

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

Aus dem Inhalt

Aufsätze

Environmental due diligence als anwaltliches Betätigungsfeld (Ewer)	309
Europas Anwälte im Internet (Wuster)	316
Restwert bei Verkehrsunfall-Regulierung (Gebhardt)	320
Strafvereitelung und Geldwäsche (Hartmann)	330

Aus der Arbeit des DAV

Rechtsanwaltsvergütung – Aktuelle Entwicklung und Aktivitäten des DAV	338
Änderung der Juristenausbildung	342
AG Versicherungsrecht: „Krieg und politische Gefahren im Versicherungsrecht“	343
Internet-Präsenz der DAV-Arbeitsgemeinschaften, der örtlichen Anwaltvereine und Landesverbände	345

Zwischenbemerkung

Der Anwalt – abhängiges Organ unabhängiger Richter? (Amelung)	347
--	-----

Rechtsprechung

BGH: Singularzulassung beim BGH	361
BGH: Sämtliche Namen einer Sozietät auf Briefbögen	363

6/2002
Juni

Deutscher **Anwalt** Verlag



Im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins
herausgegeben von den Rechtsanwälten:

Felix Busse
Dr. Michael Kleine-Cosack
Wolfgang Schwackenberg

Schriftleitung:

Dr. Peter Hamacher
Udo Henke
Rechtsanwälte
Berlin, Littenstraße 11

Jahrgang 52
Juni 2002

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze	
309	Environmental due diligence als anwaltliches Betätigungsfeld Von <i>Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Ewer</i> , Kiel
316	Europas Rechtsanwälte im Internet Von <i>Rechtsanwältin Bettina Wurster</i> , München
320	Der Restwert bei der Regulierung von Fahrzeugschäden Von <i>Rechtsanwalt Hans-Jürgen Gebhardt</i> , Homburg/Saar
325	Die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit Von <i>Prof. Dr. Gerd Seidel</i> , Berlin
330	Der Strafverteidiger und sein Handeln – oftmals Strafvereitelung und Geldwäsche? – Ein Überblick Von <i>Dr. Tanja Hartmann</i> , Gießen
335	Buchhinweise: – Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht (<i>Henne</i>) – Schaefer, Rolf: Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht (<i>Red.</i>)
Meinung & Kritik	
336	Überlegungen zu Neuregelungen im Gebührenrecht aus der Sicht des Familienrechtlers Von <i>Rechtsanwalt und Notar Peter Piontek</i> , Bad Harzburg
Aus der Arbeit des DAV	
338	Rechtsanwaltsvergütung – Aktuelle Entwicklung und Aktivitäten des DAV Von <i>Dr. Dierk Mattik</i> , <i>Hauptgeschäftsführer des DAV</i>
340	DAV-Pressemitteilungen: – Reform der Gebührenstruktur bei den Rechtsanwälten dringend geboten (07/02) – In die Debatte um die Gebührenreform kommt Bewegung (08/02) – DAV-Anzeigen an den Bundeskanzler zum „Tag der Freien Berufe“ am 24.4.2002 in Berlin (09/02) – DAV bedauert die Ablehnung weiterer Fachanwaltschaften (10/02) – DAV begrüßt BVerfG-Urteil zur Vermögensstrafe (05/02) – DAV begrüßt Wahl eines Rechtsanwalts zum Bundesrichter (06/02)
342	Juristenausbildung: Änderung der Juristenausbildung Von <i>Rechtsanwältin Dr. Malaika Ahlers, LL.M.</i> , Berlin RENO-Ausschuss des DAV: Neue Merkblätter und Vertragsmuster für Auszubildende und RENO-Fachangestellte Von <i>Rechtsanwalt Udo Henke</i> , Berlin AG Mediation: Mitgliederversammlung und Fachtagung
343	AG Versicherungsrecht: „Krieg und politische Gefahren im Versicherungsrecht“ Von <i>Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren</i> , Köln
344	Kooperationen: DAV mit neuer Kooperation – Vergünstigungen bei Martindale-Hubbell Peronalien: Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe verabschiedet sich von seiner Sozietät Dr. Dr. Norbert Gross Honorarprofessor Auszeichnung von Anwälten
345	Bundesverdienstkreuz für Rechtsanwalt Dr. Krieger Internet: Übersicht zur Internetpräsenz der DAV-Arbeitsgemeinschaften Von <i>Rechtsanwalt Thomas Zerdick, LL.M.</i> , Brüssel
346	Übersicht zur Internetpräsenz von örtlichen Anwaltvereinen und DAV-Landesverbänden Von <i>Rechtsanwalt Thomas Zerdick, LL.M.</i> , Brüssel
Zwischenbemerkung	
347	Der Anwalt – abhängiges Organ unabhängiger Richter? Eine Betrachtung anhand der Geldwäsche- und Schill-Entscheidungen des BGH Von <i>Rechtsanwalt Martin Amelung</i> , München
Europa	
350	Europa im Überblick Von <i>Rechtsanwalt Thomas Zerdick, LL.M.</i> , Brüssel
Mitteilungen	
351	Auslandsfragen: Anwaltswerbung in Österreich Von <i>Rechtsanwalt Dr. Thomas Kilz</i> , Rodgau
352	Prozessrecht: Nichtzulassungsbeschwerde – Vorsicht Haftungsfalle Von <i>Rechtsanwalt Dr. Karsten Heidemann</i> , Hannover
354	EDV-Gerichtstag: 10 Jahre EDV-Gerichtstag Von <i>Richter am AG Dr. Wolfram Viefhues</i> , Oberhausen
356	Haftpflichtfragen: Sind (Berufshaftpflicht-) Versicherungsunternehmen keine tauglichen Prozessbürgen nach § 108 ZPO? Von <i>Rechtsanwalt Holger Grams</i> , Allianz Versicherungs-AG , München
358	Buchhinweis: – Greiter: Kreativität bei Verhandlungen und im Alltag (<i>Wachter</i>)
359	Fürsorgeeinrichtungen der Rechtsanwälte in Deutschland: Übersicht über die Fürsorgeeinrichtungen in den einzelnen Kammerbezirken, Stand: 1.3.2002
Rechtsprechung	
<i>(Übersicht und Leitsätze siehe Seite II)</i>	
361	Berufsrecht
368	Rechtsberatung
373	Prozessrecht
376	Impressum
Auf dem Umschlag	
DAV-Informationen	Seite IV, VIII
Internet-Aktuell	Seite XXIV
DAV-Service	Seite XXVIII
AnwaltsKunstblatt	Seite U 3

Rechtsprechung

Berufsrecht

BGH, Beschl. v. 4.3.2002 – AnwZ 1/01
BRAO § 171; GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1

Die Singularzulassung der Rechtsanwälte beim BGH ist mit dem Grundgesetz vereinbar. – **S. 361**

BGH, Beschl. v. 19.11.2001 – AnwZ (B) 75/00
BRAO § 59 Abs. 2; BORA § 10 Abs. 1 S. 1

Das für die in einer Sozietät zusammengeschlossenen Rechtsanwälte geltende Gebot, auf ihren Briefbögen die Namen sämtlicher (deutschen) Gesellschafter aufzuführen, ist wirksam. – **S. 363**

LG Regensburg, Urt. v. 28.3.02 – 1 HK O 34/02
UWG § 3

Die Verwendung der Bezeichnung „Finanzanwalt“ ist unzulässig (*LS der Redaktion*) – **S. 366**

BGH, Urt. v. 28.1.2002 – II ZR 239/00
BGB § 723 Abs. 1

Zur Frage der Kündigung einer zweigliedrigen Sozietät aus wichtigem Grund. – **S. 366**

BGH, Urt. v. 17.1.2002 – IX ZR 100/99
ZPO § 176

Zur Reichweite einer anwaltlichen Vertretungsanzeige – **S. 367**

Rechtsberatung

OLG Stuttgart, Urt. v. 13.12.2000 – 3 U 169/00
RBERG Art. 1 §§ 1, 5

1. Um einen lückenlosen Schutz der Rechtsuchenden sicherzustellen, ist es auch dann erforderlich, die Tätigkeit von ausländischen Rechtsberatern im Inland den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen, wenn diese im Geltungsbereich des Gesetzes keine Niederlassung oder Zweigstelle unterhalten.

2. Für die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes besteht jedoch dann keine Veranlassung, wenn sich der (Wohn-)Sitz des die Beratung oder Besorgung in Anspruch nehmenden Mandanten ebenfalls im Ausland befindet. – **S. 368**

BGH, Urt. v. 11.10.2001 – III ZR 182/00 – OLG Köln, LG Köln

RBERG Art. 1 § 1; BGB §§ 134, 167

Ist der Geschäftsbesorgungsvertrag zur Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Bauträgermodell wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig (BGHZ 145, 265), so erstreckt sich die Nichtigkeit auch auf die dem Treuhänder dazu erteilte Vollmacht. – **S. 369**

BGH, Urt. v. 26.7.2001 – III ZR 172/00

RBERG Art. 1 § 1; BGB § 1353 Abs. 1 S. 2

Rechtsangelegenheiten eines Ehegatten sind für den anderen im Sinne des Art. 1 § 1 RBERG jedenfalls dann nicht fremd, wenn ihre Besorgung auf der Pflicht zur ehelichen Beistandsleistung beruht (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB). – **S. 370**

BGH, Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 190/99

RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1; 5. AVO zum RBERG § 1 S. 1
Zum Tatbestandsmerkmal des geschäftsmäßigen Erwerbs von Forderungen – **S. 372**

OLG Köln, Urt. v. 1.10.1999 – 19 W 219/98

RBERG Art. 1 § 1; Art. 1 § 5 Nr. 2

1. Ein Vertrag, den ein Gläubigerpool mit einem Wirtschaftsprüfer/Steuerberater über den Einzug von Forderungen einer notleidenden Firma abschließt, stellt die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar und ist deshalb nichtig, da das „Wirtschaftsprüferprivileg“ des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG insoweit nicht eingreift.

2. Auskunftsansprüche eines Beteiligten richten sich daher nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. (*LS des Einsenders*) – **S. 373**

Prozessrecht

BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 12.12.2001 – 1 BvR 1571/00

GG Art. 19 Abs. 4; SGG § 97 Abs. 3; SGB V § 97 Abs. 4

Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes im sozialgerichtlichen Eilverfahren bei einer sog. Drittanfechtung. (*LS der Redaktion*) – **S. 373**

LandesverfG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 18.5.2000 – LVerfG 5/98

GG Art. 13; LV Mecklenburg-Vorpommern § 5 – **S. 374**

OLG München, Beschl. v. 11.12.2001 – 21 W 2569/01

ZPO §§ 182, 191

1. Bei einer Ersatzzustellung durch Niederlegung ist der Ort der Zustellung/der Mitteilung über die Niederlegung in verkehrsüblicher Weise auch nach Straße und Hausnummer näher zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, so leidet die Zustellung unter einem erheblichen Mangel, der die Zustellung unwirksam macht.

2. Eine Berichtigung der Zustellungsurkunde nach ihrer Rücksendung ändert an diesem Ergebnis grundsätzlich nichts. – **S. 375**

LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 14.12.2001 – 6 Sa 523/01

ZPO §§ 41, 42; § 383 Abs. 1 Nr. 3; BRAO § 20 Abs. 1 Nr. 3

Die Verwandtschaft eines Richters mit dem Prozessbevollmächtigten einer Partei kann die Besorgnis der Befangenheit begründen. Das gilt auch, wenn der Richter der Onkel des Prozessbevollmächtigten ist. Als Anhaltspunkt für die Begründung der Besorgnis der Befangenheit können die Vorschriften des § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (Aussageverweigerungsrecht) und § 20 Abs. 1 Nr. 3 BRAO (Zulassungsverweigerung bei einem Gericht) dienen. – **S. 376**

DAV Informationen

In diesem Heft:

Lesen Sie in diesem Heft aus der Arbeit des DAV auf Seite 338 bis 346: Rechtsanwaltsvergütung / DAV-Pressemittteilungen / Änderung der Juristenausbildung / RENO-Ausschuss: Neue Merkblätter und Vertragsmuster für Auszubildende und RENO-Fachangestellte / AG Mediation: Mitgliederversammlung / AG Versicherungsrecht: Krieg und politische Gefahren im Versicherungsrecht / Neue Kooperation des DAV mit Martindale-Hubbell / Personalien / Übersicht über die Internetpräsenz von DAV-Arbeitsgemeinschaften und von örtlichen Anwaltvereinen und DAV-Landesverbänden

Gebührenrecht in AGS Nr. 6/2002*

- von Eicken: Bedeutung zeitlicher Umstände im Verhältnis des selbständigen Beweisverfahrens zum Hauptsacheverfahren
- OLG Karlsruhe: Beweisgebühr bei Beweisaufnahme zur Zulässigkeit der Berufung
- OLG Zweibrücken: Geschäftswert bei selbständigem Verfahren zur Regelung der elterlichen Sorge und Umgangsregelungsverfahren
- LG Würzburg: Vergütung für die Tätigkeit als Zeugenbeistand
- OLG Köln: Aufhebung der PKH-Bewilligung wegen Pflichtverletzung
- OLG Koblenz: Parteivereinbarung über Sachverständigenauslagen

* „Anwaltsgebühren spezial“ (AGS) erscheint monatlich auf 24 Seiten im Deutschen Anwaltverlag und wird hrsg. von RA Madert in Verbindung mit dem Gebührenrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins unter ständiger Mitarbeit von VRiKG a. D. von Eicken, Dipl.-Rechtspfleger Hellstab, Dipl.-Rechtspflegerin von König und der Schriftleitung des Anwaltsblattes.

Nähere Informationen und ein Probeabonnement erhalten Sie vom Deutschen Anwaltverlag in 53111 Bonn, Wachsbleiche 7, Tel. 0228/91911-0.

Info

In Deutschland fehlen mindestens 1500 Richter und Staatsanwälte

Münster (dpa) – Der Justiz in Deutschland fehlen gut 1500 Richter und Staatsanwälte. Das geht aus einer am 25.4.2002 bekannt gewordenen repräsentativen Untersuchung des international tätigen Unternehmensberatungsinstituts Arthur Anderson hervor, die die Justizministerkonferenz der Länder in Auftrag gegeben hatte. Nach Angaben des Deutschen Richterbundes (DRB) listeten 1900 Richter und Staatsanwälte ein halbes Jahr lang jeden Arbeitsschritt in Zeiterhebungskarten auf. Insgesamt seien von Andersen 850000 solcher Karten ausgewertet worden. „Der Vorwurf, die Justiz jammere seit 100 Jahren auf hohem Niveau, hat sich damit als unhaltbar erwiesen“, sagte DRB-Vorsitzender Geert Mackenroth.

(Quelle: dpa-Meldung vom 25.4.2002)

Veranstaltungen Inland

Deutsche Anwaltakademie

Seminare Juni 2002

- **Reform des Schadensrechtes**
RiOLG Diehl, Frankfurt a. M.
21. Juni 2002 in Dortmund
Seminar: R 11621-02
- **Vertragsrecht und Vertragsgestaltung auf Englisch**
Bugg, Barrister, Nürnberg
21. – 22. Juni 2002 in Leipzig
Seminar: R 21805-02
- **Volljährigenunterhalt**
RA Oenning, Hamm
21. Juni 2002 in Mainz
Seminar: R 11238-02

Allgemeine Geschäftsbedingungen in Bausachen

RiOLG Diehl, Frankfurt a. M.
22. Juni 2002 in Dortmund
Seminar: R 11125-02

Bilanzen lesen, verstehen, interpretieren

Dipl.-Kfm. Dr. rer. pol. Schöning, HH
27. – 29. Juni 2002 in Hamburg
Seminar: R 12103-02

Altlasten und Bodenschutz in der anwaltlichen Praxis

RA Dr. Dombert, Potsdam
29. Juni 2002 in Berlin
Seminar: R 12408-02

Anmeldung und Info:
Deutsche Anwaltakademie, Littenstr. 11,
10179 Berlin, Telefon: 030/726153-0,
Fax: 030/726153-111
www.anwaltakademie.de

Institut für Anwaltsrecht der Universität Leipzig

In Zukunft Anwalt Ringvorlesung

Zeit und Ort:

Jeweils 18.15 Uhr; Universität Leipzig, Institut für Anwaltsrecht, Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard, Prof. Dr. Christian Berger, Burgstr. 27, Raum 4.01

Termine / Themen:

- 13. Juni 2002
Dienstleistung für den Mandanten – Anwaltliche Verpflichtungen im Rahmen des Mandates
RA Svend-G. Kirmes, Vors. des Leipziger Anwaltvereins, Leipzig
- 27. Juni 2002
Medienrecht in der Praxis am Beispiel des MDR
RA Dr. Karola Wille, Mitteldeutscher Rundfunk (MDR), Leipzig
- 11. Juli 2002
Ist das Rechtsberatungsgesetz noch zeitgemäß? – oder: Wieviel Anwalt braucht der Mensch?
RA Carsten-Ekkehard Wind, Leipzig

(Fortsetzung auf Seite VIII)

Im nächsten Heft u. a.:

- Tätigkeitsbericht der DAV-Geschäftsführung 2001/2002

(Fortsetzung von Seite IV)

Veranstaltungen Ausland

AIJA/Association International des Jeunes Avocats

E-Commerce

Am 27. bis 29. Juni 2002, Oslo, Norwegen veranstaltet die AIJA ein Seminar zum Thema

E-Commerce / Business Opportunities and Legal Challenges

Das E-Business ist im Wachsen. Nachdem viele Start-up-Companies mit Ideen aber oft ohne Geschäftsplan am Markt waren, sind dort jetzt auch Gesellschaften aus der „Old Economy“ vertreten. Das Seminar wird praktische und lösungsorientierte Informationen vermitteln für Rechtsanwälte die in diesem Bereich tätig sind. Referenten sind international erfahrene Rechtsanwälte und Professoren der Universität von Oslo. Seminarsprachen sind englisch und französisch. Die Seminargebühren betragen 200-290 €.

Informationen: Dr. Thomas Miller, Kurfürstendamm 185, 10707 Berlin, Tel.: 030/8857420, Fax: 030/88574220, E-Mail: miller@hoelters-elssing.com.

Die AIJA – Association International des Jeunes Avocats – ist eine gemeinnützige Vereinigung junger Rechtsanwälte mit rund 3.000 Mitgliedern weltweit. Sie wendet sich an Rechtsanwälte bis zum Alter von 45 Jahren. Die AIJA hat sich zur Aufgabe gestellt, Seminare und Fachveranstaltungen zu organisieren, um die Zusammenarbeit und den gegenseitigen Respekt zwischen jungen Rechtsanwälten zu fördern und daran mitzuwirken, dass Rechtsanwälte ihren Beruf ohne Beschränkungen ausüben können und ein faires Verfahren für alle Beteiligten sichergestellt ist.

DACH/Deutsch-Österreichisch-Schweizer Anwaltvereinigung

27. DACH-Tagung vom 19. bis 21. September 2002 in Luzern

Die DACH wird ihre 27. Tagung vom 19. bis 21. September 2002 in Luzern durchführen. Wir werden uns von nam-

haften, sachkundigen Kollegen das Erbrecht über die Grenzen unserer vier Kernländer (Deutschland, Österreich, Schweiz, Fürstentum Liechtenstein) praxisbezogen näher bringen lassen. Der Titel lautet „Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts“. Sämtliche Referate werden in der Schriftenreihe DACH Band 19 publiziert, welcher im Frühjahr 2003 erscheinen wird.

Die DACH-Mitglieder erhalten das Programm und die Anmeldeformulare im Juli 2002. Nicht-Mitglieder wenden sich bitte an: DACH Europäische Anwaltsvereinigung, Kappelergasse 14, CH-8022 Zürich, Tel.: 0041 (0)43 344 70 20, Fax: 0041 (0)43 344 70 21.“

UIA/Union Internationale des Avocats

UIA 75th Anniversary 46th Congress Sydney 2002

Congress Working Program

The main working themes will be:

- Arbitration
- Freedom of expression
- Sports Law

In addition to the working sessions of the UIA Commissions there will be 2 special programmes:

- Sydney an international financial centre
- Environmental Law

Zeit und Ort:

27. – 31. Oktober 2002

Sydney, Australien

Weitere Informationen: UIA Centre, 25, rue du jour, 75001 Paris, Frankreich, Tel.: +331-44885566, Fax: +331-44885577, E-Mail: uiacentre@wanadoo.fr; Website: <http://www.uiasydney.org> oder <http://www.uianet.org>

RAK Celle / RAK Rouen Law Society Norwich / RAK Lucca

Kunsturheberrecht in Rouen

Die Rechtsanwaltskammer in Rouen veranstaltet in Zusammenarbeit mit der Law Society Norwich, der Rechtsanwaltskammer Celle und der Rechtsanwaltskammer in Lucca am 7. und 8. Juni 2002 in Rouen ein Colloquium zum Kunsturheberrecht.

Freitag, 7. Juni:

Einleitung: Soziologische Aspekte

- Madame Heinich
- Madame Rambaud
- Monsieur Scharf

Das Folgerecht

- Madame Doutrelepont
- Monsieur Courbe

Der Handel von Kunstobjekten innerhalb der Union

- Monsieur Bonnet
- Monsieur Brancoli (Verfolgung unerlaubten Handels)

Die Veräußerung im Wege der Versteigerung

- Monsieur Tajan
- Ein Representant der Kammer von East Sussex

Die Verkäufe über Internet

- Monsieur Strowel
- Ein Universitärer aus le Have

Sonnabend, 8. Juni:

Enteignung und Nationalisierung (das Recht des Vorkaufs)

- Monsieur Jouanneau
- Monsieur Garibotti
- Prof. Dr. Raue

Recht und zeitgenössische Kunst – Synthese der Arbeiten

Anmeldungen zu diesem Colloquium sind zu richten an den: Ordre des Avocats, Maison de l'Avocat, 6, Allée Eugène Delacroix, Espace du Palais, F-76000 Rouen, Telefon: 0033-2 32 08 32 70, Fax: 00-2 35 71 86 00.

Auskünfte zu dem Colloquium erteilt die Rechtsanwaltskammer Celle unter der Hotline 051 41/92 82-17 (Rechtsanwältin Gerlinde Fishedick)

Im Auftrag des
Deutschen Anwaltvereins
herausgegeben von den
Rechtsanwälten:

Felix Busse
Dr. Michael Kleine-Cosack
Wolfgang Schwackenber

Schriftleitung:

Dr. Peter Hamacher
Udo Henke
Rechtsanwälte
Berlin, Littenstraße 11

Jahrgang 52
Juni 2002

Anwalts blatt

Nachrichten für die Mitglieder
des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Environmental due diligence als anwaltliches Betätigungsfeld

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Ewer,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kiel*

Die due diligence hat sich seit Anfang der 90er-Jahre zu einem interessanten Arbeitsfeld für die Anwaltschaft entwickelt. Zwar ist der wirtschaftsrechtliche Kernbereich schon im Hinblick auf den quantitativen Arbeitsanfall, der innerhalb kürzester Zeit erledigt werden muss, zumeist eine Domäne der überörtlich und häufig international operierenden Großsozietäten. Hingegen bieten einzelne rechtliche Segmente auch Anwälten aus kleineren spezialisierten Büros ein interessantes Betätigungsfeld, das allerdings nur im Rahmen intraprofessionaler Kooperation mit wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzleien erschlossen werden kann. Dies soll im Folgenden am Beispiel einer für die Käuferseite eines Unternehmenskaufes durchzuführenden umweltrechtlichen due diligence dargestellt werden.

1. Begriff und Arten der due diligence

Der Begriff „due diligence“ ist US-amerikanischer Provenienz¹. Er hat eine doppelte Bedeutung². Seine wörtliche Übersetzung als „angemessene Sorgfalt“ bedeutet auf den *allgemeinen* Begriffsinhalt hin: Dieser betrifft einen partiell an § 276 BGB erinnernden³ haftungsrechtlich relevanten Sorgfaltsmaßstab⁴. Demgegenüber bezieht sich die *besondere* Bedeutung auf den Bereich des Unternehmenskaufes. Hier wird unter due diligence die „vorbereitende Prüfung des Kaufobjekts“⁵ verstanden⁶. Anders ausgedrückt handelt es sich um die Beschaffung und Aufarbeitung von Informationen im Sinne einer Kauf- oder Übernahmepflicht, deren Ziel im Aufdecken verborgener Risiken, aber auch Chancen beim Zielunternehmen besteht⁷.

Hintergrund ist der ganz allgemein im Kaufrecht des „common law“ geltende Grundsatz des „caveat emptor“⁸. Danach ist es Sache des Käufers, die Kaufsache zu untersuchen, zu beurteilen und zu prüfen, bevor er sie kauft, während den redlichen Verkäufer im Allgemeinen keine Haftung für Mängel und Fehler der Kaufsache trifft⁹.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Funktionen der due diligence darin bestehen,

- das Risiko für den potenziellen Käufer zu ermitteln,
 - die notwendigen Tatsachenfeststellungen für vertragliche Gewährleistungsregelungen bzw. Risikoabschlüsse bei der Kaufpreisbemessung zu treffen,
- und

- den Ist-Zustand des Zielunternehmens vor Kaufvertragsabschluss zu dokumentieren¹⁰.

Aus diesen Funktionen der due diligence folgt, dass sie meist ein weites Spektrum¹¹ erfasst: Dies beginnt bei der *com-*

* Der Verfasser ist zugleich als Lehrbeauftragter im Bereich des Öffentlichen Rechts an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel tätig.

1 Manfred Pollanz, Due Diligence als künftiges Instrument einer risikoorientierten Abschlussprüfung? BB 1997, S. 1351, 1353.

2 Zum Fehlen einer Legaldefinition und eines einheitlichen Begriffsverständnisses vgl. Godefroid, Kontrolle ist besser – Möglichkeiten und Grenzen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, FLF 2000, S. 46 ff. – Zitat nach juris BJLU 038740017 –.

3 Holger Fleischer/Torsten Körber, Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 2001, S. 841.

4 Hierzu heißt es in Black's Law Dictionary, 7th edition, 1999, S. 468 zum Begriff der due diligence: „The diligence reasonably expected from and ordinary exercised by a person, who seeks to satisfy a legal requirement or to discharge an obligation.“

5 So ausdrücklich Rainer Loges, Der Einfluss der „Due Diligence“ auf die Rechtsstellung des Käufers, DB 1997, S. 965.

6 In Black's Law Dictionary, aaO (Fn. 4), S. 468 wird zu dieser Zweitbedeutung festgestellt: „Corporations & securities. A prospective buyer's or broker's investigation and analysis of a target Company, a piece of property, or a newly issued security.“

7 Gerhard Scherrer, Due Diligence, (Stand: 19.10.1998, Abruf: 20.2.2002) www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/WiWi/scherrer/edu/opi/duediligence.html.

8 Hanno Merkt, Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 1995, S. 1041.

9 Vgl. allgemein Corpus Juris Secundum, Band 1977, 1952 mit Cumulative Annual Pocket Part 1993, „Sales“, § 315; für das englische Recht Baker/Jillson (Hrsg.), Due diligence, Dislosures and Warranties in the Corporate Acquisitions Practice, 2. Auflage, 1992, S. 143 ff.; hingegen können nach deutschem Recht dem Verkäufer – auch beim share deal – im Hinblick auf die regelmäßig erschwerte Bewertbarkeit des Kaufobjekts durch den Käufer gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten obliegen, vgl. das Urteil des BGH vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00 –, NJW 2001, S. 2163 ff. sowie Jan Thiessen, Unternehmenskauf: Gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht, DStR 2001, S. 1578 ff.

10 Kurt Kiethe, Vorstandshaftung auf Grund fehlerhafter Due Diligence beim Unternehmenskauf, NZG 1999, S. 976, 978.

11 Von Jürgen Wegmann/ Wolfgang Koch, Due Diligence – Unternehmensanalyse durch externe Gutachter, DStR 2000, S. 1027, wird insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass der wichtigste Grundsatz darin besteht, eine ganzheitliche Betrachtungsweise vorzunehmen, also ein Unternehmen nicht nur aus einem Blickwinkel und einer Fachrichtung heraus zu beurteilen.



mercial due diligence, also der Analyse der betriebswirtschaftlichen Situation, der Marktposition und des wirtschaftlichen Umfeldes des Unternehmens¹². Es setzt sich fort bei der Prüfung der Organisationsstruktur des Zielunternehmens¹³ sowie der *technical due diligence*, die neben den Verfahrensabläufen auch die Produkte und den Bereich von Forschung und Entwicklung einschließen kann. Einen weiteren wesentlichen Bestandteil stellt die *financial due diligence*¹⁴ dar, die regelmäßig auf Grundlage der Jahresabschlussunterlagen der letzten drei bis fünf Jahre erfolgt, aber auch die Planungsrechnung und Bankbeziehungen mit einbezieht¹⁵.

2. Die legal due diligence

Schließlich ist die hier primär interessierende *legal due diligence* zu nennen.

a) Die due diligence im Bereich des Zivil-, insbesondere Wirtschaftsrechts

Diese betrifft in erster Linie den *zivilrechtlichen* Bereich. Hier hat sie eine Untersuchung und Bewertung insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse des Zielunternehmens, seiner Vermögensgegenstände und vertraglichen Beziehungen zu Dritten (etwa Lieferanten, Kunden, Vermieter oder Arbeitnehmer) zum Inhalt. Es kommt hinzu die Ermittlung spezifischer rechtlicher Risiken, wie sie beispielsweise im Bereich des Wettbewerbs-, Kartell-, Urheber-, Patent- oder Markenrechts bestehen können¹⁶. Als weiteres wichtiges Gebiet ist das Arbeitsrecht zu nennen¹⁷.

b) Die verwaltungsrechtliche due diligence außerhalb des Umweltrechts

Indessen kann die *due diligence* häufig nicht auf den zivilrechtlichen Bereich beschränkt bleiben, da es auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht Umstände geben kann, die für den Unternehmenswert von Bedeutung sind und damit im Rahmen der Kaufentscheidung berücksichtigt werden müssen¹⁸.

aa) Erstes Beispiel: Baurecht

Als erstes Beispiel ist das *öffentliche Baurecht* zu nennen. Hier entscheidet maßgeblich die bauplanungsrechtliche Situation des Betriebsgrundstücks darüber, ob und ggf. welche Betriebsänderungen oder Erweiterungen zulässig sind. Als Beispiel sei der Fall eines hochmodernen, im Außenbereich belegenen pyrotechnischen Produktionsbetriebs genannt. Dieser verdankt seine planungsrechtliche Daseinsberechtigung an diesem Standort allein dem Umstand, dass die vorhandene Gefahrenträchtigkeit die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB begründet¹⁹. Hieraus folgt zugleich, dass eine Umstellung auf nichtprivilegierte Nutzungen, wie etwa die Herstellung anderer, weniger gefährlicher Produkte oder die bloße Lagerung von an anderer Stelle hergestellten pyrotechnischen Artikeln, regelmäßig ausgeschlossen sein wird. Wird bei der Bewertung der nagelneuen Produktionsstätten übersehen, welche „planungsrechtliche Hypothek“ auf diesen lastet, so kann es später böse Überraschungen für den Käufer geben.

Für die Frage zulässiger Betriebsänderungen und -erweiterungen kommt zudem nicht nur den unmittelbar für das Betriebsgrundstück geltenden bauplanungsrechtlichen Regelungen Bedeutung zu. Vielmehr ist der Blick auch auf die in der Nachbarschaft vorzufindenden Nutzungen zu richten. Dies folgt daraus, dass nach der Rechtsprechung insoweit wechselseitige Rücksichtnamepflichten bestehen, die etwa

im Hinblick auf Schallimmissionen einer Erweiterung des vorhandenen Betriebs entgegenstehen können²⁰.

Schließlich wird sich häufig die Frage stellen, ob und in welcher Weise die Gemeinde durch ihre Bauleitplanung zur planungsrechtlichen Absicherung des Standortes beitragen kann, zumal im Hinblick auf die Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen eine entsprechende Bereitschaft häufig vorhanden sein wird. Der insoweit bestehende planungsrechtliche Spielraum der Gemeinde kann aber durch zahlreiche andere rechtliche Regelungen – wie etwa verbindliche Vorgaben der Raumordnungsbehörde oder zwingende Schutzvorschriften des Naturschutzrechts – eingegrenzt sein, sodass auch insoweit Anlass zur rechtlichen Untersuchung und Bewertung besteht.

bb) Zweites Beispiel: Subventionsrecht

Als zweites Beispiel ist das Subventionsrecht zu nennen. Bekanntlich haben eine Vielzahl von Unternehmen unter verschiedensten Gesichtspunkten öffentliche Fördermittel erhalten. Häufig kommt es dazu, dass diese im Eifer des Gefechts zwar für die Errichtung oder Erhaltung des Unternehmens, nicht aber für den konkret bewilligten Verwendungszweck verwandt werden. Stellt sich dies Jahre später bei der Prüfung der Verwendungsnachweise heraus, so kommt es regelmäßig zu einem Widerruf der Bewilligungsbescheide und einer Rückforderung der Subvention²¹. Diese ist nach der Rechtsprechung sogar dann gerechtfertigt, wenn die zweckwidrige Verwendung unternehmerisch sachgerecht oder sogar geboten war²². Eine solche Entwicklung kann insbesondere für ein mittelständisches Unternehmen häufig den wirtschaftlichen Exitus bedeuten. Entsprechendes gilt, falls sich plötzlich herausstellt, dass bestimmte Subventionen in gemeinschaftsrechtswidriger Weise gewährt wurden. Hier muss unter Umständen selbst im Falle des Ablaufs der Ausschlussfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG der Bewilligungsbescheid aufgehoben und die Subvention vom Mitgliedsstaat zurückgefordert werden²³.

12 Fleischer/Körper, aaO (Fn. 3), S. 841.

13 Wegmann/Koch, aaO (Fn. 11) S. 1029.

14 Fleischer/Körper, aaO (Fn. 3), S. 841 unter Hinweis auf Schanz, Börseneinführung, Recht und Praxis des Börsengangs, 2000, S. 242 ff.; speziell zur *financial due diligence* auch Siegfried Ganzert/Lutz Kramer, *Due Diligence Review* – eine Inhaltsbestimmung, Die Wirtschaftsprüfung 1995, S. 576 ff.

15 Als weiteres Feld wird schließlich noch die „Psychologie due diligence“, die u. a. Fragen der Unternehmensphilosophie und des Betriebsklimas erfasst, die als relevante Faktoren für die Realisierungsfähigkeit eingeplanter positiver Synergien angesehen werden, vgl. Wegmann/Koch, aaO (Fn. 11) S. 1030.

16 Dabei muss branchenspezifischen Besonderheiten hinreichende Beachtung geschenkt werden, vgl. hierzu etwa Knut Schulte, *Rechtliche Due Diligence-Untersuchungen über Internet-Anbieter*, DStR 2000, S. 1437 ff.

17 Hier wird der Anwalt regelmäßig u. a. prüfen müssen, ob Verträge mit freien Mitarbeitern realer als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, mit der Folge evtl. umfangreicher Nachzahlungspflichten des Unternehmens für zurückliegende Jahre gegenüber Finanzbehörden und Sozialversicherungen.

18 Als weiteres Beispiel neben den im folgenden genannten ist insbesondere auch das Gewerbe- bzw. Arbeitssicherheitsrecht zu nennen, zumal eine Nichteinhaltung der hier bestehenden rechtlichen Vorgaben nicht nur zu erheblichen straf- und haftungsrechtlichen Folgen führen, sondern ggf. auch behördliche Untersuchungsanordnungen – bis hin zur Betriebsstilllegung – nach sich ziehen kann.

19 Vgl. Hans Carl Fickert/Herbert Fieseier, *Baunutzungsverordnung*, 9. Aufl. 1998, § 9, Rdnr. 1.

20 Vgl. zur Anwendung des Rücksichtnamegebotes bei Gemengelage etwa die Entscheidungen des BVerwG vom 21.1.1983 – 4C 59/79 –, BRS 40 Nr. 199 und vom 25.11.1985 – 4B 202/85 –, BRS 44 Nr. 176, vom 26.8.1988 – 7 B 124/88 –, UPR 1989, 28 sowie des OVG Saarlouis vom 5.5.2000 – 2 W 1/00 –, zit.n.juris.

21 Vgl. etwa die Entscheidungen des OVG Münster vom 7.7.1992 – 14 A 111/89 –, zit.n.juris.

22 Vgl. das Urteil des OVG Koblenz vom 27.10.1982 – 2 A 52/82 –, ZIP 1983, S. 94 ff.

23 Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.4.1998 – 3 C 15/97 –, EuZW 1998, S. 730 ff. und vom 17.2.1993 – 11 C 47.92 –, BVerwGE 92, S. 81, 84 ff.



cc) Drittes Beispiel: Kommunales Wirtschaftsrecht

Des Weiteren können selbst etwas abseits gelegene Rechtsbereiche wie das kommunale Wirtschaftsrecht ausnahmsweise eine Rolle spielen, falls – durch die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde oder auch einen Mitbewerber – geltend gemacht wird, dass eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, an der das Zielunternehmen der due diligence als Gesellschafter beteiligt ist, wegen Verstößen gegen zwingende Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts aufgelöst werden muss²⁴.

c) Die environmental due diligence

Schließlich ist als Paradebeispiel für die öffentlich-rechtliche due diligence der Bereich des Umweltrechts zu nennen. Untersuchungsziel ist hierzu die Beschaffung, Prüfung und Bewertung von Umweltinformationen, die für die Sach- und Risikovermeidungsziele des Erwerbers von Bedeutung sein können²⁵. Zudem kommt der environmental due diligence die Aufgabe zu, den Ist-Zustand des Zielunternehmens hinsichtlich der Umweltsituation zu ermitteln, da ohne eine derartige Dokumentation zu einem Zeitpunkt, der dem beabsichtigten Stichtag der Übertragung des Target möglichst nahe liegen sollte, eine spätere Zuordnung von Verursachungszusammenhängen häufig erheblich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich sein wird²⁶.

Die environmental due diligence beschränkt sich meist auf Umweltrisiken am Standort bzw. an den Standorten des Zielunternehmens; im Einzelfall kann sie sich aber – insbesondere bei Banken und Versicherungen – auch auf die ökologischen Risiken der Kunden derartiger Zielunternehmen erstrecken²⁷.

3. Vorbereitung der due diligence

Diese bedarf regelmäßig einer kurzfristigen, aber trotzdem umfangreichen und intensiven Vorbereitung.

a) Die Ermittlung branchen- bzw. unternehmenstypischer Umweltrisiken

Dabei kommt zunächst der Festlegung und Eingrenzung der Analyseschwerpunkte besondere Bedeutung zu²⁸. Hierzu ist es notwendig, sich zunächst einen Überblick über die Produktionsprozesse, die Einsatzstoffe und Betriebsmittel und die damit typischerweise verbundenen umweltbezogenen Probleme zu verschaffen²⁹. Hierbei kann der Anwalt etwa auf Angaben aus der Web-Site oder einem ggf. veröffentlichten Umweltbericht des Zielunternehmens zurückgreifen. Notfalls besteht auch die Möglichkeit, ggf. über einen „Strohmann“ gestützt auf das „Jedermann“-Recht des § 4 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 UIG³⁰ bei den zuständigen Behörden Auskünfte über die umweltrelevanten Tätigkeiten und Auswirkungen des Zielunternehmens – also etwa Emissionen oder Einleitungen von Kühl- oder Abwasser – einzuholen.

b) Die Erstellung einer Checkliste

Auf dieser Grundlage³¹ ist dann eine Checkliste zu erstellen, die ein zentrales Instrument der due diligence darstellt³². In dieser sind die kritischen und besonderer Aufmerksamkeit bedürftigen Punkte zu erfassen³³. Sollten formularmäßige Checklisten³⁴ bestehen, muss deren Inhalt laufend aktualisiert werden und zwar insbesondere im Hinblick auf zwischenzeitlich normierte zusätzliche umweltrechtliche Anforderungen. Die Checkliste dient zum einen dazu, bei der Auswertung der Unterlagen im data room

sowie der anschließenden Standortbegehung gezielt nach spezifischen Informationen Ausschau halten zu können. Zum anderen bietet sie eine wichtige Grundlage für nach Abschluss der eigentlichen due diligence zu erarbeitende Vorschläge für Zusicherungen und Garantien.

c) Die Befassung mit dem data-room-index

Sollte im Vorfeld der Einsichtsgewährung in die maßgeblichen Dokumente ein data-room-index, also ein Verzeichnis sämtlicher im data room ausgelegten Dokumente, zur Verfügung gestellt werden, so muss dieses sorgfältig daraufhin durchgegangen werden, in welche Unterlagen vorrangig Einsicht genommen werden soll³⁵. Sofern dieser Index systematisch nach Abschnitten wie „Financial“, „Management and Employees“, „Operations and Facilities“, „Purchasing“, „Legal“, „Licensing“, „Research and Development“ u. a. aufgebaut ist, darf sich der Umweltrechtler regelmäßig nicht auf die Dokumente im Abschnitt „Environmental“ beschränken. Vielmehr wird er regelmäßig auch andere Unterlagen sichten müssen. Als Beispiel sind hier etwa die Protokolle über Geschäftsführungsbesprechungen zu nennen. Diesen lassen sich nämlich in der Regel Hinweise auf Vorfälle und Probleme im Bereich des Umwelt- und auch Arbeitsschutzes entnehmen, die dann Anlass zu weiteren gezielten Prüfungen bzw. Nachfragen geben können.

4. Ablauf der due diligence

Die eigentliche due diligence gliedert sich dann in sechs Schritte.

a) Die Erfassung der umweltrelevanten Informationen im data room

Der erste besteht regelmäßig in der Sichtung der Unterlagen im data room und der Erfassung der darin enthaltenen, für die Ermittlung der Umweltrisiken relevanten Angaben. Hierbei empfiehlt es sich, als erstes Einblick in solche Materialien zu nehmen, die einen zusammenfassenden Überblick über den Standort und seine wesentlichen Umweltprobleme geben. Hierzu ist insbesondere eine evtl. vorhandene Umwelterklärung sowie vor allem der zu Grunde liegende Umweltbetriebsprüfungsbericht nach Anhang II

24 Vgl. zu dieser Problematik etwa die „Paderborn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 9.11.1993 – U (Kart) 2/93 –, RdE 1994, S. 146 ff.

25 Helmut Engelhardt, Environmental Due Diligence, WIB 1996, S. 299, 300.

26 Dirk Krüger/Eberhard Kalbfleisch, Due Diligence bei Kauf und Verkauf von Unternehmen, DStR 1999, S. 174, 176.

27 Martin Pföhler/Markus Hermann, Grundsätze zur Durchführung von Umwelt-Due-Diligence, Die Wirtschaftsprüfung 1997, S. 628, 629.

28 Wéggmann/Koch, aaO (Fn 11) S. 1027.

29 Von Herbert Harrer, Die Bedeutung der Due Diligence bei der Vorbereitung eines Unternehmenskaufs, DStR 1993, S. 1673 wird zutreffend auf das Erfordernis einer „generellen Einarbeitung in den Industrie- und Dienstleistungszweig“ als erstem Schritt der Vorbereitung hingewiesen.

30 Umweltinformationsgesetz (UIG) vom 8.7.1994, BGBl. I S. 1490, neugefasst durch Bekanntmachung vom 23.8.2001, BGBl. I S. 2218.

31 Engelhardt, aaO (Fn 25) S. 300, weist zutreffend darauf hin, dass zweckdienlich nur auf das konkrete Zielunternehmen abgestellt werden kann und dass „ein branchenübergreifend weiter Fragebogen ... wahlweise weder dicht noch tief und ebenso zweckwidrig redundant“ wäre.

32 Rüdiger Werner, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen: die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence, ZIP 2000, S. 989, 994.

33 Kiethe, aaO (Fn. 10) S. 978.

34 Vgl. etwa das Muster bei Pföhler/Hermann, aaO (Fn. 27) S. 634.

35 Berät der Anwalt den Verkäufer, so wird er mit diesem sorgfältig erwägen müssen, welche Dokumente – zur Erwirkung einer entsprechenden gewährleistungrechtlichen Ausschlusswirkung – im data room ausgelegt werden und bei welchen hier im Hinblick auf entgegenstehende anderweitige Belange des Verkäufers besser verzichtet werden sollte.



Ziff. 2.7 EMAS 11-VO³⁶ geeignet, da sich diese Schriftstücke nach den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eben nicht auf eine selektive Auswahl von womöglich untergeordneten Umweltthemen beschränken dürfen, sondern alle wesentlichen Umweltfragen des Standortes behandeln müssen³⁷. Sind keine auf Grundlage der EMAS-VO oder der ISO 14001 erstellten Unterlagen, sondern lediglich allgemeine Berichte über die Umweltsituation am Standort vorhanden, sollte der Anwalt eine Einsichtnahme in den zu Grunde liegenden Auftrag verlangen. Dies folgt daraus, dass mitunter die Ingenieurbüros beauftragt werden, nur Umweltrisiken oberhalb einer bestimmten Schwelle – etwa 100.000 Euro oder auch 500.000 Euro – zu ermitteln und darzustellen; ist diese Vorgabe aber unbekannt, so erscheint die betreffende Expertise in einem völlig falschen Licht.

Im Rahmen der Erfassung der im data room vorhandenen Umweltmaterialien muss der Anwalt Sorge dafür tragen, dass er deren Inhalt in geeigneter Form dokumentieren kann. Häufig wird dies nur durch Abdiktieren oder Abschreiben wesentlicher Passagen aus den jeweiligen Dokumenten erfolgen können, da insbesondere bei so genannten Bieterverfahren zumeist wenig Bereitschaft der Verkäuferseite besteht, eine Fertigung von Ablichtungen zuzulassen.

b) Die Auswertung dieser Informationen

Als nächstes steht die rechtliche Auswertung der so gewonnenen Sachinformationen an.

aa) System- und Einzelprüfung

Dabei empfiehlt sich als erster Schritt die Durchführung einer System- und Funktionsprüfung; diese zielt darauf ab, festzustellen, ob das Zielunternehmen über ein effizientes Umweltmanagementsystem verfügt, das – u. a. durch eine kontinuierliche Genehmigungs- und Auflagenprüfung – darauf ausgerichtet ist, systematisch Defizite im betrieblichen Umweltschutz zu ermitteln und einen rechtskonformen Anlagenbetrieb sicherzustellen³⁸. Gegenstand der Systemprüfung werden insbesondere auch die Einhaltung der organisatorischen Anforderungen – also etwa nach § 52a ff. BImSchG oder §§ 21a ff. WHG – und die Ergebnisse betrieblicher Eigenüberwachungsmaßnahmen sein.

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieses systemorientierten Prüfungsansatzes wird der Anwalt dann gezielt Einzelprüfungen durchführen und sich etwa mit der im Rahmen der Systemprüfung als kritisch erkannten Genehmigungssituation einzelner Anlagen bzw. Anlagenteile näher befassen³⁹.

bb) Beispiel „legal compliance“

Damit ist auch schon der Bereich der legal compliance erreicht, also der Frage, ob die Errichtung und der Betrieb der Anlage mit sämtlichen ihrer Bestandteile auf Grundlage und in Übereinstimmung mit den erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnissen erfolgt ist. Dieser Thematik kommt deshalb besondere Bedeutung zu, weil bei einem vom Genehmigungsumfang abweichenden Betrieb der Anlage die jederzeitige Gefahr von Untersagungs- oder Stilllegungsanordnungen nach § 20 BImSchG drohen kann.

Unzureichend wäre es hier, etwa im Bereich der §§ 10, 19 BImSchG lediglich den umweltrechtlichen Genehmigungsstatus abzufragen; stattdessen ist weiter gehend zu ermitteln, ob sämtliche Anlagen auch genehmigt wurden und in Übereinstimmung mit den erteilten Genehmigungen betrieben werden⁴⁰.

Zudem wird sich der Anwalt häufig nicht einmal mit der Feststellung begnügen können, dass die Anlage *derzeit* genehmigungskonform betrieben wird. Vielmehr wird er zudem prüfen müssen, ob etwa Ausnahmen von bestimmten gesetzlichen Anforderungen nur befristet erteilt worden sind und nach Ablauf der betreffenden Fristen ein Sanierungsbedarf besteht. Ist etwa eine befristete Ausnahme von den in § 11 der Großfeuerungsanlagen-Verordnung⁴¹ normierten Grenzwerten für Schwefeloxide gem. § 33 Abs. 2 der Verordnung für 5 Jahre befristet zugelassen worden und ist somit erkennbar, dass in absehbarer Zeit – ggf. durch Nachrüstung einer Rauchgasentschwefelungsanlage – eine Sanierung mit einem Kostenaufwand von 15 bis 30 Mio. Euro erforderlich werden wird, so muss diese bevorstehende Entwicklung selbstverständlich Gegenstand der Beurteilung im Rahmen der due diligence sein.

Ähnliches gilt dann, wenn zwar keine entsprechenden Befristungen vorliegen, es sich jedoch um eine schon relativ alte Anlage handelt. Hier wird der Anwalt – ggf. unter Einschaltung ingenieurtechnischen Sachverständigen – nämlich der Frage nachgehen müssen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es zum Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 17 BImSchG kommt. Unterlässt er dies, so kann es schnell zum gravierenden Haftungsfall werden, wenn der Anwalt zunächst eine Genehmigungskonformität attestiert hat und es dann kurze Zeit nach dem Unternehmenskauf zu einer – bei ordnungsgemäßer Beurteilung der Umweltsituation vorhersehbaren – behördlichen Anordnung kommt, die den nachträglichen Einbau einer Anlage der thermischen Behandlung von Abgasen mit einem Investitionsvolumen im zweistelligen Millionenbereich erforderlich macht.

Zudem sind im Rahmen der Beurteilung bevorstehende und damit vorhersehbare Änderungen der Rechtslage zu berücksichtigen. Emittiert die betreffende Anlage bestimmte Luftschadstoffe, wie etwa Stickstoffoxide (NOx) oder Schwebstaub, wird der Anwalt die EG-Luftqualitätsrahmenrichtlinie⁴² und die darauf aufbauenden Richtlinien für einzelne Schadstoffe („Tochterrichtlinien“)⁴³ ebenso beachten müssen wie die insoweit bevorstehenden Umsetzungsakte in der Bundesrepublik Deutschland⁴⁴ und die Novelle zur TA Luft⁴⁵.

36 Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), EG-ABI. Nr. L 114, S. 1 vom 24.4.2001 (EMAS II-VO).

37 Vgl. Anhang VI, Ziffer 6.1 zur EMAS II-VO, wonach das Unternehmen „alle Umweltaspekte“ seiner Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen zu prüfen und dann anhand von Kriterien, die den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften Rechnung tragen, zu entscheiden hat, welche Umweltaspekte „wesentliche Auswirkungen“ haben und daher die Grundlage für die Festlegung ihrer Umweltzielsetzungen und -einzelziele bilden müssen.

38 Pföhler/Hermann, aaO (Fn 27) S. 631.

39 Zur vergleichbaren Stufung bei der Prüfung des Umweltgutachters nach der EMAS-VO vgl. Ewer, Aufgaben, Pflichten und Zulassung des Umweltgutachters, in: Ewer/Lechelt/Theuer, Handbuch Umweltaudit, München 1998, Abschnitt E Rdnr. 16 (S. 120 ff.).

40 Engelhardt, aaO (Fn. 25) S. 300.

41 Dreizehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Großfeuerungsanlagen – 13. BImSchV) vom 22.6.1983, BGBl. I S. 719, geändert durch Gesetz vom 3.5.2000, BGBl. I S. 632.

42 Richtlinie 96/62/EG des Rates vom 27.9.1996 über die Kontrolle der Luftqualität (Luftqualitätsrahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 296 S. 55.

43 Etwa die Richtlinie 1999/30/EG des Rates vom 22.4.1999 über Grenzwerte für Schwefeldioxid, Stickstoffdioxid und Stickstoffoxide, Partikel und Blei in der Luft, ABl. Nr. L 163 S. 41.

44 Vgl. etwa den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Siebtes Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vom 21.12.2001, BR-Drucks. 1073/01 sowie den Entwurf der Bundesregierung für eine Novellierung der 22. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Immissionswerte für Schadstoffe in der Luft – 22. BImSchV) vom 12.12.2001, BT-Drucks. 14/7831.

45 Entwurf der Bundesregierung für die Neufassung der Ersten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleihe zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 12.12.2001, BR-Drucks. 1058/01, Pföhler/Hermann, aaO (Fn. 27) S. 628.



cc) Beispiel Altlasten

Einen weiteren Kernpunkt der environmental due diligence stellt regelmäßig die Altlastenproblematik dar. Dieser war einer der wesentlichen Gründe für die zwischenzeitlich relativ weit erfolgte Verbreitung der environmental due diligence in Deutschland⁴⁶. Hier wird der Anwalt nicht nur die häufig als „Altlasten-Status“ verfassten, vorhandenen Untersuchungsergebnisse – zumeist unter Hinzuziehung technisch-naturwissenschaftlichen Sachverständigen – hinsichtlich ihrer Aussagekräftigkeit bewerten und ggf. ergänzende Untersuchungen empfehlen müssen. Vielmehr ist es auch regelmäßig angesagt, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, dass Regelungen über die Altlastenverantwortlichkeit im Kaufvertrag keine Bindungswirkung gegenüber den zuständigen Behörden haben, diese mithin ihr – primär nach dem Gesichtspunkt der Effizienz⁴⁷ der Gefahrenabwehr auszurichtendes- Auswahlermessen in rechtmäßiger Weise auch so ausüben können, dass sie ihm Gegensatz zu anders lautenden vertraglichen Verantwortungsabgrenzungen den Käufer ordnungsrechtlich auf Sanierung in Anspruch nehmen⁴⁸.

c) Die Nachforderung von Angaben und Unterlagen

Insbesondere bei regelmäßig in mehrere Abschnitte aufgegliederten so genannten Bieterverfahren werden den Interessenten in der ersten Runde häufig nur sehr fragmentarische Unterlagen zur Verfügung gestellt. Als Beispiel ist zu nennen, dass an Stelle der vollständigen Genehmigungsunterlagen nur eine Liste der erteilten Ersterrichtungs-, Teil- und Änderungsgenehmigungen vorgelegt wird, oder dass zwar in einzelne Altlastgutachten Einsicht gewährt, hingegen keine Feststellung ermöglicht wird, ob mit diesen alle altlastverdächtigen Teile des Standortes abgedeckt werden. In derartigen Fällen wird der Anwalt stets die fehlenden Angaben und Unterlagen nachfordern müssen. Außerdem ist es unverzichtbar, vorläufige Einschätzungen der umweltrechtlichen Situation mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die unzureichende Tatsachengrundlage dieser Bewertungen zu verbinden.

d) Die Standortbegehung

Regelmäßig wird eine Standortbegehung unverzichtbar sein. Diese wird im Allgemeinen mit einer Präsentation der betrieblichen Umweltsituation durch Repräsentanten des Zielunternehmens beginnen. Da es selbst dem langjährig umweltrechtlich versierten Anwalt nicht immer möglich ist, hieraus sämtliche erforderlichen Erkenntnisse über weitere Umweltrisiken zu gewinnen, ist es dringend zu empfehlen, diese Begehung zusammen mit den vom Kaufinteressenten beauftragten Ingenieuren sowie sonstigen technisch-naturwissenschaftlichen Experten durchzuführen und auch gemeinsam mit diesen vor- und nachzubereiten. Nicht selten wird die Standortbegehung dazu führen, dass weiterer Klärungsbedarf erkannt wird und demgemäß gezielte Nachforderungen nach Unterlagen und Angaben formuliert werden können⁴⁹. Als Beispiel sei eine für künftige Betriebserweiterungen vorgesehene Brachfläche genannt, die nach Beseitigung früherer Baulichkeiten bislang nur im Hinblick auf eventuelle Boden- oder Grundwasserunreinigungen thematisiert worden ist. Stellt man bei einer Begehung fest, dass sich auf dieser zwischenzeitlich eine erstaunliche Vegetation entwickelt hat, so kann sich hieraus ein Anlass ergeben, der Frage nachzugehen, ob sich hier nicht gesetzlich geschützte Biotope angesiedelt haben, die ein nicht

oder nur schwer überwindbares rechtliches Hindernis für die beabsichtigte künftige Nutzung darstellen⁵⁰.

e) Die Durchführung von Gesprächen mit ausgewählten Gesprächspartnern

Im Zusammenhang mit der Standortbegehung finden regelmäßig Gespräche mit ausgewählten Gesprächspartnern statt⁵¹. Hierbei wird es sich zumeist um das für den Umweltbereich zuständige Mitglied des Vorstands bzw. der Geschäftsführung sowie die entsprechenden Umweltbeauftragten⁵² handeln. Bei mehreren Kaufinteressenten werden derartige Gespräche meist durch einen „Aufpasser“ der das Bieterverfahren auf Verkäuferseite organisierenden Anwaltskanzlei, Investmentbank oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überwacht, um einen einheitlichen Informationsstand unter den Kaufinteressenten zu gewährleisten.

f) Die Erstellung des due-diligence-reports

Den Abschluss der ersten Phase stellt die Abfassung des due diligence-reports dar. Dieser muss eine Darstellung der umweltrechtlichen Situation enthalten unter besonderer Berücksichtigung bestehender Risiken. Als Beispiele seien insoweit genannt das Risiko, den Boden oder das Grundwasser sanieren oder Nachrüstungen an vorhandenen Anlagen oder Anlagenteilen vornehmen zu müssen. Weiter ist in diesem Zusammenhang auch an die Möglichkeit von Betriebsunterbrechungen auf Grund behördlicher Untersagungs- oder Stilllegungsanordnungen zu denken, falls die Anlage nicht genehmigungskonform betrieben wird. Zu einer von Auftraggeberseite meist gewünschten Quantifizierung derartiger Risiken wird der Anwalt indessen zumeist außer Stande sein; insoweit wird er auf eine Beurteilung durch dritte Experten – etwa Ingenieurbüros – verweisen müssen. Ist eine abschließende Beurteilung einzelner Umweltrisiken nicht möglich, weil es an der hierfür erforderlichen informatischen Grundlage fehlt, ist im Bericht darzulegen, welche konkreten Angaben oder Unterlagen fehlen. Als Beispiel sei insoweit genannt, dass zwar ein zusammenfassender Bericht über Bodenuntersuchungen vorliegt, dieser indessen nicht erkennen lässt, ob und ggf. mit welchem Raster sämtliche Teile des Betriebsgeländes einbezogen worden sind. Wenn Anlass dazu besteht, muss der Anwalt auch die Durchführung weiterer Bohrungen und/oder Analysen anregen. Dabei sollte er jedoch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Untersuchung, also etwa

46 Pföhler/Hermann, aaO (Fn. 27) S. 628.

47 Vgl. zum Aspekt der Effektivität der Gefahrenabwehr die Entscheidungen des VGH München vom 18.8.1994 – 22 B 93.3961 –, ZfW 1995, S. 100 ff.; des VGH Mannheim vom 4.3.1996 – 10 S 2687/95 –, UPR 1996, S. 239 f.; des VG Darmstadt vom 21.2.1994 – 8 H 2154/92 (1) –, NVwZ-RR 1994, S. 497 ff.; des VG Karlsruhe vom 11.3.1987 – 9 K 107/86 –, Schriftt u Rsp 1987, S. 36.

48 Vgl. hierzu den Beschluss des BVerwG vom 2.7.1998 – 7 B 72/98 –, zit.n.juris.

49 Dabei kann es allerdings dazu kommen, dass der Käufer sich bei zu intensiven Nachforschungen in strafrechtlich relevanter Weise bösgläubig macht und damit vor die Alternative gestellt wird, entweder von einem Erwerb abzusehen oder aber vorübergehend – etwa bis zur Nachholung eines ausstehenden Genehmigungsverfahrens – erst einmal den Betrieb einstellen oder beschränken zu müssen.

50 Der Verfasser hat die Erfahrung gemacht, dass gerade im Bereich des „Schutzgrüns“ immissionsrechtlicher Anlagen sowie den Abstandsflächen von Anlagen, die der StörfallVO unterliegen, über die Jahre hinweg Lebensräume für eine Vielzahl geschützter Vögel, Amphibien und sonstiger Arten entstanden sind.

51 Vgl. die tabellarische Übersicht bei Wegmann/Koch, aaO (Fn. 11) S. 1028.

52 Also etwa der Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz gem. § 53 BImSchG, für Gewässerschutz gem. § 21 a WHG, für Abfall gem. § 43 KrW-/AbfG des Störfallbeauftragten gem. § 58 b BImSchG, des Strahlenschutzbeauftragten gem. § 29 der StrahlenschutzVO; in der Praxis erfolgen diese Beauftragungen zumeist in Personalunion.



der Frage, ob die Probenahmen nur am Standort selbst oder auch im Grundwasserabstrom einzelner Anlagen erfolgen sollten und auf welche Parameter die Analysen zu erstrecken sind, auf eine Erarbeitung von Vorschlägen durch die an der due diligence beteiligten Ingenieurbüros hinwirken. Im Ergebnis muss der due diligence-report genau erkennen lassen, hinsichtlich welcher feststehenden oder nicht hinreichend sicher ausschließbaren Umweltrisiken des Standortes gewährleistungsrechtlicher Handlungsbedarf besteht. Anders ausgedrückt muss es im due diligencereport zu einem Dreiklang kommen aus denjenigen Punkten, die der Erwerber prüfen sollte, denjenigen Punkten, die der Verkäufer noch offen legen soll und jenen Punkten, in denen vertragliche Beschaffenheitsangaben oder Garantien zu vereinbaren sind⁵³.

g) Die Mitwirkung an der Abfassung des Kaufvertrags, insbesondere der Aufnahme von Zusicherungen

Auf Grundlage der im report niedergelegten Ergebnisse der environmental due diligence wird der Anwalt meist beauftragt werden, Vorschläge für die Vertragsgestaltung zu unterbreiten. Insoweit ist insbesondere an Zusicherungen oder Garantien zu denken. Im Einzelfall kommen auch Freistellungsregelungen für den Fall einer umweltbehördlichen Inanspruchnahme des Erwerbers auf ordnungsrechtlicher Grundlage in Betracht; hier werden indessen regelmäßig auch entsprechende Besicherungen der Freistellungsverpflichtungen erfolgen müssen. Lehnt der Verkäufer generell derartige Regelungen ab, so wird dem Kaufinteressenten nur die Möglichkeit bleiben, die bestehenden Umweltrisiken zu quantifizieren und bei der Höhe des Kaufpreisangebots zu berücksichtigen⁵⁴. Im Rahmen einer derartigen Vertragsberatung wird der Anwalt, wenn die Vertragsparteien nicht ohnehin die „Flucht“ in ausländisches Recht wählen⁵⁵, die durch die Schuldrechtsreform geschaffenen Neuregelungen beachten müssen. Insoweit ist nicht nur an § 453 Abs. 1 BGB n. F zu denken, der klarstellt, dass auch der share deal den Regeln über den Sachkauf unterfällt. Vielmehr sind insbesondere die derzeit noch bestehenden Unsicherheiten zu nennen, die sich um die Haftungsausschluss-Regelung des § 444 BGB n. F und dort insbesondere um den Zentralbegriff der „Beschaffenheit“⁵⁶ und den an verschiedenen Stellen des Gesetzes in unterschiedlichem Sinne verwandten Terminus der Garantie⁵⁷ herumranken.

5. Haftungsfragen und typische Fehlerquellen

Im Hinblick auf die eingangs dargestellte Funktion der due diligence liegt es auf der Hand, dass sich jede Fehlbeurteilung der Umweltrisiken schnell zu einem Haftungsfall für den Anwalt entwickeln kann⁵⁸. Dieses Risiko kann der Höhe nach beträchtlich sein, bedenkt man, dass sich Kosten für die Sanierung des Bodens oder Grundwassers oder der Nachrüstung industrieller Anlagen schnell im zweistelligen Millionenbereich bewegen können. Hieraus folgt, dass im Rahmen der due diligence wirklich mit der im Sinne der Ursprungsbedeutung des Wortes gebotenen angemessenen Sorgfalt vorgegangen werden muss.

a) Faktisch oder rechtlich fehlende Beschränkbarkeit des Haftungsrisikos

Dies gilt umso mehr, als das Risiko für den Anwalt häufig kaum durch Haftungsbegrenzungsvereinbarungen reduziert werden kann. Zum einen werden sich diese vielfach als unüblich darstellen und daher auf dem Markt nicht

durchsetzbar sein. Zum anderen ist zu bedenken, dass mit der Externalisierung der Prüfung der Rechtsrisiken aus Sicht des Mandanten ja gerade bezweckt wird, dass diese entweder richtig ermittelt werden oder aber ihm ein Sekundärschuldner zur Verfügung steht, falls es insoweit zu einer Fehlbeurteilung mit entsprechenden Schadensfolgen kommt. Schließlich gelangt im Verhältnis zwischen ausländischen Auftraggebern und deutschen Anwälten mitunter fremdes Recht zur Anwendung, das teilweise einer Begrenzung der Anwaltshaftung die Anerkennung versagt⁵⁹.

b) Eingeschränkte Versicherbarkeit

Die Thematik hinreichenden Versicherungsschutzes wirft zusätzliche Probleme auf. Da die Risikohöhe regelmäßig die allgemeine Höchstdeckungssumme überschreiten dürfte, wird der Anwalt stets prüfen müssen, ob Anlass zum Abschluss einer Einzelhaftpflichtversicherung besteht⁶⁰. Zudem müssen ggf. in Betracht kommende Deckungsausschlüsse berücksichtigt werden; insoweit ist nicht nur an spezielle Ausschlussregelungen wie §§ 20 f. AVB-A zu denken, sondern auch zu beachten, dass die AVB-A lediglich Versicherungsschutz für Sozietäten und Mitarbeiter bieten, nicht aber etwa für einen im Rahmen einer environmental due diligence durch den Anwalt als seinen Erfüllungsgehilfen herangezogenen Ingenieur oder Umweltsachverständigen⁶¹.

c) Übersehen kaufentscheidungserheblicher rechtlicher Verhältnisse

Das größte Risiko für den Rechtsanwalt besteht darin, Umstände, die für die Kaufentscheidung des Mandanten von objektiver Bedeutung sind, zu übersehen oder in ihrer Bedeutung zu verkennen. Beschränkt sich der Rechtsanwalt etwa darauf, festzustellen, dass die Tätigkeiten am betreffenden Standort gegenwärtig durch eine bestandskräftige immissionsschutzrechtliche Genehmigung gedeckt sind, sieht er aber davon ab, der angesichts des Alters dieser Genehmigung nahe liegenden Frage nachzugehen, ob bestimmte Anlagenteile nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen und daher kurzfristig mit dem Erlass nachträglicher Anordnungen zu rechnen ist, so wird er ziemlich im Regen stehen, wenn kurz nach Abschluss des Kaufvertrages durch die zuständige Behörde die Nachrüstung einer Rauchgasentschwefelungsanlage angeordnet wird, die ein Investitionsvolumen von 30 Mio. Euro erfordert. Ähnliches kann gelten, falls es der Rechtsanwalt unterlässt, seinen Mandanten darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf eine Richt-

53 So ausdrücklich Hanno Merkt, *Rechtliche Bedeutung der „due diligence“ beim Unternehmenskauf*, WiB 1996, S. 145, 149.

54 Engelhardt, aaO (Fn. 25) S. 300.

55 Vgl. hierzu Westphalen, *Ein Stoß des Anstoßes – § 444 BGB n. F.*, ZIP 2001, S. 2107.

56 Sebastian Gronstedt/Stefan Jörgens, *Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht*, ZIP 2002, S. 52, 56 ff.

57 Barbara Dauner-Lieb/Jan Thiessen, *Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform*, ZIP 2002, S. 108, 111.

58 Allgemein zur Haftung des Auftragnehmers Lechtape/Krumbholz, *Due Diligence Reviews – nur eine Modeerscheinung aus den USA?* StuB 1999, S. 826 f. – zitiert nach juris STLU 991288080.

59 Vgl. Christoph Louven, *Die Haftung des deutschen Rechtsanwalts im internationalen Mandat*, VersR 1997, S. 1050, 1057.

60 Nach den Erfahrungen des Unterzeichners liegen die Kosten hierfür bei etwa 800 Euro für jede zusätzliche Mio. Euro Deckungssumme.

61 Vgl. hierzu sowie umfassend zur haftpflichtversicherungsrechtlichen Problematik anwaltlicher Betätigung im Rahmen einer due diligence Daniel Meßmer/Dirk Keßler, *Rechtsanwälte und Due Diligence – Zulässigkeit, Haftung und versicherungsrechtliche Betrachtung*, NVersZ2000, S. 110, 115 f.



linie der EU in Kürze auch im Rahmen des nationalen Rechts mit zusätzlichen materiellen Anforderungen zu rechnen ist, die sich spätestens bei der nächsten anstehenden Änderungsgenehmigung höchst kostenintensiv auswirken werden.

d) Versäumnisse bei der Koordination und Kommunikation der Beteiligten

Eine weitere Fehlerquellen kann in Versäumnissen bei der (internen oder externen) Kommunikation und Koordination der Beteiligten bestehen. So ist es keineswegs ausgeschlossen, dass sich bestimmte, für die Beurteilung der Umweltrisiken wesentliche Informationen nicht in den im data room-index ausdrücklich bezeichneten Umwelt-Materialien, sondern in ganz anderen Ordnern befinden, die durchzusehen der Umweltrechtler zunächst gar keinen Anlass hat. Als Beispiele sind etwa Bilanzunterlagen mit Hinweisen auf altlastbedingte Rückstellungen zu nennen oder Verträge mit bzw. Rechnungen von Werkunternehmern, die darauf hindeuten, dass es regelmäßig zu Undichtigkeiten im Bereich bestimmter Rohrleitungen gekommen ist. Hier muss durch klare Festlegung von Verantwortlichkeiten vor Beginn der due diligence sichergestellt werden, dass auch der Wirtschafts- oder Steuerrechtler in entsprechenden Fällen sofort den Umweltrechtler verständigt. Sodann kann dieser prüfen, ob und ggf. welche indizielle Bedeutung für das Bestehen von Umweltrisiken entsprechenden Informationen zuzumessen ist. Gegebenenfalls wird er insoweit ergänzende Angaben oder Unterlagen nachfordern müssen.

e) Verzicht auf erforderliche Vorbehalte im due diligence-report

Von existenzieller Bedeutung für den Anwalt ist die ausdrückliche Formulierung von Vorbehalten im due diligence-report. So könnte es fatal werden, wenn der Anwalt vorbehaltlos einen genehmigungskonformen Anlagenbetrieb attestiert. Zu einer so weit gehenden Aussage wird er nämlich schon deshalb außer Stande sein, weil er selbst gar nicht feststellen kann, ob möglicherweise in einem bestimmten Reaktor ein anderer Einsatzstoff gefahren wird, als nach der Genehmigung zugelassen. Der Anwalt sollte sich daher in einem entsprechenden Fall darauf beschränken, den von ihm festgestellten Genehmigungsbestand wiederzugeben und ggf. zu erklären, dass er auf Grundlage der eingesehenen Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür feststellen konnte, dass die Anlage in Abweichung von den erteilten Genehmigungen betrieben wird.

Ähnliches gilt für den Bereich von Altlasten. Hier wird der Anwalt regelmäßig schon deshalb nicht uneingeschränkt erklären können, dass keine Risiken bestehen, weil er zumeist gar nicht in der Lage sein wird, seinerseits zu beurteilen, ob die ihm vorgelegten Gutachten – etwa im Hinblick auf die Anzahl und Lage der zu Grunde liegenden Sondierungen, die Repräsentativität der Probenahmen, die verwandten Untersuchungsmethoden und das untersuchte Schadstoffspektrum – hinreichend aussagekräftig sind. Hierauf sollte er hinweisen, um sich sodann auf die ihm zukommende Aufgabe der rechtlichen Bewertung zu beschränken, also etwa Ausführungen dazu zu machen, dass nach den ihm vorgelegten Analysen bei Errichtung eines Lärmschutzwalles nur Materialien mit Belastungen im Bereich von Z 1.2 verwandt worden sind, und dass die Verwendung derartiger Materialien als rechtlich unbedenklich zu bewerten ist.

f) „Lücken“ im executive summary

Auch das executive summary kann zu einer Haftungsfalle für den Rechtsanwalt werden, wenn dieser es unterlässt, alle von ihm ermittelten, für die Kaufentscheidung wesentlichen Aspekte in die thesenartige Zusammenfassung einzustellen. Zudem wird es sich häufig empfehlen, bei komplexeren Bewertungsergebnissen im executive summary ausdrücklich auf die entsprechenden Passagen im Volltext des Reports zu verweisen.

g) Übersetzungsfehler

Häufig ist der due diligence-report in englischer Sprache abzuliefern. Dies bereitet deshalb besondere Schwierigkeiten, weil im Umweltbereich häufig nicht nur legal, sondern auch technical terms verwandt werden, die selbst einem native Speaker ohne ingenieurtechnische oder naturwissenschaftliche Vorbildung nicht geläufig sind. Zwar mag man sich mit etwas Fantasie noch vorstellen können, dass unter „secondary Containment“ eine Auffangwanne zu verstehen ist. Gilt es jedoch, das besondere Risiko zu beschreiben, dass Aluminiumalkyl in Verbindung mit Sauerstoff pyrophor reagiert, so wird dies im Zweifel die Inanspruchnahme eines Fachübersetzers sinnvoll erscheinen lassen. Da sich Übersetzungsfehler im Einzelfall höchst haftungsträchtig auswirken können und sich der Rechtsanwalt das Verschulden des von ihm als Erfüllungsgehilfen zugezogenen Übersetzers zurechnen lassen muss, sollte er sich sorgfältig vergewissern, welche Übersetzer der sich stellenden Aufgabe gewachsen sind. Mitunter können hier Mitarbeiter oberster und oberer Bundes- und Landesbehörden sowie von Forschungsinstituten, die selbst auf entsprechende externe Hilfe angewiesen sind, verlässliche Empfehlungen aussprechen. Gegebenenfalls kann auch ein spezielles Internet-Technik-Wörterbuch weiterhelfen⁶².

6. Licht und Schatten der due diligence für die anwaltliche Praxis

Die Teilnahme an einer due diligence kann insbesondere Kanzleien kleineren Zuschnitts häufig vor andere organisatorische und ablauftechnische Probleme stellen. So kommt es speziell bei so genannten Bieterverfahren, bei denen eine Mehrzahl von Interessenten sich um den Erwerb eines Unternehmens bemühen, immer wieder dazu, dass die Erst- und Folgetermine im data-room sehr kurzfristig bekannt gegeben werden. Zudem muss im Anschluss an diese, um dem Auftraggeber eine sachgerechte Entscheidung über eine Fortsetzung am Bieterverfahren zu ermöglichen, regelmäßig sehr rasch die Auswertung der gewonnenen Erkenntnisse und deren Zusammenfassung im due diligence-report erfolgen. Dies kann bei einer schwerpunktmäßig im Beratungsbereich tätigen spezialisierten Anwaltskanzlei schon dazu führen, dass die Arbeitsplanung für einen Monat weitgehend umgeworfen, zahlreiche Termine verlegt und so einige Mandanten „vertröstet“ werden müssen.

Zudem ist es sicher nicht jedermanns Sache, mehrere Tage hintereinander jeweils 10 bis 12 Stunden – unterbrochen nur durch den gelegentlichen Verzehr pappig schmeckender sandwiches – eng gedrängt in einem überfüllten data room, in im wahrsten Sinne enger Tuchfühlung links mit der holländischen Wirtschaftsprüferin und rechts mit

62 Vgl. z. B. <http://dict.leo.org/?lang=en> oder <http://world.altavista.com/>.



dem englischen Investmentbanker Ordner für Ordner auszuwerten, um sodann die wesentlichen Ergebnisse in ein notebook zu „hackern“.

Schließlich und vor allem ist festzustellen, dass die due diligence regelmäßig nur sehr einseitige Anforderungen an die teilnehmenden Anwälte stellt und für wesentliche und typische Elemente anwaltlicher Berufsausübung, wie sie im Rahmen der Beratung, Verfahrensbegleitung und Prozessführung gefordert sind, keinen Raum lässt.

Auf der anderen Seite ermöglicht die Tätigkeit in einem environmental due diligence-Verfahren auch Erfahrungen, die man in anderen Bereichen anwaltlicher Tätigkeit nicht oder nur selten gewinnen kann. So erhält man etwa Gelegenheit, die Entwicklung der Umweltsituation von Betriebsstandorten nicht nur – wie etwa in einem Rechtsstreit um eine einzelne Nebenbestimmung einer bestimmten Genehmigung – punktuell, sondern umfassend kennen zu lernen.

Eine zusätzliche Herausforderung, aber auch ein besonderer Reiz dieses Arbeitsfeldes besteht darin, mit zahlreichen anderen Beteiligten aus oftmals sehr unterschiedlichen Bereichen und Ländern zusammenzuwirken.

Alles in allem ist festzustellen,

- dass die Teilnahme an due diligence-Verfahren im Bereich des Verwaltungs- und insbesondere Umweltrechts einen interessanten und lukrativen Tätigkeitsbereich darstellt,

und

- dass dieses auch kleineren Sozietäten mit entsprechender Spezialisierung offen steht, sofern sie kooperationswillig und -fähig sind und das notwendige Maß an Flexibilität hinsichtlich der Auswirkungen auf den übrigen Kanzleibetrieb mitbringen.

Jedenfalls handelt es sich um ein Geschäftsfeld, das die Anwaltschaft nicht ohne Not den Ingenieuren überlassen sollte, die zwar für eine Beurteilung umwelttechnischer und mitunter auch naturwissenschaftlicher Risiken prädestiniert sind, mit einer Begutachtung der sich daraus ergebenden umweltrechtlichen Konsequenzen indessen regelmäßig

63 Von Meßner/Keßler, aaO (Fn. 61) S. 112 wird zutreffend hervorgehoben, dass das Legal Audit und das Environmental Audit typische Rechtsberatungen i. S. v. § 3 Abs. 1 BRAO darstellen. überfordert sein werden⁶³.

vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)², besser bekannt als E-Commerce-Richtlinie, in nationales Recht um. Die Richtlinie bringt für die europäische Anwaltschaft im Hinblick auf deren kommerzielle Kommunikation im Internet erhebliche Neuerungen mit sich.

2. Ziel der E-Commerce-Richtlinie

Ziel der Richtlinie ist es, die bestehenden rechtlichen Hindernisse für die Nutzung von E-Commerce zu beseitigen und einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr in der Europäischen Union zu schaffen. Indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft³ zwischen den Mitgliedstaaten sicher stellt, soll sie einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarkts leisten, Art. 1 Abs. 1 ECRL.

Dieses Ziel beinhaltet auch die Harmonisierung der so genannten kommerziellen Kommunikation in den Mitgliedstaaten. Art. 2 f) ECRL definiert die kommerzielle Kommunikation als „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt“⁴.

Wer Rechtsanwalt ist, übt einen reglementierten Beruf aus, vgl. Art. 2 g) ECRL⁵. Mit der Darstellung seiner Kanzlei und dem Anbieten seiner Leistungen auf der Website betreibt der Rechtsanwalt kommerzielle Kommunikation, da dieses Verhalten den Absatz seiner Dienstleistungen sowie das Erscheinungsbild der Kanzlei fördern soll, Art. 2 f) ECRL. Somit regelt die E-Commerce-Richtlinie auch den Internet-Auftritt von Rechtsanwälten in der Europäischen Union.

1 BGBl. I 2001, 3721. Vgl. auch die Pressemitteilung des BMWi vom 20.12.2001, www.bmw.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2001/1C20prm1.jsp.

2 Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000, ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1-16.

3 Nach Erwägungsgrund 18 ECRL umfassen die „Dienste der Informationsgesellschaft“ einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online stattfinden gehen. Art. 2 a) ECRL verweist für die Definition der Dienste der Informationsgesellschaft auf Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG vom 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG vom 20.7.1998, ABl. Nr. L 217 vom 5.8.1998 – „Transparenzrichtlinie“. Unter einem Dienst der Informationsgesellschaft wird demnach eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft verstanden, das heißt jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird; eine „elektronisch erbrachte Dienstleistung“ ist eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird und eine „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ ist eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.

4 Ausgenommen sind lediglich Angaben, die direkten Zugang zur Tätigkeit des Unternehmens bzw. der Organisation oder einer natürlichen Person dienen, wie etwa der Domain-Name oder die E-Mail-Adresse. Ferner fallen Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden, nicht unter die Definition. Vgl. Art. 2 f) ECRL a. E.

5 Art. 2 g) ECRL verweist für die Definition der „reglementierten Berufe“ auf alle Berufe im Sinne von Art. 1 d) der Richtlinie 89/48/EWG vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, oder im Sinne von Art. 1 f) der Richtlinie 92/51/EWG vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG. Zum Rechtsanwalt als freier Beruf im EU-Recht: *Schalast*, AnwBl 2001, 494 ff.

Europas Rechtsanwälte im Internet

– Der Internet-Auftritt von Kanzleien in der EU seit der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie

Rechtsanwältin Bettina Wurster, München

1. Einleitung

Am 21.12.2001 trat das „Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr“ (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG) in Kraft¹. Es setzt einen Großteil der Normen aus der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates



Unklar erscheint auf den ersten Blick das Verhältnis der kommerziellen Kommunikation zur Werbung. Definiert man letztere als ein Verhalten, das planmäßig darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, das Produkt, für das erworben wird, in Anspruch zu nehmen bzw. zu kaufen, so ist offensichtlich, dass der Begriff der Werbung von dem der kommerziellen Kommunikation abgedeckt wird. Unter kommerzieller Kommunikation wird jede Wirtschaftswerbung im weiteren Sinn verstanden, darunter auch Productplacement, Sponsoring und Publicrelation-Aktivitäten. Damit wird über den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen hinaus angestrebt, deren Namen und Eigenschaften im Gedächtnis der Verbraucher zu verankern. Kommerzielle Kommunikation ist demnach begrifflich deutlich weiter als bloße Werbung oder Marketing⁶.

3. Umsetzung in nationales Recht

Richtlinien sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und verpflichten diese, den Inhalt der Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen, wobei ihnen ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt⁷. Die Umsetzung der Richtlinie ist auf Bundesebene weitgehend durch das EGG erfolgt⁸. Es ändert verschiedene Regelungen des Informations- und Kommunikationsdienstgesetzes vom 1.8.1997 (IuKDG)⁹, wobei für die vorliegende Untersuchung lediglich Art. 1 IuKDG, d. h. das Teledienstgesetz (TDG), von Bedeutung ist¹⁰. Durch Art. 1 EGG wird das TDG in Bezug auf die Regelungen zu den Begriffsbestimmungen (§ 3 TDG), den allgemeinen Informationspflichten (§ 6 TDG), den besonderen Informationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen (§ 7 TDG), zur Haftung (§§ 8 ff. TDG) und zum Herkunftslandprinzip (§§ 4 und 2 Abs. 6 TDG) den Vorgaben der Richtlinie angepasst. Die Umsetzung im TDG erfolgte nahe am Wortlaut der Richtlinie; teilweise wurden die Artikel der Richtlinie praktisch wortgleich in das TDG übernommen¹¹.

4. Kommerzielle Kommunikationen im Internet

Die kommerziellen Kommunikationen sind in Abschnitt 2 der Richtlinie (Art. 6 bis 8 ECRL) geregelt; eine in diesem Zusammenhang ebenfalls relevante Norm findet sich bei den Grundsätzen in Art. 5 ECRL. Darin werden Regelungen zu den Informationspflichten, der nicht angeforderten kommerziellen Kommunikation sowie zur kommerziellen Kommunikation von reglementierten Berufen getroffen.

a) Allgemeine Informationspflichten

Die neuen Vorschriften zu den allgemeinen Informationspflichten nach § 6 TDG, der auf Art. 5 ECRL beruht, bringen für die Rechtsanwälte, die ihre Kanzlei im Internet bewerben, wesentliche Änderungen mit sich¹². Zumindest die folgenden Informationen sind nun leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten: Name und Anschrift unter der der Rechtsanwalt niedergelassen ist, bei juristischen Personen zusätzlich der Vertretungsberechtigte, Angaben zur elektronischen Kontaktaufnahme, zur Kammer, Angabe der gesetzlichen Berufsbezeichnung und des Mitgliedstaats, in dem diese verliehen wurde sowie die Bezeichnung der berufsspezifischen Regelungen¹³ und die Zugänglichkeit¹⁴ derselben. Ferner ist die Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a UStG anzuführen.

Dies bedeutet eine wesentlich umfangreichere Informationspflicht im Verhältnis zur ursprünglichen Regelung, da § 6 TDG bisher lediglich den Namen, die Anschrift und bei Personenvereinigungen und -gruppen auch Namen und Anschrift des Vertretungsberechtigten forderte.

b) Besondere Informationspflichten

Für die besonderen Informationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen schreibt § 7 TDG (Art. 6 ECRL) die Mindestvoraussetzungen fest: Demnach müssen kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu erkennen sein, die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, muss klar identifizierbar sein. Ferner müssen Angebote zur Verkaufsförderung wie auch Preisausschreiben und Gewinnspiele als solche erkennbar sein und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sowie klar und unzweideutig angegeben werden. Letzteres wird für den Kanzleiauftritt jedoch keine Relevanz haben, da Preisausschreiben und Gewinnspiele inhaltlich keine erlaubte sachliche Kanzleiwerbung i. S. v. § 43 b BRAO darstellen.

Die gesamte Vorschrift wurde erst durch die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in das Teledienstgesetz eingefügt, sodass es sich hierbei um vollständig neue Informationspflichten handelt.

c) Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation (Spamming)

Im Hinblick auf nichtangeforderte kommerzielle Kommunikation schreibt Art. 7 ECRL vor, dass mittels elektronischer Post versandte Informationen bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche zu erkennen sind (Abs. 1) und dass die Diensteanbieter regelmäßig sog. Robinson-Listen¹⁵ konsultieren und diese Listen auch beachten müssen (Abs. 2). Einer Umsetzung dieses Artikels der Richtlinie in deutsches Recht bedurfte es nicht, da sie sich ausschließlich an diejenigen Mitgliedstaaten wendet, die Spamming bisher ohne vorherige Zustimmung des Empfängers gestattet haben. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur in Deutschland geht aber davon aus, dass die unaufgeforderte Zusendung von E-Mails zu kommerziellen Zwecken an private Nutzer Ansprüche aus §§ 823, 1004 BGB nach sich zieht¹⁶. Gegenüber Gewerbetreibenden wird Spamming nach § 1 UWG als unzulässig

6 Hierzu ausführlich *Spindler*; ZUM 1999, 775, 791, Vgl. auch *Lehmann*, EuZW 2000, 517, 518.

7 *Herdegen*, Europarecht, 2001, Rdnr. 177 f.

8 Zur Umsetzung ausführlich *Tettenborn/Bender/Lübhen/Karenfort* K&R-Beilage 1 zu Heft 12/2001.

9 BGBl. 1997, 1870; hierzu *Engel-Fleischig/Maennel/Tettenborn*, Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für Multimedia, 1998.

10 So weit die E-Commerce-Richtlinie Länderkompetenzen berührt, ist parallel sowie wort- und inhaltsgleich der Mediendienste-Staatsvertrag von 1997 (MDStV) anzupassen. Das Verfahren zum In-Kraft-Treten des Staatsvertrags konnte auf Grund der Parallelität der Regelungen erst anlaufen, als die Regelungen des EGG fest standen, weshalb mit seinem Abschluss erst Ende 2002 gerechnet wird. Vgl. *Tettenborn/Bender/Lübhen/Karenfort*, K&R-Beilage 1 zu Heft 12/2001, S. 2 f.

11 Vgl. etwa Art. 6 ECRL und § 7 TDG.

12 Hierzu ausführlich *Giwer*; BRAK-Magazin 2002, 9.

13 Hier verlangt die Gesetzesbegründung, dass alle rechtlich verbindlichen Normen, insbesondere Gesetze und Satzungen, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Berufs oder die Führung des Titels und gegebenenfalls die spezifischen Pflichten der Berufsangehörigen regeln. Dies sind in Deutschland die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) und die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA). Anzugeben ist die Gesetzes- oder Satzungsüberschrift. Ausreichend ist dabei, wenn die Fundstelle im Bundesgesetzblatt oder in einer anderen öffentlich zugänglichen Sammlung angeführt wird.

14 Die Zugänglichkeit der berufsspezifischen Regelungen kann etwa durch einen Link auf die Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer, www.brak.de, hergestellt werden.

15 Robinson-Listen sind Verzeichnisse, in die sich natürliche Personen eintragen können, die keine nicht angeforderten kommerziellen Kommunikationen zu erhalten wünschen, vgl. www.robinson-liste.de.

16 *Spindler/Schmittmann*, MMR-Beilage zu Heft 8/2001, 10, 11; LG Berlin vom 30.6.2000, MMR 2000, 704 und LG Berlin vom 14.5.1998, MMR 1998, 491.



angesehen und kann einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bedeuten¹⁷. Dadurch wird offensichtlich, dass es Rechtsanwälten in Deutschland verwehrt ist, mit nicht angeforderten E-Mails an natürliche und juristische Personen für sich zu werben.

d) Kommerzielle Kommunikation durch reglementierte Berufe

Speziell für die kommerzielle Kommunikation durch reglementierte Berufe wurde Art. 8 ECRL geschaffen, der die allgemeinen Regelungen durch spezielle Vorschriften für die freien Berufe ergänzt.

(1) In seinem Abs. 1 wird festgelegt, dass die Verwendung kommerzieller Kommunikationen, die Bestandteil eines von einem Angehörigen eines reglementierten Berufs angebotenen Dienstes der Informationsgesellschaft sind oder einen solchen Dienst darstellen, gestattet ist, so weit die berufsrechtlichen Regelungen eingehalten werden. Der Internet-Auftritt von Rechtsanwälten an sich kann in der Europäischen Union folglich nicht verboten werden. Dies entspricht der bereits zuvor in Deutschland herrschenden Ansicht, nach der Homepages von Kanzleien als gem. § 6 Abs. 2 der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) zulässige elektronische Praxisbroschüren angesehen wurden¹⁸. Da sachliche Werbung für reglementierte Berufe allgemein seit der Apotheker-Entscheidung des BVerfG¹⁹ grundsätzlich möglich ist²⁰, bedurfte es keiner Umsetzung dieses Absatzes in deutsches Recht.

(2) In Art. 8 Abs. 2 ECRL findet sich der Appell an die zuständigen Berufsvereinigungen und -Organisationen zur Aufstellung von Verhaltenskodizes auf Gemeinschaftsebene, die bestimmen sollen, welche Arten von Informationen zum Zwecke der kommerziellen Kommunikation erteilt werden können. Absatz 3 ergänzt, dass die Kommission dabei in enger Zusammenarbeit mit den einschlägigen Berufsvereinigungen und -organisationen handelt²¹. Inwieweit diese beiden Absätze einer Umsetzung überhaupt zugänglich sind, ist unklar. Da die Berufsvereinigungen über eine autonome Satzungscompetenz verfügen, kann der europäische Gesetzgeber keine Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Regelung des Berufsrechts treffen. So wird etwa die deutsche BORA durch die Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer geändert; auf europäischer Ebene ist der „Conseil des Barreaux de L'Union Européenne“ (CCBE)²², die europäische Berufsvereinigung der Rechtsanwälte, für die sog. „Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft“ (CCBE-Standesregeln) zuständig²⁴. Man wird Art. 8 Abs. 2 und 3 ECRL daher als bloße Programmsätze mit politischem Signalcharakter auffassen müssen²⁵. Ob dieser Signalcharakter jedoch signifikante Wirkungen zeitigen wird, ist mehr als fraglich. Derzeit verfügen die Anwaltschaften der Mitgliedstaaten über vollkommen unterschiedliche Haltungen zum Thema Werbung bzw. kommerzielle Kommunikation. Die Positionen reichen von einem fast vollständigen Werbeverbot bis zu einem sehr liberalen Werberecht²⁶. Bei einer derartigen Ausgangsposition ist eine Einigung auf europäischer Ebene schwierig. Am 25.11.2000 wurde zwar der Verhaltenskodex „Electronic Commerce and the Internet – Guidance for European Lawyers“²⁷ verabschiedet, allerdings enthält dieser nur Ratschläge für Verhaltensweisen im Internet und keine Harmonisierung von Rechtsfragen. Auf der CCBE-Vollversammlung im November 2000 in Brüssel wurde jedoch beschlossen, mit der Überarbeitung der CCBE-Standesregeln zu beginnen. Die Revision wird derzeit zum Abschluss gebracht und enthält u. a. Neuerungen für den Bereich der Wer-

bung. Es wird präzisiert, welche Informationen zu wirtschaftlichen Zwecken gegeben werden dürfen, wie etwa Angaben zu Spezialisierungen, Honoraren und Mandanten; Details sind jedoch noch vertraulich. Um die Anforderungen der E-Commerce-Richtlinie zu erörtern, trafen Vertreter des CCBE zweimal zu Gesprächen mit Kommissionsvertretern zusammen. Über den Revisionsentwurf soll in der Vollversammlung im Mai 2002 in Brüssel abgestimmt werden²⁸.

Die angestrebte Harmonisierung rechtlicher Regelungen zur kommerziellen Kommunikation wurde jedoch vom europäischen Gesetzgeber selbst erschwert, indem er das Herkunftslandprinzip für die E-Commerce-Richtlinie fest schrieb. Dieses in Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL festgeschriebene und durch § 4 Abs. 1 und 2 TDG umgesetzte Prinzip besagt, dass ein in Deutschland niedergelassener Diensteanbieter mit seinem Dienst ausschließlich den Anforderungen des deutschen Rechts unterliegt, und zwar selbst dann, wenn er seinen Dienst auch in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union anbietet. Umgekehrt dürfen ausländische Dienste, die den Rechtsvorschriften im Niederlassungsstaat des Anbieters entsprechen, in Deutschland nicht eingeschränkt werden²⁹. Für den Internet-Auftritt von Rechtsanwälten in der Europäischen Union bedeutet dies, dass sie hinsichtlich des Inhalts ihrer Websites lediglich das Berufsrecht des Staates, in dem sie niedergelassen sind, beachten müssen, um mit diesem Internet-Auftritt in sämtlichen anderen Mitgliedstaaten für sich werben zu können.

17 Körner/Lehment, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 2001, Teil 11.1, Rdnr. 19 ff.; Schrick, MMR 2000, 399, 401; LG Berlin vom 13.10.1998, MMR 1999, 43.

18 Eylmann, in: Hartung/Römermann (Hrsg.), Marketing und Management, Handbuch für Rechtsanwälte, 1999, § 40, Rdnr. 63.

19 BVerfG, NJW 1996, 3067.

20 Für die Rechtsanwälte ergibt sich dies aus § 43 b BRAO. Hierzu ausführlich: Körner/Lehment, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 2001, Teil 11.1, Rdnr. 111 ff.

21 Der Kommissionsvorschlag der Richtlinie vom 23.12.1998 sah im Art. 8 Abs. 3 noch ein Selbsteintrittsrecht der Kommission vor, wonach die Kommission die Informationen, die im Rahmen der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft erteilt werden können, selbst hätte bestimmen können, um ein Funktionieren des Binnenmarktes zu Gewähr leisten. Dies verstieß jedoch gegen die Autonomie der Berufsvereinigungen. Zur Kritik vgl. Tettenborn, K&R 1999, 252, 256 f.

22 Vgl. www.ccbe.org. Der CCBE hat keine eigene Normsetzungskompetenz, was bedeutet, dass die europäischen Anwälte durch die CCBE-Standesregeln nicht unmittelbar gebunden werden. Sobald aber eine Umsetzung in nationales Berufsrecht erfolgt, entfalten die Standesregeln Wirkungen für die einzelnen Anwälte. Feurich/Braun, BRAO, 2000, § 29 BO, Rdnr. 1; Kespohl-Willemer, EuZW 1990, 88, 89.

23 Die aktuelle Fassung vom 28.11.1998 findet sich im AnwBl 2001, 337 ff.

24 Die CCBE-Standesregeln wurden von der deutschen Anwaltschaft in die BORA integriert, vgl. Art. 29 Abs. 1 BORA.

25 So auch Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, K&R-Beilage zu Heft 12/2001, S. 20.

26 Fröhlinger, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europarecht im Informationszeitalter, 2000, S. 9, 18; Remmerz, Anwaltschaft zwischen Tradition und Wettbewerb, 1996, S. 120 ff. und 147 ff.; Mälzer, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der Europäischen Union, 1995, S. 63 ff.; Godfrey (Hrsg.), Law Without Frontiers, A Comparative Survey of the Rules of Professional Ethics Applicable to the Cross-Border Practice of Law, 1995; Geiger, Der Wandel im Berufsrecht des deutschen Rechtsanwalts unter dem Einfluss des Europäischen Integrationsprozesses, 1995, S. 93 ff.; Breuer, Anwaltliche Werbung, 1994.

27 Abrufbar unter www.ccbe.org.

28 CCBE-Newsletter März 2002, No. 1; nur im Internet erhältlich: www.ccbe.org/Documents/De/newsletter1.pdf.

29 Das Herkunftslandprinzip ist im Einzelnen sehr umstritten. Noch immer nicht geklärt ist, ob es sich dabei um eine „Metakollisionsnorm“ handelt, die sämtliche Verweisungen des internationalen Privatrechts verdrängt – dagegen spricht Art. 1 Abs. 4 ECRL bzw. § 2 Abs. 6 TDG, wonach die Richtlinie keine zusätzlichen Regelungen im Bereich des IPR schafft – oder ob es als allgemeine Verweisungsnorm auf das gesamte nationale Recht und damit auch auf das IPR eines Landes verweist. Letztere Variante würde aber die mit dem Herkunftslandprinzip angestrebte Klarheit hinsichtlich des anwendbaren Rechts wieder beseitigen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich daher für die erste Lösung entschieden, vgl. Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, K&R-Beilage zu Heft 12/2001, S. 10.



Nun ist aber fraglich, ob sich diejenigen Mitgliedstaaten, deren Anwaltschaft bisher einem liberalen Werberecht unterlag, sich freiwillig strikteren Regelungen – auf die ein Kompromiss unter den Mitgliedstaaten zwingend hinausläuft – unterwerfen werden, wenn sie mit ihrem herkömmlichen Werberecht auf dem gesamten Gebiet der Europäischen Union für sich werben dürfen und dadurch möglicherweise Wettbewerbsvorteile vor Rechtsanwälten in anderen europäischen Mitgliedstaaten erringen. Dadurch wird auf sie kein Harmonisierungsdruck ausgeübt. Daher ist es wahrscheinlich, dass das Ergebnis der Revision der CCBE-Standesregeln hinter den Erwartungen der Kommission zurück bleibt.

(3) Art. 8 Abs. 4 ECRL schließlich regelt das Verhältnis der E-Commerce-Richtlinie zum sonstigen Gemeinschaftsrecht und legt fest, dass sie zusätzlich zu den Gemeinschaftsrichtlinien betreffend den Zugang zu und die Ausübung von Tätigkeiten im Rahmen der reglementierten Berufe Anwendung findet. Absatz 4 wird von Erwägungsgrund 33 flankiert, wonach die Richtlinie gemeinschaftliche und einzelstaatliche Rechtsvorschriften für reglementierte Berufe ergänzt und in diesem Bereich ein kohärenter Bestand anwendbarer Regeln beibehalten wird. Ferner existiert eine Erklärung der deutschen Delegation, die erklärt, „dass das Verhältnis der Richtlinie (...) kumulativ zu den spezifischen Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit betreffend reglementierte Berufe zu sehen ist“³⁰. Damit wird für die reglementierten Berufe noch einmal wiederholt, was in Art. 1 Abs. 3 ECRL bereits allgemein geregelt ist. Dort wird klar gestellt, dass die Richtlinie das anwendbare Gemeinschaftsrecht nicht verdrängt, sondern es für die Dienste der Informationsgesellschaft durch neue Vorschriften ergänzt³¹. Weder Art. 8 Abs. 4 noch Art. 1 Abs. 3 ECRL wurden jedoch umgesetzt, da es der deutsche Gesetzgeber offenbar für selbstverständlich hielt, dass sich die neuen Vorschriften problemlos in das vorhandene Gemeinschaftsrecht einfügen.

Dies ist aber nicht der Fall; es sind vielmehr Widersprüche zwischen altem Gemeinschaftsrecht und neuen E-Commerce-Bestimmungen denkbar, die das Bedürfnis eines vorrangigen Geltungsanspruchs eines von beiden nach sich ziehen. So verhält es sich beispielsweise mit Art. 4 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie³² und Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 ECRL. Erstere Vorschrift bestimmt, dass der Rechtsanwalt bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit neben dem Berufsrecht seines eigenen Mitgliedstaates auch das Recht des Mitgliedstaates beachten muss, in dem er seine Dienstleistung erbringt bzw. anbietet. Für die grenzüberschreitende Werbung bedeutet dies, dass der Rechtsanwalt sie an mindestens zwei berufsrechtlichen Werbe-regelungen messen muss. Wirbt der Rechtsanwalt aber im Internet für sich, so müsste er, wollte er seine Dienstleistungen in der gesamten Europäischen Union anbieten, nach der Dienstleistungsrichtlinie das Werberecht sämtlicher Staaten bei der Herstellung seiner Homepage beachten³³. Die E-Commerce-Richtlinie kommt durch das Herkunftslandprinzip jedoch zu einem anderen Ergebnis: Der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, in diesem Fall der Rechtsanwalt, hat demnach nur das Berufsrecht des Staates zu beachten, in dem er selbst niedergelassen ist. Die Homepage eines in Deutschland niedergelassenen Anwalts muss folglich nur den deutschen Vorschriften genügen. Der sich hieraus ergebende Widerspruch wird nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 4 ECRL nicht gelöst, da die E-Commerce-Richtlinie in diesem Fall nicht ergänzen, sondern nur ersetzen

kann. Nur bei einem Vorrang der E-Commerce-Richtlinie für die Werbung im Internet kann dem Herkunftslandprinzip für die Dienste der Informationsgesellschaft zur Geltung verhellet werden. Dafür spricht auch Art. 1 Abs. 3 ECRL a. E., der klarstellt, dass das Gemeinschaftsrecht unberührt bleibt „so weit die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, dadurch nicht eingeschränkt wird“. Folglich ist ein Vorrang der E-Commerce-Richtlinie auf Grund von Spezialität dann anzunehmen, wenn Dienste der Informationsgesellschaft tangiert sind.

Doch auch das Herkunftslandprinzip hat seine Tücken: Es versagt nämlich, wenn die Niederlassung einer Kanzlei nicht eindeutig bestimmt werden kann. Die Bestimmung der Niederlassung ist aber zum Auffinden des anwendbaren nationalen Rechts unabdingbar. Der Diensteanbieter ist gemäß Art. 2c) ECRL, umgesetzt in § 3 Nr. 6 TDG, dort niedergelassen, wo der wirtschaftliche Schwerpunkt der Tätigkeit des Anbieters liegt; nicht ausschlaggebend ist der Ort der technischen Vorrichtungen (z. B. Serverstandort)³⁴. Vor dem Hintergrund der Kanzleifusionen der letzten Jahre in Europa ist danach zu fragen, wo der wirtschaftliche Schwerpunkt einer internationalen Großkanzlei, die in verschiedenen europäischen Ländern tätig ist, liegt. Denn alle Kanzleistandorte treten üblicherweise unter einer gemeinsamen Homepage im Internet auf. Hier ist nicht ohne weiteres bestimmbar, in welchem Land der wirtschaftliche Schwerpunkt der Kanzleitätigkeit liegt, sodass nach Kriterien gesucht werden muss, die die Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips in diesem Bereich erleichtern³⁵. Denkbar wäre etwa, dass die Vorstellung der einzelnen Kanzleistandorte nach dem Werberecht des jeweiligen Standorts erfolgt. Damit würde das Herkunftslandprinzip aber keine Vereinfachung bedeuten. Zudem wäre fraglich, nach welchem Recht diejenigen Seiten zu bewerten wären, die sich nicht auf einen speziellen Standort beziehen, wie etwa zur Kanzleiphilosophie oder zum Recruiting.

5. Ergebnis

Die Anforderungen an die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft – und damit auch für die Rechtsanwälte – sind mit dem Inkrafttreten des EGG verschärft worden. Zahlreiche Informationspflichten wurden als Mindeststandard im TDG eingeführt, was für den Rechtsanwalt ein Bedürfnis nach Überarbeitung seiner Homepage und für den Nutzer eine erhöhte Transparenz nach sich zieht.

Die Vorschriften zur kommerziellen Kommunikation von Angehörigen freier Berufe werfen aber auch neue

30 Hierzu ausführlich *Tettenborn*, K&R 2000, 59, 62.

31 Vgl. hierzu die nicht erschöpfende Aufzählung der relevanten Richtlinien in Erwägungsgrund 11 ECRL. Im Bereich der Regelungen für Rechtsanwälte sind vor allem die Richtlinie 77/249/EWG vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABI Nr. L 78 vom 26.3.1977, S. 17 ff. (Dienstleistungsrichtlinie) und die Richtlinie 98/5/EG vom 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABI Nr. L 77 vom 14.3.1998, S. 36 ff. (Niederlassungsrichtlinie), relevant.

32 Die Vorschrift lautet: „Bei der Ausübung dieser Tätigkeit hält der Rechtsanwalt die Standesregeln des Aufnahmestaates neben den ihm im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen ein.“

33 Ausnahmen könnten allenfalls dann gelten, wenn die Homepage eindeutig nicht auf die Werbung für grenzüberschreitende Dienstleistungen ausgerichtet ist, d. h. wenn durch einen Disclaimer oder die gewählte Sprache, etwa Schwedisch, klar gestellt wird, dass nur Personen im Land der Niederlassung angesprochen werden sollen.

34 Vgl. auch Erwägungsgrund 19 ECRL.

35 Zu diesem Problem bereits *Wurster*, JurPC, Web-Dok. 250/2001, Abs. 12 f.



Fragen auf Klärungsbedürftig ist zunächst, in welchem Rahmen eine Harmonisierung des Werberechts der Rechtsanwälte in der Europäischen Union möglich ist. Die Revision der CCBE-Standesregeln wird daher mit Spannung erwartet. Ferner gilt es, das Verhältnis der E-Commerce-Richtlinie zu geltendem Gemeinschaftsrecht zu klären, vgl. Art. 1 Abs. 3 ECRL. Es sprechen gute Gründe dafür, im Falle sich widersprechender Regelungen der E-Commerce-Richtlinie für den Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft den Vorrang zu gewähren. Hier ist auf eine Klarstellung durch den EuGH zu hoffen. Schließlich ergeben sich Probleme aus der Qualifizierung der für den Internet-Auftritt von Rechtsanwälten maßgeblichen Niederlassung, die ebenfalls durch den EuGH geklärt werden müssen.

Der Restwert bei der Regulierung von Fahrzeugschäden

Rechtsanwalt Hans-Jürgen Gebhardt, Homburg/Saar

Seit der Entscheidung vom 5.3.1985¹ mit der der BGH eine Abrechnung auf fiktiver Reparaturkostenbasis nur noch insoweit zulässt, als die Kosten der Reparatur nicht höher sind als die der Wiederbeschaffung, beschäftigt die Frage, mit welchem Wert das beschädigte Fahrzeug in die vom BGH verlangte Vergleichsrechnung einzustellen ist, die Verkehrsjuristen. Weder Gerichte² noch Praktiker³ sind zunächst mit dieser Vergleichsrechnung zurecht gekommen. Der BGH hat deshalb gleich in drei Entscheidungen⁴ zu der Frage Stellung genommen, wie dieser Restwert zu ermitteln ist.

Aber auch danach ist der Streit nicht abgeebbt, im Gegenteil, nach der jüngsten BGH-Entscheidung zum Restwert, die für mehr Verwirrung als für Klarheit gesorgt hat, gilt mehr denn je der Satz von Steffen⁵, wonach der Restwert zu einem Unruheherd geworden ist, dessen Turbulenzen sogar an den Fundamenten der Schadensregulierung rütteln.

Jetzt vertreten Versicherer noch energischer als früher den Standpunkt, die Angebote von Restwerthändlern müssten bei der Ermittlung des Restwertes berücksichtigt werden⁶. Sachverständige der DEKRA setzen trotz der gegenteiligen und sogar in einem amtlichen Leitsatz herausgestellten BGH-Rechtsprechung⁷ das höchste der von ihnen in der Restwertbörse des Internet gefundenen Angebote als Restwert in ihr Gutachten ein; selbst ein freier Sachverständigenverband wie der BVSK weist in einer „Restwerttrichtlinie“⁸ seine Mitglieder an, bei der Wertermittlung die Restwertbörse zumindest mit zu berücksichtigen.

Versicherer führen gegen Sachverständige – zum Teil sogar erfolgreich⁹ – mit dem Argument Regressprozesse, der Sachverständige habe es versäumt, Angebote von Restwerthändlern in seinem Gutachten einzubeziehen.

Dies alles widerspricht indessen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Der VI. Senat spricht nämlich in ständiger Rechtsprechung¹⁰ Angeboten spezialisierter Restwer-

thändler jede Bedeutung für die Ermittlung des in die Vergleichsrechnung einzusetzenden Restwertes ab.

Das leitet er zu Recht aus dem Charakter des dem Geschädigten nach § 249, 2 BGB zustehenden Anspruches ab, der ihn zur Wiederherstellung in eigener Regie berechtigt und nicht bloß zum Wertersatz. An diese Vorgabe hat sich jede Schadensbemessung für die in Eigenregie durchgeführte Schadensbehebung – auch die Ermittlung des Restwertes – zu halten.

Der Geschädigte hat nach § 249, 2 BGB nämlich das Recht, vom Schädiger statt der Wiederherstellung durch diesen (§ 249, 1 BGB) den zur Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag zu verlangen und zwar ohne ihm Rechenschaft darüber zu schulden, wie er den Geldbetrag verwendet¹¹. Vom Grundsatz her steht ihm somit der Betrag zu, den eine Fachwerkstatt – übrigens eine für das Fabrikat autorisierte und nicht eine durchschnittliche¹² – verlangt.

Die Rechtsprechung mutet dabei dem Schädiger, wenn der Geschädigte die Reparatur tatsächlich durchführt, im Hinblick auf dessen dadurch nachgewiesenes Integritätsinteresse sogar um bis zu ca. 30% über dem Wiederbeschaffungswert liegende¹³ und damit eigentlich unwirtschaftliche Kosten zu. Für eine solche Begünstigung des Geschädigten gibt es allerdings dann keinen Grund, wenn er nicht repariert und auf der Basis einer lediglich gedachten Reparatur abrechnen will. Zu erstatten ist nämlich grundsätzlich nur, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Geschädigter in dieser Lage zur Schadensbehebung aufwenden würde. Fiktiv berechnete Reparaturkosten müssen deshalb, wenn der Geschädigte nicht repariert, stets auf ihre Wirtschaftlichkeit hin überprüft werden.

Fraglich ist allerdings, woran sich deren Wirtschaftlichkeit nun messen lassen muss, an dem Wiederbeschaffungswert oder den Wiederbeschaffungskosten.

Der Senat misst sie seit der Entscheidung vom 5.3.1985 an den Wiederbeschaffungskosten, also der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert¹⁴. Zuvor hatte er sie übrigens an dem Wiederbeschaffungswert festgemacht. Mit dieser Entscheidung hat er somit seine frühere Rechtsprechung korrigiert und nicht wie er vorgibt – verdeutlicht¹⁵.

Eine andere Auffassung hält dagegen nach wie vor an dem Wiederbeschaffungswert als Maßstab fest¹⁶.

Oetker begründet dies damit, dass andernfalls die Schadensabrechnung für alle Beteiligten erheblich erschwert würde. Dies gelte vor allem für die Restwertbestimmung.

1 BGH, DAR 85, 218.

2 Z. B. OLG Hamm, NZV 91, 229; OLG Stuttgart, ZfS 93, 12.

3 Z. B. Dornwald, VersR 93, 1075, Verfasser, AnwBl 85, 559.

4 BGH NJW 92, 903; 93, 1849; ZfS 01, 103.

5 DAR 97, 297.

6 Rischar, VersR 99, 686.

7 BGH, NJW 93, 1849.

8 Riedmeyer, DAR 2002, 43.

9 LG Gießen, ZfS 01, 496; LG Saarbrücken, SP 01, 104.

10 Siehe Fn. 4.

11 (BGH, ZfS 89, 299; Stoffen, NJW 95, 2059; DAR 97, 297; Weber, VersR 90, 934 ff.; Verfasser, ZfS 90, 145).

12 LG Kassel, ZfS 01, 359; Steffen, DAR 97, 297 (299).

13 BGH ZfS 92, 9; 92, 156.

14 BGH, DAR 85, 218.

15 Verfasser; AnwBl 85, 559, wohl auch Weber, VersR 90, 934 (946).

16 Oetker in Münchener Kommentar, 4. Auflage 2002, § 249 Rdnr. 349, Grunsky, 28. VGT, 90, 187, und wohl auch Weber, VersR 90, 934 (946).



Wie wahr. Alleine – als Begründung überzeugt dies nicht; denn anders als bei der Bestimmung der Opfergrenze bei tatsächlich durchgeführter Reparatur¹⁷ können wir in dem hier diskutierten Fall der fiktiven Reparatur nicht aus reinen Praktikabilitätsgründen der, zugegeben, äußerst komplizierten Restwertbestimmung aus dem Weg gehen.

Zu folgen ist vielmehr der Auffassung des VI. Senats des BGH:

Sie ist nämlich die konsequente Umsetzung seiner, zumindest für Kraftfahrzeuge geltenden, Rechtsprechung, nach der die Ersatzbeschaffung die der Reparatur gleichwertige Alternative der Restitution ist¹⁸.

Logische Folge dieser Rechtsprechung, die in der vertretbaren Sache Kraftfahrzeug lediglich die austauschbare Funktion als Verkehrsmittel sieht, ist, dass selbst im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens die Ersatzbeschaffung Restitution und nicht Kompensation ist¹⁹.

Deshalb auch ist – das zu erkennen ist unabdingbare Voraussetzung für das weitere Verständnis – § 249, 2 BGB Anspruchsgrundlage und nicht § 251 II BGB, dessen Funktion als Schädigerschutz jetzt von § 249, 2 BGB mitübernommen werden muss.

Diese Aufgabe erfüllt nun die an den Wiederbeschaffungskosten orientierte Vergleichsrechnung, mit der geprüft wird, ob die fiktiv geltend gemachten Kosten auch wirtschaftlich vernünftig, d. h. erforderlich im Sinne des § 249, 2 BGB sind.

Zwar ließe sich im Normalfall die Wirtschaftlichkeit genauso gut an dem Wiederbeschaffungswert alleine testen, weil nämlich die Reparaturkosten und ein evtl. Minderwert als Kostenfaktoren auch im Restwert zu Buche schlagen müssen, sodass, jedenfalls bei richtiger Berechnung, die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert eigentlich nicht kleiner sein darf als die Summe von Reparaturkosten und Minderwert²⁰.

Das ist jedoch anders, wenn ein Totalschaden vorliegt. Dann können sich die Reparaturkosten nicht jedenfalls nicht voll – im Restwert niederschlagen.

Ohne die an den Wiederbeschaffungskosten orientierte Vergleichsrechnung erhielte der Geschädigte in diesem Fall mehr als der Wiederbeschaffungswert ausmacht, denn er könnte die Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswertes verlangen und hätte zusätzlich noch das beschädigte Fahrzeug.

Das wäre unwirtschaftlich. Reparaturkosten die den Wiederbeschaffungswert²¹ übersteigen, kann ein Geschädigter deshalb nur verlangen, wenn er tatsächlich repariert. Tut er dies nicht, gibt es keine Legitimation, den Schädiger mit unwirtschaftlichen Kosten zu belasten.

Zum Schutz des Schädigers unverzichtbar ist – wie übrigens auch ein Vergleich mit der Rechtsprechung des V. Senates zeigt – die Vergleichsrechnung allerdings nur im Totalschadensfall. Von daher wäre es ohne weiteres zu vertreten und im Hinblick auf den die Schadensregulierung so beeinträchtigenden Streit um den Restwert aus Praktikabilitätsgründen auch geboten, auf die Vergleichsrechnung zu verzichten, wenn die Reparaturkosten einen bestimmten Prozentsatz des Wiederbeschaffungswertes nicht übersteigen.

Bei der Ermittlung der 130%-Grenze verlangt der Senat ja auch nicht den Vergleich mit den Wiederbeschaffungskosten, sondern begnügt sich, wie er betont aus Praktikabili-

tätsgründen, mit dem Wiederbeschaffungswert als Bezugspunkt für die Wirtschaftlichkeitsüberprüfung.

Mit einer solchen pragmatischen Lösung könnte der größte Teil der Schadensfälle wieder schnell und Streitvermeidend reguliert werden. Der 28. Verkehrsgerichtstag 1990 hatte in diesem Zusammenhang übrigens empfohlen, die Vergleichsrechnung erst dann vorzunehmen, wenn die Reparaturkosten 70% des Wiederbeschaffungswertes überschreiten²². Dieser Empfehlung folgt die Praxis jedoch, anders wie Steffen²³ annimmt, weitgehend nicht.

Deshalb müssen wir uns, solange der Senat den Anwendungsbereich der Vergleichsrechnung nicht entsprechend begrenzt, in allen fiktiv abgerechneten Schadensfällen weiter um den Restwert streiten, obwohl, wie zu zeigen ist, die Würfel längst gefallen sind:

Der BGH hat nämlich die Kriterien, nach denen der Restwert zu bestimmen ist, verbindlich festgelegt:

Nach ständiger Rechtsprechung²⁴ des VI. Senats ist der gem. § 249, 2 BGB zur Wiederherstellung erforderliche Aufwand nach der besonderen Situation zu bemessen, in der sich der Geschädigte befindet. Es ist also Rücksicht auf seine individuellen Erkenntnisse und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen.

Diese subjektbezogene Schadensbetrachtung gilt auch für die Frage, in welcher Höhe dem Geschädigten wegen der ihm in seiner individuellen Lage möglichen und zumutbaren Verwertung seines Unfallfahrzeuges kein Schaden entstanden ist. Hat er z. B. das Fahrzeug der ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler bei dem Erwerb eines Ersatzwagens in Zahlung gegeben, so kann der Schädiger gegenüber deren Ankaufsangebot nicht auf einen höheren Restwerterlös verweisen, der nur auf einem dem Geschädigten erst durch ihn eröffneten Sondermarkt, etwa durch Einschaltung spezialisierter Restwerteaufkäufer zu erzielen wäre. Andernfalls würde die dem Geschädigten nach § 249, 2 BGB zustehende Ersetzungsbefugnis unterlaufen, die den Umfang der erforderlichen Aufwendungen nach einer Schadensbeseitigung in Eigenregie des Geschädigten bemisst und deshalb auf seine Möglichkeiten zur Schadensbehebung abstellt.

Diese tragenden Grundsätze wiederholt der Senat auch in seiner Entscheidung vom 6.4.1993²⁵ und betont nochmals, diesmal herausgestellt in einem amtlichen Leitsatz, dass bei der Restwertbestimmung Angebote spezialisierter Restwertehändler keine Rolle spielen dürften und zwar deshalb, weil sie auf einem dem Geschädigten nicht zugänglichen Sondermarkt gehandelt würden.

Es sei vielmehr auf den Kaufpreis abzustellen, den ein Geschädigter auf dem allgemeinen Markt mit der Inzahlunggabe des beschädigten Fahrzeuges beim Erwerb eines

17 BGH, ZfS 92, 9; 92, 156.

18 BGH, VersR 72, 1024; NJW 76, 1396; Weber, VersR 90, 934; Stoffen, NJW 95, 2057.

19 BGH, VersR 72, 1024, NJW, 76, 1396; ZfS 92, 9.

20 BGH, DAR 85, 218 (219); ZfS 92, 9 (10).

21 Bis ca. 30, ZfS 92, 9; 92, 156.

22 VGT 90, 12; ZfS 90, 39.

23 DAR, 2002, 6 (9).

24 BGH, NJW 92, 903; 92, 1618.

25 NJW 93, 1849.



Ersatzfahrzeuges von einem seriösen Gebrauchtwagenhändler oder einem ihm vertrauten Kfz-Händler erzielen könne.

Eine exakte Definition des Restwertes gibt der Senat, obwohl die Urteilsgründe eine solche nahe legen, allerdings nicht.

Die Praxis ist deshalb nach wie vor gezwungen, den Restwert anhand der juristischen Vorgaben des Senates zu ermitteln. Vielen gelingt das nicht.

Wer nämlich den Restwert ohne dessen rechtliche Einbindung in den § 249, 2 BGB zu beachten, nur nach dem erzielbaren Höchstpreis bewertet, schießt am Ziel vorbei. Die Vergleichsrechnung soll – wie gezeigt – den Schädiger vor unwirtschaftlichen Kosten schützen, dies allerdings nicht um den Preis, dass der Geschädigte nicht mehr den Betrag verlangen kann, der ihn in die Lage versetzt, das beschädigte Fahrzeug in Eigenregie in einer Fachwerkstatt reparieren lassen zu können.

Diese von Satz 2 des § 249 BGB dem Geschädigten gegebene Garantie muss jede, unter welchen Gesichtspunkten auch immer angestellte, Vergleichsrechnung anerkennen. Der so gesetzlich verbürgte Wiederherstellungsanspruch des Geschädigten muss vielmehr Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen sein.

Und dieser Anspruch fordert zunächst und vor allem Rücksichtnahme auf den Geschädigten, zwar keine schrankenlose Rücksichtnahme, denn die Forderung nach Wirtschaftlichkeit ist schließlich auch ein wichtiger Grundsatz der Schadensregulierung, aber doch eine Rücksichtnahme, die den Interessen des Schädigers an einer möglichst billigen Schadensbehebung vorgeht. Wirtschaftlichkeit bedeutet keinesfalls Wettlauf um die billigste Schadensbehebung, eben nicht Wirtschaftlichkeit um jeden Preis.

Vielmehr hat sich das Wirtschaftlichkeitspostulat, wie Steffen²⁶ es formuliert, dem obersten Ziel des § 249, 2 BGB anzupassen, der sicherstellen will, dass der Geschädigte genug Geld für die Finanzierung der Schadensbeseitigung erhält, und zwar einer Schadensbeseitigung, die dem Geschädigten in der Lage, in die ihn der Schädiger gebracht hat und für die der Schädiger und sein Versicherer einstehen müssen, zuzumuten ist.

Das gilt für die Bemessung des Restwertes wie für die der Reparaturkosten gleichermaßen. Ebenso wie bei der Reparatur braucht der Geschädigte auch bei der Ersatzbeschaffung nicht in die Tasche des Schädigers zu sparen²⁷, d. h., er muss weder Marktforschung betreiben noch andere besondere Anstrengungen unternehmen oder gar Risiken eingehen, nur um den Schaden möglichst billig zu beheben; nur wirtschaftlich vernünftig muss die Schadensbehebung sein.

Er muss sich zwar auf den von ihm zu beanspruchenden Betrag für den Ankauf eines gleichwertigen Ersatzwagens den Erlös anrechnen lassen, den er bei der Verwertung des unreparierten Unfallwagens erzielen kann, aber nur den Preis, den er auf dem sich ihm am ehesten anbietenden Weg erzielen kann, d. h. für ihn: Inzahlunggabe im Rahmen der Ersatzbeschaffung bei dem seriösen Gebrauchtwagenhändler oder dem ihm vertrauten Kfz-Händler. Das Bedürfnis des Geschädigten nach vollständiger, schneller sowie möglichst unkomplizierter und risikoloser Schadensbeseitigung geht dabei dem Interesse des Schädigers und seines Versicherers, den Regulierungsaufwand durch einen möglichst hohen Restwert zu drücken, vor. Schon gar nicht braucht er sich auf ein für ihn ungewohntes Terrain zu begeben und sich auf Restwertehändler mit ihrer meist undurchsichtigen Kalkulation (Stichworte: nicht fachgerechte

Reparatur, Verschiebung ins Ausland, reiner Briefaufkauf) einzulassen. Zumindest kann ihm beim Ersatzwagenkauf der für ihn regelmäßig zeitaufwändigere und risikoreichere Weg des Doppelgeschäftes (Verhandlungen mit dem Restwerteaufkäufer über den Unfallwagen – Verhandlungen mit dem Gebrauchtwagenkäufer über das Ersatzfahrzeug) nicht zugemutet werden, zumal er den Unfallwagen meist als Verhandlungsmasse bei dem Ersatzwagenkauf nutzen will. Dass der Geschädigte als erstem mit einem seriösen Gebrauchtwagenhändler Kontakt sucht, ist nur allzu verständlich, in diesem Umfeld spielt sich schließlich auch die übrige Schadensfeststellung ab: Eben Reparaturkosten der Fachwerkstätte und nicht die des Hinterhofs und Wiederbeschaffungswert des seriösen Gebrauchtwagenhändlers und nicht der der Restwerteaufkäufer.

Als Schlussfolgerung aus dieser Rechtsprechung könnte eine Definition wie sie Steffen²⁸ schon auf den Homburger Tagen 1990 gegeben hat in etwa wie folgt lauten:

„Restwert gemäß § 249, 2 BGB ist der Betrag, den der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler oder dem Kraftfahrzeughändler seines Vertrauens für die Inzahlunggabe des beschädigten Fahrzeuges noch erzielen kann“, besser wäre: „erzielen könnte“, denn auch so weit es den Restwert betrifft, ist die Schadensbestimmung losgelöst vom realen Geschehen, also unabhängig von der Frage, ob der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug tatsächlich verkauft.

Statt mit einer solchen Definition Ruhe an der Restwertfront zu schaffen, lässt sich der Senat ohne Not darauf ein, den Ausschluss der Restwertehändler mit einer Abgrenzung des allgemeinen Marktes vom Sondermarkt zu begründen.

Darauf konzentriert sich bis heute die Kritik. Wie nicht anders zu erwarten, wird eingewandt, die vom Senat vorgenommene Trennung entspreche nicht dem tatsächlichen Marktgeschehen²⁹; in letzter Zeit wird zur Begründung ergänzend noch auf das Internet verwiesen; das Internet gehöre, so wird behauptet, heute zum Standard. Somit seien die in der dortigen Restwertbörse abrufbaren Restwertangebote für jeden Geschädigten erreichbar und damit Bestandteil des allgemeinen Marktes und als solche müssten sie bei der Restwertschätzung berücksichtigt werden³⁰.

Tatsächlich trifft das jedoch nicht zu: Die Nutzung des Internets gehört auch heute noch nicht zum täglichen Leben. Hierüber zu diskutieren lohnt jedoch nicht, weil die über das Internet erreichbaren Angebote, abgesehen davon, dass die meisten dieser Börsen für private gar nicht zugänglich sind³¹, letztlich aus anderen Gründen unbeachtet sind. Der Geschädigte ist nämlich nicht verpflichtet, Marktforschung zu betreiben³², was eine Suche im Internet jedoch bedeuten würde.

Genauso untauglich ist der Versuch, den Angeboten spezialisierter Restwerteaufkäufer über Sachverständige Geltung zu verschaffen. Versicherer versuchen mit dem Argument, der Geschädigte habe über den mit der Schadensschätzung beauftragten Sachverständigen Zugang zum Gesamtmarkt,

26 DAR 97, 297.

27 BGH, NJW 92, 302; 92, 903; 93, 1848; 96, 1958.

28 Schriftenreihe der ARGE Verkehrsrecht Band 12, 7 (14).

29 Dornwald, VersR 93, 1075; Speer, VersR 2002, 17 (20).

30 Rischar, VersR 99, 686.

31 Speer, VersR 2002, 17 (21).

32 Siehe Fn. 26.



die Anrechnungsfähigkeit von Angeboten spezialisierter Restwerthändler zu begründen. Eine solche Argumentation scheidet bereits an der Stellung des Geschädigten, er ist nämlich Herr des Restitutionsverfahrens weshalb solche vom Sachverständigen vermittelten Kenntnisse und Angebote genau so unbeachtlich sind, wie wenn sie der Schädiger selbst vermittelt hätte. Darüber hinaus ist der Sachverständige weder Erfüllungsgehilfe noch gar Wissensvertreter des Geschädigten.

Aber selbst damit ist noch nicht der eigentliche Grund genannt, weshalb solche Angebote unbeachtlich sind. Sie dürfen vor allem deshalb nicht berücksichtigt werden, weil ansonsten die Vergleichsrechnung verfälscht würde:

Unstreitig muss nämlich der Geschädigte, der gemäß § 249, 2 BGB die Schadensregulierung in die eigene Hand nimmt, den Betrag erhalten, mit dem er die eigentlich vom Schädiger geschuldete Reparatur in eigener Regie durchführen könnte.

Ich sage, könnte, weil der Geschädigte in der Verwendung der erhaltenen Geldmittel frei ist – d. h. Dispositionsfreiheit als weiteres Kennzeichen des Wiederherstellungsanspruches nach § 249, 2 BGB.

Oberstes Ziel des Gesetzes ist es also, ihm den Betrag zukommen zu lassen, mit dem er anschließend die Reparatur in einer Werkstätte durchführen lassen könnte.

Das sind aber nicht die Kosten irgendeiner Reparatur, sondern die einer nach den anerkannten Regeln des Handwerks durchgeführten und nicht die irgendeiner Werkstatt, sondern die der Fachwerkstatt.

Einziges legitimes Ziel der Vergleichsrechnung ist es nun, diese ebenfalls nach den entsprechenden Vorgaben des § 249, 2 BGB definierten Reparaturkosten auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen. Die Kontrollrechnung kann dabei durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass die Reparaturkosten im konkreten Fall fehlerhaft geschätzt worden sind, sie darf aber nicht die Kriterien für die Ermittlung des dem Geschädigten zustehenden Reparaturkostenbetrages und damit den Wiederherstellungsanspruch in seinem Wesen verändern wollen. Sie soll demnach kein Wettlauf um den billigsten Preis und auch weniger Schranke für den fiktiv geltend gemachten Anspruch, denn Kontrolle dafür sein, ob der Reparaturkostenansatz und der Ansatz für die Ersatzbeschaffung realistisch sind³³. Anlass zur Überprüfung der Reparaturkostenschätzung besteht vor allem deshalb, weil der Geschädigte alleine auf der Basis des Sachverständigen-gutachtens Zahlung verlangen kann³⁴.

Es bedarf nun doch wohl keiner höheren Mathematik um zu erkennen, dass eine Verprobung nur mit Restwertangeboten die die gleiche Art der Reparaturdurchführung einkalkulieren möglich ist. Nur mit einem solchen Restwert können die dem Geschädigten zustehenden wirtschaftlich vernünftigsten Reparaturkosten ermittelt werden ohne die Reparaturart zu verändern.

Steffen³⁵ weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zwar ohne bewussten Verzicht auf manche Besonderheit des Einzelfalles sich das Schadenvolumen nicht vernünftig bewältigen lasse, dass aber die Programme sich immer durch den Ausgleichsbedarf kontrollieren und korrigieren lassen müssten und nicht umgekehrt.

Das ist aber, wenn die Angebote der Restwerthändler den Restwert mitbestimmen, offensichtlich nicht der Fall.

Dass mit einer so durchgeführten Vergleichsrechnung der volle Ausgleichsbedarf nicht gedeckt wird, zeigt die

Gegenprobe: Dann wird sichtbar, dass der Geschädigte nur einen Betrag erhält, mit dem er vielleicht in Polen oder in einer Amateurwerkstatt, nicht aber in einer Fachwerkstatt, auf die er unstreitig Anspruch hat, reparieren lassen könnte.

Das kann allerdings nicht verwundern, werden doch mit den Angeboten von Restwerthändlern Äpfel mit Birnen verglichen. Es werden nämlich mit unterschiedlichem Maß ermittelte Werte in die Gleichung eingesetzt; auf der einen Seite die Reparaturkosten einer Fachwerkstatt und auf der anderen das mit einer Billigreparatur kalkulierte Angebot des Restwerthändlers.

Spätestens an dieser Stelle müsste auch den Kritikern klar werden, warum der trotz ihrer abschätzigen Kommentare vom Senat mehrfach wiederholte Satz³⁶, wonach – außer bei Totalschaden – die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert eigentlich nicht kleiner sein darf als die Summe von Reparaturkosten und evtl. Minderwert einen Sinn macht.

Mithin kommt es nicht erst auf die Unterscheidung Sondermarkt/allgemeiner Markt und damit auf die Frage an, ob diese Angebote für den Geschädigten erreichbar sind. Angebote von Restwerthändlern dürften selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie direkt vor der Haustür des Geschädigten gehandelt würden, denn auch dann würde ihre Berücksichtigung die Ersetzungsbefugnis des Geschädigten verletzen. Mit der in ihrem Angebot versteckten Billigreparatur würde nämlich ein Reparaturmarkt zu dem Geschädigten transportiert, der ihm sonst nicht zugänglich wäre und den er bei der Reparaturdurchführung auch nicht akzeptieren müsste.

Wesentlicher ist jedoch, dass die mit ihnen gerechnete Vergleichsrechnung nicht mehr zum unumstößlichen Ausgangspunkt der Schadensbemessung zurückkommt, nämlich dem Geschädigten den vollen Ausgleichsbedarf für die von ihm zu beanspruchende Reparatur vorzufinanzieren. Bei näherem Hinsehen hat dies folgende Ursache:

Diejenigen, die die Anrechnung solcher Angebote verlangen, bezeichnen das beschädigte Fahrzeug zwar wie der BGH auch als Restwert, versehen ihn aber mit einem völlig anderen Inhalt.

Sie setzen ohne Acht auf die im Rahmen des § 249, 2 BGB subjektbezogen vorzunehmende Schadensbetrachtung einfach den, ganz gleich unter welchen Umständen erzielbaren, Höchstpreis ein und übergehen damit, dass es sich hier um einen Wiederherstellungsanspruch und nicht um bloßen Wertersatz gemäß § 251, II BGB handelt. Von Rücksichtnahme auf die Interessen des Geschädigten und dessen Recht zur Schadensbeseitigung in eigener Regie ist bei ihnen keine Rede. Dogmatisch betrachtet legen sie die Messlatte des § 251 II BGB, die sie früher nur am wirtschaftlichen Totalschaden angelegt hatten, jetzt an jede fiktive Schadensberechnung.

Zu welch untragbaren Ergebnissen ihre Rechnung führt, lässt sich anhand eines einfachen Beispiels zeigen: Ein relativ neuwertiges Fahrzeug mit einem Neupreis von 50.000 DM erleidet bei einem Verkehrsunfall einen Schaden von 5.000 DM. Der Geschädigte will sein verkehrssicheres Fahrzeug unrepariert weiterbenutzen und den Schaden fiktiv abrechnen.

33 Steffen, NZV91, 1.

34 BGH ZfS 89, 299; Verf., ZfS 90, 145.

35 NJW 95, 2057 (2059).

36 BGH, DAR 85, 218; ZfS 92, 9 (10).



Da auch dann, wenn der Geschädigte sein Fahrzeug ohne zu reparieren behält, die Vergleichsrechnung zu machen ist, hält der Versicherer ihm das Angebot, für das vor allem im Ausland besonders gesuchte Fahrzeugmodell, im unreparierten Zustand 50.000 DM zu zahlen, entgegen. Das widersinnige Ergebnis einer solchen Restwertbemessung: Trotz Schadens kein Schadensersatzanspruch.

Das Ergebnis ist deshalb besonders frappierend, weil hier jeglicher Schadensersatz verweigert wird, im Prinzip rechnen sie aber in allen Fällen nach dem gleichen Schema. Das fällt nur deshalb nicht sofort auf, weil ja immer noch ein – wenn auch ungerechtfertigt verkürzter – Schadensersatzbetrag ausbezahlt wird.

Eine solche Rechenart würde im Übrigen letztlich die eingangs dargestellte Rechtsprechung des VI. Senates in ihr Gegenteil verkehren.

Der Senat wollte nämlich, wie dies auch die Motive zum BGB³⁷ ihm aufgeben, den Geschädigten dadurch begünstigen, dass er dessen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten selbst im Falle des Verkaufs der beschädigten Sache nicht untergehen lässt.

Würde man ihm nun eine Vergleichsrechnung mit den Angeboten spezialisierter Händler aufzwingen, stünde er schlechter als ohne diese Begünstigung da, wie sich im Vergleich mit der Rechtsprechung des V. Senates zeigt. Der V. Senat sieht nämlich die Ersatzbeschaffung einer beschädigten Immobilie, da es sich nicht um eine vertretbare Sache handelt, nicht als Restitution an. Er kennt daher keinen Kostenvergleich und spricht dem Geschädigten, der sein beschädigtes Eigentum bis zum Abschluss der Regulierung behält, die fiktiven Reparaturkosten voll bis zur Grenze des Wiederbeschaffungswertes zu.

Die Botschaft der beiden Restwertentscheidungen ist daher Folgende:

1. Für die Juristen:

Für die Juristen die Mahnung, die Vergleichsrechnung und damit die Restwertbestimmung nicht ohne Blick auf den dahinter stehenden Sinn vorzunehmen, nämlich die Reparaturkosten zwar auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu prüfen, dem Geschädigten aber auf jeden Fall den Betrag zukommen zu lassen, der seinem Wiederherstellungsanspruch gemäß § 249, 2 BGB genügt.

2. Für die Sachverständigen:

Der Sachverständige muss sich seiner großen Verantwortung bewusst sein, die er mit der ihm von der Rechtsprechung eingeräumten Stellung beiden Seiten gegenüber hat: Er muss zum Schutz des Schädigers speziell auch den Restwert gewissenhaft schätzen, denn der Geschädigte kann grundsätzlich auf das Gutachten vertrauen und das beschädigte Fahrzeug – für den Schädiger verbindlich³⁸ – zu dem vom Sachverständigen geschätzten Preis veräußern.

Auf der anderen Seite muss sich der Geschädigte auf den Sachverständigen verlassen können. Dieser darf deshalb auch nicht unter dem Druck der Versicherer von der vom BGH vorgegebenen Linie abweichen: Als Restwert hat er den Preis einzusetzen, den der Geschädigte bei Ersatzbeschaffung bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler für die Inzahlunggabe seines beschädigten Fahrzeuges erzielen könnte bzw. den Preis, den ein Aufkäufer bezahlen würde, der das Fahrzeug in einer Fachwerkstätte ordnungsgemäß reparieren ließe.

Dies gilt auch dann, wenn er weiß oder damit rechnet, dass der Geschädigte das Fahrzeug zu einem höheren Preis auf dem Restwertemarkt veräußert.

Was später mit dem Restwert geschieht, hat den Sachverständigen bei der Schadensbemessung nicht zu interessieren. Ein solcher Verkauf hat nämlich mit der Schadensbemessung selbst nichts zu tun, sondern berührt alleine die Frage, ob der Geschädigte mit dem – nicht überobligationsmäßig erzielten und damit anrechenbaren – Übererlös seinen Schaden insoweit bereits wieder ausgeglichen hat³⁹.

Selbstverständlich kann der Sachverständige nicht das erstbeste Angebot als Restwert übernehmen, er muss es vielmehr durch die Einholung mehrerer gleichartiger Angebote auf seine Angemessenheit hin überprüfen. Mehr braucht und darf der Sachverständige gar nicht tun. Von daher braucht der Versuch von Versicherern mit Regressforderungen Druck auf Sachverständige auszuüben wohl nicht weiter kommentiert zu werden.

Schließlich ist ein nach den Leitlinien des BGH ermittelter Restwert auch nicht etwa anhand der Restwertbörse zu überprüfen, wie der BVSK dies seinen Mitgliedern rät, denn was anderes als eine unzulässige Anhebung des korrekt ermittelten Wertes soll denn ein solcher Schritt bewirken?

Ich kann auch nur davon abraten, zusätzlich im Gutachten auf Angebote spezialisierter Restwerthändler hinzuweisen, wie es in letzter Zeit zunehmend Sachverständige entweder auf Druck von Versicherern oder als Hilfe für den Geschädigten tun. Sie bringen den Geschädigten damit nur unnötig in Schwierigkeiten und lassen Zweifel an ihrer Neutralität aufkommen, ganz davon abgesehen, dass sie sich hier, wie noch zu zeigen ist, auf juristischem Gebiet bewegen.

Ich komme schließlich zur jüngsten Restwertentscheidung des BGH vom 30.11.1999⁴⁰:

Wenn man es genau nimmt, ist das gar keine Entscheidung zum Restwert, denn sie befasst sich nicht mit der Schadensbemessung nach § 249, 2 BGB – und damit dem Restwert – sondern mit der Frage ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen dem Geschädigten bei der anschließenden Schadensabwicklung eine Verletzung der Schadensgeringhaltungspflicht gemäß § 254, II BGB vorgehalten werden kann. Deshalb ist die Entscheidung richtigerweise auch nicht mit Restwertbemessung, sondern mit Restwertverwertung überschrieben.

Dennoch verleitet sie zu gründlichen Missverständnissen:

Nach der Interpretation vieler Versicherer z. B. habe der BGH damit die Angebote der spezialisierten Restwerthändler als Bemessungsfaktor anerkannt. Ich zitiere stellvertretend P aus dem gerade im Versicherungsrecht erschienenen Aufsatz von Speer⁴¹, übrigens ein Auszug aus seiner Doktorarbeit mit dem bezeichnenden Titel „Aktives Schadensmanagement in der Kraftfahrzeugversicherung“. Unter Bezugnahme auf die jetzt besprochene Entscheidung führt er dort aus: „Die Strategie einer Vielzahl von Versicherern, dem Geschädigten so früh wie möglich konkrete und ver-

37 Weber, VersR 90, 934 (936).

38 BGH NJW 92, 903.

39 BGH NJW 92, 903 (904).

40 ZfS 2000, 103, DAR 2000, 159.

41 VersR 2002, 17 (22).



bindliche Restwertangebote zu unterbreiten, ist mithin Erfolg versprechend, um die Restwertvorstellung der Versicherer durchzusetzen. Einzige Voraussetzung an die Angebote ist, dass sie so konkret sein müssen, dass der Geschädigte nichts mehr zu unternehmen braucht, als nur zuzugreifen ...“ und weiter: „Auch das Interesse des Geschädigten, sein Fahrzeug bei einem Gebrauchtwagenhändler in Zahlung zu geben, wird nicht nachhaltig beeinträchtigt ... Ihm kann grundsätzlich zugemutet werden, statt den Unfallwagen in Zahlung zu geben, ein höheres Restwertangebot zu akzeptieren und die Inzahlunggabe durch eine Bezahlung zu ersetzen.“

Die Vergleichsrechnung also doch ein Wettlauf um den höchsten Preis und die billigste Schadensbehebung? Aus der BGH-Rechtsprechung – namentlich auch der letzten Entscheidung – ergibt sich gerade das Gegenteil:

Der Senat wiederholt nämlich auch in dieser Entscheidung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung die für die Schadensbemessung – und damit den Restwert – maßgeblichen Grundsätze. Auch hier schließt er den aus früheren Entscheidungen bereits bekannten Satz an. Ich zitiere wörtlich: „Der Schädiger kann den Geschädigten deshalb insbesondere nicht auf einen höheren Restwerterlös verweisen, den dieser auf einem Sondermarkt durch spezialisierte Restwertaufkäufer erzielen könnte.“

Es gilt demnach nach wie vor: Die Angebote der Restwertehändler dürfen bei der Schadensbemessung selbst nicht berücksichtigt werden. Allerdings will der Senat nicht ausschließen, dass dem Geschädigten bei der Resteverwertung im Ausnahmefall zugemutet werden könne, auf das Angebot eines Restwerthändlers einzugehen. Der Senat weist jedoch selbst sofort darauf hin, dass die Möglichkeit ein höheres Restwertangebot anzurechnen als Ausnahme in engen Grenzen gehalten werden müsse.

Da der Geschädigte nach dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes Herr des Restitutionsgeschehens sei, dürfe ihm diese Stellung nicht durch eine zu weite Ausnahmehandhabung genommen werden. Insbesondere dürften ihm bei der Schadensbehebung die von der Versicherung gewünschten Modalitäten nicht aufgezwungen werden.

Auch nach dieser Entscheidung gilt der Grundsatz weiter, dass sich das Wirtschaftlichkeitspostulat und damit das Interesse des Schädigers an einer billigen Schadensbehebung, d. h. einem möglichst hohen Restwert, dem Wiederherstellungsanspruch des Geschädigten unterzuordnen hat.

Da der Geschädigte grundsätzlich Herr des Restitutionsverfahrens ist und bleibt, muss alleine schon deshalb ein solches Hineinregieren des Versicherers auf ein für das Wirtschaftlichkeitspostulat unverzichtbares Minimum beschränkt bleiben. Ausnahmen sind deshalb nur denkbar, wenn das Verlangen des Schädigers nach Wirtschaftlichkeit im Einzelfall dem Recht des Geschädigten zur Schadensbeseitigung in Eigenregie ausnahmsweise einmal vorgeht. Das kann nur dann der Fall sein, wenn sich der Geschädigte freiwillig aus dem ihm durch § 249, 2 BGB gewährten Schutzbereich hinausbegibt und von sich aus an einen spezialisierten Restwertehändler verkaufen will.

Dann und nur dann gibt es keinen vernünftigen Grund und auch kein legitimes Interesse des Geschädigten, das Gebot zur wirtschaftlich vernünftigen Schadensbehebung hinter seiner Dispositionsfreiheit zurücktreten zu lassen. Dann muss er, will er sich nicht die Verletzung der Schadenseringhaltungspflicht vorwerfen lassen, eine ihm vor dem Verkauf bekannt gewordene bessere Verkaufsmöglich-

keit unter der Voraussetzung berücksichtigen, dass er sich um nichts mehr zu kümmern und nur noch das Angebot anzunehmen braucht.

In allen anderen Fällen hat es aber nach wie vor bei der gesetzlichen Wertung zu bleiben, die der Dispositionsfreiheit den Vorrang vor dem Wirtschaftlichkeitsinteresse des Schädigers gibt, d. h. die Restwertangebote spezialisierter Restwertehändler sind auch in Zukunft weder für die Schadensbemessung, noch für die Frage, ob der Geschädigte durch den ohne Informationen des Versicherers erfolgten Verkauf des Restwertes seine Schadensersatzpflicht verletzt hat von Bedeutung. Er kann auch nach wie vor trotz Kenntnis eines höheren vom Versicherer vermittelten Angebotes, den Restwert zum Schätzwert seinem vertrauten Kfz-Händler in Zahlung geben.

Ich komme zum Schluss und appelliere an den Senat⁴², der Praxis endlich eine einfache und möglichst interpretationsfreie Schablone zu geben. Ohne eine solche ist das Massenphänomen „Unfallregulierung“ nicht zu bewältigen. Dass die vom Senat vorgegebenen Leitlinien alleine hierzu nicht ausreichen, zeigt doch der nicht enden wollende Streit um den Restwert.

⁴² Siehe Verf. DAR 91, 373).

Die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit

Prof. Dr. Gerd Seidel, Berlin

1. Das Problem

Dass der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ein unverzichtbares Element des demokratischen Rechtsstaats ist, weiß nicht nur jeder Jurastudent schon im ersten Semester, sondern anerkennt auch jeder politisch interessierte Bürger. Rechtsstaatlichkeit und Richter, die – von welcher Seite auch immer – Weisungen entgegennehmen oder sich sonst in ihrer Tätigkeit in politische oder wirtschaftliche Abhängigkeit begeben, schließen einander aus. Diese in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte sachliche Unabhängigkeit der Richter wird im folgenden Absatz sogleich durch die persönliche Unabhängigkeit, welche den Schutz der Richter gegen Versetzung und Entlassung umfasst, ergänzt und in einer Reihe von Gesetzen weiter ausgestaltet¹. Der imperativ-axiomatische Charakter dieses Verfassungsprinzips mag ein Grund dafür gewesen sein, dass über viele Jahre hinweg ein Nimbus um den Richter kultiviert wurde, der jede Kritik an seiner Tätigkeit von vornherein als unzulässigen Eingriff in seine Unabhängigkeit, zumindest aber als inopportun erscheinen ließ. Dieses Klima der absoluten Unantastbarkeit der Richter widerspiegelte sich auch in der Literatur zu diesem Thema. Es wurde ein extensiver, teilweise exzessiver Begriff der richterlichen Unabhängigkeit entwickelt, nach dem z. B. allein schon die bloße Nachfrage aus dem Justiz-

¹ Vgl. insb. § 325 ff. DRiG, § 1 GVG, § 1 VwGO, § 1 SGO, § 1 SGG.



ministerium nach dem Verhandlungstermin für ein von der Öffentlichkeit mit großem Interesse erwartetes Strafverfahren gegen jugendliche Gewalttäter eine Verletzung des Unabhängigkeitsgrundsatzes sein soll². Überlegungen zu den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit waren früher eher in der Minderzahl. So legte der ehemalige Bundesverfassungsrichter W. Geiger schon 1979 besonderen Wert auf die Feststellung, dass Unabhängigkeit kein Privileg des Richters sei und „kein Freibrief zu eigenwilliger Überhebung über das Recht und noch weniger ein Fetisch, unter dem man Rechthabereien und Kapriolen pflegen kann, mit denen man Vorgesetzte ärgert oder den Rechtsuchenden spüren lässt, wie abhängig er von der Gnade des Richters ist.“ Geiger wandte sich schon damals „ganz eindeutig und ausdrücklich gegen Übertreibungen, die gelegentlich versuchen, die richterliche Unabhängigkeit zur Unangreifbarkeit des Richters hochzustilisieren.“ Unabhängigkeit sei kein Privileg des Richters, sondern eine Eigenschaft, die er hat oder nicht hat³. Mit diesen unbequemen Worten artikulierte Geiger damals schon deutlich erkennbare Tendenzen; er blieb aber zunächst einsamer Rufer.

Eine Zäsur in dem von Korpsgeist nicht ganz freien Selbstverständnis der Richterschaft über ihre Unabhängigkeit trat 1994 mit dem skandalösen Deckert-Urteil der 6. Strafkammer des Mannheimer Landgerichts ein, in dem Richter R. Orlet als Berichterstatte dem angeklagten Neonazi Deckert unverhohlen den Respekt des Gerichts zollte⁴.

Die öffentliche Empörung darüber führte erstmals dazu, dass der Deutsche Richterbund seine Zurückhaltung aufgab und dessen Stellvertretender Vorsitzender, Weber, öffentlich Maßnahmen gegen die beteiligten Richter forderte. Da wurde vor einer Elfenbeinturm-Mentalität der Richter gewarnt und selbstkritisch ein Versagen der Justiz vermerkt, das vor allem auch darin bestanden habe, die Gerichte von aus der NS-Zeit belasteten Juristen nicht freigehalten und in jener Zeit in ihren Ämtern kriminell gewordene Richter und Staatsanwälte nicht rechtskräftig abgeurteilt zu haben⁵. Es wurden weit reichende Forderungen nach Sanktionen gegen die beiden hauptverantwortlichen Richter Orlet und Müller erhoben; sogar die bislang ungenutzte Richteranklage gem. Art. 98 GG wurde diskutiert⁶. Andere wandten sich zur gleichen Zeit strikt gegen Konsequenzen für die beiden Mannheimer Richter⁷. Das Präsidium des Mannheimer Landgerichts entschied sich für einen wenig konsequenten Weg, der über § 21e Abs. 3 GVG führte: Durch die dauerhafte Krankmeldung der Richter wurde die Auseinandersetzung mit den betreffenden Richtern umgangen. Das hinter dem Mannheimer Urteil stehende Problem war aber alles andere als dauerhaft gelöst. Im Gegenteil, von nun an wurde der Schleier des Mythos der richterlichen Unabhängigkeit mehr und mehr gelüftet, ihre Grenzen und ihre Kontrolle häufiger hinterfragt⁸. Ausgefallene Entscheidungen und Verhaltensweisen einzelner Richter aus den vergangenen Jahren bieten dazu leider ausreichend Gelegenheit. Um die Fassetten des Problems deutlich zu machen, sei nur auf einige Berichte über solcherart richterliche Tätigkeit Bezug genommen:

• Ein Richter am Amtsgericht Idstein vertrat in einer Entscheidung über eine Unterhaltssache ernsthaft die Auffassung, die unbefleckte Empfängnis sei „wissenschaftlich nicht auszuschließen“, zumal die Kulturgeschichte des christlichen Abendlandes „zu einem nicht unerheblichen Teil“ auf der Erscheinung der jungfräulichen Geburt beruhe. Der Richter übernahm damit – ohne die Hilfe eines medizinischen Gutachters und „nur auf seinen eigenen Sachver-

stand gestützt“ – die Behauptung der Kindsmutter, sie müsse vom Küssen mit einem Fremden schwanger geworden sein, was zur Folge hatte, dass der durch einen DNA-Test als Kindsvater ausgeschlossene derzeitige Ehemann zur Unterhaltszahlung verpflichtet wurde⁹.

• Der als Richter „Gnadenlos“ bekannte Hamburger Strafrichter Ronald B. Schill ist wegen seiner unverhältnismäßig drakonisch hohen Strafzumessung, insbesondere in Fällen der Kleinkriminalität, wiederholt bundesweit ins Geredekommen. Zuletzt hat er für Aufsehen gesorgt, als er zwei Zuschauer, die während seiner Urteilsverkündung störten, mit sofort zu vollziehenden drei Tagen Ordnungshaft belegt und deren Haftbeschwerde jedoch erst am Nachmittag des übernächsten Tages bearbeitet hatte. Seine Verurteilung wegen Rechtsbeugung wurde vom BGH zur Neuverhandlung an das Landgericht zurückverwiesen¹⁰. Schill hat zwischenzeitlich in Hamburg eine Partei Rechtsstaatlicher Offensive gegründet.

• Den Gegenpart zu Schill spielt gewissermaßen der Präsident des Landgerichts Cottbus wegen der unter seinem Vorsitz verhängten Bagatellstrafen für Fälle der schweren Kriminalität, aber auch wegen seiner langwierigen Verhandlungsführung. Im Prozess wegen des 1999 von rechtsradikalen Jugendlichen in Guben in den Tod gehetzten Algeriers Omar Ben Noui und wegen anderer Verbrechen ließ es Richter Dönitz in den sich über 17 Monate erstreckenden 81 Verhandlungstagen nach übereinstimmenden Prozessberichten zu, dass das Gericht von den feixenden und auch sonst disziplinenlosen Angeklagten nicht ernst genommen wurde. Von den elf Angeklagten, die alle bis auf eine Ausnahme bereits vorher – zumeist einschlägig – strafrechtlich in Erscheinung getreten waren, erhielten drei Angeklagte Jugendstrafen zwischen zwei und drei Jahren, sechs Angeklagte Bewährungsstrafen zwischen 12 und 18 Monaten und zwei Angeklagte Verwarnungen und eine Arbeitsaufgabe von 100 bzw. 200 Stunden. Bei der Strafzumessung wurde den Verurteilten u. a. zugute gehalten, dass sie im Zeitraum zwischen der Begehung der unter Anklage stehenden Taten und dem Protzessende nicht erneut straffällig geworden sind. Während den Angeklagten vom Gericht unter Berufung auf die Kannbestimmung des § 74 J GG keinerlei Kosten und Auslagen auferlegt wurden, blieben die von den Angeklagten ebenfalls gepeinigten aber überlebenden ausländischen Nebenkläger auf ihren Kosten sitzen¹¹. Auf einen der beiden vom Gericht mit einer Verwarnung bedachten Täter hatte das ihm auferlegte Zuchtmittel eine solche Wirkung, dass er schon einen Monat nach Urteilsverkündung am 13.11.2000 gemeinsam mit zwei Freunden in Guben erneut ausländerfeindliche Parolen grölte und dabei einen Deutschen mit asiatischem Aussehen fest hielt, wobei diesem ein Messer in den Rücken gestochen wurde.

Die heftige Kritik, die nicht nur die Presse, sondern auch sonst eher Zurückhaltung übende Politiker an der Verhand-

2 Z. B. Mattik, in: DRiZ 1994, 350.

3 Geiger, in: DRiZ 1979, 66.

4 Vgl. Herr, DRiZ 1994, 405.

5 DRiZ 1994, 349.

6 Vgl. DRiZ 1995, 69 ff.; dazu auch Lamprecht, Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter, 1996, S. 38 ff.

7 Z. B. Herr, aaO, S. 410; Rudolph, in: DRiZ 1994, 390.

8 Vgl. u. a. Lamprecht, aaO; Mönntmann, Roben, Richter, Rechtsverdreher, 1997.

9 Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 6.9.2000.

10 BGH, Urteil vom 4.9.2001 – 5 StR 92/01.

11 Vgl. Urteil des LG Cottbus, Az. 23 Kfs 14/99, 1630 Js 80/99.



lungsführung wie auch am Urteil im Gubener Hetzjagdprozess übten, wies der Richter als Versuche „unzulässiger Einflussnahme in die Arbeit des Gerichts“ zurück¹². Der gleiche milde Richter verurteilte wenig später in der Berufungsverhandlung einen fremdenfeindlichen 28-jährigen Cottbusser, der eine Togoerin und ihr Baby in der Straßenbahn beschimpft, bedroht und geschlagen hatte, zu einer nur noch achtmonatigen Haft auf Bewährung, obwohl dieser in einer anderen Strafsache vom Amtsgericht Cottbus erst drei Wochen zuvor zu sechs Monaten auf Bewährung, ebenfalls wegen Körperverletzung, verurteilt worden ist¹³.

• Berichtet wird über den Direktor des Amtsgerichts Garmisch-Partenkirchen, G. Körner, der in selbstherrlicher Weise wiederholt seine richterlichen Befugnisse grob überschritt, u. a. dadurch, dass er seine 16-jährige Tochter und deren Freundin in der JVA an einer Haftvernehmung eines Beschuldigten teilnehmen ließ und anschließend die Lebensgefährtin des Inhaftierten, die deswegen über ihn Beschwerde geführt hat, drangsalierte¹⁴.

Diese Fälle, die gewiss um weitere ergänzt werden könnten¹⁵, sind durch zwei Umstände geeint: Erstens weichen sie offensichtlich von der normalen Bandbreite richterlicher Tätigkeit ab. Sie liegen außerhalb des Spektrums richterlicher Entscheidungen, über die man unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit – auch in der Öffentlichkeit – üblicherweise streitet, womit jeder Richter leben muss. Sie sind vielmehr geeignet, das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat zu schwächern und den Richterstand zu diskreditieren. Zweitens folgten diesen Fällen – bis auf den Fall Schill – weder Sanktionen noch sonstige Konsequenzen. Kritik wurde meist unter Verweis auf die richterliche Unabhängigkeit zurückgewiesen.

Es soll hier keineswegs der Eindruck vermittelt werden, dass Beispiele, wie die hier beschriebenen, repräsentativ für die deutsche Richterschaft sind. Die Mehrheit der heute ca. 22.000 Richter verdient im Gegenteil hohe Anerkennung, weil sie oft unter schwierigen Arbeitsbedingungen ein immer größeres Arbeitspensum zu erledigen hat und dabei trotzdem einen insgesamt hohen Qualitätsstandard aufrechterhält. Verantwortungsbewusstsein und das Bemühen, mit beiden Beinen im Leben zu stehen, sind bei ihnen deutlich spürbar. Umso mehr stellt sich die Frage, ob der Rechtsstaat wirklich machtlos ist, wenn einige Richter bis zum Ende ihrer beruflichen Laufbahn folgenlos ihn und den gesamten Richterstand in Verruf bringen. Muss man diesen Zustand wirklich als Preis akzeptieren, den man für die Unabhängigkeit der Richter zahlen muss¹⁶? Das Problem wird nicht etwa dadurch gemildert oder gar gelöst, dass für die Korrektur eines offensichtlichen Fehlurteils ein Rechtsmittel zur Verfügung steht¹⁷.

Vom ehemaligen Präsidenten des BVerwG, H. Sendler, stammt der Befund, dass es „nahezu nichts gibt, was einem Richter bei seiner richterlichen Tätigkeit, also in amtlicher Eigenschaft, nicht erlaubt wäre. Dafür sorgt die dienstgerichtliche Rechtsprechung, die unter Berufung auf die richterliche Unabhängigkeit nahezu alles deckt bis hin zu groben Flegeleien und zur Verlautbarung politischer Glaubensbekenntnisse abwegigen Inhalts im Rahmen von Gerichtsverhandlungen oder aus Anlass von Urteilsbegründungen¹⁸“.

Vor diesem Hintergrund stellen sich gleich mehrere Fragen: Ist der bisher praktizierte Begriff richterlicher Unabhängigkeit, der den Richter einem Heiligen gleich von jeder Kritik abschottet, unter den modernen Bedingungen des

21. Jahrhunderts noch tauglich? Oder mit K. Redeker gefragt: Kann sich richterliche Tätigkeit als einziger Beruf in der Bundesrepublik heute noch – hinter dem Vorhang der richterlichen Unabhängigkeit – jeder Prüfung und Kontrolle ihrer Arbeitsweise entziehen¹⁹? Und sollte es nicht möglich sein, Fehlentwicklungen innerhalb der Richterschaft durch präventive Verfahren rechtzeitig zu erkennen und darauf zu reagieren, bevor Schlagzeilen daraus werden?

Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

Zunächst aber soll ausgelotet werden, wo heute die wirklichen Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit lauern, um von hier aus ihre Grenzen evtl. neu zu markieren, ohne dass der Rechtsstaat dadurch Schaden nimmt.

2. Die Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit

Die Angriffe auf die Rechtsprechung, derentwegen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die richterliche Unabhängigkeit in Deutschland gesetzlich institutionalisiert worden ist²⁰, kommen seit geraumer Zeit nicht mehr in erster Linie aus der Richtung der ersten und zweiten Gewalt²¹. Dank einer wachen demokratischen Öffentlichkeit, aber vor allem auch dank der Medien als der „vierten“ Gewalt, ist der klassische Versuch der Einflussnahme des Ministers auf eine richterliche Entscheidung heute eher selten geworden und hat regelmäßig dessen Rücktritt zur Folge. Auch von der Justizverwaltung drohen wohl keine ernsthaften Gefahren. „Die Justizverwaltung bedrohe bei uns die richterliche Unabhängigkeit, kann nur behaupten, wer mit Berufung auf richterliche Unabhängigkeit den Richter in seiner Tätigkeit, auch so weit sie nicht die Streitentscheidung unmittelbar betrifft, unangreifbar machen will und mit Hilfe der Verfassungsgarantie den Richter legitimieren will, grenzenlose Freiheit bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu postulieren ...²²“, schreibt Geiger.

Wenn also die wirklichen Gefahren für die Unabhängigkeit der Richter nicht von außen lauern, dann müssen sie innerhalb der Rechtsprechung der dritten Gewalt selbst liegen, also bei den Richtern und in deren unmittelbarem Umfeld. Ihnen kann durch präventive und repressive Mittel entgegengewirkt werden.

3. Die präventiven Maßnahmen zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit

Wenn es zutrifft, dass die verfassungsrechtlich geschützte richterliche Unabhängigkeit eine Eigenschaft des Richters ist und damit vor allem seine innere Unabhängigkeit voraussetzt, d. h. eine bestimmte geistige und ethische Haltung und fachliche Qualifikation verlangt, die in ständiger Selbstkontrolle neu zu gewinnen ist²³, dann muss dies

12 Berliner Zeitung v. 14.11.2000.

13 Berliner Zeitung v. 8.2.2001.

14 Dazu im Einzelnen: Möntmann, aaO, S. 16 ff.

15 Vgl. u. a. Lamprecht, aaO Möntmann, aaO.

16 Prantl, in: SZ v. 17.8.1994, S. 4.

17 Limbach, in NJ 1995, 282.

18 Sendler, NJW 1996, 826.

19 Redeker, NJW 2000, 2798.

20 Schaffer, Bay VBl. 1991, 644.

21 Schuppert, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Reform der Justizverwaltung: Ein Beitrag zum modernen Rechtsstaat, 1998, 215 ff.

22 Geiger, DRiZ 1979, 67.

23 Kissel, GVG, Kommentar, § 1 Rdnr. 32; Schaffer, aaO, S. 648.



sowohl bei der Auswahl der Richter bis zu ihrer Vereidigung auf Lebenszeit als auch danach bei ihrer Beurteilung und Beförderung Berücksichtigung finden.

Während des Jurastudiums können bestenfalls fachliche Fähigkeiten für das Richteramt vermittelt werden. Ob aber auch die erforderlichen charakterlichen Eigenschaften und menschlichen Werte bei der Berufung in ein Richteramt die gebührende Aufmerksamkeit finden, kann bezweifelt werden²⁴. Für diese Prüfung reicht auch die Probezeit oft nicht aus. Freilich wäre die Forderung unrealistisch, mit Anfang 30 bereits die menschlich gereifte und fachlich hoch qualifizierte Richterpersönlichkeit vereidigen zu wollen. Menschliche und fachliche Fähigkeiten können auch im Laufe der Berufsjahre hinzu erworben werden, wenn eine solide Basis dafür vorhanden ist. Ist sie nicht vorhanden, und wird z. B. ein Mensch mit erheblichen charakterlichen Defiziten vereidigt, so wird dieser Umstand bis zu seiner Pensionierung mit allen möglichen Folgen für die Rechtsprechung in Kauf zu nehmen sein.

Daher kann man durchaus der Überlegung näher treten, nur solche Juristen ins Richteramt zu berufen, die sich vorher einige Jahre als Rechtsanwalt oder Staatsanwalt bewährt haben. Das muss nicht unbedingt bedeuten, dass der Richter – wie im angloamerikanischen Justizsystem – erst in „fortgeschrittenen“ Jahren ins Amt gelangt. In jedem Fall hätte ein solches Verfahren den Vorteil, dass die Auswahl aus der Bewerberschaft gründlicher erfolgen könnte und dass der künftige Richter nicht nur mehr Menschenkenntnis mitbringt, sondern vorher auch fachliche Erfahrungen auf der anderen Seite des Richtertisches sammeln konnte. Allerdings würde dies eine Veränderung der Einstiegsbesoldung für Richter voraussetzen, denn ein wohl etablierter Rechtsanwalt wird der Verlockung der derzeitigen Richterbesoldung im Regelfall gut widerstehen können²⁵.

Überdenkenswert ist auch das derzeitige Verfahren der Beurteilungen der Richter. Die LRiG schreiben in der Regel vor, dass ein Richter, abgesehen von besonderen Anlässen, alle vier bzw. fünf Jahre zu beurteilen ist, wobei die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und der fachlichen Leistungen zu Grunde zu legen sind. In der Literatur wird überwiegend kritisch vermerkt, dass die Beurteilung des Richters regelmäßig in der Hand eines einzelnen Juristen liegt; im Kollegialgericht ist dies der Kammervorsitzende. Damit werde bei den zu Beurteilenden, die an ihrem beruflichen Fortkommen interessiert sind, eine Haltung des Wohlverhaltens, der Anpassung und der Passivität erzeugt, die leicht in opportunistisches Mittelmaß münden kann. Dadurch entstehe im Gericht eine Hierarchie zwischen Richtern, die so nicht gewollt sein kann²⁶.

Dieses gewiss nicht befriedigende Beurteilungsmuster könnte dahingehend geändert werden, dass die Beurteilung der Richter Bestandteil einer etwa zweijährlich stattfindenden Evaluierung der Gerichte wird. Dabei sollte die Bewertung der Tätigkeit eines Richters von einem in der personellen Zusammensetzung wechselnden Team vorgenommen werden, dem sowohl Kollegen einer übergeordneten Instanz wie auch der gleichen Instanz angehören. Eine solche Beurteilung hat nur dann Sinn, wenn darin auch inhaltliche Aspekte insoweit berücksichtigt werden, als z. B. eine signifikant hohe Zahl von durch Rechtsmittel aufgehobene Entscheidungen oder wiederholt gravierende Abweichungen von der geltenden Rechtsprechung in der Tätigkeit eines Richters zu vermerken ist. Dabei sollte allerdings jeder Schematismus vermieden werden.

Das Vorbringen, dies sei ein Eingriff in die Unabhängigkeit des Richters, kann deshalb nicht greifen, weil eine solche auf gemeinsamem juristischen Sachverstand beruhende Einschätzung einen höheren Stellenwert als die einer Einzelperson hat und zudem auf die Bewertung der menschlichen und fachlichen Fähigkeiten der Person des Richters gerichtet ist, und keine Einflussnahme auf eine konkrete richterliche Entscheidung darstellt. In der Bewertung des Richters sollte auch seine Bereitschaft zur Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen gewürdigt werden. Auf diese Weise könnte die Beurteilung gewissermaßen als Stimulus zur Erhöhung der bisherigen Teilnahmequote an solchen Fortbildungsmaßnahmen genutzt werden²⁷. Das würde nicht nur in mehrfacher Hinsicht im ureigenen Interesse des Richters liegen, sondern könnte auch der vom Recht suchenden Bürger nicht nachvollziehbaren Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung zu bestimmten Materien entgegenwirken²⁸. So mag es von zwei Richtern desselben Amtsgerichts als höchster Ausdruck ihrer Unabhängigkeit gesehen werden, wenn im Mietstreit zwischen dem Vermieter und einer Mehrzahl von Mietern desselben Hochhauses bei identischer Sach- und Beweislage der eine Richter zu Gunsten der Mieter und der andere Richter zu Ungunsten der Mieter entscheidet²⁹. Die Betroffenen empfinden dies als Willkür. Der Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz wird durch eine solche Rechtsprechung auf den Kopf gestellt. Gerade in den neuen Bundesländern, wo die Anrufung der höheren Instanz aus finanziellen oder psychologischen Gründen oft vermieden wird, wirkt in solchen Fällen der Verweis auf Rechtsmittel eher kontraproduktiv. Solche Erfahrungen mit der Rechtsprechung werden mit einem Lotteriespiel verglichen und sind nicht geeignet, ein positives Verhältnis zum Rechtsstaat zu fördern³⁰. Die fehlende Kommunikation zwischen den oft als „Einzelkämpfern“ agierenden Richtern ist häufig Ursache für diese vermeidbaren Vorgänge; sie könnte u. a. auf Diskussionsforen oder bei Gelegenheit der Fortbildungsmaßnahmen überwunden werden.

Als Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit stellen sich in vielen Gerichten die schlechten Arbeitsbedingungen und vor allem die veralteten Arbeitsmethoden dar, die es den Richtern erschweren, mit dem erhöhten Arbeitsanfall fertig zu werden. Wenn dann noch eine nur an Hand quantitativer Merkmale festgelegte „Erledigungsstatistik“³¹ praktiziert wird, dann erhöht das weder die Motivation der Richter noch die Qualität der Arbeit. Richter suchen dann nach anderen Wegen, die Arbeit rationeller zu gestalten. Dies kann negative Auswirkungen auf die Arbeit der Zivil- wie der Strafgerichte haben. So klagen Anwälte und Parteien darüber, dass Zivilrichter – jenseits der von der ZPO vorgegebenen Orientierung auf den Vergleich – zunehmend Druck auf die Parteien ausüben, einem mit weniger Aufwand verbundenem Vergleich auch dann zuzustimmen, wenn die Parteien nicht davon überzeugt sind. – Im Strafprozess hat sich ein „Deal“ vor bzw. am Rande der Haupt-

24 So auch R. Voss, DRiZ 1994, 449.

25 Herrmann, DRiZ 1982, 290.

26 Lamprecht, aaO, S. 207 ff., 157.

27 Statistischen Angaben von 1995 zufolge soll sie bei nur 54% liegen.

28 Auf das Problem der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung als Nebenwirkung der richterlichen Unabhängigkeit verweist A. Baer, Die Unabhängigkeit der Richter in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, 1997, S. 50 ff.

29 Vgl. u. a. Urteile des AG Berlin-Lichtenberg Az. 4 C 764/95 und Az. 5 C 787/95.

30 Dazu auch Baer, aaO, S. 44 ff.

31 Schmidt, DRiZ 1981, 85.



verhandlung zwischen Richter, Anwalt und Staatsanwalt durchgesetzt, der dem Wesen des deutschen Strafrechts entgegenläuft, weil er die Strafhoheit des Staates zum Handelsobjekt herabwürdigt: Das Geständnis des Angeklagten honoriert der Richter mit einer mildernden Strafe, was von der anderen Seite mit einem Verzicht auf Rechtsmittel goutiert wird³². – Unvertretbar ist auch die Praxis mancher Richter, für komplexe Verfahren wie insbesondere Wirtschaftsstrafsachen – ungeachtet von Kritiken und Beschwerden – trotz Verhandlungsreife z. T. über Jahre hinweg einfach keinen Termin für die Hauptverhandlung festzulegen. Allein der längst in das deutsche Recht durchgedrungene Verfahrensbeschleunigungsgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK lässt in solchen Fällen eine Berufung weder auf die richterliche Unabhängigkeit noch auf erhöhten Arbeitsanfall zu³³.

4. Die Maßnahmen zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit

Die Richter, die eine Verletzung ihrer Dienstpflichten begangen haben, können durch vier Arten von Maßnahmen belangt werden. Das sind

1. die Richteranklage gem. Art. 98 Abs. 2 GG,
2. die strafrechtliche Belangung wegen Rechtsbeugung,
3. Disziplinarmaßnahmen sowie
4. Formen der Dienstaufsicht³⁴.

Für die Richteranklage setzt Art. 98 Abs. 2 u. 5 GG sehr hohe Maßstäbe, sodass es ein solches Verfahren bisher noch nicht gegeben hat³⁵.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Strafverfolgung eines Richters wegen Rechtsbeugung. Solche Verfahren hat es bisher in begrenzter Zahl gegeben³⁶.

Von etwas größerer Bedeutung ist die Disziplinargerichtsbarkeit. Hier kann das Dienststrafgericht im Falle von schweren Disziplinarverstößen bis hin zur Amtsenthebung, Zwangsversetzung, Entlassung oder Versetzung in den Ruhestand, entscheiden³⁷.

Die Dienstaufsicht gem. § 26 DRiG dient der Erfüllung der Justizgewährungspflicht und ist somit kein Standesprivileg³⁸. Sie wird vom Justizminister und in dessen Auftrag vom Gerichtspräsidenten wahrgenommen. Dabei wird die Beobachtungs- von der Berichtigungsfunktion unterschieden. Das dienstaufsichtführende Organ kann demzufolge einen Richter „beobachten“, ob er pflichtgemäß handelt und ihn ggf. belehren oder „Vorhaltungen“ machen³⁹.

Im Unterschied zur Richteranklage, zur Strafverfolgung wegen Rechtsbeugung und zur Disziplinargerichtsbarkeit, die bei konkret umschriebenen Verhaltensweisen der Richter zum Tragen kommen, ist die Dienstaufsicht unsichtbar und diffus. Sie soll gewissermaßen präventiv wirken. Dieser eher informelle Charakter hat nicht selten dazu geführt, ihren Wirkungsbereich zu Gunsten der richterlichen Unabhängigkeit stark einzuschränken⁴⁰. Die vom BGH vorgenommene Unterscheidung in einen „Kernbereich“ richterlicher Tätigkeit, in dem Maßnahmen der Dienstaufsicht unzulässig sein sollen, in einen dazugehörigen aber der beschränkten Kontrolle unterliegenden angrenzenden Tätigkeitsbereich sowie in einen weiteren, dem Kernbereich entrückten Bereich der äußeren Ordnung, in dem die Dienstaufsicht vollinhaltlich zulässig sein soll, könnte – abgesehen von bestimmten Unebenheiten – durchaus als Leitlinie für die Dienstaufsichtspraxis dienen⁴¹. Bemerkenswert ist hieran vor allem, dass der BGH offensichtlich rechtliche Fehlgriffe im Kernbereich der Rechtsprechung (ausnahms-

weise) zum Bereich der äußeren Ordnung zählt, weil es im berechtigten Interesse des Staates liegt, die Bindung des Richters an Gesetz und Recht als unverzichtbares, ergänzendes Element des Unabhängigkeitsprinzips im Wege der Dienstaufsicht sicherzustellen⁴². Damit hat der BGH deutlich gemacht, dass die Dienstaufsicht bei grob fehlerhafter Amtsausübung mit den – wenn auch schwachen – zu Gebote stehenden Mitteln vorgehen kann. Leider wird in der Praxis davon wenig oder kein Gebrauch gemacht, weil die richterliche Unabhängigkeit immer noch wie ein Fetisch über die Justizaufsicht gestellt wird⁴³.

Fazit

Es geht hier nicht darum, dass sich ein Richter für jede seiner Entscheidungen rechtfertigen soll. Er darf auch nicht in der Furcht leben, dies tun zu müssen, denn dann wäre er nicht mehr unabhängig. Dass richterliche Urteile umstritten sind, ist öfter unvermeidbar. Auf diese Weise wird nicht selten ein notwendiger Streit bzw. Dialog in Gang gesetzt, der gesellschaftliche Prozesse vorantreibt oder zu ihrer Klärung beiträgt.

Worauf es ankommt, ist, Situationen zu verhindern, in denen einzelne Richter wiederholt durch offensichtlich grob unverhältnismäßige oder völlig unplausible Entscheidungen bzw. Eskapaden im persönlichen Verhalten die gesamte Richterschaft und darüber hinaus öfter auch den Rechtsstaat in Misskredit bringen. Solche Fälle fördern Defizite in der Einstellung der betreffenden Richter in ihrem Amtsverständnis zu Tage. Sie identifizieren meist die richterliche Unabhängigkeit mit den persönlichen Privilegien. Tatsächlich aber dienen die persönlichen Privilegien keinem Selbstzweck, sondern sind den Richtern insoweit funktionsgebunden zugewiesen, als sie der Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit zu dienen bestimmt sind. Die richterliche Unabhängigkeit dient ihrerseits der Rechtsstaatlichkeit und nicht umgekehrt.

Das derzeitige System der Dienstaufsicht konnte nicht verhindern, dass sich eine Reihe von Fehlentwicklungen verfestigen konnte, die in den Medien ein Richterbild erzeugten, das der Wirklichkeit im Ganzen nicht gerecht wird. Im Falle des Deckert-Urteils stellte der damalige Vorsitzende des Deutschen Richterbundes, R. Voss, resigniert fest, dass das „eigenbrötlerische“ Wesen des Richters Orlet und dessen symbiotisches Zusammenwirken mit seinem Kammervorsitzenden wohl bekannt gewesen, aber in der Kollegenschaft nicht angesprochen worden sei⁴⁴.

32 Lamprecht, aaO, S. 111.

33 Vgl. z. B. Beschluß des Berliner Kammergerichts zu einer fast sechs Jahre anhaltenden Ablehnung der Festlegung eines Hauptverhandlungstermins durch einen Vorsitzenden Richter, 2 AR 125/94 – 4 Ws 80/01.

34 Schmidt, DRiZ 1981, S. 81.

35 Dazu u. a. Burmeister, DRiZ 1998, 18 ff.

36 Vgl. Verfahren gegen ehem. DDR-Richter, z. B. im Fall Havemann, BGH, Urteil vom 10.12.1998 – 5 StR 322/98 -, NJW 1999, 3347 ff.; auch H. Rottleuthner (Hrsg.), Das Havemann-Verfahren, 1999.

37 Vgl. §§ 30 ff. DRiG.

38 BGH, DRiZ 1978, 185.

39 Achterberg, NJW 1985, 3042.

40 Vgl. Funk, DRiZ 1978, 362.

41 Vgl. Achterberg, aaO, 3045.

42 BGHZ 42,46, 147, 150, 163, 169; 47, 275, 285; 67,100, 184,187, 271, 276; 70, 1, 4;

43 Vgl. Mittenzwei, in: Zivilprozeß und Praxis, FS Schneider, 1997, S. 372.

44 Voss, DRiZ 1994, 449.



Um einer weiteren Erosion des Rufes des Richteramtes durch solche Fälle entgegenzuwirken, scheinen folgende Überlegungen geboten zu sein:

Richter sollten sich dem kollegialen Diskurs öffnen. Sie können sich – wenn die Mauer zum Rest der Gesellschaft nicht höher werden soll⁴⁵ – nicht weiter einer kollektiven Evaluierung durch Richterkollegen aus der gleichen und übergeordneten Instanz entziehen. Mit personell rotierenden Evaluierungskommissionen würde das oben beschriebene Abhängigkeitsverhältnis abgebaut, und bei transparenter Handhabung der Evaluation könnte man Fehlentwicklungen präventiv abfangen.

Freilich dürfte eine Evaluierung nicht zu einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit führen, denn diese ist dem Richter immerhin auch gegenüber Einflüssen aus der Justiz selbst gewährt. Diese Gefahr wird aber dadurch minimiert, dass an den Evaluierungsverfahren nur Richter beteiligt wären, die selbst evaluiert werden. Nach der Rechtsprechung des BGH wird die richterliche Unabhängigkeit regelmäßig dann verletzt, wenn eine dienstliche Beurteilung faktisch auf eine Weisung hinausläuft, wie der Richter in Zukunft verfahren und entscheiden soll⁴⁶.

Die Evaluation sollte einerseits anhand von Standardmerkmalen, andererseits aber auch nicht bürokratisch oder kreativitätserstickend durchgeführt werden. So muss die fortwährende Abweichung eines Richters von der Rechtsprechung der Obergerichte nicht schlechthin für ihn negativ zu Buche schlagen. Sie kann unter Umständen auch ein Ausdruck besonderer Verantwortung und Weitsicht sein. So war es z. B. bis zum Jahr 2000 in den Strafgerichten fast durchgängige Praxis, rechtsradikale Gewalt lediglich als Körperverletzungsdelikte zu ahnden, ohne die damit verbundene fremdenfeindliche bzw. rassistische Motivation der Täter näher zu beleuchten, obgleich letztere spätestens seit 1990 oft klar erkennbar war. Jene einzelnen Richter, die in dieser Zeit die besagte Tätermotivation und den organisierten Charakter solcher Taten erkannt und dies bei der Strafzumessung berücksichtigt hatten, haben Anerkennung und keinen Tadel verdient.

Ziel der regelmäßigen Richterevaluierung sollte es sein, in allen Gerichten eine offene und kritisch-kollegiale Atmosphäre zu schaffen, in der auch Platz für Zweifel und Selbstzweifel ist. Nicht die „Benotung“, sondern die Anregung zur Selbstreflexion sollte im Vordergrund stehen. Dies scheint vor dem Hintergrund der künftig vermehrten Einzelrichterverantwortung von besonderer Bedeutung zu sein.

Auf diese Weise könnten Erscheinungen bei einzelnen Richtern, die das Ansehen der Richterschaft beschädigen, schneller erkannt und manche Disziplinarverfahren überflüssig werden.

Dies alles bedeutet mehr Eigenverantwortung für die Justiz⁴⁷ und verlangt freilich bei manch einem ein Umdenken, weg von der Unfehlbarkeitsposition, die jederlei Kritik an richterlicher Tätigkeit als Verletzung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit darstellen möchte und hin zu mehr Offenheit und Dialogbereitschaft.

Der Strafverteidiger und sein Handeln – oftmals Strafvereitelung und Geldwäsche? – Ein Überblick

Dr. Tanja Hartmann, Gießen

Einleitung

Die strafrechtlichen Grenzen der Strafverteidigung wurden bislang immer am Tatbestand der Strafvereitelung (§ 258 StGB) aufgezeigt, weil „... seine Bedeutung für den 'Verteidigeralltag' am größten ist“¹. Der folgende Beitrag möchte sich nicht auf § 258 StGB begrenzen, sondern zudem § 261 StGB – den Geldwäschetatbestand – in die Überlegungen miteinbeziehen, weil dieser durch den ergangenen Beschluss des OLG Hamburg vom 6.1.2000² neue Aktualität erfahren hat.

1. Teil: Strafverteidigung und Strafvereitelung

I. Stellung des Strafverteidigers

„Eine Strafverteidigung setzt besondere und in sich scheinbar widersprüchliche Fähigkeiten eines Rechtsanwalts voraus. Dem Mandanten muss der Verteidiger ein loyaler und mitfühlender Helfer sein, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht gegenüber muss er als seriöses Organ der Rechtspflege auftreten. ...“³. Unter Zugrundelegung dieses Zitates ist der Verteidiger auf der einen Seite Beistand des Beschuldigten, auf der anderen Seite Organ der Rechtspflege⁴.

Trotz des missverständlichen Begriffes „Organ der Rechtspflege“ ist ein Strafverteidiger jedoch nicht wie ein Richter (§ 244 Abs. 2 StPO) oder ein Staatsanwalt (§ 160 Abs. 2 StPO) zur Ermittlung der objektiven Wahrheit im Strafverfahren verpflichtet⁵. Vielmehr hat der Verteidiger aufgrund seiner Beistandsfunktion zu dem Beschuldigten insbesondere im Falle eines schuldigen Angeklagten innerhalb des Verfahrens darauf hinzuwirken, dass alle zugunsten seines Mandanten sprechenden Umstände in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden, gleichzeitig ist er gehalten, solche Umstände nicht zur Sprache zu bringen, die seinen Mandanten in irgendeiner Form belasten könnten⁶.

Gleichwohl ist die Bezeichnung „Organ der Rechtspflege“ im Zusammenhang mit einem Strafverteidiger keinesfalls verfehlt. Sie dient vielmehr der rechtlichen Begrenzung

45 Nach Meinung des Bundesverfassungsrichters Hassemer ist das Verhältnis der Justiz zur Öffentlichkeit „denkbar schlecht“, DRiZ 1998, 370 ff.

46 BGH, Urt. v. 14. 4.1997 – RiZ (R) 3/96, in: DRiZ 1998, 22.

47 Dazu W. Hoffmann-Riem, DRiZ 2000, 18 ff.

1 Beulke Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, S. 1.

2 OLG Hamburg Beschl. v. 6.1.2000 – 2 Ws 185/99, NJW 2000, 673 – 682.

3 Spormann <http://www.freispruch.de/tak.htm>, S. 1.

4 Müller-Dietz Strafverteidigung und Strafvereitelung, Jura 1979, 242, 248.

5 Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249; Welp Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, ZStW 90 (1978), 804, 815: Aufklärungs- und Verteidigungsinteressen decken sich lediglich im Falle der Verteidigung eines unschuldigen Angeklagten.

6 Vgl. zu diesen Überlegungen auch: Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249.



zwischen legaler Strafverteidigung und illegaler Strafvereitelung. Denn entgegen einiger dahingehender Überlegungen, aufgrund des einseitigen Tätigkeitsfeldes eines Strafverteidigers – nämlich nur die den Mandanten entlastenden Kriterien zur Geltung zu bringen – könnten die Interessen des Verteidigers mit denen des Beschuldigten als völlig identisch eingestuft werden, kann dem aufgrund der Einordnung eines Verteidigers als „Organ der Rechtspflege“ nicht gefolgt werden⁷: Obgleich der Strafverteidiger nämlich aufgrund seiner Beistandsfunktion „im Innenverhältnis“ – also im Verhältnis zu seinem Mandanten – allein dessen Interessen zu vertreten hat und damit zwingend als parteilich einzustufen ist, so wird er doch „im Außenverhältnis“ – im Verhältnis zum Rechtsstaat – aufgrund seines Status als „Organ der Rechtspflege“ dahingehend eingeschränkt, dass er sich nur prozessual zulässiger Mittel bedienen und die Ermittlung der Wahrheit nicht durch unlautere Methoden beeinträchtigen darf⁸. Die Frage, wo prozessual zulässiges Verhalten eines Verteidigers aufhört und prozessual unzulässiges Verhalten anfängt, ist zwar aufgrund der Tatsache, dass beides zweifellos nahe beieinander liegt, nur sehr schwer zu beantworten; gleichwohl ist eine Grenzziehung unumgänglich, um hieraus Konsequenzen für die Bewertung eines Verteidigerhandelns als mögliche Strafvereitelung ziehen zu können.

II. Prozessual zulässiges und prozessual unzulässiges Verteidigerhandeln

1. Abgrenzung anhand der Strafprozessordnung

Zur Beantwortung der Frage, welche prozessual zulässigen Aufgaben ein Verteidiger wahrnehmen darf, ist zunächst ein Blick in die Strafprozessordnung erforderlich. Diese räumt den Verteidigern in den §§ 137 – 149 StPO nicht nur Aufgaben, sondern auch Befugnisse ein; beispielhaft sei hier das Recht auf Akteneinsicht (§ 147 StPO) und das Recht auf freien, unüberwachten Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten (§ 148 StPO) genannt.

Einigkeit herrscht in diesem Zusammenhang darüber, dass diese eingeräumten Befugnisse als prozessual zulässiges Verhalten anzusehen sind und damit keine rechtswidrige Strafvereitelung im Sinne des § 258 StGB darstellen können: „Denn die Rechtsordnung kann nicht auf der einen Seite Handlungen verfahrensrechtlich gestatten, die sie auf der anderen Seite materiellrechtlich verbietet“⁹. Unstreitig ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass diese Vorschriften der Strafprozessordnung keine umfassenden und abschließenden Regelungen über die Grenzen der Verteidigerbefugnisse¹⁰, sondern nur fragmentarische Erwägungen über die Rechtsstellung eines Verteidigers beinhalten¹¹. Dies ist auch der Grund dafür, weshalb bis heute Unklarheit über die rechtliche Zulässigkeit vieler Verhaltensweisen besteht.

Eine möglichst genaue Trennlinie zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verteidigerhandeln kann jedoch nur dann gezogen werden, wenn die im Spannungsverhältnis¹² stehende Beistandsfunktion des Verteidigers auf der einen Seite mit seiner Organstellung auf der anderen Seite gegenübergestellt wird. Würde man nämlich nur auf die private Beistandsfunktion des Verteidigers abstellen, so wären dessen Befugnisse tatsächlich mit denen des Beschuldigten identisch¹³ mit der Konsequenz, dass er zu all jenen Handlungen berechtigt wäre, die dem Beschuldigten selbst gestattet sind: „Er dürfte dann auch diejenigen Handlungen vornehmen, die für den Beschuldigten als straflose Selbstbegünstigung aus dem Tatbestand des § 258 Abs. 1 und 2 StGB herausfallen“¹⁴.

Wie jedoch bereits festgestellt¹⁵, werden diese im Innenverhältnis bestehenden Befugnisse durch seine öffentliche Funktion als „Organ der Rechtspflege“ begrenzt. So sieht dann auch die Strafprozessordnung in den §§ 138a – 138d u. a. vor, solche Verteidiger, die ihre Stellung zur Begehung von Straftaten missbrauchen, aus dem Verfahren auszuschließen. Ausschlussgrund ist dabei gemäß § 138 Abs. 1 StPO der dringende oder hinreichende Verdacht der Begehung von Straftaten, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei. Die Beantwortung der Frage, welche Handlungen eines Verteidigers aber tatsächlich als Strafvereitelung angesehen werden können, macht jedoch nach wie vor Schwierigkeiten.

2. Abgrenzung anhand von Beispielen aus dem allgemeinen Tätigkeitsfeld eines Verteidigers

Fest steht in diesem Zusammenhang, dass der Verteidiger aufgrund seiner Organstellung auch in Fällen der „Konfliktverteidigung“¹⁶ die Ermittlung der Wahrheit nicht durch unlautere Mittel beeinträchtigen oder gar vereiteln darf. Dies darf jedoch nicht als eine Verpflichtung des Verteidigers missverstanden werden, alles zu sagen, was er weiß. Vielmehr darf und muss er solche Umstände, die seinem Mandanten gegebenenfalls schaden können, verschweigen. Mit diesem Zugeständnis ist es dem Verteidiger also erlaubt, im Rahmen der prozessual zulässigen Mittel auch im Falle der ihm bekannten Schuld seines Mandanten auf dessen Freispruch hinzuwirken¹⁷. Diese Befugnis resultiert aus dem allgemein anerkannten prozessual geltenden Grundsätzen, wonach eine Verurteilung nur in den Fällen möglich ist, in denen der Nachweis der Schuld eines Angeklagten lückenlos geführt wurde. Sofern Zweifel bestehen bleiben, müssen diese nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten des Angeklagten ausgelegt werden¹⁸.

Gleichwohl muss jedoch alles das, was seitens eines Verteidigers tatsächlich vorgebracht wird, der Wahrheit entsprechen (sog. Wahrheitspflicht)¹⁹. Hinzu kommt, dass er – wie § 68 Abs. 1 der Richtlinien²⁰, die als Grundsätze des an-

7 Vgl. zu der unterschiedlichen Stellung des Verteidigers im Vergleich zu der des Beschuldigten: Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249 ff.

8 Vgl. dazu auch: Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249.

9 So: Müller-Dietz Jura 1979, 242, 247; vgl. dazu auch: Beulke Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2000), RN 174; ders. Anm. zu Urteil des BGH v. 1.9.1992 – 1 StR 281/92 (BGHSt 38, 345), JR 1994, 116, 117; Ostendorf Strafvereitelung durch Strafverteidigung, NJW 1978, 1345, 1345. Streitig ist in diesem Zusammenhang nur, ob die Strafbarkeit bereits im Tatbestand des § 258 StGB (so z. B. BGHSt 29, 99, 99 ff.; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 336, 336; OLG Düsseldorf StV 1992, 57, 57 f.) oder erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit (so z. B. Müller Die Strafvereitelung im System der Rechtspflegedelikte, StV 1981, 90, 94 ff.) entfallen soll.

10 Beulke (o. Fn 9), RN 174; Müller-Dietz Jura 1979, 242, 247.

11 Krekeler Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, NStZ 1989, 146, 146; Beulke (o. FN 9), RN 174.

12 Vgl. zu diesem Begriff: Beulke JR 1994, 116, 117.

13 Vgl. zu diesen Überlegungen auch schon die Ausführungen unter Punkt I. im ersten Teil.

14 Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249. Vgl. einzelne Beispiele bei Beulke JR 1994, 116, 117.

15 Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt Iü1. im ersten Teil.

16 Vgl. zu diesem Terminus: Jahn Kann „Konfliktverteidigung“ Strafvereitelung (§ 258 StGB) sein?, ZRP 1998, 103, 104 ff.

17 Vgl. BGHSt 2, 375, 377 und Müller-Dietz Jura 1979, 242, 251 m. w. N.

18 Müller-Dietz Jura 1979, 242, 251.

19 BGH NStZ 1999, 188, 189; vgl. dazu zudem ausführlich: Bottke Wahrheitspflicht des Verteidigers, ZStW 96 (1984), 726, 757 f.

20 § 68 Abs. 1 lautet: „Der Rechtsanwalt unterliegt auch als Verteidiger der Pflicht zur Wahrheit. Beweismittel, die die Wahrheit verfälschen, darf er nicht verwenden. In diesen Grenzen ist es seine Aufgabe, dafür zu sorgen, dass über den Beschuldigten nur auf Grund einer nach der Strafprozessordnung zulässigen Beweisführung geurteilt wird“.



waltlichen Standesrechts für die Tätigkeit des Verteidigers verfasst wurden, dies vorschreibt – Beweismittel, die zu einer Verfälschung der Wahrheit führen, im Strafverfahren nicht verwenden darf. In diesem Zusammenhang ist es ihm auch verboten, Beweismittel und Spuren zu beseitigen oder zu verfälschen²¹; gleichsam verwehrt ist es ihm, den Angeklagten zu verbergen oder Fluchthilfe zu gewähren, um ihn dadurch der weiteren Strafverfolgung zu entziehen²². Ebenso unzulässig ist die Verwendung prozesswidriger Mittel wie beispielweise die Anwendung von Täuschung, Drohung, Bestechung oder Zwang²³, um Zeugen zu unwahren Aussagen zugunsten eines Mandanten zu veranlassen²⁴. Ebenso ist es ihm verboten, den Mandanten selbst zu wahrheitswidrigen Angaben zu veranlassen, da dadurch ebenfalls bewusst unrichtige Aussagen in das Verfahren eingeführt würden²⁵.

Diese Verpflichtung zur Wahrheit seitens eines Verteidigers findet jedoch dort ihre Grenze, wo Beweismittel, von denen beispielsweise aufgrund ihrer Unechtheit eine drohende Beeinträchtigung der Wahrheitsermittlung ausgeht²⁶, vom Gericht selbst oder von der Staatsanwaltschaft in das Verfahren eingeführt werden. Der Verwendung derartiger Beweismittel muss ein Verteidiger selbst dann nicht entgegenstehen, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt ist. Denn die Verpflichtung zur Wahrheit erschöpft sich „lediglich“ in einem Verbot zur Lüge; würde man einem Verteidiger daneben eine Pflicht zur Offenlegung von ihm bekannten Tatsachen, welche die Geeignetheit von Beweismitteln betreffen, auferlegen, wäre er nicht mehr in der Lage, seiner Beistandspflicht gegenüber dem Mandanten nachzukommen und damit wäre es ihm auch unmöglich, dessen Interessen hinreichend wahrzunehmen²⁷.

Mit der Rechtsordnung im Einklang stehen auch solche Verhaltensweisen, bei denen der Verteidiger seinem Mandanten beispielsweise von einer Selbstanzeige abrät oder ihn anhält, keinerlei Aussagen zu machen, da die Strafprozessordnung ebenso wenig die Verpflichtung zur Selbstanzeige wie auch die generelle Verpflichtung beinhaltet, sich im Ermittlungsverfahren oder in der Hauptverhandlung zur Anklage einzulassen.

Aus dem gleichen Grund darf der Verteidiger auch andere Verfahrensbeteiligte oder dritte Personen auf solche prozessualen Befugnisse hinweisen, die diesen zustehen und damit von den Beteiligten sowieso, also unabhängig von dem erteilten Ratschlag, angenommen werden könnten: So kann der Verteidiger dem Verletzten unbehelligt den Ratschlag erteilen, auf das Stellen eines Strafantrages zu verzichten oder einen bereits gestellten Strafantrag wieder zurückzunehmen, da die §§ 77 ff. StGB genau diese Möglichkeiten vorsehen. Daneben kann er einem Zeugen, dem ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 52, 53, 53a, 55 StPO) zusteht, anraten, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen²⁸.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass ein Verteidiger neben der Nutzung solcher Rechte, die die Strafprozessordnung sowieso für ihn im Verhalten zu dem Beschuldigten vorgesehen hat, auch Verfahrensbeteiligte und Dritte auf ihre prozessualen Möglichkeiten aufmerksam machen und anraten darf, von welchen sie Gebrauch machen sollten und von welchen nicht. Immer gilt, dass er sich dabei nur prozessual zulässiger Mittel, also nicht Methoden wie Täuschung, Zwang, Bestechung oder Drohung bedienen darf.

III. Gegenüberstellung von legaler Strafverteidigung und illegaler Strafvereitelung

Diese an sich doch klaren Aussagen der Theorie sind jedoch für die Praxis nicht immer leicht umzusetzen. Stellt man das Ziel der Strafverteidigung – Erreichen eines Freispruchs oder wenigstens einer mildernden Bestrafung des Angeklagten, obgleich oftmals dem Verteidiger die Schuld des Mandanten bekannt ist oder er zumindest stark davon ausgeht – dem Ziel der Strafvereitelung – auch hier soll, kurz gesagt, eine Besserstellung des Täters erreicht werden – gegenüber, so wird deutlich, wie nahe legale Strafverteidigung und illegale Strafvereitelung zumindest in den Fällen, in denen der Angeklagte schuldig ist, doch beieinander liegen. Wenn insoweit bislang festgestellt wurde, dass der Verteidiger, der sich prozessual zulässiger Mittel bedient, keine Gefahr läuft, wegen einer Strafvereitelung belangt zu werden, so zieht dies die Frage nach sich, ob jedes prozessual unzulässige Verhalten eines Verteidigers zwingend eine Strafbarkeit i. S. d. § 258 StGB bedeutet. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst ein Blick auf den Tatbestand desselben erforderlich.

1. Tatbestand der Strafvereitelung

Wegen Strafvereitelung gemäß § 258 Abs. 1 StGB wird bestraft, ... wer absichtlich oder willentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird..... Nach Abs. 2 macht sich strafbar, wer absichtlich oder willentlich die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt.“

Damit kann dem Wortlaut des § 258 StGB selbst keine Aussage über die Grenze zulässiger Strafverteidigung entnommen werden, weshalb sich der Tatbestand durch eine gewisse Konturlosigkeit auszeichnet²⁹. Was § 258 StGB inhaltlich vorgibt, ist lediglich die Unterscheidung zwischen der Verfolgungsvereitelung (Abs. 1) und der Vollstreckungsvereitelung (Abs. 2). Beiden Tathandlungen ist dabei gemeinsam, dass zur Tatbestandsverwirklichung der Erfolg der Strafvereitelung tatsächlich eingetreten, die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung also ganz oder zum Teil für geraume Zeit³⁰ verzögert worden sein muss³¹. Als Tathandlungen im Sinne des Abs. 1 kommen beispielsweise die Behinderung der Strafverfolgung durch wahrheitswidrige Angaben, das Verstecken des Beschuldigten, Fluchthilfe oder die Beseitigung oder Verfälschung von Beweismitteln in Betracht³². Als solche des Abs. 2 sind zum Beispiel die

21 So die allgemeine Auffassung, vgl. z.B.: *BGHSt* 38, 345, 348; *Beulke* (o. Fn. 9), RN 175 m. w. N.

22 *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 252.

23 Vgl. zu dieser Aufzählung schon: *BGH MDR* 1958, 48, 49.

24 *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 252.

25 *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 252.

26 Als Beispiele werden hier von *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 252 aufgeführt: Zeugen, die bereit sind, zugunsten des Angeklagten falsch auszusagen oder gefälschte Urkunden, die der Entlastung des Angeklagten dienen sollen.

27 Vgl. *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 252 m. w. N.; *Ostendorf* NJW 1978, 1345, 1349.

28 Vgl. dazu bereits: *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 251 f.

29 *Beulke* (o. Fn 1), S. 5.

30 Vgl. zum Verständnis des Begriffes der „geraumen Zeit“: *Beulke* (o. Fn 1), S. 114 ff. mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen.

31 Nach früherem Recht handelte es sich bei der Strafvereitelung um ein Unternehmensdelikt, d. h. die persönliche Begünstigung war schon mit der auf eine Strafvereitelung gerichtete Beistandsleistung vollendet (vgl. *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 245).

32 Vgl. dazu die Aufzählung bei: *Müller-Dietz* Jura 1979, 242, 246. Zu weiteren Beispielen vgl.: *Sch/Sch-Stree* Kommentar zum Strafgesetzbuch, 25. Aufl. (1997), § 258 RN 17.



Aufsätze

Fluchthilfe eines Verurteilten, das Verbergen eines Verurteilten vor der Polizei oder die Vernichtung oder Beseitigung von Vollstreckungsakten anerkannt.

2. Akzessorietät zwischen prozesswidrigem Verhalten und Strafvereitelung

Vergleicht man diese strafrechtlichen Tathandlungen mit den Handlungen, die im strafprozessualen Bereich über das zulässige Maß hinausgehen, so ist insoweit eine Deckungsgleichheit festzustellen. Damit läuft die Grenze zwischen strafbarer Strafvereitelung und straflosem Verteidigerhandeln in vielen Fällen parallel zu der Grenze zwischen prozessual zulässigem und unzulässigem Verhalten³³; es besteht in diesen Fällen dann also eine Akzessorietät des Tatbestandes der Strafvereitelung mit dem Prozessrecht³⁴. Diese Feststellung darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass jedes prozesswidrige Verhalten immer das Tatbestandsmerkmal „vereiteln“ erfüllen *muss* und damit – sofern auch der subjektive Tatbestand des § 258 StGB mit dem Erfordernis von wenigstens direktem Vorsatz³⁵ gegeben ist – zwingend eine Strafbarkeit gemäß § 258 StGB nach sich ziehen wird. Vielmehr kann selbstverständlich seitens eines Verteidigers auch ein prozesswidriges Handeln vorliegen, das zwar Tatbestände des Strafgesetzbuches, gerade aber nicht den des § 258 StGB tangiert. Beispielhaft sind hier an Fälle von Körperverletzungen gegenüber Justizangehörigen oder Beleidigungen gegenüber dem Gerichtsvorsitzenden zu denken³⁶. Der Gedanke der Akzessorietät darf insoweit also nicht „überstrapaziert“ werden.

2. Teil: Strafverteidigung und Geldwäsche

Die Beantwortung der Frage, inwieweit eine Strafverteidigung auch den Tatbestand der Geldwäsche erfüllen kann, lässt sich der Verteidiger doch oftmals von dem „schmutzigen Geld“ des Verbrechens bezahlen³⁷, hat lange zu Diskussionen geführt. Den bislang bestehenden Unsicherheiten hat nunmehr das **OLG Hamburg**³⁸ mit seinem Beschluss ein Ende gesetzt. Hiernach macht sich ein „... Strafverteidiger, der sich Vermögenswerte, die sein Auftraggeber aus einer rechtswidrigen Tat nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB erworben hat, in Kenntnis ihrer Herkunft ausschließlich zur Befriedigung seiner Honorarforderung verschafft, ... regelmäßig ... nicht wegen Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar ...“³⁹. Diese zu Recht – wie der nachfolgende Überblick zeigen wird – ergangene Entscheidung „über- rascht“ insoweit, als das Resultat dem Gesetzeswortlaut des Geldwäschetatbestandes nicht entnommen werden kann.

I. Tatbestand der Geldwäsche

Gemäß § 261 StGB macht sich nämlich u. a. derjenige wegen Geldwäsche strafbar, der sich Gegenstände – und dazu gehört auch Geld – „verschafft“, die aus bestimmten Straftaten „herrühren“. Diese werden enumerativ in einem Katalog von Vortaten⁴⁰ aufgezählt, den § 261 Abs. 1 StGB enthält.

Die Anwendung des Geldwäschetatbestandes könnte sich also allein unter Zugrundelegung des Wortlautes durchaus auf die Honorierung eines Strafverteidigers ausdehnen lassen, wenn dieser seine Tätigkeit mit Geld bezahlen lässt, das aus einer der in dem Vortatenkatalog aufgeführten Straftat „herrührt“⁴¹. Dieses Geld würde „sich“ der Verteidiger durch die Annahme auch im Sinne des Abs. 2 Nr. 1 „verschaffen“⁴². Da es nach Abs. 5 genügt, dass der Verteidiger lediglich „leichtfertig“ nicht erkennt, dass der Gegen-

stand aus einer in Abs. 1 S. 2 bezeichneten Straftat herrührt, scheinen der Geldwäsche in diesem Bereich „Tür und Tor“ geöffnet zu sein. Denn der Strafverteidiger kann nun nicht einwenden, nichts von der Herkunft des Erlangten gewusst zu haben, da schon dann, ... wenn sich die dubiose Herkunft ... nach Sachlage aufdrängt und der Täter dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer acht lässt⁴³, das Merkmal der „Leichtfertigkeit“ anzunehmen ist.

Allein die Tatsache, dass der Straftatbestand der Geldwäsche durch die Annahme des Honorars, welches aus einer Straftat stammt, seitens eines Strafverteidigers erfüllt zu sein scheint, reicht jedoch zur Feststellung, ob denn in diesen Fällen tatsächlich der Geldwäschetatbestand erfüllt sein *kann*, nicht aus. Vielmehr muss zur Beantwortung dieser Frage auch der Zweck der Vorschrift herangezogen werden, so wie dies auch das **OLG Hamburg**⁴⁴ in seinem Beschluss gehandhabt hat.

II. Kriminalpolitische Zielsetzung des Geldwäschetatbestandes

Der Tatbestand der Geldwäsche gilt als eine zentrale Vorschrift im Bereich der Organisierten Kriminalität. Dies resultiert insbesondere aus dem Umstand, als unter Geldwaschen das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus oftmals Organisierter Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zwecke der Verschleierung verstanden wird⁴⁵. Aufgrund dieses Hintergrundes ist auch der Vortatenkatalog des § 261 StGB zustande gekommen, der das Betätigungsfeld der Organisierten Kriminalität ab-

33 *Krekeler* NSTz 1989, 146, 146.

34 So schon festgestellt von: *Beulke* JR 1994, 116, 117 m. w. N.

35 Vgl. dazu: *Tröndle/Fischer* Kommentar zum Strafgesetzbuch, 49. Aufl. (1999), § 261 RN 10 ff.

36 Vgl. zu diesen Beispielen: *Beulke* (o. Fn 1), S. 7.

37 Vgl. zu weiteren Beispielen aus dem alltäglichen Bereich: *Arzt Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hohlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*, NSTz 1990, 1, 3.

38 In: NJW 2000, 673, 673 ff. Vgl. zu dieser Entscheidung auch die Besprechung von *Hamm* Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonorar?, NJW 2000, 636, 636 ff.

39 So die Formulierung im Rahmen des Leitsatzes. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nur dann gelten, wenn „... einem Verletzten aus der Straftat ein Anspruch erwachsen ist, der durch die Honorarzahlgung vorsätzlich oder leichtfertig vereitelt, gefährdet oder erschwert würde“ (*OLG Hamburg* NJW 2000, 673, 673).

40 Allein durch die Einbeziehung jedes Verbrechens wird der Geldwäschetatbestand weit aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität herausgeführt. Anders war in diesem Zusammenhang noch der Gesetzentwurf des Bundesrates vom 10.8.1990 (BT-Drucks. 11/7663, S. 7 f.) ausgerichtet, der sich auf Taterlöse aus Delikten der klassischen Organisierten Kriminalität beschränkte. Die Liste der geldwäschetauglichen Vortaten wird durch § 261 Abs. 8 StGB noch weiter ausgedehnt. Kritisch dazu: *Löwe-Krahl* Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche gemäß § 261 StGB, wistra 1993, 123, 124 f.

41 Mit der Formulierung „herrühren“ soll eine Kette von Verwertungshandlungen erfasst werden. Der Rückgriff auf die Herkunft soll jedoch dort seine Grenze finden, wo der Wert des in Betracht kommenden Gegenstandes im wesentlichen auf die selbständige spätere Leistung eines Dritten zurückzuführen ist (BT-Drucks. 12/989, S.27). Kritisch dazu: *Leip/Hardtke* Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand der Geldwäsche unter besonderer Berücksichtigung der Vermengung von Giralgeld, wistra 1997, 281, 281 ff.

42 „Hierunter ist wie in § 259 ... die Verschaffung eigener Verfügungsgewalt auf abgeleitetem Weg gemeint“ (so: *Tröndle/Fischer* StGB, § 261 RN 14).

43 So: *Tröndle/Fischer* StGB, § 261 RN 17 m. w. N.

44 In: NJW 2000, 673, 673 ff.

45 Siehe dazu z. B. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates und die Stellungnahme der Bundesregierung zu § 261 vom 10.8.1990 (BT-Drucks. 11/7663, S. 24): „Unter Geldwäsche versteht man im allgemeinen die Einschleusung von Vermögenswerten in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf, die aus Betäubungsmittelstraftaten oder organisierter Kriminalität stammen, mit dem Ziel, die wahre Herkunft dieser Vermögenswerte zu verschleiern. Der Wert des illegal erworbenen Erlöses soll dabei einerseits erhalten, andererseits dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf Dauer entzogen werden“.



decken soll. Ziel der Vorschrift ist es nunmehr, dieses Feld dergestalt „auszutrocknen“⁴⁶, dass die erzielten Gewinne durch einen Ausschluss vom normalen Wirtschaftskreislauf unverwertbar gemacht werden können. Es soll also nicht mehr möglich sein, illegal erworbenes Geld in „legale“ Vermögenswerte wie beispielsweise Immobilien oder Unternehmensbeteiligungen⁴⁷ umzuwandeln.

Der Zweck dieser Norm könnte mithin durch die Bezahlung eines Verteidigers tatsächlich nur dann tangiert werden, wenn jemand beispielsweise allein aus dem Grund zum Drogendealer werden würde, um in einem Strafverfahren, das ihm gegebenenfalls droht, einen Verteidiger bezahlen zu können⁴⁸ – insgesamt ein kaum nachvollziehbarer Gedanke. Zudem wird durch die Bezahlung eines Verteidigers illegal erworbenes Geld auch nicht in legale Vermögenswerte umgetauscht, sondern es wird „lediglich“ eine erbrachte Dienstleistung beglichen.

III. Rechtsstaatliche Konsequenzen der Ausdehnung des Geldwäschetatbestandes auf das Honorar eines Verteidigers für den Beschuldigten und für den Verteidiger selbst

Darüber hinausgehend dürfen die Auswirkungen, die die Ausdehnung des Geldwäschetatbestandes auf die Honorierung eines Verteidigers hätte, ebenfalls nicht außer acht gelassen werden – und dem ist das *OLG Hamburg*⁴⁹ inhaltlich nun endlich gerecht geworden.

So hätte die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 261 StGB (auch) auf das Honorar eines Verteidigers die Konsequenz, dass der Beschuldigte seiner Verteidigungsrechte, die ihm die Strafprozessordnung einräumt, beraubt würde⁵⁰: Denn die freie Wahl eines Verteidigers wäre nicht mehr in der Form möglich, wie dies die Strafprozessordnung (§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO), resultierend aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip, vorsieht. Zudem ist zu bedenken, dass gerade der Strafverteidiger in vielen Fällen mit Mandanten konfrontiert sein wird, die sich dem Vorwurf einer Vortat im Sinne des § 261 StGB ausgesetzt sehen. Selbst in den Fällen, in denen sich dieser Vorwurf im nachhinein als haltlos, vielleicht sogar als fehlerhaft herausstellen würde⁵¹, musste zum Zeitpunkt der Vertragseingehung das vom Mandanten als Honorar angebotene Geld von dem Verteidiger als „bemakelt“ angesehen werden⁵². Da dieser aber bereits durch die „leichtfertige“ Annahme dieses Geldes dem Vorwurf aus § 261 StGB ausgesetzt werden kann, müsste er sich nunmehr – bevor er sich mit dem Tatvorwurf seines Mandanten auseinandersetzt – zunächst einmal darum bemühen, die Herkunft des Geldes aufzuklären. Der Beschuldigte selbst wird ihm insoweit kaum weiterhelfen, da er sich in diesem Fall immer der Gefahr aussetzen würde, dass der Verteidiger, sofern er von der illegalen Herkunft des Geldes Kenntnis erlangt, das Mandat niederlegen wird, ja sogar niederlegen muss. Also wird der Verteidiger selbst Maßnahmen ergreifen, um an Informationen über die Herkunft des Geldes gelangen zu können. Diese „... präventive Selbstverteidigung des Verteidigers ...“⁵³ wird in vielen Fällen die repressiv erforderlich werdenden Verteidigungsmaßnahmen gegenüber dem Mandanten überlagern, in gravierenden Fällen vielleicht sogar dazu führen, dass der nunmehr nach allen Seiten skeptisch blickende Verteidiger sich wiederum nicht mehr in der Lage sehen wird, seinen Mandanten zu verteidigen, würde dieser doch letztlich nach wie vor die Gefahr einer Strafbarkeit nach § 261 StGB für den Verteidiger beinhalten.

Allein schon unter Zugrundelegung all dieser Argumente⁵⁴ musste das Hanseatische Oberlandesgericht den

Strafverteidiger aus dem Bereich der Geldwäsche eliminieren. Hinzu kommt, dass die derzeit geltende Fassung des Geldwäschetatbestandes ihrem Wortlaut nach nicht der Situation gerecht wird, mit der insbesondere ein Strafverteidiger⁵⁵ tagtäglich konfrontiert wird: Dass er sich nämlich einem Mandanten gegenübergestellt sieht, der regelmäßig keine „weiße Weste“ hat und damit häufig mit Geld „aus seiner Vergangenheit“ bezahlen wird. Die mögliche Geldwäschehandlung würde damit Teil einer ganz gewöhnlichen Berufshandlung, nämlich der Annahme des Honorars, sein⁵⁶. Sinn und Zweck des § 261 StGB soll es aber doch augenscheinlich nicht sein, solche Handlungen strafrechtlich zu sanktionieren, „... die sich streng im Rahmen der berufstypischen Tätigkeiten bewegen“⁵⁷. Wenn in diesem Zusammenhang Fischer die allgemeine Behauptung aufstellt, eine „... Auslegung, die etwa Rechtsanwälte von der Strafindrohung nach V ausnimmt, würde den Tatbestand auf den Kopf stellen...“⁵⁸, so kann dem auf grund der eben genannten Gründe nicht gefolgt werden, insbesondere eine einschränkende Auslegung der Norm für andere Leistungsempfänger bereits anerkannt ist⁵⁹. Ob der vom *OLG Hamburg*⁶⁰ letztlich eingeschlagene Weg, nämlich eine Reduktion des Tatbestandes aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung vorzunehmen, tatsächlich der richtige ist, soll an dieser Stelle, die nur einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand bieten möchte, dahingestellt bleiben⁶¹; viele Argumente sprechen insoweit auch für einen auf die Unschuldsvermutung gestützten prozessualen Sonderrechtfertigungsgrund für Strafverteidiger⁶². Festzuhalten bleibt jedoch, dass das Hanseatische Oberlandesgericht – jedenfalls vom Ergebnis her betrachtet – die einzig richtige Entscheidung getroffen hat.

46 Vgl. zur Verwendung dieser Begrifflichkeit: *König* Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar?, Thesen der Vereinigung Berliner Strafverteidiger zum Thema, <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 2.

47 Vgl. zu diesen Beispielen: *Tröndle/Fischer* StGB, § 261 RN 3c.

48 Vgl. diese Überlegung schon bei *König* <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 2.

49 In: NJW 2000, 673, 673 ff.

50 Vgl. zu diesen Überlegungen ebenfalls: *König* <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 3.

51 Vgl. dazu auch *Geppert* (Strafbare Geldwäsche durch Annahme eines Verteidigerhonorars?, JK 2000, StGB § 261/3) mit der zutreffenden Anmerkung, dass der Beschuldigte zudem jederzeit auf die Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) hinweisen kann.

52 Vgl. zur Verwendung dieser Begrifflichkeit nochmals: *König* <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 3.

53 So: *König* <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 3.

54 Vgl. zu weiteren Argumenten in diesem Bereich die Ausführungen von *Bernsmann* Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund, StV 2000, 40, 41.

55 Vgl. zu ähnlichen Überlegungen im Zusammenhang mit Bankangestellten: *Löwe-Krahl* wistra 1993, 123, 123 ff.

56 Vgl. zu dieser Überlegung schon: *Löwe-Krahl* wistra 1993, 123, 125 f.

57 So: *Löwe-Krahl* wistra 1993, 123, 125.

58 *Tröndle/Fischer* StGB, § 261 RN 15a.

59 Vgl. dazu die Nachweise bei *König* <http://strafverteidiger-berlin.de/forum/geldwaesche.html>, S. 4 und S. 5.

60 In: NJW 2000, 673, 673 ff.

61 Vgl. zur Vornahme dieser verfassungskonformen Auslegung sowohl die Kritik von *Burger/Peglau* Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes als Verteidigerhonorar, wistra 2000, 161, 161 ff. und *Schaefer/Wittig* Geldwäsche und Strafverteidiger, NJW 2000, 1387, 1387 ff. als auch von *Lüderssen* Anmerkung zu HansOLG Hamburg, Beschl. v. 6.1.2000 – 2 Ws 185/99 –, StV 2000, 205, 205 ff. und *Reichert* Anmerkung zu HansOLG Hamburg, Beschl. v. 6.1.2000 – 2 Ws 185/99 –, NSTZ2000, 316, 316 ff., vgl. zu erheblichen Bedenken im Hinblick auf diese Handhabung auch *Geppert* JK 2000, StGB, § 261/3.

62 Vgl. *Bernsmann* StV 2000, 40, 41; *Hamm* NJW 2000, 636, 636 ff.; a. A. *Reichert* NSTZ 2000, 316, 318 mit dem Hinweis auf de lege lata nur eine mögliche Lösung dieses Problems: Der Verteidiger „... muss in den Fällen, in denen er die Herkunft einer Honorarzählung aus einer Katalogtat des § 261 I StGB nicht ohne Vorsatz oder Leichtfertigkeit ausschließen kann, die Annahme solcher Zahlungen ablehnen und gegebenenfalls die Beordnung beantragen“.



3. Teil: Zusammenfassung

Nach den getroffenen Feststellungen kann der Verteidiger eine vollendete Strafvereitelung nur in solchen Fällen begehen, in denen er in Kenntnis der Schuld des Angeklagten auf dessen Freispruch hinwirkt. Ist nämlich der Angeklagte unschuldig und dem Verteidiger dies bekannt, kommt eine Strafvereitelung schon naturgemäß nicht in Betracht. Hält der Verteidiger den Angeklagten fälschlicherweise für schuldig, bleibt „nur“ die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit bestehen⁶³. Wie jedoch bereits festgestellt, ist es dem Verteidiger im Rahmen seiner prozessualen Befugnisse durchaus erlaubt, trotz der Schuld des Angeklagten auf dessen Freispruch hinzuwirken. Dabei stellen prozessuale Unzulässigkeit der Handlungen eines Verteidigers zwar eine notwendige, keinesfalls aber eine hinreichende Bedingung für die Strafbarkeit nach § 258 StGB dar. Allein ein prozesswidriges Verhalten⁶⁴ muss nicht zwingend den Straftatbestand des § 258 StGB tangieren. Um diesen zu erfüllen, muss er schon aktiv handelnd in die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden eingreifen⁶⁵.

Zu Recht hat das Hanseatische Oberlandesgericht den Anwendungsbereich des § 261 StGB trotz der bestehenden Bedenken im Hinblick auf die zunehmenden Taten im Bereich der Organisierten Kriminalität für das Gebiet der Verteidigung für nicht anwendbar erklärt mit der Konsequenz, dass geltende Rechtsstaatsprinzipien weiterhin eingehalten werden können. Würde man nämlich die Honorierung eines Verteidigers, selbst wenn er Kenntnis davon hat, dass dieser Betrag aus einem illegalen Geschäft herrührt, als Geldwäsche gemäß § 261 StGB eingruppieren, so würde dies nicht nur eine Beschränkung des Beschuldigten bedeuten, sich einen Verteidiger zu wählen und diesen zu bezahlen, sondern es würde zwingend auch eine Einschränkung des Verteidigers bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben bedeuten: Denn das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten würde einerseits dadurch beeinträchtigt werden, dass der Beschuldigte aus Angst, dass der Verteidiger sein Mandat niederlegt, diesen nicht umfassend und gegebenenfalls der Wahrheit entsprechend über die Herkunft des Geldes aufklären könne; ferner müsste der Verteidiger bestrebt sein, sich selbst – in vermutlich oftmals zeitraubendem Maße – Informationen über die Herkunft des Geldes zu verschaffen mit teilweise wiederum der Konsequenz, dass er in vielen Fällen gezwungen sein wird, das Mandat niederzulegen.

Mithin wurde die Dienstleistung eines Verteidigers in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege zu Recht von anderen Dienstleistungen in sonstigen Wirtschaftsbereichen unterschieden, zumal ein Verteidiger schon aufgrund seines Berufes eher Gefahr läuft als andere Personen, sich im Zuge seiner Berufsausübung strafbar zu machen⁶⁶.

Buchhinweise

Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. Luchterhand Verlag, 3. Aufl., Neuwied 2001, 1984 S., 99 €.

Bereits zwei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe legen die Herausgeber, Richter an Obergerichten bzw. Fachanwalt für Familienrecht, eine Neubearbeitung ihres Familienrechtskompendiums vor, mit dem der Band auf den Stand der familienrechtlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung von etwa Mitte/Ende 2000 gebracht wird. Das Ziel des Werkes ist gleichgeblieben: Das Handbuch soll, dem Vorwort zufolge, sowohl für den praktizierenden als auch den angehenden Fachanwalt für Familienrecht bzw. den im Familienrecht tätigen Praktiker ein Arbeitsmittel sein, das ihn in verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht umfassend über die aktuellen Probleme der anwaltlichen Praxis in Familienrecht unterrichtet und praxisnahe Lösungen bietet. In der dritten Auflage wird der Band ergänzt um eine von Rechtsanwalt Peter Schwolow bearbeitete, umfangreiche Sammlung von Mustern außergerichtlicher Korrespondenz und Vorschlägen für die Abfassung von Klageschriften und Anträgen in gerichtlichen Verfahren, die vom Benutzer nach kurzer Anpassung ohne weiteres für die eigene Tätigkeit übernommen werden können. – Der Anspruch der Autoren, einem Team von 14 Richtern und Anwälten sowie einem Notar, wird gut eingelöst: In insgesamt 18 Kapiteln wird praktisch der gesamte, in der anwaltlichen und forensischen Familienrechtspraxis relevante Stoff übersichtlich und gut strukturiert dargeboten und kompetent erläutert. Der Kreis der behandelten Themen umfasst zunächst den Kernbereich des Familienrechts, also Ehe- und Kindschaftssachen, Sorge- und Umgangsrecht, Unterhalt, Güterrecht, Versorgungsausgleich und Hausratsachen nebst dem IPR. Daneben finden sich Kapitel zu vormundschafts-/familiengerichtlichen Genehmigungen (Rechtsgeschäfte der Eltern für das Kind, Unterbringung des Kindes, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich), zum sonstigen Vermögensrecht der Ehegatten (schuldrechtliche Ausgleichsansprüche), zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, zum Erbrecht sowie ein umfassender Überblick über die steuer- und sozialrechtlichen Bezüge und schließlich ein gelungenes Kapitel zur Vertragsgestaltung im familienrechtlichen Bereich, in dem sich zahlreiche Formulierungshilfen finden. Ergänzt wird die Darstellung durch Kapitel zum Kosten- und Gebührenrecht sowie zur Prozesskostenhilfe. Leider fehlt eine Erläuterung der neuen Lebenspartnerschaftssachen nach dem erst zum 1.8.2001 in Kraft getretenem Lebenspartnerschaftsgesetz. Die Behandlung auch dieser Fragen wird wohl der nächsten Auflage vorbehalten bleiben. – Insgesamt betrachtet, überzeugt die Darstellung durch zahlreiche, geschickt in den Text eingebundene, illustrierende Beispielfälle sowie die vielen graphischen Übersichten und Musterberechnungen, durch die der Stoff verdeutlicht wird. Gut gelungen ist auch die Verbindung von materiellem und formellem Recht; das materielle Recht wird stets vor dem verfahrensrechtlichen Hintergrund erläutert und die bestehenden Querverbindungen werden gut herausgearbeitet. Auch schwierige Aspekte, wie beispielsweise im Unterhaltsrecht der häufig problembelastete Fragenkreis Unterhalt und Sozialhilfe wird, nach Fallgruppen getrennt, strukturiert, übersichtlich und präzise dargelegt (6. Kap., Rn. 19 – 29). Schließlich sind auch die Probleme in Zusammenhang mit der Umstellung auf den Euro berücksichtigt worden. – Im Ergebnis erhält der im Familienrecht tätige Praktiker mit diesem Band eine sehr gelungene, gehaltvolle und an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Gesamtdarstellung, die im Arbeitsalltag gut eingesetzt werden kann. Das Werk ist in jeder Hinsicht empfehlenswert; es besticht durch seine straffe Gliederung und gute Lesbarkeit. Es erleichtert die Arbeit und wer an ein Arbeiten mit diesem Handbuch gewöhnt ist, wird bald nicht mehr darauf verzichten wollen.

Rechtsanwalt Dr. Martin Henne, Berlin

Schaefer, Rolf: Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht. Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 1. Aufl. 2000, 293 S., geb., 46 €, ISBN 3-8240-0379-1

Die Zeit des Anwalts, sich mit den Feinheiten des Gebührenrechts zu beschäftigen, ist knapp. Dabei wirkt es sich auch positiv auf das Verhältnis von Anwalt und Mandant aus, wenn parallel zur Bearbeitung des konkreten Falles Klarheit über die Kosten geschaffen wird. Deshalb verbindet das Buch die inhaltliche Bearbeitung eines arbeitsrechtlichen Mandats mit dem Gebührenrecht. Der Autor informiert darüber, welche Gebühren der Anwalt von der Mandatsannahme bis zum Ablegen der Akte jeweils erheben kann. (Red.)

63 Hierbei würde es sich dann um einen untauglichen Versuch handeln, der gemäß § 23 Abs. 3 StGB strafbar ist.

64 Wie zum Beispiel der Kassiberschmuggel, der nicht der Verdunkelung der Sache, sondern der Übermittlung von Informationen dient, die mit dem Verfahren nichts zu tun haben.

65 Ostendorf NJW 1978, 1345, 1349 m. w. n.

66 Vgl. diese Feststellung im Zusammenhang mit Bankangestellten bei Löwe-Krahl wistra 1993, 123, 123.

MEINUNG & KRITIK

Überlegungen zu Neuregelungen im Gebührenrecht aus der Sicht des Familienrechtlers

Die vom Bundesjustizministerium eingerichtete Gebührenkommission hat mit viel Fleiß Vorschläge zum Gebührenrecht erarbeitet, die dieses übersichtlicher und nachvollziehbarer machen. Zu Recht ist der Vorschlag für viele Bereiche positiv bewertet worden.

Die im Familienrecht tätigen Anwälte, zumindest die in wirtschaftlich schwachen Regionen, können aber mit dem Vorschlag in der vorliegenden Form trotz der beabsichtigten allgemeinen Gebührenanhebung und dem Vorschlag der Angleichung der Gebühren im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die der streitigen Gerichtsbarkeit ohne weitere Regelungen wohl nicht zufrieden sein.

Die Kommission führt unter dem Punkt „Gebühren“ aus, dass die Gebühren für das Scheidungsverfahren und die Folgesachen nach allgemeiner Auffassung bisher zu hoch seien. Berücksichtigt ist nach ihren eigenen Ausführungen bei ihren Überlegungen zu den neuen Gebühren im Bereich des Familienrechts aber, dass 39% der Verfahren über die Prozesskostenhilfe abzurechnen sind und dass hohe Gebührenaufkommen hier nicht gegeben sind.

Auch wenn sich die Kommission anscheinend auf statistische Daten stützen kann, dürfte der angegebene Prozentsatz von 39% zu gering sein. Zumindest gibt es viele Regionen, in denen Familiensachen nicht mit dem vielleicht ermittelten bundesdeutschen Durchschnitt von 39%, sondern zu fast 90% über die Beratungs- und Prozesskostenhilfe abzurechnen sind. Diesen Umstand, aber auch das Problem des geringen Gebührenaufkommens im Rahmen der vorgeschalteten Beratungshilfe und die hohe Erledigung der familienrechtlichen Streitigkeiten im Rahmen der Beratungshilfe hat die Kommission bei ihren Überlegungen zur Ermittlung einer betriebswirtschaftlich angemessenen Vergütung für die im Familienrecht tätigen Anwälte, insbesondere für die Fachanwälte, die weitgehend auf den Bereich des Familienrechts eingeschränkt tätig sind, nicht ausreichend berücksichtigt.

Die Kommission hat sich schwerpunktmäßig bei den Gebühren für das Familienrecht mit dem Problem der Prozessgebühren beschäftigt, ohne anscheinend den Gebühren im außergerichtlichen Bereich, und hier insbesondere nicht den der Prozesskostenhilfe vorgelagerten Gebühren der Beratungshilfe sowie deren Höhe und Einfluss auf die Gesamtgebühren eines Falles genügend Beachtung zu schenken. Wären hierzu tiefere Überlegungen angestellt worden, wäre aufgefallen, dass das Gebührenaufkommen in Prozesskostenhilfesachen in der Gesamtschau noch weit unter den von der Kommission angenommenen liegt.

§ 15 des Vorschlages sieht, wie es nach der bisherigen Rechtslage auch der Fall ist, vor, dass, die Scheidungssache und die Folgesachen gebührenrechtlich dieselbe Angelegenheit i. S. d. § 13 BRAGO sind.

Es stellt sich die Frage, inwieweit die alte Regelung und die beabsichtigte Neuregelung, hinsichtlich derer es in der BRAGO und auch im Entwurf zur Neuregelung der Gebühren keine vergleichbare Regelung in anderen Rechtsbereichen gibt, insbesondere für die Fachanwälte für Familienrecht mit ihrem eingeschränkten Tätigkeitsfeld, verfassungsgemäß ist. Folgt man der von der Kommission angegebenen Begründung, dass in Verfahren ohne Prozesskostenhilfe in diesem Bereich überhöhte Gebühren entstehen, greift diese Argumentation wohl unstrittig bei Verfahren mit Prozesskostenhilfe und den dort erzielbaren Gebühren, die häufig nur ein Drittel oder die Hälfte der ordentlichen Gebühren ausmachen, nicht. Durch die Regelung des § 13 BRAGO und die Prozesskostenhilfe entsteht eine doppelte Reduzierung der Gebühren, die für die Fachanwälte im Familienrecht nicht hinnehmbar sein kann.

Nach der Rechtsprechung vieler Gerichte, und dies häufig, ohne dass die Gerichte das Vorliegen der Voraussetzungen im Einzelnen näher überprüfen, sind alle der Scheidung vorgelagerten außergerichtlich geregelten Probleme, wie z. B. die außergerichtliche Schuldenregulierung, die außergerichtliche Vermögensauseinandersetzung, die Hausratsregelung, die elterliche Sorge, das Umgangsrecht, die Abwehr von Angriffen eines Ehepartners, der Trennungsunterhalt usw. dieselbe Angelegenheit i. S. d. § 13 BRAGO und damit gebührenrechtlich mit einer einzigen Beratungshilfegebühr zu vergüten. Es liegt auf der Hand, dass für die Bearbeitung von 3 bis 5 Akten bei einem Gebührenaufkommen von 56 € noch nicht einmal die betriebswirtschaftlich entstandenen Kosten erstattet werden und der Anwalt in diesen Fällen zuzahlt. Einen Ausgleich, insbesondere für die häufig gegebene außergerichtliche Regulierung oder Teilregulierung des Unterhaltes, der elterlichen Sorge und des Umgangsrechtes kann er oft nur über das weniger arbeitsaufwändige Scheidungsverfahren mit den bisher angefallenen üblichen 3 Gebühren erreichen, sodass über das anscheinend leicht verdiente Geld für das reine Scheidungsverfahren andere Bereiche mitfinanziert werden müssen.

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 31.10.2001 – 1 BvR 1720/01 (NJW 202, 429) – ausgeführt, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht vieles dafür spreche, dass die Beratung über den Unterhalt eines Kindes und das Umgangsrecht des Vaters, um den Rechtsanwalt, der im Rahmen der Beratungshilfe ohnehin für zu niedrige Gebühren tätig werde, nicht unnötig zu belasten, nicht gem. § 13 Abs. 2 Nr. 1 BRAGO als dieselbe Angelegenheit anzusehen sei. Der Beschluss des BVerfG sollte Anlass sein, sich gegen die bisherige Handhabung zu wehren und bei den beabsichtigten neuen gesetzlichen Regelungen darauf zu drängen, dass gesetzlich die einzelnen Problembereiche, die mit einer Scheidung zusammenhängen, als gesonderte Angelegenheiten festgeschrieben werden.

Vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt ist die Entlastung der Gerichte und die außergerichtliche Streitbeilegung. Anreize hierzu für den Anwalt bestehen nur, wenn er für seine außergerichtliche Tätigkeit bei einer außergerichtlichen Re-

Meinung & Kritik

gulation der Angelegenheit zumindest annähernd die Gebühren erhält, die im gerichtlichen Verfahren zu erzielen sind. Bei den Regelgebühren hat dies die Kommission berücksichtigt. Bei den Gebühren der Beratungshilfe, die mit den vorgesehenen Beträgen kaum einen Anreiz für eine außergerichtliche Regelung bieten, nicht.

Einige weitere Problembereiche dürften, wenn man über die Neuordnung des Gebührenrechtes nachdenkt, zudem überlegungswert sein.

Sicherlich ist über die derzeitige Rechtslage nachzudenken, nach der trotz des Wegfalles der Bedürftigkeit eines Rechtssuchenden – sei es, weil er durch anwaltliche Tätigkeit entsprechendes Einkommen oder Vermögen erhalten hat, sei es, dass die Bedürftigkeit aus sonstigen Gründen nachträglich entfällt – von diesem bei gewährter Beratungshilfe nachträglich nicht die vollen ordentlichen Gebühren zu zahlen sind. Es gibt keinen Grund, der es rechtfertigen würde, dass ein Rechtssuchender, der durch die Tätigkeit des Anwaltes zu Vermögen kommt, auf Kosten der Anwaltschaft nach einer anwaltlichen Tätigkeit eine bessere Vermögenslage hat, als ein nichtbedürftiger Rechtssuchender.

Nach mehreren Kommentaren ist der im Rahmen der Prozesskostenhilfe beigeordnete Anwalt, wenn sein Mandant, z. B. durch ein Obsiegen im Prozess hinsichtlich des Zugewinns zu Vermögen kommt, nicht berechtigt, dies dem Gericht anzuzeigen und die ordentlichen Gebühren nachträglich festsetzen zu lassen. Zur Begründung wird ausgeführt, einer Mitteilung an das Gericht würde die Geheimhaltungspflicht des Anwaltes entgegenstehen. Eine Auseinandersetzung mit den berechtigten Gebühreninteressen des Anwaltes findet in den Kommentierungen anscheinend nicht statt und wird bisher nur von wenigen, vom Gesetzgeber aber gar nicht gesehen.

Die Gebühren im Rahmen der Beratungshilfe, selbst wenn die einengende Vorschrift des § 13 BRAGO aufgehoben würde, werden immer, insbesondere, wenn man auch die Kosten für das Ausfüllen der Formulare und die zeitintensiven Anforderungen der Nachweise durch die Angestellten des Büros mit berücksichtigt, am unteren Rande der Wirtschaftlichkeit liegen. Es ist daher billigerweise von der Justiz zu fordern, dass die Abrechnung entgegen der derzeitigen Praxis reibungslos, zeitnah und unbürokratisch erfolgt. Zeit raubende und Kosten verursachende Streitereien mit den Gerichten und den Bezirksrevisoren, z. B. darüber, ob der Beratungshilfeantrag vor der Tätigkeit des Anwaltes ausgefüllt werden muss oder auch noch danach ausgefüllt werden darf, oder die Zahlung der Beratungs- und Prozesskostenhilfe erst nach Monaten, sind nicht akzeptabel.

Die Richter der Familiengerichte sind häufig großzügig damit, die Bedürftigkeit des Rechtssuchenden zu bejahen und auf die Anordnung von Ratenzahlung zu verzichten. Die Konsequenzen für die Gebühren des Anwaltes kennen sie häufig nicht oder sind ihnen egal. Das Fehlen eines Rechtsmittels des Anwaltes hiergegen, dürfte verfassungsrechtlich sicherlich nicht bedenkenfrei sein.

Einige Gerichte halten bekanntlich die Anwaltsgebühren selbst im Rahmen der Prozesskostenhilfe noch für zu hoch. Wohl um die Gebühren möglichst noch unter die ohnehin schon herabgesetzten PKH-Gebühren zu bringen, ver-

suchen sie die Angelegenheiten in einem PKH-Prüfungsverfahren zu erledigen. Klare gesetzliche Regelungen zum Schutz des Anwaltes fehlen.

Der Entwurf der Gebührenkommission sieht im Rahmen der Beratungshilfe für den Beratungshilfesuchenden nach wie vor eine zu zahlende Schutzgebühr von 10 € vor. Die gestiegenen Einkünfte, selbst in der Sozialhilfe, dürften es rechtfertigen den vorgeschlagenen Betrag spürbar anzuheben. Wieso der Rechtssuchende nicht einen eigenen angemessenen Beitrag erbringen muss, bedarf sicherlich einmal eines Nachdenkens.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen erscheinen folgende weitere Änderungen und Regelungen geboten:

1. Es ist klarzustellen, dass die den Scheidungsfolgesachen vorgelagerten familienrechtlichen Angelegenheiten mehrere Angelegenheiten sind.

2. Der Rechtsanwalt muss berechtigt sein, wenn sein Mandant zu Vermögen kommt, auch wenn dies erst durch die anwaltliche Tätigkeit geschieht, mit diesem die ordentlichen Gebühren abzurechnen.

3. Die Gerichte sind zu verpflichten, die Beratungshilfe unbürokratisch und zeitnah abzurechnen sowie sicherzustellen, dass Rechtssuchende problemlos Berechtigungsscheine über das Gericht erhalten können.

4. Der Anwalt muss das Recht haben, wenn ihm eine Vermögens- und Einkommensänderung seines Mandanten bekannt wird, in allen von ihm bearbeiteten Sachen seine ordentlichen Gebühren nachträglich abzurechnen und festsetzen zu lassen.

5. Dem Anwalt ist, wenn zu Unrecht Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlungsanordnung bewilligt wurde, ein eigenes Beschwerderecht einzuräumen.

6. Die Berechnungen zur Bedürftigkeit einer Partei sind vom Richter auf eigens dafür ausgebildete Rechtspfleger zu übertragen, die die Zeit und Aufgabe haben, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gründlich zu überprüfen.

7. Es ist gesetzlich klarzustellen, wozu das PKH-Prüfungsverfahren dient und wann es zulässig ist.

8. Die Rechtssuchenden, die beratungshilfeberechtigt sind, sind angemessener als bisher an den Kosten zu beteiligen.

9. Der Rechtsanwalt hat, wenn er feststellt, dass von seinem Mandanten falsche Angaben zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht worden sind, das Recht, seine ordnungsgemäßen Gebühren zu berechnen.

10. Der Rechtsanwalt erhält nicht nur, wie im Entwurf der Gebührenkommission vorgesehenen, das Recht, nach Deckung der in § 122 der ZPO bezeichneten Kosten und Ansprüche die weiteren Beträge bis zur Höhe der Regelvergütung von der Staatskasse einziehen zu lassen, sondern auf Wunsch zusätzlich das Recht, die Beträge selbst einzuziehen. Zumind. ist ihm, wenn seine Gebühren von der Staatskasse nicht ordnungsgemäß beigetrieben werden, ein Rechtsmittel an die Hand zu geben.

Rechtsanwalt und Notar Peter Piontek, Bad Harzburg



AUS DER ARBEIT DES DAV

Rechtsanwaltsvergütung

Aktuelle Entwicklung und Aktivitäten des DAV

Die politische Auseinandersetzung um die Anpassung der Rechtsanwaltsgebühren bzw. das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz tritt in ihre letzte, und zwar entscheidende Phase. Seit mehr als drei Jahren ist der DAV auf allen politischen Ebenen, vornehmlich im vertraulichen Gespräch mit dem Justizministerium, den politischen Parteien und den Fraktionen, aktiv, um die seit langem überfällige Anpassung der Rechtsanwaltsgebühren in Form einer umfassenden Gebührenstrukturnovelle noch in der laufenden Legislaturperiode zum Erfolg zu verhelfen.

Sie werden sich erinnern: Der Präsident des DAV hatte erneut im Mai 2000 ein Schreiben an die Bundesministerin der Justiz gerichtet und in der Hauptsache eine lineare Gebührenanpassung gefordert, hilfsweise auf die Umsetzung der seit Mai 1998 vorliegenden DAV-Gebührenstrukturvorschläge gedrängt (vgl. AnwBl 2000, 413).

Dies aufgreifend hat die Bundesjustizministerin im November 2000 eine „BRAGO-Expertenkommission“ beim BMJ einberufen mit dem Auftrag, Vorschläge für eine Strukturnovelle zum Anwaltsgebührenrecht zu formulieren. Die 7-köpfige Expertenkommission war mit Vertretern der Anwaltschaft (davon zwei Mitglieder vom DAV benannt), der Länder und einem Richter besetzt.

Nach der Erklärung der Bundesministerin der Justiz auf dem Anwaltstag in Bremen, dass die Bundesregierung „in dieser Legislaturperiode auch noch ... die ja ebenfalls lange liegen gebliebene Rechtsanwaltsgebührenordnung unter Dach und Fach bringen wolle“ (vgl. AnwBl 2001, Seite 448),

konnten wir davon ausgehen, dass das Gesetzgebungsvorhaben auch einem guten Weg ist.

Die vom BMJ eingesetzte Expertenkommission hat bis zum Herbst 2001 den vollständigen Gesetzentwurf für ein „Rechtsanwaltsvergütungsgesetz“ erarbeitet. Den Kommissionsentwurf hat das Bundesministerium der Justiz im Oktober 2001 veröffentlicht und zur Stellungnahme an die Bundesländer, eine Reihe von Verbänden und Institutionen gesandt.

Nach Ablauf der Stellungnahmefrist Ende Januar 2002 wartete der Deutsche Anwaltverein bis heute – unter ständiger Anmahnung beim Justizministerium – auf die Vorlage eines rechtzeitigen Referenten- bzw. Regierungsentwurfs für eine Verbesserung der Rechtsanwaltsgebühren noch in der laufenden Legislaturperiode.

Da aus dem BMJ bis Ende März 2002 keine konkreten Gesetzesvorlagen angekündigt wurden, hat der Präsident des DAV Mitte April – auch auf Grund von Presseberichten über eine ablehnende Äußerung des Bundeskanzlers im Kabinett – Herrn Schröder angeschrieben und um eine klarstellende Äußerung bzgl. der Umsetzung der geforderten Anwaltsvergütungsanpassung gebeten. Der Präsident hat in seinem Schreiben an den Bundeskanzler u. a. auf die unabweisbare Notwendigkeit einer Gebührenanpassung nach nunmehr acht Jahren angesichts der negativen Einkommensentwicklung in der Anwaltschaft hingewiesen.

Weil das Schreiben des Präsidenten an den Bundeskanzler ohne Antwort blieb, hat der DAV mit einer halbseitigen Anzeige in der FAZ, der SZ und dem Tagesspiegel am 23. April 2002 – unmittelbar



vor dem „Tag der Freien Berufe“ in Berlin, auf dem der Kanzler reden wollte – den Bundeskanzler öffentlich aufgefordert, eine Verbesserung der Anwaltsgebührenlage noch in der laufenden Legislaturperiode zuzusagen. Herr Schröder griff diesen Anstoß bei seiner Rede am 24. April 2002 in Berlin auf. Er machte deutlich, dass von seiner Seite kein grundsätzlicher Widerstand gegen das Begehren der Anwälte nach Verbesserung der Gebührensituation vorhanden sei. Er verwies allerdings auf die Notwendigkeit, die Bundesländer von dem Vorhaben zu überzeugen, da die Länder für Mehrkosten auf Grund verbesserter Anwaltsgebühren Kompensation erwarteten.

Etwa eine Woche vor diesen Ereignissen hatte die FDP-Bundestagsfraktion in einer Initiative des Abgeordneten Funke einen Gesetzentwurf für ein „Rechtsanwaltsvergütungsgesetz“ in den Deutschen Bundestag eingebracht. Dieser Gesetzentwurf der FDP-Fraktion entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem Kommissionsentwurf der Expertenkommission, ist allerdings noch bei den Tabellen um einen Anhebungsbetrag von zusätzlich 10% ergänzt.

Unmittelbar nach dem FDP-Fraktionsentwurf erklärte der Rechtspolitische Sprecher der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Volker Beck, dass die Grünen darauf drängen werden, noch in dieser Wahlperiode das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in den Bundestag einzubringen – unter Verweis auf den vom BMJ erarbeiteten Entwurf –.

Der DAV hat sowohl die Erklärung des Rechtspolitischen Sprechers der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen begrüßt ebenso wie den Gesetzentwurf der FDP-Fraktion.

Nach dem „Tag der Freien Berufe“ hat sich der DAV-Präsident erneut an den Bundeskanzler und die Bundesministerin der Justiz gewandt und beide aufgefordert, nunmehr alles Notwendige zu tun, damit das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden kann.

Die mit den Vertretern der Bundestagsfraktionen geführten Gespräche hatten gezeigt, dass es seitens der Fraktionen des Deutschen Bundestages keine

grundsätzlichen Bedenken gegen die Verabschiedung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes und damit eine Gebührenanpassung gibt.

Gegen eine Neuregelung und Anpassung der Rechtsanwaltsvergütungen hat sich allerdings der Gesamtverband der Versicherungswirtschaft (GDV) in Deutschland gestellt mit der Behauptung, das Erhöhungsvolumen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (Fassung des Kommissionsentwurfs) betrage mehr als 28% und würde unweigerlich zu einer Prämienhöhung führen.

Dieser unsachliche Angriff, der in der Politik größere Beachtung fand, hat zu Gesprächen zwischen dem DAV und dem GDV geführt. In diesen Gesprächen auf Arbeitsebene ist man zu dem Ergebnis gekommen, dass die vom GDV verbreiteten Zahlen unrealistisch sind bzw. von einer falschen Basis ausgegangen sind. Realistische Schätzungen, die insbesondere auch das Bundesministerium der Justiz teilt, gehen von einer durchschnittlichen Anhebung der Rechtsanwaltsgebühren zwischen 13 und 16% aus.

Das Ergebnis der Gespräche des DAV mit dem GDV war, dass der GDV von seiner überzogenen Kritik Abstand genommen hat. Lediglich zwei Rechtsschutzversicherungen verbreiten nach wie vor die unrichtigen Zahlen, um die Anpassung der Rechtsanwaltsgebühren nach wie vor zu verhindern.

Wie ist der weitere Fahrplan?

Am Donnerstag, dem 16. Mai 2002 wird der FDP-Fraktionsentwurf für ein Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in erster Lesung im Bundestag verhandelt. Ziel aller weiterhin intensiv geführten Gespräche ist es, dass zu diesem Zeitpunkt auch ein Regierungsentwurf zum RVG mit verhandelt wird.

Danach gilt es, die Länder zu überzeugen, dass eine Anpassung der Rechtsanwaltsgebühren im Rahmen eines Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes dringend geboten ist.

(Rundschreiben des Hauptgeschäftsführers des DAV Dr. Dierk Mattik vom 30.4.2002 [Nr. 11/02] an alle Vorsitzende der örtlichen Anwaltvereine und der DAV-Landesverbände)



DAV-Pressmitteilungen

Reform der Gebührenstruktur bei den Rechtsanwälten dringend geboten

Gemäß einer Pressemitteilung der FDP-Bundestagsfraktion vom 17.4.2002 hat diese einen Gesetzentwurf eingebracht, der eine Strukturreform der Rechtsanwaltsgebühren (BRAGO) fordert. Dies wird vom Deutschen Anwaltverein (DAV) begrüßt. Nachdem der Bericht der Expertenkommission schon länger vorliegt, ist eine Umsetzung der Ergebnisse gefordert. Die Expertenkommission, an der die Anwaltschaft, die Bundesländer, das Bundesministerium der Justiz und die Richterschaft mitgewirkt haben, fordert ein Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Dies ist nach Ansicht des DAV dringend geboten. Es könne nicht hingenommen werden, dass sich der Gesetzgeber nach mehr als acht Jahren einer Anpassung und Angleichung der Rechtsanwaltsgebühren an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten verschließe. Es besteht die Gefahr, dass mit einer Reform der Rechtsanwaltsgebühren so lange gewartet werde, bis eine Existenzgefährdung vieler Kanzleien eingetreten sei.

„Die Bundesregierung ist nun gefordert. Wir bieten unsere Zusammenarbeit an,“ so **Dr. Dierk Mattik**, Hauptgeschäftsführer des DAV, in Berlin. Es müsse ein Rechtsanwaltsvergütungsgesetz so rechtzeitig auf den Weg gebracht werden, dass es noch in dieser Legislaturperiode vom Parlament verabschiedet werden könne. Die Zeit dränge, da der Jahresüberschuss für Einzelkanzleien, die die überwiegende Anzahl der Rechtsanwaltskanzleien ausmachen, von 83.000 DM im Jahre 1994 auf 58.000 DM im Jahre 1999 gesunken sei. Außerdem müsse bei einer solchen Reform die Gebührenordnung an die tatsächlich in den Kanzleien geleistete Arbeit angepasst werden. Das jetzige Recht geht überwiegend von dem am Gericht tätigen Anwalt aus, obwohl anwaltliche Tätigkeit zu rund 70 Prozent außergerichtlich stattfindet.

(DAV-Pressmitt. 7/02 v. 18.4.2002)

In die Debatte um die Gebührenreform kommt Bewegung

Nachdem gestern bereits die FDP-Bundestagsfraktion hinsichtlich

einer Strukturreform der Rechtsanwaltsgebühren einen eigenen Gesetzentwurf angekündigt hat, drängt nun auch die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen darauf, dass noch in dieser Legislaturperiode das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in den Bundestag eingebracht wird. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) begrüßt dies mit Nachdruck und kann dies nur unterstützen. Nach Ansicht des DAV gehe es längst nicht mehr um eine wesentliche Verbesserung der Anwaltseinkommen, sondern um die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlagen der Anwaltschaft. Einerseits sei die Anwaltschaft ein gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Leistungsträger, der als solcher z. B. bei der Prozesskostenhilfe und bei der Pflichtverteidigung auch in Anspruch genommen werde, andererseits warte die Anwaltschaft seit 1994, dass die Gebühren an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten angeglichen werde. Keiner anderen Berufsgruppe würde zugemutet werden, so lange auf eine Erhöhung der Einkommen zu warten.

„Das Bild des sehr gut verdienenden Anwalts, wie man es aus dem Fernsehen kennt, ist falsch. Dies betrifft nur einen geringen Teil, etwa 8 Prozent der Anwaltschaft. Eine Vielzahl der kleineren und mittleren Kanzleien stehen mittlerweile vor finanziellen Problemen, da die Umsätze in den vergangenen Jahren gesunken sind. Die Betriebs- und Personalkosten in den Kanzleien sind hingegen mit der allgemeinen Preisentwicklung gestiegen,“ so der Präsident des Deutschen Anwaltvereins, Rechtsanwalt **Dr. Michael Streck**, in Berlin. Die Reform sei daher dringend geboten. Der DAV unterstütze daher alle Pläne, die Gebührenstruktur zu reformieren. Wie in den vergangenen Jahren auch, biete er hier seine Mitarbeit an.

(DAV-Pressmitt. 8/02 v. 18.2.2002)

DAV-Anzeigen an den Bundeskanzler zum „Tag der Freien Berufe“ am 24.4.2002 in Berlin

Am 24.4.2002 findet in Berlin der Tag der Freien Berufe (Haus der Kulturen der Welt) statt, auf dem Bundeskanzler Gerhard Schröder spricht. Die Kundgebung am Nachmittag (ab 15:00 Uhr) steht unter der Überschrift „Freie Berufe – Partner oder Stiefkinder der Politik?“. Die Anwaltschaft fühlt sich

bezüglich der Reform der Rechtsanwaltsgebühren von der Bundesregierung als Stiefkind behandelt. Obwohl eine Reform der Struktur und der Höhe der Anwaltsgebühren dringend geboten ist, wird diese von der Bundesregierung nicht auf den parlamentarischen Weg gebracht. Aus diesem Grund fordert der Deutsche Anwaltverein (DAV) in halbseitigen Anzeigen in großen deutschen Tageszeitung am 23.4.2002 (FAZ, Süddeutsche Zeitung und Tagesspiegel) den Bundeskanzler auf, sich für eine Gebührenstrukturreform noch in dieser Legislaturperiode einzusetzen.

Hauptbetroffene der Kostensteigerungen seien insbesondere die kleineren und mittleren Kanzleien. Große Kanzleien und insbesondere Wirtschaftskanzleien dürften vielmehr den Weg der Honorarabrechnung bei den Anwaltshonoraren gehen. Mit der Anzeigenkampagne unter der Überschrift „Lieber Herr Bundeskanzler, rechnet denn Ihr Anwalt nach der BRAGO ab?“ soll der Bundeskanzler gerade auf diesen Umstand hingewiesen werden.

Seit 1994 seien die gesetzlichen Anwaltsgebühren nicht an die wirtschaftliche Entwicklung angepasst worden. Die große Mehrheit der Anwaltschaft habe in den letzten Jahren daher Einkommensverluste hinnehmen müssen, die durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz ausgeglichen werden sollen. Das Gesetz bringe eine wesentlich einfachere, übersichtlichere und auf die Leistungsabschnitte des Anwalts ausgerichtete Gebührenabrechnung. Die insbesondere von zwei Rechtsschutzversicherungen ins Feld geführte unangemessene Anhebung der Anwaltsgebühren und die dafür angeführte Berechnung weist der DAV als unseriös zurück.

„Hier wird mit untauglichen Zahlen gearbeitet, um eine Scheinargumentation aufzubauen. Realistische Schätzungen, die insbesondere auch das Bundesministerium teilt, gehen von einer durchschnittlichen Anhebung der Rechtsanwaltsgebühren zwischen 13% und 16% aus,“ so **Dr. Dierk Mattik**, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Anwaltvereins in Berlin. Angesichts der Kostensteigerungen der letzten acht Jahre, in denen die Rechtsanwaltsgebühren nicht erhöht worden sind, sei eine solche Anhebung angemessen. Auch der Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion basiere auf den Zahlen des DAV und des Bundesjustizministeriums. Die von einigen



Rechtsschutzversicherungen vorgetragenen angeblichen Kostensteigerungen und die angeführten Rechenbeispiele halten einer Nachprüfung nicht stand. Es sei zwar verständlich, wenn Rechtsschutzversicherer auch künftig gut verdienen wollten, doch ersetze dieser Wunsch nicht eine seriöse Argumentation. Der Druck auf die Politik werde mit Hilfe der Sachargumente weiter erhöht werden. Eine weitere Möglichkeit die Gebührenreform anzukündigen wäre der Deutsche Anwaltstag vom 9. bis 11.5.2002 in München, auf dessen Zentralveranstaltung am Freitag, dem 10.5.2002 der Bundeskanzler sprechen wird.

(DAV-Pressemitt. 9/02 v. 23.4.2002)

DAV bedauert die Ablehnung weiterer Fachanwaltschaften

Die Satzungsversammlung, das gewählte Parlament der Anwaltschaft, hat auf ihrer Sitzung am 26. April 2002 in Berlin die Einführung weiterer Fachanwaltschaften zunächst abgelehnt. Die beantragten Fachanwaltschaften für Medizin- bzw. Verkehrsrecht wurden abgelehnt, die für das Versicherungsrecht vertagt. Nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins (DAV) ist die Einführung weiterer Fachanwaltschaften dringend geboten. Die Entscheidung der Satzungsversammlung ist daher zu bedauern. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass eine repräsentative Studie des DAV bei Verbrauchern ab 18 Jahren ergeben hat, dass 67 Prozent der Befragten bei der Anwaltssuche einen für das in Frage kommende Rechtsgebiet spezialisierten Anwalt bevorzugen. Dabei hat die Untersuchung gezeigt, dass der Begriff des „Fachanwalts“ geeignet ist, dieses Expertenwissen zum Ausdruck zu bringen. Andere Qualifikationsbezeichnungen von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sind den Verbrauchern unbekannt und ohne Bedeutung.

„Damit hat die Satzungsversammlung erneut die Chance verpasst, die Zukunft der Anwaltschaft zu gestalten und auf die Anforderung des Marktes zu reagieren“, so der Präsident des DAV, **Rechtsanwalt Dr. Michael Streck**, in Berlin. Die Einführung weiterer Fachanwaltstitel schaffe mehr Transparenz über die Qualifikation der anwaltlichen Dienstleistung. Der Markt, dies zeige die Studie, wolle weitere Fachanwaltschaften.

Bisher gibt es Fachanwaltschaften für die Rechts- und Arbeitsgebiete Ar-

beitsrecht, Familienrecht, Insolvenzrecht, Sozialrecht, Steuerrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht. Der DAV forderte die Einführung für Verkehrsrecht, Medizinrecht und Versicherungsrecht. Eine Rechtsanwältin bzw. ein Rechtsanwalt darf den Titel „Fachanwältin“ bzw. „Fachanwalt“ nur führen, wenn sie/er entsprechende theoretische und praktische Kenntnisse in einem Prüfungsverfahren vor der Anwaltskammer nachgewiesen hat. Der Fachanwalt hat die Pflicht, sich auf seinem Fachanwaltsgebiet fortzubilden. Die Erfüllung dieser Fortbildungspflicht wird durch die Rechtsanwaltskammern kontrolliert.

(DAV-Pressemitt. Nr. 10/02 v. 26.4.2002)

DAV begrüßt Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Vermögensstrafe

Das BVerfG hält nach einem Urteil vom 20.3.2002 die mit dem Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität von 1992 in das Strafgesetzbuch aufgenommene Vermögensstrafe für verfassungswidrig. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) begrüßt das Urteil, da die Vermögensstrafe eine voraussetzungs- und konturlose Bestimmung sei, die tief in die Rechte des Betroffenen und in die Strafverteidigung eingreife. Der Wortlaut der Strafvorschrift habe den Anwendungsbereich in keiner Weise eingegrenzt. Durch das Fehlen von Tatbestandsvoraussetzungen müsse der Strafverteidiger durch Beweisanträge beispielsweise die Verknüpfung zwischen dem Vermögen und der Straftat oder aber auch den Wert des Vermögens klären lassen. Dies würde Strafverfahren nur unnötig belasten.

„Das Fehlen gesetzlich definierter Anwendungsvoraussetzungen kann im Strafrecht nicht hingenommen werden, da jede Strafe vorhersehbar sein muss“, so **Rechtsanwalt und Notar Eberhard Kempf**, Frankfurt/Main, Vorsitzender des Strafrechtausschusses des DAV. Das BVerfG hat die vom DAV geltend gemachten Bedenken bestätigt, dass die Vermögensstrafe eine bis zur Erschöpfung des Vermögens nach oben offene Sanktion sei, ohne dass dem Richter irgend ein Maßstab an die Hand gegeben wäre, wie er sie bemessen soll. Strafe müsse sich zudem immer an der Schuld des Täters bemessen und dürfe von Zufälligkeiten wie der Vermögenslage des Täters unabhängig sein.

Die Vermögensstrafe sei demnach kein taugliches Mittel der Strafverfolgung bzw. Strafzumessung.

(DAV-Pressemitt. 5/02 v. 21.3.2002)

DAV begrüßt Wahl eines Rechtsanwalts zum Bundesrichter

Der Richterwahlausschuss hat neue Bundesrichter gewählt. Dies geht aus einer Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 21.3.2002 hervor. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) begrüßt außerordentlich, dass mit dem Rechtsanwalt beim BGH Dr. Alfred Bergmann auch ein Rechtsanwalt für den Bundesgerichtshof (BGH) gewählt wurde. Bisher hätte es erst zwei Rechtsanwälte als Richter beim BGH gegeben, der letzte sei 1994 ausgeschieden. Die Anwaltschaft sei Teil der Rechtspflege und ihre anwaltliche Erfahrung, die sie gerade auch außerhalb von gerichtlicher Tätigkeit gewonnen habe, sei für Gerichtsentscheidungen von besonderem Nutzen.

„Wir hoffen, dass diese Wahl ein Zeichen setzt“, so **Dr. Dierk Mattik**, Hauptgeschäftsführer des DAV. Richter würden in ihrer Berufserfahrung nur Streitigkeiten kennen lernen. Die anwaltliche Tätigkeit beruhe bei erfahrenen Anwälten hingegen zu großen Teilen auch auf außergerichtlichen Tätigkeiten. Diese Erfahrung könne für Gerichtsentscheidungen von großem Nutzen sein. Insgesamt müssten mehr erfahrene Anwälte Richter werden. Dies beschränke sich nicht auf die Bundesgerichte.

Die bisherigen Rechtsanwälte, die in den BGH als Richter gewählt worden sind, waren Rechtsanwalt Manfred Skibbe, Mannheim, geb. 15.11.1929 in Danzig – er trat in den BGH am 19.12.1974 ein – und Rechtsanwalt Werner Hoffmann, Freiburg/Br., geb. 19.9.1914 in Karlsruhe – er trat am 14.12.1971 in den BGH ein.

(DAV-Pressemitt. 6/02 v. 25.3.2002)



Juristenausbildung

Änderung der Juristenausbildung

Am 26.4.2002 hat der Bundesrat endlich die „Reform“ der Juristenausbildung gebilligt, das Gesetz wird am 1. Juli 2003 in Kraft treten. Was ändert sich aus der Sicht der Anwaltschaft?

Die Dauer der Pflichtanwaltsstation beträgt nunmehr neun Monate. Dabei kann das Landesrecht bestimmen, dass bis zu einer Dauer von drei Monaten die Ausbildung auch bei einem Notar, einem Unternehmen, einem Verband oder bei einer sonstigen Ausbildungsstelle stattfinden kann, wenn eine sachgerechte rechtsberatende Ausbildung gewährleistet ist. Damit konzentriert sich die Neuregelung erfreulicherweise verstärkt auf den Beruf des Rechtsanwaltes. Die zunächst vorgesehenen 12 Monate Pflichtanwaltsstation wurden – so die Begründung der Politiker – gerade zugunsten der Anwaltschaft abgelehnt, da die Rechtsanwälte nicht zu sehr mit der Ausbildung der Rechtsanwälte belastet werden sollten. Ob allerdings die bloße Verlängerung eine Reform darstellt ist unklar, zumal bereits heute in vielen Bundesländern ein Referendar 12 Monate beim Anwalt sein kann.

Tatsächlich hatte der DAV in seinem Vorstandsbeschluss vom 26. September 2001 und erneut am 20. und 21. Februar 2002 gefordert, dass sich die Zahl der Ausbildungsplätze am Bedarf orientiert. Eine hochqualifizierte Ausbildung aller Referendare, d. h. 10.000 jährlich könne – so der DAV – die Anwaltschaft nicht leisten. Dafür reiche die Anwaltskapazität nicht aus. Insbesondere die Leistungsfähigkeit der kleinen Kanzleien würde überfordert.

Die Forderungen des DAV nach einer Festlegung der Inhalte wurden leider nur rudimentär berücksichtigt. Nach der Neuregelung (§ 59 Abs. 1 BRAO) soll Gegenstand der Ausbildung insbesondere sein, die gerichtliche und außergerichtliche Anwalts-tätigkeit, der Umgang mit Mandanten, das anwaltliche Berufsrecht und die Organisation einer Anwaltskanzlei.

Der DAV hatte eine wesentlich konkretere Festschreibung der Ausbildungsinhalte gefordert und auch eine bundeseinheitliche Inhaltsbestimmungskompetenz. Diese Inhaltsforderungen wurden als zu streng bewertet. Unklar bleibt aber auch zukünftig wie durch die Neuregelung eine Scheinausbildung verhindert werden soll. We-

nigsten soll die Anwaltschaft stärker an der Ausbildung über inhaltliche als auch verfahrensmäßige Themen und natürlich auch personell beteiligt sein. Wie das garantiert werden soll bleibt ebenfalls ungeklärt.

Das gilt auch für die Finanzierung der Ausbildung über die sich das Änderungsgesetz ausschweigt. Eine Umlage der Kosten der Juristenausbildung auf die Anwaltschaft via Kammerbeiträge lehnt der DAV aus grundsätzlichen Erwägungen mit Nachdruck ab und zwar auch dann, wenn dies heute schon stillschweigend aber ohne ausreichende Ermächtigung erfolgt.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Universitäten nunmehr in eigener Verantwortung beim 1. Examen das Wahlfach (Anteil 30%) prüfen können und dass der internationalen Orientierung der Juristenausbildung ein höherer Stellenwert als bisher beigemessen wird. Das gilt auch für nichtjuristische Fähigkeiten.

Die Hauptforderung des DAV nach einer Spartenausbildung, also die Abschaffung des Einheitsjuristen, hingegen wurde leider frühzeitig rigoros abgelehnt. Da bleibt wohl nur der Schritt zu einem eigenen DAV-Ausbildungsmodell.

*Rechtsanwältin Dr. Malaika Ahlers,
LL.M., Berlin*

RENO-Ausschuss des DAV

Neue Merkblätter und Vertragsmuster für Auszubildende und RENO-Fachangestellte

Anlässlich des vom Bundesverband der Freien Berufe (BFB) am 24.4.2002 in Berlin ausgerichteten „Tag der Freien Berufe“ hat der RENO-Ausschuss des DAV die vorhandenen Informations-Merkblätter aktualisiert und überarbeitet sowie einen „Muster-Arbeitsvertrag für die Anstellung von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen in Rechtsanwaltskanzleien“ vorgelegt.

Es handelt sich um das „**AZUBI-Merkblatt 2002**“, Empfehlungen des Deutschen Anwaltvereins, Stand April 2002, mit Ausführungen zu den Themen

1. Ausbildungsvergütung
2. Sonderzahlungen
3. Vermögenswirksame Leistungen und Fahrtkosten
4. Arbeitszeit

5. Urlaub

- Erläuterungen zu den empfohlenen Konditionen für Auszubildende
- Tableau zu den Netto-Gehältern und dem jeweiligen Brutto-Aufwand des Arbeitgebers.

Die zweite aktualisierte und überarbeitete Unterlage ist das „**Merkblatt 2002 für Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellte – Eine Orientierungshilfe für Rechtsanwälte**“, Stand April 2002.

Das Informationsblatt behandelt die Themen

1. Arbeitsvertrag
2. Arbeitszeit
3. Vergütung
4. Sonderzahlungen
5. Hort- und Kindergartenzuschuss
6. VWL/Fahrtkosten
7. Urlaub
8. Fortbildung
9. Fördermöglichkeiten.

Schließlich hat der Vorsitzende des DAV-RENO-Ausschusses Rechtsanwalt und Notar und Fachanwalt für Arbeitsrecht Paul-Werner Beckmann/Herford einen „**Muster-Arbeitsvertrag für die Anstellung von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen in Rechtsanwaltskanzleien**“, Stand April 2002, entworfen. Das Muster ist – wie bei jedem Formular-Mustervertrag – in jedem Einzelfall an die jeweiligen Besonderheiten des Falles anzupassen. Der Verfasser und der DAV schließen jede Haftung und Gewähr für die Verwendung des Muster-Arbeitsvertrages aus.

Die genannten drei neuen Informationsmaterialien sind in der jeweils aktuellen Fassung im Internet abrufbar unter www.anwaltverein.de/01/05 oder können bei der DAV-Geschäftsstelle in Berlin angefordert werden.

Rechtsanwalt Udo Henke, Berlin

AG Mediation

Mitgliederversammlung und Fachtagung am 20. und 21. September 2002 in Bonn

Die Arbeitsgemeinschaft Mediation lädt ihre Mitglieder zur diesjährigen **Mitgliederversammlung** ein. Die Mitgliederversammlung findet statt am Freitag, 20. September 2002, 18 Uhr im Gustav-Stresemann-Institut, Langer Grabenweg 68, 53175 Bonn, Tel.: (0228) 8107-221, Fax: (0228) 8107-198



Der Geschäftsführende Ausschuss gibt die Tagesordnung wie folgt bekannt:

1. Geschäftsbericht des Geschäftsführenden Ausschusses
2. Bericht des Schatzmeisters
3. Bericht des Kassenprüfers
4. Aussprache
5. Entlastung des Geschäftsführenden Ausschusses
6. Wahl einer Kassenprüferin / eines Kassenprüfers
7. Wahl des Geschäftsführenden Ausschusses
8. Verschiedenes

Zu TOP 7: Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft sind:

Rechtsanwalt Dr. Ludwig Koch, Köln, Rechtsanwalt Rembert Brieske, Bremen, Rechtsanwältin Andrea Budde, Köln, Rechtsanwältin Ulrike Fischer, Köln, Rechtsanwalt Dr. Thomas Lapp, Mannheim, Rechtsanwältin Dr. Sabine Rosenstein, Meerbusch, Rechtsanwalt Holger Saubert, Schwerin. Die Arbeit des Geschäftsführenden Ausschusses ist seit der letzten Mitgliederversammlung aktiv von Rechtsanwalt Marcus Hehn, Alsdorf a. d. Sieg, unterstützt worden. Die Kollegen Dr. h.c. Koch und Brieske sind vom Vorstand des DAV entsandte Mitglieder. Nach der Geschäftsordnung besteht der Geschäftsführende Ausschuss aus den vom Vorstand entsandten und sechs von der Mitgliederversammlung zu wählenden Mitgliedern. Zur Wahl stellen sich die Kolleginnen und Kollegen: Ulrike Fischer, Marcus Hehn, Dr. Thomas Lapp, Dr. Sabine Rosenstein, Holger Saubert.

Anträge zur Tagesordnung sind nach der Satzung (§ 6 Abs. 3) spätestens 21 Tage vor der Mitgliederversammlung beim Geschäftsführenden Ausschuss eingehend unter der Anschrift Littenstraße 11, 10179 Berlin zu stellen und müssen von mindestens 10 Mitgliedern unterstützt werden.

Über das **Fachprogramm der diesjährigen Tagung** informiert Sie die Anzeige der Arbeitsgemeinschaft in diesem Heft.

AG Versicherungsrecht

„Krieg und politische Gefahren im Versicherungsrecht“

Die DAV-Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht hat am 18.1.2002 in Hamburg eine viel beachtete Fachtagung zum Thema „Krieg und politische Gefahren im Versicherungs-

recht“ durchgeführt. Unterstützt wurde die Veranstaltung von der Allianz Versicherung AG, die den Tagungsraum, Pausengetränke und das Arbeitsessen zur Verfügung stellte.

Der Tagungsleiter, Rechtsanwalt **Dr. Hubert W. van Bühren**, Vorsitzender der DAV Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht konnte über 60 Teilnehmer aus der Anwaltschaft und der Versicherungswirtschaft – auch Rückversicherer waren vertreten – begrüßen. Rechtsanwalt **Dr. Henning C. Ehlers**, Vorsitzender des Arbeitskreises „Transportversicherung“ in der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht wies in seinem Referat darauf hin, dass in allen Versicherungssparten Schäden ausgeschlossen sind, die durch Krieg oder Kriegsereignisse verursacht werden. Der Grund hierfür liege darin, dass das Kriegsrisiko nicht überschaubar und damit nicht kalkulierbar sei. Lediglich in der Güter- und Seekaskoversicherung sowie in der Luftfahrtversicherung könne die Kriegsgefahr in eingeschränktem Umfang mitversichert werden. Charakteristisch für diesen Einschluss der Kriegsgefahr sei jedoch, dass diese Klausel von den Versicherern jeweils kurzfristig gekündigt werden können. Ehlers wies darauf hin, dass terroristische Gewalthandlungen nicht staatlicher Organisationen innerhalb oder außerhalb des eigentlichen Kriegsgebietes in den Versicherungsbedingungen oft den Kriegsereignissen gleichgesetzt und damit vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden.

Terrorakte waren bisher in der Allgemeinen und Industriellen Sachversicherung mitversichert, in Zukunft möglicherweise nicht mehr.

Rechtsanwalt **Arno Schubach**, Leiter des Arbeitskreises „Personenversicherung“ in der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht, machte deutlich, dass auch in der Personenversicherung das Kriegsrisiko in der Regel nicht versichert ist. Die Unfallversicherung von Soldaten, die an Kampfeinsätzen teilnehmen, ruht während dieser Zeit, sodass ein Soldat von seinem Unfallversicherer selbst dann keine Leistungen erhält, wenn die Unfallursachen nichts mit dem typischen Kriegsrisiko zu tun hat.

Zugleich wies Rechtsanwalt Schubach darauf hin, dass nicht nur bei unmittelbaren Kriegseinwirkungen, sondern auch bei so genannten inneren Unruhen der Versicherungsschutz eingeschränkt sein kann. Bisher waren die Versicherer bei der Einstufung von Ereignissen als „innere Unruhen“ zurückhaltend und haben die Sach- und Personenschäden

reguliert, die bei Ausschreitungen („Chao-stage“) entstanden sind.

In der Unfall- und der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung (BUZ) ist – anders als bei Kriegsereignissen – bei inneren Unruhen zumindest das passive Risiko versichert. Es besteht Versicherungsschutz bei Bürgerkrieg und inneren Unruhen, wenn der Versicherte sich an diesen Ereignissen nicht beteiligt hat.

Wolfgang Schatz, Vorstand der Allianz Globus MAT und Geschäftsführer des Deutschen Luftpools behandelte in seinem Referat schwerpunktmäßig die praktischen Aspekte der Thematik, die zum Teil in den Medien, besonders in der Zeit nach dem 11. September 2001 intensiv diskutiert wurden. Er erläuterte die Mechanik der Kriegsdeckungen in der Luftfahrtversicherung und gab einen Überblick über die konkreten Auswirkungen der Terrorattacken vom 11. September 2001 in den USA auf den internationalen Luftfahrtversicherungsmarkt. Dabei ging er auch auf die politische Situation, insbesondere auf die Diskussion zu den Staatsgarantien in Deutschland, Europa und den USA ein und informierte über den aktuellen Status der im Versicherungsmarkt für Airlines und andere Luftfahrtrisiken verfügbaren „Terror- und Kriegsdeckungen“.

In seinem Ausblick machte er deutlich, dass Erst- und Rückversicherer für die Absicherung derartiger Risiken auf keinerlei statistische Erfahrungswerte zurückgreifen können, sodass jedes Anbieten von Deckungsschutz in diesem letztlich unkalkulierbaren Bereich ein echtes unternehmerisches Wagnis darstellt. Alle Lösungen, die der private Versicherungsmarkt hier anbieten könne, hätten Grenzen hinsichtlich ihrer Finanzierbarkeit. Für Schadensszenarien in der Dimension vom 11. September 2001 werde auch künftig der Staat weiter gefordert sein.

In den mit großem Ernst geführten Diskussionen nach den Referaten wurde deutlich, dass ein umfassender Versicherungsschutz, der auch das Kriegs- und Terrorrisiko umfasst, nicht kalkulierbar ist, sodass in diesem Bereich – wenn überhaupt – nur eingeschränkt Versicherungsschutz angeboten werden kann.

Alle Tagungsteilnehmer waren sich darüber einig, dass der Dialog zwischen Anwaltschaft und Versicherungswirtschaft für beide Seiten fruchtbar ist und auch in Zukunft regelmäßig fortgesetzt werden soll.

Rechtsanwalt **Dr. Hubert W. van Bühren**, Köln
Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft
Versicherungsrecht



Kooperationen

DAV mit neuer Kooperation

– Vergünstigungen bei Martindale-Hubbell –

Zum 53. Deutschen Anwaltstag 2002 präsentierte Martindale-Hubbell erstmals in Deutschland ein Internetangebot, das sich speziell an kleine und mittlere Kanzleien und deren potenzielle Mandanten richtet. Es ermöglicht die professionelle Selbstdarstellung der Kanzlei und deren Schwerpunkte mittels einer eigenen homepage. Der Service von Martindale-Hubbell umfasst neben einer professionellen Beratung auch Designentwicklung und juristisches Contentmanagement der homepage sowie eine Marketing-Unterstützung.

Die Einrichtung einer Website ist hierbei allerdings nur ein Aspekt des Marketings. Denn mit der Website ist der Verkehr, also die Inanspruchnahme der Website durch potenzielle Mandanten noch nicht Gewähr leistet. Dieser Verkehr wird durch die Platzierung der Suchmaschine www.anwalt24.de auf Internetportalen generiert.

Zu diesem Zweck ist der Deutsche Anwaltverein mit Martindale-Hubbell eine Kooperation eingegangen. Diese Kooperation stellt somit eine Ergänzung zur eigenen Anwaltsuchmaschine des Deutschen Anwaltvereins www.anwaltauskunft.de dar, die selbstverständlich weiter betrieben wird.

Die Anwaltsuchmaschine von Martindale-Hubbell ist neben der Deutschen Anwaltsuchmaschine die größte Anwaltsuchmaschine im Netz. Sie wird wie die Anwaltsuchmaschine auch jedem, der Rechtsbeistand sucht, eine kostenlose Recherche nach Ort, Arbeitsschwerpunkten oder anderen Kriterien ermöglichen. Der Suchende erhält unter www.anwalt24.de bevorzugt Informationen zu den Anwälten, die eine von Martindale-Hubbell entwickelte Website besitzen. Eine Verlinkung führt direkt weiter zur homepage der gewünschten Kanzlei.

Dank der Kooperation mit dem Deutschen Anwaltverein erhalten DAV-Mitglieder, die eine Anwaltshomepage bei Martindale-Hubbell betreiben wollen, einen jährlichen Rabatt von 100 €.

Für den DAV ist es wichtig, Allianzen mit Dienstleistern einzugehen, die Anwälten helfen, sich auch im Internet zu präsentieren. Dies ist eine Form, wie man das Anwaltsmarketing unterstützen kann. Die Anwaltschaft stellt sich auch den neuen technischen Herausforderungen. Ein Eintrag in das örtliche Telefonbuch oder die klassische Mund-zu-Mund-Propaganda scheinen mit den heutigen technischen Möglichkeiten für ein Anwaltsmarketing nicht mehr ausrei-

chend. Neben seriöser Informationswerbung in regionalen Medien oder der Produktion hochwertiger Kanzleibroschüren entwickelt sich das Internet immer mehr zur attraktiven und effizienten Plattform der Selbstdarstellung und als sinnvoller Weg zur Akquisition neuer Mandanten.

Martindale-Hubbell veröffentlicht seit 1868 umfassende Anwaltsverzeichnis. Die von Martindale-Hubbell angebotenen Websites, von denen bereits über 20.000 umgesetzt wurden, gehören in den USA zum festen Bestandteil vieler Kanzleien. Martindale-Hubbell ist Teil der Lexis-Nexis Group, die wiederum Bestandteil des Reed Elsevier plc. Konzerns ist. Seit dem 1.7.2001 hat Martindale-Hubbell auch ein Büro in Frankfurt/Main.

Sollten Sie an dem Angebot von Martindale-Hubbell interessiert sein, können Sie auf die vergünstigten Konditionen als DAV-Mitglied zurückgreifen. Wenn Sie nähere Informationen wünschen, können Sie diese unter www.anwalt24.de, E-Mail: anwalt24.de@martindale.com, Telefax: (069) 77039-103 oder Telefon: (069) 77039-0 anfordern.

Personalien

Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe verabschiedet sich von seiner Sozietät

Mit dem Ausscheiden von Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe aus der aktiven Tätigkeit in seiner Sozietät, der er 38 Jahre lang angehörte, geht auch eine Ära für die deutsche Anwaltschaft zu Ende. Rabe hat ihre Entwicklung über Jahrzehnte an entscheidender Stelle mitgestaltet. Neben seiner Tätigkeit als Anwalt in Hamburg und Brüssel, seit 2001 als Partner der internationalen Anwaltskanzlei Latham & Watkins Schön Nolte, hatte er zahlreiche Funktionen in der Anwaltschaft inne, war der Rechtswissenschaft verpflichtet und wurde vielfach ausgezeichnet.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe war fünf Jahre lang Präsident des Deutschen Anwaltvereins, dessen Vorstand er 22 Jahre angehörte. Er vertrat die deutsche Anwaltschaft im Council der International Bar Association und beim Rat der europäischen Anwaltschaften. In den Neunzigerjahren war er Vorsitzender der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages und Präsident des 60., 61. und 62. Deutschen Juristentages sowie Initiator und Präsident des 1. Europäischen Juristentages. Über 30 Jahre war Rabe Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift *Europarecht*, er ist Mitherausgeber der Neuen

Juristischen Wochenschrift, der Standardzeitschrift deutscher Juristen.

Neben anderen deutschen und ausländischen Auszeichnungen erhielt Hans-Jürgen Rabe das Große Bundesverdienstkreuz und die Hans-Dahs-Plakette, die als höchste Auszeichnung der deutschen Anwaltschaft gilt.

Hans-Jürgen Rabe engagierte sich besonders für das Europarecht. Als Honorarprofessor für Europarecht an der Universität Hamburg förderte er eine bessere Kenntnis des europäischen Rechts. Sein Anliegen war, dass sich die Bürger, vor allem aber die Juristen intensiv an der Gestaltung Europas beteiligen. Seine Kollegen, seine Mandanten, aber auch seine Partner im Europäischen Diskurs werden dem Anwalt und Europarechtsexperten verbunden bleiben.

Die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins wünschen sich das fortdauernde Gespräch mit Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe und grüßen ihn in diesen Tagen mit Respekt, großem Dank und besonders herzlich.

Honorarprofessor

Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Norbert J. Gross, Docteur en Droit, Karlsruhe, Mitglied des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins ist zum Honorarprofessor an der Universität (TH) Karlsruhe berufen worden. Wir wünschen Herrn Kollegen Gross Freude und Bereicherung in diesem neuen Aufgabenbereich und gratulieren herzlich.

Auszeichnung von Anwälten

Der Bundespräsident hat Herrn Rechtsanwalt Heinz Egon Buse, Hagen, das Verdienstkreuz am Bande der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Der Bundespräsident hat Frau Rechtsanwältin Roswitha Henz-Benz, Mannheim, die Verdienstmedaille der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Der Bundespräsident hat Herrn Rechtsanwalt und Notar Richard Streim, Wiesbaden, das Verdienstkreuz am Bande der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Der Bundespräsident hat Herrn Rechtsanwalt und Notar Lutz Tauchert, Frankfurt am Main, das Verdienstkreuz am Bande der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Der Bundespräsident hat Herrn Rechtsanwalt Dr. Hans Christoph von Rohr, Mülheim, das Verdienstkreuz am Bande der Bundesrepublik Deutschland verliehen.



Bundesverdienstkreuz für Rechtsanwalt Dr. Krieger

Rechtsanwalt Dr. Gerd Krieger hat am 27.2.2002 in Freiburg das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen bekommen. In dem Festakt würdigte der Baden-Württembergische Justizminister Prof. Dr. Ulrich Goll (FDP) den herausragenden Einsatz des 67-jährigen Juristen für den Rechtsstaat und die soziale Gerechtigkeit: „Über drei Jahrzehnte engagierte sich Dr. Krieger in zahlreichen Ehrenämtern für die Belange der

Anwaltschaft und der mittellosen Rechtsuchenden in Deutschland. Daneben setzt er sich auch heute noch im sozialen Bereich für Jugendliche, Behinderte und Strahlenschutzopfer ein.“

Der angesehene Arbeitsrechtler und Seniorpartner einer größeren Anwaltskanzlei in Freiburg wurde 1974 zum Vorsitzenden des Freiburger Anwaltvereins gewählt. In seiner über zwanzigjährigen Amtszeit gründete er den Anwaltsverband Baden-Württemberg, den Dachverband aller örtlichen Anwaltvereine des Bundeslandes. Von 1985 bis 1999 übernahm er dann sogar den Vorsitz dieses größten Berufsverbandes der

Anwaltschaft in Baden-Württemberg. Selbst auf Bundesebene wirkte Dr. Krieger viele Jahre im Vorstand des Deutschen Anwaltvereins mit.

In seiner Festrede hob der Justizminister vor allem die Gründung des anwaltlichen Notdienstes in Baden-Württemberg hervor: „Gerade in Strafsachen gewährleistet der Notdienst eine anwaltliche Versorgung zu jeder Uhrzeit. Das ist ein herausragender Beitrag zu Sicherung eines fairen Strafverfahrens für jeden Beschuldigten in unserem Rechtsstaat.“

(aus der Meldung des Landes Baden-Württemberg v. 27.2.2002)

Internet

Übersicht zur Internetpräsenz von DAV-Arbeitsgemeinschaften

(Stand 23. April 2002; alphabetisch; nur aktive Präsenzen; Hinweise auf neue Präsenzen werden gerne aufgenommen: per E-Mail an bruessel@anwaltverein.de)

Deutscher Anwaltverein e.V. – Startseite Übersicht DAV-Arbeitsgemeinschaften	http://www.anwaltverein.de/ http://www.anwaltverein.de/05/index_nojs.html
Arbeitsgemeinschaft Anwaltsmanagement	http://www.davam.de
Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat	http://www.anwalts-notariat.de
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht	http://www.anwaltverein.de/05/02/01.html
Arbeitsgemeinschaft Ausländer und Asylrecht	http://www.anwaltverein.de/05/28/01.html
ARGE Baurecht	http://www.arge-baurecht.com
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht- und Erbrecht	http://www.familien-und-erbrecht.de
Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie	http://www.davit.de
Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung	http://www.anwaltverein.de/05/05/01.html
Arbeitsgemeinschaft Internationaler Rechtsverkehr	http://www.anwaltverein.de/05/06/01.html
Arbeitsgemeinschaft Mediation	http://www.anwaltverein.de/05/22/01.html
Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht	http://www.anwaltverein.de/05/24/01.html
Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und WEG	http://www.mietrecht.net
Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht	http://www.anwaltverein.de/05/08/01.html
Arbeitsgemeinschaft Sportrecht	http://www.sportrecht-dav.de/
Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht	http://www.steuerrechtdav.de
Arbeitsgemeinschaft Strafrecht	http://www.ag-strafrecht.de
Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte	http://www.anwaltverein.de/05/11/01.html
Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht	http://www.verkehrsrecht.de
Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht	http://argeversicherungsrecht.dav.de/
Arbeitsgemeinschaften Verwaltungsrecht (jeweils in: Baden-Württemberg; Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Nordwestdeutschland, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Schleswig-Holstein)	http://www.anwaltverein.de/05/Infoblatt.rtf
Forum junge Anwaltschaft	http://www.forum.anwaltverein.de



Übersicht zur Internetpräsenz von örtlichen Anwaltvereinen und DAV-Landesverbänden

(Stand 22. April 2002; alphabetisch; nur aktive Präsenzen; Hinweise auf neue Präsenzen werden gerne aufgenommen: per E-Mail an bruessel@anwaltverein.de)

http://www.anwaltverein.de/ http://www.anwaltverein.de/04/01/index.html	Deutscher Anwaltverein e.V. Startseite Übersicht – Örtliche Anwaltvereine und Landesverbände
1. http://bonner.anwaltverein.de/	Bonner Anwaltverein
2. http://frankfurter.anwaltverein.de/	Frankfurter Anwaltsverein
3. http://hessen.lv.dav.de/	Landesverband Hessen im Deutschen Anwaltverein e. V.
4. http://koelner.anwaltverein.de/	Kölner Anwaltsverein
5. http://mv.lv.dav.de/	Anwaltvereine in Mecklenburg-Vorpommern
6. http://nrw.lv.dav.de/	Landesverband Nordrhein-Westfalen
7. http://th.lv.dav.de/	Landesverband Thüringen im DAV e. V.
8. http://www.ansbach-anwaltsverein.de/	Ansbacher Anwaltsverein e. V.
9. http://www.anwaelte-erlangen.de/	Erlanger Anwaltsverein
10. http://www.anwaltsverein-aschaffenburg.de/	Anwaltsverein Aschaffenburg
11. http://www.anwaltsverein-bautzen.de/	Anwaltsverein Bautzen e. V.
12. http://www.anwaltsvereinigung.de/	Anwaltsvereinigung Frankenthal e. V.
13. http://www.anwaltsverein-konstanz.de/	Anwaltsverein im Landgerichtsbezirk Konstanz e. V.
14. http://www.anwaltverein-aurich.de/	Anwaltverein – Aurich – Online
15. http://www.anwaltverein-dortmund.de/	Anwalt- und Notarverein Dortmund e. V.
16. http://www.anwaltvereinduesseldorf.de/	Düsseldorfer Anwaltverein e. V.
17. http://www.anwaltverein-ffo.de/	Anwaltverein Frankfurt (O)
18. http://www.anwaltverein-leipzig.de/	Anwaltverein Leipzig
19. http://www.anwaltverein-moenchengladbach.de/	Anwaltverein-Mönchengladbach
20. http://www.anwaltverein-rosenheim.de/	Anwaltverein Rosenheim
21. http://www.anwaltverein-stuttgart.de/	Anwaltverein Stuttgart e. V.
22. http://www.anwaltverein-traunstein.de/	Anwaltverein Traunstein
23. http://www.anwaltverein-tuebingen.de/	Anwaltverein Tübingen
24. http://www.anwv-saar.de/	Saarländischer Anwaltverein
25. http://www.augsburger-anwaltverein.de/	Augsburger Anwaltverein
26. http://www.bayerischer-anwaltverband.de/	Bayerischer Anwaltverband
27. http://www.bayreuth.anwaltverein.de/	Anwaltverein Bayreuth
28. http://www.berliner.anwaltsverein.de/	Berliner Anwaltsverein e. V.
29. http://www.bochumer-anwaltverein.de/	Bochumer Anwalt- und Notarverein
30. http://www.dav-badkreuznach.de/	Verein der Rechtsanwälte beim Landgericht Bad Kreuznach e. V.
31. http://www.erfurter-anwaltverein.de/	Erfurter Anwaltverein e. V.
32. http://www.freiburger-anwaltverein.de/	Freiburger Anwaltverein
33. http://www.havev.de/	Hamburger Anwaltverein
34. http://www.mannheimer-anwaltsverein.de/	Mannheimer Anwaltsverein
35. http://www.muenchener.anwaltverein.de/	Münchener Anwaltverein e. V.
36. http://www.oberhessischer-anwaltverein.de/	Oberhessischer Anwaltverein e. V.
37. http://www.rechtsanwaeltelueneburg.de/	Rechtsanwaltsverein zu Lüneburg e. V.
38. http://www.rechtsanwaelte-nw.de/	Anwaltsverein Neustadt an der Weinstrasse

ZWISCHENBEMERKUNG

Der Anwalt – abhängiges Organ unabhängiger Richter?

Eine Betrachtung anhand der Geldwäsche- und Schill-Entscheidungen des BGH

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht
Martin Amelung, München*

1. Immer, wenn Gerichte Rechtsanwälte in ihre Schranken weisen wollen, berufen sie sich auf die Stellung des Rechtsanwaltes als Organ der Rechtspflege, wobei gerne übersehen wird, dass der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist. Als Organ der Rechtspflege (nicht: der Justiz) übt er im freiheitlichen Rechtsstaat als Berufener, Berater und Vertreter der Rechtsuchenden neben Richtern und Staatsanwälten eine eigenständige Funktion im „Kampf um das Recht“ aus¹. Als Strafverteidiger ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Rechtspflege². Das Merkmal der Unabhängigkeit i. S. d. § 1 BRAO ist in erster Linie als Unabhängigkeit vom Staat und Freiheit von staatlichen Weisungen zu sehen³. Als unabhängiges Organ der Rechtspflege ist der Rechtsanwalt den Prinzipien der Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet⁴. Mehr besagt der Begriff im hiesigen Rahmen nicht. Trotzdem wird von Gerichten quasi mit erhobenem Zeigefinger immer wieder auf die Organstellung des Rechtsanwalts innerhalb der Rechtspflege auch in völlig anderem Zusammenhang hingewiesen. So auch in der Geldwäscheentscheidung des BGH vom 4.7.2001⁵. Der BGH führt in dieser Entscheidung aus, dass die Strafbarkeit der Annahme von Verteidigerhonoraren in Kenntnis seiner bemakelten Herkunft nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Dies u. a. auch deshalb, weil es dem Berufsbild eines Strafverteidigers nicht entspräche, Honorar entgegen zu nehmen, von dem er wisse, das aus schwer wiegenden Straftaten herrühre. Dies folge aus der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege und sei für die Strafbarkeit nach §§ 257, 259 StGB auch nicht in Frage gestellt worden. Die Entgegennahme von Honoraren, deren Quelle schwer wiegende Straftaten sind, hat mit dem Berufsbild eines Strafverteidigers und mit der Stellung des Rechtsanwalts als selbstständiges Organ der Rechtspflege nichts zu tun. Denn hier ist der Rechtsanwalt jedem anderen Bürger gleichgestellt – er soll keine strafbaren Handlungen begehen. Der Hinweis des BGH in diesem Zusammenhang auf die Organstellung des Rechtsanwalts begründet nicht die Geldwäscheentscheidung, sondern ist eher als Instrument der Disziplinierung von Anwälten zu sehen. Die Frage, ob sich Strafverteidiger nach § 261 StGB strafbar machen können, ist unabhängig von deren Organstellung in der Rechtspflege zu entscheiden. Der BGH lässt jedoch in dieser Entscheidung auch hier das Merkmal der Unabhängigkeit i. S. d. § 1 BRAO unter den Tisch fallen, indem er nur vom Organ der Rechtspflege spricht. Entspricht das Weglassen des Unabhängigkeitsbegriffes dem Wunsche mancher Richter, Rechtsanwälte als abhängiges Organ der Justiz zu sehen?

Die Unabhängigkeit des Verteidigers ist auch durch prozessuale Maßnahmen, die gegen ihn wegen Verdachts der Geldwäsche eingeleitet werden, in Gefahr. Der BGH räumt ein, dass das Verteidigungsverhältnis gestört sein kann, wenn gegen den Verteidiger – während des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens – wegen Verdachts, Honorargelder in Kenntnis ihrer inkriminierten Herkunft angenommen zu haben, ermittelt wird und gegen ihn strafprozessuale Maßnahmen ergriffen werden. Derartige Maßnahmen seien auch einem Verteidiger, der – im Ergebnis – fälschlich in Verdacht geraten sei, zuzumuten. Denn sie seien nur auf Grund eines bestehenden Anfangsverdachts zulässig. Dieser sei an bestimmte rechtliche Voraussetzungen gebunden und könne nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass der Mandant einen Wahlverteidiger hat.

Natürlich muss für die Einleitung von Ermittlungen ein Anfangsverdacht bestehen, dass jedoch die Praxis die Hürden für einen Anfangsverdacht sehr niedrig ansetzt, scheint dem BGH fremd zu sein. Es reichen alleine die Überlegungen eines Polizeibeamten oder Staatsanwaltes, einen solchen Anfangsverdacht zu begründen. Jedes noch so kurz gefasste und unschlüssige anonyme Schreiben begründet in der Praxis den Anfangsverdacht. Noch nie wurde in der BRD so locker mit dem Erlass von Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüssen umgegangen, wie in der jetzigen Zeit. Nicht umsonst, musste das BVerfG in den letzten Jahren wiederholt die Verfassungswidrigkeit solcher Beschlüsse bemängeln. Nach der Geldwäscheentscheidung haben Staatsanwälte Verteidiger, die im Rotlichtmilieu verteidigt haben, angerufen, um ihnen mitzuteilen, dass für den Fall von Entgegennahme eines Honorars seitens ihrer Mandanten gegen sie wegen Geldwäsche ermittelt würde⁶. Oder aber auf Grund der Geldwäscheentscheidungen haben Staatsanwaltschaften Verteidiger angeschrieben und ihnen mitgeteilt, dass gegen ihre Mandanten wegen einer Vortat des § 261 StGB ermittelt werde und wörtlich ausgeführt: „... Es ist davon auszugehen“, dass dem Mandanten ausschließlich Geld und sonstige Gegenstände zur Weitergabe an die Verteidiger zur Verfügung stehe, dass aus einer Katalogtat herrühre. Die Annahme solcher Gegenstände erfülle daher den Tatbestand der Geldwäsche, die vorsätzliche Begehung wäre nicht zweifelhaft. Dass er als Verteidiger ohne Bezahlung arbeiten würde, könne ausgeschlossen werden, auch die Annahme zur Erstattung von Auslagen sei „standeswidrig“. Die Staatsanwaltschaft stellte in dem Schreiben dem Verteidiger anheim, solche Beträge bei der Justizkasse einzuzahlen bzw. solche Gegenstände zu hinterlegen. Hier wird der Anfangsverdacht „begründet“ durch eine bloße Vermutung („... ist davon auszugehen ...“). Dieser Anfangsverdacht lässt die Durchsuchung der Kanzleiräume und der Privatwohnung des Verteidigers zu. Wer je die Durch-

1 Feurich/Braun, Kommentar zur BRAO 5. Aufl., zu § 1 Rdnr. 3.

2 BVerfGE 34, 293; Feurich/Braun aaO Rdnr. 4.

3 Feurich/Braun, aaO Rdnr. 15.

4 BVerfGE 38, 105/119.

5 Abgedruckt u. a. in StraFO 2001, 321 ff. und StV 2001, 506 ff.

6 Leitner in StraFO 2001, 388 ff.

suchung von Büroräumen und Wohnungen miterlebt hat, weiß, welcher psychische Druck auf dem Betroffenen lastet. Durch diesen enormen psychischen Druck ist die Unabhängigkeit des Verteidigers i. S. d. § 1 BRAO unmittelbar berührt.

Die Anwendung des § 261 StGB ist jedoch nicht nur ein Problem der Strafverteidiger. Als der BGH seine Entscheidung fällte, war § 370a AO noch nicht in Kraft (19.12.2001) getreten. Nach dieser Vorschrift ist die gewerbsmäßige Steuerhinterziehung ein Verbrechen und somit eine Vortat des § 261 StGB. Es bedarf keiner geistigen Akrobatik, vorherzusehen, dass jeder Bürger, der in seiner Einkommensteuererklärung die Einkünfte von Kapitalerträgen oder sonstigen Einnahmen über einige Jahre hinweg nicht angibt, als gewerbsmäßig handelnd angesehen und rechtlich als Verbrecher behandelt wird. Damit fallen aber automatisch alle steuerberatenden Berufe (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater usw.) in den Täterkreis des § 261 StGB, wenn sie für diese gewerbsmäßigen Steuerhinterzieher deren Steuererklärungen bearbeiten und dafür Honorar erhalten.

Aber auch die zivilrechtlich tätigen Kollegen, insbesondere die sog. Wirtschaftsanwälte, können potenzielle Täter des § 261 StGB werden. Nach der EU-Richtlinie Nr. 2001/97/EG zur Geldwäsche⁷ sind: „Notare und selbstständige Angehörige von Rechtsberufen“ (also Rechtsanwälte) verpflichtet, „mit den für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden in vollem Umfang zusammenzuarbeiten, indem sie diese Behörden von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, unterrichten.“ Die Meldepflicht entfällt „im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage“ oder bei forensischer Tätigkeit, in diesen Fällen gilt die berufliche Geheimhaltungspflicht fort. Die genannten Berufsgruppen unterliegen dann den Bestimmungen der Richtlinie, wenn sie sich – einschließlich der Steuerberatung – an Finanz- oder Unternehmenstransaktionen beteiligen, bei denen die Gefahr sehr groß ist, dass ihre Dienste für das Waschen von Erlösen aus kriminellen Tätigkeiten missbraucht werden. Das gilt, wenn sie für ihre Klienten an der Planung oder Durchführung von Transaktionen mitwirken, die z. B. den Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben betreffen. Wer als Notar oder Anwalt beim Kauf eines Grundstücks oder eines Gewerbebetriebes für ein sizilianisches oder russisches Unternehmen mitwirkt, wird sein Augenmerk auf ein Indiz im Sinne der Geldwäsche richten müssen, da Unternehmen aus diesen Regionen als ohnehin OK-Verdächtig gelten. Wenn er dann quasi als Hilfspolizist gewisse Indizien festgestellt hat, muss er diese melden. Würde er seiner Meldepflicht nicht nachkommen, wäre er i. S. d. § 261 StGB in jedem Falle anfangsverdächtig.

Es bleibt abzuwarten, wie diese EU-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wird. Das erhöhte Risiko für alle Anwälte ist jedoch permanent gegeben.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass § 261 StGB nicht eine reine Vorsatzstraftat ist, sondern gem. § 261 Abs. 5 StGB wegen Geldwäsche auch derjenige bestraft wird, der leichtfertig nicht erkennt, dass der Gegenstand aus einer in Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat eines anderen herrührt. Dazu hat der BGH bisher nichts gesagt, wozu der konkrete Fall auch keinen Anlass bot.

2. Die Unabhängigkeit des Anwaltes bzw. der Anwaltschaft ist jedoch nicht nur durch die in der Geldwäscheentscheidung zu Tage getretene Gesinnung bedroht. Der An-

waltssenat des BGH lässt es in seiner Entscheidung vom 19.6.2000⁸ zu, den Nachweis besonderer theoretischer Kenntnisse in Ausnahmefällen für die Anerkennung eines Fachanwaltes auch durch die Stellungnahme von amtlichen Vertretern der Justiz zu führen. Für die Anerkennung eines Fachanwaltes bedarf es nicht nur des Nachweises der praktischen Erfahrung sondern auch des Nachweises besonderer theoretischer Kenntnisse. § 4 Abs. 1 FAO verlangt zum Nachweis der theoretischen Kenntnisse die Teilnahme an einem entsprechenden anwaltsspezifischen Lehrgang. § 4 Abs. 3 FAO lässt es jedoch als Ausnahme zu, dass die Kenntnisse auch auf andere Weise belegt werden können. Der BGH ist nun der Meinung, dass der Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse durch richterliche Bestätigungen der Instanzgerichte erbracht werden könne. In der Praxis sieht das zwischenzeitlich so aus, dass die entsprechenden Anwälte zu den ihnen wohlgesonnenen Richtern gehen und um eine entsprechende Bestätigung bitten, wobei die Formulierungen mehr oder weniger vorgegeben bzw. der Text der BGH-Entscheidung verwendet wird. Es gibt wohl kaum einen Richter, der sich einer entsprechenden Bitte versagt. Er wird dann bescheinigen, dass der Rechtsanwalt über die Kenntnisse verfügt, die der entsprechende anwaltsspezifische Lehrgang vermittelt. Keiner der diese Bestätigung ausstellende Richter kennt jedoch den Inhalt und die Ausformung dieser anwaltsspezifischen Fachlehrgänge, das haben entsprechende stichprobenartige Nachfragen ergeben. Die Verleihung des Titels „Fachanwalt ...“ ist eine rein mit dem Gesetzgeber abgestimmte interne Angelegenheit der Anwaltschaft bzw. der Rechtsanwaltskammern. Durch die Entscheidung des BGH sollen nun Richter die besonderen theoretischen Kenntnisse eines Anwaltes beurteilen können, obwohl Richter naturgemäß nur ausschnittsweise die Qualität insbesondere die theoretischen Kenntnisse eines Anwaltes kennen lernen. Ein Strafrichter begegnet einem Verteidiger nur in der Hauptverhandlung und hat nur wenig Gelegenheit Schriftstücke dieses Anwaltes zu lesen, da im Strafprozess wenig geschrieben wird. In einer Hauptverhandlung spielen die theoretischen Kenntnisse eines Verteidigers nur in einem verschwindenden Maße eine Rolle. Der Verteidiger muss vor der Hauptverhandlung seine theoretischen Kenntnisse in internen Überlegungen mit dem Mandanten einsetzen, um das Ziel des Verfahrens definieren zu können. Anderes mag für Verteidiger gelten, die überwiegend im Revisionsrecht tätig sind. Die Unabhängigkeit i. S. d. § 1 BRAO gebietet, dass Gerichte die Tätigkeit von Rechtsanwälten nicht qualitativ beurteilen. Dies darf jetzt nicht über den Weg des Nachweises der besonderen theoretischen Kenntnisse im Sinne der FAO indirekt erfolgen. Polemisch ausgedrückt, Rechtsanwälte haben weder ein direktes noch indirektes Mitspracherecht bei der Beförderung von Justizangehörigen, obwohl sie deren Qualifizierung sehr wohl beurteilen könnten.

3. Demgegenüber nehmen die Richter für sich einen anderen, wesentlich großzügigeren Begriff der Unabhängigkeit in Anspruch.

Die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsbeugung in der Nachkriegszeit hatte das Ergebnis, dass kein einziger NS-Richter oder -Staatsanwalt wegen dieser Straftat verurteilt wurde. Dies lag zum einen daran, dass sehr viele NS-kontaminierte Richter in Amt und Würden, ja sogar beim BGH

⁷ S. im einzelnen: Anwaltsblatt 2002, 102.

⁸ NJW 2000, 3648.

Zwischenbemerkung

sich befanden, zum anderen an dem Erfahrungssatz, dass eine Krähe der anderen kein Auge auskratzt⁹. Mit seiner Entscheidung vom 16.11.1995 löste sich der BGH endgültig von dem so lange herrschenden Hitlermythos, er rechnet mit harschen Formulierungen auch mit der narzisstisch befangenen Rechtsprechung in seinem eigenen Hause ab^{9, 10}.

In der Entscheidung des BGH vom 4.9.2001 im Fall Schill¹¹ hat der BGH die Hürden für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung wieder sehr hoch gehängt. Nicht jede unrichtige Rechtsanwendung durch einen Richter gilt als Beugung des Rechts, vielmehr muss ein elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege vorliegen, wobei sich der Täter bewusst sein müsse, dass er sich in schwerer Weise von Recht und Gesetz entferne. Der seinerzeitige Richter am AG Schill (derzeitiger Innensenator der Hansestadt Hamburg) wurde vom LG Hamburg nicht deshalb verurteilt, weil er störende Zuhörer in Ordnungshaft verbannt hatte, sondern weil er deren Beschwerden zögerlich behandelte, d. h. sie liegen gelassen und nicht unverzüglich dem Beschwerdegericht vorgelegt hat. Der BGH meinte, dass Verbot rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung für Haftsachen gelte auch für den Bereich der Ordnungshaft, allerdings sei auch hier die restriktive Auslegung des Rechtsbeugungstatbestands beizubehalten. Der BGH misst die beanstandete Bearbeitung durch Schill an der richterlichen Unabhängigkeit, nach der es grundsätzlich dem Richter überlassen bleibe, welchem der von ihm zu erledigenden Dienstgeschäfte er den Vorrang einräume, wobei ihm im Grundsatz ein großzügiger Ermessensspielraum bei der Einteilung seiner Dienstgeschäfte eingeräumt sei. Ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot liege jedoch vor, wenn der Richter gegen zwingende Vorschriften verstoße, in denen der Gesetzgeber das allgemeine Beschleunigungsgebot konkretisiert habe oder wenn der Richter untätig bleibe, obwohl besondere Umstände ein sofortiges Handeln gebieten würden. Der BGH sah einen Verstoß gegen zwingende Vorschriften nicht im Fall Schill, dieser sei einer vertretbaren Mindermeinung gefolgt und habe die Beschwerden gegen Ordnungshaftbeschlüsse als einfache Beschwerden gewertet und sie innerhalb der 3-Tages-Frist bearbeitet. Dass diese vom BGH herangezogene zumindest vertretbare Mindermeinung mit der Lupe gesucht werden muss, wurde schon in der Literatur behandelt¹². Dass der BGH sich mit dieser Entscheidung dem Verdacht ausgesetzt hat, nach dem Krähen-Erfahrungssatz gehandelt zu haben, wurde in der Presse schon unmissverständlich dargelegt¹³. Man muss sich nur bildlich vorstellen, es sitzen Störer in Ordnungshaft, es stehe im Ermessen des Richters – so der BGH – welche Dienstaufgabe er zunächst wahrnimmt. Es steht ihm also völlig frei, ob er vor der Vorlage der Beschwerden zunächst beispielsweise Gefangenenpost kontrolliert oder aber Zuleitungsverfügungen an die Staatsanwaltschaft verfasst mit der Bitte um Anschriftenermittlung von irgendwelchen Zeugen in anderen Prozessen. Solange der Richter nicht gegen zwingende Vorschriften zum Schutze des Beschleunigungsgebotes verstößt, kann er, unabhängig von den außerordentlich hohen Anforderungen an die subjektive Seite nicht wegen Rechtsbeugung verurteilt werden. Da Herr Schill die Beschwerden innerhalb von drei Tagen bearbeitet hat, hat er sich im Rahmen des § 306 Abs. 2 StPO bewegt und nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Unter den zwingenden Vorschriften versteht der BGH offensichtlich nur die Rechtsnormen der StPO und möglicherweise des GVG. Art. 2 GG hat er in diesem konkreten Fall nicht im Auge gehabt, denn sonst hätte er zwingend zu der Überzeugung

kommen müssen, dass das Grundrecht auf Freiheit den Ermessensspielraum des Richters erheblich einschränkt, sodass es dann nicht im Belieben des Richters steht, welche Dienstaufgabe er zunächst bearbeitet, sondern dass immer dann, wenn es um die Freiheit eines Menschen geht, diese Aufgabe unverzüglich zu erledigen ist. Es mag sein, dass der BGH Art. 2 GG nicht als zwingende Vorschrift im oben genannten Sinne versteht, doch immerhin dürfte auch Richter Schill einen Richtereid geleistet haben, in welchem er geschworen hat, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland auszuüben. Der BGH erwähnt dies nicht ein Mal.

4. Was können die Anwälte tun, um ihre Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege zu erhalten bzw. wiederzuerlangen. Wir können auf Anwaltstagen, Kammerversammlungen, Kolloquien oder sonstigen Kongressen den Zustand kritisieren, ja bejammern und den Gesetzgeber beschwören, Änderungen des Zustandes herbeizuführen, wir werden uns glücklich schätzen, wenn unsere rhetorisch brillanten Reden und Beiträge auf den genannten Veranstaltungen ihr Echo in der Tagespresse irgendwo versteckt im Deutschlandteil in einem 20-Zeiler wieder finden. Bewirkt ist damit gar nichts. Denn leider wird Ludwig Thoma Recht behalten, wenn er Anfang des letzten Jahrhunderts sagte:

„Was ein Kongress ist, braucht man doch in Deutschland nicht zu sagen. Es ist ein Vergnügen, eine Ferienreise für Leute, die sich nur dann wohl fühlen, wenn sie mit ihrer Meinung herdenweise auftreten können, ob das nun im Flottenverein ist oder auf Keglerkongressen oder Sittlichkeitskongressen“¹⁴.

Also sollten Rechtsanwälte Fantasien entwickeln, um auf die teilweise absurden Zustände hinzuweisen.

Warum arbeiten Anwälte nicht auch einmal über einen längeren Zeitraum ganz „nach Vorschrift“, d. h. ein Prozess wird strikt nach den Normen der StPO bzw. ZPO bearbeitet. Es gibt im Strafprozess dann eben keine Verständigung, es gibt keine Vergleiche sondern, der Strafprozess wird, wie es den Vorschriften entspricht, durchgeführt. Im Zivilprozess wird, falls Vergleichsverhandlungen anstehen, das Ruhen des Verfahrens beantragt werden. Die Justiz wird dann erst einmal merken, dass die Rechtsfälle nur deshalb relativ zeitnah erledigt werden können, weil Anwälte bereit sind, „zu dealen“ oder im Zivilprozess eine vergleichsweise Erledigung gefunden wird. Würden Anwälte über einen gewissen Zeitraum grundsätzlich und ohne jede Ausnahme eben sich nicht „vergleichen“, dann würden wahrscheinlich nicht nur im Gros der Fälle die selben Ergebnisse erzielt, sondern die Justiz permanent gegen das Beschleunigungsgebot verstoßen, weil die finanziellen Mittel sowohl für die sachliche als auch für die personelle sachgerechte Ausstattung fehlen.

Für das Arbeiten „nach Vorschrift“ braucht man sich nicht wie in den 70iger Jahren die Terroristenanwälte aufzuführen, man muss auch keine Konfliktverteidigung extrem betreiben, wobei manche Justizangehörige es schon als Konfliktverteidigung ansehen, wenn der Verteidiger einen Beweisantrag stellt, sondern man muss nur als Anwalt sehr

9 S. im einzelnen Otto Gritschneider in NJW 1996, 1239 ff.

10 BGH NJW 1996, 857 ff.

11 NJW 2001, 3275.

12 Schiemann in NJW 2002, 112.

13 Gisela Friedrichsen in Spiegel Nr. 1 vom 29.12.2001.

14 Otto Gritschneider „Angeklagter Ludwig Thoma“, S. 59.

ordentlich und gewissenhaft auf die Einhaltung der prozessualen und materiellen Vorschriften achten und entsprechende Hinweise an Staatsanwaltschaft und Gericht geben. Schon allein wenn das Schweigerecht der Beschuldigten konsequent genutzt würde, würde die Anzahl der Erledigungen pro Jahr innerhalb der Strafjustiz gewaltig fallen.

Wo ist der engagierte Strafverteidiger, der sich mit seinem rechtskräftig wegen BTMG verurteilten Mandanten zur Zahlung einer Bewährungsaufgabe zur Gerichtskasse begibt. Dort zahlt der Mandant laut schimpfend über den Verlust des Vermögensvorteils aus der Rauschgifttat, mit abgegriffene Geldscheinen, um anschließend dem Justizangehörigen wegen Verdachts der Geldwäsche anzuzeigen?

Sind Anwälte bereit, bei der Verteidigung von Vortaten i. S. d. § 261 StGB von Anbeginn nur als Pflichtverteidiger aufzutreten, der damit verbundene erhebliche finanzielle Verlust droht ohnehin bei Anwendung der Geldwäscheentscheidung des BGH? Auf diese Weise würden die Etats für Pflichtverteidigung im Justizhaushalt weit über Gebühr strapaziert, was den Landesfinanzminister sicherlich erfreuen wird. In diesem Zusammenhang könnten auch die Gerichte geprüft werden, ob sie die Voraussetzungen für die Beordnungen als Pflichtverteidiger bei den Katalogtaten als gegeben ansehen, die nicht Verbrechen sind (§ 140 Abs. 2 StPO).

Anwälte sollten jetzt handeln und nicht nur weiter reden. Es geht nicht nur um standesrechtliche Dünkel sondern letztlich um die Rechte der Bürger.

EUROPA

Europa im Überblick

Zivilrecht – Streitbeilegung

Mit dem „Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht“ will die Europäische Kommission eine umfangreiche Konsultation zum Thema in Gang setzen und als Grundlage für weitere legislative Maßnahmen nehmen (KOM [2002] 196 endg.; Wortlaut: http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2002/com2002_0196de01.pdf).

Das Grünbuch gibt einen Überblick über die derzeitigen Verfahren in der EU und die Rolle der Rechtsanwälte. Stellungnahmen können bis 15.10.02 abgegeben werden.

Zivilrecht – EU-Vollstreckungstitel

Die Europäische Kommission hat einen Vorschlag für eine Ratsverordnung „zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen“ vorgelegt, nach der ein in einem EU-Mitgliedstaat ergangenes Urteil nicht mehr in einem anderen Mitgliedstaat nachgeprüft werden darf, bevor es dort vollstreckt werden kann (KOM [2002] 159; <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2002/act0159de01/1.pdf>).

Parallel dazu arbeitet die Kommission an einem Grünbuch über die Einführung eines einheitlichen oder harmonisierten Verfahrens für einen europäischen Mahnbescheid.

EuG – praktische Anweisungen

Das Europäische Gericht Erster Instanz (EuG) hat in seinen „praktischen Anweisungen“ dargelegt, in welcher Weise Rechtsanwälte und Bevollmächtigte der Parteien ihre Schriftsätze und sonstigen Schriftstücke im schriftlichen Verfahren vor dem EuG einreichen sollten (EG-ABl. L 87 vom 4.4.2002, S. 48 ff.; Internet: http://curia.eu.int/de/txts/others/ins_prat.pdf).

Die Anweisungen enthalten genaue Hinweise zum Aufbau der anwaltlichen Schriftsätze sowie zu den Voraussetzungen zur elektronischen Kommunikation mit dem Gericht.

Niederlassungsrecht – Rechtsanwälte

Die EU-Kommission hat beschlossen, Klage gegen Luxemburg und die Niederlande einzureichen wegen Nicht-

mitteilung einzelstaatlicher Vorschriften zur Umsetzung der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG (Wortlaut im Internet abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de_398L0005.html).

Auch gegen Frankreich und gegen Irland sind bereits Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung beim EuGH anhängig. Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 98/5/EG war am 14.3.2000 abgelaufen.

Reiserecht – EuGH

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) umfasst Art. 5 der Pauschalreise-Richtlinie 90/314 einen grundsätzlichen Schadensersatzanspruch für Nicht-Körperschäden, insbesondere immaterielle Schäden wegen entgangener Urlaubsfreude (Urt. v. 12.3.2002, Rs. C168/00, Simone Leitner/ TUI Deutschland GmbH & Co KG, Wortlaut im Internet unter <http://www.curia.eu.int/de/index.htm>).

Damit schließt sich der EuGH den Schlussanträgen von Generalanwalt am EuGH Tizzano vom vergangenen Jahr an.

Steuerrecht – Notarkosten

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat seine „Modelo“-Rechtsprechung (s. EiÜ 40-99; Urt. v. 29.9.1999; Rs. C56/98; Modelo SGPS SA/Director-General dos Registos e Notariado) bekräftigt, wonach die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als grundsätzlich verbotene Steuer im Sinne der EG-Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung anzusehen sind (Beschl. v. 21.3.2002; Rs. C264/00; Gründerzentrum-Betriebs-GmbH/Land Baden-Württemberg; voller Wortlaut im Internet abrufbar unter: <http://www.curia.eu.int/de/index.htm>).

Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit um die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft durch Notare im Landesdienst des deutschen Landes Baden-Württemberg im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thomas Zerdick, LL.M.,
Brüssel



MITTEILUNGEN

Auslandsfragen

Anwaltswerbung in Österreich

Voraussichtlich einen Meilenstein im Sinne der Zulässigkeit sachlicher anwaltlicher Werbung wurde nun in Österreich gesetzt. Dort hat der Verfassungsgerichtshof am 20. Juni 2001 eine Bestimmung über die Zulässigkeit anwaltlicher Inserate für rechtswidrig erklärt (V 30-31/01 - 7).

Was war der Anlass: In der Tiroler Landeshauptstadt Innsbruck wurde vor einigen Jahren der Entschluss gefasst, den zur Südseite der Stadt gehörigen „Hausberg“ Patscherkofel mit einer weltcup-tauglichen Ski-Abfahrtsstrecke und entsprechenden „Aufstiegshilfen“, also Liften bzw. Seilbahnen und Beschneiungsanlagen auszustatten. Bei diesem Projekt, dass sich bis zur Einweihung über fünf Jahre hinwegzog, waren zahlreiche Bau-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen beteiligt.

Zur Fertigstellung erschien, wie auch in Deutschland bei größeren Bauvorhaben üblich, am 13.12.1996 zur marktführenden Regionalzeitung eine Sonderbeilage „Schneeanlage Patscherkofel“, in der man die Einweihung bekannt machte und in der die Firmen in Inseraten – nicht ohne Stolz – ihre Beteiligung an der neuen Patscherkofelbahn bekannt machten. Unter ihnen auch die Wirtschaftskanzlei Dr. Heitzmann in Innsbruck, seit vielen Jahren spezialisiert auf Tourismus und Seilbahnwirtschaft und vom Tourismusverband Innsbruck beauftragt, alle entsprechenden berg-, wasser-, naturschutz- und baurechtlichen Genehmigungen zu erwirken und das Gesamtprojekt juristisch zu begleiten. Besagte Kanzlei inserierte nun: „1991 bis 1996 Koordination aller Behördenverfahren, Grundstücksverträge, Rechtsanwaltskanzlei Dr. Bernhard Heitzmann, Mitarbeiter Dr. Walter Renner (Kanzleianschrift)“.

Dies nahm die Tiroler Rechtsanwaltskammer zum Anlass, ein Disziplinarverfahren mit dem Ergebnis der höchstmöglichen Strafe des Disziplinarrates für ein erstmaliges Vergehen – ATS 30.000 Ordnungsgeld – einzuleiten. Der Grund hierfür liege darin, dass § 49 3 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter (RLBA 1977) eine taxative Aufzählung der Fälle standesrechtlich zulässiger Inserateinschaltungen in Printmedien enthalte, unter der die o. g. Anzeige nicht falle. Demnach habe sich der Disziplinarbeschuldigte „der Disziplinarvergehen, der Berufspflichtenverletzung und der Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes“ schuldig gemacht.

Die entsprechenden Bestimmungen lauteten wie folgt:

„§ 45 RLBA 1977

(1) Der Rechtsanwalt wirbt durch die Qualität seiner anwaltlichen Leistung.

(2) Der Rechtsanwalt darf, sofern er sich auf das sachlich gebotene beschränkt, wahrheitsgemäße und nicht irreführende Angaben über seine Person oder Tätigkeit machen und dabei benennen

a) akademische Titel und Titel, die mit der anwaltlichen Berufsausübung im Zusammenhang stehen,

b) Sprachkenntnisse,

c) Neben dem Rechtsanwaltsberuf zulässigerweise ausgeübte weitere Berufe, die eine akademische Ausbildung erfordern, soweit diese Tätigkeiten in sachlichem Zusammenhang mit der Ausübung eines rechtsberatenden Berufes stehen,

d) Fachpublikationen,

e) Mitgliedschaften in Fachverbänden, die mit der Berufsausübung im Zusammenhang stehen, nicht jedoch Funktionen als Organe oder Mitglieder von Körperschaften öffentlichen Rechts und nicht anwaltlichen Fach- und Berufsverbänden,

f) Beruflichen Werdegang,

g) Rechtsgebiete, auf denen der Rechtsanwalt vornehmlich tätig ist oder nicht tätig sein will.

(3) Hingegen hat der Rechtsanwalt standeswidrige Werbung zu unterlassen, diese liegt insbesondere vor bei

a) Selbstanpreisung durch reklamehaftes Herausstellen seiner Person oder seiner Leistungen,

b) Vergleichende Bezugnahme auf Standesangehörige,

c) Anbieten beruflicher Leistungen gegenüber bestimmten Auftraggebern,

d) Erwecken objektiv unrichtiger Erwartungen, Anbieten unzulässiger Honorarvorteile oder Nennung von Auftraggebern.

§ 49 RLBA 1977

Nach § 45 zulässige Angaben dürfen vermittelt werden durch nicht aufdringlich zu gestaltende

1. Publikationen in Anwaltsverzeichnissen,

2. Informationsschriften über die Anwaltskanzlei, welche jedoch nicht öffentlich gestreut werden dürfen,

3. Inserate und Rundschreiben ausschließlich aus folgenden Anlässen:

a) Eröffnung und Schließung der Praxis,

b) Änderung der Adresse, der Telefon- Telex- und Telefaxnummern,

c) Änderung von Personennamen,

d) Änderung in der Zusammensetzung oder Bezeichnung Partnerschaften,

e) Wiederaufnahmen der Berufsausübung nach Unterbrechung.

4. Auf Praxisschildern dürfen nur der Name und der ausgeübte Beruf sowie Angaben nach § 45 (2) lit a) und lit b) angebracht werden.“

Bestätigt wurde die Entscheidung von der Obersten Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter mit Bescheid vom 12.10.1998.

Mit der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte sowie in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm wandte sich der Disziplinarbeschuldigte gem. Art. 144 B-VG (österreich. Bundesverfassungsgesetz) an den Verfassungsgerichtshof.

Dieser entschied zu seine Gunsten: Der Verfassungsgerichtshof nahm die Beschwerde zum Anlass, von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit des Wortes „ausschließlich“ in § 49 3 der o. g. Richtlinie einzuleiten. Dabei stellte er fest, dass gem. Art. 10 I EMRK jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung habe und



die Einschaltung von Inseraten und Rundschreiben die die nach § 45 RLBA 1977 zulässige Angaben enthalten, als Tatsachenmitteilungen dem Schutz des Art. 10 I EMRK unterliege. Ein verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung müsse gem. der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

- a) gesetzlich vorgesehen sein,
- b) einen oder mehrere der in Art. 10 II EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgen und
- c) zur Erreichung dieses Zweckes oder dieser Zwecke in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.

Der Verfassungsgerichtshof konnte nun nicht finden, dass die Einschränkung der Weitergabe von Informationen des Rechtsanwaltes in Rundschreiben und Inseraten auf bestimmte in § 49 Z. 3 RLBA 1977 taxativ aufgezählte Anlässe in einem der Tatbestände des Art. 10 II EMRK Deckung fände. Dies wäre vor allem der Hintergrund, dass der Rechtsanwalt nach § 49 RLBA 1977 in diesen Inseraten und Rundschreiben nur nach § 45 RLBA 1977 zulässige Angaben über seine Person und Tätigkeit machen darf, also etwa eine Selbstanpreisung durch reklamehaftes Herausstellen seiner Person oder seiner Leistungen verboten, eine Werbung aber insofern erlaubt ist, als sich der Rechtsanwalt auf das „sachlich Gebotene beschränkt“ und die Angaben über seine Person oder Tätigkeit wahrheitsgemäß und nicht irreführend sind. § 49 Z. 3 RLBA 1977 unterbinde dadurch auch für den Rechtsuchenden nützliche und sachliche Information. Eine derartige Einschränkung der Verbreitung von sachlicher Information könne weder durch den Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer gerechtfertigt werden, noch sei sie für die Gewährleistung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung unentbehrlich. Andere Tatbestände des Art. 10 II EMRK kämen schon vom Ansatz her nicht in Frage.

Daher sei das Wort „ausschließlich“ gesetzwidrig. Es sei davon auszugehen, dass es sich in § 49 lediglich um eine demonstrative Aufzählung der normierten Tatbestände handelte.

Folglich war der Bescheid der Tiroler Rechtsanwaltskammer aufzuheben. Mit Beschluss vom 28.9.1999 hatte im übrigen der Österreichische Rechtsanwaltskammertag § 49 RLBA 1977 ersatzlos aufgehoben. Offensichtlich war man sich hier der Rechtswidrigkeit bereits bewusst. Die Entscheidung hat insofern weitreichende Bedeutung, als deutlich gemacht wurde, dass eine sachliche und der Wahrheit entsprechende anwaltliche Werbung zulässig ist. Welche Konsequenzen dies allerdings hat, wird sich erst noch erweisen. Es stellt sich die Frage, ob demnach nun z. B. auch die Werbung mit der erfolgreichen Durchsetzung umstrittener Großprojekte, wie Flughafenerweiterungen oder Umgehungsstraßen zulässig sein soll. Sicher ist jedoch, dass der Verfassungsgerichtshof das Tor zu mehr Marketing im österreichischen Standesrecht zumindest deutlich geöffnet hat.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Kilz, Rodgau

Prozessrecht

Nichtzulassungsbeschwerde – Vorsicht Haftungsfälle

1. Einführung

Hat das Landesozialgericht (LSG) die Revision zum Bundessozialgericht (BSG) nicht zugelassen, kann diese

Entscheidung gem. § 160a Abs. 1 SGG beim BSG selbstständig mit der Nichtzulassungsbeschwerde angefochten werden, um die Zulassung der Revision doch noch zu erreichen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat nur in einem geringen Prozentsatz (ca. 10 %) der Fälle Erfolg (Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl., § 160a Rdnr. 1). Ein Grund dafür ist die besondere Formenstrenge der Nichtzulassungsbeschwerde. Die meisten Beschwerden scheitern bereits daran, dass nicht wenigstens einer der in § 160a Abs. 2 Nr. 3 SGG abschließend aufgeführten drei Zulassungsgründe innerhalb der Beschwerdefrist behauptet wird. In der Beschwerdebegründung muss daher entweder die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache oder eine Divergenz oder ein Verfahrensmangel des LSG dargelegt werden. Gegenstand dieses Beitrags ist der Verfahrensmangel in Gestalt des übergangenen Beweisantrags.

2. Problemstellung

Befasst sich ein Rechtsanwalt erst mit der Nichtzulassungsbeschwerde, wenn ein abschlägiges Urteil eines LSG vorliegt, dann kann er bereits in die Haftungsfälle „Nicht gestellter Beweisantrag“ getappt sein.

Nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG ist die Revision zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann. Ein solcher Verfahrensmangel kann darin liegen, dass das Gericht nach § 103 SGG (Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen) ohne hinreichende Begründung einem Beweisantrag nicht gefolgt ist. Wann ist aber vor dem LSG ein Beweisantrag so gestellt, dass seine Nichtbeachtung einen Verfahrensmangel darstellt?

Es reicht nicht aus, einen Beweisantrag in einem Schriftsatz zu stellen und in der mündlichen Verhandlung auf die Widersprüche und noch aufzuklärenden Einzelheiten hinzuweisen, um die Notwendigkeit der Beweiserhebung zu verdeutlichen. Eine bloße Anregung oder ein Hinweis auf Beweismöglichkeiten genügt nicht. Der Antrag muss den Erfordernissen eines Beweisantrags im Sinne der ZPO genügen (BSG, SozR 1500 § 160 Nr. 45, Beschl. v. 26.11.1981; BSG, Beschl. v. 31.5.2000, Az. B 2 U 142/00 B).

Da die Tatsachengerichte nach § 103 SGG den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln haben, braucht der Kläger auch im Berufungsverfahren zur sachgerechten Entscheidung seines Rechtsstreits zunächst keine Beweisanträge zu stellen. Hält das Tatsachengericht eine Beweiserhebung für erforderlich, so hat es den Beweis auch ohne Antrag zu erheben. Der Beweisantrag hat daher im sozialgerichtlichen Verfahren grundsätzlich nur Bedeutung im Rahmen des § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG (BSG, SozR 1500 § 160 Nr. 13, Beschl. v. 26.11.1975).

Dies ist kein spezielles Problem des sozialgerichtlichen Verfahrens. Diese Rechtsprechung gilt auch bei der Nichtzulassungsbeschwerde im Verwaltungsgerichtsprozess (Kopp/Schänke, VwGO, 11. Aufl., § 86 Rdnr. 18 m. w. N.).

3. Rechtsprechung des BSG

Grundsätzlich muss eine Nichtzulassungsbeschwerde, die damit begründet wird, das Berufungsgericht sei einem gestellten Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt, aufzeigen, dass der Beweisantrag protokolliert oder im Urteilstatbestand aufgeführt ist (BSG SozR 3-1500 § 160 Nr. 9, Beschl. v. 24.5.1993).



Zur Veranschaulichung soll verkürzt der durch das BSG mit Beschl. v. 1.2.2000 (NZS 2000, S. 577 f.) entschiedene Fall vorgestellt werden:

Der Kläger beehrte von der beklagten Berufsgenossenschaft die Zahlung einer Verletztenrente über den 25.5.1992 hinaus. Die Klage vor dem LSG blieb erfolglos. In der Nichtzulassungsbeschwerde machte der Beschwerdeführer als Verfahrensfehler geltend, das LSG sei den von ihm im Schriftsatz vom 1.6.1999 gestellten Anträgen ohne hinreichenden Grund nicht gefolgt. Er habe beantragt, den Sachverständigen Prof. Dr. L zu bestimmten Fragen zu vernehmen und ein ergänzendes Gutachten einzuholen. Noch in der mündlichen Verhandlung vom 10.6.1999 habe er auf Widersprüche und noch aufzuklärende Einzelheiten hingewiesen.

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hatte keinen Erfolg. Das BSG führt aus, dass ein Beweis-antrag im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem LSG gestellt oder zumindest aufrecht erhalten worden sein muss. Diese Voraussetzung ist bei rechtskundig vertretenen Beteiligten nicht erfüllt, wenn im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung ausweislich der Sitzungsniederschrift nur noch ein Sachantrag gestellt und der Beweis-antrag auch nicht hilfsweise wiederholt wird (BSG NZS 2000, S. 577 f.).

Ist letzteres nicht der Fall, muss nach dem BSG aus dem durch die Sitzungsniederschrift belegten Schweigen des Rechtsanwalts im Verhandlungstermin geschlossen werden, dass der Beweis-antrag nicht mehr aufrechterhalten wird. Nur ausdrücklich gestellten, wiederholten oder in Bezug genommenen Beweis-anträgen komme die insoweit maßgebende Warnfunktion zu: Nur so werde der Tatsachenginstanz vor Augen geführt, dass der Beteiligte die gerichtliche Sachaufklärung in einem bestimmten Punkt nicht als erfüllt ansieht (BSG NZS 2000, S. 577 f.).

Das LSG braucht den Kläger auch nicht darauf hinzuweisen, dass er Beweis-antrag stellen muss, um sich die Revisionsmöglichkeit nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG zu sichern. Nach dem BSG (SozR 1500 § 160 Nr. 13, Beschl. v. 26.11.1975) kann, wenn ein Beweis-antrag nicht gestellt wurde, nicht über den Umweg der Hinweispflichten nach den § 106 Abs. 1 und § 112 Abs. 2 SGG ein nicht gestellter Beweis-antrag zur Zulassung der Revision führen. Wäre man anderer Ansicht, würde das nach dem BSG zu dem nicht dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Ergebnis führen, dass das Tatsachengericht auf einen Beweis-antrag, dem es nicht zu folgen braucht, nur deshalb hinwirken muss, damit der betreffende Beteiligte seine Nichtzulassungsbeschwerde darauf stützen kann.

Der Möglichkeit, den Beweis-antrag zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung zu diktieren, begibt man sich, wenn man zwar schriftlich einen Beweis-antrag stellt, anschließend aber vorbehaltlos sein Einverständnis zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil (§ 124 Abs. 2 SGG) erklärt.

Derjenige wird nämlich grundsätzlich so behandelt, als hätte sich der Beweis-antrag erledigt, denn er hat dem Gericht gegenüber nach dem objektiven Erklärungswert seiner Mitteilung zum Ausdruck gebracht, dass das Gericht nunmehr entscheiden kann (BSG NZS 2000, 209 f., Beschl. v. 1.9.1999; BSG, Beschl. v. 31.5.2000, B 2 U 142/00 B). Dies soll sich aus dem Zusammenhang zwischen der Anfrage des Gerichts nach § 124 SGG und darauf beruhender Erklärung der Beteiligten ergeben. Nach zumeist bereits

vorgenommener Sachverhaltsaufklärung sei die Anfrage des Gerichts dahingehend zu verstehen, dass das Gericht nach dem nunmehr vorliegenden Ermittlungsstand und dem Inhalt der Akten entscheiden will. Jedenfalls jedem rechtskundig vertretenen Beteiligten, der vorbehaltlos sein Einverständnis nach § 124 Abs. 2 SGG erteilt, müsse danach klar sein, dass das Gericht ohne weitere Sachverhaltsaufklärung durch Urteil entscheiden kann. Eines entsprechenden ausdrücklichen Hinweises durch das Gericht bedürfe es deshalb nicht (BSG NZS 2000, 209 f.).

Das BSG empfiehlt, um das geschilderte Ergebnis zu vermeiden, das Einverständnis zu verweigern und auf der Durchführung der beantragten Beweisaufnahme zu beharren. Ob der Kläger wirksam auf eine mündliche Verhandlung verzichten und gleichzeitig den gestellten Beweis-antrag aufrechterhalten kann, lässt das BSG offen (BSG NZS 2000, 209 f.; BSG SozR 3-1500 § 160 Nr. 9).

4. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat mit Kammerbeschl. v. 19.2.1992 (1 BvR 1935/91, SozR 3-1500 § 160 Nr. 6) entschieden, dass es nicht Verfassungsrecht verletzt, wenn das BSG bei Anwendung des § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG von einem anwaltlich vertretenen Kläger verlangt, dass dieser in der mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht alle diejenigen Anträge zur Niederschrift des Gerichts stellt, über die das Gericht entscheiden soll. Der Gesetzgeber könne bei der Gestaltung des Revisionsverfahrens die Einbußen an Chancen, materielle Gerechtigkeit im Einzelfall herzustellen, in Kauf nehmen. Um der beträchtlichen Belastung des BSG mit Verfahrensrevisionen zu begegnen, soll der vorrangigen Aufgabe des BSG, Fragen des Sozialrechts von grundsätzlicher Bedeutung zu klären und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu sichern, mehr Raum als bisher gegeben werden.

5. Kritik

Meyer-Ladewig geht diese Rechtsprechung zu weit (aaO § 160 Rdnr. 18). Peters-Sautter-Wolff (SGG, 4. Aufl., Stand 6/1996 § 160 Rdnr. 206 f.) geben die Rechtsprechung in ihrem Kommentar des SGG lediglich wieder. Zustimmung findet diese Rechtsprechung des BSG bei Krasney/Udsching (Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 2. Aufl., 1997, Kapitel IX, Rdnr. 130). Beide Autoren sind Richter am BSG.

Der Verfasser teilt die Auffassung von Meyer-Ladewig, der seinen Standpunkt allerdings nicht näher erläutert.

Praktische Erwägungen, Nichtzulassungsbeschwerden möglichst schnell abweisen zu können, führte die Kammer des BVerfG zur Begründung an. Ob dies überzeugt, soll hier nicht vertieft werden. Zwar dient die Einschränkung der Nichtzulassungsbeschwerde der Verfahrensbeschleunigung und der Entlastung des BSG und somit einem legitimen rechtstaatlichen Zweck. Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung werden dadurch freilich eingeschränkt. Dies wirkt sich nachteilig für das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung aus.

Stein des Anstoßes ist vor allem die rechtlich nicht mehr vertretbare Art und Weise, wie dieses Ergebnis vom BSG erreicht und vom BVerfG gebilligt wird. Nach dem BSG muss aus dem durch die Sitzungsniederschrift belegten Schweigen des Rechtsanwalts im Verhandlungstermin geschlossen werden, dass der Beweis-antrag nicht mehr auf-



rechterhalten wird. Diese Auslegung einer Willenserklärung durch das BSG ist mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in keiner Weise vereinbar. Anzumerken ist, dass auch Prozesshandlungen auslegungsfähig und -bedürftig sind. Die Auslegungsregeln des materiellen Rechts finden grundsätzlich entsprechende Anwendung (BGH NJW-RR 1994, 568; Zöller, ZPO, 22. Aufl., vor § 128 Rdnr. 25). Entscheidend ist also der objektive, dem Empfänger erkennbare Erklärungswert.

Regelmäßig hat Schweigen keinen Erklärungswert. Aus dem den Auslegungsgegenstand bildenden Gesamtverhalten kann es sich jedoch um ein Schweigen mit Erklärungswert handeln. Um den Inhalt dieses Erklärungswerts zu erschließen, ist zunächst nach dem wirklichen Willen des Schweigenden und dann nach der Verständnismöglichkeit dessen zu fragen, dem gegenüber das Schweigen Erklärungswert hat (MünchKomm-Mayer-Maly/Busche, BGB, 4. Aufl., § 133 Rdnr. 54).

Gibt man dem Schweigen des Rechtsanwalts hinsichtlich seines Beweisantrags überhaupt einen Erklärungswert, so geht der wirkliche Wille und das Interesse des Rechtsanwalts dahin, die Beweisanträge aufrecht zu erhalten, um nach einem etwaigen Beweisbeschluss über die Beweiserhebung den Rechtsstreit zu gewinnen oder zumindest die unterlassene Beweiserhebung in der Revision zu rügen.

Auch für den Richter stellt sich das Gesamtverhalten so dar, dass der Kläger vertreten durch seinen Rechtsanwalt sich durch die mangelnde Wiederholung seiner schriftsätzlich vorgetragenen Beweisanträge nicht konkludent auf diese verzichten will. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum er sich seiner Rechte begeben will.

Nicht mehr nachvollziehbar ist die Auslegung des BSG, wenn – wie in dem geschilderten Ausgangsfall – der Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz das Gericht auf die Widersprüche und noch aufzuklärenden Einzelheiten hingewiesen hat, um die Erforderlichkeit einer Beweiserhebung darzulegen. Bei einem solchen Verhalten des Rechtsanwalts zu unterstellen, der Rechtsanwalt halte den Beweisantrag nicht mehr aufrecht, entbehrt jeder sachlichen Grundlage und widerspricht dem geäußerten Willen.

Bei einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist Entscheidungsgrundlage auch der gesamte Akteninhalt, mithin das gesamte schriftsätzliche Vorbringen (Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl., § 124 Rdnr. 4; Zöller, ZPO, 22. Aufl., § 128 Rdnr. 14a). Warum der Rechtsanwalt/Kl auf seine Beweisanträge verzichtet haben soll, bleibt unerfindlich.

Im Ergebnis ist daher eine Hinweispflicht nach den §§ 106 Abs. 1 und 112 Abs. 2 SGG des LSG in den Fällen zu bejahen, in denen bereits schriftsätzlich ein Beweisantrag erfolgte. Inhalt der Hinweispflicht ist, dass dem betroffenen Beteiligten mitgeteilt wird, dass ein Beweisantrag im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem LSG in das Protokoll aufzunehmen ist, falls sich der Beteiligte die Revisionsmöglichkeit nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG sichern will.

Bei Verstoß gegen die Hinweispflicht nach § 106 Abs. 1 und § 112 Abs. 2 SGG liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel i. S. d. § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG vor.

Es gehört zu einer redlichen Verhandlungsführung, dass dem Rechtsanwalt von dem Gericht mitgeteilt wird, dass sein Beweisantrag, obwohl er im vorbereitenden Schriftsatz gestellt wurde, als nicht mehr aufrechterhalten gilt, wenn er ihn nicht ausdrücklich zumindest als Hilfsantrag in das

Sitzungsprotokoll aufnehmen lässt. Beim Unterlassen eines solchen Hinweises lässt das Gericht den Rechtsanwalt arglistig an einer formellen Hürde scheitern. Das Gericht zerstört den Konsens derjenigen, die eine gerechte Lösung suchen. Das Institut der Zulassungsbeschwerde wird vollständig denaturiert.

Die Aufgabe der Gerichte besteht darin, sowohl gerechte als auch schleunige Entscheidungen zu finden (BGH NJW 1980, 2355 f.), wobei das rechtliche Gehör nicht stärker eingeschränkt werden darf, als der Beschleunigungszweck erfordert (BVerfG NJW 1981, 271). Der Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung wurde vorliegend von der Rechtsprechung auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit und des Gebotes des rechtlichen Gehörs unverhältnismäßig in den Vordergrund gestellt.

6. Resümee

Beim Sozialgericht zweiter Instanz darf auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichtet werden und die bereits schriftsätzlich gestellten Beweisanträge sind nochmals in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Bei Nichtbeachtung ist die Verfahrensrüge, das Gericht sei einem gestellten Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt, nicht begründet.

Rechtsanwalt Dr. Karsten Heidemann, Hannover

EDV-Gerichtstag

10 Jahre EDV-Gerichtstag

Der 10. EDV-Gerichtstag, der vom 19.9.2001 bis 21.9.2001 in Saarbrücken stattgefunden hat, bot mit dem 10-jährigen Bestehen des Vereins einen besonderen Grund zum Feiern.

Die saarländische Ministerin der Justiz, *Ingeborg Spoerhase-Eisel*, betonte in Ihrem Grußwort die besondere Leistung, die mit dem Aufbau des EDV-Gerichtstages verbunden gewesen ist. Während man bei der Gründung des Deutschen EDV-Gerichtstags noch die Frage aufwerfen durfte, ob die Zeit nun reif sei für einen neuen Fachgerichtstag, könne man sich den EDV-Gerichtstag heute nicht mehr hinwegdenken. Er habe sich seinen Platz gesichert als das einzige überregionale und vor allen Dingen internationale Forum mit Gewicht zum Erfahrungs- und Meinungsaustausch für Fragen der EDV in der deutschen Justiz.

Sie wies weiter auf das neue IT-Rahmenkonzept des Saarlandes für die Jahre 2002 bis 2005 hin, welches eine IT-Vollausstattung aller Büroarbeitsplätze im Bereich der Landesregierung mit moderner, einheitlicher Infrastruktur im Rahmen einer Modernisierungsoffensive vorsieht. Die Kabinettsentscheidung fiel dabei im Rahmen des Projektes *K@binett-online*, bei dem die herkömmlichen „papierbeladenen“ Kabinettsitzungen durch elektronischen Informationsaustausch ersetzt werden. Zu den Sitzung könne die Landesvertretung in Berlin per Video-Konferenz live zugeschaltet werden. Einzigartig sei im Saarland auch die Möglichkeit der Referendarausbildung in der Rechtsinformatik. Auch auf das aktuelle Thema „Elektronischer Rechtsverkehr“ ging die Ministerin ein. Man werde viel Arbeit – und natürlich auch viel Kapital – in diese große Herausforderung für die deutsche Justiz investieren müssen. Ein Zurück werde es nicht geben, wenngleich jetzt erst das



Stadium der Grundsteinlegung überschritten sei. Der erhebliche Kostendruck und die hohe Geschwindigkeit der technischen Innovation werde aber die Landesjustizverwaltungen zwingen, mehr denn je auf dem Gebiet der Datenverarbeitung zu kooperieren.

Jochen Dieckmann, der Justizminister der Landes Nordrhein-Westfalen, referierte sodann zum Thema „Der Bürger, das Recht und das Internet“. Das Internet biete die Möglichkeit, dem Bürger zusätzliche Informationen anzubieten. Neben den konsolidierten Gesetzestexten gehören auch Entscheidungen in das Informationsangebot der Justiz. So ist in Nordrhein-Westfalen die Errichtung einer landesweiten Rechtsprechungsdatenbank geplant, in der richtungsweisende Entscheidungen aller Gerichtsbarkeiten und aller Instanzen für die Öffentlichkeit unentgeltlich im Internet bereitgestellt werden, um der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Veröffentlichung nachzukommen. Ähnliches gelte für die elektronische Bekanntmachung von Einträgen im Handelsregister oder für Informationen über anstehende Zwangsversteigerungsverfahren.

Nach den Worten *Dieckmanns* muss der elektronische Rechtsverkehr als weiterer konsequenter Schritt folgen. Damit seien allerdings erhebliche Umsetzungsarbeiten innerhalb der Justiz erforderlich. „Wenn sich Schriftsätze in der Poststelle eines Gerichts stapeln, weil sie aufgrund inkompatibler innerer Strukturen nicht weiter verarbeitet werden können, ist es nur ein schwacher Trost, dass die reine Übersendung im Durchschnitt nur 3 Sekunden gedauert hat,“ sagte der Minister. Es gehe nicht um die Übermittlungsdauer, sondern um die gesamte Bearbeitungsdauer. Wir müssen daher die gesamte Binnenorganisation auf die neuen Möglichkeiten vorbereiten.

Deshalb müsse die gesamte Binnenstruktur der Justiz auf die neuen Möglichkeiten vorbereitet werden. Diese Umstellung sei allerdings nicht von heute auf morgen zu leisten, denn es bedeute neue Geschäftsprozesse für die Justiz, die Einführung neuer Software und von Systemen zur Verwaltung der elektronischen Dokumente, aber auch bundesweit einheitlicher Standards. Besonders geeignet für die elektronische Bearbeitung seien natürlich stark strukturierte Vorgänge z. B. im Register- und Grundbuchbereich zu erzielen sein, aber auch ein vollelektronisches Scheidungsverfahren sei nicht ausgeschlossen.

Die Justiz auf diese Aufgabe vorzubereiten, bedeute konkret

- Anpassung der technischen Infrastruktur,
- Veränderung der internen Geschäftsprozesse und
- verstärkte Kooperation mit den „Geschäftspartnern“ der Justiz, also den Anwälten, den Notaren, der Innen- und Finanzverwaltung und vielen mehr.

Zugleich warnte der nordrhein-westfälische Justizminister vor übereilten Entscheidungen, damit nicht Medienbrüche, inkompatible Systeme und ein insgesamt zu hoher Aufwand verursacht würden. Die neuen Möglichkeiten müssten sowohl von den Justizangehörigen wie einer ausreichend großen Zahl von Bürgerinnen und Bürgern auch tatsächlich angenommen werden. Er verwies auch auf die noch zu lösenden Sicherheitsprobleme und machte deutlich, dass man sich insgesamt noch im Laborstadium befinde. Daher seien auch die Methoden anzuwenden, die auch in einem Labor üblich sind: Versuche mit kleinen Mengen unter

größtmöglichen Schutzvorkehrungen. *Dieckmann* wörtlich: „Es ist mein Ziel, dem Bürger schließlich einen elektronischen Zugang zur Justiz anbieten zu können, den er wirklich nutzen kann: weil er einfach und sicher ist. Und der ihn als Steuerzahler nicht mehr gekostet hat, als wirklich notwendig war.“

Aufschlussreich hierzu war das Referat von *Dr. Martin Schneider Wien* zum elektronischen Rechtsverkehr in Österreich. Während hierzulande der elektronische Rechtsverkehr noch in den Kinderschuhen steckt, ist er in Österreich bereits seit Jahren Realität. Bereits 1990 wurde diese strukturierte, papierlose elektronische Kommunikation zwischen Gericht und Parteien als gleichberechtigt neben dem Papier eingeführt und dann sehr pragmatisch schrittweise weiterentwickelt. Während dies zuerst für die „Eingangsseite“ der Justiz verfügbar gemacht worden ist, sind seit 1999 auch Zustellungen auf elektronischem Wege möglich. Im Jahre 2000 wurde dann die Beschränkung auf Rechtsanwälte als Teilnehmer aufgehoben. Im Jahre 2001 werden voraussichtlich 75% aller Klagen und 50% aller Vollstreckungsanträge elektronisch eingereicht. Die Anzahl der elektronischen Eingaben wird bei etwa 1,7 Millionen, die der elektronischen Zustellungen bei 2,7 Millionen liegen. Kostenvorschüsse werden durch elektronische Abbuchung eingezogen. Die Ersparnis liegt bei dem Wegfall der Dateneingabe, der erleichterten Weiterverarbeitung der strukturierten Eingaben und in erheblich verringerten Portokosten. So werden allein im Jahre 2001 ca. 1 Mio. EURO Portokosten eingespart.

Hierfür waren eine Reihe von gesetzlichen Regelungen erforderlich, in denen auch Formblätter und Schnittstellen für die Datenübertragung fest vorgeben wurden. Nachdem anfangs Gebührenanreize gegeben worden sind, haben sich inzwischen die österreichischen Rechtsanwälte in ihrer Richtlinie für die Berufsausübung verpflichtet, ihre Kanzleien für den elektronischen Rechtsverkehr auszustatten. Die österreichische Justiz geht den Weg der Ausweitung des elektronischen Rechtsverkehrs aber noch weiter: So wird die Kommunikation mit den Sachverständigen im Grundstücksversteigerungsverfahren in Zukunft rein elektronisch abgewickelt, wobei der Sachverständige sein Gutachten in elektronischer Form erstellt.

Ministerialrat *Carl Fritz Fitting* (Hannover) gab als Vorsitzender der Bund-Länder-Kommission einen Überblick über die Arbeit dieses Gremiums zum elektronischen Rechtsverkehr, während RLG *Dr. Klaus Bacher* (Stuttgart) über die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs beim Bundesgerichtshof berichtete. Dort werden sich in einer ersten Stufe zehn der insgesamt 33 beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte aus fünf Kanzleien an dem Projekt beteiligen. Auf Seiten des BGH nimmt der 3. Zivilsenat an dem Projekt teil, der im Wesentlichen für Amtshaftungsansprüche zuständig ist. Die rechtliche Grundlage für das Pilotprojekt wird eine entsprechende Verordnung der Bundesregierung gem. § 1130a Abs. 2 ZPO schaffen. Zwar wird – jedenfalls zunächst – weiterhin eine Papierakte geführt. Das Herzstück des gesamten Projekts ist jedoch die elektronische Akte, die mit Hilfe eines Document Management Systems geführt wird. Damit die Dezernatsarbeit allein mittels der elektronischen Akte erfolgen kann, muss diese vollständig sein. Folglich sind alle weiterhin noch eingehenden Papierdokumente einzuscannen. Die Vorteile einer solchen



elektronisch geführten Akte liegen auf der Hand: jedes Dokument, das elektronisch gespeichert und so „zur Akte“ genommen worden ist, ist überall verfügbar. Akten, die irgendwo im Gericht außer Kontrolle geraten sind, wird es nicht mehr geben. Auch können mehrere Personen gleichzeitig an derselben Akte arbeiten. Mit diesem Projekt zeichnet sich ab, dass der Bundesgerichtshof bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs eine Vorreiterrolle übernehmen will.

Einen konkreten Einblick in die bisher gewonnenen Basiserfahrungen und Gelegenheit zur intensiven Diskussion bot der von *Margarethe Bergmann* moderierte Erfahrungsaustausch zum Thema „Internet und Justiz“.

Im Festvortrag zum Thema „Historie des EDV-Gerichtstags“ gab *Wolfgang Golasowski* einen Rückblick auf die „revolutionären“ Anfangszeiten der Frea, die sich mit einem Akustikoppler bei 300 Baud Übertragungsleistung den Weg in die weite EDV-Welt gebahnt haben und die damals der Kampf um den dienstlichen PC vereint hat. Er schilderte die Reaktion auf seinen ersten PC-Beschaffungsantrag. Der Verwaltungsleiter seines Amtsgerichts entgegnete sinngemäß, die Schnittstelle für den Richter zu den Geschäftsstellen und den Schreibdiensten sei der Aktenbock, im übrigen fände am nächsten Tag eine Vorführung der Fa. Siemens für die Rechtspfleger und Geschäftsstellenleiter statt, Plätze für Richter seien leider nicht mehr frei. Ende der 80er Jahre war danach das Feindbild klar: Die Amtsräte und Oberamtsräte hatten das Thema „EDV in der Justiz“ besetzt. Das Gremium, in dem die wichtigen Entscheidungen getroffen wurden, war die „Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz“. Zutritt für Richter und Staatsanwälte verboten, es sei den sie gehörten einer Mittelbehörde an und verhielten sich entsprechend. Diese Situation sei damals wesentlicher Auslöser für die Gründung des EDV-Gerichtstages gewesen.

Golasowski bezeichnete es als großen Gewinn, dass es der EDV-Gerichtstag geschafft habe, die „Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz“ in die Veranstaltung einzubinden. Die Leistungen des EDV-Gerichtstages seien unbestreitbar. So habe z. B. der Arbeitskreis „Softwarebewertung“ in der Fachöffentlichkeit Maßstäbe gesetzt. Als einen der Höhepunkte der Veranstaltungen bezeichnete er auch den Vortrag von Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin im Jahre 2000.

Ein 10-jähriges Bestehen sollte auch Anlass sein, über die nächsten 10 Jahre nachzudenken. In der übrigen öffentlichen Verwaltung werde sehr intensiv über die Qualität der Dienstleistung für den Bürger nachgedacht und entsprechend gehandelt. Dieser Herausforderung müsse sich auch die Justiz stellen. Man solle sich nicht täuschen, das Bild der Justiz in der Öffentlichkeit sei nicht so toll. Wenn man künftig über EDV in der Justiz spreche, dürfe Effizienz kein Tabu-Thema sein. Denn eine wichtige Erkenntnis aus dem Total Quality Management laute: „Wer nicht besser wird, ist nicht gut, und wer nicht gut ist, hat keine Chance“. Der vollständige Text dieses Beitrages ist im Internet unter http://edvgt.jura.uni-sb.de/Tagung01/ak01/vortrag_historie_edv.htm zu lesen.

Dem ehemaligen Justizminister des Saarlandes, *Dr. Arno Walter*, der den EDV-Gerichtstag insbesondere in den ersten Jahren nach der Gründung intensiv unterstützt hat, hat der Deutsche EDV-Gerichtstag als Dank und Anerken-

nung seiner Verdienste die lebenslange Ehrenmitgliedschaft verliehen.

Abgerundet wurde der EDV-Gerichtstag durch weitere Fachvorträge. *Professor Dr. Michel Vivant* (Montpellier) arbeitete in seinem Referat über „Das Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends“ die unterschiedliche Rechtsprechung in Deutschland und Frankreich heraus und stellte die Forderung nach einem menschlicheren Urheberrecht als Gegensatz zu Globalisierung und Kommerzialisierung. *Professor Dr. Zhou Lin* (Peking) hob in seinem Vortrag zum Thema „The Amendment of the PRC Copyright Law“ insbesondere die Änderungen der Grundsätze des Urheberrechts durch den Eintritt Chinas in die Welthandelsorganisation (WTO) hervor. Last not least referierte *Dr. Jens Gaster* über „Das geistige Eigentum als Schranke des Zugangs zu öffentlichen Dokumenten“.

In besonderen Unternehmenspräsentationen wurde das neue juris-web sowie die *Beck-Online-Datenbank* demonstriert. Zudem konnten alle Teilnehmer des EDV-Gerichtstages kostenlos eine elektronische Signatur der *Fa. Deutsche Post Signtrust* erhalten.

Die Firmenbegleitausstellung brach in diesem Jahr alle Rekorde. Wer im Bereich der EDV im juristischen Umfeld Rang und Namen hat, war hier vertreten, präsentierte sein Angebot und bot den Besuchern des EDV-Gerichtstages die Möglichkeit, sich umfassend und aus erster Hand über die angebotenen Produkte zu informieren.

Der nächste EDV-Gerichtstag wird vom 25.9. bis 27.9.2002 in Saarbrücken stattfinden. Weitere Informationen zur Arbeit des EDV-Gerichtstages finden sich unter der Internet-Adresse <http://edvgt.jura.uni-sb.de/>.

Richter am AG Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

Haftpflichtfragen

Rechtsanwalt Holger Grams
Allianz Versicherungs-AG München

Sind (Berufshaftpflicht-) Versicherungsunternehmen keine tauglichen Prozessbürgen nach § 108 ZPO?

Wenn in einem Haftpflichtprozess gegen einen Angehörigen der rechtsberatenden Berufe, also insbesondere Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater, ein klagestattgebendes Instanzurteil ergeht und der Kläger hieraus die Zwangsvollstreckung betreiben will, kann sich die Situation ergeben, dass der Berufshaftpflichtversicherer des Beklagten zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine selbstschuldnerische Bürgschaft als Sicherheitsleistung nach § 108 ZPO stellen will. Nach unseren Erfahrungen als Berufshaftpflichtversicherer wird einem entsprechenden Antrag des Beklagten durch die Gerichte in der Regel ohne Diskussion entsprochen. Leider gibt es gelegentlich auch Ausnahmen:

Beschluss des Kammergerichts vom 1.8.2001

In einem Beschluss des Kammergerichts vom 1.8.2001 – 23 U 1113/99 wurde der Antrag der beklagten Anwälte,



eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Allianz Versicherungs-AG als Sicherheitsleistung zuzulassen, mit der lapidaren Begründung zurückgewiesen, dass „nur eine Bankbürgschaft dem Sicherheitsinteresse der Kläger in praktischer Weise gerecht wird (vgl. auch BGH WM 1966, 378, 379)“. Auf eingehend begründete Gegenvorstellung der Beklagten teilte das Gericht mit Schreiben vom 29.8.2001 mit: „Der Senat hat sich am 1. August 2001 mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Versicherungsunternehmen tauglicher Bürge im Sinne des § 108 ZPO sein kann. Diese Frage hat der Senat in Ausübung des ihm eingeräumten freien Ermessens im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus Praktikabilitätsgründen verneint. Hieran hält er fest. Hochachtungsvoll ...“

Beschluss des BGH vom 4.3.1966, WM 1966, 378

Gleichfalls unter Bezug auf die im Beschluss des Kammergerichts erwähnte BGH-Entscheidung findet sich folgende Kommentierung bei Zöller-Herget, ZPO, 22. Aufl., § 108, Rz. 8: „BGH (WPM 66, 378) verlangt selbstschuldnerische Bürgschaft einer Großbank oder eines öffentl. Kreditinstituts“. Jedoch: was – und vor allem worüber – hat der BGH seinerzeit überhaupt entschieden? Nachfolgend ein Auszug aus den Gründen:

„Nach Einlegung der Revision hat der Beklagte ... beantragt, als Sicherheitsleistung eine Bankbürgschaft zuzulassen. ... Zur Wahrung des Sicherheitsinteresses der Klägerin war es geboten, dem im übrigen gerechtfertigten Antrag des Beklagten nur mit der Einschränkung stattzugeben, daß lediglich die selbstschuldnerische Bürgschaft einer Großbank oder eines öffentlichen Kreditinstituts zu der ihm vorbehaltenen Sicherheitsleistung geeignet ist“.

Der Beklagte hatte also lediglich die Zulassung einer Bankbürgschaft als Sicherheitsleistung beantragt. Dies war dem BGH zu pauschal, so dass er sich zu einer Einschränkung auf Großbanken und öffentlich-rechtliche Kreditinstitute veranlasst sah. Schon diese Einschränkung ist durchaus diskussionswürdig, wie unten noch dargestellt wird. Jedenfalls hat der BGH aber nicht über die Tauglichkeit von Versicherungsunternehmen als Bürgen entschieden, da die Zulassung einer Versicherung als Bürgin überhaupt nicht beantragt war.

Die oben geschilderten Bezugnahmen auf diese BGH-Entscheidung sind daher missverständlich und irreführend, weil sie die Ausgangslage und insbesondere den der Entscheidung zugrunde liegenden Antrag nicht darstellen und berücksichtigen.

Literatur

Führende ZPO-Kommentare sehen „bekannte“ (MüKo ZPO-Belz, § 108, Rz. 36) bzw. „namhafte“ (Stein/Jonas-Bork, 21. Aufl., § 108, Rz. 19a) Versicherungsunternehmen durchaus als taugliche Bürgen an. Die Gegenansicht wird explizit in den Standardkommentaren zur ZPO nicht vertreten. Zur Tauglichkeit von Kreditgenossenschaften vgl. Beuthien/Jöstingmeier, NJW 1994, 2070.

Weitere Rechtsprechung

In einer Vielzahl von Entscheidungen wurde die Allianz als Bürgin ohne weiteres zugelassen. Beispielhaft seien genannt OLG München, Beschl. v. 7.1.1996 – 13 U 3856/95,

KG, Beschl. v. 2.5.2000 – 22 U 5910/97, LG Darmstadt, Beschl. v. 25.7.1996 – 22 O 869/94, LG Frankfurt, Beschl. v. 4.9.1996 – 2-22 O 572/94.

In einem anderen Verfahren vor dem OLG München wurde die Tauglichkeit der Allianz als Prozessbürgin zunächst vom Senat unter Hinweis auf die oben zitierte Kommentierung bei Zöller und die dargestellte BGH-Entscheidung problematisiert, dem Antrag auf Zulassung dann aber doch stattgegeben, nachdem auf den Inhalt der BGH-Entscheidung und die Missverständlichkeit der Kommentierung hingewiesen wurde und die Gegenseite schriftsätzlich erklärt hatte, dass sie die Allianz als taugliche Bürgin ansehe (OLG München, Beschl. v. 13.1.1997 – 31 U 6525/94).

Maßstab für Tauglichkeit des Bürgen: § 239 Abs. 1 BGB

Der Maßstab für die Tauglichkeit eines Bürgen ist in § 239 Abs. 1 BGB niedergelegt: „Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat.“ Dieser Maßstab ist auch bei der Frage der Zulassung eines Prozessbürgen nach § 108 ZPO heranzuziehen (vgl. MüKo ZPO aaO. Rz. 24; Stein/Jonas aaO. Rz. 19a; Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl., § 108, Rz. 10; Wiczorek/Schütze-Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 108, Rz. 13; Zöller, aaO. Rz. 7).

„Angemessenes Vermögen“

Erforderlich ist gem. § 239 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Vermögens des Bürgen lediglich dessen Angemessenheit in Relation zu der Höhe der zu leistenden Sicherheit. Es ist daher die Tauglichkeit eines Bürgen in jedem Einzelfall im Hinblick auf die Höhe der zu leistenden Sicherheit zu prüfen, so dass sich jede pauschale und schematische Regelung verbietet. Wenn ein angemessenes Vermögen vorhanden ist (was der Schuldner ggf. nachweisen muss), kommen sogar natürliche Personen als Bürgen in Betracht.

Die Allianz Versicherungs-AG, um beim Ausgangsbeispiel zu bleiben, verfügte zum 31.12.2000 über ein Eigenkapital von rund 1,5 Mrd. EURO. Dies dürfte zur Absicherung der Gläubiger in der weit überwiegenden Mehrzahl der Verfahren ausreichen. Ihre Muttergesellschaft, die Allianz AG, verfügt sogar über ein Eigenkapital von 28,6 Mrd. EURO (31.12.2001) und hält im übrigen 95,1% des Aktienkapitals der Dresdner Bank, die nach allgemeiner Ansicht zu den vom BGH als taugliche Bürgen angesehenen Großbanken gehört. Vor diesem Hintergrund ist man versucht, an Juvenal zu denken: „... difficile est saturam non scribere“ (sat. 1, 30).

Allgemeiner Gerichtsstand im Inland

Der allgemeine Gerichtsstand juristischer Personen wird gem. § 17 Abs. 1 ZPO durch ihren Sitz bestimmt. Auch dieses Kriterium wird von der Allianz mit Sitz in München problemlos erfüllt.

Abgesehen davon wurde dieses Kriterium von der Rechtsprechung bereits aufgeweicht (OLG Hamburg, NJW 1995, 2859) und kann wegen des Diskriminierungsverbots nach Art. 73 b (bis 1.1.1994 Art. 67) EGV EU-Angehörigen ohnehin nicht entgegengehalten werden (vgl. OLG Düsseldorf, WM 1995, 1993).



Freies Ermessen?

Nach dem Wortlaut des § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO, auf den sich auch der 23. Zivilsenat des Kammergerichts berufen hat, „kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen, in welcher Art und Höhe die Sicherheit zu leisten ist“. Bzgl. der Höhe der Sicherheit ist das Gericht nach einhelliger Literaturmeinung nicht „frei“, da die Höhe der Sicherheit sich in Ausübung *pflichtgemäßen* Ermessens an der Höhe der zu besichernden Forderung, also Hauptsache zzgl. Zinsen und Kosten zu orientieren hat (vgl. *Thomas/Putzo aaO.*, § 108, Rz. 4, *Baumbach/Lauterbach aaO.*, Rz. 4, *MüKo ZPO aaO.*, Rz. 13, *Zöller aaO.*, § 108, Rz. 3, *Stein/Jonas aaO.*, § 108, Rz. 2).

Jedoch – *freies* Ermessen in dem Sinne, nach *Belieben* entscheiden zu können, gibt es für rechtsstaatliche Organe sowieso nicht. Ermessen ist immer *pflichtgemäß*, also entsprechend dem Zweck der zugrunde liegenden gesetzlichen Ermächtigung auszuüben. Jede Ermessensentscheidung ist nach sachlichen Gesichtspunkten unter Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu treffen, wobei die Grundsätze der Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit zu beachten sind. Bezweckt eine Ermessensnorm zumindest auch den Schutz von Individualinteressen, besteht ein Anspruch auf fehlerfreie Betätigung des Ermessens. Die Ermessensfreiheit kann im konkreten Fall so gering sein, dass nur eine einzige ermessensfehlerfreie Entscheidung denkbar ist, also eine sog. Ermessensreduzierung auf Null erfolgt (vgl. *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Stichwort „Ermessen“; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl., Rz. 1).

Diese allgemeinen Grundsätze der Ermessensausübung sind auch in Gerichtsentscheidungen zu § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO bestätigt worden. Nach OLG Hamburg, NJW 1995, 2859, hat das Gericht „bei der Anordnung der Sicherheit und, soweit diese durch Bankbürgschaft erbracht werden soll, bei der Bestimmung des Bürgen den Interessen beider Parteien angemessen Rechnung zu tragen. ... Richtschnur für die Ausübung des Ermessens ist der Zweck der Ermessensermächtigung, der hier dahin geht, eine interessengerechte und dem Konflikt angemessene Einzelfallregelung zu treffen“. In dem entschiedenen Fall wurde auf Antrag des Schuldners eine schwedische Bank als Bürgin zugelassen.

Der BGH entschied auf Antrag des Schuldners, eine bereits gestellte Prozessbürgschaft austauschen zu dürfen: „Erfüllt die nachträglich beantragte Sicherheit uneingeschränkt den gesetzlichen Sicherungszweck, so bestehen auch im Rahmen des richterlichen Ermessens nach § 108 I ZPO regelmäßig keine sachlichen Gründe, die einer Partei günstige Änderung abzulehnen“ (NJW 1994, 1351).

Regelungszweck des § 108 ZPO ist Schutz *beider* Parteien (*Baumbach aaO.*, § 108, Rz. 2). Die §§ 232 ff. BGB und insbesondere der oben dargestellte § 239 BGB geben hier Auslegungshilfen für die Ausübung des gerichtlichen Ermessens (*Wieczorek aaO.*, § 108, Rz. 6). Sobald der Schuldner die Gestattung einer Sicherheitsleistung durch Bürgschaft beantragt und einen konkreten, tauglichen Bürgen benennt, was regelmäßig nur dann der Fall sein wird, wenn der Schuldner weiß, daß er von diesem eine Bürgschaft tatsächlich erhalten wird, ist das Ermessen des Gerichts auf Null reduziert, da das Sicherungsinteresse des Gläubigers bei Erfüllung der Anforderungen des § 239 BGB hinreichend berücksichtigt wird.

Das berechnete Interesse des Schuldners an der Zulassung seiner Berufshaftpflichtversicherung als Prozessbürgin

in einem Haftpflichtprozess liegt darin, dass dabei keine Kosten in Form einer Avalprovision anfallen; anders regelmäßig bei Bankbürgschaften (zwischen 1 und 4% p. a.; ggf. noch zzgl. Bearbeitungsgebühr). Im Falle der Rechtskraft ist es – bestehende Deckung vorausgesetzt – ohnehin die Berufshaftpflichtversicherung, die die Urteilssumme zzgl. Zinsen und Kosten (abzgl. Selbstbehalt) zahlen muss. Da der Schuldner seine Berufshaftpflichtversicherung obliegenheitsgemäß über den Verlauf des gegen ihn geführten Haftpflichtprozesses informiert, kann diese die Bürgschaft schnell und ohne bürokratisches Verfahren stellen.

Fazit

Ist der Gläubiger bei Beachtung der Anforderungen des § 239 BGB (insbesondere ausreichendes Vermögen des Bürgen) hinreichend geschützt, ist dem Antrag des Schuldners, seine Berufshaftpflichtversicherung als Bürgin zuzulassen, stattzugeben, da eine ablehnende Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre.

Buchhinweis

Greiter, Ivo: Kreativität bei Verhandlungen und im Alltag, Hinweise für Rechtsanwälte, Unternehmer, Wirtschaftstreuhand, Mediatoren, Richter, Politiker und alle anderen, die täglich handeln oder Probleme mit Kreativität lösen wollen, 444 Denkanstöße, 157 Beispiele, Manz Verlag Wien, und Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 2001, 194 S., 32 €.

Dr. Ivo Greiter, Rechtsanwalt in Innsbruck, durch zahlreiche Publikationen weit über die Grenzen Tirols bekannt, gibt in dem vorliegenden Buch eine detaillierte Anleitung zur Vorbereitung und zum erfolgreichen Ausgang einer Verhandlung. Seine Tipps sind einfach, leicht umsetzbar und in 157 Beispielen veranschaulicht. Es wird auf amüsante Art und Weise aufgezeigt, wie unkonventionelles Denken in vielen kritischen Situationen zur erfolgreichen Lösung des Problems geführt hat. 444 Denkanstöße helfen, diese Lösungsansätze zu finden.

Zur vornehmsten Pflicht eines Rechtsanwaltes gehört es, wenn möglich einen Prozess zu vermeiden. Es gilt die *Maxime*: ein günstiger Vergleich ist besser als ein verlorener Prozess. Also ist der Rechtsanwalt gut beraten, neben der rechtlichen Strategie Verhandlungsmethoden zu entwickeln, die es ihm ermöglichen, ein für seinen Mandanten günstiges Resultat zu erzielen.

Neuere internationale Bestrebungen, Konflikte außergerichtlich zu lösen, deuten darauf hin, dass die konventionelle Kampfansage an den Gegner überdacht wird. Eine moderne Streitkultur ist im Entstehen, welche mehr von Fairness und einem akzeptablen Interessenausgleich, als vom Kampf mit harten Bandagen geprägt ist. Gefragt sind Charme, Intelligenz, Fantasie und Menschenkenntnis.

Wer den Schikanen seines Partners ausgeliefert ist, wer zu schwächig ist, seine Forderungen mit Körperkraft einzutreiben, erfährt bei Greiter, wie er einen übermächtigen Gegner in die Knie zwingen kann. Das Buch beschreibt an mehr als einhundertfünfzig konkreten Beispielen, zu welcher erstaunlichen Akrobatik der menschliche Geist fähig ist und welche wundersame Wirkung ein bloßer Gedanke entfalten kann. Wer David ist und Goliath zum Gegner hat, lernt hier eine Fülle verblüffender Einfälle kennen, mit denen andere vor ihm den Kopf aus der Schlinge gezogen haben.

Für den mit leichtem Gepäck reisenden Leser hält der Autor das Konzentrat seiner Gedanken außerdem in einer Liste mit 444 Denkanstößen zur Problemlösung für die Brieftasche bereit.

Rechtsanwältin Dr. Ursula Wachter, Vaduz
Präsidentin der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer



Fürsorgeeinrichtungen der Rechtsanwälte in Deutschland

Übersicht über die Fürsorgeeinrichtungen in den einzelnen Kammerbezirken, Stand: 1.3.2002

Kammerbezirk	Sterbegeld	Hilfskasse deutscher Rechtsanwälte	eigenes Hilfswerk	Versorgungswerk
BGH	nein	nein	nein	nein
Bamberg	2.000 €	nein	ja, Weihnachtsgewandungen nach Möglichkeit und Bedarf an bedürftige Witwen und Kollegen	ja, gesetzliche Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung
Berlin	nein	nein	ja, mtl. 33,23 € bis 255,65 € an bedürftige Hinterbliebene und Kollegen; bei Leistungen nach BSHG anrechnungsfrei	ja, gesetzliches Versorgungswerk der Rechtsanwälte in Berlin
Brandenburg	1.500 € bis 2.500, abhängig von der Anzahl der Hinterbliebenen	nein	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk der Rechtsanwälte des Landes Brandenburg
Braunschweig	maximal 2.500 €	nein	nein	ja, gesetzliche Rechtsanwaltsversorgung Niedersachsen
Bremen	nein	nein	ja, im Einzelfall mtl. Leistungen an bedürftige Witwen	ja, gesetzliche Hanseatische Rechtsanwaltsversorgung Bremen
Celle	gestaffelt nach Dauer der Mitgliedschaft bei RAK Celle von mindestens 12 Jahren 2.000 €; 20 Jahren 2.300 €; 25 Jahren 2.600 €; 30 Jahren und mehr 3.000 € in Härtefällen	nein	ja, Sozialverein der Rechtsanwaltschaft e. V.	ja, gesetzliche Rechtsanwaltsversorgung Niedersachsen
Düsseldorf	Sterbegeld für Mitglieder der Kammer, die vor Völlendung des 55. Lebensjahres Mitglieder der Kammer geworden sind und dieser 30 Jahre angehört haben, höchstens 3.750 €	nein	ja, laufende oder einmalige Unterstützung bei Erwerbsunfähigkeit oder unverschuldeter Not für Witwen, Waisen oder Kollegen	ja, gesetzliches Versorgungswerk Nordrhein-Westfalen
Frankfurt	2.556,46 €	nein	nein, jedoch im Einzelfall Geldleistungen an bedürftige Hinterbliebene und Kollegen	ja, gesetzliches Versorgungswerk Hessen
Freiburg	5.000 €	nein	nein, jedoch Solidaritätsfonds örtlicher Anwaltverein	ja, gesetzliches Versorgungswerk Baden-Württemberg
Hamburg	nein, jedoch örtlicher Anwaltverein ca. 2.000 €	ja	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk Hamburg
Hamm	5.000 €	nein	nein, jedoch im Einzelfall Geldleistungen an bedürftige Hinterbliebene und Kollegen	ja, gesetzliches Versorgungswerk Nordrhein-Westfalen
Karlsruhe	2.500 €	nein	ja, Unterstützungen in Notfällen etwa einmal jährlich	ja, gesetzliches Versorgungswerk Baden-Württemberg



Kammerbezirk	Sterbegeld	Hilfskasse deutscher Rechtsanwälte	eigenes Hilfswerk	Versorgungswerk
Kassel	4.600 €, in Ausnahmefällen auch höher	nein	ja, einmalige und laufende Leistungen	ja, gesetzliches Versorgungswerk Hessen
Koblenz	derzeit (Änderung vermutlich Sommer 2002) Witwe ca. 76.500 DM, Waise ca. 25.500 DM, im Umlageverfahren erhoben	ja	ja, mtl. Leistungen an Mitglieder bis 1.200 DM und Hinterbliebene bis 850 DM, auch einmalige Unterstützung und Weihnachtiszusendung	ja, gesetzliches Versorgungswerk Rheinland-Pfalz
Köln	bis 2.500 € bei sozialer Bedürftigkeit	ja	ja, in kleinem Umfang jährlich oder monatlich	ja, gesetzliches Versorgungswerk Nordrhein-Westfalen
Mecklenburg-Vorpommern	nein	nein	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk Mecklenburg-Vorpommern
München	7.500 €	nein	ja, Nothilfe und laufende Leistungen nach Möglichkeit und Bedarf	ja, gesetzliche Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung
Nürnberg	bis zu 5.000 €	nein	im Einzelfall monatliche Leistungen an Witwen	ja, gesetzliche Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung
Oldenburg	Versorgungswerk bei der Rechtsanwalts- und Notarkammer Oldenburg	ja	nein	ja, gesetzliche Rechtsanwaltsversorgung Niedersachsen
Saarland	13.000 € im Umlageverfahren erhoben	nein	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk Saarland
Sachsen	nein	nein	Die Errichtung einer Fürsorgeeinrichtung (Stand Febr. 2002) ist geplant	ja, gesetzliches Versorgungswerk Sachsen
Sachsen-Anhalt	nein	ja	nein	noch nicht, gesetzliches Versorgungswerk Sachsen-Anhalt im Aufbau
Schleswig-Holstein	8.692 €	ja	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk Schleswig-Holstein
Stuttgart	10.000 DM (Änderung vermutlich im April 2002)	nein	ja, einmalige und jährlich wiederkehrende Leistungen über Activitas Ges. f. Nächstdienst mbH, die zu 100% der RAK Stuttgart gehört	ja, gesetzliches Versorgungswerk Baden-Württemberg
Thüringen	nein	nein	nein	ja, gesetzliches Versorgungswerk der Rechtsanwälte des Landes Thüringen
Tübingen	bis 5.200 €	nein	ja, einmalige Beihilfen bis 500 €; Wiederholung möglich	ja, gesetzliches Versorgungswerk Baden-Württemberg
Zweibrücken	ca. 31.200 €, im Umlageverfahren erhoben; 770 € für jedes verstorbene Kammermitglied	nein	ja	ja, gesetzliches Versorgungswerk Rheinland-Pfalz



RECHTSPRECHUNG

Berufsrecht

BRAO § 171; GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1

Die Singularzulassung der Rechtsanwälte beim BGH ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

BGH, Beschl. v. 4.3.2002 – AnwZ 1/01

Aus den Gründen: A. Der Antragsteller ist seit 1977 als Rechtsanwalt zugelassen und erhielt im Jahre 1978 die Zulassung beim OLG Hamm. Er übt zudem seit 1987 das Amt des Notars aus. Mit Schreiben vom 14.12.2000 stellte er beim Bundesministerium der Justiz den Antrag, ihn, ohne dass er seine bestehenden Zulassungen aufgeben müsse, als Rechtsanwalt beim BGH in Zivilsachen zuzulassen. Das Bundesministerium der Justiz lehnte das Gesuch mit Bescheid vom 23.3.2001 ab. Der Rechtsanwalt verfolgt sein Begehren mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung weiter.

Der Antragsteller macht geltend, er habe einen Anspruch auf Zulassung als Rechtsanwalt beim BGH in Zivilsachen, weil er auf Grund seiner Tätigkeit beim OLG über ausgezeichnete Kenntnisse auf dem Gebiet des Zivilrechts verfüge und dieses in seiner ganzen Breite beherrsche. Das in §§ 164 ff. BRAO vorgesehene Zulassungsverfahren, insbesondere die in § 171 BRAO normierte Ausschließlichkeit der Zulassung beim BGH, sei nicht durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Die geltende Regelung verletze ihn daher in seinem durch Art. 12 GG geschützten Grundrecht auf freie berufliche Betätigung. Der Antragsteller verweist ferner darauf, dass grundsätzlich jeder Rechtsanwalt bei allen obersten Bundesgerichten, auch dem BGH in Strafsachen sowie dem BVerfG, auftreten könne. Daher gebe es keinen sachlichen Grund i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG für die beim BGH in Zivilsachen geltende Zulassungsbeschränkung.

B. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach §§ 162, 163, 170, 21 Abs. 2, 37, 39 Abs. 1 BRAO zulässig. Er ist jedoch nicht begründet.

I. Der Antragsteller erfüllt nicht die Voraussetzungen, von denen nach §§ 164 ff. BRAO die Zulassung als Rechtsanwalt beim BGH abhängig ist.

1. Das Bundesministerium der Justiz, das über den Zulassungsantrag zu entscheiden hat (§ 170 Abs. 1 BRAO), darf nach der geltenden gesetzlichen Regelung als Rechtsanwälte beim BGH nur Bewerber zulassen, die durch den Wahlausschuss für Rechtsanwälte bei dem BGH benannt worden sind (§ 164 BRAO). Zu diesem Personenkreis gehört der Antragsteller nicht; denn er ist nicht in die Vorschlagslisten aufgenommen worden, die die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer beim BGH eingereicht haben. Der Wahlausschuss kann dem Bundesministerium der Justiz nur Rechtsanwälte aus diesen Vorschlagslisten benennen (§ 166 Abs. 1 BRAO). Der Antragsteller behauptet nicht, einen Antrag gestellt zu haben, ihn in die Vorschlagsliste aufzunehmen.

2. Nach § 171 BRAO darf ein Rechtsanwalt bei dem BGH nicht zugleich bei einem anderen Gericht der Zivilgerichtsbarkeit zugelassen sein. Der Antragsteller möchte demgegenüber der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH angehören, ohne seine Zulassung als Rechtsanwalt beim OLG Hamm und seinen Beruf als Notar aufgeben zu müssen.

II. Der Antragsteller meint, ihm sei außerhalb des in §§ 164 ff. BRAO vorgesehenen Verfahrens die Zulassung beim BGH zu erteilen, weil das in § 171 BRAO normierte Verbot der Simultanzulassung mit Art. 12 Abs. 1 GG, 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei. Deshalb sei die Sache gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen. Damit kann er keinen Erfolg haben.

1. Durch die Vorschrift des § 171 BRAO wird zwar in die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts eingegriffen. Die Einschränkung erfasst jedoch, da sie nur die Vertretung in zivilrechtlichen Revisionen vor dem BGH betrifft, nicht die Berufswahl, sondern enthält, wie der Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden hat (BGH, Beschl. v. 14.5.1975 – AnwZ 7/75, S. 11; v. 10.5.1978 – AnwZ

11/78, S. 12; v. 23.6.1980 – AnwZ 2/80, S. 16; v. 28.2.1983 – AnwZ 37/82, BRAK-Mitt. 1983, 135, 136; ebenso BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982 – 1 BvR 278/75 u. a.), lediglich eine Berufsausübungsregelung. Das BVerfG hat das in dem früheren § 25 BRAO enthaltene Verbot der Simultanzulassung beim OLG ebenfalls als Einschränkung der Berufsausübung gewertet (BVerfGE 103, 1, 10). § 171 BRAO enthält im Vergleich dazu keine weitergehenden oder anders gearteten Einschränkungen.

2. Gesetzliche Regelungen der Berufsausübung sind zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt sind, das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfGE 93, 362, 369; 103, 1, 10). Die angegriffene Regelung genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie dient in besonderem Maße einer sachgerechten Beratung der Parteien sowie der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen. Eine andere Lösung, die diese Ziele ohne Einschränkung der Simultanzulassung ebenso gut erreicht, ist nicht ersichtlich. Der insoweit bestehende Unterschied zur Vertretung vor den übrigen obersten Gerichten des Bundes beruht auf sachlich vertretbaren Gründen i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG.

a) Infolge der Singularzulassung werden die Parteien beim BGH von Rechtsanwälten vertreten, die mit den zivilprozessualen Anforderungen des Revisionsrechts aus ständiger Praxis vertraut und zugleich in alle materiellen Rechtsgebiete eingearbeitet sind, auf die sich die Zuständigkeit des BGH erstreckt.

aa) Die dem Rechtsanwalt in der Revisionsinstanz obliegenden Aufgaben unterscheiden sich deutlich von denjenigen, die in den Vorinstanzen zu erbringen sind. Dort muss der Rechtsanwalt zunächst gemeinsam mit dem Mandanten klären, welches Ziel dieser verfolgt, den Sachverhalt ermitteln, die notwendigen Beweismittel sammeln und prüfen, ob das erhaltene Material geeignet ist, den angestrebten Erfolg in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erreichen. Im Prozess hat der Anwalt dann das rechtserhebliche Vorbringen seines Auftraggebers vollständig und verständlich darzustellen und die rechtlichen Gesichtspunkte aufzuzeigen, die die Interessen der von ihm vertretenen Partei stützen (vgl. BGH, Ur. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95, NJW 1996, 2929, 2931 f.; v. 2.4.1998 – IX ZR 107/97, NJW 1998, 2048, 2049; Zugehör, Anwaltschaft Rdnr. 535 f., 668 f.). Darüber hinaus muss der Instanzanwalt sich mit dem Vortrag der Gegenseite auseinander setzen, bei der Beweisaufnahme mitwirken und das Beweisergebnis würdigen. Der Revisionsanwalt hat demgegenüber beim Berufungsurteil sowie bei dem ihm zu Grunde liegenden gerichtlichen Verfahren anzusetzen. Seine Hauptaufgabe besteht darin, diese auf Rechtsfehler zu untersuchen und vorhandene Mängel überzeugend aufzuzeigen bzw. dem Gegner, der sich auf solche Fehler beruft, mit rechtlichen Argumenten entgegenzutreten. Diese spezielle Aufgabe wird von den Rechtsanwälten besser gemeistert, die sich unabhängig vom bisherigen Verlauf des Rechtsstreits neu in die Sache einarbeiten. Nicht wenige Revisionen haben deshalb Erfolg, weil der beim BGH zugelassene Rechtsanwalt erstmals einen Gesichtspunkt herausgearbeitet hat, der bisher nicht oder nur wenig beachtet wurde.

bb) Die beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte vermögen eine solche, besonders qualifizierte Kenntnisse im Verfahrensrecht sowie der aktuellen Rechtsprechung der einzelnen Zivilsenate voraussetzende Leistung – abgesehen von ihrer persönlichen fachlichen Befähigung – deshalb zu erbringen, weil sie von vielen Aufgaben entlastet sind, die den Alltag des in der Instanz tätigen Rechtsanwalts prägen. Bei ihnen fallen in der Regel keine zeitaufwändigen Arbeiten zur Sachverhaltsaufklärung, Beweiserhebung und Herstellung einvernehmlicher Lösungen an. Besprechungen sind wesentlich seltener notwendig; viele Revisionsmandate lassen sich schon nach Aktenlage sachgerecht bearbeiten. Diese Eingrenzung des Aufgabenkreises auf die Bearbeitung von Rechtsfragen erleichtert es den beim Revisionsgericht zugelassenen Rechtsanwälten, sich mit der gesamten Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen und den daraus erkennbaren Tendenzen besonders intensiv zu befassen.



Diese Art der Spezialisierung gibt dem Rechtsuchenden eine deutlich höhere Gewähr, dass seine Belange sachgerecht wahrgenommen werden. Da es in der Revision um Rechtsfragen geht, zu deren Klärung eine rechtsunkundige Partei regelmäßig nichts beizutragen vermag, kommt dem Umstand, dass sie dort nicht den ihr persönlich vertrauten Anwalt beauftragen kann, nur untergeordnete Bedeutung zu. Jede vernünftig abwägende Partei wird vielmehr hauptsächlich darauf Wert legen, in letzter Instanz von einem in Revisionsachen besonders sachkundigen Rechtsanwalt vertreten zu sein.

cc) Es entspricht auch dem Interesse des Mandanten, dass der beauftragte Rechtsanwalt ihm von der Durchführung eines aussichtslosen Rechtsmittels, das ihm unnötige Kosten verursacht, abräät. Seit Jahren wird beim BGH etwa ein Viertel der eingelegten Revisionen zurückgenommen; in den letzten fünf Jahren handelte es sich jeweils um mehr als 1.000 Sachen. Über 90% der Rücknahmen erfolgen vor Einreichung der Revisionsbegründung. Nach Angaben aus Anwaltskreisen kommt noch eine erhebliche Zahl von Aufträgen hinzu, in denen schon die Einlegung der Revision unterbleibt, weil der beim BGH zugelassene Rechtsanwalt davon abgeraten hat (vgl. Gross, AnwBl 2001, 20; Nirk, Sonderheft für Hermann Weber S. 43, 46 f.; Winte, ZRP 1999, 387, 390 f.). Gleichzeitig üben die Rechtsanwälte damit eine für die höchstgerichtliche Rechtsprechung bedeutsame Filterfunktion aus. Indem sie verhindern, dass sich der BGH mit aussichtslosen Rechtsmitteln befassen muss, tragen sie wesentlich dazu bei, dass er sich in stärkerem Maße der Fortbildung des Rechts und Grundsatzfragen der Rechtsordnung widmen kann.

Der Antragsteller macht geltend, der simultan zugelassene Anwalt werde auf Grund des Auftretens vor verschiedenen Gerichten neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung früher begegnen und neuen Erwägungen gegenüber aufgeschlossen sein. Diese Betrachtungsweise verkennt, dass die nur am BGH zugelassenen Rechtsanwälte wegen der im Vergleich kleinen Zahl ständig und besonders intensiv mit den Fragen konfrontiert werden, die durch die Entscheidungen der Instanzgerichte in allen Teilen der Bundesrepublik in grundsätzlicher Hinsicht oder im Zusammenhang mit der Fortbildung des Rechts aufgeworfen werden. Dieser umfassende Überblick fördert die Aufgabe und die Effizienz des Revisionsgerichts. So stehen den Richtern beim BGH und den dort zugelassenen Rechtsanwälten besonders kompetente Gesprächspartner gegenüber, wobei im Einzelfall gerade auch deren Spezialwissen auf Gebieten bedeutsam werden kann, die nicht zum Zuständigkeitsbereich des jeweils erkennenden Senats gehören. Die Singularzulassung fördert somit maßgeblich die Qualität der Rechtsprechung. Sie hat darüber hinaus in erheblichem Umfang dazu beigetragen, dass der BGH den durch die Vereinigung Deutschlands angestiegenen Geschäftsanfall ohne eine Vermehrung der Zivilsenate, was der Wahrung der Rechtseinheitlichkeit abträglich gewesen wäre, bis heute bewältigt hat.

b) Vergleichbar positive Wirkungen für die Rechtspflege am höchsten deutschen Zivilgericht lassen sich auf anderem Wege nicht erreichen. Insbesondere belegt der Umstand, dass bei keinem anderen obersten Bundesgericht eine spezielle Anwaltschaft eingerichtet ist, nicht, dass auf die Singularzulassung beim BGH ohne Nachteile für wesentliche Belange des Gemeinwohls verzichtet werden kann.

aa) Das Bundesministerium der Justiz hat im Dezember 1995 eine Kommission zur Ausarbeitung von Vorschlägen zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH eingesetzt. Diese Kommission sollte überprüfen, ob das bestehende System der besonderen Anwaltschaft beim BGH noch zeitgemäß ist. Der Kommission gehörten Ministerialbeamte, Vertreter der Anwaltschaft sowie ein Richter am BGH an. Die Kommission kam in ihrem vom Bundesministerium der Justiz im Jahre 1998 herausgegebenen Bericht nach Anhörung der Vertreter der obersten Bundesgerichte zu dem Ergebnis, dass zur Verbesserung des Rechtsschutzes der Beteiligten auch bei den übrigen obersten Gerichtshöfen des Bundes eine spezielle Anwaltschaft wünschenswert wäre, weil die Qualität der Prozessvertretung dort verbesserungsbedürftig erscheint (Kommissionsbericht, S. 29 f.). So ergab sich nach den Ermittlungen der Kommission bei den Nichtzulassungsbeschwerden, dass beim BSozG vier Fünftel, beim BArbG ungefähr die Hälfte und beim BVerwG sowie beim BFH jeweils etwa ein Drittel der Nichtzulassungsbeschwerden wegen schwer wiegender formeller oder inhaltlicher

Mängel unzulässig waren. Darüber hinaus wurde von Praktikern, die in jenen Gerichtsbarkeiten tätig sind, beanstandet, nicht selten seien die materiellrechtlichen Kenntnisse der vor dem Revisionsgericht auftretenden Prozessbevollmächtigten unzureichend (vgl. Schlichter BRAK-Mitt. 1994, 2, 3 f.; Weigel BRAK-Mitt. 1995, 1, 3). In dem Kommissionsbericht wird demgemäß von einer Freigabe der Vertretung in Revisionsverfahren vor den Zivilsenaten des BGH abgeraten (S. 31).

Überlegungen, auch bei den übrigen obersten Bundesgerichten eine besondere Rechtsanwaltschaft einzurichten, sind allein mit der Begründung verworfen worden, dieses Ziel lasse sich mangels wirtschaftlicher Tragfähigkeit der Tätigkeit nicht verwirklichen (vgl. Kommissionsbericht, S. 29 f.). Wie in dem Bericht dargelegt wird, liegt bei den anderen obersten Bundesgerichten die Zahl der anfallenden Verfahren deutlich niedriger als bei den Zivilsenaten des BGH. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass in den Verfahren der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit die Behörden keinen Rechtsanwalt einschalten müssen, wodurch sich die Zahl der für Rechtsanwälte zur Verfügung stehenden Mandate weiter verringert. Die Verhältnisse in Strafsachen sind wegen der unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze nicht vergleichbar.

bb) Demgegenüber hat sich beim BGH in den letzten Jahren keine einzige zivilrechtliche Revision feststellen lassen, die aus von dort zugelassenen Rechtsanwälten zu vertretenden formellen oder inhaltlichen Mängeln als unzulässig verworfen worden ist. Zwar kennt das bis zum 31.12.2001 in Zivilsachen geltende Revisionsrecht das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nicht. § 554 Abs. 3 ZPO a. F. stellt jedoch hohe Anforderungen an den Inhalt der Revisionsbegründung; schon nach dieser Vorschrift ist im Regelfall eine Darlegung erforderlich, ob der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt. Daher ist zu erwarten, dass die beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte alsbald mit den von § 544 ZPO n. F. gestellten Anforderungen vertraut und in der Lage sein werden, in diesem Bereich Mängel, wie sie ausweislich des Kommissionsberichts in den übrigen Gerichtsbarkeiten festgestellt worden sind, zu vermeiden. Gerade im Hinblick auf die nach neuem Recht erweiterte Zuständigkeit des BGH (vgl. § 133 GVG i. V. m. §§ 542 ff., 574 ff. ZPO) wird einer sachgerechten Bewältigung der dem Rechtsanwalt in dritter Instanz obliegenden besonderen rechtlichen Aufgaben erhöhte Bedeutung zukommen. Dies gilt insbesondere für den großen Bereich der Rechtsbeschwerden, die nunmehr zum BGH gelangen können und in ihren formalen und inhaltlichen Anforderungen weitgehend den Revisionen angegliedert sind (vgl. § 574 ZPO). Demzufolge lässt sich absehen, dass bei einer Anwaltszulassung, wie sie der Antragsteller erstrebt, die Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung des BGH nur durch eine beträchtliche Erhöhung der Zahl der Richter – was die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung wesentlich erschweren würde – oder durch eine deutliche Einschränkung der gerade erst gewährten Rechtsmittelmöglichkeiten aufrechterhalten werden könnte. Beides entspräche nicht den schutzwürdigen Belangen der Rechtsuchenden.

cc) Schließlich liegt ein wesentlicher Grund für die Besonderheit der gem. § 162 BRAO eingerichteten Rechtsanwaltschaft beim BGH in dem Umfang und der Bedeutung der Zivilgerichtsbarkeit innerhalb der Gesamtrechtsordnung. Der Zivilgerichtsbarkeit ist der bei weitem größte – durch die Zuständigkeit für Entschädigungsansprüche gegen den Staat sich weit ins öffentliche Recht erstreckende – Rechtsbereich zugewiesen worden. Hier entstehen mit Abstand die meisten rechtlichen Auseinandersetzungen. Nach den vom Bundesministerium der Justiz Ende des Jahres 2000 für 1998 herausgegebenen Zahlen gingen bei den erstinstanzlich zuständigen Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit fast zwei Millionen Zivilprozesssachen sowie nahezu 500.000 Familiensachen ein. In demselben Zeitraum, wurden bei den ArbG rund 585.000, bei den SozG knapp 258.000, bei den VerwG etwas mehr als 200.000 und bei den FG gut 73.000 Klagen anhängig, zusammengenommen also nur etwas mehr als die Hälfte der neu anhängigen Zivilprozesssachen ohne Familiensachen. Es deutet nichts darauf hin, dass sich dieses Zahlenverhältnis in den nachfolgenden Jahren merklich verschoben hat oder in Zukunft verändern wird. Die Bedeutung der Zivilgerichtsbarkeit wird auch daran sichtbar, dass es jeweils eine auf das gesamte Gebiet der Verwaltungs-, Sozial-, Finanz- und Arbeitsgerichtsbarkeit ausgerichtete Fachanwaltschaft gibt (vgl. § 5 FAO), die darüber hinaus eingerichteten Fachanwälte für Familien-



Rechtsprechung

und Insolvenzrecht dagegen nur einen verhältnismäßig kleinen Teil des Zivilrechts abdecken. Um dieses vollständig zu erfassen, müssten mindestens sechs bis acht weitere Fachanwaltschaften eingerichtet werden (vgl. zur Diskussion über neue Fachanwaltsbezeichnungen in der Anwaltschaft Busse BRAK-Mitt. 2001, 65; Quas BRAK-Mitt. 2000, 211; Scharmer BRAK-Mitt. 2001, 5). Die bei den übrigen Gerichtsbarkeiten erwogene Möglichkeit, die Zulassung bei den Revisionsgerichten auf die jeweiligen Fachanwälte zu beschränken (vgl. Kommissionsbericht S. 45), würde daher beim BGH in Zivilsachen zu keiner tragfähigen Lösung führen.

dd) Im Hinblick auf alle diese Gründe ist darin, dass es die Singularzulassung bei keinem obersten Bundesgericht außer dem BGH in Zivilsachen gibt, kein willkürlicher Unterschied, sondern eine sachgerechte Differenzierung i. S. d. Art. 3 GG zu sehen.

c) Das BVerfG hat die Singularzulassung beim OLG insbesondere deshalb für nicht mit der Berufsausübungsfreiheit vereinbar erachtet, weil der Gesetzgeber selbst nicht mehr hinreichend deutlich gemacht habe, dass er die Singularzulassung dort als ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verbesserung der Rechtspflege ansehe (BVerfGE 103, 1, 13 ff.). Vor allem durch die Einführung von Öffnungsklauseln für die Simultanzulassung in § 226 BRAO, die Zulassung von Mischsozietäten in § 59a BRAO sowie die Auflösung der Verknüpfung von Postulationsfähigkeit und berufsrechtlicher Lokalisation in § 78 ZPO habe sich der Gesetzgeber – zunehmend und deutlich seit 1990 – von seiner ursprünglichen Einschätzung des Wertes der Singularzulassung in diesem Bereich distanziert. Die genannten Gründe treffen jedoch auf die Singularzulassung beim BGH nicht zu.

Der Gesetzgeber hat das bereits in § 100 Abs. 1 der Rechtsanwaltsordnung vom 1.7.1878 enthaltene Verbot der Simultanzulassung in die am 1.10.1959 in Kraft getretene Bundesrechtsanwaltsordnung mit der Begründung übernommen, das Verbot Gewähr leiste, dass die auf das Revisionsverfahren spezialisierte Rechtsanwaltschaft mit den Rechtsanschauungen des Gerichtshofes und der darauf beruhenden Auslegung und Weiterbildung des Rechts auf das Genaueste vertraut sei, sie daher die Prozessparteien über die Aussichten des Rechtsmittels sachgemäß beraten könne und aussichtslose Sachen nicht in die Revisionsinstanz gelangen würden (vgl. BT-Drucks. 111/120, S. 111). Diese Erwartungen haben sich erfüllt, weshalb das Singularprinzip beim BGH seitdem unangetastet geblieben ist. Es hat sogar mit der durch das Gesetz vom 2.9.1994 (BGBl I S. 2278) erfolgten Einfügung des § 172a BRAO zusätzlichen Schutz erfahren. Die Norm bestimmt, dass Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind, nur untereinander eine Sozietät eingehen dürfen und diese lediglich zwei Rechtsanwälte umfassen darf (für die Zeit davor vgl. BGH, Beschl. v. 7.11.1983 – AnwZ 21/83, BRAK-Mitt. 1984, 84). Mit dieser Regelung wird die Bildung von Mischsozietäten und Großpraxen verhindert, die den Zugang des einzelnen Anwalts zum Betätigungsfeld des Rechtsanwalts beim BGH erschweren und zu einer schleichenen Durchbrechung des „Vier-Augen-Prinzips“ beitragen könnten.

Im Übrigen wurde mittels der schon beschriebenen Kommission eingehend überprüft, ob die Aufrechterhaltung der Singularzulassung beim BGH weiterhin sachlich gerechtfertigt ist. Die Kommission ist einstimmig zu der Beurteilung gelangt, dass die besondere Rechtsanwaltschaft bei dem BGH beibehalten werden sollte (Kommissionsbericht S. 43). Diese Empfehlung der Kommission hat den Gesetzgeber veranlasst, auch in der Folgezeit die Singularzulassung der Rechtsanwälte uneingeschränkt aufrechtzuerhalten. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Zivilprozesses vom 8.9.2000 (BR-Drucks. 536/00, S. 316) wird zudem besonders hervorgehoben, dass für die Nichtzulassungsbeschwerde, die Rechtsbeschwerde und den Antrag auf Zulassung der Sprungrevision auf eine Vertretung des Beschwerdeführers bzw. des Antragstellers durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt wegen der besonderen Sachkunde dieser Anwälte nicht verzichtet werden könne. Aus diesem Grunde wurde von einer Übernahme des § 7 Abs. 2 EGZPO a. F., wonach bis zur Entscheidung des Obersten Landesgerichts jeder bei einem LG, OLG oder dem BGH zugelassene Rechtsanwalt postulationsfähig ist, abgesehen. Die überwiegende Meinung im Schrifttum befürwortet ebenfalls die vom Antragsteller angegriffene Zulassungsbeschränkung, weil sie sowohl den Interessen der Rechtssuchenden an einer forensisch qualifizierten Rechtsberatung als auch der Sicherung der Arbeitsfähigkeit des BGH sowie der Qualität seiner Rechtsprechung

nütze (vgl. Feuerich/Braun, BRAO 5. Aufl. § 162 Rdnr. 1 ff.; § 171 Rdnr. 1 ff.; Isele, BRAO § 162 Anm. II B; Henssler RdA 1999, 38, 43; ders. JZ 2001, 337, 341; Krämer JZ 1994, 400; Nirk, Liber Amicorum für Rabe S. 113; ders. NJW 2001, Sonderheft für Hermann Weber, S. 43; Redeker NJW 1987, 2610, 2616; Schimansky, Festschrift für Odersky S. 1083; H. Schneider, Ehrengabe für Heusinger, S. 101; ders. in „Festschrift 25 Jahre BGH“, S. 325; Tilmann BRAK-Mitt. 1994, 118; Weigel BRAK-Mitt. 1995, 2; Zuck NJW 2001, 2055, 2057; a. A. Birkkraut BRAK-Mitt. 1994, 194; Borchert NJ 2001, 514; Droegge NJW 2002, 175; Füßer/Schramm MDR 2001, 551; Kleine-Cosack AnwBl 2001, 206; Kornblum AnwBl 2000, 654; R. Schneider AnwBl 2001, 206, 208).

d) Der aus Gründen des Gemeinwohls erforderliche Eingriff in die Berufsfreiheit ist in seiner Wirkung für den einzelnen Anwalt zumutbar. Die darin liegende Beeinträchtigung ist nicht unverhältnismäßig, zumal da sie lediglich die Zulassung bei einem einzigen Gericht betrifft und schon im Hinblick auf die Zahl der in Betracht kommenden Mandate allenfalls für einige wenige Rechtsanwälte in Deutschland zu mehr als nur geringen Einschränkungen ihrer beruflichen Tätigkeit führen kann.

3. Die Singularzulassung beim BGH hält, wie der Europäische Gerichtshof bereits entschieden hat (EuGH, Urt. v. 25.2.1988 – Rs 427/85, Slg. 1988, 1154, 1156 Tz. 44 = NJW 1988, 887), einer Überprüfung an den europarechtlichen Vorschriften über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49, 50 EG – früher Art. 59, 60 EWG-Vertrag; Richtlinie 77/249/EWG) stand. Das französische und das belgische Recht enthalten für die Rechtsanwaltschaft am Kassationshof eine vergleichbare Zulassungsbeschränkung (vgl. Kommissionsbericht S. 19 f.; Gross, Die Anwaltschaft beim französischen Kassationshof, in: Festschrift für Rudolf Nirk [1992] S. 405, 410 f.). Demzufolge hat der deutsche Gesetzgeber an diesem Prinzip auch bei Umsetzung der genannten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte fest gehalten. § 27 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EURAG) vom 9.3.2000 (BGBl I S. 182) überträgt die für die Vertretung vor dem BGH geltenden Beschränkungen ausdrücklich in vollem Umfang auf Rechtsanwälte aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Anders als bei dem Auftreten vor den OLG genügt hier ein bloßer Bearbeiterswechsel nicht (§ 27 Abs. 1 S. 3 EURAG).

III. Der Antragsteller greift auch das in §§ 166 bis 168 BRAO geregelte Verfahren als verfassungswidrig an, weil nur der Anwalt sich um die Zulassung beim BGH bewerben kann, der von einer örtlichen Anwaltskammer oder der Rechtsanwaltskammer beim BGH vorgeschlagen wird, und die geltende gesetzliche Regelung keine Kriterien zur Auswahl der Rechtsanwälte und zum zahlenmäßigen Bedarf enthält (vgl. dazu Kommissionsbericht S. 24, 33 ff.; Droegge NJW 2002, 175, 180 f.; Hartung JZ 1994, 117; Kleine-Cosack, BRAO 3. Aufl. vor § 164 Rdnr. 1 ff.).

Ob diese Rüge berechtigt ist, braucht der Senat indes nicht zu beurteilen. Selbst wenn dem Antragsteller insoweit – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Beschl. v. 24.3.1982, aaO) – zu folgen wäre, könnte ihm dies nichts nützen. Da er keine Singular-, sondern ausschließlich eine Simultanzulassung beim BGH erstrebt, ist die gesetzliche Gestaltung des Auswahlverfahrens für die hier zu treffende Entscheidung rechtlich nicht erheblich.

BRAO § 59 Abs. 2; BORA § 10 Abs. 1 S. 1

Das für die in einer Sozietät zusammengeschlossenen Rechtsanwälte geltende Gebot, auf ihren Briefbögen die Namen sämtlicher (deutschen) Gesellschafter aufzuführen, ist wirksam.

BGH, Beschl. v. 19.11.2001 – AnwZ (B) 75/00

Aus den Gründen: II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 223 Abs. 3 S. 1 BRAO); es hat indes keinen Erfolg.

1. Gem. § 10 Abs. 1 S. 1 BORA müssen in einer Sozietät zusammengeschlossene Rechtsanwälte auf ihren Briefbögen auch bei Verwendung einer Kurzbezeichnung (§ 9 BORA) die Namen sämtlicher Gesellschafter mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen aufführen. Ein Widerspruch zu § 10 Abs. 1 S. 3 BORA besteht nicht. In dieser Vorschrift ist bestimmt, dass mindestens eine



der Kurzbezeichnung entsprechende Zahl von Gesellschaftern, Angestellten oder freien Mitarbeitern auf dem Briefbogen namentlich aufgeführt werden muss. Damit soll verhindert werden, dass die Anzahl der in der Kurzbezeichnung aufgeführten Personen größer ist als die Zahl der nach § 10 Abs. 1 S. 1 BORA anzugebenden Gesellschafter (Feuerich/Braun, BRAO 5. Aufl. § 10 BORA Rdnr. 6), nicht aber von dem in der zuletzt genannten Vorschrift enthaltenen Gebot dispensiert werden.

2. § 10 Abs. 1 S. 1 BORA verstößt nicht gegen die Verfassung.

a) Entgegen der Ansicht des Antragstellers entbehrt die Vorschrift nicht einer gesetzlichen Ermächtigung. Sie hat ihre Grundlage in § 59b Abs. 2 Nr. 1 e, 3, 4, 5 a und 8 BRAO.

aa) Gem. § 59b Abs. 2 Nr. 1 e BRAO kann das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43 a Abs. 4 BRAO) durch die Berufsordnung näher geregelt werden. Dieses Verbot greift auch dann ein, wenn widerstreitende Interessen von jeweils anderen Soziern vertreten werden (Feuerich/Braun, § 43 a BRAO Rdnr. 57). Derartige Interessenkonflikte sind auch innerhalb einer Sozietät denkbar; sie können zum Beispiel durch einen Sozietätswechsel verursacht werden und gewinnen mit der Entstehung immer größerer Sozietäten an Bedeutung (BT-Drucks. 12/4993, S. 34 f.). Das Gebot, schon auf dem Briefbogen die Zusammensetzung einer Sozietät offen zu legen, dient einer Kontrolle, ob widerstreitende Interessen vertreten werden, und hat deshalb präventive Bedeutung.

bb) Gem. § 59b Abs. 2 Nr. 3 BRAO kann die Berufsordnung die besonderen Berufspflichten im Zusammenhang mit der Werbung näher regeln. Die Gestaltung des Briefbogens ist eine Maßnahme der Außendarstellung und hat somit werbenden Charakter (BGH, Urt. v. 17.4.1997 – 1 ZR 219/94, NJW 1997, 3236, 3237 m. w. N.).

cc) Gem. § 59b Abs. 2 Nr. 4 BRAO kann die Berufsordnung die besonderen Berufspflichten im Zusammenhang mit der Versagung der Berufstätigkeit (§§ 45, 46 Abs. 2 BRAO) näher regeln. Der Rechtsanwalt darf insbesondere nicht tätig werden in Angelegenheiten, mit denen er bereits außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich befasst war. Das gilt auch für seine Soziern (§§ 45 Abs. 3, 46 Abs. 3 BRAO). Das Gebot, schon im Briefkopf die Zusammensetzung einer Sozietät offen zu legen, dient der Überprüfung, ob die Tätigkeitsverbote gem. §§ 45, 46 Abs. 2 BRAO beachtet werden.

dd) Gem. § 59b Abs. 2 Nr. 5 a BRAO kann die Berufsordnung die besonderen Berufspflichten im Zusammenhang mit der Annahme, Wahrnehmung und Beendigung eines Auftrags näher regeln. Mit dem Gebot, schon auf dem Briefbogen die Zusammensetzung der Sozietät offen zu legen, wird dem Mandanten Klarheit über den Vertragspartner verschafft.

ee) Gem. § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO kann die Berufsordnung unter anderem die Pflichten bei beruflicher Zusammenarbeit näher regeln. Dazu gehört auch die Außendarstellung der Zusammenarbeitenden, die wiederum – wie bereits ausgeführt – die Gestaltung des Briefbogens umfasst.

b) § 10 Abs. 1 S. 1 BORA steht auch materiell mit der Verfassung im Einklang.

aa) Das in dieser Vorschrift ausgesprochene Gebot stellt eine Berufsausübungsregelung dar, welche die Berufsfreiheit beeinträchtigt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Solche Eingriffe müssen durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Das gewählte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um die Belange des Gemeinwohls zu wahren. Außerdem darf bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Gründe, die ihn rechtfertigen sollen, die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten werden (BVerfGE 76, 176, 207; 83, 1, 16; 85, 248, 259; 94, 373, 389 f.).

bb) Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA dient gewichtigen Belangen des Gemeinwohls.

Die Aufnahme der Namen der einzelnen Rechtsanwälte der Sozietät trägt zu deren Unabhängigkeit bei, weil jeder Partner auf diesem Weg einen eigenen Goodwill erwerben kann. Dies hat vor allem für jüngere und mit einem geringen Anteil an der Sozietät beteiligte Rechtsanwälte Bedeutung.

Werden sämtliche Gesellschafter auf dem Briefbogen aufgeführt, verdeutlicht dies dem Mandanten, dem Gegner sowie

darüber hinaus allen Institutionen, die mit anwaltlichen Leistungen in Berührung kommen, die Mitverantwortung aller Partner für das Auftreten der Sozietät. Dadurch wird der Einzelne nach außen in seiner anwaltlichen Rolle herausgestellt und im Innenverhältnis zu Mitverantwortung veranlasst und zugleich gestärkt. Eine Anonymisierung würde eher dazu beitragen, dass sich nicht alle Partner „in die Pflicht genommen“ sehen.

Schließlich dient die Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA dem Informationsinteresse der Rechtsuchenden. Wer anwaltliche Leistungen in Anspruch nimmt, möchte ohne komplizierte Nachfrage wissen, wem er die Wahrnehmung seiner rechtlichen Belange anvertraut (vgl. oben a dd) und ob der Beauftragte nicht zugleich widerstreitende Interessen vertritt (vgl. oben a aa) oder auf sonstige Weise in der Gefahr einer Interessenskollision steht (vgl. oben a cc).

cc) Das Gebot, die Mitglieder einer Sozietät auf dem Briefbogen einzeln zu benennen, ist in hohem Maße geeignet, die vorstehend aufgeführten Gemeinwohlinteressen zu wahren.

(1) Allerdings hat der Antragsteller darauf hingewiesen, dass der Mandant einen Briefbogen des Anwalts oft erhalten wird, wenn das Mandatsverhältnis bereits begründet ist. Das Informationsinteresse des Mandanten besteht jedoch nicht nur in der Anbahnungsphase, sondern auch später. Dem Mandanten ist beispielsweise daran gelegen zu erfahren, ob während des bereits bestehenden Mandats einer der Gesellschafter die Sozietät verlässt und sich einer anderen Sozietät anschließt, die vielleicht den Gegner vertritt.

(2) Der Briefbogen hat dadurch, dass die elektronischen Medien auch im Verkehr zwischen dem Anwalt und dem Mandanten, Anwälten untereinander sowie zwischen Anwalt und Gericht Einzug gehalten haben, seine Informationsfunktion teilweise eingebüßt. Selbst wenn der Antragsteller, wie er in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, zu 50 % per e-mail korrespondiert, ist der Briefbogen aber noch in der großen Zahl anderer Fälle eine Informationsquelle.

(3) Dem Antragsteller ist zuzugeben, dass das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, sich auf alle – auch die ausländischen – Gesellschafter sowie die angestellten Rechtsanwälte, die in Bürogemeinschaft verbundenen Rechtsanwälte und freien Mitarbeiter bezieht (§ 43 a Abs. 4 BRAO; § 3 Abs. 2 BORA) und dass dem Informationsbedürfnis des rechtsuchenden Publikums in vollem Umfang nur genügt ist, falls der Briefbogen ein taggenaues Verzeichnis aller im Vorstehenden Genannten enthält. Dass der Satzungsgeber in § 10 Abs. 1 BORA ein weniger weit gehendes Gebot ausgesprochen hat und die Antragsgegnerin den Kanzleien bei Veränderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter sogar eine großzügige Frist zur Änderung der Briefbögen einräumt, erscheint vertretbar, weil der dargelegte Zweck der Regelung so immer noch deutlich besser erfüllt wird als durch den Verzicht auf die Information. Beispielsweise ist die Kenntnis der Namen der ausländischen Gesellschafter, die im Inland keine anwaltlichen Dienstleistungen erbringen, hier typischerweise nur von sehr geringem Gewicht. Im Übrigen wird dadurch, dass der Satzungsgeber ein eingeschränktes Gebot erlassen hat und die Antragsgegnerin ihren Mitgliedern bei der Durchsetzung des Gebots entgegenkommt, auch dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit Rechnung getragen.

(4) Das Argument des Antragstellers, der Briefbogen trage bei der von der Antragsgegnerin geforderten Gestaltung eher zur Verwirrung bei, weil er nicht alles enthalte, was der Information diene, trifft nicht zu. Im Übrigen bleibt es den Sozietäten unbenommen, die Informationsfunktion des Briefbogens über das verlangte Maß hinaus zu erfüllen.

(5) Das Gebot des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA wäre für die Erreichung der oben angegebenen Zwecke allerdings kein geeignetes Mittel, wenn es unerfüllbar wäre. Das ist aber nicht der Fall. In diesem Zusammenhang macht der Antragsteller geltend, bei großen Sozietäten mit mehreren hundert Gesellschaftern könnten deren Namen auf dem Briefbogen nicht untergebracht werden, zudem müsste bei der natürlichen Fluktuation innerhalb solcher Sozietäten nahezu täglich neues Briefpapier gedruckt werden. Diese praktischen Schwierigkeiten machen das Gebot jedoch nicht unerfüllbar. § 10 Abs. 1 S. 1 BORA schreibt nur vor, die Namen der Gesellschafter „auf den Briefbögen“ aufzuführen. Das kann etwa in der Weise geschehen, dass die Namen aller Gesellschafter auf der Rückseite des Kopfbogens, notfalls unter Verwendung eines wei-



teren Bogens, aufgeführt werden. Nichts anderes hat die Antragsgegnerin vom Antragsteller verlangt, wobei das Raumproblem zu dem dadurch entschärft wird, dass der Antragsteller nicht alle, sondern nur die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Sozien benennen muss. Lösbar ist auch das Problem, den Gesellschafterwechsel zeitnah zu erfassen. Die Frage, wie das praktisch zu bewerkstelligen ist, kommt auf den Antragsteller auch dann zu, wenn er auf entsprechende Anfrage die Liste der Gesellschafter zur Einsichtnahme vorlegen will, wozu er sich ausdrücklich bereit erklärt hat. Dass der Antragsteller gezwungen ist, den Briefbogen ständig dem veränderten Gesellschafterbestand anzupassen, ist sogar unter dem Gesichtspunkt einer sachgerechten Bevorratung mit Briefpapier nicht unzumutbar. Die Antragsgegnerin gewährt Auslauf-fristen für überholte Vordrucke. Außerdem können heute gerade die größeren Sozietäten Änderungen ohne weiteres dadurch Rechnung tragen, dass sie Briefbögen zumindest vorübergehend durch Computer gestalten. Etwaige Änderungen können dann unverzüglich beim Ausdruck berücksichtigt werden.

dd) Das Gebot des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA ist erforderlich, weil ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt (vgl. zu diesem Erfordernis BVerfGE 75, 246, 269; 80, 1, 30; 87, 287, 322).

Der Antragsteller verweist auf die – in der Fußzeile des von ihm verwandten Briefbogens auch ausdrücklich angesprochene – Möglichkeit, eine Liste der Partner bei ihm anzufordern oder über Internet abzurufen. Beide Mittel sind jedoch zur Wahrung der Belange der Rechtsuchenden weniger wirksam als die Beachtung des durch § 10 Abs. 1 S. 1 BORA ausgesprochenen Gebots. Nach beiden Alternativen muss der Rechtsuchende selbst aktiv werden. Ist schon dies eine zusätzliche Erschwernis bei der Befriedigung des zu schützenden Informationsinteresses, kommt bei der Anforderung noch hinzu, dass er befürchten mag, der Rechtsanwalt werde dies als Misstrauen verstehen. Beim Abruf über Internet entfällt zwar dieses Bedenken; diese Möglichkeit ist jedoch für denjenigen nicht gangbar, der über keinen Internetanschluss verfügt. Diese Gruppe ist zahlenmäßig auf absehbare Zeit noch nicht so klein, als dass sie schon heute vernachlässigt werden könnte.

ee) Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Gründe, die ihn rechtfertigen sollen, wird die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten.

(1) Zunächst darf nicht übersehen werden, dass der durch das Gebot des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA bewirkte Eingriff in die Berufsfreiheit von nur geringer Intensität ist. Die Beachtung des Gebots erfordert – wie im Vorstehenden dargelegt – keinen größeren, den Rechtsanwalt über Gebühr belastenden Aufwand.

(2) Demgegenüber haben die Gründe, die das Gebot des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA rechtfertigen, entgegen der Meinung des Antragstellers erhebliches Gewicht. Der Antragsteller ist der Ansicht, jenes Gebot sei letztlich auf Kanzleistrukturen des 19. und 20. Jahrhunderts zugeschnitten, nicht aber auf die heutigen Verhältnisse. In der Vergangenheit habe der Typ der Kleinkanzlei mit nur einem Rechtsanwalt oder wenigen Sozien vorgeherrschte; diese Kanzleien seien „provinziell“ ausgerichtet gewesen auf die Besorgung der Rechtsangelegenheiten eines Klientels der näheren Umgebung. Inzwischen sei nicht nur das Lokalisationsgebot entfallen; es hätten sich auch mehr und mehr überörtliche Sozietäten gebildet, zudem bestehe ein „massiver Trend“ zu größeren Zusammenschlüssen, und mit der verstärkten Verflechtung der Weltwirtschaft gehe die Bildung internationaler Sozietäten einher. Dies trägt aber nicht die vom Antragsteller gezogene Folgerung, das Gebot des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA sei überholt. Das Informationsinteresse des Rechtsuchenden (oben bb) und der anderen Beteiligten ist umso gewichtiger, je unübersichtlicher die Verhältnisse sind. Dies ist weit mehr der Fall, wenn der Rechtsuchende sich einer überörtlichen Großkanzlei mit mehreren hundert, im gesamten Inland tätigen Sozien gegenüber sieht, als wenn er es nur mit einer in seinem Landgerichtsbezirk tätigen Kleinsozietät zu tun hat. Im Übrigen könnte ein Gebot, das gegenüber überörtlich tätigen Großsozietäten unanwendbar wäre, auch gegenüber nur lokal tätigen Kleinsozietäten nicht mehr durchgesetzt werden. Schließlich darf nicht verkannt werden, dass diejenigen, die keinen Internet-Anschluss besitzen und den Rechtsanwalt auch nicht ausdrücklich nach seinen Mitgesellschaftern fragen wollen, typischerweise dem weniger ge-

wandten Teil der Bevölkerung angehören werden. Gerade diesen Personenkreis gilt es zu schützen.

(3) Gleichwohl wäre die Beachtung des Gebots für den Antragsteller möglicherweise unzumutbar, wenn es auch sonst – wie der Antragsteller geltend macht – nur „auf dem Papier“ stünde, d. h. überwiegend missachtet würde, ohne dass die Aufsichtsbehörden dagegen vorgehen. Dies kann jedoch nicht festgestellt werden.

Es ist nicht zutreffend, dass der so genannte „Stempelanwalt“ bei Schriftsätzen, die vom Korrespondenzanwalt vorbereitet wurden, häufig einen unvollständigen Kanzleistempel aufsetzt, wie der Antragsteller meint. Vielmehr ist gerichtsbekannt, dass die Prozessbevollmächtigten insbesondere dann, wenn es sich bei ihnen um eine große Sozietät handelt, vielfach den Kopfbogen austauschen, anstatt nur ihren Kanzleistempel aufzudrücken. Außerdem hat die Bedeutung des „Stempelanwalts“ wegen des vom Antragsteller selbst angesprochenen Wegfalls des Lokalisationsgebots seit dem 1.1.2000 und der Bildung überörtlicher Sozietäten erheblich an praktischer Bedeutung verloren.

Nicht belegt ist die Behauptung des Antragstellers, bei überörtlichen Sozietäten würden vielfach allenfalls die Sozien eines Kanzleiortes aufgeführt. Wegen der werbenden Wirkung der Benennung sämtlicher Sozien an allen Kanzleiorten liegt das Gegenteil nahe.

Soweit der Antragsteller aus der gebräuchlichen Handhabung des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA bei Großkanzleien und internationalen Sozietäten ableitet, hier werde nur noch der „Schein der Beachtung des Normideals“ gewahrt, kann dem nicht gefolgt werden. Dies gilt zunächst für die Ansicht, dass die – bei Großkanzleien übliche – Benennung der Sozien nur auf der Rückseite der Briefbögen dem Normtext nicht entspreche. § 10 BORA schreibt nicht vor, dass Briefpapier nur einseitig beschriftet werden darf, und selbst wenn dies anders wäre, müsste die in Rede stehende Handhabung bei verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift als zulässig angesehen werden.

Allerdings kommt es bei der Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax vor, dass nicht der vollständige Gesellschafterbestand angegeben wird, und zwar insbesondere dann, wenn die Rückseite des Briefbogens nicht mit kopiert wird. Das ist aber in aller Regel auf ein Versehen zurückzuführen, weil die großen Sozietäten auch bei dieser Übermittlungsart nicht auf die werbende Wirkung der Benennung aller ihrer Gesellschafter zu verzichten pflegen. Letzteres gilt auch bei der Übermittlung per e-Mail, die im Übrigen nicht als die allgemein vorherrschende Übermittlungsart angesehen werden kann.

Soweit der Antragsteller darauf hinweist, es würden „massenhaft Namen von Rechtsanwälten eingegeben, welche über keinen Gesellschafterstatus verfügen, sondern nur Angestellte und freie Mitarbeiter sind“, kann daraus kein Einwand gegen die Geltung von § 10 Abs. 1 S. 1 BORA hergeleitet werden. Solche „Außensozien“ müssen sich wie Gesellschafter behandeln lassen.

(4) An der Vereinbarkeit des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA mit innerstaatlichem Verfassungsrecht ändert es nichts, dass die Ständeregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) in der Fassung vom 28.10.1998 keine entsprechende Regelung enthalten. Jene Ständeregeln gelten nur bei grenzüberschreitender Tätigkeit eines deutschen Rechtsanwalts innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und der EWR-Staaten (Nr. 1.4 CCBE-Standesrecht). Daran fehlt es hier. Trotz der Mitgliedschaft in der englischen partnership und der Registrierung als Foreign Lawyer bei der Law Society in England bleibt die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat des Antragstellers.

(5) Ob die partnership englischen Rechts, welcher der Antragsteller angehört, einer Partnerschaftsgesellschaft deutschen Rechts entspricht, kann offen bleiben. Das Recht der partnership, eine Firma zu führen, steht nicht im Streit (vgl. § 2 PartGG i. V. m. § 18 Abs. 2 HGB). Das Recht zur Firmierung und die Pflicht, auf den Geschäftsbriefen bestimmte Angaben zu machen, haben nichts miteinander zu tun. § 10 Abs. 1 S. 1 BORA verhält sich zu § 9 BORA wie § 125a HGB zu § 17 HGB.

(6) Falls die partnership englischen Rechts auch im Inland rechtsfähig sein sollte (vgl. zur Rechtsfähigkeit der Partnerschaftsgesellschaft deutschen Rechts § 7 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 124 HGB, der BGB-Gesellschaft BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 ff., z. V. b. in BGHZ), wird das Interesse



der Beteiligten, die Namen zumindest der deutschen „partner“ zu kennen, dadurch nicht geschmälert. Inzwischen hat der BGH anerkannt, dass die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sogar Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein kann. Um die Publizität der Gesellschafter und damit der Haftungssituation zu gewährleisten, hat er jedoch die Eintragung aller BGB-Gesellschafter in das Handelsregister (entsprechend §§ 162 Abs. 3, 106 Abs. 2 HGB) verlangt, und zwar nicht nur bei Ersteintragung des Beitritts zur BGB-Gesellschaft, sondern auch bei jedem Gesellschafterwechsel innerhalb der BGB-Gesellschaft (BGH, Beschl. v. 16.7.2001 – II ZB 23/00, NJW 2001, 3121).

3. Der angefochtene Bescheid verstößt gegen das Recht der Europäischen Gemeinschaft schon deshalb nicht, weil dem Fall jeglicher Auslandsbezug fehlt. Da der Antragsteller in keinem anderen Staat der Gemeinschaft ansässig ist als die Empfänger seiner Leistungen, ist die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) nicht berührt. Um das Niederlassungsrecht (Art. 43 EGV) geht es ebenfalls nicht. Der Antragsteller ist deutscher Staatsangehöriger und in Deutschland niedergelassen. Die Anordnung der Antragsgegnerin gilt aber nur, soweit der Antragsteller mit Rechtsuchenden in Deutschland in Kontakt tritt, und bezieht sich nur auf die deutschen Sozian. Falls man es für den Auslandsbezug ausreichen ließe, dass der Antragsteller Mitglied einer englischen partnership ist, läge eine nicht diskriminierende Ausübungsregelung vor (vgl. EuGH NJW 1996, 579, 581 – Fall Gebhard). Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 1 BORA ist von jedem, der von einem Berufsdomizil in Deutschland aus anwaltlich tätig ist, zu beachten. Die Zugehörigkeit des Antragstellers zu der ausländischen partnership wird nicht erschwert. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit des Antragstellers als Mitglied dieser partnership, sich in Deutschland niederzulassen und zu betätigen.

UWG § 3

Die Verwendung der Bezeichnung „Finanzanwalt“ ist unzulässig (LS der Redaktion)

LG Regensburg, Urt. v. 28.3.02 – 1 HK O 34/02

Aus den Gründen: II. Die Kl kann gem. § 3 UWG von der Bekl verlangen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Berufs- oder Firmenbezeichnung „Finanzanwälte“ zu verwenden.

1. Gegen die genannte Vorschrift verstößt, wer sich wahrheitswidrig Fähigkeiten und Vertrauenseigenschaften beilegt, namentlich Berufsbezeichnungen, die das Vertrauen des Publikums gewinnen und die Bereitschaft zum Geschäftsverkehr anregen sollen.

2. Die Selbstbezeichnung als „Finanzanwalt“ stellt einen derartigen Verstoß dar. Denn sie begründet nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Beurteilers die Gefahr einer Verwechslung mit dem zugelassenen Rechtsanwalt.

Denn die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ darf nur führen, wer zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, § 12 BRAO (vergl. BGH St 26, 131).

3. Die Bezeichnung „Finanzanwalt“ ist geeignet, den Anschein der Zugehörigkeit zu dem Beruf des Rechtsanwalts zu erwecken.

a) Zwar bedeutet das Wort „Anwalt“ nicht in jedem Fall die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“, die durch § 132a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB geschützt ist. Aus dem althochdeutschen „anawalto“ und dem mittelhochdeutschen „anwalte“ hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch auch die Bedeutung des Sachwalters, Verfechters oder Verteidigers erhalten (vergl. Kluge Etymologisches Wörterbuch, 1960, Berlin, unter „Anwalt“). Vor allem in Verbindung mit dem genitivus-objektivus ist diese Bedeutung gebräuchlich in Wortgebilden wie „Anwalt der Armen, Anwalt einer verlorenen Sache, Anwalt einer guten Sache“.

b) Im Falle einer fachlichen Apposition vor dem Bezugswort „Anwalt“ wird aber letzteres allgemein als Hinweis auf die Zugehörigkeit zur Rechtsanwaltschaft verstanden. Dem gemäß hat die Rechtsprechung Bezeichnungen wie „Volksanwalt“ (vergl. RG 105, 382); „Praxisanwalt“ (vergl. MuW 22, 104); „Industrieanwalt“ (vergl. RG HRR 30, 323); „Handelsanwalt“ (vergl. KG JW 22, 1332) und „Technischer Anwalt“ (vergl. RG MuW 30, 66; ÖOGH MuW 29, 470) verboten. Nicht anders verhält es sich bei der Bezeichnung „Finanzanwalt“.

4. Diese Beurteilung wird nicht entkräftet durch das Berufsbild des Patentanwalts. Auch hier verweist die Apposition „Patent-“ auf die Zugehörigkeit zur Anwaltschaft, die allerdings im Falle des Patentanwalts besonders gesetzlich geregelt ist.

5. Die inkriminierte Verwendung der Bezeichnung „Finanzanwalt“ soll im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen, sodass auch insoweit die Voraussetzung nach § 3 UWG vorliegen.

6. Die Wiederholungsgefahr als materiell rechtliche Voraussetzung eines Unterlassungsanspruches ist angesichts des bereits begangenen Wettbewerbsverstößes zu vermuten. ...

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Heinz D. Plötz, Regensburg

BGB § 723 Abs. 1

Zur Frage der Kündigung einer zweigliedrigen Sozietät aus wichtigem Grund.

BGH, Urt. v. 28.1.2002 – II ZR 239/00

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, wer von ihnen auf Grund der gegenseitig erklärten fristlosen Kündigung aus der von ihnen gemeinsam betriebenen Steuerberatungspraxis ausgeschieden ist. Gleichzeitig verlangen sie gegenseitig Schadensersatz; diese Ansprüche verfolgen sie teils mit der Klage, teils mit der Widerklage.

Der Kl war zum 2.1.1994 in die Einzelpraxis des Bekl eingetreten. Am 13.10.1997 kündigte der Kl dem Bekl an, er werde zum 31.12.1997 aus der Sozietät ausscheiden. Es sei für ihn unerheblich, dass diese Ankündigung mit dem gemeinsamen Partnerschaftsvertrag nicht in Einklang stehe. Dieser sah als nächsten ordentlichen Kündigungstermin den 31.12.1999 vor. Ferner kündigte er die Mitnahme von Mandanten mit einem Honorarvolumen von etwa 350.000 DM an. Mit Schreiben vom 23.10. mahnte der Bekl den Kl unter Fristsetzung ab und forderte diesen u. a. auf, seine Erklärung zurückzunehmen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kündigte der Bekl dem Kl am 5.11.1997 fristlos. Daraufhin erklärte der Kl am 7.11.1997 seinerseits die fristlose Kündigung der Sozietät.

Das LG hat entschieden, weder die fristlose Kündigung des Bekl vom 5.11.1997 noch die fristlose Kündigung des Kl vom 7.11.1997 sei wirksam. Auf die Anschlussberufung des Kl hat das OLG dieses Urteil teilweise abgeändert und festgestellt, dass die Sozietät durch die fristlose Kündigung des Kl beendet worden sei. Hiergegen richtet sich die Revision des Bekl, mit der er seine Anträge weiterverfolgt.

Aus den Gründen: Die Revision des Bekl führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Die Rüge der Revision, das Berufungsurteil verstoße gegen den Grundsatz der Bindung des Gerichts an die Parteianträge (§ 308 Abs. 1 ZPO), bleibt allerdings ohne Erfolg.

Mit seinem Klageantrag zu 1 hat der Kl beantragt festzustellen, dass die Sozietät durch die Kündigung vom 7.11.1997 beendet und der Bekl aus der Partnerschaft ausgeschieden sei. Über diesen Antrag hat das Berufungsgericht entschieden, indem es feststellt, die Sozietät sei durch die fristlose Kündigung des Kl vom 7.11.1997 (nicht: 1999) beendet worden. Entgegen der Argumentation der Revision ist ein Unterschied zwischen einer Kündigung der „Sozietät“ und einer Kündigung der „Mitgliedschaft“ des anderen Partners nicht anzuerkennen. Scheidet aus einer zweigliedrigen Gesellschaft („Sozietät“) einer der beiden Partner dadurch aus, dass ihm berechtigtermaßen aus wichtigem Grund gekündigt worden ist, so ist die Gesellschaft („Sozietät“) damit beendet; das Gesellschaftsvermögen wächst dem allein übrig bleibenden Partner an, der die Kündigung ausgesprochen hat.

II. Mit der Revision bestehen jedoch erhebliche Zweifel daran, ob die von dem Kl am 7.11.1997 ausgesprochene Kündigung wirksam war.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Ankündigung des Kl, zum 31.12.1997 aus der Partnerschaft auszuschneiden, lasse sich nicht entnehmen, dass er seine Mitarbeit über diesen Zeitpunkt hinaus ernsthaft und endgültig habe verweigern wollen. Sie genüge



nicht den strengen Anforderungen an eine Erfüllungsverweigerung. Diese, dem allgemeinen Schuldrecht entnommene Bewertung ist rechtsfehlerhaft und wird den gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten nicht gerecht.

Ein Personengesellschaftsverhältnis kann gekündigt werden, wenn dem kündigenden Gesellschafter nach Treu und Glauben eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann, wobei alle Einzelumstände des Falles – u. a. der Zweck und die Struktur der Gesellschaft, ihre Dauer, die Intensität der persönlichen Zusammenarbeit und der bis zur ordentlichen Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses verbleibende Zeitraum – in eine Gesamtabwägung einzubeziehen sind (Senatsurt. v. 10.6.1996 – II ZR 102/95, WM 1996, 1452 m. w. N.).

2. Demgegenüber betrachtet das Berufungsgericht isoliert die fristlose Kündigung des Bekl vom 5.11.1997, bezieht die zu dieser Kündigung führenden Gründe jedoch nicht in eine Abwägung der Gesamtumstände ein. Nach dem von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat der Kl die Kündigungserklärung des Bekl vom 5.11.1997 durch seine vorausgegangene Ankündigung, er werde die Zusammenarbeit mit dem Bekl ohne Rücksicht auf den bestehenden Partnerschaftsvertrag zum 31.12.1997 beenden, ausgelöst. Die Kündigungserklärung des Bekl muss deshalb als Reaktion auf das Verhalten des Kl verstanden werden. Es ist rechtsfehlerhaft, isoliert auf diese Reaktion des Bekl abzustellen und sie als wichtigen Grund für ein Recht des Kl zur Kündigung zu verstehen, ohne dessen vorausgegangenes Verhalten in die Bewertung einzubeziehen.

III. Im Gegensatz zu der Kündigung des Kl wertet das Berufungsgericht die Kündigung des Bekl vom 5.11.1997 als nicht wirksam. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Es kommt darauf an, ob der Kl seine gesellschaftsrechtlichen Pflichten durch sein vorausgegangenes Verhalten so schwer wiegend verletzt hat, dass dem Bekl infolge des dadurch verursachten Zerwürfnisses eine vertrauensvolle Fortsetzung der Zusammenarbeit mit dem Kl nicht mehr zumutbar war. Nach dem von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt, dessen Richtigkeit im Revisionsverfahren zu unterstellen ist, spricht alles für die Erfüllung dieser Voraussetzung. Die Ankündigung des Kl, die Gesellschaft auf jeden Fall zum 31.12.1997 verlassen zu wollen, war eindeutig. Mit dem Anwaltsschreiben vom 31.10.1997 bemüht sich der Kl um „einen Termin zur gütlichen Einigung über die Auseinandersetzung der Sozietät“. Die Formulierung „Auseinandersetzung“ deutet schon für sich auf einen Willen zur Beendigung der Sozietät. Außerdem hat der Kl geäußert, es interessiere ihn nicht, dass seine Ankündigung, die Sozietät zu verlassen, mit dem Partnerschaftsvertrag nicht in Einklang stehe. Wenn das Berufungsgericht ausführt, der Kl habe anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen dürfen, es habe auf der Hand gelegen, dass seine Anwälte nicht fristgerecht würden antworten können, ist dies ebenfalls fehlerhaft. Der Bekl hat in seinem Schreiben vom 23.10.1997 auch eine Entschuldigung für die ihm gegenüber erfolgten persönlichen Entgleisungen durch den Kl gefordert. Eine solche Entschuldigung wäre auch ohne Mitwirkung der Anwälte möglich gewesen. Zu Unrecht lässt das Berufungsgericht dann bei seiner Entscheidung den vom Bekl behaupteten, vom Kl nicht bestrittenen Entzug von Daten und Unterlagen aus der Sozietät außer Betracht. Es führt hierzu aus, ein solcher Entzug sei erst nach der Kündigung erfolgt. Woher es diese Erkenntnis nimmt, legt es nicht dar.

Das tief greifende Zerwürfnis zwischen den Parteien ergibt sich endlich aus den vom Kl verfassten Rundschreiben an die Mandanten der Sozietät vom 6.11.1997. Hierin teilt der Kl den Mandanten mit, er verfüge über alle erforderlichen Unterlagen zur Fortsetzung der laufenden Beratung.

2. Dieses Verhalten stellt eine schwere, die für ein Verbleiben des Kl in der Sozietät erforderliche Vertrauensgrundlage nachhaltig erschütternde Pflichtverletzung dar, falls der Kl nicht seinerseits über gewichtige, zur Kündigung berechtigende Gründe verfügt.

IV. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die etwa erforderlichen ergänzenden Feststellungen treffen und die Gesamtumstände nunmehr gegeneinander abwägen kann. Dabei hat der Senat von § 565 Abs. 1 S. 2 a. F. ZPO Gebrauch gemacht.

ZPO § 176

Zur Reichweite einer anwaltlichen Vertretungsanzeige.

BGH, Urt. v. 17.1.2002 – IX ZR 100/99

Aus den Gründen: Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

I. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Es fehlt an einem auf eine Pflichtverletzung des Bekl zurückzuführenden Schaden.

Die Revision meint, der Bekl hafte nicht, weil der Kl durch eine – unterstellte – Pflichtverletzung kein Schaden entstanden sei. Der Bekl habe sich mit dem Schriftsatz vom 5.4.1995 als Prozessbevollmächtigter nicht nur für das Prozesskostenhilfverfahren, sondern für den gesamten Vorprozess bestellt. Aus diesem Grunde habe das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 an den Bekl zugestellt werden müssen. Indessen sei eine Zustellung nur an die Kl als Partei erfolgt. Der hierin liegende Mangel könne nicht nachträglich geheilt werden, da es sich bei der Einspruchsfrist um eine Notfrist handle. Mithin sei das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 nicht unanfechtbar geworden und der Kl kein Schaden entstanden.

II. 1. Das Berufungsurteil nimmt zur Frage der wirksamen Zustellung des Versäumnisurteils im Vorprozess nicht Stellung, obwohl der Bekl in der ersten Instanz hierzu vorgetragen und im Berufungsverfahren auf diese Ausführungen Bezug genommen hatte.

Der Bekl hatte in der Klageerwidern vom 2.9.1997 auf seinen Schriftsatz vom 5.4.1995 – welchen die Kl bereits mit ihrem Prozesskostenhilfeantrag vom 16.9.1996 vorgelegt hatte – Bezug genommen und vorgetragen, dass das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 an die Kl als Partei zugestellt worden war. Beides wurde von der Kl nicht in Abrede gestellt und hat Eingang in den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils gefunden. Auf sein erstinstanzliches Vorbringen hat der Bekl in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 19.3.1998 wirksam Bezug genommen.

2. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag in seiner Entscheidung nicht berücksichtigt. Es hat damit gegen die aus § 286 ZPO folgende Verpflichtung, sich mit dem ihm unterbreiteten Prozessstoff umfassend auseinander zu setzen (vgl. BGH, Urt. v. 14.1.1993 – IX ZR 238/91, NJW 1993, 935, 937; v. 1.10.1996 – VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797), verstoßen. Eine Stellungnahme zur Wirksamkeit der Zustellung des Versäumnisurteils war geboten, weil sie Voraussetzung für den Eintritt eines Schadens und damit für das Bestehen eines Anspruchs der Kl ist. Im Übrigen hatte bereits das LG diese Frage in seinem Urteil erörtert und bejaht; wenn das Berufungsgericht dem hätte folgen wollen, hätte es zur Begründung auf das erstinstanzliche Urteil ausdrücklich Bezug nehmen können (§ 543 Abs. 1 ZPO a. F.). Das ist nicht geschehen.

3. Der Senat kann die vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung des Schriftsatzes des Bekl vom 5.4.1995 selbst vornehmen.

Für die Auslegung eines Schriftsatzes, mit dem die Vertretung einer Partei angezeigt wird, kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsanwalt tatsächlich eine Prozessvollmacht hat. Entscheidend ist im Hinblick auf den erforderlichen Vertrauensschutz für die Gegenseite und auf § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO allein, ob sich der Rechtsanwalt ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten zum Prozessbevollmächtigten bestellt hat (BGHZ 118, 312, 322 m. w. N.).

Aus der maßgeblichen Sicht eines unvoreingenommenen Dritten, insbesondere des LG und der Kl des Vorprozesses als den Empfängern des Schriftsatzes vom 5.4.1995, hat sich der Bekl nicht nur für das Prozesskostenhilfverfahren, sondern auch für das anhängige Hauptsacheverfahren zum Prozessbevollmächtigten der Kl als damaliger Bekl bestellt. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut der Erklärung – „zeige ich an, dass ich die Bekl vertrete“ –, die eine umfassende Bestellung enthält. Eine Beschränkung der Vertretungsanzeige auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt, das Prozesskostenhilfverfahren, findet sich dort nicht. Entgegen der Meinung des LG ergibt sie sich auch nicht aus der nachfolgenden Erklärung, mit der ein Sachantrag nur für den Fall der Gewährung von Prozesskostenhilfe angekündigt wird. Vielmehr zeigt der Umstand, dass der Bekl – wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen – bereits einen Sachantrag im Hauptsacheverfahren angekündigt, mit besonderer Deutlichkeit, dass er sich mit dem Schriftsatz vom 5.4.1995 auch für dieses Verfahren bestellen wollte. Auch das mit



dem Vorprozess befasste Gericht ist ersichtlich von einer Bestellung des Bekl für das Hauptsacheverfahren ausgegangen, denn es hat ihn im Rubrum des Versäumnisurteils vom 20.7.1995 als Prozessbevollmächtigten der jetzigen Kl aufgeführt. Im Übrigen besteht keine zwingende Verknüpfung zwischen der Vertretungsanzeige und der Ankündigung eines Sachantrags. Auch ein Rechtsanwalt, der ohne die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht in der mündlichen Verhandlung auftreten will – etwa um die Entstehung weiterer Kosten zu vermeiden –, hat ein Interesse, über den weiteren Prozessverlauf informiert zu werden, um beispielsweise den Mandanten nach Erlass eines Versäumnisurteils über die Handlungsalternativen beraten zu können. Diese Auslegung entspricht dem Zweck des § 176 ZPO, durch die zwingend vorgeschriebene Zustellung an den Prozessbevollmächtigten sicherzustellen, dass sich in dessen Hand alle Fäden des Prozesses vereinigen (Musielak/Wolst, ZPO 2. Aufl. § 176 Rdnr. 1). Deshalb ist auch ein Anwalt, der nur ein Gesuch um Prozesskostenhilfe einreicht, im Zweifel als für das gesamte Verfahren bevollmächtigt anzusehen (Stein/Jonas/Bork, ZPO 21. Aufl. § 117 Rdnr. 12).

Der von der Revisionserwiderung erhobene Einwand, der Bekl habe eingeräumt, ausschließlich für das Prozesskostenhilfverfahren bevollmächtigt worden zu sein, greift nicht durch. Er betrifft nur den Umfang des von der Kl im Innenverhältnis zum Bekl erteilten Auftrags. Für die Auslegung des Schriftsatzes vom 5.4.1995 ist dieser Gesichtspunkt bedeutungslos. Im Übrigen deutet die dem Bekl von der Kl erteilte Vollmacht und sein Kostenfestsetzungsgesuch vom 7.3.1996 darauf hin, dass dem Bekl ein umfassendes Mandat erteilt worden war.

4. Da sich der Bekl mit dem Schriftsatz vom 5.4.1995 wirksam zum Prozessbevollmächtigten der Kl bestellt hatte, durfte wegen § 176 ZPO das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 nur an ihn zugestellt werden. Die Zustellung an die Kl als Partei war unwirksam (BGH, Beschl. v. 21.12.1983 – IVb ZR 29/82, NJW 1984, 926). Eine Heilung des Mangels nach § 187 ZPO ist nicht möglich, weil es sich bei der Einspruchsfrist nach § 339 Abs. 1 ZPO um eine Notfrist handelt. Infolgedessen ist das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 bislang mangels wirksamer Zustellung (§ 310 Abs. 3 ZPO) nicht existent geworden (vgl. BGH, Beschl. v. 5.10.1994 – XII ZB 90/94, NJW 1994, 3359, 3360; Urt. v. 17.4.1996 – VIII ZR 108/95, NJW 1996, 1969, 1970).

Der Senat braucht daher die weitere Frage, ob die Empfehlung des Bekl im Schriftsatz vom 10.8.1995, von der weiteren Rechtsverteidigung im Vorprozess mangels Erfolgsaussicht abzusehen, mindestens objektiv eine Pflichtverletzung darstellt, nicht zu entscheiden. Denn jedenfalls besteht der von der Kl behauptete Schaden nicht, da das Versäumnisurteil vom 20.7.1995 – von dessen Folgen die Kl freigestellt werden möchte – nicht vollstreckbar ist. Die zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilte Ausfertigung dieses Titels ist auf eine Klauselerinnerung nach § 732 ZPO einzuziehen (vgl. BGHZ 15, 190, 191; Zöller/Stöber, ZPO 22. Aufl. § 732 Rdnr. 6).

Rechtsberatung

RBERG Art. 1 §§ 1, 5

1. Um einen lückenlosen Schutz der Rechtsuchenden sicherzustellen, ist es auch dann erforderlich, die Tätigkeit von ausländischen Rechtsberatern im Inland den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen, wenn diese im Geltungsbereich des Gesetzes keine Niederlassung oder Zweigstelle unterhalten.

2. Für die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes besteht jedoch dann keine Veranlassung, wenn sich der (Wohn-) Sitz des die Beratung oder Besorgung in Anspruch nehmenden Mandanten ebenfalls im Ausland befindet.

OLG Stuttgart, Urt. v. 13.12.2000 – 3 U 169/00

Aus den Gründen: 1. Das LG hat einen deliktischen Gerichtsstand gem. Art. 5 Nr. 3 LGVÜ zu Recht verneint. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach deutschem IPR (vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 22. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rdnr. 11) deutsches oder schweize-

risches Deliktsrecht Anwendung findet (vgl. nunmehr Art. 40 Abs. 2, 41 EGBGB). Denn eine unerlaubte Handlung, die zu einem deutschen Gerichtsstand führt, setzt einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG oder § 2 StBERG voraus. Beide Normen scheiden jedoch vorliegend aus.

a) Die Kammer hat sich der von Henssler/Prütting (BRAO, RBERG, Einl. Rdnr. 62) und Altenhoff/Busch/Chemnitz (RBERG, 10. Aufl., Rdnr. 261) vertretenen Auffassung angeschlossen, dass das Rechtsberatungsgesetz nur dann anwendbar sei, wenn der Rechtsbeistand im Geltungsbereich des Gesetzes eine Niederlassung oder eine Zweigstelle unterhalte. Zur Begründung wird vor allem auf das internationale Anwaltsrecht verwiesen, dass grundsätzlich an die Niederlassung des Anwalts im Geltungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes anknüpfe. Zudem sei das Rechtsberatungsgesetz im Hinblick auf seinen Ausnahmeharakter grundsätzlich einschränkend auszulegen (vgl. Henssler/Prütting aaO Rdnr. 61).

Hiergegen hat die Kl zu Recht Bedenken geäußert. Das Rechtsberatungsgesetz dient vor allem dem Schutz des einzelnen Rechtsuchenden. Er soll davor bewahrt werden, von Personen beraten zu werden, die nicht über die erforderliche Sachkunde zur ordnungsgemäßen Erledigung der Rechtssache verfügen (vgl. BGH NJW 200 0, 1562; Henssler/Prütting aaO Rdnr. 5). Dieser Schutz des Rechtsuchenden wäre gefährdet, wenn ein Rechtsberater, dessen Sitz sich im Ausland befindet, im Inland tätig werden könnte, ohne – wie ein Rechtsanwalt – einer berufsständischen Ordnung zu unterliegen, die die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes entbehrlieh oder aus Rücksicht vor der ausländischen Rechtsordnung als nicht geboten erscheinen lässt. Denn es besteht keine Gewähr, dass im Ausland stets eine dem Rechtsberatungsgesetz vergleichbare Ordnung vorhanden ist (vgl. Rennen/Caliebe, RBERG, 2. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 6). Um einen lückenlosen Schutz der Rechtsuchenden sicherzustellen, ist es deshalb grundsätzlich erforderlich, die Tätigkeit von ausländischen Rechtsberatern im Inland den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen (vgl. Rennen/Caliebe Art. 1 § 1 Rdnr. 5 im Anschluss an eine Stellungnahme des Bundesministers der Justiz gegenüber dem Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags vom 26.5.1986, abgedruckt in Rbeistand 1986, 95).

b) Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Abgesehen von der Frage, ob bei einem Sitz des Rechtsberaters in einem Staat der Europäischen Gemeinschaften supranationales Recht entgegensteht (vgl. EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Säger ./ Denemeyer & Co. Ltd., GRUR Int. 1991, 807), besteht für die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes jedenfalls dann keine Veranlassung, wenn sich der (Wohn-) Sitz des die Beratung oder Besorgung in Anspruch nehmenden Mandanten ebenfalls im Ausland befindet. Der vom Rechtsberatungsgesetz verfolgte Schutz des Rechtsuchenden kann in einem solchen Fall der ausländischen Rechtsordnung überlassen werden. Diese hat zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit eines Rechtsberaters zulässig sein soll, also ob und ggf. auf welche Weise dessen Sachkunde zur ordnungsgemäßen Erledigung einer Rechtssache sicherzustellen ist. Muss der ausländische Rechtsberater zur Erfüllung seiner Aufgabe in der Bundesrepublik Deutschland tätig werden, besteht für einen weitergehenden Schutz seines sich im Ausland befindlichen Mandanten keine Veranlassung. Für der Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes gilt nichts anderes.

Auch die weiteren Zwecke des Rechtsberatungsgesetzes, also die Reibungslosigkeit der Rechtspflege und der Schutz des Anwaltsstandes (vgl. Henssler/Prütting aaO Rdnr. 6 f.), erfordern keinen darüber hinausgehenden Anwendungsbereich. Bei den Gerichten wird dem Ziel einer geordneten Rechtspflege bereits durch das Bestehen des Anwaltszwangs hinreichend Genüge getan (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 78 Rdnr. 2). Soweit die Parteien selber postulationsfähig sind, geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass gewisse Nachteile für die Reibungslosigkeit der Rechtspflege hinzunehmen sind. Soweit es um den Verkehr mit Behörden geht, wird der im Ausland sitzende Beteiligte seine Vertretung in bedeutsamen und komplexen Fällen schon aus eigenem Interesse regelmäßig einem Rechtsanwalt übertragen. Die verbleibenden Fälle sind nicht so gewichtig, dass es gerechtfertigt wäre, die Tätigkeit ausländischer Rechtsberater für ausländische Mandanten den Einschränkungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen.



Dass in F eine GmbH existiert, die mit der Bekl Ziff. 1 über die gemeinsame Mutter Holding AG, verbunden ist, vermag an der fehlenden Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes nichts zu ändern. Beide Gesellschaften sind selbständig. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Bekl Ziff. 1 bei der Erfüllung des von der Kl erteilten Auftrags auf ihre in Frankfurt gelegene Niederlassung zurückgegriffen oder diese in irgendeiner Form einbezogen hat; somit kann dahingestellt bleiben, inwieweit in einem solchen Fall das Rechtsberatungsgesetz eingreifen würde.

Die Bekl Ziff. 1 hat gegenüber der Kl vor der Erteilung des Auftrags auch nicht den Eindruck erweckt, dass sie entsprechendes beabsichtige. Die Kl trägt lediglich vor, dass die Bekl mit ihrer Fachkompetenz für die Durchführung von Unternehmensverkäufen in Deutschland geworben und in Werbeflyern auf das Büro in Frankfurt hingewiesen habe. Es ist jedoch nicht erkennbar, weshalb es rechtsmissbräuchlich sein soll, wenn sich die Bekl später darauf beruft, dass sie die Beratung ausschließlich selber, also ohne Beteiligung ihrer Frankfurter Tochter, erbracht habe.

d) Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob – die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes und des Steuerberatungsgesetzes unterstellt – die Tätigkeit der Bekl gem. Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG und § 4 StBerG erlaubt war. Die Kammer hat dies im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 19.4.1974 (I ZR 100/73, NJW 1974, 1328) bejaht. Zu den Einwendungen der Berufung, ist jedoch folgendes zu bemerken:

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss es sich bei der Erledigung der rechtlichen Angelegenheit im Sinne von Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zwecken dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht (vgl. BGH MDR 1989, 793; BGH JZ 1987, 466, 468 zu § 4 Nr. 5 StBerG; Henssler/Prütting/Weth Art. 1 § 5 RBerG Rdnr. 19). Da ein Vermittlungsmakler auf die Abschlussbereitschaft des Interessenten einzuwirken hat und somit regelmäßig an den Vertragsverhandlungen beteiligt ist, kann seine Tätigkeit von der Besorgung fremder Rechtsgeschäfte nicht getrennt werden. Die Rechtsprechung lässt deshalb eine rechtsberatende Tätigkeit von Maklern in erheblichem Umfang zu (vgl. Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 305; Staudinger/Reuter, BGB, 13. Bearbeitung, Vorbem. zu § 652 ff. Rdnr. 61).

(bb) Die Kl ist zu Unrecht der Auffassung, dass es sich bei dem Vertrag vom 24.1./24.3.1997 nicht um einen – allerdings schweizerischem Recht unterliegenden – Maklervertrag handele. Gemäß Ziff. 1 des Vertrags wurde die Bekl Ziff. 1 beauftragt, die Kl „bei der Vorbereitung und Durchführung des Verkaufs aller Aktien der H O & Co. AG, zu beraten sowie Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrages nachzuweisen oder den Abschluss zu vermitteln“. Die Aufgabe der Bekl Ziff. 1 bestand also darin, einen Käufer zu finden und auf die Abschlussbereitschaft des Käufers einzuwirken. Dementsprechend wurde in Ziff. 5 die Provision von einem erfolgreichen Vertragsabschluss abhängig gemacht. Dies sind typische Elemente eines Maklervertrags. Nichts anderes gilt auch für die Pflicht der Bekl Ziff. 1, die Kl bei der Vorbereitung und Durchführung des Vertrages zu beraten (vgl. Schwerdtner Rdnr. 303).

cc) Die rechts- und steuerberatende Tätigkeit der Kl wäre also nur dann zu beanstanden, wenn sie nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vermittlung des Vertragsabschlusses gestanden, sondern – etwa aufgrund der besonderen Komplexität der Materie – einen eigenen Stellenwert gewonnen hätte und der Kl zu raten gewesen wäre, neben der Bekl einen Rechtsanwalt in Anspruch zu nehmen (vgl. BGH NJW 2000, 1561). Nur in einem solchen Fall könnte (wie bei einer rechtlichen Unternehmensberatung, vgl. OLG Hamm NJW-RR 1989, 1061; Henssler/Prütting/Weth Art. 1 § 5 RBerG Rdnr. 41; Altenhoff/Busch/Chemnitz Art. 1 § 5 RBerG Rdnr. 605 f.), nicht mehr davon die Rede sein, dass es sich bei der Beratung um ein bloßes Hilfsgeschäft handelte, dass mit der Haupttätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang stand.

Hierfür bestehen jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte. Der Kaufvertrag vom 21.8.1997 (K 4) mag zwar in rechtlicher Hinsicht besondere Anforderungen gestellt haben. An der Formulierung des Vertrags war aber maßgeblich die Treuhand GmbH beteiligt. Die Kl hat weder hinreichend dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass wesentliche Teile des Vertrages von der Bekl stammen. Die Aushandlung der Vertragsbedingungen konnte nur „in

einem Guss“ erfolgen; eine Aufteilung auf unterschiedliche Verhandlungsführer, je nachdem, ob im Einzelfall wirtschaftliche oder rechtliche Aspekte im Vordergrund standen, wäre nicht praktikabel gewesen. Es mag sein, dass, wie in Ziff. 7 des Vertrags vom 24.1./24.3.1997 vorgesehen, eine externe Überprüfung der Vertragsentwürfe sinnvoll gewesen wäre. Das Unterlassen einer solchen Überprüfung vermag den nach Art. 1 § 5 RBerG erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang aber nicht zu unterbrechen.

2. Die internationale Zuständigkeit des LG Heilbronn ergibt sich nicht aus dem Gerichtsstand des Erfüllungsorts gem. Art. 5 Nr. 1 LGVÜ (wird ausgeführt)

Mitgeteilt von dem OLG Stuttgart

RBerG Art. 1 § 1; BGB §§ 134, 167

Ist der Geschäftsbesorgungsvertrag zur Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Bauträgermodell wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig (BGHZ 145, 265), so erstreckt sich die Nichtigkeit auch auf die dem Treuhänder dazu erteilte Vollmacht.

BGH, Urt. v. 11.10.2001 – III ZR 182/00 – OLG Köln, LG Köln

Zum Sachverhalt: Im Jahre 1997 beteiligte sich die Kl an einer im Bauträgermodell geplanten Modernisierung zweier Wohnhäuser in D. Hierzu bot sie der beklagten Steuerberatungsgesellschaft in notarieller Urkunde vom 4.8.1997 den Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags zu dem Erwerb einer Eigentumswohnung an und erteilte ihr zugleich unwiderrufliche Vollmacht, sie bei der Vorbereitung und Durchführung – ggf. auch bei der Rückabwicklung – des Erwerbs zu vertreten. Die Vollmacht sollte insbesondere folgende Geschäfte und Maßnahmen umfassen: a) Abschluss eines Kauf- und/oder Werklieferungsvertrags, b) Abgabe der auf die Begründung, Änderung, Ergänzung oder Berichtigung von Wohnungs- oder Teileigentum gerichteten Erklärungen sowie den Abschluss von Vereinbarungen gem. § 10 WEG (Gemeinschaftsordnung) und Verwalterbestellung, c) Abschluss eines Mietvertrags, d) Abschluss von Darlehensverträgen zur Finanzierung des Kaufpreises mit notariellem Schuldanerkennnis des Kreditnehmers und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde, e) Bestellung oder Übernahme von Grundpfandrechten, f) Abgabe und Entgegennahme von Erklärungen anlässlich der Eröffnung, Führung und Auflösung von Konten bei Kreditinstituten, g) Abschluss von Lebensversicherungsverträgen und sonstigen Versicherungsverträgen im Zusammenhang mit der Finanzierung, h) Abschluss eines Mietgarantievertrags, eines Vertrags über die technische Baubetreuung und eines Steuerberatungsvertrags, i) Einholung von Gutachten und Beauftragung von Rechtsanwälten mit der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung von Recht und Interessen des Erwerbers, j) Abschluss weiterer Verträge, Aufhebung und Rückabwicklung aller Verträge sowie Vornahme sonstiger im Zusammenhang mit dem Erwerbsvorgang stehender notwendiger, nützlicher oder dienlicher Maßnahmen.

Die Bekl nahm das Angebot zu notarieller Urkunde vom 26.8.1997 an. In der Folge schloss sie unter anderem mit dem Bauträger einen „Kauf- und Werklieferungsvertrag“ über die schlüsselfertige Herstellung und Übertragung der Eigentumswohnung zum Preis von 171.595 DM sowie zwei Darlehensverträge über 190.661 DM und 33.756 DM.

Durch Anwaltsschreiben vom 8.12.1997 nahm die Kl ihr Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags einschließlich der Vollmachtserteilung zurück und erklärte außerdem dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Unter dem, 19.1.1998 widerrief sie nochmals die Vollmacht. Mit der vorliegenden Klage begehrt sie die Feststellung, dass ihr Angebot zum Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrags mit Vollmacht nichtig sei. ...

Aus den Gründen: Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I. Da die Bekl das Berufungsurteil nicht angefochten hat, steht fest, dass die ihr von der Kl erteilte Vollmacht nichtig ist, soweit sie den Abschluss von Darlehensverträgen zur Finanzierung des Kaufpreises umfasst. Auf die zwischen den Parteien weiterhin streitige Frage, ob die Entscheidung in diesem Punkt nach materiellem Recht richtig ist, insbesondere die dem Urteil zugrundeliegende Rechtsansicht des Berufungsgerichts, auch eine Vollmacht müsse die Mindestangaben des § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten, zutrifft (anders nunmehr BGH, Urt. v. 24.4.2001 – XI ZR 40/00 – NJW 2001, 1931, für BGHZ vorgesehen), kommt es nicht an.

II. 1. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der weitergehenden Klage im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kl habe zwar ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses mit der



Bekl (§ 256 ZPO). Indessen führe die Nichtigkeit der Kreditvollmacht nicht gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit der Vollmacht im übrigen oder zu einer Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags, da die Parteien in der notariellen Urkunde die Regelung des § 139 BGB abbedungen hätten. Dadurch werde die Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil verkehrt. Die Kl habe nicht substantiiert dargetan, dass sich durch die Nichtigkeit der Kreditvollmacht der Gesamtcharakter des Geschäftsbesorgungsvertrags verändere. Auch beim Wegfall der Ermächtigung zum Abschluss von Darlehensverträgen bleibe die Erfüllung aller vertraglichen Verpflichtungen für die Bekl möglich und aus Sicht der Kl sinnvoll. Die Finanzierung habe dann seitens der Kl selbst oder aufgrund einer den Anforderungen des § 4 VerbrKrG genügenden nachträglichen Vollmacht durch die Bekl erfolgen können. Auch einen Anfechtungsgrund i. S. d. § 123 BGB habe die Kl nicht schlüssig vorgetragen.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis nicht stand.

a) Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen allerdings entgegen der von der Revisionserwiderung wiederholten Rechtsauffassung der Bekl keine Bedenken. Da die Bekl den Widerruf der Vollmacht hinnimmt und das streitgegenständliche Angebot der Kl zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit der Annahmeerklärung der Bekl im Vertragsschluss aufgegangen ist, begehrt die Kl zwar im Ausgangspunkt die Feststellung des Nichtbestehens vergangener Rechtsverhältnisse. Eine auf eine solche Feststellung gerichtete Klage ist nur dann zulässig, wenn sich hieraus noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben können (BGHZ 27, 190, 196; BAG NZA 1999, 669, 670; Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 256 Rdnr. 3 a). Die Klärung, ob der Geschäftsbesorgungsvertrag gültig zustande gekommen ist und die Kl der Bekl wirksam Vollmacht zum Abschluss anderer Rechtsgeschäfte erteilt hat, kann aber für die weitere Abwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bedeutsam sein, insbesondere für etwaige gegenseitige Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche. Dass Dritte, etwa der Bauträger oder die von der Bekl eingeschalteten Kreditinstitute, an die in diesem Rechtsstreit getroffenen Feststellungen nicht gebunden sind, worauf die Revisionserwiderung hinweist, lässt deshalb das Feststellungsinteresse noch nicht entfallen.

b) Im übrigen vermag der Senat dem Berufungsgericht entgegen nicht zu folgen. Der Geschäftsbesorgungsvertrag ist wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig (§ 134 BGB). Diese Nichtigkeit erstreckt sich auch auf die zur Ausführung des Vertrags erteilte Vollmacht.

aa) Der IX. Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 28.9.2000 – nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden, derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorge, bedürfe der Genehmigung nach Art. 1 § 1 RBERG. Verfüge er darüber nicht, sei ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig (BGHZ 145, 265 = LM § 1 RechtsberaterG Nr. 60 m. Anm. Strunz). Dem schließt sich der erkennende Senat an. Auch im vorliegenden Fall geht es um derartige rechtsbesorgende Tätigkeiten von Gewicht beim Abschluss der Kauf-, Finanzierungs-, Miet- und Mietgarantieverträge, der dinglichen Belastung des Eigentums und bei Geschäften zur Bildung einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die der Bekl hierfür ausschließlich – und nicht etwa neben einem Steuerberatungsmandat oder einer wirtschaftlichen oder kaufmännischen Betreuungstätigkeit – übertragenen Aufgaben sind nach den Bestimmungen des Vertrags umfassend und können, insbesondere bei Schwierigkeiten in der Durchführung des Objekts, erheblichen Beratungsbedarf bedingen. Auch angesichts dessen, dass der Stammkunde zur Vorbereitung eines Geschäftsbesorgungsvertrags detaillierte Vertragsmuster beigefügt waren, die die wesentlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien umreißen sollten, lässt sich deshalb nicht sagen, dass die Bedingungen der von der Bekl abzuschließenden Verträge in jeder Hinsicht durch das Angebot vom 4.8.1997 von vornherein festgelegt gewesen seien, wie die Revisionserwiderung meint. Die in einem Bauträgermodell regelmäßig bereits eingetretenen tatsächlichen Festlegungen durch die Gesamtkonzeption des Objekts sowie durch vorausgegangene Verhandlungen und Vertragsschlüsse zwischen Dritten, etwa des Bauträgers mit den finanzierenden Banken, schließen den Auftrag zur Rechtsbesorgung gleichfalls nicht aus. Es mag schließlich sein, dass zwischen einer „Vollbetreuung“

durch einen gewerblichen Baubetreuer, die nach der Rechtsprechung des BGH mit Rücksicht auf den Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 RBERG erlaubnisfrei ist (vgl. BGHZ 145, 265, 272 f. m. w. N.), und den im Bauträgermodell auf mehrere Personen verteilten Gesamtleistungen wenig Unterschied besteht (so Edelmann, DB 2001, 687, 688; Maaß, ZNotP 2001, 170, 171). Diese Aufspaltung der Verträge ist indes von den Parteien gewollt und der rechtlichen Beurteilung daher zugrunde zu legen. Bietet sonach der Initiator den Interessenten den Abschluss mehrerer voneinander unabhängiger Verträge mit rechtlich selbständigen Gesellschaften an, muss jeder dieser Verträge unabhängig von den anderen am Maßstab des Rechtsberatungsgesetzes gemessen werden.

Allerdings greift die mit dem Urteil des IX. Zivilsenats des BGH eingeleitete Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Bauträgermodell, die – soweit ersichtlich – bis dahin keine Bedenken gegen den Abschluss gesonderter Geschäftsbesorgungsverträge mit einem Treuhänder (Abwicklungsbeauftragten) unter dem Gesichtspunkt des Rechtsberatungsgesetzes erhoben hatte, rückwirkend tief in weithin abgeschlossene Vorgänge ein. Eine solche Rückwirkung ist aber bei gerichtlichen Urteilen grundsätzlich hinzunehmen. Der Schutz des Vertrauens einer Partei auf die Fortdauer der bisherigen Rechtsprechung kann im Einzelfall zwar eine abweichende Beurteilung gebieten (vgl. BGHZ 132, 119, 129 ff.). Das gilt jedoch nicht schon für die hier allein zu treffende Feststellung, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Kl nicht rechtswirksam abgegeben worden sind, sondern wird erst bei einer Rückabwicklung der Verträge zu erwägen sein.

bb) Nach der Zielsetzung des Rechtsberatungsgesetzes nichtig ist dann zugleich die zur Ausführung des nichtigen Geschäftsbesorgungsvertrags erteilte umfassende Vollmacht, soweit über sie im Revisionsverfahren noch zu befinden ist (oben I). Das Verbot unerlaubter Rechtsbesorgung soll in erster Linie die Rechtsuchenden vor unsachgemäßer Erledigung ihrer rechtlichen Angelegenheiten schützen (BGHZ 37, 258, 262; Senatsurteil v. 26.7.2001 – III ZR 172/00 – WM 2001, 1861, 1863, für BGHZ bestimmt). Hierzu umfasst es deren Beratung und Vertretung (BGHZ 37, 258, 262). Mit dieser Zweckrichtung wäre es aber unvereinbar, den unbefugten Rechtsberater gleichwohl rechtlich – bei Wirksamkeit der Ausführungsvollmacht – in den Stand zu setzen, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen, indem er Rechtsgeschäfte zu Lasten des Geschützten abschließt, und den Rechtsuchenden allein auf Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsberater zu verweisen (im Ergebnis ebenso Reiter/Methner, VuR 2001, 193, 196; abweichend Ganter, WM 2001, 195; Hermanns, DNotZ 2001, 6, 8 f.; Sommer, NotBZ 2001, 28, 29; für den Sonderfall der Prozessvollmacht auch KG OLGZ 1966, 112, 115 f.; OLG Saarbrücken NJW 1994, 1423, 1424; Henssler/Prütting/Weth, BRAO, Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 64; Rennen/Caliebe, RBERG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 199 f.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 21. Aufl., § 79 Rdnr. 4; anders OLG Stuttgart AnwBl. 1964, 144 f.).

Dass es sich bei der Vollmacht um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt und das Verbot unerlaubter Rechtsberatung sich nicht gegen den Vollmachtgeber richtet (so KG, Ganter, Hermanns, Sommer, jeweils aaO), ist angesichts seines vom Rechtsberatungsgesetz beabsichtigten Schutzes nicht entscheidend. Ob dasselbe Ergebnis hier außerdem aus § 139 BGB wegen Verknüpfung des Grundgeschäfts mit der Vollmacht zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft folgen würde, kann offen bleiben.

RBERG Art. 1 § 1; BGB § 1353 Abs. 1 S. 2

Rechtsangelegenheiten eines Ehegatten sind für den anderen im Sinne des Art. 1 § 1 RBERG jedenfalls dann nicht fremd, wenn ihre Besorgung auf der Pflicht zur ehelichen Beistandsleistung beruht (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB).

BGH, Ur. v. 26.7.2001 – III ZR 172/00

Aus den Gründen: I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig (Art. 1 § 1 RBERG; § 134 BGB). Der Kl habe mit dem Vertrag die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten übernommen. Zweck der Vereinbarung sei es gewesen, Rechte der Bekl bzw. der Ehefrau des Kl als Alleingesellschafterin zu verwirklichen sowie maßgeblichen



Einfluss auf eine günstige Beurteilung oder Gestaltung strittiger Rechtsverhältnisse zu nehmen, hingegen nicht, die Sachkunde des Kl als Immobilienfachmann in Anspruch zu nehmen oder lediglich den anwaltlichen und steuerlichen Beratern der Bekl bzw. seiner Ehefrau zuzuarbeiten, wie der Kl behauptet hatte. Dementsprechend habe der Kl auch eigenverantwortlich die Sachverhalte aufbereitet, Informationen zusammengestellt, Belege gesammelt, Verhandlungen weisungsfrei geführt, das Zustandekommen eines Gesamtvergleichs initiiert und gefördert und dessen inhaltliche Gestaltung nachhaltig beeinflusst. Diese Rechtsangelegenheiten hätten nicht im unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresse des Kl gelegen und seien deshalb für ihn „fremd“ gewesen. Die Gesamtumstände des Falles und sein eigener Sachvortrag sprächen dagegen, dass er wegen enger persönlicher Bindungen zu seiner Ehefrau deren Angelegenheiten gleichsam zu seinen eigenen gemacht hätte. So sei ein förmlicher Vertrag geschlossen worden, der nicht etwa die Eheleute als Parteien nenne, sondern die jeweils von ihnen gehaltenen Firmen. Außerdem hätten nach dem Klagevortrag die Ehegatten generell Wert darauf gelegt, vermögensmäßig getrennt zu bleiben und getrennt zu handeln. Wegen dieser „getrennten Kassen“ seien dem Kl finanzielle Vorteile seiner Ehefrau und der Bekl aus dem Vorprozess nicht zugute gekommen. Er habe sich vielmehr – zudem nach längeren Verhandlungen über die Höhe – zur Wahrung seiner Interessen ein beachtliches Honorar versprechen lassen, was nicht dem Bild von einer gleichgerichteten Interessenlage unter Eheleuten entspreche. Schließlich sei auch das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit erfüllt. Dafür sprächen Dauer und Intensität der Tätigkeit des Kl, die Honorarvereinbarung einschließlich der Höhe des geforderten Entgelts sowie das eigene Eingeständnis, klare und schriftliche Honorarabsprachen „auch in vorausgegangen Fällen praktiziert“ zu haben. Der Kl habe darüber hinaus noch im anhängigen Rechtsstreit die Übernahme des Auftrags als beanstandungsfrei und als „selbstverständlich“ verteidigt.

Auf ungerechtfertigte Bereicherung lasse sich die Klageforderung ebenso wenig stützen. Hierfür fehle es an einem substantiierten Sachvortrag des Kl zum Wert des Erlangten.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass der Kl mit der vertraglich übernommenen Tätigkeit geschäftsmäßig Rechtsangelegenheiten seiner Ehefrau und der Bekl besorgt hat (Art. 1 § 1 RBERG).

a) Rechtsangelegenheiten sind Angelegenheiten, die entweder auf Rechtsverwirklichung, d. h. Durchsetzung, Sicherung oder Klarstellung von Rechten, oder auf Rechtsgestaltung, d. h. Schaffung oder Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse, gerichtet sind (BGHZ 38, 71, 75; 48, 12, 18 f.; Senatsurt. v. 18.5.1995 – III ZR 109/94 – NJW 1995, 3122; BGH, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 279/99 – WM 2000, 2443, 2444, für BGHZ 145, 265 vorgesehen). Im Streitfall sind beide Alternativen berührt. Die dem Kl im Vertrag vom 23.12.1997 übertragenen Verhandlungen mit der Gegenseite unter dem erklärten Ziel eines Vergleichsabschlusses (§ 779 BGB) waren schon infolge dieser Zweckrichtung auf Gestaltung, in jedem Falle aber auf Klärung der umstrittenen Rechtsverhältnisse gerichtet (s. etwa Senatsurt. v. 18.5.1995 aaO). Dass dabei neben dem Kl von seiner Ehefrau noch Rechtsanwälte eingeschaltet waren, wäre nur dann von Bedeutung, wenn er sich auf Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten ihnen gegenüber wie der bloßen Beschaffung von Informationen beschränkt hätte. Die dahingehenden Behauptungen des Kl hat das Berufungsgericht jedoch auf der Grundlage seines eigenen Klagevortrags sowie der vorgelegten Korrespondenz rechtsfehlerfrei für widerlegt gehalten. Die gegen diese Feststellungen gerichteten Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

b) Geschäftsmäßigkeit erfordert nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine selbständige Tätigkeit, bei der der Handelnde beabsichtigt, sie – sei es auch nur bei sich bietender Gelegenheit – in gleicher Art zu wiederholen und dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Teil seiner Beschäftigung zu machen; dafür kann eine einmalige Tätigkeit genügen (BGH, Urt. v. 5.6.1985 – I Va ZR 55/83 – NJW 1986, 1050, 1051 f.; vom 17.2.2000 – IX ZR 50/98 – NJW 2000, 1560, 1561; vom 27.11.2000 – II ZR 190/99 – NJW

2001, 756 f.). Als Anzeichen für einen solchen Willen kann bereits die Forderung eines Honorars ausreichen (BGH, Urt. v. 5.6.1985 und vom 27.11.2000, jeweils aaO) oder der Umstand, dass der Berater den Vorgang – wie es hier ebenfalls gegeben ist – als rechtmäßig verteidigt (BGH, Urt. v. 17.2.2000, aaO). Wenn daher das Berufungsgericht insbesondere diesen Tatsachen, dazu dem Eingeständnis des Kl, Honorarabsprachen solcher Art „auch in vergangenen Fällen praktiziert“ zu haben, sowie dem Umfang seiner Bemühungen dessen Absicht entnimmt, bei passender Gelegenheit in gleicher Art und Weise zu agieren, so ist dies als tatrichterliche Würdigung zumindest vertretbar, sogar naheliegend, und von der Revision darum hinzunehmen.

2. Erlaubnispflichtig nach Art. 1 § 1 RBERG ist indessen nur die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Das Berufungsgericht hat dieses weitere Erfordernis entscheidend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt und gefragt, ob der Kl – auch als Ehemann – ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an der Erledigung der Rechtsstreitigkeiten seiner Ehefrau mit ihren Verwandten gehabt habe. Diese Betrachtungsweise ist zu eng und misst den rechtlich verfestigten engen persönlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, wie sie vor allem in deren Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft zum Ausdruck kommen (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB), nicht das ihnen zukommende Gewicht bei.

a) Die Frage, ob und wann Rechtsangelegenheiten eines Ehegatten für den anderen i. S. d. Art. 1 § 1 RBERG „fremd“ sind, ist höchstrichterlich nicht abschließend geklärt. Allerdings hat der Senat für Anwaltsachen des BGH in einer älteren Entscheidung unter Hinweis auf Stimmen in der Literatur ausgesprochen, es möge zutreffen, dass ein Ehemann, der lediglich Rechtsangelegenheiten seiner Ehefrau wahrnehmen wolle, dazu in der Regel keiner Erlaubnis bedürfe. Im konkreten Fall hat dieser Senat jedoch wegen unbefugten Auftretens des Kl als „Rechtsanwalt“ umgekehrt entschieden (Beschl. v. 1.7.1963 – AnwZ [B] 4/63 – AnwBl. 1964, 52 f.). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum sind die Ansichten geteilt. Teils wird die Zulässigkeit einer Rechtsbesorgung für den Ehegatten oder einen nahen Verwandten davon abhängig gemacht, dass – über das familienrechtliche Verhältnis hinaus – besondere Umstände, z. B. aus der Lebens- und Haushaltsgemeinschaft und der gegenseitigen Fürsorgepflicht oder aus einer wirtschaftlichen Interessenverflechtung, vorliegen (BayObLG NJW 1969, 1452, 1453) oder aufgrund enger familiärer Beziehungen ein eigenes Interesse des Familienmitglieds an der Erledigung der Angelegenheit besteht (OLG Karlsruhe AnwBl 1979, 487; OLG Köln NStE Nr. 2 zu Art. 1 § 1 RBERG; OLG Oldenburg NJW 1992, 2438; Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, 10. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 85; Henssler/Prütting/Weth, BRAO, Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 11; Rennen/Caliebe, RBERG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 33; ähnlich Senge in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 55), teils wendet man § 6 Nr. 2 StBerG entsprechend an und lässt bei allen Angehörigen im Sinne des § 15 AO – hierzu gehören auch Ehegatten (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 AO) – eine unentgeltliche Ausführung genügen (AG Kassel NStZ 1989, 79, 80 mit ablehnender Anmerkung Wasmuth NStZ 1989, 275; Rennen/Caliebe, aaO; einschränkend Senge aaO Rdnr. 11). Demgegenüber hält Egon Schneider (MDR 1976, 1 ff.) das Rechtsberatungsgesetz in derartigen Fällen – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – für grundsätzlich unanwendbar, während wiederum König (RBERG, S. 66 ff.) in der Frage der Fremdheit bei Familienangehörigen keine Besonderheiten sieht, jedoch beim Merkmal der Geschäftsmäßigkeit insgesamt eine engere Auffassung vertritt (S. 85 ff.).

b) Der erkennende Senat schließt sich der vom Senat für Anwaltsachen angedeuteten Rechtsauffassung und der ihr zustimmenden Literatur jedenfalls für den Fall an, dass eine Hilfeleistung eines Ehegatten für den anderen durch, die eheliche Beistandspflicht (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. hierzu etwa Soergel/Lange, BGB, 12. Aufl., § 1353 Rdnr. 22) geboten ist und sachgemäß nicht ohne gleichzeitige Rechtsbesorgung gewährt werden kann. Unter diesen Umständen haben nicht nur die persönlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten einen solchen Rang, dass von einer eigenen Rechtsangelegenheit auch des nicht unmittelbar betroffenen Teils gesprochen werden muss. Es käme auch zu einem Normwiderspruch, wäre der eherechtlich geforderte Beistand auf der anderen Seite durch das allgemeine Rechtsberatungsverbot untersagt. Der Zweck des Rechtsberatungsgesetzes verlangt, von Ausnahmefällen wie dem vom Anwaltssenat entschiedenen abgesehen,



eine solche Ausweitung nicht. Das Rechtsberatungsgesetz soll die Rechtsuchenden vor unsachgemäßer Rechtsberatung bewahren, die Abwicklung des Rechtsverkehrs mit Gerichten und Behörden erleichtern und den Anwaltsstand vor dem Wettbewerb nicht in gleicher Weise standesrechtlich gebundener Dritter schützen (Gesetzesbegründung RStBl. 1935, 1528; Henssler/Prütting/Weth, Einl. RBERG Rdnr. 3 ff. m. w. N.). Davon steht hier im wesentlichen nur das erstgenannte Ziel (Verbraucherschutz) in Frage. Es ist aber nicht ersichtlich, dass das Gesetz in dieser Hinsicht – mehr als in Fällen vergleichbarer Schutzwürdigkeit, z. B. bei ärztlicher Heilbehandlung – in den inneren Ehebereich eingreifen und dabei den einen Ehegatten vor dem anderen schützen wollte, zumal die Besorgung von Rechtsangelegenheiten eines Gatten durch den anderen alltäglich ist und grundsätzlich nicht beanstandet wird.

c) Unter diesem Blickwinkel wird der Streitfall dadurch geprägt, dass die rechtlichen Auseinandersetzungen der Ehefrau des Kl mit ihrem Vater und ihrem Bruder nach eigener Darstellung der Bekl für die Ehefrau des Kl existentiell geworden waren, während andererseits der Kl nach seinem unwidersprochenen Vorbringen aufgrund seiner profunden Kenntnisse der innerfamiliären Vorgänge sowie der Eigenheiten von Schwiegervater und Schwager für Verhandlungen mit ihnen über eine gütliche Beilegung der Streitigkeiten geradezu prädestiniert gewesen ist. Mit Rücksicht hierauf durfte er sich nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB einer Bitte um Beistand insgesamt nicht verschließen (vgl. dazu auch BFHE 66, 47, 49 f. = NJW 1958, 648; BFHE 97, 54, 57 = NJW 1970, 912; Soergel/Lange aaO; Staudinger/Hübner/Voppel, BGB, 13. Bearb., § 1353 Rdnr. 53). Dass er seine Hilfe nur aufgrund eines förmlichen Vertrags erbracht und von der Zahlung einer beträchtlichen Geldsumme abhängig gemacht hat, worauf das Berufungsgericht hinweist, mag – lässt man den vom Kl geltend gemachten außergewöhnlichen zeitlichen Aufwand außer acht – nicht dem Bild einer gemeinsamen ehelichen Lebensführung entsprechen, ändert aber nichts daran, dass objektiv aus den genannten Gründen die Rechtsstreitigkeiten seiner Ehefrau – wenn auch nicht wirtschaftlich, so doch persönlich – auch die seinen waren. Das genügt für einen Ausschluss des Rechtsberatungsverbots. Eine Beschränkung auf unentgeltliche Tätigkeiten von Angehörigen wie in § 6, Nr. 2 StBerG für die Hilfeleistung in Steuersachen ist dem Rechtsberatungsgesetz nicht zu entnehmen und erscheint auch durch dessen Zweck nicht geboten (anders FG Bremen EFG 1994, 306, 307 f.). Dem allenfalls noch entgegenstehenden Wettbewerbschutz für den Anwaltsstand (so FG Bremen aaO) kann heute verfassungsrechtlich keine maßgebende Bedeutung mehr zukommen (BVerfGE 97, 12, 31; BGHZ 102, 128, 133).

Demzufolge kann die auf einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz gestützte Klageabweisung durch das Berufungsgericht nicht bestehen bleiben. ...

RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1; 5. AVO zum RBERG § 1 S. 1

Zum Tatbestandsmerkmal des geschäftsmäßigen Erwerbs von Forderungen

BGH, Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 190/99

Aus den Gründen: Die Revision des Kl führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Die Abtretungen der Einzelforderungen der 23 Kommanditisten, denen ein entsprechendes Ersuchen des Kl zugrunde liegt, verstoßen nicht gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG.

1. Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass das Factoring nach der Rechtsprechung des BGH nicht der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedarf.

a) Gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen, geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Stelle die Erlaubnis erteilt ist. § 1 Abs. 1 S. 1 der Fünften Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes (5. AVO zum RBERG) erweitert die Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 RBERG auf den geschäftsmäßigen Erwerb von Forderungen zum Zwecke der Einziehung auf eigene

Rechnung. Die Vorschrift erfasst nur den Forderungskauf sowie Vollabtretungen in Form der Abtretung an Erfüllung statt. Hierdurch soll die Umgehung von Art. 1 § 1 RBERG durch entsprechende zivilrechtliche Gestaltungen verhindert werden (BGHZ 58, 364, 368; BGH, Urt. v. 24.10.2000 – XI ZR 273/99, Umdruck S. 6 f.).

b) Nach der Rechtsprechung des BGH fällt das Factoring nicht unter das Rechtsberatungsgesetz (BGHZ 115, 123, 124; 76, 119, 125; 58, 364, 368).

aa) Die Annahme eines erlaubnisfreien unechten Factorings wäre indes ersichtlich nicht begründet.

Bei dem unechten Factoring werden die Forderungen nur erfüllungshalber an den Factor übertragen. Der Zedent erhält zwar den Forderungsbetrag sofort, haftet aber nicht nur für den rechtlichen Bestand der Forderungen, sondern trägt auch das Ausfallrisiko. Ist die abgetretene Forderung nicht betreibbar, so ist er zur Rückzahlung des Forderungsbetrages gegen Rückübertragung der Forderung verpflichtet. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise stellt sich das unechte Factoring damit als ein Kreditgeschäft dar, das sich kaum von der gewöhnlichen Sicherungsabtretung unterscheidet (BGHZ 58, 364, 366 ff.). Der Factor nimmt keine fremde, sondern eine eigene Rechtsangelegenheit wahr (BGHZ 58, 364, 367).

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Der Kl hat sich die Forderungen der Anleger weder in unmittelbarem Zusammenhang mit einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen (Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG) nur erfüllungshalber abtreten lassen, noch hat er die Forderungsbeträge sofort an die Anleger mit der Maßgabe ausgezahlt, dass sie im Falle der Nichtbetreibbarkeit zurückzuerstaten sind.

bb) Ebenso wenig treffen im vorliegenden Fall die Erwägungen zu, aufgrund derer der BGH das echte Factoring als erlaubnisfrei ansieht.

Bei dem echten Factoring erwirbt der Factor die Forderungen endgültig. Mit deren Einziehung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung besorgt er deshalb keine fremden, sondern eigene Rechtsangelegenheiten. Das echte Factoring erschöpft sich jedoch nicht in dem Kauf der Forderung. Auch hier werden die – angekauften – Forderungen bevorschusst. Hinzukommt, dass der Factor das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners übernimmt (Delkreder-Risiko) und das echte Factoring gleichzeitig eine Versicherungsfunktion hat. Dadurch unterscheidet sich das echte Factoring vom reinen Inkassogeschäft (BGHZ 76, 119, 125 f.).

Diese Merkmale erfüllt die Tätigkeit des Kl nicht. Er hat den Gegenwert der Forderungen nicht sofort an die Zedenten ausgezahlt und auch das Delkreder-Risiko nicht übernommen. Sein Vorgehen hat weder eine Vorfinanzierungs- noch eine Versicherungsfunktion. Es fehlen damit die Charakteristika des echten Factorings, die dieses dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes entziehen.

2. Die Anwendung dieses Gesetzes scheidet jedoch daran, dass das Vorgehen des Kl bei dem Forderungserwerb zwar die übrigen Tatbestandsmerkmale mindestens des § 1 Abs. 1 der 5. AVO zum RBERG erfüllt, ein geschäftsmäßiges Handeln, das Voraussetzung für die Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 RBERG und § 1 der 5. AVO zum RBERG ist, aber nicht feststellbar ist. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung lässt die im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbare tatrichterliche Würdigung, mit der das Berufungsgericht die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals verneint, einen Rechtsfehler nicht erkennen. Geschäftsmäßig handelt nur derjenige, der beabsichtigt – sei es auch nur bei sich bietender Gelegenheit – die Tätigkeit zu wiederholen, um sie dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil eines Erwerbs zu machen (BGH, Urt. v. 28.2.1985 – I ZR 191/82, WM 1985, 1214, 1215 = NJW 1985, 1223; v. 5.6.1985 – IVa ZR 55/83, NJW 1986, 1050, 1051). Als Anzeichen für eine solche Wiederholungsabsicht kann bereits der Umstand ausreichen, dass der Berater für seine rechtsberatende oder rechtsbesorgende Tätigkeit ein Honorar gefordert hat, zumal, wenn dies im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit geschehen ist (BGH, Urt. v. 5.6.1985 – IVa ZR 55/83 aaO 1052). Anders liegt der Fall, wenn nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen eine Forderungseinziehung vorgenommen wird (BGH, Urt. v. 28.2.1985 – I ZR 191/82 aaO).



Von diesen rechtlichen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Angesichts der Beschränkung des Kl auf einen bestimmten Personenkreis, nämlich die Kommanditisten der I., und deren Forderungen aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt, seiner Kenntnis der Verhältnisse der Gegenseite sowie seines unwiderlegten Vortrags, einmalig und ohne Wiederholungsabsicht gehandelt zu haben, hat es den Umständen, dass er Angestellter eines Anlageberatungsunternehmens ist und für seine Tätigkeit ein Erfolgshonorar vereinbart hat, keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Dies ist als tatrichterliche Würdigung jedenfalls vertretbar und frei von Rechtsfehlern.

RBERG Art. 1 § 1; Art. 1 § 5 Nr. 2

1. Ein Vertrag, den ein Gläubigerpool mit einem Wirtschaftsprüfer/Steuerberater über den Einzug von Forderungen einer notleidenden Firma abschließt, stellt die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar und ist deshalb nichtig, da das „Wirtschaftsprüferprivileg“ des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG insoweit nicht eingreift.

2. Auskunftsansprüche eines Beteiligten richten sich daher nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.
(LS des Einsenders)

OLG Köln, Urt. v. 1.10.1999 – 19 W 219/98

Aus den Gründen: I. Ansprüche der Kl gegen den Bekl könnten sich nur aus §§ 677, 681, 666, 259 BGB ergeben. Zwar lag der dem Bekl von dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Kl erteilten Generalvollmacht ein eigenständiges Auftragsverhältnis (Geschäftsbesorgungsvertrag) zwischen den Parteien zugrunde. Dieses ist aber ebenso wie das zwischen der BGB-Gesellschaft, bestehend aus den beteiligten Banken, der Kl und den Mitgliedern der Familie Wi, und dem Bekl bestehende Auftragsverhältnis gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nichtig.

1. Gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG verstößt, wer ohne im Besitz einer Erlaubnis der zuständigen Behörde zu sein, fremde Rechtsangelegenheiten einschließlich der Einziehung fremder Forderungen besorgt. Hier hat der Bekl, der lediglich Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ist, fremde Forderungen eingezogen, ohne im Besitz einer Erlaubnis nach dem RBERG zu sein, sei es in Form einer Vollerlaubnis alten Rechts, sei es in Form der seit der Änderung des Rechtsberatungsgesetzes im Jahre 1980 insoweit allein noch möglichen Inkassoerlaubnis gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RBERG.

Zugunsten des Bekl greift auch nicht die Ausnahmvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG ein. Danach verstößt ein Wirtschaftsprüfer u. a. dann nicht gegen das RBERG, wenn er in Angelegenheiten, mit denen er beruflich befasst ist, auch die rechtliche Bearbeitung übernimmt, soweit dies mit den Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in unmittelbarem Zusammenhang steht. Nach der – in der Literatur allerdings auf Kritik gestoßenen – Ansicht des BGH (NJW 1988, 561; ebenso Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 51 f.; a. A. Rennen/Caliebe, RBERG, 2. Aufl., Art. 1 § 5 Rdnr. 58; Altenhoff/Chemnitz, RBERG, 10. Aufl., Rdnr. 590; Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze, Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 36) dürfte es zwar noch unter die Befreiungsvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG fallen, dass der Bekl im Rahmen der außergerichtlichen stillen Liquidation mit den nicht an der Liquidationsvereinbarung beteiligten Gläubigern der Kl Stundungsverhandlungen geführt hat. Nicht mehr unter die Befreiungsvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG fällt aber die von dem Bekl entfaltete Forderungseinziehung für die Kl bzw. die Gläubigerbanken (siehe BGHZ 48, 12 für den vergleichbaren Fall eines Buchprüfers; Henssler/Prütting aaO). Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG setzt nämlich ebenso wie Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG voraus, dass ein unmittelbarer Zusammenhang der Rechtsbesorgung mit einer konkreten Tätigkeit besteht, die der Wirtschaftsprüfer innerhalb der durch das Berufsbild gesetzten Grenzen ausübt. Ist die konkrete Tätigkeit vom Berufsbild gedeckt, so steht die rechtliche Bearbeitung damit nur dann in unmittelbarem Zusammenhang, wenn sie zur sachgemäßen Durchführung der beruflichen Aufgaben erforderlich ist (BGH NJW 1988, 561; Rennen/Caliebe aaO Rdnr. 57, 12 f). Kann die berufliche Angelegenheit auch ohne die konkrete Rechtsbesorgung sinnvoll wahrgenommen werden, fehlt der erforderliche unmittelbare Zusammenhang (BGHZ 48, 12; Erbs/Kohlhaas/Senge aaO Rdnr. 37 m. w. N.) Selbst wenn man dem BGH (NJW 1988, 561) folgend zu den „Aufgaben des Wirtschaftsprüfers“ i. S. d. Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG auch die wirtschaftsberatende Tätigkeit zählt, so steht außer Frage, dass die von dem Bekl entfaltete Forderungseinziehungstätigkeit hierzu weder in dem erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang steht, noch kann man hier davon sprechen, dass diese Tätigkeit des Bekl im Verhältnis zu seiner beruflichen (Haupt)Tätigkeit nebenberuflichen Charakter hatte (siehe hierzu BGHZ 48, 12; Chemnitz AnwBl 1988, 492; Henssler/Prütting aaO).

Auch in seiner Eigenschaft als Steuerberater war der Bekl nicht zu der von ihm entfalteten rechtsbesorgenden Tätigkeit (Forderungseinziehung) befugt (Rennen/Caliebe aaO Art. 1 § 4 Rdnr. 23 ff.; Henssler/Prütting aaO Art. 1 § 4 RBERG Rdnr. 13 ff.).

2. Der auf einen Verstoß gegen das RBERG gerichtete Vertrag ist nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig (BGH NJW 1962, 2010; weitere Nachweise bei Rennen/Caliebe aaO Art. 1 § 1 Rdnr. 147; Henssler/Prütting aaO Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 62). Daran ändert auch nichts der Umstand, dass der Bekl in Teilbereichen der ihm übertragenen Tätigkeiten nicht gegen das RBERG verstoßen hat (BGH NJW 1968, 1329; NJW 1978, 322).

Im Falle der Nichtigkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrages richten sich die Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten des (unwirksam) Beauftragten nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB). Der zwischen der Literatur (siehe z. B. Lorenz NJW 1966, 883; Erman-Ehmann, BGB, 9. Aufl., vor § 677 Rdnr. 7; weitere Nachweise bei Münchener Kommentar/Seiler, BGB, 3. Aufl., § 677 Rdnr. 41) und Rechtsprechung (BGH NJW 1962, 2010; NJW-RR 1989, 970; OLG K NJW-RR 1989, 528; weitere Nachweise bei Münchener Kommentar/Seiler aaO Rdnr. 40) bestehende Streit zu der Frage, wonach sich das Rückabwicklungsverhältnis in diesen Fällen richtet, kann hier dahingestellt bleiben, da selbst von denen, die die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB auf das Rückabwicklungsverhältnis befürworten, das Eingreifen der §§ 677 ff. BGB für die übrigen Pflichten, z. B. also die Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten, bejaht wird (Münchener Kommentar/Seiler aaO § 677 Rdnr. 41). II. ...

Mitgeteilt von dem Genossenschaftsverband Sachsen e. V.

Prozessrecht

GG Art. 19 Abs. 4; SGG § 97 Abs. 3; SGB V § 97 Abs. 4

Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes im sozialgerichtlichen Eilverfahren bei einer sog. Drittanfechtung. (LS der Red.)

BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 12.12.2001 – 1 BvR 1571/00

Aus den Gründen: I. 1. Der Beschwerdeführer wurde mit Beschluss des Berufungsausschusses für Ärzte – Psychotherapie – für den Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung N vom 12.4.2000 zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischer Psychotherapeut zugelassen, wogegen die Kassenärztliche Vereinigung zunächst nur fristwährend Klage bei dem Sozialgericht erhob, ohne diese zu begründen. Den Antrag des Beschwerdeführers, angesichts der aufschiebenden Wirkung der Klage die Vollziehung der Zulassungsentscheidung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzuordnen, lehnte das Sozialgericht ab. Zur Begründung führte das Sozialgericht aus: Zwar sei für den Beschwerdeführer nach summarischer Prüfung Bestandsschutz anzunehmen; nach § 97 Abs. 3 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) in Verbindung mit § 97 Abs. 4 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V) fehle jedoch das öffentliche Interesse am Sofortvollzug. Das BVerfG hat mit Beschl. v. 4.9.2000 dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stattgegeben.



2. Der Beschwerdeführer rügt mit seiner Verfassungsbeschwerde vor allem die Verletzung seines Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG wegen der Versagung wirkungsvollen Rechtsschutzes.

3. Das BVerfG hat den Beteiligten des Ausgangsverfahrens, der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen, dem Bundessozialgericht, dem Deutschen Anwaltverein, der Bundesrechtsanwaltskammer, dem Bund Deutscher Sozialrichter und dem Deutschen Sozialrechtsverband Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

II. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zur Entscheidung an, soweit dies zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes angezeigt ist (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor (§ 93 c Abs. 1 BVerfGG). Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Fragen hat das BVerfG bereits entschieden (vgl. BVerfGE 93, 1 [13]; 96, 27 [39]).

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig; insbesondere hat der Beschwerdeführer den Rechtsweg erschöpft (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Angesichts der im sozialgerichtlichen Verfahren in Zulassungssachen völlig uneinheitlichen Rechtsmittelhandhabung war dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, vorsorglich Beschwerde gegen die angegriffene Entscheidung einzulegen (vgl. hierzu Spellbrink, Einstweiliger Rechtsschutz vor den Sozialgerichten in Zulassungssachen gem. § 96 Abs. 4 SGB V, MedR 1999, S. 304 [307]). Ein Beschwerdeführer verstößt nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip, wenn er sich hinsichtlich der möglichen Rechtsmittel an einer ihm erteilten Rechtsmittelbelehrung orientiert, die mit den in der angegriffenen Entscheidung herangezogenen Rechtsgrundlagen übereinstimmt.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Der Beschluss des Sozialgerichts verletzt den Beschwerdeführer wegen fehlender Interessenabwägung in seinem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.

a) Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 96, 27 [39]; stRspr). Der in dieser Vorschrift verbürgte Anspruch auf eine umfassende und wirksame gerichtliche Kontrolle hat gerade in Eilverfahren erhebliche Bedeutung. Insofern kommt dem gerichtlichen Rechtsschutz namentlich hier die Aufgabe zu, irreparable Folgen soweit wie möglich auszuschließen und der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen vorzubeugen, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn sie sich im Nachhinein als rechtswidrig erweisen (vgl. BVerfGE 93, 1 [13]; stRspr). Zwar können es überwiegende öffentliche Belange rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen zurückzustellen (vgl. BVerfGE 65, 1 [70 f.] m. w. N.). Sowohl bei Anfechtungs- als auch bei Vornahmesachen ist vorläufiger Rechtsschutz aber dann zu gewähren, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. BVerfGE 79, 69 [74] m. w. N.). Aus diesem Grund hat das Gericht regelmäßig eine Abwägung zwischen dem Aufschubinteresse des Drittbetroffenen und dem privaten Interesse des Betroffenen am Vollzug einer für ihn günstigen hoheitlichen Maßnahme bis zur Klärung im Hauptsacheverfahren vorzunehmen (vgl. Jörg Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 80 a Rdnr. 16).

b) Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird der angegriffene Beschluss nicht gerecht. Das Sozialgericht verkennt die Bedeutung und Tragweite von Art. 19 Abs. 4 GG, indem es seine Entscheidung nach summarischer Prüfung allein auf das fehlende öffentliche Interesse stützt und damit die für die Entscheidungen des Berufungsausschusses nach § 97 Abs. 4 SGB V geltenden Voraussetzungen anwendet, obwohl diese Vorschrift auf andere Konfliktlagen zugeschnitten ist; auf die hier vorliegende Konstellation einer Drittanfechtung ist sie weder unmittelbar noch sinngemäß anwendbar. Soweit ein Dritter im Klageverfahren geltend macht, durch den gegenüber dem Begünstigten erlassenen Verwaltungsakt beschwert zu sein, hat sich das Sozialgericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit der Frage auseinander zu setzen, ob die sofortige Vollziehung geboten ist, um den Eintritt schwerer und unzumutbarer, anders nicht abwendbarer Nachteile für den Begünstigten zu vermeiden, oder ob den Belangen des an-

fechtenden Dritten der Vorrang gebührt. Innerhalb dieses Abwägungsprozesses ist auch Raum für die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses (vgl. die zukünftige Regelung in § 86 b SGG i. d. F. des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes [6. SGGÄndG] vom 17.8.2001 [BGBl I S. 2144]; BTDrucks 14/5943, S. 25).

Auf den Vortrag des Beschwerdeführers, die aufschiebende Wirkung der von der Kassenärztlichen Vereinigung erhobenen Klage wirke sich existenzvernichtend aus, ist das Sozialgericht nicht eingegangen, obwohl es die Erfolgsaussichten der Klage der Kassenärztlichen Vereinigung auf Grund einer summarischen Prüfung verneint und zugunsten des Beschwerdeführers für das Verfahren Kostenerstattung angeordnet hat. Damit hat es dem Beschwerdeführer im Ergebnis effektiven Rechtsschutz verweigert. Wegen weiterer diesbezüglicher Einzelheiten wird auf den Beschluss der erkennenden Kammer vom 4.9.2000 verwiesen.

c) Der angegriffene Beschluss beruht – mit Ausnahme der Kostenentscheidung – auf dem festgestellten Verfassungsverstoß. Die Verfassungsverletzung ist festzustellen (§§ 93 c, 95 Abs. 1 BVerfGG). Eine Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Sozialgericht gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG ist entbehrlich, weil das einstweilige Rechtsschutzbegehren wegen der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen im Hauptsacheverfahren gegenstandslos geworden ist und die Kostenentscheidung des Sozialgerichts den Beschwerdeführer nicht beschwert hat.

3. Die Entscheidung über die notwendigen Auslagen folgt aus § 34 a Abs. 2 BVerfGG, die Festsetzung des Wertes des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit beruht auf § 113 Abs. 2 S. 3 BRAGO in Verbindung mit den vom BVerfG dazu entwickelten Grundsätzen (vgl. BVerfGE 79, 365 [366 ff.]).

GG Art. 13; LV Mecklenburg-Vorpommern § 5

1. Eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz ist zulässig, wenn in ihm bestimmt ist, dass davon abgesehen werden kann, einen heimlich durchgeführten Vollzugsakt nachträglich den Betroffenen bekanntzugeben.

2. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes aus Art. 70 GG für das allgemeine Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist auch dafür gegeben, dass das Landesrecht den Weg dazu eröffnet, präventiv erhobene Daten zur Strafverfolgung umzuwidmen. Die Befugnis zur Nutzung dieser Daten für die Strafverfolgung kann sich nur aus dem Strafverfahrensrecht ergeben.

3. Art. 5 Abs. 3 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (LV), wonach die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte Bestandteil dieser Verfassung sind, verweist auf die jeweils geltende – ggf. nach Inkrafttreten der Landesverfassung geänderte – Fassung der einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes („dynamische Verweisung“).

4. Die in Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG n. Everwendeten Begriffe, welche die notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen der Überwachung von Wohnungen zum Zweck der Gefahrenabwehr festlegen, sind vorrangig nicht nach Maßgabe des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern spezifisch verfassungsrechtlich auszulegen.

5. Eine Vorschrift, die der Polizei die Befugnis gibt, zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person Wohnungen mit technischen Mitteln zu überwachen, entspricht den inhaltlichen Anforderungen des durch Art. 5 Abs. 3 LV in den Grundrechtsbestand des Landes inkorporierten Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG n. F. Vor Inkrafttreten dieser Verfassungsnorm ermächtigte Art. 13 Abs. 3 GG a. F. zu einer solchen Regelung.

6. Art. 13 Abs. 4 GG bietet keine Grundlage für die Überwachung von Wohnungen mit technischen Mitteln zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten im Sinne der polizeilichen Aufgabenzuweisung nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 SOG MV.

a) Für den Begriff „öffentliche Sicherheit“ in Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG hat die Nennung „insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr“ eine tatbestandsteuernde Funktion. Andere



Gefahren müssen, damit zu ihrer Abwehr Wohnungen heimlich überwacht werden dürfen, von vergleichbarer Wertigkeit sein.

b) Auch durch den Begriff „dringend“ wird betont, dass der Eingriff nur zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter zulässig ist.

c) Die organisierte Begehungsform von Straftaten ist kein Umstand, der generell oder auch nur regelmäßig geeignet wäre, ihnen ein solches Gewicht zu geben, dass sie in den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 GG hineinwachsen. Nur ein geringer Teil der banden-, gewerbs-, serienmäßig oder sonst organisiert begangenen Kriminalität ist organisierte Kriminalität. Wie weit das Drohen von Straftaten der organisierten Kriminalität die heimliche Überwachung von Wohnungen rechtfertigen kann, hat der Gesetzgeber zu erwägen.

d) Der Begriff „Abwehr“ in Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG schließt es aus, dass Wohnungen mit technischen Mitteln zur Verhütung von Störungen der öffentlichen Sicherheit, die nicht unmittelbar bevorstehen, und zur möglichen Verfolgung künftiger Straftaten überwacht werden.

7. Der durch ihren Art. 5 Abs. 3 in die Landesverfassung einbezogene Art. 13 Abs. 4 GG bestimmt in verfassungsmäßiger Weise Grenzen der in Art. 13 Abs. 1 GG gewährleisteten Unverletzlichkeit der Wohnung. In der heimlichen Überwachung von Wohnungen liegt ein Eingriff von höchster Intensität. Auf allen Stufen des Eingriffs ist strikt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

8. Andere als die für die Gefahr verantwortlichen Personen dürfen durch die Überwachung von Wohnungen nur betroffen werden, soweit das unvermeidbar ist.

9. Besondere Vertrauensverhältnisse – z. B. unter Ehepartnern – sind bei Eingriffen, durch die schwere Schäden für besonders hohe Rechtsgüter abgewendet werden sollen, nicht absolut geschützt. Indessen ist ein Eingriff in Vertrauensverhältnisse nachrangig gegenüber einem Eingriff, durch den Vertrauensverhältnisse nicht berührt werden.

10. Auch für mittels Amts- oder Berufsgeheimnis geschützte Vertrauensverhältnisse darf für den polizeilichen Notstand bestimmt werden, dass ihr Schutz hinter dem Allgemeininteresse an der Verhinderung schwerer Schäden für besonders hochrangige Rechtsgüter zurücktritt.

11. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass für den Bereich der Gefahrenabwehr Strafverteidiger nicht aus dem Kreis derjenigen herausgenommen worden sind, die im polizeilichen Notstand unter engen gesetzlichen Voraussetzungen Betroffene einer heimlichen Datenerhebung sein können.

12. Die im Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern enthaltenen Verfahrensvorschriften über die Anordnung der Überwachung von Wohnungen mit technischen Mitteln sind verfassungsmäßig.

13. Die Zielpersonen, auf die sich eine Überwachung richtet, und die anderen von der Maßnahme Betroffenen haben grundsätzlich einen Anspruch auf Unterrichtung.

14. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entbindet die Polizei nicht von ihrer Verantwortung dafür, dass die Unterrichtung des Betroffenen sicherzustellen ist.

15. Eine Regelung, nach welcher der Landesbeauftragte für den Datenschutz erst dann zu unterrichten ist, wenn die Überwachung den Betroffenen nach fünf Jahren nach Abschluss der Maßnahme nicht mitgeteilt worden ist, ist verfassungswidrig.

16. Personenbezogene Daten, welche die Polizei aus der Überwachung von Wohnungen oder von besonderen Vertrauensverhältnissen zum Zweck der Gefahrenabwehr erlangt hat, dürfen nur insoweit zur Strafverfolgung umgewidmet werden, als es sich um Straftaten handelt, bei denen der Eingriff auch im Strafverfahren hätte stattfinden können.

LandesverfG Mecklenburg-Vorpommern,
Urt. v. 18.5.2000 – LVerfG 5/98

Anmerkung der Schriftleitung: Der Text der Entscheidung, von der hier nur die beigegebenen Leitsätze abgedruckt sind, kann bei der Schriftleitung angefordert werden.

ZPO §§ 182, 191

1. Bei einer Ersatzzustellung durch Niederlegung ist der Ort der Zustellung/der Mitteilung über die Niederlegung in verkehrsüblicher Weise auch nach Straße und Hausnummer näher zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, so leidet die Zustellung unter einem erheblichen Mangel, der die Zustellung unwirksam macht.

2. Eine Berichtigung der Zustellungsurkunde nach ihrer Rücksendung ändert an diesem Ergebnis grundsätzlich nichts.

OLG München, Beschl. v. 11.12.2001 – 21 W 2569/01

Aus den Gründen: II. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde des Bekl gegen den, landgerichtlichen Beschl. v. 22.8.2001 ist zulässig (§§ 700, 339, 341 Abs. 2, 567, 569, 577 ZPO).

Das Rechtsmittel ist begründet.

Die Postzustellungsurkunde, mit der die Zustellung des Vollstreckungsbescheids vom 26.3.2001 beurkundet werden sollte, enthält einen wesentlichen Mangel. In der Urkunde ist lediglich die Gemeinde als Ort der Zustellung (§ 191 Nr. 1 ZPO), nicht aber Straße und Hausnummer genannt. Bei einer (Ersatz-)Zustellung durch Niederlegung (§ 182 ZPO) ist jedoch der Ort der Zustellung/der Mitteilung über die Niederlegung in verkehrsüblicher Weise auch nach Straße und Hausnummer näher zu bezeichnen (Zöller/Stöber, ZPO, 22. Aufl., § 191 Rdnr. 2; Musielak/Wolst, ZPO, 2. Aufl., § 191 Rdnr. 2; ähnlich Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl., § 191 Rdnr. 2; Wiczorek, ZPO, 2. Aufl., § 191 Anm. B I a, B II a 1).

Die Ansicht, die Räumlichkeit müsse angegeben werden, soweit dies bei der Ersatzzustellung der §§ 181 bis 184 ZPO nach § 191 Nr. 4 ZPO nötig sei (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 21. Aufl., § 191 Rdnr. 4; MünchKomm/Wenzel, ZPO, 2. Aufl., § 191 Rdnr. 2), führte im Streitfall eher nicht zu einem anderen Ergebnis. Es handelt sich hier nicht um einen kleinen Ort mit einigen wenigen Anwesen.

Die Zustellung ist wirksam bei bloßen Ungenauigkeiten, wenn sich aus dem Zusammenhang die notwendigen Bestandteile des § 191 ZPO feststellen lassen (BGH LM Nr. 2 zu § 191 ZPO; Thomas/Putzo aaO, § 191 Rdnr. 8; Stein/Jonas/Roth aaO, § 190 Rdnr. 5). Dies ist hier nicht der Fall. Es handelt sich im Streitfall auch nicht um die Verletzung einer Vorschrift bloß instruktioneller Natur wie etwa der Vorschrift des § 194 Abs. 2 ZPO, falls sich der Empfänger der Zustellung bei dem Zustellungsakt über die Person, für welche die Zustellung erfolgt, im klaren war.

Unwirksam ist nach herrschender Meinung die Zustellung, wenn einer der Bestandteile des § 191 Nr. 1 bis 7 ZPO fehlt (BGH LM Nr. 2 zu § 191 ZPO; BGH NJW 1990, 176 = Rpfleger 1989, 417; Thomas/Putzo aaO, § 191 Rdnr. 7; Stein/Jonas/Roth aaO, § 190 Rdnr. 4). Die Regelung des § 190 Abs. 1 ZPO und die strengen Voraussetzungen des § 191 ZPO hätten keinen Sinn, wenn die Zustellungsurkunde lediglich auf die Funktion eines Beweismittels beschränkt wird. Ist daher eine Zustellungsurkunde formell mangelhaft aufgenommen worden, so macht das die Zustellung unwirksam (Stein/Jonas/Roth aaO, § 190 Rdnr. 1; vgl. auch VGH Kassel, NJW 1996, 1074 m. w. N.).

Durch die Postzustellungsurkunde vom 30.3.2001 ist nicht die wesentliche Förmlichkeit belegt, dass die Zustellung des Vollstreckungsbescheids unter der – in der Urkunde nicht angegebenen – Zustellanschrift, nämlich in der Wohnung des Adressaten in der Kirschwiese 2, versucht und die Benachrichtigung über die vorzunehmende Niederlegung dort in den Hausbriefkasten eingelegt worden ist. Es entspricht nicht dem Normzweck von §§ 190 f. ZPO, die Wirksamkeit der Zustellung auf die bloße, auch aus dem übrigen Zusammenhang nicht belegte Vermutung zu stützen, der Zusteller habe zutreffende Kenntnis von der Wohnung des Empfängers gehabt. Es ist nicht zuverlässig auszuschließen, dass Zustellungsversuch und/oder Benachrichtigung, etwa irrtümlich, bei einer anderen Wohnung als der des Adressaten erfolgt sind (vgl. auch SchlHOLG SchIHA 1994, 287: wesentlicher Mangel bei Angabe einer falschen Hausnummer in der Urkunde; ebenso Musielak/Wolst aaO, § 191 Rdnr. 2; a. M. OLG Frankfurt/M. JurBüro 1998, 209 = OLGR 1998, 152). Die Beurkundung vom 30.3.2001 erfüllt nicht ihren Zweck, zweifelsfrei Beweis für den Zustellungsvorgang zu erbringen. Unwirksam ist die Ersatzzustellung durch Niederle-



gung u. a. dann, wenn nicht ordnungsgemäß beurkundet ist, ob und auf welche Weise die schriftliche Mitteilung an den Adressaten weitergeleitet wurde (BGH NJW 1990, 176/177; Zöller/Stöber aaO, § 191 Rdnr. 10 a. E.).

Durch die nachträgliche Berichtigung und Ergänzung vom 11.7.2001 auf einer Ablichtung der Zustellungsurkunde vom 30.3.2001, also auch nicht auf dieser selbst, ist die Unwirksamkeit der Zustellung nicht beseitigt worden. Denn die Beurkundung der Zustellung muss im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem Zustellungsvorgang erfolgen. Spätestens mit der Rückkehr der Zustellungsurkunde an das AG war der Zustellungsvorgang abgeschlossen und eine nachträgliche Ergänzung der Urkunde nicht mehr zulässig (Vgl. BGH NJW 1990, 176; Zöller/Stöber aaO, § 191 Rdnr. 1).

Die einzelnen Angaben in der Zustellungsurkunde muss der Zusteller ferner eigenhändig unterschreiben, damit er Gewähr für die Richtigkeit der Angaben bietet (Stein/Jonas/Roth aaO, § 191 Rdnr. 3 m. w. N.). Die Ergänzung und Berichtigung der Anschrift des Adressaten vom 11.7.2001 auf der Ablichtung der Postzustellungsurkunde hat nach dem Schriftbild aber eine andere Person als der Zusteller unterschrieben.

Der Zustellungsmangel lässt sich nicht im Wege des § 187 S. 1 ZPO heilen. Bei der Einspruchsfrist handelt es sich gem. §§ 339 Abs. 1, 700 ZPO um eine Notfrist, für die nach Wortlaut und Sinn des § 187 S. 2 ZPO eine Heilung von Zustellungsmängeln nicht in Betracht kommt (vgl. BGH NJW 1990, 176; SchlHOLG SchIHA 1994, 287 m. w. N.).

Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Vollstreckungsbescheid entgegen den Vorschriften der §§ 699 Abs. 4, 329 Abs. 3 ZPO nicht wirksam zugestellt wurde, die Einspruchsfrist von zwei Wochen (§§ 700, 339 Abs. 1 ZPO) nicht zu laufen begann und der Einspruch am 27.6.2001 somit rechtzeitig eingelegt wurde. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zu der Feststellung, dass der Einspruch des Bekl rechtzeitig eingelegt wurde.

Weil somit keine Notfrist versäumt wurde, ist für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kein Raum (§ 233 ZPO).

Mitgeteilt von Richter am OLG Jürgen Schmidt, München

ZPO §§ 41, 42; § 383 Abs. 1 Nr. 3; BRAO § 20 Abs. 1 Nr. 3

Die Verwandtschaft eines Richters mit dem Prozessbevollmächtigten einer Partei kann die Besorgnis der Befangenheit begründen. Das gilt auch, wenn der Richter der Onkel des Prozessbevollmächtigten ist. Als Anhaltspunkt für die Begründung der Besorgnis der Befangenheit können die Vorschriften des § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (Aussageverweigerungsrecht) und § 20 Abs. 1 Nr. 3 BRAO (Zulassungsveragung bei einem Gericht) dienen.

LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 14.12.2001 – 6 Sa 523/01

Aus den Gründen: Gem. §§ 64 Abs. 7, 49 Abs. 1 ArbGG, § 42 ZPO kann ein Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der den Richter von der Ausübung ausschließt (§ 41 ZPO) oder der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Das Vorliegen derartiger Gründe kann auch von dem betroffenen Richter angezeigt werden, § 48 ZPO.

Ein Grund der Ausschließung vom Richteramt, § 41 ZPO liegt nicht vor, da einer der in § 41 ZPO aufgelisteten Fälle nicht vorliegt. Bei der Aufzählung handelt es sich um eine abschließende.

Jedoch ist die Verwandtschaft des Vorsitzenden Richters zum Prozessbevollmächtigten der Bekl geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit, § 42 ZPO, zu rechtfertigen. Ob der Richter tatsächlich befangen ist, ist ohne Bedeutung. Maßgeblich ist nur, dass eine Besorgnis dieser Befangenheit bestehen kann. Eine nahe Verwandtschaft kann eine solche Besorgnis begründen (Zöller/Vollkommer, Rdnr. 13 zu § 42 ZPO).

Bei einem Verwandtschaftsverhältnis zwischen Onkel und Nefen handelt es sich noch um eine nahe Verwandtschaft. Als Anhaltspunkt kann hier die in § 383 ZPO getroffene Entscheidung über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen und in § 20 BRAO über die Versagung der Zulassung dienen.

Nach § 383 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ist zur Verweigerung des Zeugnisses u. a. berechtigt, wer mit einer Partei in der Seitenlinie bis zum 3. Grad verwandt ist. Ein Neffe ist aber, wie sich aus § 1589 BGB ergibt, in der Seitenlinie im 3. Grad verwandt. Wenn der Gesetzgeber bei der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts davon ausging, dass ein Zeuge sich wegen seiner persönlichen Beziehung zu einer Partei belastet sehen und mit seiner Wahrheitspflicht in Konflikt geraten könnte, muss die selbe Wertung für die Frage der Besorgnis der Befangenheit gelten. Zwar handelt es sich bei dem Aussageverweigerungsrecht des § 383 ZPO um ein verzichtbares. Das führt jedoch nicht dazu, dass etwa eine Erklärung des Richters oder seines Verwandten, er fühle sich nicht befangen, die durch die Verwandtschaft begründete Besorgnis ausräumen könnte.

Nach § 20 Abs. 1 Ziff. 3 soll die Zulassung eines Rechtsanwalts bei einem Gericht versagt werden, wenn der Bewerber mit einem Richter dieses Gerichts in der Seitenlinie bis zum 3. Grad verwandt ist. Diese gesetzliche Wertung beruht auf der Annahme, dass bei einem nahen Verwandtschaftsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Richter in jedem Prozess, an dem beide verfahrensmäßig beteiligt sind, die Gegenseite Grund zum Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters haben könnte. Dem soll von vornherein und ohne Rücksicht auf den jeweiligen Einzelfall generell vorgebeugt werden (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 16.5.2000 – 16 W 100/00 – SchHA 2000, 253).

Mitgeteilt von dem LAG Schleswig-Holstein

Impressum

Herausgeber: Deutscher Anwaltverein e.V., Littenstr. 11, 10179 Berlin (Mitte), Tel. 030/726152-0, Fax 030/726152-191, e-Mail: anwaltsblatt@anwaltverein.de. **Schriftleitung:** Dr. Peter Hamacher (v. i. S. d. P.) und Udo Henke, Rechtsanwälte, Anschrift des Herausgebers. **Verlag:** Deutscher Anwaltverlag und Institut der Anwaltschaft GmbH, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn, Tel. 0228/91911-0, Fax 0228/9191123; e-Mail: schwabe@anwaltverlag.de Konto: Sparkasse Bonn Kto.-Nr. 17532458, BLZ 38050000. **Anzeigen:** MD Medien Dienste GmbH, Ingrid Oestreich (v. i. S. d. P.), Baumweg 19, 60316 Frankfurt a. M., Tel. 069/943331-0, Fax 069/4990386, e-Mail: info@mdmedien.de. **Technische Herstellung:** Hans Soldan GmbH, Boeholder Str. 259, 45356 Essen, Tel. 0201/8612205, Fax 0201/8612241; e-Mail: mittweg@soldan-druck.de. **Erscheinungsweise:** Monatlich zum Monatsanfang. **Bezugspreis:** Jährlich 121,- € (inkl. MWSt.) zzgl. Versandkosten, Einzelpreis 11,- € (inkl. MWSt.). Für Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten. **Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag; Abbestellungen müssen einen Monat vor Ablauf des Kalenderjahres beim Verlag vorliegen. **Zuschriften:** Für die Schriftleitung bestimmte Zuschriften sind nur an die Adresse des Herausgebers zu richten. Honorare werden nur bei ausdrücklicher Vereinbarung gezahlt. **Copyright:** Alle Urheber-, Nutzungs- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Das gilt auch für Bearbeitungen von gerichtlichen Entscheidungen und Leitsätzen. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklich der Einwilligung des Herausgebers. ISSN 0171-7227.



Internet – Aktuell

• Rechtpraktisch.de bietet mit „adRem“ nun auch **Content für die Kanzlei-Homepage**. Damit wird es möglich, das Publikationsarchiv von Rechtpraktisch.de den eigenen Besuchern zur Verfügung zu stellen. Eigener Aufwand wird also entbehrlich.

Das Archiv enthält Veröffentlichungen der über 200 bei Rechtpraktisch.de registrierten Rechts- und Steuerberater aus allen Bereichen des Rechts. Die Anzeige der Inhalte erfolgt voll integriert im jeweiligen Layout der Kanzleiseiten. Deren Besucher kann im Online-Angebot der Kanzlei die Veröffentlichungen des Inhabers sowie die jeweils zehn aktuellsten Neuerscheinungen bei Rechtpraktisch.de einsehen. Daneben hat er die Möglichkeit, von den Kanzleiseiten aus das gesamte Rechtpraktisch-Archiv im Volltext nach Stichwörtern zu durchsuchen.

Der Vorteil für den Abonnenten: Sein Internet-Auftritt bietet den Besuchern nicht nur stets wechselnde Fachinformationen und den Zugang zu einem wachsenden Online-Archiv. Er präsentiert sich zusätzlich als Co-Autor eines großen Online-Nachschlagewerkes und unterstreicht damit die eigene Beratungskompetenz. Sollen die eigenen Veröffentlichungen im Vordergrund stehen, so können alle fremden Artikel vom Abonnenten per Mausklick ausgeblendet werden. In dieser Form stellt adRem ein einfach zu bedienendes Content-Management-System dar. Mit seiner Hilfe lassen sich die Inhalte der Seite ohne Eingriff in die Programmierung unkompliziert in Echtzeit aktualisieren.

Voraussetzung für die Nutzung von adRem ist die kostenfreie Anmeldung bei Rechtpraktisch.de sowie die Veröffentlichung mindestens eines eigenen Artikels. Das Abonnement kostet 18 EURO im Monat zzgl. USt.. Für vier Wochen kann das System kostenfrei getestet werden.

<http://www.rechtpraktisch.de/>
(HIT)

• Ein Hinweis aus dem letzten Newsletter von Netlaw.de: „Wer verhindern will, daß eine **Wunsch-Domain, die für einen anderen registriert ist**, während eines laufenden Streits klammheimlich auf einen Dritten übertragen wird, kann bei der DENIC e.G. nach § 3 Abs. 3 der DENIC-Registrierungsbedingungen einen Antrag auf Vornahme eines DISPUTE-Eintrags stellen. Die Registrierungsstelle beläßt die Domain dann zwar dem aktuellen Inhaber, verbietet ihm aber jede Verfügung über die Domain. DISPUTE-Anträge werden regelmäßig innerhalb von zwei Wochen kostenlos bearbeitet. Die DENIC e.G. nimmt DISPUTE-Einträge nur dann vor, wenn der Antragsteller in einem Formular versichert, daß er bessere Rechte an einer Adresse besitzt als der derzeit eingetragene Inhaber. Hierzu muß er in der Regel einen Handelsregisterauszug und/oder eine Markenurkunde vorlegen. Zudem muß er die Registry von allen etwaigen Schadensersatzansprüchen des Domain-Inhabers ausdrücklich freistellen. Die Sperre wird zunächst ein Jahr aufrechterhalten, kann dann aber verlängert werden, wenn die Zeit für eine gerichtliche Entscheidung des Streits nicht ausreichte. Die Eintragung ist (bislang) kostenfrei und erfolgt innerhalb weniger Stunden nach Eingang des Antrags.“

<http://www.netlaw.de/newsletter/news0202/index.html> (HIT)

• Nach einem Urteil des LG Düsseldorf vom 27.3.2002 (Az.: 12 O 48/02) ist es nicht zulässig, im **Index bzw. der Stichwortliste (Metatags)** einer Website Begriffe unterzubringen, wenn auf der entsprechenden Seite keine Informationen oder Inhalte zu diesen Begriffen bereitgehalten werden. Vorausgesetzt wurde der Einsatz im geschäftlichen Verkehr und zu Wettbewerbszwecken. Das Urteil ist nachzulesen bei:

http://www.netlaw.de/urteile/lgd_32.htm (HIT)

• **Neue Literatur zum Thema Internet und Recht:** Im Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, erschien das „Rechts-Handbuch zum E-Commerce“ (Herausgeber: Moritz/ Dreier). Das Werk umfaßt 1.224 Seiten und soll 124 € kosten. Im gleichen Verlag wurden bereits „Vertragsrecht der Internet-Provider“ (Spindler) und „Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter“ (Spindler) aufgelegt. Weitere Informationen sowie eine Leseprobe finden sich unter:

http://www.otto-schmidt.de/ovs_verlagskatalog/vk_buchtipps_1005.html

bzw. bei

<http://www.otto-schmidt.de> (HIT)
(Hauptseite, auch mit aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung)

• Wer als Anwalt eine Homepage unterhält sollte rasch prüfen, ob die **Anforderungen des neuen § 6 Telemediengesetz** eingehalten wurden. Nach dessen Nr. 5 Buchstabe a bis d sind nun unter anderem auch Angaben über die Berufsbezeichnung, Kammerzugehörigkeit, berufsrechtliche Regelungen (wie BORA, BRAO, BRAGO, FAO) und sogar die USt-Identifikationsnummer sowie Partnerschaftsregisternummer (sofern vorhanden) auszubringen. Der Aufwand läßt sich minimieren, indem man einen ergänzenden Link auf die dazu eingerichtete Service-seite der BRAK erstellt.

<http://www.brak.de/aktuelles/1.Seite/TDG.html> (HIT)

• Darüber hinaus informiert die **Website der BRAK** z. B. über relevante Gesetzgebungsvorhaben, Berufsrecht, anwaltsgerichtliche Rechtsprechung, Gebühren, Gebührenumstellung.

<http://www.brak.de/> (HIT)

Zusammengestellt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Timm Hitzfeld, Augsburg (HIT) und Rechtsanwalt Udo Henke, DAV, Berlin (HEN).