziplinarischer Überhang in der anderen Berufsordnung besteht.

BGH, Urt. v. 12.10.2004 – WpSt (R) 1/04

Volltext unter www.brak.de**Vertretung widerstreitender Interessen – gleichzeitige Vertretung von Betriebsratsmitglied und Betriebsrat**

BRAO § 43a Abs. 4; BetrVG § 40, § 103 Abs. 2

1. Ein RA verstößt nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO und hat deshalb einen Vergütungsanspruch, wenn er in einem Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG gleichzeitig den Betriebsrat und das betroffene Betriebsratsmitglied vertritt. Denn Betriebsrat und Betriebsratsmitglied haben in diesem Verfahren in der Regel dasselbe Ziel, nämlich die Abwehr des Zustimmungsersetzungsantrags.

2. Gelangt der Betriebsrat allerdings zu der Auffassung, er wolle an der Zustimmungsverweigerung nicht mehr festhalten, können widerstreitende Interessen entstehen. Der RA muss in diesem Fall beide Mandate niederlegen, um nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zu verstoßen.

3. Diese mögliche Interessenentwicklung rechtfertigt kein generelles Verbot der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied. Dem steht das Grundrecht der freien Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG entgegen. Die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit der Beschränkung dieses Rechts rechtfertigt es nur, beim tatsächlichen Entstehen widerstreitender Interessen eine Vertretung zu verbieten.

BAG, Beschl. v. 25.8.2004 – 7 ABR 60/03

Aus den Gründen:

I. Die Beteiligten streiten über die Erstattung von RA-Kosten, die dem Betriebsrat in einem Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG entstanden sind.

Die Ast. sind RAe. Ihre Rechtsvorgänger haben den Betriebsrat und zugleich das Betriebsratsmitglied S. in einem von der Arbeitgeberin eingeleiteten Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG vertreten.

Die Arbeitnehmerin S. ist seit Dezember 1999 Betriebsratsmitglied in der Filiale Dortmund der Arbeitgeberin. Im Juli 2001 beabsichtigte die Arbeitgeberin die außerordentliche Kündigung des mit der Arbeitnehmerin S. bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Betriebsrat erteilte hierzu nicht seine Zustimmung. Am 2.8.2001 leitete deshalb die Arbeitgeberin ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG beim ArbG ein. In diesem Verfahren (ArbG Dortmund – 8 BV 98/01) bestellten sich die RAe Sc. zu Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats und der Beteiligten S. Nachdem der Vorsitzende der Kammer in der Anhörung v. 19.10.2001 Bedenken äußerte, ob der Vortrag der Arbeitgeberin für eine außerordentliche Kündigung ausreiche, nahm diese ihren Antrag zurück. Das ArbG setzte nach Einstellung des Verfahrens den Gegenstandswert auf 5.100,00 Euro fest. Mit Schreiben v. 30.1.2002 stellten die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats der Arbeitgeberin ihre Gebühren in Rechnung. Neben der Erörterungsgebühr und einer Post- und Telekommunikationsentgelt-Pauschale gem. des bis zum 30.6.2004 geltenden § 26 BRAGO machten sie Auslagen i.H.v. 4,09 Euro geltend. Der Gesamtbetrag der Rechnung betrug 811,45 Euro. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten v. 31.1.2002 lehnte die Arbeitgeberin eine Kostenübernahme ab. Mit undatierter Vereinbarung trat der Betriebsrat seinen Anspruch auf Freistellung von der Gebührenforderung auf Grund Beschlusses v. 6.3.2002 an die Anwaltsgemeinschaft Sc. ab. Mit weiterer Vereinbarung v. 23.7.2002 trat diese ihre Vergütungsansprüche an die Ast. ab, nachdem sich die erstgenannte Anwaltsgemeinschaft zum 31.3.2002 getrennt hatte.

Mit dem der Arbeitgeberin durch das ArbG am 14.8.2002 zugestellten Antrag haben die Ast. ihre Gebühren geltend gemacht. Sie haben gemeint, ihr Anspruch ergebe sich aus abgetretenem Recht i.V.m. § 40 Abs. 1 BetrVG.

Die Ast. haben beantragt der Arbeitgeberin aufzugeben, an die Ast. 811,45 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 % über dem Basiszinsatz seit dem 1.2.2002 zu zahlen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Ast. hätten im Beschlussverfahren beim ArbG Dortmund – 8 BV 98/01 – widerstreitende Interessen i.S.d. § 43a Abs. 4 BRAO vertreten. In einem Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG könne der RA nicht gleichzeitig die Interessen des Betriebsrats und des zu kündigenden Betriebsratsmitglieds wahrnehmen. Ein Gebührenanspruch bestehe deshalb nicht.

ArbG und LAG haben den Antrag zurückgewiesen. Mit der vom LAG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Ast. ihren Anspruch weiter.

II. Die Rechtsbeschwerde ist im Wesentlichen begründet. Die antragstellenden RAe haben gegenüber der Arbeitgeberin Anspruch auf Vergütung für die Vertretung des Betriebsrats im Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG. Der Anspruch folgt aus abgetretenem Recht gem. § 398 BGB i.V.m. § 40 Abs. 1 BetrVG. Er ist lediglich i.H.v. 4,09 Euro unbegründet. § 43a Abs. 4 BRAO steht dem Anspruch nicht entgegen.

1. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen.

a) Hierzu gehören auch Kosten, die im Zusammenhang mit der gerichtlichen Geltendmachung und Verteidigung von Rechten des Betriebsrats anfallen. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung von Kosten, die dem Betriebsrat durch die Inanspruchnahme eines RA entstanden sind, besteht allerdings nur dann, wenn der Betriebsrat bei pflichtgemäßer Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten und Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Rechtslage, die Führung eines Prozesses und die Beauftragung eines RA für erforderlich halten konnte. Keine Kostentragungspflicht besteht deshalb, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich aussichtslos oder mutwillig ist (BAG, 19.3.2003 – 7 ABR 15/02, AP, BetrVG 1972, § 40 Rdnr. 77 = EzA, BetrVG 2001, § 40 Rdnr. 3, zu II 1 der Gründe). Hierfür bestehen keine Anhaltspunkte. Denn der Vorsitzende der Kammer in dem Verfahren – 8 BV 98/01 – äußerte in der mündlichen Verhandlung v. 19.10.2001 bereits Bedenken darüber, ob der Vortrag der Arbeitgeberin für eine außerordentliche Kündigung ausreiche.

b) Auf Grund der Abtretung an die beauftragten RAe hat sich der Freistellungsanspruch des Betriebsrats in einen Zahlungsanspruch gegen die Arbeitgeberin umgewandelt (vgl. BAG, 24.10.2001 – 7 ABR 20/00, BAGE 99, 208 = AP, BetrVG 1972, § 40 Rdnr. 71 = EzA, BetrVG 1972, § 22 Rdnr. 2, zu B II 3 der Gründe). Dieser Anspruch ist durch weitere Abtretungsvereinbarung auf die Ast. übergegangen, § 398 Satz 1 und Satz 2 BGB.

2. Diesem Anspruch steht entgegen der Auffassungen der Vorinstanzen nicht § 43a Abs. 4 BRAO entgegen. Denn die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats haben mit der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und zu kündigendem Betriebsratsmitglied im Beschlussverfahren gem. § 103 Abs. 2 BetrVG nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen.

Verbot ist auf konkrete Gefahren beschränkt

a) Das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO ist auf die Vertretung widerstreitender rechtlicher Interessen auf Grund der konkreten Interessenlage beschränkt. Ein Interessengegensatz folgt maßgeblich aus der durch den Auf-

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

trag der Partei abgegrenzten wirklichen Interessenlage, die ihrerseits vom Willen der Partei gestaltet wird (OLG Karlsruhe, 19.9.2002 – 3 Ss 143/01, NJW 2002, 3561, zu II der Gründe zur Vorschrift des § 356 StGB über den Parteiverrat). Diese subjektive Sicht ist geboten, da § 43a Abs. 4 BRAO auch eine Schutznorm des Mandanten ist. Der Mandant und nicht der Anwalt bestimmt mit der Mandatserteilung, welche Interessen zu vertreten sind (*Henssler/Prütting/Eylmann*, BRAO, 2. Aufl., § 43a Rdnr. 145). Deshalb ist es in erster Linie Sache des Mandanten, einzuschätzen, ob eine Interessenbeeinträchtigung konkret droht. Er muss sodann verantwortlich selbst prüfen, ob die Mandatsniederlegung geboten ist (*Henssler*, NJW 2001, 1521, 1522). Damit wird § 43a Abs. 4 BRAO allerdings nicht dispositiv. Ein zum Abschluss des Anwalts führender Interessengegensatz wird nicht durch die Einwilligung in ein pflichtwidriges Handeln ausgeräumt. Insoweit besteht keine Dispositionsbefugnis der Parteien (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 43a Rdnr. 103).

b) Betriebsrat und vom Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG betroffenes Betriebsratsmitglied haben keine widerstreitenden rechtlichen Interessen in diesem Sinne.

aa) Das Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG steht in einem engen Zusammenhang mit der nachfolgenden Kündigung und der ggf. folgenden Klage des Arbeitnehmers (BAG, 15.8.2002 – 2 AZR 214/01, BAGE 102, 190 = AP, BetrVG 1972, § 103 Rdnr. 48 = EzA, BetrVG 1972, § 103 Rdnr. 44, zu II 1 b bb der Gründe). Ohne eine die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats ersetzende Entscheidung des ArbG ist eine außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds durch den Arbeitgeber unwirksam. Das Verfahren wird vom Arbeitgeber nur deshalb eingeleitet, weil der Betriebsrat seine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds gem. § 103 Abs. 1 BetrVG versagt hat. Mit dieser Weigerung hat er zu erkennen gegeben, dass er im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren ebenso wie das betroffene Betriebsratsmitglied eine gerichtliche Ersetzung verhindern will.

Es besteht somit für den anwaltlichen Auftrag kein Interessengegensatz, sondern Interessensidentität. Dem steht nicht entgegen, dass im Beschlussverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG das betroffene Betriebsratsmitglied keine kollektivrechtlichen Interessen, sondern lediglich seine persönlichen Interessen auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wahrnimmt. Zwar hat der Betriebsrat auch die Aufgabe, die kollektiven Interessen des Betriebsrats und der Belegschaft wahrzunehmen (BAG, 3.4.1979 – 6 ABR 63/76, AP, BetrVG 1972, § 40 Rdnr. 16 = EzA, BetrVG 1972, § 40 Rdnr. 43, zu III 2 der Gründe). Diese unterschiedliche Motivation von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied begründet aber keine widerstreitenden Interessen. Der Betriebsrat will die Funktionsfähigkeit seines Organs erhalten und die Kündigung eines seiner Mitglieder verhindern. Beide Mandantenaufträge an den RA sind deshalb auf die Abwehr des Zustimmungsersetzungsantrags gerichtet. Das begründet gleiche Interessen. Welche Motive diesen Interessen zugrunde liegen, ist unerheblich. Jedenfalls besteht solange kein Interessengegensatz, wie auch der Betriebsrat den RA beauftragt, die Zustimmungsersetzung zu verhindern. Zudem ist selbst bei teilweise divergierenden Interessen die Einschaltung eines gemeinsamen RA nicht prinzipiell verboten (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 43a Rdnr. 99, m.w.N.). Solange die Gemeinsamkeiten überwiegen und ein Interessenkonflikt nicht ausgebrochen ist, kann der RA trotz partieller Interessendivergenz tätig werden (*Kleine-Cosack*, a.a.O.).

bb) Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass der Betriebsrat im Verlaufe des gerichtlichen Verfahrens den anwaltlichen Auftrag ändert, z.B. weil er nach Klärung streitiger Tatsachen zu der Auffassung gelangt ist, er wolle seine Zustimmung nicht

mehr verweigern. Dann beginnt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 BRAO. Der von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied beauftragte RA darf den Betriebsrat nicht mehr vertreten und gleichzeitig das betroffene Betriebsratsmitglied bei der Abwehr der Zustimmungsersetzung unterstützen. Diese denkbare Interessenentwicklung rechtfertigt allerdings nicht ein generelles Verbot der gleichzeitigen Vertretung von Betriebsrat und Betriebsratsmitglied.

Generelles Verbot wäre unverhältnismäßig

Das verbietet die verfassungskonforme Auslegung von § 43a Abs. 4 BRAO. Die Vorschrift schränkt das Grundrecht der freien Berufsausübung der RAe nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung im Interesse der Rechtspflege sowie eindeutiger und geradliniger Rechtsbesorgung rechtfertigt es nur, im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen zu vermeiden (BVerfG, 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520, zu B I 3 b cc der Gründe, zur Bedeutung der Berufsfreiheit beim Sozietätswechsel von RAen). Dem Schutzzweck von § 43a Abs. 4 BRAO wird schon Rechnung getragen, wenn der RA verpflichtet wird, seine Mandate niederzulegen, sobald die Interessengleichrichtung in Interessengegensätzlichkeit umschlägt (*Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl., § 43a Rdnr. 101). Das war vorliegend nicht der Fall.

3. Der Anspruch ist i.H.v. 4,09 Euro unbegründet.

Auf Erstattung der in dieser Höhe geltend gemachten Auslagen besteht kein Anspruch. Die Ast. haben nicht dargelegt, welche konkreten Auslagen über die Auslagenpauschale gem. des bis zum 30.6.2004 geltenden § 26 Satz 2 BRAGO hinaus entstanden waren.

III. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB nach Zustellung der Antragschrift am 14.8.2002. Ein früherer Zinsbeginn kommt nicht in Betracht. Als die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats im Januar 2002 ihre Gebühren der Arbeitgeberin in Rechnung stellten, waren sie noch nicht Inhaber der Forderung. Es bestand in der Zeit nur ein Anspruch des Betriebsrats. Ein weiteres Verzugschreiben seitens des Betriebsrats oder seines Verfahrensbevollmächtigten oder der Ast. ist nicht vorgetragen.

Rechtsanwaltsaktiengesellschaft – Zur Vertretungsberechtigung vor dem Bundesfinanzhof

BRAO § 59c, § 59g; FGO § 62a Abs. 2

***Eine RA-Gesellschaft in der Rechtsform der AG ist nur dann vor dem BFH vertretungsberechtigt, wenn diese Gesellschaft nach deutschem Recht als solche zum Beruf zugelassen ist und die Zulassung im Zeitpunkt der Vornahme der betreffenden Prozesshandlung vorliegt.**

BFH, Beschl. v. 15.11.2004 – VII B 197/03

Volltext unter www.brak.de

Anmerkung der Redaktion:

In seinem Urt. v. 11.3.2004 (BRAK-Mitt. 2004, 138) ist der BFH noch irrtümlich davon ausgegangen, dass die die Klagepartei dort vertretene RA-AG von der zuständigen RAK zugelassen worden sei. De lege lata ist eine Zulassung einer RA-AG als RA-Gesellschaft jedoch (noch) nicht möglich (vgl. hierzu auch *Kempter/Kopp*, NJW 2004, 3605). Die BRAK hat schon im Jahre 2001 Vorschläge erarbeitet, wie das Verfahren und die Voraussetzungen, unter denen neben RA-Gesellschaften auch Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien als RA-Gesellschaften zugelassen werden können, aussehen könnten.

Hier kein Interessengegensatz

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

Zur Verfassungsgemäßheit des Verbots der Vereinbarung eines Erfolgshonorars

BRAO § 49b; BGB § 134; GG Art. 12

***1. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Regelung des § 49b Abs. 2 BRAO belastet RAe nicht übermäßig und ist durch überwiegende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt.**

***2. Die Vereinbarung von Erfolgshonoraren ist mit der Stellung des RA als unabhängiges Rechtspflegeorgan unvereinbar.**

OLG Celle, Beschl. v. 2.11.2004 – 3 U 250/04 (A)

Aus den Gründen:

I. Die Kl. fordert einen Teil der von ihr an den beklagten RA gezahlten Gebühren mit ihrer Klage zurück.

Die Kl. beauftragte den Bekl. mit der Durchsetzung von Ansprüchen i.H.v. 340.000,00 Euro gegenüber einer Versicherung. Am 18.11.2002 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, in der es u.a. heißt, dass die Kl. für die außergerichtlichen Bemühungen des Bekl. ein Pauschalhonorar i.H.v. 50.000,00 Euro zu zahlen habe, das bei Eingang der Entschädigung auf dem Geschäftskonto des Bekl. fällig werde. Bei Mandatsübernahme habe die Kl. vorab 10.000,00 Euro an den Bekl. zu zahlen: Dieser Betrag sei bei Mandatsende Gegenstand einer entsprechenden Verrechnungsposition.

Den von ihr gezahlten Betrag v. 10.000,00 Euro zzgl. MSt. verlangt die Kl. zurück unter Anrechnung einer 10/10 Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Satz 1 BRAGO aus 340.000,00 Euro. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Vorschrift des § 49b Abs. 2 BRAO verbiete die Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Gegen dieses gesetzliche Verbot habe der Bekl. mit der Honorarforderung v. 18.11.2002 verstoßen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Bekl. Selbst wenn von der Vereinbarung eines Erfolgshonorars ausgegangen werde, sei die Vereinbarung wirksam, weil die vom LG herangezogene Bestimmung des § 49b Abs. 2 BRAO verfassungs- und europarechtswidrig ist.

II. Der Senat hält die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO für gegeben. Namentlich ist nicht ersichtlich, dass die Berufung des Bekl. Aussicht auf Erfolg haben könnte. Der angefochtenen Entscheidung ist in der Begründung und im Ergebnis beizupflichten.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob zu der Frage, ob die zwischen den Parteien am 18.11.2002 geschlossene Vereinbarung ein Erfolgshonorar beinhaltet, eine zulässige Berufungsbegründung vorliegt. Zweifelhafte ist dies deswegen, weil der Bekl. insoweit nur auf seinen erstinstanzlichen Vortrag verweist und ihn zum Gegenstand des Berufungsverfahrens macht, ohne die Ausführungen im angefochtenen Urteil anzugreifen (vgl. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO).

Nach dem Wortlaut der Vereinbarung sollte das Pauschalhonorar i.H.v. netto 50.000,00 Euro fällig werden mit Zahlung der Entschädigung. Sie war damit, wie auch das LG zutreffend angenommen hat, erfolgsorientiert. Sollte eine Zahlung der Versicherung ausbleiben, sollte eine Verpflichtung zur Zahlung des „Pauschalhonorars“ nicht bestehen. Abs. 3 der Vereinbarung widerspricht einer solchen Auslegung nicht, sondern bestätigt sie vielmehr. Die Zahlung v. 10.000,00 Euro sollte, wie sich schon eindeutig aus der Verwendung des Begriffs „Verrechnungsposition“ ergibt, nur einen Vorschuss auf das Erfolgshonorar darstellen.

2. Die Vereinbarung des Erfolgshonorars ist gem. § 49b Abs. 2 BRAO, § 134 BGB, nichtig, so dass die Kl. entsprechend ihrem Klageantrag gezahlte Gebühren zurückfordern kann, § 812 Abs. 1 Satz 1. Alt. BGB.

a) § 49b Abs. 2 BRAO bestimmt, dass Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache

oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der RA einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis), unzulässig sind. Der Wortlaut ist eindeutig. Die Regelung ist zwar erst im Jahr 1994 durch den Gesetzgeber in die BRAO eingefügt worden. Bereits vorher aber war entsprechend der späteren gesetzlichen Regelung eine am Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit orientierte Vergütung als unzulässig und nichtig angesehen worden.

b) Es trifft zwar zu, dass in den Nachkriegsjahren eine abweichende Beurteilung der Zulässigkeit von Erfolgshonoraren jedenfalls in den Instanzgerichten und vor allem in Entschädigungssachen vorherrschte (vgl. *Kilian*, JurBüro 1994, 641, 643, Fn. 25). Daraus aber ergibt sich für den Bekl. nichts. Die Situation war schon in tatsächlicher Hinsicht nicht mit der heutigen vergleichbar. Die dem RA in Aussicht gestellte Beteiligung am Ertrag einer Auseinandersetzung war mitunter die einzige Möglichkeit, überhaupt eine Auseinandersetzung führen zu können. Das Institut der PKH („Armenrecht“) war zwar längst bekannt, hatte aber noch nicht die Bedeutung, die ihm heute zukommt. Inzwischen ist nicht nur in der verfassungsgerichtlichen Rspr. geklärt, dass der Gleichheitssatz und das Rechtsstaatsprinzip eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes gebieten (BVerfG, NJW 1997, 2102, 2103). An anderer Stelle spricht das BVerfG davon, dass eine ungerechtfertigte Zurückweisung eines Antrags auf Gewährung von PKH die Verpflichtung zur Gewährung effektiven, sozial gerechten Rechtsschutzes verletze (NJW 1997, 2103, 2104).

c) Vorliegend ergibt sich nichts Abweichendes daraus, dass die Kl. eine inländische juristische Person ist.

Unter Vorliegen der Voraussetzungen des § 116 ZPO hat auch eine inländische juristische Person einen Rechtsanspruch auf PKH. Die sachlichen Voraussetzungen entsprechen denen des § 114 ZPO, ergänzt um die weitere Anforderung, dass die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwider laufen müsste (was nach BVerfG, NJW 1974, 229, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist). Dass vorliegend die Kl. ihre Interessen überhaupt nur dadurch wahrnehmen konnte, dass sie dem Bekl. ein Erfolgshonorar versprach, ist nicht ersichtlich und vom Bekl. auch nicht behauptet worden.

d) Der Senat hat keine Veranlassung, gem. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 49b Abs. 2 BRAO eine Entscheidung des BVerfG einzuholen.

Keine Anhaltspunkte für Verfassungswidrigkeit des § 49b II BRAO
--

Eine solche Vorlage setzt u.a. voraus, dass das vorlegende Gericht – über bloße Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hinaus – die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit einer Norm haben muss (vgl. BVerfGE 86, 52, 57). Der Senat sieht aber keine Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit der Norm (s.a. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl., Rdnr. 16 und 32 zu § 49b), schon gar nicht ist er von ihrer Verfassungswidrigkeit überzeugt.

Zu denken wäre ohnehin nur an Art. 12 Abs. 1 GG. Geschützt wird danach u.a. die Berufsausübungsfreiheit. Tangiert werden kann diese auch durch Regelungen, die die Vergütung für die berufliche Tätigkeit festlegen (vgl. BVerfGE 83, 1, 13). Vorliegend geht es in Gestalt der Regelung des § 49b Abs. 2 BRAO nur um eine Regelung der Berufsausübung und damit darum, ob eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls die Beschränkung legitimiert (vgl. BVerfGE 78, 155, 162), die „den Berufstätigen nicht übermäßig und unzumutbar treffen“ darf (BVerfGE 85, 248, 259). Die vom Gesetzgeber vorgenommene Regelung des § 49b Abs. 2 BRAO belastet RAe nicht übermäßig (ihnen verbleiben die gesetzlichen Gebühren, überdies sind Gebührenvereinbarungen nicht von vornherein ausgeschlossen (vgl.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

BGH, NJW 2003, 3486) und ist durch überwiegende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt (s.a. BVerfGE 83, 1). Zutreffend hat das LG darauf hingewiesen, dass mit der Stellung des RA als unabhängigem Rechtspflegeorgan die Vereinbarung von Erfolgshonoraren unvereinbar ist.

Auch der Senat geht davon aus, dass derartige Vereinbarungen die Unabhängigkeit des RA gefährden.

**Erfolgshonorar
gefährdet anwaltliche
Unabhängigkeit**

Im Übrigen ergäbe sich für den Bkl. auch nichts aus einer Verfassungswidrigkeit des § 49b BRAO. Das Erfolgshonorar übersteigt die gesetzliche Gebühr nach § 118 BRAGO, die hier ca. 2.100,00 Euro beträgt, in einem derartigen Maße, dass die Vereinbarung als sittenwidrig anzusehen sein dürfte (vgl. BGH, NJW 2003, 3486).

e) Auch die angedeuteten rechtsvergleichenden Überlegungen des Bkl. in seiner Berufungsbegründung veranlassen den Senat weder, im Sinne des Bkl. das angefochtene Urteil abzuändern, noch dazu, die Sache dem BVerfG vorzulegen.

Comparativa est omnis investigatio (*Nicolaus v. Cues*, zitiert nach *Sommermann*, DÖV 1999, 1017, Fn. 1). Für die Rechtswissenschaft gilt diese Aussage kaum (nach Ansicht des BVerfG etwa ist die Rechtswissenschaft eine national geprägte Wissenschaft, NJW 1993, 276), für die Rspr. schon gar nicht, der Gesetzgeber erwartet vom Richter auch keine Kenntnis des fremden Rechts (§ 293 ZPO).

Rechtsvergleichung kann Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsordnungen deutlich machen. Sie kann auch dem Richter eine Auslegungshilfe im Sinne einer „fünften Auslegungsmethode“ (*Häberle*, JZ 1989, 913, 916 ff.; s.a. bereits *Zweigert*, RabelsZ 1949/50, S. 5 ff.) sein. Die praktische Bedeutung einer solchen Vorgehensweise ist freilich bislang sehr gering geblieben. Außerhalb des durch Kollisionsnormen bestimmten Bereichs können im Wege der Rechtsvergleichung gewonnene Erkenntnisse nur dort einfließen, wo das eigene Recht „offen“ ist und damit Interpretationsspielräume lässt (*Grossfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 33). Auch darf die Bindung des Richters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht in Frage gestellt werden und muss weiter beachtet werden, dass mit der Übertragung von Rechtsgrundsätzen einer fremden Rechtsordnung, und zwar ganz besonders dann, wenn diese einer anderen Rechtsfamilie angehört, in die eigene Rechtsordnung vorsichtig umzugehen ist. Verwiesen sei beispielhaft auf die Rspr. des BGH, wonach Urteile US-amerikanischer Gerichte auf Zuerkennung sog. punitive damages in Deutschland regelmäßig nicht für vollstreckbar erklärt werden dürfen, weil sie mit dem *ordre public* (Art. 6 EGBGB) nicht vereinbar sind (NJW 1992, 3096, 3102 ff.; s.a. BVerfG, NJW 1994, 3281). Der Bkl. selbst behauptet auch nicht einmal, dass im Ausland die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren die Regel sei.

f) Schließlich sieht der Senat keine ausreichende Veranlassung, den EuGH anzurufen.

Die Ausführungen des Bkl. machen dem Senat nicht klar, worin der Verstoß gegen die (aktive und/oder passive) Dienstleistungsfreiheit bestehen soll. Wodurch und wem gegenüber will der Bkl. eine Diskriminierung erfahren? Soweit Regelungen keinen grenzüberschreitenden Bezug haben und sich auf den rein innerstaatlichen Bereich beschränken, fehlt der Gemeinschaftsbezug. Die Frage möglicher Umkehr/Inländerdiskriminierung (vgl. BGHZ 22, 162, zum Anspruch eines US-Anwalts auf ein vereinbartes Erfolgshonorar) unterliegen nicht den Maßstäben des Gemeinschaftsrechts (vgl. BGHZ 108, 342).

Der Senat kann auch nicht erkennen, was sich für den Bkl. aus der Entscheidung des EuGH in Sachen A. (NJW 2002, 882)

ergeben soll. Dort ging es darum, ob es gegen EG-Recht verstoßen kann, wenn ein Mitgliedstaat eine Norm erlässt, die auf der Grundlage eines Vorschlags einer berufsständischen Vertretung beruht. Dass der EuGH „erhebliche Bedenken gegen Gebührenregelungen überhaupt“ haben soll, wie der Bkl. meint (und selbst wenn?), kann der Senat dieser Entscheidung nicht entnehmen.

Anwaltliche Werbung – Zur Reichweite des Sachlichkeitsgebots

BRAO § 43b; BORA § 6; UWG § 3, § 4 Nr. 11

***1. Wirbt ein RA im Internet mit der Aussage, dass er im Unterschied zu einigen anderen auf seinem Gebiet tätigen Anwälten, „bei denen der Sachvortrag häufig recht dürftig ist und keine Vertretung in der mündlichen Verhandlung erfolgt“, Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stets sorgfältig begründet und den Gerichtstermin auf jeden Fall wahrnimmt – anders als „z.B. Rechtsanwalt S. aus S. (der) nie zur mündlichen Verhandlung (geht)“ – so verstößt er gegen das berufsrechtliche Sachlichkeitsgebot und handelt zugleich unlauter i.S.d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.**

***2. Auch wenn die Werbeaussage einen wahren Tatsachekern enthält, ist sie schon deshalb unzulässig, weil sie den Leser, der nicht beurteilen kann, wer zu den von dem RA angesprochenen nachlässigen Kollegen gehört, verunsichert. Ein rechtliches Interesse des RA, nicht nur seine eigene Leistung positiv darzustellen, sondern darüber hinaus einen Teil der konkurrierenden RAe in ein schlechtes Licht zu rücken, besteht nicht.**

***3. Die Werbeaussage „Wir werden als adäquate Gesprächspartner auch von den Richtern geschätzt...“ ist mit der Stellung eines RA im Interesse des rechtsuchenden Bürgers nicht vereinbar, da sie ein reklamehaftes Anpreisen in den Vordergrund stellt und mit der eigentlichen Leistung des Anwalts und dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats nicht im Zusammenhang steht.**

OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.10.2004 – 6 U 198/03 (n. r.)

Aus den Gründen:

I. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 63 ff. d.A.) wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Kl., der an seiner Auffassung festhält, die Werbung des Bkl. verletze das Sachlichkeitsgebot der §§ 43b BRAO, 6 Abs. 1 BORA.

Der Kl. beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und es dem Bkl. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, wie folgt zu werben:

„Soweit erforderlich, werden wir auch Klage erheben. Wir werden die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sorgfältig begründen und den Gerichtstermin auf jeden Fall wahrnehmen. Dies unterscheidet uns von einigen anderen auf diesem Gebiet tätigen Anwälten/innen, bei denen der Sachvortrag häufig recht dürftig ist und keine Vertretung in der mündlichen Verhandlung erfolgt. So geht z.B. RA S. aus S. nie zur mündlichen Verhandlung, so dass ihn einige Richter bereits als ‚Phantom‘ bezeichnet haben. Wir werden als adäquate Gesprächspartner auch von den Richtern geschätzt (...).“

Der Bkl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Bkl. verteidigt das angefochtene Urteil. Er vertritt die Auffassung, die beanstandete Werbung könne ihm mit Rücksicht auf die aktuelle Rspr. des BVerfG zum Standesrecht der freien Berufe nicht untersagt werden.

Weitere berufsrechtliche Rechtsprechung

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

II. Die Berufung des Kl. ist zulässig und begründet. Die beanstandete Werbung verstößt gegen das Sachlichkeitsgebot der §§ 43b BRAO, 6 BORA und stellt damit zugleich unlauteren Wettbewerb gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (§ 1 UWG a.F.) dar.

Vorab ist klarzustellen, dass die im Klageantrag und im Tenor wiedergegebene Passage im Kontext angegriffen wird, nicht die einzelnen Sätze isoliert voneinander. Die Klage ist daher bereits begründet, wenn eine der darin enthaltenen Werbeaussagen unlauter ist.

Wie im Sitzungsprotokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Eilverfahren (Az. 6 U 29/03) bereits ausgeführt, sind die ersten beiden Sätze der angegriffenen Passage („Soweit erforderlich, werden wir Klage erheben. Wir werden die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sorgfältig begründen und etwaige Gerichtstermine auf jeden Fall wahrnehmen.“) für sich betrachtet nicht zu beanstanden. Die Aussagen sind noch als sachliche Unterrichtung i.S.d. §§ 43b BRAO, 6 BORA zu verstehen. Diese Vorschriften sind im Hinblick auf Art. 12 GG restriktiv auszulegen und verbieten den RAen eine Werbung nicht, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist (BVerfG, WRP 2001, 1284, 1286 – Umfassende Rechtsberatung). Diese Grenze wird von den ersten beiden Sätzen der angegriffenen Passage beachtet. Die Aussage, Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung würden sorgfältig begründet, enthält zwar ein wertendes Element, das sich aber vom Boden der Sachlichkeit nicht so weit entfernt, dass eine Einschränkung der Berufsfreiheit durch ein entsprechendes Werbeverbot zu rechtfertigen wäre.

Demgegenüber wird das Sachlichkeitsgebot durch die nächsten beiden Sätze („Dies unterscheidet uns von einigen anderen auf diesem Gebiet tätigen Anwälten/innen, bei denen der Sachvortrag häufig recht dürftig ist und keine Vertretung in den mündlichen Verhandlungen erfolgt. So geht z.B. ein RA S. aus S. nie zu mündlichen Verhandlungen, so dass ihn einige Richter bereits als ‚Phantom‘ bezeichnet haben.“) verletzt. Zwar handelt es sich bei der Werbung im Internet um eine passive Darstellungsform, die sich nicht unaufgefordert potentiellen Interessenten aufdrängt, sondern im Gegenteil von diesen erst aktiv aufgerufen werden muss, was dafür spricht, das Verbot einer solchen Werbung strengeren Voraussetzungen zu unterwerfen (BVerfG, WRP 2003, 1209, 1211 – Werbung von Zahnärzten im Internet).

Trotz wahren Tatsachenkerns unsachliche Aussagen

Auch verkennt der Senat nicht, dass dieser Teil der angegriffenen Passage einen wahren Tatsachenkern enthält. Dennoch ist die Werbung unzulässig, weil sie den Leser, der nicht beurteilen kann, wer zu den von dem Bekl. angesprochenen nachlässigen RAen gehört, verunsichert. Die Aussage ist für ihn nicht nachvollziehbar. Ein rechtliches Interesse des Bekl., nicht nur seine eigene Leistung positiv darzustellen, wie in den beiden vorangegangenen Sätzen geschehen, sondern darüber hinaus einen – für den Leser nicht definierbaren – Teil der konkurrierenden RAe in ein schlechtes Licht zu rücken, besteht nicht. Daher ist der Auffassung des LG, die anonymisierte Darstellung des Kollegen S. aus S. sei der vergleichsweise geringstmögliche Eingriff, nicht beizutreten.

Überdies berücksichtigt die Argumentation des LG nicht, dass es nicht nur um die Wahrung der Persönlichkeitsrechte

Werbeadressaten werden verunsichert

des betroffenen RA geht, sondern auch und vor allem um das berechnete Interesse des Werbeadressaten, nicht durch eine für

ihn nicht nachvollziehbare und daher unsachliche Werbung verunsichert zu werden.

Die Klage ist darüber hinaus auch deshalb begründet, weil es im letzten Satz der angegriffenen Passage heißt: „Wir werden als adäquate Gesprächspartner auch von den Richtern geschätzt ...“ Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich hierbei um eine reine Wertung oder um eine Äußerung mit einem – unterstellt – wahren Tatsachenkern handelt. Mit der Stellung eines RA im Interesse des rechtsuchenden Bürgers ist eine Werbung nicht vereinbar, die ein reklamehaftes Anpreisen in den Vordergrund stellt und mit der eigentlichen Leistung des Anwalts und dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats nichts mehr zu tun hat (BVerfG, NJW 2004, 2656, 2657).

Aussage suggeriert persönliche Beziehungen zu Richtern

Indem der Bekl. sich den Interessenten als von den Richtern geschätzt präsentiert, erweckt er, insbesondere im Kontext mit den beiden vorangegangenen Sätzen, den Eindruck, in einem Näheverhältnis zu den zur Neutralität verpflichteten Richtern zu stehen und Prozesse deshalb nicht nur wegen seiner sachlichen Befähigung, sondern auch wegen seiner persönlichen Beziehungen gewinnen zu können. Die Aussage ist zugleich geeignet, den Interessenten davon abzuhalten, einen anderen RA zu mandatieren, der zwar genauso befähigt ist, wie der Bekl., möglicherweise jedoch nicht in gleicher Weise von „den“ Richtern geschätzt. Sie wird auch nicht dadurch in ein anderes Licht gerückt, dass es im Anschluss heißt: „... und werden als einzige RAe auf diesem Gebiet regelmäßig als Referenten auf Fortbildungsveranstaltungen der Deutschen Richterakademie eingeladen.“ Denn dieser Satzteil stellt sich nicht als Begründung, sondern als Konsequenz (im Sinne von: „... und werden *deshalb auch* als einzige ...“) und damit als Verstärkung der beanstandeten Äußerung dar.

Der Bekl. handelte wettbewerbswidrig, als er die Werbung im Internet veröffentlichte, weil der darin liegende Verstoß gegen § 43b BRAO zugleich den Tatbestand des § 1 UWG a.F. verletzte. Denn § 43b BRAO ist eine Vorschrift, die auch eine auf Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion im Sinne der Rspr. zu § 1 UWG a.F. (BGH, GRUR 2004, 346 – RA-Gesellschaft, m.w.N.) aufweist.

Die Werbung des Bekl. bleibt auch nach Einführung des neuen UWG vom 3.7.2004 wettbewerbswidrig. Denn bei § 43b BRAO handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG, da sie auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der Verstoß des Bekl. gegen § 43b BRAO stellt zugleich eine unlautere Wettbewerbshandlung i.S.v. § 3 UWG dar, da er geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

Das daraus folgende Verbot verletzt nicht das Grundrecht des Bekl. auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG), da es ihm lediglich untersagt wird, durch missverständliche Aussagen die rechtsuchenden Interessenten zu verunsichern und Fehlvorstellungen zu wecken, statt in sachlicher Form für seine Leistungen zu werben.

Schließlich fehlt es nicht an der für das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs erforderlichen Wiederholungsgefahr. Diese wird insbesondere nicht bereits dadurch ausgeräumt, dass die fragliche Website aktuell im Internet nicht mehr abrufbar ist. Der Bekl. kann die angegriffene Passage, zumal er sich als zulässig verteidigt, jederzeit erneut ins Internet stellen. Er hätte daher eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben müssen, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen.