

Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt im Parteibetrieb – eine neue Haftungsfalle?

Der Gesetzgeber will handeln – was gilt aber bis dahin?

Rechtsanwalt Dr. Philipp Rüppell und Lukas Fuchs, München

Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt hat eine lange Tradition. Sie ist – und das gilt nicht für ältere Anwältinnen und Anwälte – Ausdruck einer besonderen Kollegialität, die die Berufsgruppe Anwaltschaft für viele kennzeichnen sollte. Umso erstaunter und überraschter war die Praxis, dass es keine Berufspflicht zur Mitwirkung einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt gibt (BGH, AnwBl 2016, 70). Dem vom Anwaltssenat des BGH entschiedenen Fall lag allerdings auch ein außergewöhnlicher Sachverhalt zugrunde, in dem der Anwalt bei einer Mitwirkung an der Zustellung tatsächlich das Geschäft des Gegners betrieben hätte. Der Gesetzgeber will die Lücke jetzt in der kleinen BRAO-Reform – die aktuell im Bundestag zur Entscheidung ansteht – schließen. Die Autoren erläutern im Detail, was gilt, bis nach einer BRAO-Änderung die Satzungsversammlung tatsächlich die Mitwirkung an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zur Berufspflicht gemacht hat.

I. Einleitung

Bei der Zustellung von Dokumenten von Anwalt zu Anwalt galt bisher weitestgehend das Verständnis, aus Kollegialität und um dem Berufsrecht zu entsprechen, an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt durch Ausstellen des Empfangsbekanntnisses mitwirken zu müssen. Dies entsprach auch der einhelligen Meinung in der Literatur, die eine berufrechtliche Pflicht zur Mitwirkung gemäß § 14 Abs. 1 BORA annahm.¹ Der Anwaltssenat des BGH hat im Oktober 2015 anders entschieden.² Er stellte fest, dass für den empfangenden Anwalt grundsätzlich keine Pflicht besteht, an der Zustellung eines Dokuments von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken. Eine solche Pflicht ergebe sich weder aus der ZPO noch aus § 14 BORA.

In Verfahren, in denen die Zustellung auf Betreiben der Parteien zugelassen oder vorgeschrieben ist, kommt der Zustellung von Anwalt zu Anwalt als einfache und kostengünstige Alternative große Bedeutung zu.³ Dabei dient das Empfangsbekanntnis gemäß § 195 Abs. 2 ZPO als Nachweis der Kenntnisnahme und damit auch der Wahrung rechtlichen Gehörs.⁴

Die Entscheidung des BGH führt auf der einen Seite zu einer bedenklichen Entwertung der Zustellung von Anwalt zu Anwalt bei der fristgebundenen Zustellung im Parteibetrieb. Auf der anderen Seite ergeben sich Unsicherheiten mit Blick auf die anwaltliche Haftung. Als Reaktion auf diese Feststellungen hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Gesetzentwurf zur Umset-

zung der Berufsanerkennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe die entsprechende Erweiterung der Satzungskompetenz der Bundesrechtsanwaltskammer in § 59b BRAO vorgesehen.⁵ Dieser Beitrag soll Aufschluss darüber geben, wie die Entscheidung die Praxis bis zu einer Änderung der BRAO und einem dann möglicherweise folgenden Beschluss der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer zur Einführung einer berufrechtlichen Mitwirkungspflicht bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt beeinflussen wird. Ein Augenmerk liegt auf den Erwägungen, die Anwälte von nun an anstellen müssen, bevor sie an einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt mitwirken.

II. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 2015 (AnwSt (R) 4/15)

Nach Erlass einer einstweiligen Verfügung weigerte sich der Anwalt der Verfügungsbeklagten, für das von Anwalt zu Anwalt zugestellte Urteil ein Empfangsbekanntnis auszustellen. Der Anwalt der Verfügungsklägerin hatte die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erst einen Tag vor Ablauf der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO erhalten. Aufgrund der Weigerung des Beklagtenanwalts konnte das Urteil nicht mehr rechtzeitig vollstreckt werden; in der Folge verzichtete die Klägerin auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung. Das AnwG Düsseldorf konnte keine Berufspflichtverletzung des empfangenden Anwalts feststellen.⁶ Sein Urteil hielt im Ergebnis einer Überprüfung durch den AnwGH Hamm⁷ stand und wurde schließlich durch den Bundesgerichtshof bestätigt.

Alle drei Instanzen stützten sich darauf, dass § 59b Abs. 2 Nr. 6 lit. b BRAO nur eine Ermächtigungsgrundlage für die Konkretisierung der Pflichten gegenüber Behörden und Gerichten sei. Das AnwG verneinte deshalb schon die Anwendbarkeit von § 14 BORA. Nach Ansicht des BGH soll § 14 BORA dem Wortlaut, der Systematik und dem Willen des Satzungsgebers nach zwar Anwendung auf Zustellungen von Anwalt zu Anwalt finden. Insoweit sei der Satzungsgeber durch § 59b Abs. 2 Nr. 6 lit. b BRAO aber nicht zur Pflichtenormierung ermächtigt. Auch § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO biete keine hinreichende Rechtsgrundlage. Eine Pflicht zur Mitwirkung enge die in der ZPO eröffneten Handlungsspielräume ein und bräuchte deshalb eine klare gesetzliche Grundlage. Die in § 14 BORA benannte Berufspflicht beanspruche sogar Vorrang vor den Verpflichtungen aus der Mandatsvereinbarung. Verpflichtungen dieser Reichweite decke § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO nicht ab.

1 Kleine-Cosack, BRAO, Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 14 BORA Rn. 1; Schwärzer, in Feurerich/Weyland BRAO, § 14 BORA Rn. 3; Römermann/Günther, in BeckOK BORA, 10. Ed. 2015, § 14 Rn. 4; Häublein, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 195 Rn. 7.

2 BGH, Ur. v. 26.10.2015 – AnwSt (R) 4/15 = AnwBl Online 2015, 627 (Volltext, Kurzfassung AnwBl 2016, 70) = NJW 2015, 3672.

3 Häublein, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 195 Rn. 1; Stackmann, JuS 2007, 634.

4 Stackmann, a.a.O.

5 Bundestags-Drucksache 18/9521 vom 5. September 2016 (Regierungsentwurf), siehe auch die Bundesratsäußerung (Bundesrats-Drucksache 431/1/16 vom 12. September 2016) mit der Forderung in Ziffer 3, eine gesetzliche Pflicht zur Mitwirkung bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zum Beispiel in der ZPO zu verankern, und die ablehnende Gegenäußerung der Bundesregierung (Bundestags-Drucksache vom 12. Oktober 2016).

6 AnwG Düsseldorf, Ur. v. 17.03.2014 – 3 EV 546/12-T – , juris (AnwBl 2014, 653, Volltext AnwBl Online 2014, 223); dabei ging das AnwG sogar so weit, in der Mitwirkung am Empfangsbekanntnis zum Nachteil des eigenen Mandanten einen strafbewährten Parteiverrat gemäß § 356 StGB zu sehen.

7 AnwGH Hamm, Ur. v. 7.11.2014 – 2 AGH 9/14 = AnwBl 2015, 272 (Volltext AnwBl Online 2015, 127) = NJW 2015, 890.

III. Konsequenzen für die anwaltliche Zustellungspraxis

Auf das Urteil des BGH folgten zustimmende wie kritische Reaktionen, immer verbunden mit dunklen Prophezeiungen für die zukünftige Praxis. Von einer „Gefahr“ für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt war die Rede.⁸ Ein „neues Kapitel der Haftungsrechtsprechung“ wurde vorhergesagt.⁹ Die Bedenken sind nicht ganz von der Hand zu weisen.

Anerkannt ist das Gebot des sichersten Weges.¹⁰ Im Rahmen der Schadensverhütungspflicht muss ein Anwalt den sichersten und gefahrlosesten Weg für seinen Mandanten wählen.¹¹ Bisher konnte eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt als sicheres Mittel der Zustellung gesehen werden. Sicherer war jedoch schon immer die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher. Denn auch vor dem Urteil des Bundesgerichtshofs barg die Zustellung von Anwalt zu Anwalt Risiken.¹² Eine Zustellungsfiktion bei verweigerter Mitwirkung folgte auch aus der vermeintlichen Berufspflicht nicht.¹³ Mit anderen Worten musste ein Anwalt schon zuvor damit rechnen, dass der gegnerische Anwalt das Empfangsbekanntnis – vermeintlich berufspflichtwidrig – nicht ausstellt und so die Zustellung verhindert.

Der BGH hat die Unsicherheit der Zustellungsmethode verstärkt. Von nun an muss der Anwalt, der sich für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt entscheidet, damit rechnen, dass die Mitwirkung verweigert wird. Mit Blick auf seine Haftung wird er sich deshalb direkt an den Gerichtsvollzieher wenden. Dies ist jedenfalls dann zu empfehlen, wenn mit der Zustellung Nachteile für den Gegner verbunden sind.¹⁴

IV. Haftungsrechtliche Konsequenzen für den Empfängeranwalt

Unsicherheiten ergeben sich auch auf Seiten des Anwalts, der ein von Anwalt zu Anwalt zuzustellendes Dokument empfängt. Wenn es an der Pflicht fehlt, bei der Zustellung mitzuwirken, so muss man fragen, ob der Anwalt daran überhaupt noch mitwirken darf.¹⁵ Verschiedene Konstellationen sind denkbar, bei denen eine Mitwirkung von Vorteil oder von Nachteil für den Mandanten sein kann. Gerade in letzterem Fall kann eine falsche Entscheidung des Anwalts nun Haftungsfolgen nach sich ziehen.

Haftungsfallen können auftreten, wo eine Zustellung im Parteibetrieb nach §§ 191 ff. ZPO zumindest fakultativ ist. Denn nur dort ist die Möglichkeit eröffnet, dass Anwälte gemäß § 195 ZPO Schriftstücke direkt übermitteln. Im Zivilprozess ist die Zustellung von Amts wegen die Regel.¹⁶ Die Zustellung im Parteibetrieb hat einen begrenzten Anwendungsbereich. In einigen Verfahren kann die Zustellung im Parteibetrieb beantragt oder durch das Gericht angeordnet werden. Seltener ist sie obligatorisch.

1. Eilverfahren

Für die Vollziehung von einstweiligen Verfügungen und Arrestanordnungen muss die Zustellung im Parteibetrieb erfolgen (§§ 922, 936, 929 Abs. 2 ZPO). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arrest oder die Verfügung durch Beschluss (§ 922 Abs. 2 ZPO) angeordnet wurde.¹⁷ Erlässt das Gericht ein Verfügungsurteil (§ 922 Abs. 1 ZPO), wird dieses von Amts wegen zugestellt. Für eine Vollziehung bedarf es jedoch auch hier einer Zustellung im Parteibetrieb. Der Verfügungskläger

muss innerhalb Vollziehungsfrist seinen Willen äußern, von der einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen.¹⁸

Eine Vollziehung nach Ablauf der Monatsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO ist ausgeschlossen. Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand kommt nicht in Betracht.¹⁹ Die strenge Handhabung der Frist soll eine Durchsetzung nach längerer Zeit und unter veränderten Umständen verhindern.²⁰

a) Pflichtverletzung

Im Arrestverfahren und beim Erlass von einstweiligen Verfügungen hat der Verfügungsbeklagte ein Interesse, dass die Frist des § 929 Abs. 2 ZPO durch den Gläubiger versäumt wird. Nach Verstreichen der Frist kann er gemäß § 927 ZPO die Aufhebung erwirken. Es obliegt allein dem Gläubiger, den Fristablauf durch rechtzeitige Vollziehung abzuwenden. Wird das die Vollstreckung bewirkende Schriftstück von Anwalt zu Anwalt zugestellt, eröffnet sich eine Einflussmöglichkeit des empfangenden Anwalts. Hierbei muss er pflichtgemäß handeln. Seine Pflicht ist die umfassende Interessenwahrnehmung seines Mandanten.²¹ Er muss Nachteile für seinen Mandanten vermeiden.²²

Als Maßstab gilt ein gewissenhaft handelnder, die allgemeinen Normen der Berufsausübung einhaltender Anwalt.²³ Die Interessenwahrung des Mandanten kann also durchaus eine Grenze in den allgemeinen Berufspflichten des Anwalts finden. Der BGH hat jedoch klargestellt, dass Anwälte primär den Interessen ihrer Mandanten verpflichtet sind.²⁴ Wenn schon keine Berufspflicht besteht, kann sich der Anwalt künftig nicht darauf berufen, dass die Mitwirkung an der Zustellung etwaigen Gepflogenheiten entspricht.

b) Haftungs begründende Kausalität

Die Pflichtverletzung des Anwalts muss für den Nachteil des Mandanten ursächlich sein. Der vorliegende Fall war insoweit eindeutig. Da der Anwalt der Verfügungsklägerin die Zustellung erst einen Tag vor Fristablauf in die Wege leitete, war ein zweiter Zustellungsversuch durch den Gerichtsvollzieher faktisch unmöglich. Hätte der empfangende Anwalt das Empfangsbekanntnis vollzogen, wäre die notwendige wie hinreichende Bedingung der Vollziehung der Anordnung erfüllt worden. Durch die Weigerung wurde sie dagegen endgültig abgewendet.

Schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn zwischen Empfang des Urteils und Fristablauf einige Zeit liegt. Verweigert der Anwalt die Annahme, hat die Gegenseite möglicherweise noch genug Zeit, einen Zustellungsversuch durch den Ge-

8 Bauer, NJW-Spezial 2015, 446.

9 Lauda, NJW 2015, 890 (892).

10 Vgl. nur Fischer, NJW 1999, 2993 (2994) m.w.N.

11 Vill, in HdB Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 109 ff.

12 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Aufl. 2016, § 195 Rn. 2: z.B. die Gefahr, dass das Empfangsbekanntnis verschwindet.

13 Kolb, WRP 2016, 198

14 Möller, GRUR-Prax 2015, 46.

15 So auch Kolb, WRP 2016, 198.

16 Häublein, MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 166 Rn. 20.

17 Häublein, MüKo ZPO, § 166 Rn. 20.

18 BGH, Ur. v. 22.10.1992 – IX ZR 36/92 = BGHZ 120, 73 (78 f.).

19 Vgl. nur Drescher, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 929 Rn. 8.

20 BGH, Ur. v. 25.10.1990 – IX ZR 211/89, NJW 1991, 496.

21 Vollkommer/Greger/Heinemann, AnwaltshaftungsR, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 10.

22 BGH, Ur. v. 25. 6. 1974 – VI ZR 18/73 = NJW 1976, 1865 (1866).

23 G. Fischer, in HB der Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 109 ff.

24 BGH, Ur. v. 26.10.2015 – AnwST (R) 4/15 = NJW 2015, 3672 (3673).

richtsvollzieher vorzunehmen. Die dadurch anfallenden Mehrkosten könnten dann dem eigenen Mandanten auferlegt werden²⁵ und damit wiederum zu einer Haftung führen. Denn durch seine Weigerung würde der empfangende Anwalt nur das Unausweichliche (kostenverursachend) hinauszögern. Auf der anderen Seite könnte gerade diese kurze Verzögerung zwischen erstem und zweitem Zustellungsversuch trotz der Mehrkosten für den Mandanten von Vorteil sein. Beispielsweise bei Unterlassungsanordnungen könnte in der Zeit bis zur Vollziehbarkeit noch wirtschaftlicher Nutzen aus der zu unterlassenden Tätigkeit gezogen werden. Freilich wäre man für diese Zeit gegebenenfalls Kompensationsansprüchen ausgesetzt, die der Mandant aber unter Umständen in Kauf zu nehmen bereit ist.

Die Mitwirkung am ersten Zustellungsversuch wäre dann eine Form des „beschleunigten Misserfolgs“. Der Bundesgerichtshof hat solche Schadensposten indes als nicht ersatzfähig eingestuft,²⁶ was er aus dem Grundsatz des normativen Schadensbegriffs ableitet. Danach kann Schaden im Rechtsinne nur sein, worauf der Mandant auch objektiv einen Anspruch hatte.²⁷

c) Haftungsausfüllende Kausalität

Wird die einstweilige Verfügung oder der Arrest durch Beschluss gewährt, fällt die Vollziehung zusammen mit der Verkündung gegenüber dem Antragsgegner. Wenn jedoch, wie im vom BGH behandelten Fall, ein Verfügungs Urteil erlassen wird, fallen Verkündung und Vollziehung auseinander. Wenn das Urteil bereits verkündet ist, stellt sich die Frage, ob aus der Mitwirkung des Anwalts an der Parteizustellung überhaupt noch ein Schaden erwachsen kann. Dies hat ebenfalls mit dem Grundsatz des normativen Schadensbegriffs zu tun.²⁸

Es wird vertreten, dass durch Urteil erlassene einstweilige Verfügungen mit ihrer Verkündung für den Verfügungsbeklagten bindend sind.²⁹ Dann wäre ein Schaden durch die Anwaltpflichtverletzung zu verneinen. Die spätere Zustellung des Urteils im Parteibetrieb änderte nichts mehr an der Handlungspflicht des Verfügungsbeklagten. Andere möchten mit Blick auf § 945 ZPO auf den Zeitpunkt der Vollziehung abstellen.³⁰ Wenn eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers bei ungerechtfertigter Verfügung erst mit Vollziehung eintrete,³¹ könne den Antragsgegner im Umkehrschluss auch erst ab dann die Pflicht treffen, den Befehl zu befolgen. Die Rechtsprechung nimmt zumindest in Fällen, in denen die als Urteil erlassene einstweilige Verfügung bereits eine Ordnungsmittelandrohung enthält, eine Pflicht zur Befolgung ab Verkündung an.³² Der Ausgangsfall zeigt jedoch, dass es Konstellationen gibt, in denen der Schuldner die Verfügung oder den Arrest erst ab Zustellung im Parteibetrieb zu beachten hat.³³ In diesen Fällen ist die Pflichtverletzung des Anwalts kausal für den Nachteil des Mandanten.

Aus der Pflichtverletzung durch Mitwirkung an einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt kann also grundsätzlich ein Schaden beim Mandanten folgen. Unterliegt der Mandant später im Hauptsacheverfahren (ohne dass dies auf einen Fehler des Anwalts zurückzuführen ist), wird man die Höhe des Schadens um den Betrag der Kompensationsansprüche senken müssen, denen der Mandant durch die Vollziehung entgangen ist.

d) Mitteilungspflicht gegenüber der Gegenseite?

Wenn keine Pflicht besteht, an einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken, besteht dann eine – kollegiale – Pflicht, die Verweigerung dem zustellenden Anwalt unverzüglich anzuzeigen?³⁴ Diese Frage hatte der BGH nicht zu entscheiden. Führt man die Argumentation sinngemäß fort, trifft den empfangenden Anwalt keine Pflicht zum Handeln, egal welcher Art. Eine unverzügliche Anzeige der Verweigerung würde allerdings nur zu einer zeitigeren Zustellung durch den Gerichtsvollzieher führen, bliebe also ein Fall des „beschleunigten Misserfolgs“.³⁵

Für den Empfängeranwalt käme in Betracht, die Gegenseite über die Verweigerungsabsicht möglichst lange im Unklaren zu lassen. Allerdings ist nur schwer vorstellbar, dass der Versenderanwalt sich bis zum Ablauf der Frist hinhalten lässt. Spätestens am letzten Tage der Frist müsste er dem Gebot des sichersten Weges entsprechen und eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher veranlassen.

2. Vollstreckungsverfahren (§ 750 ff. ZPO)

Im Vollstreckungsverfahren kommt der Zustellung im Parteibetrieb ebenfalls eine große Rolle zu. Sie ist in diesem Verfahrensstadium fast durchweg vorgeschrieben. Mit der Zwangsvollstreckung darf gemäß § 750 Abs. 1 ZPO nur begonnen werden, wenn dem Schuldner alle Urkunden, die die Grundlage der Zwangsvollstreckung bilden, zugestellt wurden.³⁶ Grundsätzlich muss gemäß § 172 ZPO an den Prozessbevollmächtigten zugestellt werden, sofern ein solcher bestellt ist.³⁷ Werden die Urkunden von Anwalt zu Anwalt zugestellt, trägt wiederum der empfangende Anwalt durch seine Mitwirkung zum Eintritt der Vollstreckungsvoraussetzungen bei. Da jedoch im Zwangsvollstreckungsrecht keine mit § 929 Abs. 2 ZPO vergleichbare Ausschlussfristen gegeben sind, kann die Verweigerung, ein Empfangsbekanntnis auszustellen, nur die Vollstreckung verzögern.

Für einen aus der Zwangsvollstreckung resultierenden Schaden haftet der Anwalt also grundsätzlich nicht. In Frage käme – in seltenen Fällen – ein Nutzungsausfall als Schaden, wenn die Mitwirkung des Anwalts zu einer früheren Vollstreckung führt. Im Gegensatz zu einstweiliger Verfügung oder Arrest, bei dem der Befehl auf eine Sache konkretisiert ist, kann der Gläubiger das Objekt der Zwangsvollstreckung frei auswählen. Der Schuldner hat womöglich ein berechtigtes Interesse daran, dass die Zwangsvollstreckung in eine vom Gläubiger gewählte Sache vorerst unterbleibt. Vorstellbar

25 Möller, NJW 2015, 3672 (3673).

26 BGH, Ur t. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00 = NJW 2005, 1935.

27 Vgl. Fischer, in Beck OK-BGB, 37. Ed. 2015, § 675 Rn. 25.

28 Fischer, a.a.O.

29 Stöber, in Zöller-ZPO, 31. Aufl. 2016, § 890 Rn. 4.

30 v. der Groeben, GRUR 1999, 674.

31 Kemper, Saenger ZPO, 6. Aufl. 2015, § 945 Rn. 11; a.A. Stöber in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 945 Rn. 14.

32 BGH, Beschl. v. 22.01.2009 – I ZB 115/07 = BGHZ 180, 72.

33 BGH, Ur t. v. 26.10.2015 – AnwST (R) 4/15 = NJW 2015, 3672.

34 Zu denken wäre an eine Pflicht gemäß § 14 Abs. 2 BORA, den der BGH nicht explizit behandelte. Eine Verpflichtung könnte a maiore ad minus oder zumindest analog auch für ordnungsgemäße Zustellungen angenommen werden. Als Ermächtigungsgrundlage wäre hier § 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO möglicherweise ausreichend.

35 Vgl. BGH, Ur t. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00 = NJW 2005, 1935.

36 Kindl, in Saenger ZPO, 6. Aufl. 2015, § 750 Rn. 1; Heßler, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 750 Rn. 65.

37 Lackmann, in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 172 Rn. 17.

wäre ein solches Interesse bei einem kleinen Unternehmen, wo in eine für den Betrieb notwendige Maschine vollstreckt werden soll. Die durch den eigenen Anwalt mitverursachte frühere Vollstreckung führte dann zu einem Schaden durch Wegfall der Nutzungsmöglichkeit für das Unternehmen. Gegen die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zum „beschleunigten Misserfolg“ spricht hier,³⁸ dass die Herauszögerung des Vollstreckungserfolgs nicht *per se* gewollt ist, sondern lediglich die Abwendung der Vollstreckung in die konkrete Sache.

§§ 750 Abs. 2, 756 Abs. 1 ZPO erlauben gleichzeitige Zustellung der Urkunden und Einleitung der Vollstreckung. Diese Möglichkeit ist allerdings nur eröffnet, wenn der Schuldner keinen Prozessbevollmächtigten hat.³⁹ In den Fällen, in denen eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt in Betracht kommt, müssen die Urkunden vor der Vollstreckung dem Schuldneranwalt zugestellt worden sein. Ein Anwalt, der an der Zustellung einer für die Zwangsvollstreckung notwendigen Urkunde mitgewirkt hat, kann sich also nicht damit exkulpieren, dass diese dem Mandanten ohnehin mit Vollstreckungsbeginn zugestellt worden wäre.

Einer Haftung des Empfängeranwalts steht möglicherweise § 765a Abs. 1 ZPO entgegen.⁴⁰ Da eine direkte Anwendung der Vorschrift ausgeschlossen ist, muss der empfangende Anwalt vorerst damit rechnen, dass in Konstellationen wie der geschilderten die Mitwirkung an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann.

3. Erkenntnisverfahren

Auch im Erkenntnisverfahren findet die Zustellung im Parteibetrieb Anwendung. Im rechtshängigen Verfahren können sogar klageerweiternde Schriftsätze im Parteibetrieb zugestellt werden.⁴¹ Dabei gilt, dass jeder Prozesspartei Gelegenheit gegeben werden muss, auf neues Vorbringen der Gegenseite angemessen zu reagieren.⁴²

Hier scheinen Haftungsfallen für den empfangenden Anwalt fernliegend. Der Mandant hat kaum ein Interesse daran, sich dem Sachvortrag des Gegners zu verschließen. Gar absurd ist die Überlegung, Schriftsätze des Gegners ablehnen zu müssen, wenn sie die eigene Prozesstaktik stören (was in der Natur der Sache liegt), aber der eigenen Linie zuträgliche Schriftsätze anzunehmen. Ohnehin kommt es jedenfalls für § 132 ZPO auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Eingangs beim Empfänger an.⁴³

Letztlich lässt auch hier der normative Schadensbegriff Ansätze zur Haftung entfallen. Vom Anwalt nicht genutzte Möglichkeiten zur Prozessverzögerung gehören zur Kategorie „beschleunigter Misserfolg“ und begründen keinen Schaden.⁴⁴ Das Berücksichtigen von gegnerischen Schriftsätzen, die ohne Zustellung unberücksichtigt geblieben wären, kann ebenfalls keine Haftung auslösen.

V. Parteiverrat (§ 356 StGB)

Das AnwG Düsseldorf beließ es nicht dabei, eine Pflicht zur Mitwirkung an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zu verneinen. Es erwähnte weiter – allerdings ohne ausgiebige Prüfung – § 356 StGB für den Fall, dass der Empfängeranwalt ein Empfangsbekanntnis ausgestellt hätte. Damit steht auch eine Straftat im Raum. Ist das AnwG dabei über das Ziel hinausgeschossen? Die Berufungsinstanz ließ offen, ob § 356 StGB

in einem Fall der pflichtwidrigen Mitwirkung einschlägig wäre. Der BGH kommentierte diesen Gedanken ebenfalls nicht. Eine Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen ist deshalb angebracht.

1. Tathandlung

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, wenn der Anwalt in derselben Rechtssache beiden Parteien pflichtwidrig dient. Der Begriff des Dienens umfasst jede Unterstützung in der Sache durch Rat oder Tat.⁴⁵ Die Tätigkeit muss eine finale Prägung aufweisen, also auf eine Förderung der Parteiinteressen abzielen.⁴⁶ Schlechte Prozessführung ist dabei genauso wenig ausreichend wie formelle Tätigkeiten ohne sachlichen Unterstützungsgehalt.⁴⁷ Kolb vertritt deshalb, dass die Mitwirkung an der Zustellung von Anwalt zu Anwalt bei einstweiligen Verfügungen keine gültige Tathandlung sei.⁴⁸ Ob es sich in dem Fall nur um eine rein formale Handlung handelt, mag jedoch bezweifelt werden. Denn, wie gezeigt, bewirkt erst die Zustellung die Pflicht des Verfügungsbeklagten, nach der Verfügung zu handeln. Das Ausstellen des Empfangsbekanntnisses hat insofern auch materielle Folgen.

2. Pflichtwidrigkeit

Die Pflichtwidrigkeit wird von der Rechtsprechung als normatives Tatbestandsmerkmal angesehen.⁴⁹ Das Dienen ist pflichtwidrig, wenn es gegensätzliche Interessen unterstützt.⁵⁰ Dabei bestimmt sich das Interesse nach den konkreten Umständen und dem Willen der Parteien.⁵¹ Dass Verfügungsbeklagter und Verfügungskläger gegensätzliche Interessen haben, liegt auf der Hand. Das Vollziehungsinteresse des Antragstellers steht im Gegensatz zum Interesse, die einstweilige Verfügung oder den Arrest abzuwenden.

3. Vorsatz

Der Anwalt muss die Tatumstände wie auch das Bestehen von gegenläufigen Interessen kennen; *dolus eventualis* ist ausreichend.⁵² Bisher konnte man davon ausgehen, dass ein Anwalt sich bei der Ausstellung des Empfangsbekanntnisses zumindest in einem Verbotsirrtum befand.⁵³ Wenn er nach der Literaturmeinung glaubte, an der Zustellung mitwirken zu müssen, irrte er über seine Pflichten im konkreten Fall. Dieser Irrtum ist jedoch seit der neuen Rechtsprechung vermeid-

38 S.o.

39 Vgl. Heßler, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 750 Rn. 67, 81.

40 Die Vorschrift dient als *ultima ratio* dem Schutz des Schuldners vor außergewöhnlicher Härte. Auch schwere Eingriffe unterhalb der Schwelle des § 765a ZPO muss der Schuldner grundsätzlich in Kauf nehmen und sollte sie deshalb nicht seinem Anwalt anlasten können. Vgl. Heßler, in MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 765a Rn. 1 ff.; Kindl, in Saenger, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 765a Rn. 4.

41 Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 74. Aufl. 2016, § 195 Rn. 3.

42 Insbesondere § 132 ZPO; vgl. auch Stackmann, NJW 2011, 3537.

43 Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 74. Aufl. 2016, § 132 Rn. 10; Druckenbrodt, NJW 2013, 2390 (2393).

44 S.o.

45 Vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 356 Rn. 10.

46 Heine/Weißer, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 356 Rn. 14; Kuhlén, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 4. Aufl. 2013, § 356 Rn. 19.

47 Kuhlén, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 4. Aufl. 2013, § 356 Rn. 18.

48 Kolb, WRP 2016, 198.

49 BGH, Urt. v. 13. Juli 1982 – 1 StR 245/82 –, juris; Dahs, in MüKo-StGB, 2. Aufl. 2014, § 356 Rn. 50 m.w.N.

50 Heger, in Lackner/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, § 356 Rn. 7.

51 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 356 Rn. 12.

52 Dahs, in MüKo-StGB, 2. Aufl. 2014, § 356 Rn. 66 ff.

53 Vgl. Heine/Weißer, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 356 Rn. 24f.

bar. Der BGH erwartet von jedem Anwalt zu Recht, seine Pflichten zu kennen.⁵⁴ Die Vermeidbarkeit hat dagegen hohe Anforderungen.⁵⁵

Allenfalls ein sehr unerfahrener Anwalt könnte sich auf Fahrlässigkeit berufen. In der Praxis ist die Annahme fahrlässigen Verhaltens bei § 356 StGB selten.⁵⁶ Erkennt ein Rechtsanwalt die widerstreitenden Interessen, wird er nicht auf den Nichteintritt der Folge vertraut haben. Denn seine Mitwirkung ist notwendige Handlung zur Vollziehung.

4. Zwischenergebnis

Zu Recht mahnt *Kolb* zur restriktiven Auslegung des Tatbestands.⁵⁷ Eine Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe erscheint für das bloße Mitwirken an der Zustellung sehr hoch. Daraus mag rechtspolitisch zu erwägen sein, die Vorschrift abzuschaffen.⁵⁸ Durch das Urteil des BGH mag dies noch verstärkt sein. Den Tatbestand müsste man jedoch, wie es das AnwG Düsseldorf andenkt, als erfüllt ansehen.

VI. Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 4. Mai 2016 als Ausgangspunkt

Der zu erwartende Marginalisierung der Zustellung im Parteibetrieb von Anwalt zu Anwalt hat, nachdem im Schrifttum bereits dunkelste Szenarien gezeichnet worden sind, ist das BMJV entgegengetreten. Der äußerst umfangreiche Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe sieht auch eine Änderung von § 59 b Nr. 8 BRAO dahingehend vor, dass die BRAK auch die Satzungscompetenz für *die Pflichten bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt* erhält.⁵⁹ Dies ist ausweislich der Begründung des Entwurfs die unmittelbare Reaktion auf die Entscheidung des BGH vom 26. Oktober 2015.⁶⁰ Der Gesetzentwurf wird nach der ersten Lesung im Bundestag in diesen Wochen im Rechtsausschuss des Bundestag behandelt.

VII. Fazit

Der Anwalt ist gemäß § 1 BRAO Organ der Rechtspflege; primär aber ist er den Interessen seines Mandanten verpflichtet. Beides kann in einem Spannungsverhältnis stehen.⁶¹ Man kann die Entscheidung des BGH als Stärkung des Leitbilds der Interessenvertretung sehen – oder aber die Aufforderung an den Gesetzgeber, verbindliche kollegiale Pflichten durch eine Erweiterung der Satzungscompetenz der BRAK eindeutig festzuhalten.⁶² So ist es mit dem Gesetzentwurf geschehen. Der Entscheidung des BGH ist jedenfalls *de lege lata* zuzustimmen. Haftungsrechtliche Unsicherheiten gehören

zum Beruf des Anwalts. Sie sind jetzt (zwischenzeitlich) um ein Minenfeld erweitert. Die neuen Haftungsrisiken bleiben aber auf wenige Verfahrensstadien begrenzt. Allerdings wird genau hier der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zu Lasten der Prozessökonomie vorerst keine nennenswerte Bedeutung mehr zukommen.

Bis zu einer Änderung der Rechtslage sollten Anwälte in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes an einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt nur noch nach Rücksprache mit dem Mandanten mitwirken und im Zweifel von einer Mitwirkung absehen. Im Erkenntnis – wie auch weitestgehend im Vollstreckungsverfahren kann die bisherige Praxis dagegen fortgeführt werden. Hier bleibt es dabei, dass die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ein kostengünstiges, schnelles Mittel und insofern im Interesse aller Prozessbeteiligten ist.⁶³

54 BGH, Urt. v. 30-09-1993 – IX ZR 211/92 = NJW 1993, 3323.

55 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 356 Rn. 14 a.

56 Dahs, NSTZ 1991, 561 (565).

57 Kolb, WRP 2016, 198.

58 Schlosser, NJW 2002, 1376 (1381); Dahs, in MüKo StGB, 2. Aufl. 2014, § 356 Rn. 10.

59 Bundestags-Drucksache 18/9521 vom 5. September 2016 (Regierungsentwurf), siehe auch die Bundesratsäußerung (Bundesrats-Drucksache 431/1/16 vom 12. September 2016) mit der Forderung in Ziffer 3, eine gesetzliche Pflicht zur Mitwirkung bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zum Beispiel in der ZPO zu verankern, und die ablehnende Gegenäußerung der Bundesregierung (Bundestags-Drucksache vom 12. Oktober 2016)

60 Vgl. Referentenentwurf vom 04.05.2016, S. 87.

61 So auch Lauda, NJW 2015, 890; Möller, NJW 2015, 3672 (3674).

62 Löffel, GRUR-Prax 2015, 542; Dahns, NJW-Spezial 2015, 94 (95); Bauer, NJW-Spezial 2015, 446 (447); kritisch hierzu Möller, NJW 3672 (3674).

63 So auch Möller, NJW 2015, 3672 (3674).



Dr. Philipp Rüppell, München

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Noerr LLP in München.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.



Lukas Fuchs, München

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Noerr LLP in München.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.