

Leitfaden Anwaltsstation im Referendariat

von
Rechtsanwalt
Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec.

A. Einleitung

Mit dem vorliegenden Leitfaden zur Ausbildung von Rechtsreferendaren in der Rechtsanwaltsstation soll versucht werden, dem Leser eine Orientierung über die wichtigsten, examensrelevanten Fragestellungen dieser Station zu vermitteln.

In erster Linie wird bezweckt, dem Rechtsreferendar bei der Erfassung, Strukturierung und Lösung anwaltsspezifischer Aufgabenstellungen Unterstützung zu bieten. Vor allem erweist es sich als vorteilhaft, frühzeitig die anwaltliche Denk- und Arbeitsweise anhand der Klausurtechnik zu üben.

Deshalb bildet die Darstellung der wichtigsten Klausurtechniken einen Schwerpunkt dieses Leitfadens.

Der Leitfaden orientiert sich an den aktuellen Ausbildungshinweisen der Bundesländer in der Rechtsanwaltsstation.

Er beansprucht nicht die umfassende und erschöpfende Abhandlung sämtlicher Rechtsthematiken und ersetzt nicht den ein oder anderen Blick in Rechtsprechung und Literatur. Berücksichtigt sind die Änderungen der letzten großen BRAO-Reform, die am 01.08.2022 in Kraft trat. Die vorliegende Fassung enthält zur Vorlageauflage nur redaktionelle Anpassungen.

Für Ihre Ausbildung und die Prüfungen im 2. Staatsexamen viel Erfolg!

B. Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	2
B.	Inhaltsverzeichnis.....	3
C.	Literatur.....	7
D.	Hauptteil.....	9
I.	Der Rechtsanwalt als Unternehmer.....	9
1.	Tätigkeitsformen.....	9
2.	Anwaltsmarkt, Erwerbchancen.....	16
3.	Existenzgründung.....	23
II.	Einführung in die Büroorganisation und den Bürobetrieb	26
1.	Leitung und Organisation	26
2.	Qualitätsmanagement	26
3.	Personalmanagement	27
4.	Office-Management.....	28
5.	Mandatsmanagement.....	30
III.	Standesorganisationen	32
IV.	Grundzüge des Berufsrechts	33
1.	Einleitung	33
2.	Zulassung als Rechtsanwalt.....	33
3.	Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts.....	34
4.	Willensbildung der Rechtsanwälte	43
V.	Grundzüge des Anwaltsgebühren- und -kostenrechts	44
1.	Einleitung.....	44
2.	Verfahrens- und Terminsgebühr.....	47
3.	Beweisgebühr.....	50
4.	Wertgebühren nach RVG.....	50
5.	Gebührenerhöhung für mehrere Auftraggeber.....	53
6.	Anrechnung von Gebühren nach dem RVG	53
7.	Abrechnung außergerichtlicher Strafverfahren.....	54
8.	Gebühren im Bußgeldverfahren	57
9.	Abrechnung der Auslagen nach dem RVG.....	60
VI.	Grundzüge der Anwaltshaftung	62
1.	Haftungsgrundsätze.....	62
2.	Anwaltpflichten.....	64
3.	Anwaltsverschulden.....	65
4.	Verjährung.....	65
VII.	Das Auftreten gegenüber dem Mandanten, Mandatsbearbeitung	66
1.	Einleitung.....	66
2.	Mandantengespräch und Mandatsbearbeitung.....	66
VIII.	Die Technik des Aktenvortrags.....	70

1.	Einleitung	70
2.	Vortrag einer anwaltlichen Beratungsaufgabe.....	70
a)	Einleitung	70
b)	Darstellung des Sachverhalts.....	71
c)	Entscheidungsvorschlag.....	71
d)	Stellungnahme	71
e)	Ergebnis.....	72
IX.	Grundlagen der Klausurtechnik in der Anwaltsklausur	72
1.	Einleitung	72
2.	Aufbau bei Prüfung aus Sicht des verklagten Mandanten (Beklagtenklausur Zivilrecht)	74
a)	Auslegungsstation.....	74
b)	Zulässigkeitsstation.....	74
c)	Klägerstation.....	75
d)	Mandantenstation (Beklagtenstation).....	75
e)	Replik.....	76
f)	Beweisprognosestation	76
g)	Zweckmäßigkeitserwägungen.....	77
h)	Praktischer Teil	77
3.	Aufbau bei Prüfung aus Sicht des klagenden Mandanten (zivilrechtliche Klägerklausur).....	78
a)	Mandantenstation (Klägerstation).....	78
b)	Erheblichkeitsprüfung	78
c)	Replik.....	79
d)	Beweisprognosestation	79
e)	Ggf. Gegenansprüche des Beklagten	79
f)	Zweckmäßigkeitserwägungen	79
4.	Zweckmäßigkeitserwägungen.....	80
a)	Rechtliche Gesamtschau	80
b)	Prozessuale Möglichkeiten.....	81
c)	Prozesstaktik.....	81
d)	Kostengesichtspunkte.....	81
e)	Zeitgesichtspunkte.....	82
f)	Vollstreckungsgesichtspunkte	82
5.	Sonderfälle in zivilrechtlichen Aufgabenstellungen	82
a)	Beklagtenklausur, bei der ein Urteil, Versäumnisurteil oder ein Vollstreckungsbescheid bereits ergangen ist.....	82
b)	Klägerklausur aus dem Vollstreckungsrecht.....	83
c)	Erledigung des Rechtstreits aus Sicht des Beklagten (Wie wird auf Erledigung reagiert?)	84
aa)	Teilgutachten bei Zustimmungsverweigerung.....	84
bb)	Teilgutachten bei Anschließungserklärung.....	84
cc)	Zweckmäßigkeit	84
dd)	Praktischer Teil	85

d)	Erledigung des Rechtsstreits aus Sicht des Klägers (Wie soll mit einem erledigenden Ereignis umgegangen werden?).....	85
e)	Verfahren nach dem erstinstanzlichen Urteil (selten).....	85
6.	Die anwaltliche Aufgabenstellung aus dem Strafrecht.....	86
a)	Einleitung.....	86
b)	Klausurtypen.....	88
aa)	Verteidiger im Ermittlungsverfahren.....	88
bb)	Exkurs: Durchsuchung in der Rechtsanwaltskanzlei.....	91
cc)	Verteidigung im Zwischenverfahren.....	95
dd)	Die Verteidigung in der Vorbereitung der Hauptverhandlung.....	96
ee)	Die Verteidigung in der Hauptverhandlung.....	97
ff)	Rechtsmittel.....	99
gg)	Vertretung des Verletzten im Strafverfahren.....	100
7.	Die anwaltliche Aufgabenstellung aus dem öffentlichen Recht.....	100
a)	Einleitung.....	100
b)	Einzelfragen.....	101
X.	Auswahl besonderer Fragestellungen anwaltlicher Tätigkeit.....	102
1.	Vollstreckungsrecht.....	102
a)	Allgemeines.....	103
aa)	Vorläufig vollstreckbarer Titel.....	103
bb)	Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen.....	103
cc)	Zuständigkeit Gerichtsvollzieher.....	103
dd)	Zuständigkeit Vollstreckungsgericht.....	103
ee)	Zuständigkeit Prozessgericht.....	103
ff)	Zuständigkeit Grundbuchamt.....	104
gg)	Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen.....	104
hh)	Vollstreckungshindernisse.....	104
ii)	Pfändungspfandrecht.....	104
jj)	Beendigung der Zwangsvollstreckung.....	104
kk)	Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen.....	105
ll)	Zwangsvollstreckung in Forderungen.....	105
mm)	Zwangsvollstreckung in andere Ansprüche.....	106
nn)	Vollstreckungsschutzantrag.....	106
2.	Vollstreckungsrechtsbehelfe im Zusammenhang mit der Vollstreckungsklausel.....	106
3.	Vollstreckungserinnerung § 766 ZPO.....	107
4.	Sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts § 793 ZPO.....	108
5.	Vollstreckungsgegenklage § 767 ZPO.....	108
6.	Drittwiderspruchsklage § 771 ZPO.....	109
7.	Klage auf vorzugsweise Befriedigung § 805 ZPO.....	111
XI.	Anwaltliche Sofortmaßnahmen.....	112
1.	Einstweilige Verfügung.....	112
2.	Arrest.....	114

3.	Urkundenverfahren, Wechsel- und Scheckprozess	115
XII.	Prozesskostenhilfverfahren	116
1.	Einleitung	116
2.	Besonderheiten im Rechtsmittelverfahren	117
3.	Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter	117
XIII.	Beispielklausuren mit Lösungshinweisen aus den drei Rechtsgebieten.....	120
1.	Die zivilrechtliche Aufgabenstellung.....	120
a)	Klausurfall	120
b)	Klausurlösungsvorschlag	127
2.	Die strafrechtliche Aufgabenstellung.....	131
a)	Klausurfall	131
b)	Klausurlösungsvorschlag	143
3.	Die öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung.....	149
a)	Klausurfall	149
b)	Klausurlösungsvorschlag	160
E.	Sachregister.....	166

C. Literatur

- Axmann [Hrsg.], Starthandbuch für Rechtsanwälte, 2002;
- Bähring/Roschmann/Schäffner, Das Mandantengespräch: Theorie, Besonderheiten, Regeln, 1989;
- Bilsdorfer, Der Rechtsanwalt und die mündliche Verhandlung vor dem Finanzgericht, NJW 2001, 331-338;
- Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005;
- Borutta, Das anwaltliche Mandantengespräch für Einsteiger, 1996;
- Brüning/Abel, Die moderne Anwaltskanzlei, 3. Aufl. 2001;
- Burmeister/Uwer, Neue Regeln für Anwälte bei der Geldwäschebekämpfung, AnwBl. 2008, 729-736;
- Diercks-Harms/Lemke-Küch, Assessorexamen – Rechtsanwaltsstation, 2. Aufl. 2004;
- Eggert, Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1996 bis 2006, BRAK-Mitt. 2009, S. 254-257; BRAK-Mitt. 2011, 118-122;
- Ehler, Das kündigungsschutzrechtliche Mandat, BB 1997, 1358-1361;
- Enders, Das RVG für Anfänger, 3. Aufl. 2005;
- Fischer, Zweckmäßigkeitserwägungen in der zivilrechtlichen Anwaltsklausur, JuS 1999, 900-903, 1002-1004;
- Forum Junge Anwaltschaft [Hrsg.], DAV-Ratgeber, 9. Aufl. 2004;
- Heussen, Gewinnverteilung – Strategie – Unternehmenskultur, AnwBl. 2007, 169-180;
- Genitheim, STAR 2018, BRAK-Mitt. 2018, 218-223;
- Hohmann, Das Mandantengespräch – Modelle und Methoden, FPR 2000, 115-123;
- Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998;
- Mayer, Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 4a RVG n.F., AnwBl. 2008, 473-478
- Mayer, Die „neue“ Vergütungsvereinbarung ab dem 01. Juli 2008, AnwBl. 2008, 479-483
- Oberlander, StAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 2001 – 2002, BRAK-Mitteilungen 2005, 252 ff.
- Offermann-Burckart, Interessenkollision – Was jeder Anwalt wissen sollte, AnwBl 2008, 446 ff.
- Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 1998;
- Römermann/Hartung [Hrsg.], Die Anwaltsstation nach neuem Recht, 1. Aufl. 2003;
- Schmucker, STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1993 bis 2000, BRAK Mitteilungen 2002, S. 246-251;
- Spengler, STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1998 bis 2004, BRAK Mitteilungen 2007, S. 46-48.
- Tempel, Grundzüge der Relationstechnik (§ 16), in: Mustertexte Bd. II;
- Trimborn v. Landenberg [Hrsg.], Erfolgreich starten als Rechtsanwalt, 3. Aufl. 2007;
- Winterhoff, Kanzleidurchsuchungen im Lichte von Grund- und Menschenrechten, AnwBl. 2011, 789-799

D. Hauptteil

I. Der Rechtsanwalt als Unternehmer

1. Tätigkeitsformen

Der Rechtsanwalt ist freiberuflich tätig. Dabei kann die Berufsausübung in den unterschiedlichsten rechtlichen Ausgestaltungen erfolgen.

Häufig wird der Berufsanfänger seine anwaltliche Tätigkeit entweder als angestellter Rechtsanwalt oder so genannter freier Mitarbeiter in einem Anwaltsbüro aufnehmen.

Angestellte Rechtsanwälte sind abhängig beschäftigt. Für sie gelten uneingeschränkt sämtliche Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers. Demgegenüber sind freie Mitarbeiter in der Regel gegenüber mindestens einem Berufsträger als Auftraggeber weisungsunabhängig selbständig tätig.

Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aus dem Jahre 1999 ist die rechtliche Ausgestaltung der Zusammenarbeit als freie Mitarbeit in eine „Grauzone“ gerückt worden. Über die Jahre erfuhr diese Problematik eine wiederholte regulatorische Überarbeitung, stets mit dem Ziel, eine möglichst große Anzahl berufstätiger Personen in den Status der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht zu überführen. Die sozial- und rentenversicherungsrechtliche Scheinselbständigkeit wird angenommen, wenn die Kriterien der sozial- und versicherungsrechtlichen Selbständigkeit nicht gegeben sind. Bei einer erwerbsmäßig tätigen Person wurde vermutet, dass sie beschäftigt ist, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorliegen:

- Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 400 Euro übersteigt.
- sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
- ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
- ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
- ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Vor allem die Tatsache, dass ein freier Mitarbeiter in der Regel (ausschließlich) nur für einen Auftraggeber tätig wird (werden darf), bereitet bei der Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status erhebliche Schwierigkeiten. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher auf die Einhaltung der Tatbestandsmerkmale des geachtet werden.

Die Regelung ist zwischenzeitlich (offiziell) aufgehoben und durch eine einfache Abgrenzung zwischen selbstständiger und abhängig beschäftigter Tätigkeit in § 7 Abs. 1 SGB IV iVm. § 7a SGB IV ersetzt

worden. Die vorgenannten Kriterien zur Abgrenzung werden von der Sozialverwaltung gleichwohl weiter herangezogen.

Zu beachten ist ferner, dass gem. § 2 Nr. 9 SGB VI ein Selbstständiger gleichwohl gesetzlich rentenversicherungspflichtig bleibt, wenn er

- im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt und
- er auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist.

Für Existenzgründer kommt lediglich eine auf drei Jahre befristete Befreiung in Betracht. Ist der Rechtsanwalt Pflichtmitglied in einem berufsständischen Versorgungswerk, dann wird er auf dieser Basis von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit.

Erhebliche Auswirkungen hatten die Urteile des Bundessozialgerichts vom 03.04.2014¹ für diejenigen Rechtsanwälte, die zugleich in einem ständigen Dienstverhältnis im Sinne von § 46 BRAO (Syndikusanwälte) stehen. Denn nach Ansicht des BSG sind solche Rechtsanwälte weisungsabhängig und nicht freiberuflich tätig, so dass die gesetzliche Rentenversicherung gilt, ohne Möglichkeit, ins berufsständige Versorgungswerk zu optieren, weil von einer vergleichbaren Tätigkeit nicht auszugehen sei. Die anwaltliche Berufsausübung sei in der äußeren Form der abhängigen Beschäftigung nicht möglich. Ungeachtet der im Einzelfall arbeitsvertraglich eröffneten Möglichkeiten, auch gegenüber dem Arbeitgeber sachlich selbständig und eigenverantwortlich zu handeln, sei allein die Eingliederung in die von diesem vorgegebene Arbeitsorganisation mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts unvereinbar. Betroffen sind etwa 40.000 Syndikusanwälte und angehende Syndikusanwälte.

Mittlerweile hat der Gesetzgeber reagiert. Noch im Juni 2015 wurde das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte beschlossen. Es erfolgte die statusrechtliche Anerkennung der Tätigkeit als Syndikusanwalt in einem Unternehmen als Rechtsanwalt. Dabei wurden aber bestimmte Einschränkungen vorgenommen. So ist die Tätigkeit von Syndikusanwälten grundsätzlich auf die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers beschränkt. Für Syndikusanwälte gilt ein Vertretungsverbot für den Arbeitgeber in Fällen des zivil- und arbeitsgerichtlichen Anwaltszwangs sowie ein weiter gehendes Vertretungsverbot in Straf- und Bußgeldverfahren. Ferner gelten für sie nicht das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht sowie das Beschlagnahmeverbot. Mit diesen Regelungen wird zum einen ermöglicht, dass Syndikusanwälte wie bisher – unter bestimmten Voraussetzungen auch rückwirkend – von der Rentenversicherungspflicht befreit werden und in den anwaltlichen Versorgungswerken verbleiben können. Dabei bleibt in Hinblick auf das Befreiungsrecht von der Rentenversicherungspflicht weitestgehend der bisherige Status quo aufrechterhalten. Zum anderen wurden bisweilen bestehende Rechtsunsicherheiten, etwa bei der Frage der Berücksichtigungsfähigkeit praktischer Erfahrungen aus der Syndikustätigkeit bei der Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung, beseitigt. § 46b Abs. 4 Satz 1 BRAO verpflichtet den Syndikusrechtsanwalt, der örtlich zuständigen

¹ Az. B 5 RE 13/14 R, B 5 RE 9/14 R und B 5 RE 3/14 R.

Rechtsanwaltskammer jede tätigkeitsbezogene Änderung des Arbeitsverhältnisses sowie jede wesentliche Änderung der Tätigkeit innerhalb des Anstellungsverhältnisses unverzüglich anzuzeigen. Die Informationspflichten sind erforderlich, um Syndikusrechtsanwälte tätigkeitsbezogen zulassen und feststellen zu können, ob die den Vorschriften des Sozialversicherungsrechts (§ 6 SGB VI) entsprechenden Voraussetzungen für die Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht vorliegen. Schon nach der bisherigen Rechtslage mussten von der Rentenversicherungspflicht befreite Syndikusrechtsanwälte beim Träger der Rentenversicherung eine die erneute Befreiung von der Versicherungspflicht für eine geänderte Beschäftigung beantragen².

Von der für die allermeisten Berufsanfänger wichtigen Frage nach der Rentenversicherung/Altersabsicherung zu unterscheiden ist die steuerrechtliche Einordnung als Selbständiger. Nach § 2 EStG ist Unternehmer, wer einen beruflichen Tätigkeit selbständig ausübt. Für das Merkmal der Selbständigkeit wird auf die Weisungsunabhängigkeit abgestellt. Die Problematik der sozial- und rentenversicherungsrechtlichen Scheinselbständigkeit stellt sich hier nicht.

Auf Grund der durch die Gesetzgebung geschaffenen Statusunsicherheiten ist es zu empfehlen, den sozial- und rentenversicherungsrechtlichen Status bei der gesetzlichen Rentenversicherung bestandskräftig feststellen zu lassen (§ 7a SGB IV). Nur auf diese Weise ist ein Statusprüfungsverfahren mit der Gefahr der Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen für die Vergangenheit vermeidbar. Die Empfehlung gilt erst recht, wenn der Berufsanfänger mit Erwerb der Rechtsanwaltszulassung Pflicht- oder freiwilliges Mitglied in einem berufsständigen Versorgungswerk wird.

Dem Berufsanfänger steht die (theoretische) Möglichkeit offen, sich als Einzelrechtsanwalt selbständig zu machen. Wegen der Marktengpass und dem zunehmenden Spezialisierungsgrad anwaltlicher Tätigkeit ist dieser Weg mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden.

Verbreiteter ist dagegen der Zusammenschluss mehrerer Berufsträger in einer Gesellschaft zur gemeinsamen Berufsausübung, §§ 59c BRAO. Die wirtschaftlichen Risiken werden gemeinsam geschultert (diversifiziert) und ein hoher Spezialisierungsgrad kann durch die Arbeitsteilung erreicht werden.

Grundsätzlich kommen als Rechtsformen sowohl diejenigen des Personengesellschaftsrechts als auch diejenigen des Kapitalgesellschaftsrechts in Betracht.

Nach der großen BRAO-Reform zum 01.08.2022 sind alle Rechtsformen in Deutschland, der EU und aus anderen Staaten der EU und des EWR für eine Anwaltsgesellschaft in Deutschland möglich. So kann es jetzt z.B. auch die Rechtsform der GmbH & Co. KG geben, ob das Berufsbild weiterhin nicht gewerblich bzw. kaufmännisch geprägt ist. Alle Berufsausübungsgesellschaften sind berufsrechtlich zulassungspflichtig und werden somit von der jeweiligen Rechtsanwaltskammer kontrolliert, soweit sie eine Haftungsbeschränkung aufweisen, §§ 59f, 31 Abs. 4 BRAO. Eine freiwillige Zulassung ist ebenfalls

² Vgl. Urteile des Bundessozialgerichts vom 31.10.2012; B 12 R 8/10 R, B 12 R 3/11 R und B 12 R 5/10 R.

vorgesehen, was im Zusammenhang mit der Einrichtung eines beA-Postfachs für Berufsausübungsgesellschaften zu sehen ist. Das Zulassungsverfahren richtet sich nach § 59g BRAO.

Verbreitet sind die Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Partnerschaftsgesellschaft. Denkbar wäre schließlich im internationalen Bereich die Gründung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV). Die EWIV beruht auf einer Europäischen Verordnung aus dem Jahre 1985. Einige EWIV's dienen dem internationalen Erfahrungsaustausch und zu einer gegenseitigen Mandatsvermittlung. Die EWIV darf selbst keine Rechtsberatung ausüben. Mit ihr wird die Berufstätigkeit der in ihr zusammengeschlossenen Rechtsanwälte oder Sozietäten unterstützt³.

Ähnlich wie in den medizinischen freien Berufen kann die gemeinsame Berufsausübung im Rahmen einer GbR in der Form einer Gemeinschaftskanzlei oder in der Form einer Bürogemeinschaft (§ 59q BRAO) erfolgen. Eine Gemeinschaftskanzlei zeichnet aus, dass die Berufsträger sämtliche Einnahmen und Ausgaben zusammen betrachten und Gewinne nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel zuordnen. Bei einer Bürogemeinschaft bleibt jeder Berufsträger grundsätzlich selbständig tätig. Lediglich die anfallenden Betriebskosten werden nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel verteilt. Mitglieder einer Bürogemeinschaft können neben allen anderen freien Berufen hier auch all jene Berufe sein, die ein Anwalt als Zweitberuf (§ 7 Nr. 8 BRAO) ausüben darf und die nicht das Vertrauen in die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden – mit Ausnahme der (in Sachsen-Anhalt nicht zugelassenen) Anwaltsnotare.

Die Unterscheidung ist insbesondere für die Außenhaftung der Sozien für Pflichtverletzungen eines Sozios von Bedeutung. Bei der Gemeinschaftskanzlei ist diese Haftung gegeben, sobald die Sozien gemeinsam unter Offenlegung ihrer Gemeinschaftskanzlei (Firma) nach außen auftritt. Demgegenüber legen die Berufsträger in Bürogemeinschaft regelmäßig ihre Selbstständigkeit voneinander nach außen offen. Nachdem die Rechtsprechung zunächst entsprechend dem Personengesellschaftsrecht eine Außenhaftung des eintretenden (Schein-)Sozios für vor dem Eintritt dieser Personen in der Sozietät begründete Verbindlichkeiten angenommen hat, hat der BGH am 22.01.2004 entschieden, dass ein Rechtsanwalt, der sich mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen Kollegen zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer GbR zusammenschließt, nicht entsprechend § 28 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 128 Satz 1 HGB für die im Betrieb des bisherigen Einzelanwaltes begründeten Verbindlichkeiten haftet⁴. Begründete wird diese Restriktion mit dem besonderen Vertrauensverhältnis des Mandanten zum Rechtsanwalt, auf Grund dessen nicht ohne weiteres von einer Übertragung des Mandats auch auf andere Kollegen der Sozietät ausgegangen werden könne, mithin auch nicht von einer Haftung. Die persönliche Leistungserbringung bei Mandatierung des Einzelanwaltes charakterisiere dessen berufliche Tätigkeit insgesamt. Bei § 28 HGB ist eine Unternehmenskontinuität gerade nicht ausschlaggebend. Offen bleibt die Haftung auf Grund von § 25 HGB sowie die Frage nach § 130 HGB. Dafür bejaht der BGH die deliktische Haftung der Sozietät auch für das Handeln von Scheinsozien⁵.

³ Römermann, in: Römermann/Hartung [Hrsg.], Anwaltsstation, 2003, § 18 Rn. 26.

⁴ BGH NJW 2004, 836; Besprechung: Jungk/Chab/Grams, BRAK-Mitteilungen 2/2004, 73; Langenkamp/Jaeger, NJW 2005, 3238-3241.

⁵ BGH AnwBl. 2007, 717 ff.; vgl. hierzu unter VI.1. Haftungsgrundsätze.

Konfliktpotenzial steckt in der gemeinsamen Berufsausübung vor allem in der Findung eines gerechten Gewinnverteilungsmaßstabes. Ein gutes Gewinnverteilungsmaßstabmodell berücksichtigt nicht nur die Leistungen bei der Bearbeitung von Mandaten, d.h. misst nicht nur den Erfolg der Mandatsbearbeitung, sondern auch Leistungen im Bereich des Wissensmanagements (Lehren und Lernen), der Akquisition (die noch nicht zum Umsatz führt) oder in allgemeinen Verwaltungsaufgaben (internen Aufgaben, Teilnahme an Konferenz usw.). Weiter muss die berufliche Zusammenarbeit den verschiedenen Anwaltstypen Rechnung tragen, vor allem der individuellen Lebensplanung, der Altersstruktur, den Arbeitstypen (Akquisiteure, Denker, Kommunikateure)⁶.

Möglich sind die Zusammenschlüsse von Berufsträgern in den Rechtsformen des Kapitalgesellschaftsrechts⁷. Am weitesten verbreitet ist dabei die so genannte Rechtsanwalts-GmbH, § 59c BRAO. Welche Voraussetzungen an die Gründung einer Anwalts-AG und die Ausgestaltung ihrer Satzung zu stellen sind, ist streitig⁸; die Möglichkeit als solche jedoch nicht. Zulässig ist seit dem 01.08.2022 ausdrücklich auch die Einmann-GmbH.

Seit dem 01.12.2007 erlaubt ist die Beteiligung einer Rechtsanwaltsgesellschaft an Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung bzw. die Beteiligung eines Rechtsanwaltes an einer oder mehreren Gesellschaften mit anderen Anwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern (sog. Sternsozietäten). Seit dem 01.08.2022 ist erlaubt, dass andere Freiberufler Gesellschafter einer Anwaltsberufsausübungsgesellschaft werden. Diese Möglichkeit besteht für alle freien Berufe, so dass neben den bis dahin möglichen Patentanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und Buchprüfern seit dem 01.08.2022 auch die Gesundheitsberufe (Ärzte, Apotheker), Architekten, Ingenieure sowie Unternehmensberater und hauptberufliche Sachverständige Gesellschafter werden können.

Zulässig ist ferner die Betätigungsform in Form einer Aktiengesellschaft⁹. Diese ist auch nach der Reform zum 01.08.2022 nicht gesetzlich geregelt. Eine direkte Anwendung der §§ 59 c ff. BRAO scheidet aus, da der Gesetzgeber unter dem Begriff der Rechtsanwaltsgesellschaft gemäß § 59 Abs. 1 BRAO nur solche mit beschränkter Haftung versteht und die Zulassung der Anwalts-AG als „nicht für den Anwaltsberuf opportun“ ansah¹⁰. In der Rechtsprechung ist seit der Entscheidung des BayObLG vom 27.03.2000¹¹ anerkannt, dass der Zusammenschluss von Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Aktiengesellschaft grundsätzlich zulässig ist. Eine Klärung zu berufsrechtlichen Fragen hat die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10.01.2005¹² gebracht. Der BGH verweist wegen des Gleichlaufs der zur Kapitalgesellschaft in der Rechtsform der GmbH auf die Bestimmungen der §§ 59 c ff. BRAO, an denen die Zulassung einer AG als Berufsausübungsgesellschaft auszurichten sei, solange eine gesetzliche

⁶ Vgl. hierzu sehr instruktiv: Heussen, AnwBl. 2007, 169 ff.

⁷ Für die AG: BayObLG MDR 2000, 733.

⁸ Analoge Anwendung der §§ 59c ff. BRAO: Kempter/Kopp, NJW 2000, 349; a.A. Römermann, ZAP 2000, 425 (428).

⁹ Zu den europäischen Gesellschaftsrechtsformen vgl. Wagner, AnwBl. 2009, 409-417.

¹⁰ Funke, Der Regierungsentwurf zur Rechtsanwalts-GmbH, AnwBl. 1998, 6.

¹¹ BayObLG, Beschluss vom 27.03.2000 – III ZBR 331/99, AnwBl. 2000, 368.

¹² BGH, Beschluss vom 10.01.05 – AnwZ (B) 27/03 und AnwZ (B) 28/03, AnwBl. 2005, 424.

Normierung der Zulassungsvoraussetzungen fehle. Hierzu gehört insbesondere eine Berufshaftpflichtversicherung.

Ebenfalls nicht geregelt, jedoch in der Bundesrepublik Deutschland weit verbreitet, ist die Rechtsanwalts-LLP (= Limited Liability Partnership, nicht zu verwechseln mit der Private Limited Company = Limited oder auch Ltd.)¹³. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsform des englischen Rechts, die einer Kapitalgesellschaft gleichsteht, aber auch Grundzüge einer Personengesellschaft aufweist¹⁴. Die Rechtsanwalts-LLP ist bislang in der BRAO nicht ausdrücklich geregelt. Inwieweit eine englische LLP mit deutschen Rechtsanwältinnen vor deutschen Gerichten postulationsfähig ist, hat der BGH bislang offen gelassen¹⁵. Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH zu den Privat Limited Company¹⁶ ist jedoch anerkannt, dass die Tätigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften in Deutschland auf dem Gebiet der Rechtsberatung zulässig ist. Weil die LLP auf Grund ihres Status der Partnerschaft ähneln kann, ist eine analoge Anwendung der Vorschriften des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes PartGG denkbar; maßgeblich hierfür soll die konkrete Ausgestaltung des Innenverhältnisses sein. Weil aber die Partnerschaft gemäß § 8 Abs. 2 PartGG eine gesamtschuldnerische Haftung des einzelnen Partners neben der Partnerschaftsgesellschaft begründet, was die LLP in aller Regel vermeiden will, kann die LLP nach englischem Recht der deutschen Partnerschaftsgesellschaft nicht generell gleichgesetzt werden. Darüber hinaus steht dem auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers in § 8 Abs. 2 EuRAG entgegen: Danach kann die persönliche Haftung durch die Rechtsform eines ausländischen Zusammenschlusses nur dann ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn die Berufshaftpflichtversicherung besteht, die den Vorschriften des § 59 j BRAO entspricht. Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass eine solche haftungsbeschränkende Rechtsform - wie es auch die RA-LLP ist - berufsrechtlich der RA-GmbH vergleichbar ist. Im Ergebnis sind somit die Vorschriften der §§ 59 c ff. BRAO entsprechend anzuwenden. Würde man die LLP dagegen als der Partnerschaft vergleichbar ansehen, so ergibt sich die Berechtigung zur Berufsausübung bereits aus § 7 Abs. 4 PartGG.

Problematisch ist allerdings die Haftungsverfassung der LLP, denn die gesellschaftsrechtliche Haftung einer ausländischen Gesellschaft richtet sich ausschließlich nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut¹⁷. Dieser Rechtsgrundsatz gilt unabhängig davon, ob die LLP in einem deutschen Register eingetragen ist. Die Haftungsbeschränkung der LLP auf deren Gesellschaftsvermögen gilt auch in den Fällen der fehlerhaften Beratungsleistung, da dem Mandanten vertragliche Ansprüche nur gegen die LLP zustehen. Das anzuwendende Haftungsrecht bestimmt sich nach Art. 27 ff. EGBGB, sodass in aller Regel (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB) das Recht des Staates zur Anwendung kommt, in dem die vertragliche Leistung zu erbringen ist. Eine persönliche Haftung des Partners einer LLP auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung als Partner kann sich nur aus dem ausländischen Gesellschaftsrecht ergeben. Gleiches gilt für die deliktische Haftung des Partners. Besonderheiten ergeben sich darüber hinaus für die

¹³ Empfehlungen des BRAK-Ausschusses Internationale Sozietäten, BRAK-Mitteilungen 2009, 22-24.

¹⁴ Dahns, Die englische LLP als Rechtsform für die anwaltliche Berufsausübung, NJW-Spezial 2005, 333.

¹⁵ BGH NJW 2009, 3162; zur Postulationsfähigkeit der für die LLP tätigen deutschen Rechtsanwältinnen - Schnabl, AnwBl 2010, 394.

¹⁶ BGH, NJW 2005, 1648.

¹⁷ BGH, NJW 2005, 1648.

Berufshaftpflichtversicherung. Nach dem annehmbaren englischen Recht bedarf eine Rechtsanwalts-LLP zunächst einer Berufshaftpflichtversicherung in England. Nach den „minimum terms and conditions of professional indemnity insurance for solicitors registered in England and Wales“ der „Law Society of England and Wales“ in der Fassung vom 01.10.2006 (Ziffer 2.1) bedarf die LLP der dortigen Pflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von £ 3 Mio.¹⁸.

Dabei besteht bei dieser Pflichtversicherung keine Gleichwertigkeit mit der Berufshaftpflichtversicherung nach den Vorschriften der BRAO (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 7 EuRAG). Der Grund ist darin zu sehen, dass die englische Pflichtversicherung bereits die Anspruchserhebung als Versicherungsfall definiert, während in § 51 Abs. 2 BRAO eine Verstoßdeckung begründet. Dementsprechend bedarf die LLP für die Berufsausübung einer eigenen Berufshaftpflichtversicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Hierbei ist auf § 59 j BRAO entsprechend zu verweisen. Daneben muss jeder Rechtsanwalt seinen persönlichen Versicherungsschutz im eigenen Namen fortführen. Es ergeben sich insoweit keine Besonderheiten gegenüber den in einer Rechtsanwalts-GmbH oder Rechtsanwalts-AG tätigen Rechtsanwälten.

Der bei der LLP tätige deutsche Rechtsanwalt ist nach der Rechtsprechung bei deutschen Gerichten postulationsfähig¹⁹. Zu diesem Ergebnis gelangt der BGH über die Auslegung der Prozesshandlung des Anwalts als solche seiner Person und nicht als eine solche, jedenfalls ausschließlich der LLP. Die Postulationsfähigkeit der LLP wird deshalb in Frage gestellt, weil derzeit nur wenige der in Deutschland tätigen LLPs im Partnerschaftsregister eingetragen sind²⁰.

Mangels eines Austrittsabkommens im Zusammenhang mit dem zum 31.01.2020 vollzogenen Austritt Großbritanniens aus der EU ist die gegenseitige Anerkennung von Rechtsformen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nicht mehr möglich. Allerdings hat die BRAO-Reform seit dem 01.08.2022 die Zulassung ausländischer Gesellschaftsrechtsformen ermöglicht, so dass das übliche internationale Kollisionsrecht gilt und damit insbesondere nach dem Herkunftslandprinzip das Gesellschaftsrechtsstatut (mit Haftungsprivileg).

Die soeben dargestellten Unterschiede in der Haftungsverfassung einer LLP im Vergleich zu einer Partnerschaft (§ 8 PartGG), veranlasste den Gesetzgeber, über eine Reform des PartGG nachzudenken. Das Problem lag darin begründet, dass durch § 8 PartGG die Haftungsverantwortlichkeit nur dem mandatsbearbeitenden Berufsträger zugewiesen ist. Bei komplexen Mandaten, aber auch in größeren Partnerschaften ist zunehmend eine arbeitsteilige Mandatsbearbeitung in Gruppen festzustellen. Die fortschreitende Spezialisierung führt dazu, dass die in der Gruppe tätigen Berufsträger nicht mehr in der Lage sind, die Arbeitsbeiträge ihrer Kollegen zu prüfen. Seit dem 19.07.2013 ist die Änderung des Partnerschaftsgesellschaftsrechts in Kraft²¹. Danach ist jetzt die Gründung einer Partnerschaft „mit beschränkter Berufshaftung“ möglich (§ 8 Abs. 4 PartGG). Bei Wahl dieser Rechtsform wird die beruflich veranlasste Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt. Erforderlich sind der Abschluss und der Nachweis

¹⁸ Vgl. www.lawsociety.org.uk//documents/downloads/mtc2006.pdf.

¹⁹ BGH NJW 2009, 3162.

²⁰ Schnabl, AnwBl. 2010, 394; Henssler, NJW 2009, 3136 (3137).

²¹ BGBl. 2013, Teil I Nr. 38, Seiten 2386 ff.

einer Berufshaftpflichtversicherung, § 59n BRAO. Soweit keine natürliche Person haftet oder deren Haftung begrenzt ist, beträgt die Mindestversicherungssumme von € 2,5 Mio. je Versicherungsfall (§ 51o Abs. 1 BRAO), wie schon bis zum 31.07.2022. Seit dem 01.08.2022 gilt dies im Prinzip weiter, jedoch mit Erleichterungen: Ist die Berufsausübungsgesellschaft klein (> 10 MA), verringert sich die Haftpflichtversicherungssumme auf € 1 Mio., § 59o Abs. 2 BRAO. Die Mindestversicherungssumme für Vollhafter beträgt T€ 500, § 59o Abs. 3 BRAO. Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können auf den Betrag der jeweiligen Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Gesellschafter und mit der Zahl der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, begrenzt werden, § 59o Abs. 4 BRAO. Ist eine Berufsausübungsgesellschaft Gesellschafter, so ist bei der Berechnung der Jahreshöchstleistung nicht die beteiligte Berufsausübungsgesellschaft, sondern die Zahl ihrer Gesellschafter und der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, maßgeblich. Die Jahreshöchstleistung muss sich jedoch in jedem Fall mindestens auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme belaufen. Die Haftungsbegrenzung ist im Firmenzusatz kenntlich zu machen (§ 7 Abs. 5 iVm. § 8 Abs. 4 PartGG). Die eigentliche Haftungsbegrenzung ist in § 8 Abs. 4 PartGG geregelt und sieht vor, dass für die Verbindlichkeiten der PartG aus Schäden im Rahmen der Berufsausübung nur das Gesellschaftsvermögen haftet, wenn eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung besteht und die Haftungsbeschränkung in der Bezeichnung der Partnerschaft deutlich gemacht wurde (bspw. „xyz PartG mbB“ oder „xyz PartmbB“).

Der so genannte Syndikusanwalt ist juristischer Angestellter eines Unternehmens mit der Befugnis, neben seiner Tätigkeit im Unternehmen als Rechtsanwalt tätig zu sein. Als Rechtsanwalt darf er sämtliche Interessen vertreten, mit Ausnahme der Interessen desjenigen Unternehmens, bei dem er abhängig beschäftigt ist, § 46 BRAO. Der Syndikusanwalt ist seit dem 19. Jahrhundert in Deutschland als Institution bekannt²², er wird bisher jedoch nicht legaldefiniert und seine Rechtsstellung ist umstritten. Berufsrechtlich hatte der Syndikusrechtsanwalt bis zum Jahre 2015 keinen festen Status. Durch die im Jahre 2015 erfolgte Neuordnung des Berufsbildes, einschließlich seiner altersversorgungsrechtlichen Aspekte, hat sich das geändert²³.

2. Anwaltsmarkt, Erwerbchancen

Die berufliche Betätigung des Rechtsanwalts bewegt sich in einem schwierigen Marktumfeld. Die Komplexität des geltenden Rechts zwingt zur Spezialisierung. In der Folge – wenn auch nicht allein aus diesem Grund – sind Konzentrationsbestrebungen im Rechtsanwaltsmarkt durch Zusammenschlüsse in zunehmenden Maße zu beobachten. Jedoch auch ständig steigende Betriebskosten bei gleichzeitig rückläufigen Einnahmen zwingen im häufiger Einzelanwälte und Berufsausübungsgemeinschaften zu Zusammenschlüssen. Einen weiteren Aspekt stellt die steigende Internationalisierung des Rechts dar, wobei hier Zusammenschlüsse vor allem in den deutschen Ballungszentren zu beobachten sind.

²² Zur historischen Entwicklung des Syndikusanwalts vgl. [Hellwig](#), AnwBl. 2015, 2 ff. und [Henssler](#), in: [Henssler/Prütting](#), BRAO, 4. Auflage 2014, § 46 BRAO, Rn. 2 ff.

²³ Siehe bereits oben beim Stichwort „Scheinselbständigkeit“.

Die demografische Entwicklung geht allerdings auch nicht am anwaltlichen Berufsbild vorbei, so dass sich derzeit die Marktchancen deutlich verbessert haben und die anwaltlichen Berufe mit anderen juristischen Berufen konkurrieren.

Hinsichtlich der Einkommenssituation darf man weiterhin sagen, dass die so genannten „goldenen Zeiten“ der Vergangenheit angehören. Tendenziell rechtfertigen die Einkommen gering spezialisierter Einzelanwälte je nach geografischer Region kaum noch die Aufwendungen und Entbehrungen eines rechtswissenschaftlichen Studiums. Daher muss der Fokus auf der Spezialisierung liegen.

Seit 1993 führt das Institut für Freie Berufe (IFB) jährlich eine Befragung zur beruflichen und wirtschaftlichen Situation der Anwaltschaft durch. Die Erhebung betrachtet die Entwicklung des Zeitraumes zwischen 1996 und Herbst 2017²⁴. Dabei zeichnet sich in den neuen und in den alten Bundesländern eine unterschiedliche Entwicklung ab.

Der persönliche Jahreshonorarumsatz der Einzelanwälte in den alten Bundesländern, die ausschließlich in eigener Kanzlei tätig waren, sank nach starken Rückgängen in den Vorjahren im Jahr 2006 gegenüber 2004 um 9,7 %, nach einem Anstieg um 15,5 % in 2004 im Vergleich zu 2002. Zwischen 2006 und 2008 gab es keine nennenswerten Unterschiede. Im Jahre 1999 lag der durchschnittliche Umsatz bei EUR 137.000,00, während er im Jahre 2002 auf EUR 116.000,00 sank, um im Jahre 2004 wieder bei TEUR 134 zu liegen; in 2006 und 2008 waren es TEUR 121, 2010 TEUR 133 und 2017 TEUR 164. In den neuen Bundesländern blieb der durchschnittliche Jahresumsatz im Jahre 2002 beinahe auf dem Vorjahresniveau von EUR 103.000,00. Er sank um lediglich 1,9 %²⁵. Im Vergleich zu den Jahren 1996 (DM 254.000,00) und 1998 (DM 220.000,00) ist in Ostdeutschland ebenfalls ein Umsatzrückgang zu verzeichnen. Im Jahre 2004 lag der Umsatz bei TEUR 112 und damit um 8,7 % höher als in der Vorperiode²⁶. Von 2004 auf 2006 sank der Umsatz um 5,4 % auf TEUR 106²⁷, um im Jahre 2008 auf TEUR 114 (+ 7,5 %) zu steigen, 2010 TEUR 115 und 2017 TEUR 98²⁸. Neuere Zahlen sind derzeit nicht verfügbar.

Eine positivere Entwicklung zeichnet sich bei den lokalen Sozietäten ab: Sie erzielten in den alten Bundesländern im Jahre 2002 durchschnittlich EUR 155.000,00 Umsatz, während sich der durchschnittliche Umsatz im Jahre 1999 noch auf DM 329.000,00 belief. Im Jahre 2004 waren es wieder TEUR 168, ein Plus von 8,4 % gegenüber 2002²⁹; auf 2006 ein Plus von 3,6 % auf TEUR 174³⁰ und 2008 plus 1,1 % auf TEUR 176, 2010 TEUR 186 und 2017 TEUR 264³¹. In Ostdeutschland demgegenüber wieder eine wechselhafte Entwicklung: Der durchschnittliche Umsatz sank im Jahre 2002 im Vergleich zum Vorjahr

²⁴ Vgl. Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 ff.; Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 ff.

²⁵ Oberlander, BRAK-Mitt. 2005, 252 (252).

²⁶ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (46).

²⁷ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (254).

²⁸ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (119); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (155); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (220).

²⁹ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (46).

³⁰ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (254).

³¹ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (119); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (155); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (219).

um 4,4 % auf EUR 112.000,00³². Das ist der niedrigste Umsatz seit Erhebung der STAR-Statistik 1993. Besserung bei den ostdeutschen lokalen Sozietäten in 2004: TEUR 125 und damit 11,6 % mehr als 2002³³. In 2006 gab es einen erneuten Umsatzzuwachs von 3,2 % auf TEUR 129³⁴. 2008 setzten die ostdeutschen Sozietäten dagegen durchschnittlich TEUR 118 (8,5 % weniger als 2006) um, 2010 TEUR 134 und 2017 TEUR 176³⁵. Die Angaben beziehen sich auf einen Partner je Sozietät. Neuere Zahlen sind derzeit nicht verfügbar.

Bei den überörtlichen Sozietäten gab es im Zeitraum zwischen 1999 und 2000 einen Umsatzrückgang von 16,6 % bei den westdeutschen Kanzleien, während die ostdeutschen Kanzleien ein durchschnittliches Umsatzplus von 8,4 % erzielten³⁶. In 2002 ergab sich in westdeutschen überörtlichen Sozietäten eine deutliche Erholung im Vergleich zum Vorjahr (9,2 %). Der persönliche Umsatz belief sich 2002 auf durchschnittlich EUR 237.000,00, um in 2004 wieder deutlich abzufallen auf TEUR 218. In 2006 verbesserte sich die Situation wieder mit einem Umsatzplus von 6,9 % auf TEUR 233³⁷. 2008 waren es TEUR 255 (+ 9,4 % zu 2006), 2010 TEUR 320³⁸. Die ostdeutschen überörtlichen Sozietäten konnten eine Umsatzsteigerung im Vergleich zum Vorjahr in 2002 nicht erreichen (TEUR 152 und damit 13,6 % weniger als 2001)³⁹. In 2004 erzielten sie durchschnittlich einen persönlichen Umsatz von TEUR 143, also nochmals etwa 5,9 % weniger als 2002⁴⁰. Ganz anders im Jahre 2006: Hier ergab sich eine Umsatzsteigerung von 38,5 % auf TEUR 198⁴¹. Diese positive Entwicklung knickte 2008 mit einem Minus von 5,6 % auf TEUR 187 ein, um in 2010 wieder bei TEUR 216 zu liegen⁴². In den neueren Untersuchungen findet sich keine Differenzierung zwischen örtlichen und überörtlichen Sozietäten.

Bei Rechtsanwälten, die selbständig mindestens 40 Stunden pro Woche arbeiten (sog. Vollzeit-Rechtsanwälte), ergibt sich ein vergleichbares Bild zu demjenigen der ausschließlich in eigener Kanzlei tätigen Rechtsanwälte.

Von den Umsätzen zu unterscheiden ist die persönliche Einkommenssituation der Rechtsanwälte, d.h. der Gewinn vor Steuern, der nach Abzug der Betriebsausgaben.

Für Einzelanwälte in den alten Bundesländern sanken die persönlichen Gewinne im Jahre 2000 auf DM 71.000,00 ab. Im Jahre 2000 setzte sich der seit 1997 einsetzende Gewinnrückgang fort. Ostdeutschen Rechtsanwälten verblieben im gleichen Jahr DM 74.000,00 (1999: DM 78.000,00)⁴³. Die Tatsache,

³² Oberlander, BRAK-Mitt. 2005, 252 (252).

³³ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (46).

³⁴ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (254).

³⁵ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (119); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (156); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (219).

³⁶ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (247).

³⁷ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (255).

³⁸ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (120); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (156).

³⁹ Oberlander, BRAK-Mitt. 2005, 252 (252).

⁴⁰ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (46).

⁴¹ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (255).

⁴² Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (120); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (156).

⁴³ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (248).

dass in Ostdeutschland die Umsätze im Wesentlichen unverändert geblieben sind, belegt, dass die Betriebsausgaben angestiegen sind. In 2002 verzeichneten westdeutsche Vollzeit-Einzelanwälte eine Gewinnerhöhung um 14,6 % (Überschuss EUR 47.000,00), die ostdeutschen Kollegen schnitten deutlich schlechter ab (Anstieg 8,6 %, Überschuss EUR 38.000,00)⁴⁴. Die Schere hat sich von EUR 6.000,00 auf EUR 9.000,00 erweitert. In 2004 gab es bei den westdeutschen Einzelanwälten nochmals 4,3 % weniger als im Zeitraum 2002: die Überschüsse lagen 2004 bei TEUR 45⁴⁵. In 2006 erhöhte sich dann wieder der Gewinn um 13,3 % auf TEUR 51⁴⁶ und in 2008 nochmals um 3,9 % auf TEUR 53 und lag in 2010 bei TEUR 57 sowie 2017 bei TEUR 79⁴⁷. Bei den ostdeutschen Kollegen verblieben in 2004 TEUR 40 und in 2006 stieg der Gewinn um 2,5 % auf TEUR 41⁴⁸ und in 2008 um 12,2 % auf TEUR 46, 2010 lag er bei TEUR 48 und 2017 bei TEUR 55⁴⁹. Neuere Zahlen sind derzeit nicht verfügbar.

In den lokalen Sozietäten der alten Bundesländer ist die Gewinnentwicklung über die Zeitachse verteilt dramatischer. Die durchschnittlichen Gewinne lagen im Jahre 2000 mit DM 135.000,00, 15,1 % niedriger als 1999 und damit fast auf dem Stand von 1992 (DM 130.000,00). Umgekehrt der Trend in Ostdeutschland: Hier lagen die Gewinne 2000 bei DM 106.000,00 und damit 15,2 % über den Vorjahresgewinnen. 1998 lagen hier die Gewinne jedoch noch bei durchschnittlich DM 124.000,00⁵⁰. Im Jahre 2002 ein etwas anderes Bild: 6,9 % über dem Vorjahr, Durchschnittsüberschuss westdeutscher lokaler Sozietäten bei EUR 77.000,00 je Partner, in Ostdeutschland 4,3 % über Vorjahr, Überschuss im Durchschnitt bei EUR 49.000,00 je Partner. Im Jahre 2004 verdienten lokale Sozietäten in den alten Bundesländern je Partner TEUR 84 (+ 9,1 % ggü. 2002), in den neuen Bundesländern TEUR 51 (+ 4,1 % ggü. 2002)⁵¹. In 2006 waren es TEUR 88 (West, + 4,8 % ggü. 2004) bzw. TEUR 64 (Ost, + 25,5 % ggü. 2004)⁵². Im Jahre 2008 betrug der Gewinn je Partner in Westdeutschland TEUR 89 (+ 1,1 %), 2010 TEUR 99 und 2017 TEUR 142. Im Osten waren es 2008 TEUR 55, was einen erheblichen Rückgang zu 2006 von 14,1 % bedeutet, 2010 waren es TEUR 66 und 2017 TEUR 109⁵³. Der scheinbare Gewinnsprung zwischen 2010 und 2017 dürfte zu einem erheblichen auf die abgeschaffte Differenzierung zwischen örtlichen und überörtlichen Sozietäten zurückzuführen sein.

Die westdeutschen überörtlichen Sozietäten sind durch die negative Entwicklung über die Zeitachse verteilt am stärksten gebeutelt worden. Im Jahre 2000 belief sich der durchschnittliche Gewinn auf DM 190.000,00 in den alten und DM 138.000,00 in den neuen Bundesländern. Im Jahre 1999 waren es noch DM 279.000,00 (West) und DM 127.000,00 (Ost). Der Rückgang betrug damit in Westdeutschland

⁴⁴ Oberlander, BRAK-Mitt. 2005, 252 (253).

⁴⁵ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (47).

⁴⁶ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (255).

⁴⁷ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (121); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (157); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (220).

⁴⁸ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (255).

⁴⁹ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (121); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (157); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (220).

⁵⁰ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (248).

⁵¹ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (47).

⁵² Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (256).

⁵³ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (121); Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (157); Genitheim, BRAK-Mitt. 2018, 218 (220).

31,9 %. In Ostdeutschland wurde ein Anstieg um 8,7 % erzielt⁵⁴. Im Jahre 2002 hat sich an diesem Bild nicht viel verändert: Westdeutsche Partner erzielten EUR 89.000,00 (Vorjahr: EUR 99.000,00, Rückgang: 11,2 %). Ostdeutsche Partner erzielten EUR 67.000,00 (Vorjahr: EUR 65.000,00, Zuwachs: 3,1 %)⁵⁵. In 2004: Westdeutsche Partner erzielten TEUR 86 (- 3,4 % ggü. 2002), Ostdeutsche Partner erzielten TEUR 63 (- 6,0 % ggü. 2002). In 2006: TEUR 115 (West, + 33,7 % ggü. 2004) bzw. TEUR 90 (Ost, + 42,9 % ggü. 2004)⁵⁶. In 2008: TEUR 112 (West, - 2,6 % ggü. 2006) bzw. TEUR 72 (Ost; - 20 % ggü. 2006). In 2010: TEUR 158 (West, + 41,1 % zu 2008) bzw. TEUR 94 (Ost, + 30,6 % zu 2008)⁵⁷. Neuere Zahlen sind nicht mehr veröffentlicht.

Bei den Vollzeit-Rechtsanwälten ergibt sich ein vergleichbares Bild zu demjenigen der ausschließlich in eigener Kanzlei tätigen Rechtsanwälte.

Abhängig beschäftigte Rechtsanwälte erzielten im Jahre 2000 ein Jahresbruttoeinkommen, einschließlich 13. Monatsgehalts und freiwilliger betrieblicher Leistungen, von DM 89.000,00 in Westdeutschland. In Ostdeutschland belief sich dieser Wert auf DM 63.000,00⁵⁸. Bei den frei mitarbeitenden Rechtsanwälten lag das Jahreshonorar 2000 DM 83.000,00 (West) und DM 72.000,00 (Ost)⁵⁹. Syndikusanwälte erzielten 2000 ein Bruttoeinkommen von DM 133.000,00 (West) und DM 128.000,00 (Ost)⁶⁰. Im Jahre 2004 lag das Jahresbruttogehalt (inkl. 13. Gehalt und freiwilliger betrieblicher Leistungen) der angestellten Rechtsanwälte in den alten Bundesländern bei TEUR 43, das der ostdeutschen Kollegen bei TEUR 36 (leichter Anstieg um 5,9 %)⁶¹; in 2006 TEUR 47 (West, + 9,3 % ggü. 2004) bzw. TEUR 34 (Ost, - 5,6 % ggü. 2004)⁶². In 2008: TEUR 52 (West, + 10,6 %) bzw. TEUR 40 (Ost, + 17,6 %)⁶³. In 2010: TEUR 55 (West, + 5,8 %) bzw. TEUR 38 (Ost, - 5 %)⁶⁴. Neuere Zahlen sind nicht veröffentlicht.

Syndikusanwälte im Jahre 2004: TEUR 81 (West, + 3,8 % ggü. 2002) bzw. TEUR 53 (Ost, was etwa dem Niveau von 1998 entspricht)⁶⁵. In 2006: TEUR 81 (West, unverändert) bzw. TEUR 55 (Ost, + 3,8 % ggü. 2004)⁶⁶. In 2008: TEUR 83 (West, + 2,5 %) bzw. TEUR 69 (Ost, +25,5 %). In 2010: TEUR 80 (West, - 3,6 %) bzw. TEUR 63 (Ost, - 8,7 %)⁶⁷. Neuere Zahlen sind nicht veröffentlicht.

Dem Trend, Berufsanfänger für einen Hungerlohn zu beschäftigen, steuert die Rechtsprechung seit einiger Zeit aktiv entgegen. So hat der BGH im Jahre 2009 entschieden, dass die Bedingungen für die Beschäftigung eines angestellten Rechtsanwaltes jedenfalls dann unangemessen seien, wenn Leistung

⁵⁴ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (248).

⁵⁵ Oberlander, BRAK-Mitt. 2005, 252 (254).

⁵⁶ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (256).

⁵⁷ Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (158).

⁵⁸ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (251).

⁵⁹ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (251).

⁶⁰ Schmucker, BRAK-Mitt. 2002, 246 (251).

⁶¹ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (48).

⁶² Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (257).

⁶³ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (122).

⁶⁴ Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (159).

⁶⁵ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (48).

⁶⁶ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (257).

⁶⁷ Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (159).

und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stünden, welches einen objektiven Verstoß gegen die guten Sitten begründe. Bei einem Berufsanfänger ohne besondere Spezialisierung, ohne besondere Zusatzqualifikation und ohne Prädikatsklausuren sei das der Fall, wenn statt eines im Jahre 2006 üblichen durchschnittlichen Einstiegsgehalts von € 2.300,00 allenfalls € 1.250,00 gezahlt würden. Bei einem geringer qualifizierten Bewerber sah der BGH den Tatbestand des § 138 BGB bereits verwirklicht, wenn die Vergütung das durchschnittliche Anfangsgehalt eines Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellten unterschreite⁶⁸.

Freie Mitarbeiter erzielten 2006 TEUR 44 (West, - 6,4 % ggü. 2004) bzw. TEUR 35 (Ost, + 16,7 % ggü. 2004)⁶⁹. In 2008: TEUR 43 (West, -2,3 % ggü. 2006) bzw. TEUR 32 (Ost, - 8,6 % ggü. 2006)⁷⁰. In 2010: TEUR 49 (West, + 14 %) bzw. TEUR 47 (Ost, + 46,9 %)⁷¹. Neuere Zahlen sind nicht veröffentlicht.

Zum Kosten-Gewinn-Verhältnis: Einzelanwälte 63 % Kostenquote (Ost+West), lokale Sozietäten 58 % Kostenquote (Ost) bzw. 55 % Kostenquote (West), überörtliche Sozietäten 58 % Kostenquote (West) bzw. 60 % Kostenquote (Ost)⁷².

Aus der Erhebung IFB zum Wirtschaftsjahr 2006 ergeben sich zudem Erkenntnisse über die Entwicklung der Strukturen und der Beschäftigtenzahlen in Rechtsanwaltskanzleien. So ergab die Untersuchung, dass im Jahr 2006 im Bundesgebiet 50 % der selbstständig tätigen Rechtsanwälte als Einzelanwälte und weitere 14 % als Einzelanwälte in Bürogemeinschaften arbeiten. Damit hat sich der Anteil der als Einzelanwälte tätigen selbstständigen Rechtsanwälte gegenüber dem Jahr 1997 von 60 % auf 64 % erhöht, um 2017 bei knapp 68 % zu liegen. In lokalen Sozietäten arbeiteten 2006 30 % der selbstständigen Rechtsanwälte (1997: 33 %), in überörtlichen Sozietäten 6 % (1997: 8 %). Erstaunlich ist auch die Erkenntnis, dass es in den Einzelkanzleien (einschließlich der in Bürogemeinschaften) im Bundesgebiet im Jahr 2006 gegenüber 1997 weniger Beschäftigte gab: 2006 hatte ein Einzelanwalt im Durchschnitt nur noch 1,5 Mitarbeiter. 1997 lag diese Zahl noch bei 2,2 Mitarbeitern. 38 % aller selbstständigen Einzelanwälte arbeiten völlig ohne Beschäftigte (1997: 22 %). 2017 waren im Durchschnitt in Einzelanwaltskanzleien bei rund zwei Dritteln bis zu drei Mitarbeiter beschäftigt.

Der Wettbewerb auf dem Markt für die Erbringung von juristischen Dienstleistungen verschärfte sich, nachdem am 01.07.2008 das Dienstleistungsmonopol der Rechtsanwälte auf Grund des Rechtsberatungsgesetzes aufgebrochen wurde.

Grundlage ist das „Rechtsdienstleistungsgesetz“ (RDG). Nur noch „Rechtsdienstleistungen“ sind grundsätzlich den juristischen Berufen, allen voran den Rechtsanwälten und Notaren, vorbehalten. Was keine Rechtsdienstleistung ist, ist erlaubt. Den Begriff definiert § 2 Abs. 1 RDG so:

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 30.11.2009, AnwZ (B) 11/08, AnwBl. 2010, 439.

⁶⁹ Eggert, BRAK-Mitt. 2009, 254 (257).

⁷⁰ Eggert, BRAK-Mitt. 2011, 118 (122).

⁷¹ Eggert, BRAK-Mitt. 2013, 154 (159).

⁷² Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (48).

„Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“

Allgemeine Hinweise, die also ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls auskommen, sind stets erlaubt – auch wenn es um komplexe Rechtsfragen geht. Beispiel: Vorstellung der verschiedenen Varianten der Nachfolgegestaltung (Testament, Erbvertrag; Erbe, Vor-/Nacherbschaft, Vermächtnis etc.) bzw. der erbrechtlichen Konsequenzen verschiedener Vermögensverfügungen ohne Beratung im Einzelfall.

Ist der Bereich der „Rechtsdienstleistung“, also der Anwendungsbereich des RDG eröffnet, so ist damit aber – anders als im Regelfall nach dem alten RBerG – für Nichtanwälte noch längst nicht alles vorbei. Als erstes ist eine Annexkompetenz nach § 5 Abs. 1 RDG zu prüfen:

„Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.“

Stets als erlaubte Nebenleistungen gelten nach Abs. 2 der Norm die Testamentsvollstreckung, die Haus- und Wohnungsverwaltung und die Fördermittelberatung.

Neben der Testamentsvollstreckung wird über die Definition als „Nebenleistung“ zukünftig insbesondere die Vermögens- und Unternehmensnachfolgeberatung möglich sein, soweit sie nur in einem engen Verhältnis zur hauptsächlichen „Finanzberatung“ steht. Dieses Beispiel stammt vom Bundesjustizministerium selbst, das im März 2004 zum Diskussionsentwurf einige konkrete Anwendungsmöglichkeiten zusammengestellt hatte. Die Beratung aus einer Hand, aus einem Haus, könnte dann neben der Finanzierung etwa die Due Diligence, also die Prüfung des Kaufziels in steuerlicher und rechtlicher Sicht, umfassen.

Dem Mandant muss klar werden, dass er seit dem 01.07.2008 stets hinterfragen sollte, warum ein Nichtanwalt eine juristische Beratung erbringt. Ist es Werbung, zusätzlicher Service, Kundenbindung oder echter Mehrwert? Er muss sich fragen, woher der Berater sein Wissen bezieht und wie er dieses auf aktuellem Stand hält. Bedeutsam ist ferner, dass es der nichtanwaltliche Dienstleister in der Regel die juristische Dienstleistung nicht gegen Schäden haftpflichtversichert haben wird. Eine Ausnahme gilt hier nur bei so genannten registrierten Beratern, wie Rentenberatern, Inkassounternehmen und Rechtsdienstleistern zu ausländischen Rechtskreisen. Diese müssen zwingend eine Berufshaftpflichtversicherung nachweisen. Inkassounternehmen sind künftig dazu in die Lage versetzt, das gerichtliche Mahnverfahren selber zu betreiben. Die abrechenbaren Kosten dafür sind bei EUR 25,00 gedeckelt. Im Anschluss darf das Inkassounternehmen auch die Zwangsvollstreckung durchführen.

Schließlich gelten für nichtanwaltliche Rechtsdienstleister vergleichbare Regelungen bei Interessenkonflikten. Die Rechtsdienstleistung darf nicht erbracht werden, wenn dadurch die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet wird.

Eine weitere Verschärfung der Wettbewerbssituation ist der Entscheidung des BGH vom 27.11.2019, VIII ZR 285/18 („wenigermiete.de“), zu verdanken. Der BGH definierte die erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung in Gestalt der Inkassodienstleistung gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG, die eine nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG registrierter Inkassodienstleister erbringen darf, großzügig. Er folgt der Absicht des Gesetzgebers, den Rechtsdienstleistungsmarkt zu deregulieren und zu liberalisieren. Der BGH öffnete hierdurch das Tor für die Legal-Tec-Branche, die sich in ihrem Angebot nur richtig aufstellen muss. Was dem Inkassodienstleister gemäß § 3 RDG weiter verboten (§ 134 BGB) ist, sind Tätigkeiten, die auf die Anspruchsabwehr gerichtet sind oder die Rechtsberatung, die über den Beratungsbedarf im Zusammenhang mit der Forderungsbeitreibung hinausgeht. Ausdrücklich erlaubt ist jedoch die Einrichtung eines Forderungsberechnungsprogramms zur unentgeltlichen Nutzung durch den Verbraucher im Internet („Mietpreisrechner“), um dem Interessenten seinen möglichen Anspruch der Höhe nach aufzuzeigen (Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmiete). Erlaubt ist ferner die Einrichtung eines „Auftragsbutton“, durch dessen Anklicken der Interessent nach Berechnung seiner Forderung einen Auftrag zur außergerichtlichen Forderungsbeitreibung und etwaigen Feststellungsbegehren erteilt. Das gilt sogar unter Vereinbarung eines, dem Rechtsanwalt nur nach Maßgabe des § 4a RVG möglichen Erfolgshonorars und mit dem Recht, die Inkassoforderung abzutreten und durch einen Vertragsrechtsanwalt notfalls gerichtlich durchzusetzen⁷³.

Syndikusanwälte dürfen seit 01.08.2022 die Kunden ihres Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem geschäftsgegenstand juristisch beraten, wenn denn die Arbeitgeber diese Leistung auch durch juristische Laien erbringen könnte. Allerdings muss bei der Beratung darauf hingewiesen werden, dass es keine anwaltliche Beratung ist und kein Zeugnisverweigerungsrechts nach der Strafprozessordnung besteht.

3. Existenzgründung

Der eigentlichen Existenzgründung geht eine, je nach Planungsintensität mehr oder weniger lange, in der Regel 1/2-1jährige Planungsphase voraus.

Neben der Markt- und Standortanalyse und der Standortauswahl muss sich der Existenzgründer mit Fragen der Organisation, des Personalwesens, des Kanzleimanagements, des Marketings und der Finanzierung auseinandersetzen.

Die vorstehenden Gedanken sollten in ein Geschäftskonzept und -plan münden. Diese Unterlage benötigt der Existenzgründer neben der Zielkontrolle vor allem, um die Fremdfinanzierung sicherzustellen und Leistungen der Bundesagentur für Arbeit zur Existenzgründung zu erhalten (z.B. Überbrückungsgeld).

⁷³ Vgl. BRAK-Mitteilungen 2020, 44 f.

Ein Geschäftsplan kann folgende Positionen berücksichtigen:

- Gründungsvorhaben im Überblick (einseitige vorangestellte Zusammenfassung)
- Schwerpunkte der anwaltlichen Tätigkeit (Tätigkeitsziele)
- Person des Existenzgründers (Lebenslauf, Rechtsform)
- Analyse des Marktes (Wirtschaft, Konkurrenz)
- Standortplanung (Lage, Medien, Genehmigungen)
- Dienstleistungs- und Zielkonzept (Marktauftritt)
- Marketing (Akquisition, Information)
- Personal- und Organisationskonzept (Büro- und Personalstruktur)
- Finanzierung (Bedarf, Eigenmittel, Fremdmittel, Programme, Liquidität)

Einen guten Leitfaden für Geschäftspläne bieten bereits die Antragsformulare der Mittelstandsbank (KfW).

Die Frage der Standortauswahl richtet sich nach der Grundphilosophie des einzurichtenden Büros. Soll es eher die Breite oder die Spezialität abdecken? Verfügt der Existenzgründer über besondere Neigungen und Fähigkeiten, stellt sich die Frage, ob es für die Umsetzung dieser Interessen ein Markt gibt. Soll das Büro durch einen oder mehrere Berufsträger geführt werden? Wie ist die Konkurrenzsituation, zahlenmäßig, aber auch im Hinblick auf die Grundphilosophie. Besteht die Chance zur Nische? Bei wirtschaftsrechtlicher Ausrichtung des Büros, ist die mittel- und langfristige Entwicklung des ins Auge gefassten Standorts von Interesse.

Ist die Standortentscheidung getroffen und die Ausrichtung des Büros festgelegt, beginnt die Phase der Umsetzung. Hier muss der Existenzgründer nach geeigneten Räumlichkeiten Ausschau halten, den Organisationsaufwand festlegen und die Finanzierung planen.

In der Raumbeschaffung sollte sich die Grundphilosophie widerspiegeln. Ist der Existenzgründer in der Nische tätig und nicht auf Laufkundschaft angewiesen, stellen sich weniger die Fragen nach der Lage des Büros. In die Breite ausgerichtete Büros sind stark von der Kundenfrequenz abhängig. Für derartige Büros bieten sich zentrale Lagen, beispielsweise in der Nähe von Einkaufszentren, Arztpraxen, Behörden oder Banken an.

Um sich einen Überblick über die ortsüblichen Mieten machen zu können, kann der Existenzgründer auf Mietspiegel und Grundstücksmarkberichte der Katasterämter zurückgegriffen werden.

Die Räume müssen als Büroräume nutzbar sein. Dieser, auf den ersten Blick banale Hinweis kann sich zu einem entscheidenden Zeitfaktor entwickeln, wenn beispielsweise Räume angemietet werden, die zuvor eine andere Nutzung hatten. Der Existenzgründer muss sich sodann mit der Frage befassen, ob die von ihm geplante Nutzung bauordnungsrechtlich genehmigt ist. Eine Nutzungsänderung ist genehmigungspflichtig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in diesem Fall Altbestand keinen Bestandsschutz genießt. Die Räume müssen auf der Basis einer neuen Baugenehmigung den aktuell gültigen Bestimmungen des

öffentlichen Baurechts entsprechen (z.B. Barrierefreiheit). Für Umbauarbeiten ist ausreichend Zeit einzuplanen.

Im Rahmen der Organisationsplanung werden der Personal- und Büromittelbedarf ermittelt: Anzahl der Vollarbeitskräfte, Teilzeitarbeitskräfte, geringfügig Beschäftigte, Sachmittelausstattung, Medien. Es empfiehlt sich die Ausarbeitung einer detaillierten Bedarfsliste mit Preisangaben. Desto detaillierter diese Liste ist, umso genauer kann der Existenzgründer seinen Finanzbedarf planen, umso eher bleibt er von (beinahe unvermeidbaren) Überraschungen verschont. Hinzu kommt eine Zusammenstellung des Marketingaufwandes.

Ist auf diese Weise der Betriebsbedarf zusammengestellt, beginnt die Finanzplanung. Zunächst ermittelt der Existenzgründer anhand des zuvor zugetragenen Initialaufwandes seine Investitionskosten. Hinzu kommen sodann die Kosten für den laufenden Betrieb des Büros. Dabei ist insbesondere an die eigenen Kosten, Fortbildungskosten für den Rechtsanwalt und die Mitarbeiter, Gebühren und Abgaben zu denken. Die Betriebskosten sollten zum einen für eine Monatsperiode und für eine Jahresperiode dargestellt werden. Auf diese Weise werden Monatsspitzen und der Jahresbetriebsmittelbedarf sichtbar. Beide Faktoren fließen in die Berechnung des Betriebsmittelkreditbedarfs ein.

Die Unterteilung in Investitions- und Betriebsmittel setzt sich bei der Finanzierung fort. Während Investitionen mit Eigenmitteln und langfristigen Fremdkapital dargestellt werden, bieten sich für Betriebsmittel entweder ein Betriebsmittelkredit oder ein Betriebsmittelkontokorrent an. Als Faustformel gilt: Der Betriebsmittelkredit sollte in Höhe des halben Jahresbetriebsmittelbedarfes dargestellt werden.

Für beide Finanzierungen bietet die Mittelstandsbank dem Existenzgründer zinssubventionierte Finanzierungsprodukte an. Darüber hinaus gibt es bei den verschiedenen Bundesländern angesiedelte Finanzpartner, beispielsweise die Bürgschaftsbanken, die dem Existenzgründer mit Sicherheiten zur Verfügung stehen. Der Eigenmittelanteil liegt bei der Investitionsfinanzierung in der Regel zwischen 15 und 25 % des Investitionsbedarfs.

Aus den dargestellten laufenden Kosten und den Kosten der Finanzierung errechnet sich der Kostenblock, den das Unternehmen erarbeiten muss, um den „break even“ zu erreichen. Diesem Kostenblock ist die Rentabilitäts- und Liquiditätsplanung gegenüberzustellen: Wie viel Umsatz muss das Büro erarbeiten, um kostendeckend zu sein? Wann soll der „break even“ erreicht werden? Die Planung sollte sich auf einen 3-Jahreszeitraum erstrecken. Es sollte berechnet werden, ab welchem Stundenhonorar der Rechtsanwalt rentabel arbeitet. Der Existenzgründer lässt schließlich in seine Betrachtungen die Sicherung des eigenen Lebensunterhaltes (Überbrückungsgeld, Entnahmen, Altersvorsorge, Praxisausfallabsicherung) einfließen. Traditionell ist bei der Umsatzentwicklung eine konservative Betrachtung geboten. Erst wenn die gesamte Finanzplanung ein schlüssiges und realistisches Bild ergibt, kann der Schritt zur Hausbank gewagt werden.

II. Einführung in die Büroorganisation und den Bürobetrieb

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die für seine Berufsausübung erforderlichen sachlichem, personellen und organisatorischen Voraussetzungen vorzuhalten, § 5 BORA. Die Vorschrift umschreibt generalklauselartig den für die Berufsausübung erforderlichen Bürobetrieb.

Betroffen hiervon sind die Bereiche Leitung und Organisation (1), Qualitätsmanagement (2), Personalmanagement (3), Office-Management (4) und Mandatsmanagement (5).

Insbesondere die Zielsetzung, sich nach DIN EN ISO 9001 zertifizieren zu lassen, zwingt den Berufsträger zu klar strukturierten Organisationsabläufen. Das Zertifikat ist letztlich ein Aushängeschild für die freiberufliche Tätigkeit.

1. Leitung und Organisation

Unter den Begriffen Leitung und Organisation des Büros sind neben der rechtlichen Organisation die Unternehmensphilosophie und die Verantwortlichkeitsstrukturen und deren Funktionsweise zusammengefasst.

Die rechtliche Organisation meint die Rechtsform, unter der der Rechtsanwalt am Markt auftritt. Sie stellt sich bei Zusammenschlüssen zur gemeinsamen Berufsausübung⁷⁴.

In Sozietäten, Partnerschaften und anderen mehrgliedrigen Einheiten müssen die Kompetenzen festgelegt sein. Dies gilt zum einen für die Sachbearbeitung, vor allem jedoch für die Verwaltungstätigkeit im Büro. Sinnvoll ist es daher, einen geschäftsführenden Gesellschafter zu benennen. Die Fülle der anstehenden Verwaltungsaufgaben und in Abhängigkeit von der Größe des Büros kann die Angliederung einer Assistenz an die Geschäftsführung sinnvoll sein (Office-Management).

Die Büroorganisation wird stark geprägt durch die Idee, wie der Rechtsanwalt am Markt auftreten will (Spezialisierung, Generalisierung). Hinzu kommen Organisationsverfassungen (Geschäftsordnung, Organisationsrichtlinien, Referatsverzeichnisse, Arbeitsplatzbeschreibungen).

2. Qualitätsmanagement

Qualitätsmanagement dient dem Ziel, die Büro- und Qualitätspolitik in der täglichen Praxis umzusetzen und eine einheitliche äußere Mandatsführung durch einheitlichen inneren und äußeren Aufbau der bürobüchlichen Produkte sicherzustellen⁷⁵.

⁷⁴ Vgl. hierzu bereits unter I.

⁷⁵ Appelhagen [Hrsg.], Leitgedanken 2002.

Es ist Bestandteil des Controllings. Dementsprechend erfordert das Qualitätsmanagement die laufende interne Überwachung, die Koordinierung und Durchführung präventiver Qualitätssicherungsmaßnahmen und entsprechender Fehlerkorrekturen. Der wohl wichtigste Bereich ist die Fristkalenderführung und -kontrolle. Soweit Papierkalender nicht geführt werden, sollte eine doppelte Fristführung in der EDV erfolgen, bspw. in einem Kalenderprogramm mit Aufgabenfunktion und in der eigentlichen Kanzleisoftware. Zweckmäßig ist selbstverständlich eine laufende Datensicherung. Desgleichen sollte es festgelegte Verfahren zur Behandlung fristgebundener Angelegenheiten geben, bspw. die Kontrolle, ob ein fristgebundener Schriftsatz an das richtige Gericht gefaxt wurde und ob er dort eingegangen ist.

Zur Sicherung eines hohen Qualitätsstandards zählt schließlich die Definition einer klaren Entscheidungsstruktur: Wo und wie werden Entscheidungen vorbereitet. In welchen Foren werden Entscheidungen diskutiert und getroffen. Wie werden die Entscheidungen umgesetzt und überwacht. Der Bürobetrieb muss hierfür Zeitfenster offenhalten. Es bieten sich Geschäftsführungsrunden, regelmäßig Treffen der Berufsträger, der juristischen und nichtjuristischen Mitarbeiter sowie tägliche kurze Zusammenkünfte an.

Das Büro muss schließlich gewährleisten, dass Entscheidung in kurzer Zeit jeden Adressaten erreichen (Protokolle, Informationsrunden, E-Mail-Verteiler).

Für Fälle der Abwesenheit von Berufsträgern, juristischen und nichtjuristischen Mitarbeitern sind Vertretungsregelungen zu erarbeiten.

In den Bereich des Qualitätsmanagements hinein fällt die Außendarstellung des Büros. Werbemittel sind beispielsweise: Briefbögen, Internetauftritt, Rundschreiben an Mandanten, Bürobroschüre, Inserate, Anwaltssuchservice, Gelbe Seiten/Telefonbuch, eigene Seminare und Weiterbildungsveranstaltungen, wissenschaftliche Aktivitäten, Evaluation durch Mandanten.

3. Personalmanagement

Das Personalmanagement reicht von der Auswahl über die Einstellung bis zur Entlassung von nichtjuristischen Mitarbeitern. Daneben stehen die Fragen im Zusammenhang mit der Ausbildung von Rechtsanwaltsfachangestellten.

In der Phase der Existenzgründung zählt es zu den schwierigeren Aufgaben, ausreichend qualifiziertes Personal zu beschaffen. Das Anforderungsprofil ist noch vage, Beschaffungsmöglichkeiten unklar.

Zum einen bieten sich die Stellenvermittlungen der Arbeitsämter an. Über den Arbeitgeberservice des Arbeitsamtes kann der Existenzgründer den Kontakt herstellen. Neben der eigentlichen Vermittlung der Arbeitskräfte erhält der Existenzgründer Informationen über Fördermöglichkeiten bei der Einstellung von Arbeitskräften. Dabei muss man sehen, dass am Arbeitsmarkt real bereits eine Verknappung bei Fachkräften zu verzeichnen ist, die in den kommenden Jahren erheblich zunehmen dürfte.

Zuvor ist ein möglichst genaues Stellenprofil zu entwerfen: Qualifikation, Geschlecht, Alter, Arbeitsplatz- und Tätigkeitsbeschreibung, Voll- oder Teilzeitbeschäftigung, Vergütung.

Auswahlkriterien sind beispielsweise: Wirtschaftlichkeit, fachliche Eignung, charakterliche Eignung, besonderes Interesse am Büro, schriftlicher und mündlicher Ausdruck, Loyalität, Leistungsorientierung und Engagement, Mandanten- und Dienstleistungsorientierung, Kreativität, Flexibilität, Belastbarkeit, unternehmerisches Denken, Organisationsvermögen, persönliches Auftreten, ggf. Mitarbeiterführung, besondere Fähigkeiten.

Mit eingestellten Mitarbeitern sollten jährlich genaue Zielvereinbarungen getroffen und die künftige Entwicklung besprochen werden. Auf diese Weise kann der Berufsträger die berufliche und persönliche Entwicklung des Mitarbeiters fördern. Der Mitarbeiter wird in den Bürobetrieb integriert. Hierzu zählt insbesondere auch, dem Mitarbeiter die Teilnahme an Weiterbildungs- und Schulungsmaßnahmen zu ermöglichen.

Die Mitarbeiter sind zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Die Belehrung ist zu dokumentieren.

4. Office-Management

Office-Management meint die gesamte interne Verwaltung des Büros. Es ist Kernstück der Büroorganisation.

Zu organisieren sind der Posteingang und die Zuordnung zu den einzelnen Berufsträgern sowie die zeitnahe Verteilung der Post. Die Verteilung kann beispielsweise zentral über Posteingangsfächer erfolgen. Der zuständige nichtjuristische Mitarbeiter holt die Post in der Verteilstelle ab. Alternativ bietet sich die Verteilung im Rahmen einer täglichen Dienstbesprechung der juristischen Mitarbeiter an. Hier können beispielsweise Fragen im Zusammenhang mit dem Posteingang auf kurzem Weg geklärt werden.

Egal wie der Posteingang gehandhabt wird, wichtig ist, dass der juristische Mitarbeiter die Post zur Durchsicht und Fristenermittlung unverzüglich erhält. Folgende Fristen müssen notiert werden: Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfristen, sonstige gesetzliche Fristen (z.B. Widerspruchs-, Widerspruchsbegründungs-, Klage- und Klagebegründungsfristen), richterliche Fristen, von Behörden und Gegnern gesetzte Fristen, Vergleichswiderrufs- und Rücktrittsfristen, Verjährungsfristen. Genaufristen sind mit einer ausreichenden Vorfrist (z.B. 1 Woche) zu versehen. Die nichtjuristischen Mitarbeiter sind laufend in der Handhabung der Fristen anzuleiten und durch den Anwalt zu überwachen. Dies gilt insbesondere, wenn durch Änderungen in der Gesetzeslage veränderte Fristen oder eine veränderte Fristenberechnung gelten. Die Fristen werden in der EDV (z.B. Outlook) notiert. Daneben empfiehlt es sich, einen Fristenkalender in Papierform zu führen. Generell sollte aus Gründen der Wiedereinsetzung den nichtjuristischen Mitarbeitern das Führen des Fristenkalenders überlassen werden.

Beim Postausgang bietet sich ein zentraler Postversand an. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Post täglich frankiert zu bestimmten festen Zeiten das Büro verlässt. Die Fristenpost ist von der normalen Post zu trennen. Der Verantwortliche für die Fristenpost stellt sicher, dass diese Post unter Wahrung der Genaufrist beispielsweise bei Gericht zugestellt wird.

Bei Verwendungen von Telefax oder E-Mail muss durch die Büroorganisation sichergestellt sein, dass Sendeprotokolle erstellt und dem betreffenden Vorgang zugeordnet werden. Bei Frist währenden Schriftsätzen per Telefax kann der Rechtsprechung zur Fristenkontrolle nur dann Rechnung getragen werden, wenn alle Seiten des Dokuments durch das Fax eingelesen werden, nach dem Senden das Sendeprotokoll ausgedruckt wird, wenn der Adressat und die Anzahl der Seiten mit dem Sendeprotokoll übereinstimmen und insbesondere die letzte Seite mit der Unterschrift übermittelt wurde. Der zuständige nichtjuristische Mitarbeiter ist angehalten, die Posteingangsstelle des Gerichts anzurufen und sich unter Anfertigung eines Vermerks über Datum, Uhrzeit und Gesprächspartner über die vollständige und lesbare Übermittlung des Fax zu erkundigen.

Auch die Entgegennahme von Telefonaten sollte nach bestimmten Standards erfolgen. Der nichtjuristische Mitarbeiter meldet sich stets unter Nennung des Büros und des eigenen Namens. Sollte der Gesprächspartner den Rechtsanwalt sprechen wollen und ist dieser nicht erreichbar, ist der Mitarbeiter anzuhalten, sich den Namen des Gesprächspartners, Datum und Uhrzeit sowie den Grund des Anrufs zu notieren. Ferner erkundigt sich der Mitarbeiter danach, ob ein Rückruf gewünscht ist oder nennt dem Gesprächspartner eine Uhrzeit, zu der der Rechtsanwalt voraussichtlich erreichbar sein wird. Im Idealfall verfügt der Anwalt über einen täglichen Zeitkorridor für Telefonate.

Bei Abwesenheit von nichtjuristischem Mitarbeiter oder Anwalt sind die Telefone so zu schalten, dass eingehende Telefonate entgegen genommen werden können.

Weiterer Büroorganisationsbedarf ergibt sich für die Buchhaltung, Lohnbuchhaltung, Archivverwaltung, Literaturbeschaffung und -verwaltung, Pflege und Wartung der EDV, Datensicherung sowie für Dienstreisen, Krankheit und Urlaub.

Zum Bereich des Office-Managements zählt auch das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA). Seit dem 01.01.2018 besteht für die gesamte Anwaltschaft eine passive Nutzungspflicht und seit dem 01.01.2022 die generelle aktive Nutzungspflicht im Verkehr mit der Justiz und teilnehmenden Behörden. Das bedeutet, dass jeder Rechtsanwalt organisatorische Maßnahmen zu treffen hat, um diese weitere Empfangsmöglichkeit zu nutzen. Seit dem 01.08.2022 besteht zudem auf Grund des § 31b BRAO die Möglichkeit, dass bei der BRAK ein beA-Postfach für Berufsausübungsgemeinschaften, die bei der RAK registriert sind, eingerichtet wird.

In der Praxis erfolgt die Berücksichtigung von beA im Rahmen der Kanzleisoftware oder, ohne eine solche, über das Webinterface der Bundesnotarkammer⁷⁶. In der Kanzlei sollte ein Verfahren festgelegt werden, wann und durch wen die elektronische Post täglich abgerufen wird.

Seit dem 01.01.2018 ist es zudem möglich, mit einer elektronischen Signatur Schriftsätze zu erzeugen und auf elektronischen Weg über beA bei Gerichten oder anderen Justizbehörden einzureichen, aber auch solche Schriftsätze innerhalb der Anwaltschaft zuzustellen. Auf die Vorschriften der §§ 130a ff., 169 ZPO wird verwiesen.

5. Mandatsmanagement

Die Mandate eines Büros werden heute zentral durch die EDV erfasst. Bei mehreren Berufsträgern ist es sinnvoll, in regelmäßigen Abständen über neue Mandanten und Mandate zu informieren. Hierzu bietet sich eine turnusmäßige Besprechung oder das Führen eines Prozessregisters an.

Vor jeder Mandatsannahme ist über das EDV-System eine Interessenkollisionsprüfung vorzunehmen. Die Interessenkollision am PC kann nur dann erfolgreich sein, wenn neue Mandanten und Mandate nach einem einheitlichen Schlüssel unverzüglich im System angelegt werden.

Ergeben sich Interessenberührungen, die keine Interessenkollision darstellen, sollte gleichwohl Rücksprache mit dem Mandanten gehalten werden, ob das Mandat abgelehnt bzw. niedergelegt werden muss.

Soll ein Mandat nicht angenommen werden, wird dieser Umstand dem Betreffenden unverzüglich mitgeteilt. Gegebenenfalls kann die Mitteilung mit einer Empfehlung an einen anderen Kollegen verbunden werden.

In Sozietäten mit Anwaltsnotaren sind die Vorschriften der §§ 3 Abs. 1 BeurkG, 14 Abs. 5 BNotO (Vorbefassungsverbot) zu beachten.

Bei der Mandatsannahme sind des Weiteren die Vorschriften des GwG zu beachten: Der Mandant muss sich identifizieren. Dies kann durch die Vorlage des Personalausweises oder Reisepasses geschehen. Durch Kopien der Dokumente wird die Identifikation aktenkundig gemacht. Der Mandant muss angeben, ob er für eigene oder fremde Rechnung handelt und ggf. für wessen Rechnung.

Kopien der Identifikation sind sechs Jahre lang aufzubewahren. Sie sind mit in die Archivierung einzubeziehen, wodurch eine zehnjährige Aufbewahrung sichergestellt ist.

Gesetzte Fristen sind bei der Mandatsbearbeitung zwingend zu beachten⁷⁷. Fristen dürfen im Kalender erst gelöscht werden, wenn die Sache wirklich erledigt ist. Soll die Frist durch Telefax gewahrt werden,

⁷⁶ Startseite: <https://bea.bnotk.de>

⁷⁷ Vgl. oben II.4.

darf die Löschung im Kalender erst nach telefonischer Nachfrage, ob das Fax angekommen ist, gelöscht werden. Wird ein Schriftsatz oder Schreiben durch einen Büroboten überbracht, muss dessen Rückmeldung abgewartet werden. Ablaufende Genaufristen dürfen im Fristenkalender erst gelöscht werden, wenn der Eingang des Schriftstücks überprüft ist. Soweit möglich, ist die Vollzugsbestätigung noch am Tage des Fristablaufes einzuholen und zu dokumentieren.

Der Anwalt muss ein Wiedervorlagesystem durchführen. Nur auf diese Weise kann er den Überblick über die zu bearbeitenden Mandate behalten und stellt sicher, dass eine Akte bis zu ihrem Abschluss stets zur Bearbeitung wieder vorgelegt wird. Zuverlässig sind drei Wiedervorlagenverfahren:

Beim Aktenschranksystem werden sämtliche Akten am Aktenschrank überprüft. Aus Haftungsgründen ist am Schrank ein Zettel anzubringen, aus dem sich die Daten der durchgeführten Wiedervorlagen ergeben.

Die Wiedervorlage kann durch das Reitersystem durchgeführt werden. Dabei werden zu einem bestimmten Montag (z.B. 01., 10., 20.) die zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Akten herausgesucht und bearbeitet.

Schließlich können Wiedervorlagen in eine spezielle Wiedervorlagen-Software eingetragen werden. Es erfolgt die taggenaue Wiedervorlage entsprechend der Eintragung. Ähnlich verhält es sich bei der Verwendung von Standarderinnerungsfunktionen, etwa bei der Aufgabenfunktion von Outlook.

Wiedervorlagen dienen nicht nur der Verwaltung, sondern insbesondere dazu, dem Anwalt kurz die nächste Aufgabe in Erinnerung zu rufen. Daher ist es zweckmäßig, bei der Verfügung einer Wiedervorlage gleichzeitig die zu diesem Wiedervorlagezeitpunkt zu erledigende Aufgabe oder das erwartete Ereignis zu notieren. Diese Arbeitsweise spart die erneute Einarbeitung in einen Vorgang und ermöglicht dem nichtjuristischen Mitarbeiter die selbständige Ereigniskontrolle zum Wiedervorlagetermin oder die selbständige Vorbereitung der geplanten Aufgabe.

Bei der Mandatsannahme ist der Gegenstandswert festzustellen und mit der gültigen Haftpflichtdeckungssumme zu vergleichen. Sollte das Mandat die vereinbarte Haftpflicht übersteigen, ist entweder eine gesonderte Haftpflicht für dieses Mandat abzuschließen oder eine Haftungsbegrenzung zu vereinbaren. Bei letzterem handelt es sich stets um AGB, so dass die durch die §§ 307 ff. BGB gezogenen Grenzen zu beachten sind.

Die Aktenführung sollte standardisiert erfolgen. Folgende Einteilung kann vorgenommen werden:

- Aktenbogen, Identifikation, Kosten- und Arbeitsblätter, Vollmachten, Honorarabreden
- Leiste Rechtsunterlagen für Urteile, Aufsätze usw.
- Mandantenleiste für Korrespondenz mit dem Mandanten
- Leiste Gegner (außergerichtliche Korrespondenz)
- Leiste Gerichtsteil für sämtliche gerichtliche Vorgänge
- Leiste Kläger-Anlagen

- Leiste Beklagten-Anlagen
- Leiste PKH-Unterlagen
- Leiste Sonstiges

III. Standesorganisationen

Die Rechtsanwälte des Oberlandesgerichtsbezirks ihrer Zulassung sind in einer Rechtsanwaltskammer verbunden, §§ 60 ff. BRAO. Alle Rechtsanwaltskammern sind in der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zusammengeschlossen, §§ 175 ff. BRAO.

Die BRAK wurde 1959 gegründet und ist die Selbstverwaltungskörperschaft der Anwaltschaft in Deutschland. Sie repräsentiert alle Anwälte, da diese kraft Gesetzes Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sind, und nimmt – vermittelt über die regionalen Kammern – die berufspolitischen Interessen der Anwaltschaft auf Bundesebene wahr. Die BRAK unterliegt bei der Wahrnehmung der Selbstverwaltungsaufgaben staatlicher Aufsicht durch das Bundesministerium der Justiz.

Zwischen 1992 und 2015 erlebten die Kammern einen starken Mitgliederzuwachs. Am 01.01.2015 waren 163.513 Rechtsanwälte zugelassen, in Sachsen-Anhalt 1.802. Stärkste Altersgruppen sind die Dekaden 30 bis 40 (35,7 %) und 40 bis 50 (29,9 %). Das Durchschnittsalter liegt bei 43,9 Jahre. Die „jüngste“ Kammer ist diejenige in Sachsen (40,6). Die „älteste“ Kammer ist diejenige in Bremen (45,6). In Sachsen sind 15,6 % der Mitglieder jünger als 30 Jahre, bei der Kammer in Schleswig-Holstein sind es 2 %⁷⁸.

Die BRAK veröffentlicht regelmäßig Statistiken unterschiedlicher Inhalte unter www.brak.de.

Die Existenzberechtigung der Kammern wird – wie generell bei Standesvertretungen mit Zwangsmitgliedschaft – zunehmend hinterfragt. Zudem wird die Tätigkeit der Kammern in zunehmendem Maße kritisch begleitet. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 25.11.2002 entschieden, dass der Vorstand der Rechtsanwaltskammer nicht befugt ist, festgestellten Verstößen eines Kammermitglieds gegen berufsrechtliche Bestimmungen mit einer Unterlassungsverfügung zu begegnen⁷⁹. Den Kammern fehlt die Kompetenz, Pflichtverletzungen aller Art durch den Erlass mit Verwaltungszwang durchsetzbarer Ge- und Verbote zu begegnen (vgl. §§ 73 f. BRAO). Andererseits betrachtet der BGH die Anwaltskammern als klagebefugte Verbände i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG⁸⁰. Damit sind den Kammern die Sanktionsmechanismen des Wettbewerbsrechts eröffnet. Die Kammern sind jedoch damit in den allgemeinen kartell- und wettbewerbsrechtlichen Regelungsmechanismus eingebunden⁸¹. Insbesondere prüft der EuGH die Kammern an den Vorgaben des Europäischen Kartellrechts (Art. 101 ff. AEUV)⁸².

⁷⁸ Quelle: www.brak.de.

⁷⁹ BGH NJW 2003, 662: Der Beschluss betrifft das anwaltliche Auftreten im Internet – www.presserecht.de und www.rechtsanwaelte-notar.de.

⁸⁰ Z.B. BGH, BGH-Report 2002, 646.

⁸¹ BVerfG NJW 2003, 344.

⁸² EuGH Urt. v. 19.02.2002, Rs 309/99 „Wouters“, Slg. 2002, I-1577; EuGH Urt. v. 19.02.2002, Rs 35/99 „Arduino“, Slg. 2002, I-1529. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ersetzt den früheren EG-Vertrag (hier ex: Art. 81 ff. EG)

Die wichtigste Standesvertretung nach den Kammern ist der Deutsche Anwaltsverein (DAV). Neben der Wahrnehmung der Standesinteressen bietet der DAV ein umfangreiches Weiter- und Fortbildungsprogramm und nimmt über das Forum von Arbeitsgemeinschaften Einfluss auf Gesetzgebungsvorhaben. Mitglieder des DAV sind die örtlichen Anwaltsvereine der Zulassungsbezirke.

IV. Grundzüge des Berufsrechts

1. Einleitung

Seit dem Jahre 1929 werden wichtige Regeln zur anwaltlichen Berufstätigkeit gesammelt (Berufsethik). Sie sind 1973 in den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts zusammengefasst worden. Das BVerfG entschied in seiner Entscheidung vom 14.07.1987⁸³, dass derartige ethische Regeln ohne eine gesetzliche Grundlage rechtlich unverbindlich seien. Die Entscheidung markiert den Einstieg in das anwaltliche Berufsrecht.

Das Berufsrecht der Rechtsanwaltschaft ist durch eine Vielzahl von Regelungen näher ausgestaltet:

- Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)
- Berufsordnung (BORA)
- Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE = Conseil Communautaire des Barreaux Européens)
- Fachanwaltsordnung
- Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG)
- Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)
- Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte (EuRAG)

2. Zulassung als Rechtsanwalt

Der Rechtsanwalt übt als unabhängiges Organ der Rechtspflege einen freien, nicht gewerblichen Beruf aus, §§ 1, 2 BRAO, 1 BORA.

Zur Rechtsanwaltschaft kann nur zugelassen werden, wer die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz erlangt oder die Eignungsprüfung nach dem Gesetz über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bestanden hat, § 4 BRAO.

Die Zulassung als Rechtsanwalt erteilt seit dem 01.06.2007 die zuständige Rechtsanwaltskammer auf Antrag. Sie folgte bis zum 31.05.2007 dem Lokalisationsprinzip, §§ 18, 27 BRAO und erfolgte im Landgerichtsbezirk des Kanzleisitzes für alle Landgerichte. Der Rechtsanwalt musste im Landgerichtsbezirk seiner Zulassung seinen Kanzleisitz wählen und unterhalten. Ihm war grundsätzlich untersagt,

⁸³ BVerfG NJW 1998, 191 (194).

Zweigstellen einzurichten und auswärtige Sprechtage abzuhalten, § 28 BRAO. Die Lokalisation sollte die stete Erreichbarkeit des Rechtsanwaltes als Organ der Rechtspflege sicherstellen. Das alles ist seit dem 01.06.2007 Geschichte: Seit dem 01.06.2007 ist die früher in § 18 geregelte Lokalisation der Rechtsanwälte bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit aufgehoben worden. Gleiches gilt für das Verbot, Zweigstellen zu unterhalten nach § 28 BRAO. Ebenfalls seit dem 01.06.2007 können sich junge Anwälte sogleich bei einem Oberlandesgericht zulassen. Die frühere fünfjährige Wartefrist für die Zulassung beim OLG in § 25 BRAO hat der Gesetzgeber aufgehoben.

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist unter den Voraussetzungen des § 7 BRAO zu versagen. Sie ist zu widerrufen unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 BRAO. Herauszugreifen sind die Merkmale des Vermögensverfalls, die fehlende Berufshaftpflichtversicherung und die Unzuverlässigkeit, wobei das letztere Merkmal in verschiedenen Tatbeständen näher ausgestaltet ist.

Gegen die Entscheidungen der Rechtsanwaltskammer ist der Rechtsweg zum Anwaltsgerichtshof eröffnet. Zuständig ist der Anwaltsgerichtshof beim Oberlandesgericht, in dessen Bezirk der Rechtsanwalt seine Zulassung hat oder erhalten will, §§ 112a, 112b BRAO.

Auf die Zulassung kann der Rechtsanwalt schriftlich verzichten.

Mit Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte beginnt die Befugnis, die Anwaltstätigkeit auszuüben, § 12 Abs. 4 BRAO. Das Anwaltsregister bewirkt die Publizität der Zulassung. Die Eintragung in das Register erfolgt, wenn der Rechtsanwalt nach der ersten Zulassung bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer seinen Eid auf die verfassungsmäßige Ordnung geleistet, seinen Wohnsitz angezeigt und seine Kanzlei eingerichtet hat, § 12a BRAO.

Seit dem 01.08.2022 hat die Liberalisierung der wählbaren Rechtsformen für berufliche Zusammenschlüsse in Berufsausübungsgesellschaften eine allgemeine Zulassungspflicht begründet. Damit unterliegen alle Berufsausübungsgesellschaften der Kontrolle durch die jeweilige Rechtsanwaltskammer.

3. Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts

Die Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts folgen aus den §§ 43 ff. BRAO. Sie erfahren eine Konkretisierung durch die Berufsordnung (BORA).

Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Dabei handelt es sich um die generalklauselartige Grundregel anwaltlicher Berufsausübung, die durch die Standesregeln konkretisiert wird.

Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden. Die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes äußert sich neben der Regelung in § 43 a Abs. 1 BRAO in dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO und dem Beschlagnahmeschutz nach § 97 StPO. Durch § 59a BRAO wird das Unabhängigkeitsgebot für die berufliche Zusammenarbeit näher ausgestaltet.

Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet, § 43a Abs. 2 BRAO. Die Verschwiegenheitspflicht ist strafrechtlich sanktioniert durch §§ 203, 356 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen, Parteiverrat). Die Verschwiegenheitspflicht ist auf unterschiedliche Weise aufgeweicht worden.

Zum einen darf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) Rechtsanwälte in bestimmten Fällen zur Offenlegung ihrer Geschäfts- und Kontounterlagen verpflichten. Die Verschwiegenheitsverpflichtung dient dem Schutz des Mandanten, nicht jedoch den Interessen des Rechtsanwaltes. Daraus folgt, dass sich der Anwalt dann nicht auf die Verschwiegenheitspflicht berufen kann, wenn es um Angelegenheiten geht, die nicht zum Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit zählen und in denen der Mandant selbst einer Auskunftspflicht unterliegt⁸⁴. In dem entschiedenen Fall ging es um die Durchführung von Geldtransaktionen für einen Mandanten. Das VG Frankfurt/Main zählt die Vermögensverwaltung, Anlageberatung oder ähnliche Tätigkeiten nicht zum Kreis der anwaltlichen Berufsausübung, weshalb die Berufsregeln nicht greifen.

Die Verschwiegenheitspflicht ist weiter durch das Gesetz zur Bekämpfung der Geldwäsche eingeschränkt worden. Das GwG wurde wiederholt novelliert, zuletzt durch die Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie der EU. Die Umsetzung hatte bis zum 10.01.2020 zu erfolgen und trat in Deutschland am 01.01.2020 in Kraft.. Sie ergänzt die 4. Geldwäscherichtlinie.⁸⁵ Für Rechtsanwälte zu beachten sind die Pflicht zur Dokumentation der Risikoeinschätzung bei jedem Mandat, das unter die geldwäscherelevanten Kataloggeschäfte fällt, sowie das Erfordernis einer schriftlich dokumentierten Risikoanalyse, die regelmäßig zu aktualisieren und der örtlich zuständigen Rechtsanwaltskammer auf Verlangen zur Verfügung zu stellen ist. Verstöße gegen das GwG werden mit Bußgeldern von bis zu einer Million EUR oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils sanktioniert. Der Delinquent wird auf der Internetseite der Rechtsanwaltskammer namentlich bekannt gemacht („naming and shaming“). Mit der 6. Geldwäscherichtlinie der EU vom 23.10.2018 wurden der Katalog der Vortaten und die Strafraumen erweitert und Anfang 2021 in § 261 StGB umgesetzt.

Der Anwendungsbereich erstreckt sich in Bezug auf Rechtsanwälte auf deren Mitwirkung an Kataloggeschäften nach §§ 1, 2 GwG oder bei allen Mandaten im Falle eines Verdachts auf eine Geldwäschehandlung nach § 261 StGB oder der Terrorismusfinanzierung nach § 1 Abs. 2 GwG.

Es genügt dabei die Durchführung einer Erstberatung im Sinne von § 34 Abs. 1 RVG. Bei Zweifeln an der Richtigkeit der nach dem GwG erhobenen Angaben, leben die Sorgfaltspflichten des Rechtsanwaltes wieder auf. Die Sorgfaltspflichten sind in §§ 10 ff. GwG geregelt, insbesondere die Identifizierungspflicht, die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten und der Eigentums- und Kontrollstruktur des Mandanten, die Feststellung des Mandatzwecks und -gegenstandes, die Identifizierung sog. PEPs, die laufende Überwachung des Mandats (Monitoring), die risikoorientierte Ausrichtung des konkreten

⁸⁴ VG Frankfurt/Main, 1 K 3874/08.F(2) – in dem Fall ging es um den Verdacht unerlaubter Bankgeschäfte.

⁸⁵ Dazu: Burmeister/Uwer, AnwBl. 2017, 1038-1044.

Pflichtenumfangs (verstärkte Sorgfaltspflichten nach § 15 GwG, vereinfachte Sorgfaltspflichten nach § 14 GwG), die Sorgfaltsmaßnahmen im Rahmen des Outsourcings bestimmter Leistungen (§ 17 GwG).

Neben der Einhaltung der Sorgfaltspflichten steht die Pflicht zur Schaffung eines wirksamen und risikoangemessenen Risikomanagements (§ 4 GwG). Dazu zählen die Erstellung einer Risikoanalyse (§ 5 GwG) und hieraus abgeleitete interne Sicherungsmaßnahmen (§ 6 GwG). Das Risikomanagement obliegt einem Mitglied der Leitungsebene der Kanzlei, die nicht zugleich die Funktion des Geldwäschebeauftragten innehaben darf (wegen der Berichtspflichten gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 Satz 5 GwG). Ein Geldwäschebeauftragter ist nicht obligatorisch, sondern steht in der Anordnungsbefugnis der örtlichen Rechtsanwaltskammer, § 7 Abs. 3 Satz 1 GwG. Der Geldwäschebeauftragte ist der Leitung der Kanzlei nachgeordnet und berichtet an diese.

Nach § 8 GwG bestehen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten.

Die Anzeige von Verdachtsfällen ist in §§ 43 ff. GwG näher geregelt. Sie ist grundsätzlich elektronisch abzugeben. Zuständig ist nunmehr eine „Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“ bei der Generalzolldirektion (§ 27 GwG). Der Befreiungstatbestand des § 43 Abs. 1 GwG (Mandatsgeheimnis) ist zu beachten, ferner dessen Ausnahmen nach § 43 Abs. 2 GwG. Es besteht ein Durchführungsverbot für die Transaktion bis zur Zustimmung der Meldestelle. Zudem darf der Mandant nicht informiert werden („tipping off“).

In einem Transparenzregister sind die hinter juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften stehenden natürlichen Personen einzutragen, was auch dann gilt, wenn bereits die Transparenz durch andere Register (Part-Reg, H-Reg.) gegeben ist. Hintergrund ist die Aufdeckung der wirtschaftlich berechtigten Personen an einer Gesellschaft.

Rechtsanwälte sind im Rahmen von Betriebsprüfungen verpflichtet, bei der Feststellung der Sachverhalte, die für die Besteuerung erheblich sein können, mitzuwirken. Dieser Pflicht steht die Verschwiegenheitspflicht gegenüber. Im Rahmen von § 147 Abs. 6 Satz 1 und 2 AO hat die Finanzbehörde im Rahmen der Außenprüfung auch das Recht, Einsicht in die Datenverarbeitungssysteme der Finanzbuchhaltung des Anwaltes zu nehmen und das Datenverarbeitungssystem zur Prüfung der Unterlagen zu nutzen. Der Anwalt ist allerdings berechtigt, zur Wahrung der Verschwiegenheitsverpflichtung mit Hilfe von EDV-Software im Rahmen der EDV-geführten Finanzbuchhaltung die personenbezogenen Mandantendaten zu schwärzen und diese damit der Kenntnisnahme durch den Außenprüfer zu entziehen. Das Gleiche darf der Anwalt bewirken durch Ausdruck der vollständigen FiBu-Daten und Schwärzen von Hand. Mithin wirkt die Verschwiegenheitsverpflichtung zumindest eingeschränkt gegenüber der Finanzverwaltung.

Die Verschwiegenheitspflicht wird schließlich durch organisatorische Maßnahmen des Kanzleibetriebs tangiert, namentlich durch Outsourcing von Begleitdienstleistungen im Rahmen anwaltlicher Tätigkeit, wie bspw. die Inanspruchnahme von Schreibdiensten. Durch die seit 19.05.2017 neu gefasste Regelung in § 2 Abs. 7 BORA iVm. § 2 Abs. 3 lit. c) BORA ist das Outsourcing grundsätzlich möglich. Es ist

sozialadäquat. Allerdings wurden Berufsrecht und Datenschutzrecht (§ 9 BDSG, DSGVO) einander angeglichen. Der Rechtsanwalt muss technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, die risikoadäquat und für den Rechtsanwaltsberuf zumutbar sind. Technische Maßnahmen (bspw. im Rahmen des Datentransfers an den Auftragsdatenverarbeiter) sind ausreichend, wenn sie im Falle der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts dessen Anforderungen entsprechen. Der Stand der Technik ist dabei zu berücksichtigen⁸⁶.

Die Ankoppelung an das Datenschutzrecht ist zweckmäßig, hat doch die Anwaltschaft seit dem 25.05.2018 die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) neben dem BDSG zu beachten. Im Zug der Angleichung wurde die Sanktionsnorm des § 203 StGB angepasst⁸⁷.

Die Risikoadäquanz von Maßnahmen verlangt die Bewertung und Dokumentation des Risikos, des bei Verletzung drohenden Schadens für den Mandanten sowie die Auswahl von Schutzmaßnahmen einschließlich der Analyse ihrer Verfügbarkeit und des dafür erforderlichen Aufwands.

Datensicherheit beginnt bei der Verwendung aktueller Antivirensoftware und Firewalls, geht über die Datenverschlüsselung im Datenaustausch bis hin zur laufenden Wartung von EDV-Systemen und Nachinvestitionen, um den aktuellen Stand der Technik zu gewährleisten. Auftragsdatenverarbeiter sind entsprechend der datenschutzrechtlichen Bestimmungen vertraglich zur Einhaltung dieser Regelungen zu verpflichten. In organisatorischer Hinsicht ist der sparsamen Verwendung von personenbezogenen Daten Rechnung zu tragen, bspw. durch die Vergabe differenzierter Zugriffsrechte entsprechend den Aufgabenkreisen der Kanzleimitarbeiter.

Wie wichtig die Einhaltung datenschutzrechtlicher Anforderung ist, zeigt sich am Beispiel bestimmter IT-Dienste, die cloudbezogene Diktate ermöglichen, wie bspw. die Diktatfunktion einiger Smartphones oder einige Diktat-Apps: Immer dann, wenn die Durchführung des Diktats einen Onlinezugang zum Leistungsanbieter erfordert und die diktierten Daten zur Spracherkennung dorthin unverschlüsselt übermittelt werden, dürfte die Existenz risikoadäquater Maßnahmen zum Datenschutz zweifelhaft sein.

Schließlich haben die §§ 2 und 3 BORA auf Grund der Neuregelung der Inanspruchnahme externer Dienstleister in § 43e BRAO überarbeitet. Diese Änderungen sind seit dem 01.11.2018 in Kraft.

Seit dem 01.01.2020 gilt eine neue Fassung des § 2 BORA. Hierdurch soll die unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation zwischen Anwältinnen und Anwälten und ihren Mandanten zu erleichtert werden. Durch die Neufassung des § 2 Abs. 2 BORA können die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) nicht umgangen werden. In vielen Fällen können Anwältinnen und Anwälte zukünftig unverschlüsselt per E-Mail mit Mandanten kommunizieren, ohne gegen die Berufspflicht zur Verschwiegenheit zu verstoßen. Der § 2 der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) zur Verschwiegenheit wird in Absatz 2 regeln, wann Anwältinnen und Anwälte bei Risiken für die Vertraulichkeit von der Zustimmung ihrer

⁸⁶ Gasteyer, AnwBl. Online 2018, 24.

⁸⁷ Vgl. Grupp, AnwBl. 2017, 816-822.

Mandanten zur unverschlüsselten E-Mail-Kommunikation ausgehen dürfen – und wann ein Warnhinweis nötig ist. Die Sicherheitsanforderungen der DSGVO stehen dabei jedoch nicht im Ermessen der betroffenen Anwälte und Anwältinnen. Auch bei Zustimmung des Mandanten in eine bestimmte Kommunikationsform müsse der Anwalt bei seiner Antwort die nach dem Datenschutzrecht erforderlichen Schutzmaßnahmen ergreifen. Damit sind vor allem die Schutzstandards der IT-Sicherheit gemeint. Sollte eine elektronische Kommunikation dann nicht möglich sein, müsse der Anwalt per Brief antworten. Dem werde durch den zukünftigen § 2 Absatz 5 BORA Rechnung getragen (bisher in der seit 01.11.2018 geltenden Fassung der § 2 Abs. 4 BORA). Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob unverschlüsselte E-Mails überhaupt unter der DSGVO zulässig sind. Dies ist unter Datenschützern. Die Satzungsversammlung geht aber davon aus, dass zumindest im anwaltlichen Berufsrecht eine unverschlüsselte Kommunikation unter gewissen Voraussetzungen möglich ist. Unabhängig von der DSGVO gilt damit: Wer sich an den neuen § 2 BORA hält, begeht – auch wenn das Datenschutzrecht missachtet wird – keinen Berufsrechtsverstoß. Allerdings sollten Anwältinnen und Anwälte auch das Datenschutzrecht der DSGVO ernst nehmen.

Berufsrechtlich ist damit eine E-Mailkommunikation zulässig, wenn der Mandant ihr zustimmt. Von einer Zustimmung ist auszugehen, wenn der Mandant diesen Kommunikationsweg vorschlägt oder beginnt und ihn, nachdem der Rechtsanwalt zumindest pauschal und ohne technische Details auf die Risiken hingewiesen hat, fortsetzt.

Der Rechtsanwalt ist zu sachlichem Auftreten verpflichtet, § 43a Abs. 3 BRAO. Unsachlich ist insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder solche herabsetzenden Äußerungen handelt, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben haben. Der Rechtsanwalt hat bei seinem Auftreten tunlichst auf Stil und Umgangsformen zu achten. Ebenso ist ein kollegialer Umgang geboten, selbst wenn es in der Sache Auge um Auge, Zahn um Zahn geht.

Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen⁸⁸ vertreten, § 43a Abs. 4 bis 6 BRAO. Das Recht der Interessenkollisionen wurde zum 01.08.2022 reformiert. Seitdem ist § 3 BORA a.F. ist überarbeitungsbedürftig. Betroffen ist nicht nur der handelnde Rechtsanwalt, sondern auch dessen Sozien⁸⁹ und die Angestellten, freien Mitarbeiter. Das gilt auch für die anwaltlichen Mitarbeiter eines Einzelanwalts. Für Bürogemeinschaft besteht seit 01.08.2022 keine Pflicht zur Prüfung der Interessenkollision mehr. Da keine Mandate gemeinsam bearbeitet werden, müssen Interessenskollisionen und sensibles Wissen nicht durch Tätigkeitsverbote geschützt werden. § 3 Abs. 2 Satz 1 BORA ist insoweit überarbeitungsbedürftig. § 43a Abs. 4 Satz 2 BRAO n.F. erstreckt das Tätigkeitsverbot wegen Interessenkollision auf alle

⁸⁸ Ausführliche Darstellung der Interessenkonflikte in mehreren Aufsätzen: AnwBl. 2018, 150 bis 158 – Klugmann, Potentielle Interessenkonflikte in Wirtschaftskanzleien, AnwBl. 2018, 150-152; Wessels, Die Möglichkeit von Interessenkollisionen vor Mandatsannahme klären, AnwBl. 2018, 153 Meister, Interessenkonflikt als berufsethisches Problem, AnwBl. 2018, 154; Huff, Interessenkollision und Syndicusanwälte, AnwBl. 2018, 155-156; Offermann-Burckart, Interessenkollision, AnwBl. Online 2018, 200; Deckenbrock, Tätigkeitsverbote in Berufsausübungs- Bürogemeinschaften, AnwBl. Online 2018, 209; Kilian, Conflict of Interest und Berufsrecht, AnwBl. Online 2018, 219; Chab, Honoraranspruch und Haftung bei Interessenkonflikten, AnwBl. 2018, 164-165.

⁸⁹ BVerfG NJW 2006, 2469; Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446.

sozietätsangehörigen Anwälte, und über § 59e BRAO n.F. gilt das auch für die Sozietät selbst. Das entspricht der bisherigen Regelung in § 3 BORA. Das Tätigkeitsverbot gilt sie auch in der Scheinsozietät.

Neu ist dies Regelung in § 43a Abs. 4 Satz 3 BRAO, wonach die Sozietäterstreckung eines Tätigkeitsverbots bestehen bleibt, wenn der persönlich vorbefasste Anwalt die Sozietät verlässt. Diese Regelung ist nur dann sachgerecht, wenn der Anwalt das Mandat während der Zugehörigkeit zur Sozietät auch tatsächlich bearbeitet hat. Hingegen wird man schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Übermaßverbot) die Vorschrift nicht anwenden können, wenn die Vorbefassung sich vor dem Eintritt in die Sozietät zugetragen hat.⁹⁰

Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise i.S.v. §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war. Seit dem 01.08.2022 ist klargestellt, dass durch die Worte „beraten und vertreten“ klargestellt ist, dass es sich um ein Tätigwerden innerhalb eines Mandats handeln muss. Eine Berufsausübungsgesellschaft kann sich also nicht schon dadurch „verbrennen“, dass sie sich im Rahmen einer sogenannten „Beauty Parade“ erfolglos um ein Mandat bemüht und dabei bereits mit vertraulichen Informationen in Berührung kommt oder erste Gestaltungsmöglichkeiten diskutiert. Ansonsten wären den Versuchen mancher Unternehmen Tür und Tor geöffnet, durch großflächige, manchmal sogar nur zum Schein erfolgende Beauty Parades Kanzleien auszuschalten, die man später nicht auf der Gegenseite haben möchte.⁹¹

Nach der Rechtsprechung⁹² ist nur die originär anwaltliche Vorbefassung von Bedeutung, während die Literatur auch andere berufliche Tätigkeiten ausreichen lassen will⁹³. Die Gefahr, in derselben Rechtssache tätig zu werden, kann sich auch Jahre später realisieren⁹⁴. Maßgeblich ist das Vorliegen eines einheitlichen Lebenssachverhaltes. Nicht nur die Vertretung widerstreitender Interessen ist verboten, sondern auch Handlungen im entgegen gesetzten Interesse des Mandanten. Hierunter zu fassen sind auch mittelbare Interessenkonflikte, wie sie in der Anlage zu § 3 BORA beschrieben sind, die auch weiterhin als Auslegungshilfe gilt. Der Rechtsanwalt hat schließlich zu berücksichtigen, dass die Beurteilung der Interessenlage des Mandanten nicht statisch ist, sich also im Verlaufe des Mandats verändern kann; bis hin zu einem Konflikt, der eingangs noch nicht bestand. Klassisches Beispiel ist hier die Vertretung von Miterben, bei denen anfänglich gleichgerichtete Interessen auf Auseinandersetzung bestehen, die sich jedoch später konträr entwickeln können. Ein anderes, klassisches Beispiel wird durch die „einvernehmliche Scheidung“ gebildet, bei der der Rechtsanwalt im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung, des

⁹⁰ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/interessenkollision-grosse-brao-reform> (Stand: 20220510).

⁹¹ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/interessenkollision-grosse-brao-reform> (Stand: 20220510).

⁹² BGHSt 20, 41; 24, 19.

⁹³ Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446 (447 m.w.N. Fn. 7).

⁹⁴ Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446 (447).

Umgangs-, Sorge- und Unterhaltsrechts für beide Ehepartner tätig wird⁹⁵. Bei dieser Tätigkeit empfiehlt es sich, nur für einen Ehepartner das Mandat zu führen und den anderen darüber zu belehren, dass möglicherweise nicht alle seine Interessenlagen angesprochen werden, und dass er zur Scheidung einen eigenen Rechtsanwalt benötigt⁹⁶. Zur Beachtung der Regelung bedarf es generell einigen organisatorischen Aufwands, vor allem mit zunehmender Kanzleigröße und überörtlichen Büros. Durch die Büroorganisation muss sichergestellt sein, dass in einer Sozietät die Partei A nicht am Standort A und die Partei B nicht zugleich am Standort B in derselben Angelegenheit vertreten wird. Die Problematik ist im Zeitalter der Vernetzung und Datenübertragung über entsprechende Softwareanwendungen (z.B. DATEV AnwaltPro) handhabbar. Sie setzt jedoch voraus, dass angenommene Mandate zeitnah und richtig im Datensystem angelegt werden. Die Einhaltung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen ist auch wirtschaftlich dringend geboten, denn tritt ein Interessenkonflikt zutage, ist er sofort aufzudecken und jede Tätigkeit in dieser Sache einzustellen, und zwar sowohl für die eine als auch für die andere Partei. Ging einem Rechtsstreit ein Mediationsverfahren voraus, in dem der Rechtsanwalt als Mediator tätig war, dann ist darf er im Folgerechtsstreit keine der beiden widerstreitenden Interessen vertreten.

Kein ausdrückliches Verbot gibt es, ein Mandat anzunehmen, bei dem einem Anwalt sensibles Vorwissen aus einem anderen Mandat zu Gute käme. Das war in Form eines mittelbaren Interessenkonflikts tatbestandsmäßig. Im Gesetzgebungsverfahren war diese Frage Gegenstand der Diskussion und wurde im Ergebnis nicht explizit als Verbot aufgenommen. Fraglich bleibt dennoch, ob es gerade deshalb nicht beim mittelbaren Interessenkonflikt bleibt („ungerechtfertigter Vorteil“)

§ 43a Abs. 4 Satz 4 BRAO übernimmt die schon in § 3 BORA enthaltene Möglichkeit, dass die beteiligten Mandanten in Textform der Übernahme eines widerstreitenden Mandats zustimmen. Das gilt aber nicht uneingeschränkt: Die Befreiungsmöglichkeit besteht nur für die Berufsausübungsgesellschaft, aber nicht für den einzelnen Anwalt selbst. Bislang hatte der Anwalt die Möglichkeit, sich in Grenzfällen durch vorsorglich eingeholte Zustimmungserklärungen rechtlich abzusichern und damit zugleich dem Vorwurf des strafbaren Parteiverrats (§ 356 StGB) zu entgehen. Diese Absicherungsmöglichkeit fällt künftig weg. Misslich ist dies insbesondere deshalb, weil das Vorliegen einer Interessenkollision nach der Rechtsprechung des BGH auch unter Einbeziehung der subjektiven Parteiinteressen im Einzelfall zu bestimmen ist, was naturgemäß Unsicherheiten mit sich bringt.⁹⁷ In Grenzfällen müsste der Anwalt ansonsten durch Absprache versuchen, dem Vorwurf einer Interessenkollision dadurch zu begegnen, dass jede Anfrage eines einzelnen Mandanten automatisch gegenüber allen beantwortet wird, also keine vertrauliche Kommunikation mit einzelnen Mandanten stattfindet. Wird die Berufsausübungsgesellschaft durch Erklärung der Mandanten von der Sozietätsstreckung eines Tätigkeitsverbots befreit, verlangt die Neuregelung des § 43a Abs. 4 Satz 4 BRAO zusätzlich, dass „geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit sicherstellen“. Geeignete Vorkehrungen sind zum Beispiel ein Wegschließen oder Umetikettieren von Papierakten, eingeschränkte Zugriffsberechtigungen auf die elektronischen Daten sowie mandats-

⁹⁵ Nicht prinzipiell verboten (Einverständnis der Mandanten): BayObLG NJW 1981, 832 (833); OLG Karlsruhe NJW 2002, 3561 (3562 f.); vgl. auch § 630 ZPO i.V.m. §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB bei Einigkeit der Ehepartner.

⁹⁶ Vgl. AnwG Düsseldorf v. 27.03.2006, 3 EV 327/02; Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446 (449).

⁹⁷ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/interessenkollision-grosse-brao-reform> (Stand: 20220510).

bezogene Sprech- und Teamverbote („chinese walls“). Mit § 43a Abs. 4 Satz 5 BRAO ist gemeint, dass die Möglichkeit der Befreiung von der Sozietäterstreckung nicht nur hinsichtlich der einzelnen sozietätsangehörigen Anwälte persönlich besteht, sondern auch hinsichtlich der Berufsausübungsgemeinschaft selbst. Die Sozietäterstreckung des § 43a Abs. 4 Satz 2 BRAO gilt auch beim Sozietätswechsel oder beim Eintritt in eine Sozietät. Wer in einer früheren Sozietät oder als Einzelanwalt für eine Partei tätig war, infiziert also beim Eintritt in eine Sozietät diese Sozietät und alle ihre Berufsträger und sperrt sie für jegliche Tätigkeit für die Gegenpartei. Für die abgebende Sozietät hat ein Sozietätswechsel keine nachteiligen Folgen, das heißt sie ist für die Weiterführung des ursprünglichen Mandats nicht gesperrt. Des Weiteren ist klar, dass nur der Sozietätswechsel eines persönlich vorbefassten Anwalts die aufnehmende Sozietät infiziert und sperrt, nicht hingegen der Wechsel eines nicht vorbefassten Anwalt.

In § 43a Abs. 5 BRAO ist die Interessenkollision beim anwaltlichen Stationsreferendar geregelt. Dieser darf nach Zulassung als Rechtsanwalt nicht in widerstreitendem Interesse zu einem Mandat tätig werden, das er als Referendar bearbeitet hatte. Aber das kann nur gelten, wenn der Referendar tatsächlich in die Mandatsbearbeitung einbezogen war. Hingegen ist ein Tätigkeitsverbot nicht gerechtfertigt, wenn der Referendar lediglich auf „No Name-Basis“ abstrakte Rechtsfragen begutachtet hat und gar nicht wusste, zu welchem Mandat das gehört.⁹⁸ Letztlich ergibt sich diese Einschränkung auch aus dem Wortlaut des § 43a Abs. 4 Satz 1 BRAO: Wenn dort von „beraten oder vertreten“ die Rede ist, dann setzt dies eben voraus, dass entweder Mandantenkontakt besteht oder aber ein Auftreten für den Mandanten nach außen gegenüber Dritten erfolgt. Beides ist bei rein interner Zuarbeit durch freie Mitarbeiter oder wissenschaftliche Mitarbeiter regelmäßig nicht der Fall. Aus der ausdrücklichen Anordnung eines Tätigkeitsverbots für anwaltliche Stationsreferendare ergibt sich im Umkehrschluss, dass es für sonstige juristisch gebildete Hilfskräfte gerade kein Tätigkeitsverbot gibt. Das betrifft insbesondere wissenschaftliche Mitarbeiter ohne Anwaltszulassung oder Referendare, die außerhalb der Anwaltsstation als freie Mitarbeiter des Anwalts tätig werden. Für diese Personengruppen kann ein Tätigkeitsverbot auch nicht aus § 43a Abs. 6 BRAO abgeleitet werden, denn dieser ergreift nur eine eigenständige „berufliche“ Vorbefassung in anderer als rechtsberatender Funktion (zum Beispiel als Makler, Unternehmensberater etc.), also gerade nicht die vorgelagerte Berufsausbildung. Aus demselben Grund greift hier auch das weitere Vorbefassungsverbot des § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO nicht.

In so genannten Rechtsanwalts- und Notarkanzleien ist das Vorbefassungsverbot zu beachten. Das bedeutet, dass der Rechtsanwalt Rechtsstreite nicht betreuen darf, wenn er oder sein Notarkollege in der Sozietät zuvor im streitigen Sachverhalt eine notarielle Beurkundung vorgenommen hat (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO). Auch die Interessenwahrungspflicht ist strafrechtlich über § 356 StGB sanktioniert. Berufsrechtlich ist ein Verstoß häufig nicht nur mit einer Rüge abgetan. Häufig werden Geldbußen (bis TEUR 25) oder eingeschränkte Tätigkeitsverbote durch das Anwaltsgericht verhängt. Die Staatsanwaltschaft wird häufig mit der Angelegenheit routinemäßig befasst⁹⁹. Der Vergütungsanspruch geht gem. § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB verloren. Allerdings darf das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten nicht dazu

⁹⁸ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/interessenkollision-grosse-brao-reform> (Stand: 20220510).

⁹⁹ Offermann-Burckart, AnwBl 2008, 446 (454).

missbraucht werden, Berufseinsteiger aus Mandaten herauszuschließen, bspw. nach dem Wechsel der Sozietät. Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn beim Wechsel eines Angestellten oder Sozius von einer Kanzlei in eine andere Kanzlei eine konkrete Gefährdung von Mandanteninteressen nicht droht. Die im Lichte des Art. 12 GG auszulegende Berufspflicht findet bei der bloßen abstrakten Befürchtung eines Interessenkonflikts keine Anwendung¹⁰⁰.

Dem Rechtsanwalt obliegt eine Vermögensbetreuungspflicht für anvertraute Vermögenswerte, § 43a Abs. 7 BRAO, § 4 BORA. Verstöße hiergegen sind über § 266 StGB sanktioniert. Vereinnahmte Fremdgelder hat der Rechtsanwalt unverzüglich (in der Regel binnen zehn Tagen) auszukehren oder auf einem Treuhandkonto zu separieren. Die Verwahrung von Fremdgeldern auf Omnibus-Anderkonten ist nur bis zu einem Betrag von 15 TEUR für einen einzelnen Mandanten und maximal für die Dauer von einem Monat erlaubt, § 4 Abs. 2 BORA. Auf die Einhaltung dieser Vorschrift achten besonders peinlich die Finanzbehörden. Verstöße gegen den Umgang mit Fremdgeldern können einkommenssteuerliche Konsequenzen haben. Die Regelung zu Sammelanderkonten ist generell als problematisch zu bezeichnen. Denn für ein Sammelanderkonto ist der nach § 154 AO und § 4 GwG festzustellende wirtschaftlich Berechtigte nicht ermittelbar. Die BaFin hat indes „wegen des praktischen Bedürfnisses“ von einem Verbot von Sammelanderkonten abgesehen, obwohl diese der aufsichtsrechtlichen Rechtslage widersprechen¹⁰¹. Zudem führt die kontokorrentmäßige Führung dieser Konten (§ 355 HGB) dazu, dass die Einzelbuchungen mit Einstellung in das Kontokorrent ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren (Novation). An deren Stelle tritt das Saldoanerkennnis, welches einen neuen schuldrechtlichen Anspruch begründet. Rechtlich sind also die Zahlungseingänge der Mandanten nach Einstellung in das Kontokorrent nicht mehr individualisierbar. Deshalb sollten nicht nur Kreditinstitute von der Einrichtung von Sammelanderkonten Abstand nehmen, sondern auch der Rechtsanwalt.

Der Rechtsanwalt ist zur Fortbildung verpflichtet, § 43a Abs. 8 BRAO. In diesem Zusammenhang steht die Möglichkeit, über Weiterqualifikation so genannte Fachanwaltsbezeichnungen zu erwerben. Einzelheiten sind in der Fachanwaltsordnung i.V.m. § 43c BRAO geregelt. Derzeit existieren die in §§ 8 bis 14n FAO näher geregelten (21) Fachanwaltschaften. Die Erteilung eines Fachanwaltstitels setzt den Nachweis spezifischer theoretischer Kenntnisse in dem jeweiligen Rechtsgebiet und den Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen auf diesem Rechtsgebiet voraus. § 43f BRAO enthält eine besondere Weiterbildungspflicht für nach dem 01.08.2022 zugelassene Anwälte: Anwältinnen und Anwälte müssen zukünftig Kenntnisse im Berufsrecht erwerben. Mindestens zehn Zeitstunden Berufsrecht müssen die Verpflichteten spätestens am Ende des ersten Jahres der Zulassung gehört haben. Angerechnet werden auch Lehrveranstaltungen in den vergangenen sieben Jahren vor der Zulassung. Damit werden die anwaltsrechtlichen Vorlesungen im Studium sowie die anwaltsrechtlichen Arbeitsgemeinschaften im Referendariat aufgewertet.

Will der Rechtsanwalt – gleich aus welchem Grund – ein Mandat nicht übernehmen, so hat er diesen Umstand zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen unverzüglich dem Mandanten mitzuteilen. In

¹⁰⁰ AGH München, AnwBl. 2012, 655; dazu Deckenbrock, AnwBl. 2012, 594-596.

¹⁰¹ Vgl. Johnigk, BRAK-Mitt. 3/2012, Seite 104 (107).

den in § 45 BRAO genannten Fällen ist es dem Rechtsanwalt untersagt, anwaltlich tätig zu werden. Umgekehrt ist der Rechtsanwalt vor allem in Fällen der Beiordnung auf Grund von gesetzlichen Vorschriften (§§ 78b, 78c, 121 ZPO, 11a ArbGG) zur Übernahme der gerichtlichen Parteivertretung verpflichtet, § 48 BRAO. § 49a BRAO spricht die Verpflichtung zur außergerichtlichen Rechtsberatung nach Maßgabe des Beratungshilfegesetzes vor. In allen Fällen darf der Rechtsanwalt die Übernahme des Mandats nur aus wichtigem Grund ablehnen. Die Unwirtschaftlichkeit des Mandats stellt keinen wichtigen Grund dar.

Der Rechtsanwalt führt Handakten, § 50 BRAO. Sie sind nach Abschluss des Mandats 5 Jahre lang aufzubewahren. Der Zeitraum verkürzt sich, sobald der Rechtsanwalt den Mandant aufgefordert hat, die Handakten in Empfang zu nehmen, und der Mandant dieser Aufforderung binnen sechs Monaten nicht nachgekommen ist. Die Vorschrift des § 50 BRAO wird durch die Aufbewahrungsregelung des GwG teilweise modifiziert. § 50 Abs. 3 BRAO gibt dem Rechtsanwalt ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Unterlagen des Mandanten bis zur Zahlung der Kostennote. Den „berechtigten Interessen“ des Mandanten wird durch die Regelung in § 17 BORA Rechnung getragen (Überlassung von Kopien, Treuhandlösung).

Bereits eine Zulassungsvoraussetzung stellt der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung dar, die der Rechtsanwalt während der Dauer seiner Tätigkeit aufrechtzuerhalten hat, § 59n BRAO. Die Rechtsanwaltskammern haben die Befugnis, einem Dritten, der einen Schadenersatzanspruch gegen seinen Anwalt geltend machen will, den Berufshaftpflichtversicherer des Anwaltes zu benennen, soweit der Rechtsanwalt kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Nichterteilung der Auskunft hat. Einen unmittelbaren Anspruch des Mandanten gegen die Berufshaftpflichtversicherung sieht der Gesetzgeber weiterhin nicht vor. Darin liegt die praktische Bedeutung des Auskunftsanspruchs.

In engen Grenzen und dem Gebot der Sachlichkeit unterworfen darf der Rechtsanwalt Werbung betreiben, § 43b BRAO, §§ 6, 7 BORA. Insbesondere darf er unabhängig von Fachanwaltsbezeichnungen in Teilbereichen des Rechts Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte benennen.

4. Willensbildung der Rechtsanwälte

Die Rechtsanwälte eines Oberlandesgerichtsbezirks sind in einer Rechtsanwaltskammer organisiert. Sie ist Körperschaft des öffentlichen Rechts und besteht aus Vorstand, Präsidium und Kammerversammlung.

Der Vorstand wahrt und fördert die Belange der Kammer. Ihm obliegt unter anderem, die Mitglieder der Kammer in Fragen der Berufspflichten zu beraten und zu belehren, in Streitigkeiten zu vermitteln und die Einhaltung der Berufspflichten zu überwachen, § 73 BRAO. Das Präsidium erledigt die ihm übertragenen Geschäfte des Vorstands und vertritt die Kammer nach außen durch den Präsidenten, §§ 79, 80 BRAO.

In der Kammerversammlung sind alle Mitglieder der Rechtsanwaltskammer zusammengefasst. Der Versammlung obliegt es insbesondere, den Vorstand zu wählen und die finanzielle Ausstattung der Kammer festzulegen bzw. die Rahmenbedingungen hierfür vorzugeben, § 89 BRAO.

V. Grundzüge des Anwaltsgebühren- und -kostenrechts

1. Einleitung

Die Vergütung der Rechtsanwälte stand vor einer strukturellen Neuordnung. Am 01.07.2004 hat das RVG die bis dato gültige Rechtsgrundlage, die BRAGO, die bereits im Jahre 1957 in Kraft trat, abgelöst.

Mit dem RVG hat die Rechtsanwaltsvergütung eine grundlegende Reform erfahren. Das RVG enthält wesentliche Änderungen und Neuerungen, die die Vergütung des Anwaltes betreffen. Zum 01.07.2006 erfolgte mit dem Fortfall der Gebührentatbestände für die rechtsanwaltlich beratende Tätigkeit ein weiterer, wesentlicher Einschnitt in das bisherige Gebührenggefüge des Rechtsanwaltes. Nunmehr muss der Rechtsanwalt bei nur außergerichtlich beratender Tätigkeit mit dem Mandanten eine konkrete Gebührenregelung vereinbaren, um nicht Gefahr zu laufen, mit dem Mandanten später über die Angemessenheit einer üblichen Vergütung zu streiten. Dabei ist eine Gebührenvereinbarung für eine einfache Auskunft an einen Verbraucher weiterhin bei EUR 190,00 netto gekappt. Die Gebühr für eine ausführliche Beratung oder Begutachtung liegt bei EUR 250,00 netto. Die vorerst letzte Reform trat am 10.12.2014 in Kraft.

Die Vergütung des Rechtsanwaltes für die außergerichtliche, beratende Tätigkeit kann auf verschiedenen Wegen erfolgen:

- pauschal

Der große Vorteil von Pauschalen ist die Planungssicherheit. Sie zu bestimmen ist allerdings eine Kunst. Selbstständig bietet der Rechtsanwalt Pauschalen zumeist nur bei schematischen Abläufen an, beispielsweise bei Markenmeldungen. Nicht alle Fälle sind für eine pauschale Bearbeitung geeignet. Zweckmäßig ist es, genau zu definieren, welche Leistungen von einer Pauschale erfasst sind. Pauschalen können auch mit Stundensätzen kombiniert werden.

- Stundenhonorar

Honorare auf Zeitbasis bieten sich aus Sicht des Mandanten vor allem bei hohen Streitwerten an. Geht es beispielsweise um die Eigentumswohnung im Wert von TEUR 500 würde eine Beratung nach dem RVG ca. TEUR 4 netto kosten. Lässt sich das Problem jedoch in zwei Stunden und mit einem Blick in das Gesetz klären, wäre es gerade mal 1/10. Wichtig ist eine genaue Dokumentation der geleisteten Arbeit, so können Mandanten die Arbeitsleistung am besten nachvollziehen. Auch flexible Stundensätze, je nach Art der Tätigkeit, können vereinbart werden. Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass der Anwalt sein Wissen verkauft, welches er sich über viele Ausbildungs- und Fortbildungsjahre angeeignet hat. Diese

Tatsache darf bei der Bemessung von Honorarsätzen nicht unberücksichtigt bleiben, genauso wie die Tatsache, dass ein Fachanwalt für eine Problemlösung in der Regel weniger Zeitaufwand betreibt als ein Universalanwalt.

- Abrechnung nach dem Wert

Die Abrechnung der rechtsanwaltlichen Tätigkeit kann natürlich auch nach dem Wert auf Grundlage des RVG erfolgen. Dies wäre dann Gegenstand der entsprechenden Kostenrechnung. Insbesondere in zivilrechtlichen Angelegenheiten stellt die wertabhängige Berechnung der Anwaltskosten das Modell des RVG dar.

- Beratungshilfe

Geringverdiener werden bei Rechtsproblemen vom Staat unterstützt. Bei der Beratungshilfe stellt das Amtsgericht nach einer Berechnung des Einkommens einen Berechtigungsschein aus. Die Beratung kostet den Ratsuchenden dann nur EUR 10,00, den (durchaus fragwürdigen) Rest übernimmt der Staat. Mit Beratungshilfe kann man eine wirtschaftliche Dienstleistung nicht erbringen. Das muss jedem unternehmerisch handelnden Anwalt bewusst sein.

Nach dem Beratungshilfegesetz ist der Anwalt zur Erteilung rechtlicher Auskünfte gegen Beratungshilfeschein verpflichtet. Im Juni und August 2009 sind einige bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen zur Beratungshilfe ergangen, in denen es in erster Linie darum geht, die Möglichkeit der Amtsgerichte zu beschränken, Beratungshilfesuche zurückzuweisen, weil der Sachverhalt angeblich einfach gelagert sei oder eine behördliche Beratungspflicht bestünde¹⁰².

Der freien Gebührenvereinbarung sind jedoch wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt. Die Rechtsprechung hat es beispielsweise als wettbewerbswidrig erachtet, wenn rechtsanwaltliche Erstberatungen für EUR 9,99 angeboten würden. Sie sieht hierin ein Lockangebot mit dem Ziel, weitere, teurere Beratungsleistungen zu erbringen¹⁰³. Selbst mit einem Pauschalangebot von EUR 20,00, inklusive Umsatzsteuer dürfen Rechtsanwälte nicht für die Beratung in allen Angelegenheiten werben. Ein derartiges Dumping-Honorar steht nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistung, der Verantwortung und dem Haftungsrisiko des Anwalts. Die Regel des § 4 Abs. 2 RVG findet auch nach der Neufassung von § 34 RVG auf Pauschalvergütungen, die für Beratungsleistungen getroffen werden, Anwendung.

¹⁰² www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090630_1bvr047009.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr028109.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr031909.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr032009.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr032209.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr155208.html, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090806_1bvr155408.html.

¹⁰³ LG Ravensburg, Urteil vom 28.07.2006, 8 O 89/06 KfH 2.

Die Freiheit der Gebührenvereinbarung wird nach oben begrenzt durch den Straftatbestand der Gebührenüberhebung, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe sanktioniert ist (§ 352 StGB). Bei Streitigkeiten helfen in der Regel die regionalen Anwaltskammern mit einem kostenfreien Vermittlungsversuch bis hin zu Schlichtungsverfahren.

Eine wichtige Entscheidung zum Gebührenrecht hat das Bundesverfassungsgericht durch seinen Beschluss vom 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, gefällt¹⁰⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare einschließlich des Verbotes der „Quota litis“ gemäß § 49 b Abs. 2 BRAO a.F. bzw. § 49 b Abs. 2 Satz 1 BRAO mit Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar ist, als es keine Ausnahme für den Fall zulässt, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen ansonsten davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen. Betroffen ist die Freiheit der Berufsausübung. Die bisherige Rechtfertigung des Verbots, nämlich das Zurücktretenlassen von rein wirtschaftlichen Erwägungen bei der Durchführung einer Angelegenheit, vermag ein ausnahmsloses Verbot nicht zu rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu aus, dass das eigene wirtschaftliche Interesse des Rechtsanwalts an dem erfolgreichen Abschluss eines Mandats für sich genommen noch keine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit zu begründen vermag. Kommerzielles Denken sei mit dem Anwaltsberuf nicht schlechthin unvereinbar. Im Gegenteil: Das Verbot widerspreche dem Konzept der rechtsanwaltlichen Berufsausübung als Ausübung eines freien Berufes. Allerdings lässt das Gericht die Problematik der Übervorteilung des Mandanten weiter gelten. Ein striktes Verbot hält das Gericht allerdings für unangemessen. Insbesondere der Übervorteilungsgedanke rechtfertige ein ausnahmsloses Verbot nicht. Der Gesetzgeber war aufgerufen bis zum 30.06.2008 eine verfassungsgemäße Neuregelung des § 49 b BRAO vorzulegen. Diese trat mit der Neufassung des § 49 b Abs. 2 Satz 2 iVm. § 4a BRAO am 01.07.2008 planmäßig in Kraft.

In gewissen Grenzen und unter bestimmten Rahmenbedingungen sind Erfolgshonorare erlaubt¹⁰⁵: Voraussetzung ist, dass der Rechtssuchende ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse von der Verfolgung seiner Rechte abgehalten würde. Ist also danach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars gestattet, so greifen zunächst eine Reihe von Informationspflichten: Der Anwalt muss vor Vereinbarung des Erfolgshonorars auf die voraussichtlich entstehenden normalen Gebühren nach dem RVG hinweisen. Dieser Verpflichtung kommt der Anwalt am besten dadurch nach, dass er für die jeweilige Instanz bzw. Tätigkeit einen Kostenvoranschlag erstellt, aus dem sich seine Gebühren, untergliedert nach den abrechenbaren Ereignissen (z.B. im Zivilprozess, Geschäfts-, Verfahrens- und Vergleichsgebühr), ergeben. Schließlich muss der Anwalt mitteilen, für welches Honorar er tätig werden würde. Für die eigentliche Erfolgshonorarvereinbarung gilt die Schriftform. Der Anwalt sollte im eigenen Interesse darauf Wert legen, dass über einen Sockelbetrag erfolgsunabhängig die Tätigkeitsaufwendungen gedeckt sind. Die prozentuale Beteiligung am Erfolg selber ist variabel und kann bspw. zwischen 15 und 30 % schwanken. Wird der Erfolgsanteil zu hoch bemessen, besteht die Möglichkeit, dass

¹⁰⁴ BVerfG, AnwBl. 2007, 297 ff.

¹⁰⁵ Zu § 4a RVG: Blattner, AnwBl. 2012, 562-571.

das Gericht die Vereinbarung für unwirksam erklärt und die vereinbarten Gebühren bei gesetzlichen Rahmen kappt.

Durch § 15 RVG wird klargestellt, dass auch dann, wenn im Gesetz die Anrechnung einer Gebühr auf eine andere vorgesehen ist, der Rechtsanwalt berechtigt ist, beide Gebühren zu fordern, insgesamt jedoch nicht mehr als den Gesamtbetrag der beiden Gebühren abzüglich des Anrechnungsbetrages. Diese Regelung ist vor allem für die Anrechnung der außergerichtlichen Geschäftsgebühr auf das spätere neue gerichtliche Verfahren. Der Rechtsanwalt darf also insbesondere die Zahlung der vollen Geschäftsgebühr z.B. als Verzugsschadenersatz für seinen Mandanten vom Gegner gerichtlich begehren. Die Anrechnung erfolgt dann im Rahmen des Kostenausgleiches.

Die Anwaltsvergütung in Zivil- und Familiensachen ist in Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses (VV) des RVG geregelt. Teil 3 gilt für alle nicht in den Teilen 4 bis 6 VV RVG (Strafsachen, Bußgeldsachen und sonstige Verfahren) geregelten Tätigkeiten in Gerichtsverfahren. Teil 7 VV RVG betrifft Auslagen. Teil 3 VV RVG erfasst alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einschließlich Mahnverfahren, selbstständige Beweisverfahren, Verfahren der Zwangsvollstreckung, der Vollziehung der Arreste sowie einstweilige Verfügungen/Anordnungen. Teil 3 VV RVG gilt auch für FGG-Verfahren, für arbeitsgerichtliche Verfahren und für solche vor den Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit sowie für Verfahren nach dem Strafvollzugsgesetz.

2. Verfahrens- und Termingebühr

Für die Tätigkeit des Anwaltes in Zivil- und Familiensachen kommen grundsätzlich nur zwei Gebühren-typen in Betracht: die **Verfahrensgebühr** und die **Termingebühr**. Diese Gebühren entstehen auf Grund der unterschiedlichen Gewichtung der verschiedenen Verfahren und des unterschiedlichen Aufwands des Anwalts in unterschiedlicher Höhe. Es handelt sich um Gebühren mit einem feststehenden Gebührensatz, die sich nach dem Gegenstandswert richten (§§ 2 und 13 RVG).

Teil 3 des VV RVG ist in fünf Abschnitte aufgeteilt. Abschnitt 1 enthält Auffangregelungen für gerichtliche Verfahren ohne besondere Gebührenregelung. Damit bildet Abschnitt 1 eine Auffangregelung für alle gerichtlichen Verfahren, für die keine besonderen Gebühren bestimmt sind.

Besondere Gebühren sind z.B. bestimmt in Abschnitt 2 (Rechtsmittelverfahren Nr. 3200 VV RVG ff.), in Abschnitt 3 (Mahnverfahren Nr. 3305 bis 3308 VV RVG), für Zwangsvollstreckungs- und Vollziehungsverfahren (Nr. 3309 bis 3312 VV RVG) und in Abschnitt 5 u.a. für bestimmte Beschwerdeverfahren. Die allgemeinen Regelungen in der Vorbemerkung 3 gelten für alle fünf Abschnitte in Teil 3 VV RVG. Die diesen Abschnitten jeweils voran gestellten Vorbemerkungen gelten aber nur für den jeweiligen Abschnitt, also z.B. die Vorbem. 3.1 nur für Abschnitt 1 des Teils 3 VV RVG.

Praxishinweis: Das RVG regelt erstmals die Gebühren für die Tätigkeit als Beistand für Zeugen oder Sachverständige. Nach Abs. 1 der Vorbemerkung 3 erhält der Anwalt in den von Teil 3 VV RVG erfassten

Verfahren die gleichen Gebühren wie ein Verfahrens- bzw. Prozessbevollmächtigter. Für die Gebührenhöhe des Beistandes ist aber nicht der Gegenstandswert des Verfahrens maßgebend, in dem der Zeuge aussagt oder der Sachverständige herangezogen wird, da dieser Gegenstand nicht Gegenstand der Anwaltstätigkeit ist. Der Wert richtet sich vielmehr nach § 23 Abs. 3 RVG. Danach wird der Gegenstandswert nach billigem Ermessen bestimmt. In Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung und bei nicht vermögensrechtlichen Gegenständen wird er mit 5.000 EUR beziffert.

Der Anwalt erhält nach dem RVG eine Verfahrensgebühr (z.B. Nr. 3100 W RVG). Sie beträgt grundsätzlich 1,3 der vollen Gebühr. Nach Abs. 2 der Vorbemerkung 3 W RVG entsteht die Verfahrensgebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information. Die Verfahrensgebühr entsteht in ZPO- und FGG-Verfahren.

Praxishinweis: In FGG-Verfahren muss der Anwalt künftig keinen Gebührenrahmen mehr bestimmen. Es entfällt der häufig entstehende Streit zwischen Anwalt und Erstattungspflichtigem über die Gebührenhöhe.

Des Weiteren fällt regelmäßig eine Termingebühr (Faktor: 1,2) an, z.B. Nr. 3104, 3105 W RVG. Nach Abs. 3 der Vorbemerkung 3 entsteht sie für die

- Vertretung im Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin oder
- Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten Termins oder
- Mitwirkung an Besprechungen, die das Verfahren ohne Beteiligung des Gerichts vermeiden oder erledigen sollen, ausgenommen Besprechungen mit dem Auftraggeber.

Die Termingebühr entsteht für die Wahrnehmung von gerichtlichen und außergerichtlichen Terminen. Der Anwalt soll in jeder Phase des Verfahrens dazu beitragen, dass das Verfahren möglichst früh, der Sach- und Rechtslage entsprechend beendet wird. Deshalb entsteht die Gebühr schon, wenn der Anwalt an Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt, die auf eine gütliche Regelung zielen. Wichtig ist dabei, dass eine Besprechung, bspw. ein Telefonat zwischen den Prozessbevollmächtigten zur Sache erfolgt ist, ggf. auch mit dem Gericht. Bloßer Schriftwechsel oder E-Mailverkehr genügt nicht.

Auf die Höhe der Termingebühr hat es grundsätzlich keinen Einfluss, ob im Termin streitig oder nichtstreitig verhandelt bzw. ob die Sache erörtert wird, oder ob nur Anträge zur Prozess- und Sachleitung gestellt werden. Für das Entstehen der Gebühr genügt es, dass der Anwalt den Termin wahrnimmt.

Praxishinweis: Eine Ausnahme gilt, wenn der Anwalt nur einen Termin wahrnimmt, in dem eine Partei nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten ist und er nur einen Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils oder zur Prozess- und Sachleitung stellt. Der Anwalt erhält nur eine Termingebühr nach Nr. 3105 W RVG mit einem Gebührensatz von 0,5. Weitere Ausnahmen von der Entstehung der vollen Termingebühr nach Nr. 3104 W RVG ergeben sich aus der Anmerkung zu Nr. 3105 W RVG. Danach

entsteht die ermäßigte Termingebühr auch im Fall der Säumnis bei Entscheidungen zur Prozess- und Sachleitung von Amtswegen oder gemäß § 331 Abs. 3 ZPO.

Beispiel 1: Streitige und nichtstreitige Verhandlung:

Rechtsanwalt R klagt für den Mandanten M einen Anspruch (5.000 EUR) ein. Im Termin erkennt der Beklagte B einen Teilbetrag von 3.000 EUR an, über den Rest wird streitig verhandelt. B wird durch ein Teilerkenntnis- und Schlussurteil zur Zahlung von 5.000 EUR verurteilt. Welche Gebühren kann R abrechnen (ohne Auslagenpauschale und Umsatzsteuer)?

Lösung:

1,3 Verfahrensgebühr Nr. 3100 VV RVG, Wert 5.000 EUR	393,90 EUR
1,2 Verfahrensgebühr Nr. 3104 VV RVG, Wert 5.000 EUR	<u>363,60 EUR</u>
	757,50 EUR

Bei Versäumnisurteilen muss Folgendes beachtet werden:

Beispiel 2: Versäumnisurteil

R klagt im Anwaltsprozess (5.000 EUR) ein. Zum Termin erscheint nur der Prozessbevollmächtigte des Beklagten, der keinen Antrag stellt. Es ergeht ein Versäumnisurteil. Welche Gebühren sind entstanden?

Lösung:

Eine ermäßigte Verfahrensgebühr Nr. 3105 VV RVG ist nicht entstanden. Voraussetzung hierfür wäre, dass R einen Termin wahrgenommen hat, in dem eine Partei nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten ist. Zwar ist der Beklagte zum Termin nicht erschienen, er war jedoch in dem Anwaltsprozess ordnungsgemäß durch seinen Anwalt vertreten, so dass die volle Termingebühr Nr. 3104 VV RVG anfällt.

Die Termingebühr entsteht grundsätzlich auch, wenn Gegenstand des von dem Anwalt wahrgenommenen Termins auch nicht anhängige Gegenstände waren. Die Termingebühr wird damit in ihrem Anwendungsbereich erweitert und entsteht damit grundsätzlich mit einem Gebührensatz von 1,2 (12/10). Die Termingebühr entsteht dann aus dem Wert der insgesamt erledigten Ansprüche. Wird eine Einigung zwischen den Parteien über rechtshängige und nicht rechtshängige Ansprüche erzielt, entsteht hinsichtlich der nicht rechtshängigen Ansprüche zusätzlich noch eine sogenannte Differenzverfahrensgebühr, ferner unterschiedliche Einigungsgebühren für den rechtshängigen und nicht rechtshängigen Gegenstand. Ein Ausgleich erfolgt dann nach § 15 RVG.

Praxishinweis: Eine Ausnahme im Hinblick auf die Entstehung der Termingebühr gilt nur, wenn in dem Termin lediglich beantragt worden ist, eine Einigung der Parteien oder mit Dritten über nicht rechtshängige Ansprüche zu Protokoll zu nehmen, vgl. Abs. 3 der Anmerkung zu Nr. 3104 VV RVG. Werden die nichtanhängigen Gegenstände vorher auch erörtert oder besprochen und die Einigung protokolliert, entsteht die Termingebühr.

Beispiel:

Rechtsanwalt R macht für seinen Mandanten M einen Anspruch über 5.000 EUR geltend. Über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch über 5.000 EUR wurde verhandelt. Im Termin schließen die

Parteien einen Vergleich, in dem auch die Einigung hinsichtlich eines weiteren zwischen den Parteien streitigen Anspruchs über 10.000 EUR protokolliert wird, nachdem auch dieser Anspruch im Rahmen des Vergleichs erörtert wurde. Welche Termingebühr kann R abrechnen?

Lösung:

1,2 Termingebühr Nr. 3104 VV RVG, Wert 15.000 EUR

780,00 EUR

Die Termingebühr Nr. 3104 VV RVG entsteht zwar für die Terminwahrnehmung durch den Anwalt, und zwar gem. § 2 Abs. 1 RVG nach dem Wert, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat. Bei nicht anhängigen Ansprüchen ist nach Nr. 3104 Abs. 3 VV RVG weitere Voraussetzung für den Anfall der Termingebühr, dass im Termin insoweit nicht nur beantragt worden ist, eine Einigung über diese Ansprüche zu Protokoll zu nehmen, also ohne über diesen Anspruch zu sprechen. Somit entsteht die Termingebühr nach dem Gegenstandswert auch nicht anhängiger Ansprüche nur, wenn diese auch erörtert bzw. besprochen worden sind.

3. Beweisgebühr

Das RVG sieht keine Beweisgebühr mehr vor, wie sie sich früher in § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO fand. Durch das RVG wurde dieser Wegfall allerdings ausgeglichen: Die Verfahrensgebühr wurde auf den Faktor 1,3 und die Termingebühr auf den Faktor 1,2 gehoben.

4. Wertgebühren nach RVG

Die Vorschriften zur Berechnung der Wertgebühren hat der Gesetzgeber in § 13 RVG teilweise aus dem Recht der BRAGO übernommen. Anstatt wie früher die Gebühren für eine Tätigkeit im Rechtsmittelverfahren um einen bestimmten Faktor zu erhöhen, gibt es im Teil 3 Abschnitt 2 des Vergütungsverzeichnisses (VV) für diese Verfahren eigene Gebührensätze. Nach Vorbemerkung 3.2 Abs. 1 VV RVG gelten diese Gebührensätze der Rechtsmittelverfahren auch in Rechtsmittelzulassungsverfahren. Weitere Gebührentatbestände für die Rechtsmittelzulassungsverfahren befinden sich in Teil 3 Abschnitt 5 VV RVG.

Der Anwalt erhält für die Tätigkeit im Berufungsverfahren vor den Zivilgerichten folgende Gebühren:

- Verfahrensgebühr Nr. 3200 VV RVG, Gebührensatz 1,6
- Termingebühr Nr. 3202 VV RVG, Gebührensatz 1,2.

Im Revisionsverfahren entstehen für den beim BGH zugelassenen Anwalt folgende Gebühren:

- Verfahrensgebühr Nr. 3206, 3208 VV RVG, Gebührensatz 2,3
- Termingebühr Nr. 3210 VV RVG, Gebührensatz 1,5.

Geht dem Revisionsverfahren eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO voraus (nach § 26 Nr. 8 EGZPO ist diese bis einschließlich 31.12.2016 von einer Beschwer von mehr als 20.000 EUR abhängig),

erhält der Anwalt eine Verfahrensgebühr von 2,3 nach Nr. 3506, 3508 VV RVG, die allerdings auf die Verfahrensgebühr des Revisionsverfahrens angerechnet wird.

Die Tabelle des § 13 Abs. 1 RVG umfasst feste Gebühren (z.B. Nr. 3100 VV RVG, Nr. 3104 VV RVG) und Satzrahmengebühren (z.B. Nr. 2300 VV RVG, Nr. 2201 VV RVG). Auf Betrags- oder Betragsrahmengebühren, wie sie z.B. in Strafsachen und sozialrechtlichen Angelegenheiten anfallen, ist § 13 Abs. 1 RVG schon deshalb unanwendbar, weil sich diese Gebühren nicht am Gegenstandswert orientieren. Auch der Anwalt, der im Rahmen von PKH oder nach § 11a ArbGG beigeordnet ist, berechnet seine Gebühren nach § 49 RVG.

Im Bereich der Wertgebühren erhält der Anwalt für seine Tätigkeit entweder eine konkrete Gebühr (Festgebühr) oder eine Gebühr aus einem bestimmten Rahmen (Satzrahmengebühr).

§ 13 Abs. 1 S. 1 RVG spricht von der „Gebühr“. Die Gebühr in Höhe von 1,0 ist weiterhin der Betrag, der sich aus der in Anlage 2 zum RVG angefügten Tabelle nach dem entsprechenden Gegenstandswert ergibt. Wenn für die Tätigkeit des Anwalts nach den Gebührentatbeständen des VV RVG lediglich Teilbeträge der Gebühr entstehen (z.B. eine Geschäftsgebühr von 0,3 nach Nr. 2400, 2402 VV RVG), so ist der entsprechende Betrag als Teilbetrag der aus der Tabelle ermittelten Gebühr zu berechnen. Entsprechendes gilt in den Fällen, in denen ein Vielfaches der Gebühr für eine Tätigkeit anfällt (z.B. eine Geschäftsgebühr von 1,5 nach Nr. 2403 VV RVG).

Die in Anlage 2 abgedruckte Tabelle ist begrenzt auf Gegenstandswerte bis 500.000 EUR. Darüber hinaus wird die Gebühr für jeden weiteren angefangenen Betrag von 50.000 EUR um 150 EUR erhöht. Das Gesetz ordnet eine Aufrundung der Gegenstandswerte auf volle 50.000 EUR an.

Beispiel:

In der Zwangsvollstreckungssache (Streitwert von 551.000 EUR) berechnet sich die Verfahrensgebühr von 0,3 nach Nr. 3309 VV RVG wie folgt:

Streitwert bis 500.000 EUR	3.213 EUR
für die nächsten 50.000 EUR	150 EUR
und für die mit 1.000 EUR angefangenen nächsten 50.000 EUR	150 EUR
	3.513 EUR
 3.513 EUR x 0,3=	 1.053,90 EUR

Die Verfahrensgebühr beträgt 1.053,90 EUR.

Die Regelung zum Mindestbetrag einer Gebühr ist in § 13 Abs. 2 RVG enthalten. Der Mindestbetrag beträgt bei einer Gebühr 10 EUR. Es ist allgemeine Meinung, dass dieser Betrag nicht unterschritten werden darf, selbst wenn dem Anwalt nach dem Gesetz nur ein Teilbetrag der Gebühr zusteht. In § 13 RVG ist zwar einheitlich von der Gebühr die Rede. Damit hat der Gesetzgeber aber nicht beabsichtigt,

die Regelung zur Mindestgebühr nur auf Gebühren in Höhe von 1,0 anzuwenden. Denn es verbliebe überhaupt kein Anwendungsbereich für § 13 Abs. 2 RVG, weil die Gebühr von 1,0 beim geringsten denkbaren Gegenstandswert schon 45 EUR beträgt und nicht mehr erhöht werden könnte. Weiterhin ist also die Mindestgebühr auch auf Teilbeträge von Gebühren anzuwenden.

Hebegebühren können nicht nach § 13 Abs. 2 RVG erhöht werden, da das VV RVG bei der Gebührenbestimmung für Nr. 1009 VV RVG eine vorrangige Sondervorschrift enthält, die den Mindestbetrag der Gebühr auf 1 EUR festlegt. Auch für Auslagen nach Teil 7 VV RVG gilt § 13 Abs. 2 RVG nicht, weil diese nach § 1 Abs. 1 S. 1 RVG keine Gebühren sind.

§ 13 Abs. 2 RVG ist auch nicht in Fällen der Erhöhung der Gebühren nach Nr. 1008 VV RVG anwendbar. Denn hier handelt es sich nicht um eine Gebühr, sondern um einen Erhöhungsfaktor, der eine andere Berechnung von Verfahrens- und Geschäftsgebühr anordnet. Der Erhöhungsfaktor nach Nr. 1008 VV RVG erhöht jede Gebühr unabhängig vom Gebührensatz um diesen Faktor. So erhöht sich z.B. eine Gebühr von 1,0 auf 1,3 und eine Gebühr von 0,3 auf 0,6. Wird der Anwalt in derselben Angelegenheit bei identischem Gegenstand für mehrere Auftraggeber tätig, wird zunächst die nach Nr. 1008 VV RVG erhöhte Gebühr für mehrere Auftraggeber ermittelt. Nur wenn diese erhöhte Gebühr noch unter 10 EUR liegt, greift § 13 Abs. 2 RVG.

Zu beachten ist § 2 Abs. 2 S. 2 RVG. Unverändert werden Gebühren auf den nächstliegenden Cent auf- oder abgerundet; 0,5 Cent werden aufgerundet.

Das RVG sieht bei den Rahmengebühren einige Besonderheiten vor.

Die Bestimmung von Rahmengebühren ist bei § 14 Abs. 1 RVG wie folgt geregelt: Der Anwalt bestimmt die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der Anwaltstätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen. Ein besonderes Haftungsrisiko des Anwalts kann bei der Bemessung herangezogen werden. Bei Rahmengebühren, die sich nicht nach dem Gegenstandswert richten, ist das Haftungsrisiko zu berücksichtigen. Muss ein Dritter die Gebühr ersetzen, ist die vom Anwalt getroffene Bestimmung unverbindlich, wenn sie unbillig ist.

Die Bestimmungskriterien sind in einer bestimmten Reihenfolge geordnet. An erster Stelle findet sich das Kriterium „Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit“. Die „Bedeutung der Angelegenheit“ steht an zweiter Stelle.

Als Kriterium kann nach § 14 Abs. 1 Satz 2 RVG ein besonderes Haftungsrisiko des Anwalts bei der Bemessung berücksichtigt werden. Bei Rahmengebühren, die sich nicht nach dem Gegenstandswert richten, also z.B. Gebühren für Straf- und Bußgeldsachen, soll dagegen das Haftungsrisiko bei der Bemessung standardmäßig berücksichtigt werden, § 14 Abs. 1 Satz 3 RVG. Denn anders als bei Wertgebühren würde der Haftungsaspekt in den Fällen des Satz 3 sonst keinen Eingang in die Gebührenhöhe finden.

Bei Streit über die Angemessenheit einer Rahmengebühr muss das Gericht ein Gutachten des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer einholen, was gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 RVG entfällt, wenn die Höhe der Gebühr unstrittig ist. Das ist z.B. der Fall, wenn der Mandant die Angemessenheit ohne Begründung einfach in Abrede stellt, also unsubstanziert bestreitet. In diesem Fall dürfte der Vergütungsanspruch des Anwalts vom Gericht bestätigt werden.

5. Gebührenerhöhung für mehrere Auftraggeber

Vertritt der Anwalt mehrere Auftraggeber, gelten § 7 RVG und Nr. 1008 VV RVG. Danach erhöhen sich Geschäfts- und Verfahrensgebühren für jede weitere Person um 0,3. Durch diesen feststehenden Erhöhungsfaktor von 0,3 wird die Gebühr unabhängig vom Gebührensatz der Ausgangsgebühr, die für den ersten Auftraggeber entsteht, um diesen Faktor erhöht. Die Erhöhungsgebühr richtet sich beim RVG nach dem Streitwert. Abs. 3 der Anmerkung zu Nr. 1008 VV RVG sieht Obergrenzen vor. Danach dürfen u.a. mehrere Erhöhungen den Gebührensatz von 2,0 nicht übersteigen.

Beispiel: Mehrere Auftraggeber

Rechtsanwalt R vertritt die Mandanten M 1 und M 2 in demselben Rechtsstreit über 5.000 EUR. Welche Gebühren kann er bislang abrechnen?

Lösung:

1,3 Verfahrensgebühr Nr. 3100 VV RVG	393,90 EUR
0,3 Erhöhungsgebühr Nr. 1008 VV RVG	<u>90,90 EUR</u>
	484,80 EUR

In der Berufungsinstanz gilt Folgendes:

R vertritt M 1 und M 2 in einem Berufungsverfahren mit einem Streitwert von 5.000 EUR. Welche Gebühren fallen bisher für R an?

Lösung:

1,6 Verfahrensgebühr Nr. 3200 VV RVG	484,80 EUR
0,3 Erhöhungsgebühr Nr. 1008 VV RVG	<u>90,90 EUR</u>
	575,70 EUR

6. Anrechnung von Gebühren nach dem RVG

Nach dem RVG erhält der Anwalt für die außergerichtliche Vertretung seines Mandanten eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2400 bis 2403 VV RVG. Nach Abs. 4 der Vorbemerkung 3 ist diese auf die Verfahrensgebühr des Gerichtsverfahrens zur Hälfte, höchstens zu 0,75 anzurechnen. Sind in derselben Angelegenheit mehrere Geschäftsgebühren entstanden, wird die zuletzt entstandene angerechnet.

Die Anrechnung erfolgt nach dem Wert des Gegenstands, der in das Gerichtsverfahren übergeht. Die Anrechnung wurde begrenzt auf die Hälfte bzw. 0,75, da es in Nr. 2300 VV nur noch eine einheitliche Geschäftsgebühr von 0,5 bis 2,5 für die vorgerichtliche Tätigkeit gibt. Wenn die Geschäftsgebühr für ein

erfolgloses Vermittlungsverfahren (§ 165 FamFG) entsteht, soll es nach Abs. 3 der Anmerkung zu Nr. 3100 W aber bei der Vollarrechnung bleiben.

Beispiel:

Anwalt R vertritt den Mandanten M außergerichtlich ohne Besprechung, anschließend gerichtlich (Wert 5.000 EUR). Nach streitiger Verhandlung wird der Klage stattgegeben. Welche Gebühren kann R abrechnen?

Lösung:

aa) außergerichtliche Tätigkeit, Wert 5.0000 EUR	
1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300 W RVG	393,90 EUR
bb) gerichtliche Tätigkeit, Wert 5.000 EUR	
1,3 Verfahrensgebühr Nr. 3100 W RVG	393,90 EUR
0,65 Anrechnung Nr. 2300 W RVG	- 196,95 EUR
1,2 Termingebühr Nr. 3104 W RVG	<u>363,60 EUR</u>
	954,45 EUR

Nach dem RVG wird die Geschäftsgebühr nur zur Hälfte, also mit 0,65 (1/2 von 1,3) auf die Verfahrensgebühr (Nr. 3100 W) angerechnet.

7. Abrechnung außergerichtlicher Strafverfahren

Das RVG kennt grundsätzlich nur noch die Verfahrens- und die Termingebühr. In Strafsachen gibt es daneben noch eine sog. Grundgebühr sowie zusätzliche Gebühren, wie z.B. die Befriedungs- oder die Wertgebühr.

Die Gebühren in Strafsachen sind in Teil 4 W RVG geregelt. Die Aufteilung dieser Gebühr auf zwei Gebührentatbestände soll es nach Ansicht des Gesetzgebers ermöglichen, den Umfang der Tätigkeiten des Anwalts besser aufwandsbezogen zu berücksichtigen¹⁰⁶.

Eine **Verfahrensgebühr** erhält der Anwalt nach der Legaldefinition in Vorbemerkung 4 Abs. 2 W RVG „für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information“. Durch diese Gebühr, die sowohl im vorbereitenden Verfahren (Nr. 4104 W RVG) als auch im Gerichtsverfahren entstehen kann, ist die gesamte Tätigkeit des Anwalts im jeweiligen Verfahrensabschnitt und jeweiligen Rechtszug abgegolten, soweit hierfür keine besonderen Gebühren vorgesehen sind.

Besondere Gebühren sind insbesondere die **Termingebühren**, die nach Nr. 4102 W RVG für (Vernehmungs-)Termine außerhalb der Hauptverhandlung und für Hauptverhandlungstermine entstehen können (z.B. Nr. 4108 W RVG). Die Termingebühr entsteht für die Teilnahme am Termin. Sie deckt auch die konkrete Vorbereitung des jeweiligen Termins ab.

¹⁰⁶ BT-Dr. 15/1971, 279.

Nr. 4100 VV RVG sieht noch eine sog. **Grundgebühr** vor, die jedem Anwalt, der als Verteidiger des Beschuldigten oder als Vertreter eines sonstigen Verfahrensbeteiligten im Strafverfahren tätig wird, für die erstmalige Einarbeitung in den Rechtsfall zusteht. Wann diese erfolgt, ist unerheblich. Der Anwalt erhält die Grundgebühr also auch, wenn er nicht bereits im vorbereitenden Verfahren, sondern erst im späteren Verfahrensabschnitt mit der Verteidigung beauftragt wird.

Darüber hinaus können dem Anwalt noch nach Teil 4 Unterabschnitt 5 VV RVG zusätzliche Gebühren zustehen, z.B. die **Befriedungsgebühr** (Nr. 4141 VV RVG) oder die **Wertgebühr** für Tätigkeiten im Hinblick auf Einziehung (Nr. 4142 VV RVG).

Bei den folgenden Beispielen zur Abrechnung außergerichtlicher Strafverfahren nach dem RVG wird für den Wahlanwalt aus Vereinfachungsgründen stets die sog. Mittelgebühr angesetzt.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Beauftragung erhält der Anwalt für seine Tätigkeit in Strafsachen eine Grundgebühr.

Beispiel 1: Mandatsübernahme erst im Berufungsverfahren

Dem Beschuldigten B wird ein Diebstahl zur Last gelegt. Er verteidigt sich beim AG selbst. Seinen Verteidiger Rechtsanwalt R sucht er erst nach der Verurteilung auf. R legt Berufung ein und verteidigt B in der Hauptverhandlung. Das Berufungsurteil wird rechtskräftig.

Lösung:

R erhält, obwohl er erst im Berufungsverfahren mit der Sache befasst ist, eine Grundgebühr (Nr. 4100 VV RVG). Folgende Gebühren fallen an (linke Zahl = Wahlanwalt, rechte Zahl = Pflichtanwalt):

Pflicht-Wahlanwalt-Verteidiger

Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG	200,00 EUR	160,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4124 VV RVG	320,00 EUR	256,00 EUR
Termingebühr Nr. 4126 VV RVG	320,00 EUR	256,00 EUR
Auslagenpauschale Nr. 7002 VV RVG	<u>20,00 EUR</u>	<u>20,00 EUR</u>
	860,00 EUR	692,00 EUR
Umsatzsteuer Nr.7008 VV RVG, 19 Prozent	163,40 EUR	131,48 EUR
	1.023,40 EUR	823,48 EUR

Praxishinweis: Entsprechendes gilt, wenn später noch ein anderer Anwalt mit der Einlegung und Begründung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts beauftragt wird. Auch er erhält, obwohl er erst im Revisionsverfahren beauftragt wird, eine Grundgebühr nach Nr. 4100 VV RVG.

Im außergerichtlichen Bereich können folgende Gebühren anfallen:

Beispiel 2: Vertretung nur im vorbereitenden Verfahren

Im Ermittlungsverfahren gegen B wegen Diebstahls nimmt R an der Vernehmung des B durch die Staatsanwaltschaft teil. Als R dem B rät, sich geständig einzulassen, entzieht dieser ihm das Mandat.

Lösung:

Für die Teilnahme am Vernehmungstermin bei der Staatsanwaltschaft erhält R die Termingebühr (Nr. 4102 Ziff. 2 VV RVG).

Pflicht-Wahlanwalt-Verteidiger

Grundgebühr (Nr. 4100 VV RVG)	200,00 EUR	160,00 EUR
Verfahrensgebühr (Nr. 4104 VV RVG)	165,00 EUR	132,00 EUR
Termingebühr (Nr. 4102 Ziff. 2 VV RVG)	140,00 EUR	136,00 EUR
Auslagenpauschale (Nr. 7002 VV RVG)	<u>20,00 EUR</u>	<u>20,00 EUR</u>
	525,00 EUR	448,00 EUR
Umsatzsteuer (Nr. 7008 VV RVG), 19 Prozent	99,75 EUR	85,12 EUR
	624,75 EUR	533,12 EUR

Ist der Mandant inhaftiert, entstehen die Gebühren mit Zuschlag (Vorbem. 4 Abs. 4 VV RVG).

Abwandlung 1: Inhaftierter Mandant

Im Beispiel 2 ist B bei dem ihm zur Last gelegten Diebstahl auf frischer Tat angetroffen und von der Polizei festgenommen worden. Er befindet sich seitdem in U-Haft. Welche Gebühren fallen für Rechtsanwalt R an?

Lösung:

Alle Gebühren erhalten einen Zuschlag, da sich B „nicht auf freiem Fuß befindet“. Dies führt zu folgender Abrechnung:

Pflicht-Wahlanwalt-Verteidiger

Grundgebühr Nr. 4100, 4101 VV RVG	245,00 EUR	192,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4104, 4105 VV RVG	201,25 EUR	161,00 EUR
Termingebühr Nr. 4102 Ziff. 2, Nr. 4103 VV RVG	207,50 EUR	166,00 EUR
Auslagenpauschale Nr. 7002 VV RVG	<u>20,00 EUR</u>	<u>20,00 EUR</u>
	673,75 EUR	539,00 EUR
Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG, 19 Prozent	128,01 EUR	102,41 EUR
	801,76 EUR	641,41 EUR

Wird das Ermittlungsverfahren eingestellt, erhält der Anwalt zusätzlich eine Befriedungsgebühr.

Abwandlung 2: Einstellung des Verfahrens

Im Beispiel 2 kommt es nicht zur Mandatsniederlegung. Rechtsanwalt R gelingt es vielmehr, den Staatsanwalt von der Geringfügigkeit des Vergehens des Beschuldigten B zu überzeugen. Das Verfahren wird gemäß § 153 StPO eingestellt. Für das weitere Verfahren wäre das AG zuständig gewesen. Welche Gebühren sind angefallen?

Lösung:

Zusätzlich zu den in Fall 2 angefallenen Gebühren hat R jetzt auch noch die Befriedungsgebühr der Nr. 4141 Abs. 1 Ziff. 1 VV RVG verdient, da das Verfahren gegen seinen Mandanten nicht nur vorläufig eingestellt worden ist.

Pflicht-Wahlanwalt-Verteidiger

Grundgebühr Nr. 4100 VV RVG	200,00 EUR	160,00 EUR
Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG	165,00 EUR	132,00 EUR
Termingebühr Nr. 4102 Ziff. 2 VV RVG	170,00 EUR	136,00 EUR
Erledigungs- /Befriedungsgebühr Nr. 4141 Abs. 1 Ziff. 1 VV RVG	165,00 EUR	132,00 EUR
Auslagenpauschale Nr. 7002 VV RVG	<u>20,00 EUR</u>	<u>20,00 EUR</u>
	720,00 EUR	580,00 EUR
Umsatzsteuer Nr. 7008 VV RVG, 19 Prozent	136,80 EUR	110,20 EUR
	856,80 EUR	690,20 EUR

8. Gebühren im Bußgeldverfahren

In Teil 5 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG sind die Bußgeldsachen geregelt. Straf- und Bußgeldverfahren gelten dabei als verschiedene Angelegenheiten, § 17 Nr. 10 RVG. Soweit der Anwalt in einem Strafverfahren tätig war, das nach Einstellung als Bußgeldverfahren fortgeführt wurde, muss sich der Anwalt die in beiden Verfahren anfallenden Grundgebühren aufeinander anrechnen lassen, vgl. Anm. zu Nr. 5100 VV.

Die Gebührenstruktur entspricht dem Strafverfahren. Neu ist auch die Dreiteilung der Gebühren in Abhängigkeit der Geldbuße, nämlich Bußgeldverfahren bei einer Geldbuße von weniger als 40,- EUR, diese werden niedriger als bisher abgegolten, Bußgeldverfahren bei einer Geldbuße von 40,- EUR bis 5000,- EUR, in denen ungefähr das derzeitige Gebührenniveau beibehalten wird, und schließlich Bußgeldverfahren bei einer Geldbuße von mehr als 5000,- EUR, in denen regelmäßig eine höhere als die bisherige Vergütung fällig wird. Dies ist wegen der entsprechend hohen Bedeutung für den Betroffenen und in der Regel auch höheren anwaltlichen Aufwand auch gerechtfertigt¹⁰⁷.

Durch die Gebühren wird die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts als Verteidiger entgolten, Vorbemerkung 5.1 Abs. 1 VV. Die Vorschriften des fünften Teils des Vergütungsverzeichnisses gelten auch, soweit der Rechtsanwalt als Beistand tätig geworden ist.

Maßgebend für die Höhe der Gebühr ist die „zuletzt festgesetzte Geldbuße“. Gemeint ist damit, dass es sich nicht um die rechtskräftig festgesetzte Geldbuße, sondern um die im jeweiligen Verfahrensstadium zuletzt festgesetzte Geldbuße handelt¹⁰⁸. Wurde z. B. ein Bußgeldbescheid erlassen und daraufhin ein Rechtsanwalt beauftragt, so ist die im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbuße für die Gebührenberechnung maßgeblich; unerheblich ist, ob diese Buße z. B. auf Rechtsmittel hin herabgesetzt wird. War zum

¹⁰⁷ BT-Drs. 15/1971 S. 230.

¹⁰⁸ BT-Drs. 15/1971 S. 230.

Zeitpunkt der Mandatierung noch keine Geldbuße festgesetzt und ist die Geldbuße als Mindest- und Höchstbetrag angedroht, ist der mittlere Betrag maßgebend. Ansonsten soll der in der konkreten Bußgeldvorschrift angedrohte Betrag zugrunde gelegt werden, Vorbemerkung 5.1 Abs. 2 zu Teil 5 des Vergütungsverzeichnisses.

Der Rechtsanwalt erhält für die erstmalige Einarbeitung in den Rechtsfall einmal, unabhängig davon, in welchem Verfahrensabschnitt er tätig geworden ist, eine Grundgebühr als allgemeine Gebühr:

Nr. 5100 W Grundgebühr	
Wahlverteidiger	30,00 bis 170,00 EUR
Gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	80,00 EUR

Die Gebühr entsteht nicht, wenn in einem vorangegangenen Strafverfahren für dieselbe Handlung oder Tat die Gebühr Nr. 4100 W entstanden ist.

Soweit der Rechtsanwalt den Mandanten im Bußgeldverfahren vor der Verwaltungsbehörde vertritt, können sowohl eine Verfahrens- als auch eine Termingebühr entstehen. Zu dem Verfahren vor der Verwaltungsbehörde gehört auch das Verwarnungsverfahren und das Zwischenverfahren (§ 69 OWiG) bis zum Eingang der Akten bei Gericht, Vorbemerkung 5.1.2 W. Die Termingebühr erhält der Rechtsanwalt für die Teilnahme an Vernehmungen vor der Polizei oder der Verwaltungsbehörde.

Was die Höhe der einzelnen Verfahrens- und Termingebühr anbelangt, so ist nach der Höhe der Geldbuße zu differenzieren:

Nr. 5101 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von weniger als 40,00 EUR	
Wahlverteidiger	20,00 bis 110,00 EUR
Gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	52,00 EUR

Nr. 5102 W Termingebühr für jeden Tag, an dem ein Termin in den in Nr. 5101 W genannten Verfahren stattfindet	
Wahlverteidiger	20,00 bis 110,00 EUR
Gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	52,00 EUR

Nr. 5103 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von 40,00 EUR bis 5 000,00 EUR	
Wahlverteidiger	30,00 bis 290,00 EUR
Gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	128,00 EUR

Nr. 5104 W Termingebühr für jeden Tag, an dem ein Termin in den in Nr. 5103 W genannten Verfahren stattfindet	
Wahlverteidiger	30,00 bis 290,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	128,00 EUR

Nr. 5105 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von mehr als 5 000,00 EUR	
Wahlverteidiger	40,00 bis 300,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	136,00 EUR

Nr. 5106 W Termingebühr für jeden Tag, an dem ein Termin in den in Nr. 5105 W genannten Verfahren stattfindet	
Wahlverteidiger	40,00 bis 300,00 EUR
Gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	136,00 EUR

Auch für die Tätigkeit im amtsgerichtlichen Verfahren erhält der Rechtsanwalt neben der Grundgebühr eine Verfahrens- und gegebenenfalls eine Termingebühr für jeden Hauptverhandlungstag. Hinsichtlich des Gebührenrahmens wird wiederum nach der Höhe der zuletzt festgesetzten Geldbuße differenziert:

Nr. 5107 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von weniger als 40,00 EUR	
Wahlverteidiger	20,00 bis 110,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	52,00 EUR

Nr. 5108 W Termingebühr je Hauptverhandlungstag in den in Nr. 5107 W genannten Verfahren	
Wahlverteidiger	20,00 bis 240,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	104,00EUR

Nr. 5109 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von 40,00 EUR bis 5 000,00 EUR	
Wahlverteidiger	30,00 bis 290,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	128,00 EUR

Nr. 5110 W Termingebühr je Hauptverhandlungstag in den in Nr. 5109 W genannten Verfahren	
Wahlverteidiger	40,00 bis 470,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	204,00 EUR

Nr. 5111 W Verfahrensgebühr bei einer Geldbuße von mehr als 5 000,00 EUR	
Wahlverteidiger	50,00 bis 350,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	160,00 EUR

Nr. 5112 W Termingebühr je Hauptverhandlungstag in den in Nr. 5111 W genannten Verfahren	
Wahlverteidiger	80,00 bis 560,00 EUR
gerichtlich bestellter oder beigeordneter Rechtsanwalt	256,00 EUR

Lediglich im Rechtsbeschwerdeverfahren wird nicht mehr hinsichtlich der Höhe der verhängten Geldbuße differenziert. Neben der Grundgebühr steht dem Anwalt eine Verfahrens- und eventuell eine Termingebühr für jeden Hauptverhandlungstag zu. Der Anwalt kann sich noch zusätzliche Gebühren verdienen, wenn durch seine Mitwirkung das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde erledigt oder eine Hauptverhandlung entbehrlich wird, Nr. 5115 W. Sowohl der Wahlanwalt als auch der gerichtlich bestellte oder beigeordnete Rechtsanwalt erhalten eine Gebühr in Höhe der jeweiligen Verfahrensgebühr.

9. Abrechnung der Auslagen nach dem RVG

Die Auslagentatbestände sind im Vergütungsverzeichnis 7. Teil Nrn. 7000 bis 7008 nebst Vorbemerkung 7 geregelt. Dazu im Einzelnen:

In der Vorbemerkung 7 Abs. 1 Satz 1 findet sich der Grundsatz, dass mit den Gebühren auch die allgemeinen Geschäfts- und Unkosten abgegolten werden.

Nach Satz 2 bleiben die Regelungen über den Aufwendungsersatz aus dem Auftragsrecht (§ 675 i.V.m. § 670 BGB) grundsätzlich anwendbar. Dies gilt schon heute nach allgemeiner Ansicht. Der Anwalt kann also weiterhin Auslagen für Gerichtskostenvorschüsse, Zeugenentschädigung o.a. gegenüber dem Mandanten erstattet verlangen.

Abs. 2 der Vorbemerkung 7 definiert den Begriff der Geschäftsreise. Abs. 3 der Vorbemerkung 7 fasst die Reisen zur Ausführung mehrerer Geschäfte und die Verlegung der Kanzlei zusammen.

Die Umsatzsteuererstattung findet sich im RVG in Nr. 7008 VV RVG.

Im Einzelnen muss Folgendes beachtet werden:

Die **Kopierpauschale** bleibt der Höhe nach unverändert. Sie beträgt nach Nr. 7000 Ziff. 1 VV RVG

- für die ersten 50 abzurechnenden Seiten je Seite 0,50 EUR und
- für jede weitere Seite 0,15 EUR.

Die **Dokumentenpauschale** für die Überlassung elektronisch gespeicherter Dateien bleibt erhalten. Nr. 7000 Ziff. 2 VV RVG gewährt pro Datei (unabhängig von deren Umfang) einen Betrag von 1,50 EUR. Sollten mehrere Dateien allein zum Zwecke erleichterter Versendung elektronisch zusammengepackt werden („ZIP-Dateien“), ist nach dem Sinn der Regelung davon auszugehen, dass die Dokumentenpauschale für jede einzelne der in dem Paket enthaltenen Dateien separat anfällt. Sonst würde allein die erleichterte elektronische Versandweise eine nachteilige Auslagenerstattung nach sich ziehen.

Sind **Ablichtungen aus Behörden- oder Gerichtsakten** zur sachgemäßen Bearbeitung geboten, kann der Anwalt dafür die Ablichtungspauschale fordern (Nr. 7000 Ziff. 1a VV RVG).

Die Ablichtungspauschale kann der Anwalt auch **für Ablichtungen zur Zustellung oder Mitteilung an Gegner oder Beteiligte** erstattet verlangen. Es müssen aber mehr als 100 Ablichtungen gefertigt werden (Nr. 7000 Ziff. 1b VV RVG). Nach dem RVG ist allein die Zahl der notwendigen Ablichtungen ausschlaggebend, weil sich nicht (schon) aus der Zahl der Gegner, der weiteren Beteiligten oder der Auftraggeber ergibt, in welchen Fällen ein Ersatz wegen erhöhten Aufwands angezeigt ist. Auch bei nur einem Gegner, Auftraggeber oder einem weiteren Beteiligten kann es, z.B. bei einer umfangreichen Klage, erforderlich sein, viele Ablichtungen zu erstellen. Bei weniger als 100 Kopien ist der Gesetzgeber der Ansicht, sie seien mit den Gebühren abgegolten.

Praxishinweis: Hier hilft nur der Abschluss einer Honorarvereinbarung:

Formulierungsbeispiel: Fotokopierpauschale

„Auslagen für Ablichtungen werden nach Nr. 7000 Ziff. 1 VV RVG entschädigt. Wegen der noch unbekanntem Anzahl der Ablichtungen vereinbaren die Parteien abweichend von der gesetzlichen Regelung dafür eine Pauschale von 20 EUR. Damit sind sämtliche Aufwendungen für Ablichtungen abgegolten. Frau/Herrn ... ist bekannt, dass die Gegenseite auch bei ihrem Unterliegen diese zusätzliche Pauschale nicht erstattet.

Ort ..., Datum ... (Mandant) (Rechtsanwalt)“

Auch der Aufwand für Ablichtungen zur notwendigen Unterrichtung des Mandanten kann nur erstattet werden, soweit hierfür mehr als 100 Ablichtungen zu fertigen waren (Nr. 7000 Ziff. 1c VV RVG).

Die Erstattungsfähigkeit von Kopierkosten nach Nr. 7000 Ziff. 1d VV RVG bezieht sich auf **sonstige Fälle**, wenn die Ablichtungen im Einverständnis mit dem Auftraggeber zusätzlich, auch zur Unterrichtung Dritter, gefertigt werden. Das ist der Fall, wenn der Auftraggeber zusätzliche Kopien wünscht z.B.:

- für sich selbst,
- zur Unterrichtung seiner Haftpflicht-Versicherung,
- zur Unterrichtung seiner Rechtsschutz-Versicherung,
- zur Unterrichtung mehrerer Dienststellen ,
- zur Unterrichtung seines Arbeitgebers,
- zur Information anderweitig vertretener Streitgenossen und
- zur Unterrichtung von Behörden mit eigenem Interesse am Ausgang des Verfahrens wie Sozialamt oder Jugendamt.

Porto und Kosten für Telekommunikationsdienstleistungen (Telefon, Fax, E-Mail) können konkret berechnet werden (Nr. 7001 VV RVG). Die Pauschale nach RVG beträgt gem. Nr. 7002 VV RVG 20 Prozent der Gebühren. Der Höchstbetrag bleibt bei 20 EUR. Die Auslagenpauschale kann für jede Angelegenheit gesondert geltend gemacht werden.

Nrn. 7003 bis 7006 VV RVG enthalten die Reisekosten. Die **Kilometerpauschale** bei Pkw-Benutzung beträgt 0,30 EUR je Kilometer. Die Höhe der Kilometerpauschale entspricht damit an die Wegstreckenentschädigung, die ein Beamter für eine Dienstreise mit seinem Kfz erhält, das im überwiegenden dienstlichen Interesse gehalten wird. Ein Betrag in dieser Höhe wird auch steuerlich bei der Benutzung privater Kraftfahrzeuge anerkannt.

Die Kosten bei der Benutzung **anderer Verkehrsmittel** können voll erstattet verlangt werden, soweit sie angemessen sind.

Tage- und Abwesenheitsgelder für Geschäftsreisen sind in Nr. 7005 Ziff. 1 bis 3 VV RVG geregelt:

- bei bis zu vier Stunden: 25 EUR
- bei mehr als vier bis acht Stunden: 40 EUR
- bei mehr als acht Stunden: 70 EUR.

Bei Auslandsreisen kann zu den genannten Beträgen ein Zuschlag von 50 Prozent berechnet werden.

Einen neuen Auslagentatbestand schafft Nr. 7007 VV RVG. Danach ist eine im Einzelfall gezahlte Versicherungsprämie für eine Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden in voller Höhe zu erstatten, soweit die Prämie auf Haftungsbeträge von mehr als 30 Mio. EUR anfällt. Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit der Einführung einer allgemeinen Wertgrenze in § 22 Abs. 2 RVG. Grundsätzlich soll der entsprechende Betrag nach der Prämienberechnung des Versicherers maßgeblich sein. Ist die Prämienberechnung nicht aufgeschlüsselt, soll die 30 Mio. EUR übersteigende Versicherungssumme ins Verhältnis zur Gesamtversicherungssumme gesetzt und die Prämie entsprechend aufgeteilt werden.

Beispiel: Aufteilung der Prämie 1181

Die Versicherungssumme beträgt 100 Mio. EUR, die Versicherungsprämie 100.000 EUR. Die 30 Mio. EUR übersteigende Versicherungssumme steht im Verhältnis 70 : 100 zur Gesamtversicherungssumme. Die Prämie muss entsprechend aufgeteilt werden. Die für die Versicherungssumme über 30 Mio. EUR anzusetzende Versicherungsprämie steht damit ebenfalls im Verhältnis 70 :100 zur Gesamtversicherungsprämie und umfasst 70.000 EUR. Dieser Betrag wäre nach Nr. 7007 VV RVG als besondere Auslage erstattungsfähig gegenüber dem Mandanten, sofern das Mandat einen Gegenstandswert von 100 Mio. EUR betrifft.

VI. Grundzüge der Anwaltshaftung

1. Haftungsgrundsätze

Haftungsgrundlage für die vertragliche Haftung des Anwalts ist das Mandatsrechtsverhältnis in Form eines Geschäftsbesorgungsdienstvertrages, §§ 675, 611 BGB. Vereinbaren Anwalt und Mandant die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, ist Rechtsgrundlage ein Werkvertrag (z.B. Gutachten). Außerhalb dieses Spezialfalles begründet die Schlechterfüllung des Vertrages einen Schadenersatzanspruch gem. § 280 BGB. Ein spezialgesetzlich geregelter Anwendungsfall vorvertraglicher Pflichtverletzung findet sich mit § 44 BRAO im Falle verspäteter Mandatsablehnung. Daneben existieren ein Vielzahl weiterer vertraglicher Haftungsanknüpfungen, bedingt durch die Vielschichtigkeit anwaltlicher Tätigkeit¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Vgl. Einzelheiten bei Borgmann, Berufshaftpflicht und Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts, in: Allianz [Hrsg.], Anwaltshaftung und Versicherung, 1999, 5 (6 f.).

Eine außervertragliche Haftung des Anwalts kann bei Tätigkeit als Insolvenzverwalter, Gläubigeraus-
schussmitglied, Zwangsverwalter, Vormund oder Testamentsvollstrecker gegeben sein.

Ist der Anwalt zugleich Notar richtet sich die Haftungsgrundlage nach dem Charakter der Tätigkeit, § 24
Abs. 2 BNotO. Bei einer einheitlichen Gesamttätigkeit mit amtlichem Charakter ist der Anwaltsnotar als
Notar tätig und haftet demgemäß nach der Vorschrift des § 19 BNotO¹¹⁰. Zu berücksichtigen ist, dass §
45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO dem Anwaltsnotar die Anwaltstätigkeit untersagt, wenn er oder einer seiner Sozien
zuvor in derselben Sache als Notar tätig waren. § 45 Abs. 1 Nr. 2 BRAO erstreckt das Verbot auf die
Auslegung und Vollstreckung von selbst oder durch Sozien aufgenommenen Urkunden.

In einer Sozietät verbundene Anwälte haften als Gesamtschuldner, auch bei überörtlicher Sozietät¹¹¹.
Nur in den gesetzlich geregelten Fällen, in denen ein Einzelanwalt der Sozietät einem Mandat beigeord-
net wird, haftet nur dieser Anwalt, nicht jedoch die Sozietät (vgl. §§ 64 Abs. 5 S. 1 ArbGG, 523, 121
ZPO)¹¹². Die Haftung aller (Außen-)Sozien für die Fehler eines (Außen-)Sozios ist das Korrelat für die
durch interne Aufgabenteilung geschaffenen Besonderheiten des Mandatsvertrages. Sie gilt sogar rück-
wirkend und vor allem auch für nach dem Schadenereignis in die Sozietät eingetretene (Außen-)So-
zien¹¹³. Haftungsbeschränkungen auf einzelne Sozien sind unzulässig¹¹⁴. Bei eingetragenen Partner-
schaftsgesellschaften haftet gem. § 8 Abs. 2 PartGG der bearbeitende Partner neben der Partnerschaft
für Pflichtverletzungen. Dies ist im Bereich der Partnerschaft die einzig verbliebene Existenzberechtigung
der PartG. Der Gesetzgeber hat mit dem 15.07.2013, eine Partnerschaft „mit beschränkter Berufshaft-
tung“ (mbB) eingeführt und hierzu einen neuen § 8 Abs. 4 PartGG vorgesehen sowie seit dem
01.08.2022 einen neuen § 59n BRAO (Mindesthaftpflichtsumme)¹¹⁵.

Für das deliktische Handeln eines Scheinsozios haftet nach der Rechtsprechung des BGH¹¹⁶ die Anwalts-
sozietät entsprechend § 31 BGB. Dies hat zur Folge, dass in einem derartigen Haftungsfall der einzelne
Sozios auch mit seinem Privatvermögen für die Haftung einzustehen hat. Für die berufshaftungsrecht-
lichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erkennt die Rechtsprechung mithin keine Ausnahme bei der
Anwendung des § 31 BGB an. Jeder Sozios ist verfassungsgemäß berufener Vertreter der Sozietät im
Sinne von § 31 BGB. Der Begriff orientiert sich dabei nicht an den gesellschaftsrechtlichen Vertretungs-
befugnissen der Sozietät gemäß Gesetz oder Vertrag. Er geht hierüber hinaus und erfasst auch einen
Nichtgesellschaftler, dem durch allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, für die Ge-
sellschaft wesensmäßige Funktionen zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen
sind, so dass er die Gesellschaft im Rechtsverkehr repräsentiert. Das kann im Einzelfall auch zur

¹¹⁰ BGH VersR 1956, 45 ff.; BGH NJW 1965, 1805 ff.; OLG Hamm DNotZ 1985, 182 ff.

¹¹¹ Vgl. auch BGH NJW 1971, 1801 ff.; BGH NJW 1991, 1225 ff.; BGH NJW 1993, 196 ff.; BGH NJW 1994, 2288 ff.

¹¹² OLG Bamberg NJW-RR 1989, 223 ff.; BGH NJW 1991, 2294 ff.; demgegenüber bei Bestellung der Sozietät OLG
Köln ZIP 1993, 520 ff.

¹¹³ Vgl. allerdings die einleitend nachgewiesenen Einschränkungen durch die Rspr. unter I.1. Tätigkeitsformen.

¹¹⁴ Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, Rn. VIII 46 ff.; allerdings hat der BGH in einer Entscheidung vom 22.01.2004
(IX ZR 65/01; NJW 2004, 836) entschieden, dass im Falle eines originären Zusammenschlusses eines Einzelanwalts
mit einem weiteren RA in einer GbR, der eintretende RA für die Altverbindlichkeiten des Einzelanwaltes nicht
gem. §§ 28 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. 128 Satz 1 HGB haftet.

¹¹⁵ Vgl. oben unter dem Abschnitt „Tätigkeitsformen“.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 03.05.2007, IX ZR 218/05, AnwBl. 2007, 717.

deliktischen Haftung der Sozietät durch Handeln eines Angestellten/Sachbearbeiters führen, der die vorgenannten Kriterien erfüllt¹¹⁷. Dass Anknüpfungspunkte für eine Anwendung der Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht fehlen, ist dabei für die Anwendung des § 31 BGB ohne Belang. Denn die Organhaftung baut nicht auf diesen Grundsätzen auf. Damit ist die bereits vertragsmäßige Haftung der Sozietät für Scheinsozien¹¹⁸ auf die deliktische Haftung ausgeweitet. Eine Haftung des Scheinsozios wird in der Rechtsprechung nur für Forderungen verneint, die nicht die anwaltstypische – rechtsberatende oder rechtsvertretende – Tätigkeit betreffen¹¹⁹.

2. Anwaltpflichten

Die Primärleistungspflichten des Mandatsvertrages sind außerordentlich vielgestaltig. Vertragliche Nebenpflichten bestehen vor allem in Form von Überwachungs- und Kontrollpflichten mit dem Ziel, vorhersehbare Nachteile zu vermeiden.

Der Anwalt ist verpflichtet, vor der eigentlichen Beratung den Sachverhalt, den er beurteilen soll, genau zu klären. Er darf auf die Richtigkeit der erhaltenen Informationen vertrauen¹²⁰. Wendet sich ein Rechtssuchender an den Anwalt, ohne dass er einen bestimmten Beratungsbedarf zu erkennen gibt, dann muss der Anwalt davon ausgehen, dass umfassende und erschöpfende Beratung gewünscht wird. Nach der ständigen Rechtsprechung ist der Anwalt zu allgemeiner, umfassender, auch wirtschaftlicher Belehrung, Beratung und Betreuung verpflichtet¹²¹.

Die Beratung darf nicht einmal vor der Beratung in eigener Sache halt machen: Der Anwalt muss seinen Mandanten darauf hinweisen, dass er möglicherweise einen Regressanspruch gegen den Anwalt hat und muss ihm ggf. zu geeigneten Maßnahmen gegen die Verjährung dieses Anspruchs raten¹²². Der Anwalt hat dabei auf die Verjährungsregel (früher: § 51b BRAO; jetzt: Regelverjährung nach BGB) hinzuweisen¹²³.

Der Anwalt ist zur Rechtsprüfung unter Berücksichtigung höchstrichterlicher Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur verpflichtet. Er braucht jedoch der Rechtsprechung und herrschenden Literaturmeinung nicht kritiklos folgen. Vielmehr muss sich der Anwalt seine Ansichten nach sorgfältiger juristischer Prüfung selbst bilden¹²⁴. Der Anwalt muss den Mandanten über das Risiko belehren, das gerade in einer Prozessführung gegen die herrschende Rechtsprechung und Literaturmeinung besteht. Das gilt ebenso, wenn es zu einer Rechtsfrage bislang eine einheitliche Rechtsmeinung noch nicht gibt, ferner

¹¹⁷ BGH AnwBl. 2007, 717 (718).

¹¹⁸ BGH WM 1999, 1846 (1847).

¹¹⁹ BGH Urt. v. 16.04.2008, VIII ZR 230/07, nachlesbar in der Internetbeilage zu AnwBl. 8+9/2008, Seite 1.

¹²⁰ BGH NJW 1985, 1154 ff.; nicht bei "Rechtstatsachen" BGH NJW 1994, 2293 ff.

¹²¹ BGH NJW 1984, 42 ff.; BGH NJW 1984, 791 ff.; BGH NJW 1988, 706 ff.

¹²² BGH NJW 1979, 264 ff.

¹²³ BGH NJW-RR 1990, 459 ff.

¹²⁴ BGH NJW 1967, 105 f.

wenn der Mandant einem aussichtslosen Verfahren entgegensteuert. Im letzten Fall muss der Anwalt sogar von der Prozessdurchführung abraten und diese Belehrung dokumentieren¹²⁵.

Der Anwalt ist verpflichtet, den sichereren unter mehreren Wegen zu beschreiten. Andererseits hat er den Weisungen des Mandanten Folge zu leisten.

Der Mandant ist stets über den Stand der Sache zu unterrichten, damit er etwaige Missverständnisse richtig stellen und lückenhafte Informationen nachholen kann (§ 296 ZPO).

Innerhalb seiner Sphäre ist der Anwalt verpflichtet, seine Organisation so auszugestalten, dass er alle ihm übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß erledigt werden können.

3. Anwaltsverschulden

Für das Verschulden gilt § 276 BGB. Eine Entschuldigung ist nur selten möglich: Gleichgerichtete Kollegialgerichtsurteile werden von der Rechtsprechung nicht allgemein als den anwaltlichen Irrtum entschuldigend anerkannt¹²⁶. Fehlerhafte Meinungen in gängigen Kommentaren entschuldigen beispielsweise¹²⁷. Ein vorprozessualer Fehler führt nicht zur Haftung des Anwalts für den Schaden, der auf falscher Entscheidung des anschließenden gerichtlichen Verfahrens beruht, wenn das Gericht den ihm richtig unterbreiteten Sachverhalt unrichtig beurteilt hat und bei richtiger Beurteilung der Fehler des Anwalts folgenlos geblieben wäre¹²⁸.

Nicht jeder Rechtsirrtum des Anwalts ist fahrlässig. War eine Vorschrift derart unklar, dass ihre rechtlichen Auswirkungen nicht zu erkennen waren und lag eine klärende höchstrichterliche Rechtsprechung nicht vor, so wird ein anwaltliches Verschulden nicht angenommen, wenn die vom Anwalt gegebene Auslegung nicht gegen den Telos des Gesetzes verstößt und nicht mit allgemeinen Denksätzen in Widerspruch steht¹²⁹.

4. Verjährung

Die Verjährung richtete sich bis zum 14.12.2004 nach § 51b BRAO. Diese Vorschrift wurde aufgehoben, so dass die allgemeine Verjährung greift, die (ebenfalls) drei Jahre ab Pflichtverletzung beträgt. Sie tritt spätestens jedoch drei Jahre nach der Beendigung des Auftrages ein und ist Ultimoverjährung.

Unterlässt es der Anwalt, seinen Mandanten auf die Verjährung und die Existenz eines Schadenersatzanspruchs hinzuweisen, leitete sich nach der bis Ende 2004 geltenden Rechtslage hieraus eine sekundäre Schadenersatzpflicht ab, die den verjährten Hauptanspruch wieder durchsetzbar machte. Die

¹²⁵ BGH NJW 1985, 264 ff.; BGH NJW 1986, 2043 ff.

¹²⁶ BGH WM 1986, 199 ff.; BGH NJW 1994, 1211 ff.

¹²⁷ BGH NJW 1982, 282; BGH NJW 1985, 495 ff.

¹²⁸ BGH NJW 1988, 486 ff.

¹²⁹ BGH NJW 1979, 43 ff.

Belehrungspflicht entfiel nur, wenn der Mandant zwischenzeitlich wieder anderweitig anwaltlich beraten war. In diesen Fällen kann ebenso wenig die sekundäre Haftung ausgelöst werden, denn allein der neue Anwalt ist beratungspflichtig. Die fehlende Beratung über einen Regressanspruch gegenüber einem Kollegen stellt wiederum eine haftungsbegründende Pflichtverletzung dar¹³⁰. Auch diese Problematik hat sich infolge der Anbindung der Verjährung von Rechtsanwaltschaftsansprüchen an das allgemeine Verjährungsrecht seit 2005 erledigt, weil gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB sonstige Schadenersatzansprüche kenntnisunabhängig binnen 10 Jahren verjähren. Die Verjährungssituation hat sich dadurch für die Rechtsanwaltschaft praktisch verschlechtert. Mit den Aufbewahrungsfristen für Akten gem. BRAO, GwG und § 258 Abs. 4 HGB geht das Verjährungsrecht zu Lasten der Rechtsanwälte nicht konform.

VII. Das Auftreten gegenüber dem Mandanten, Mandatsbearbeitung

1. Einleitung

Jeder Laie, der ein bestimmtes Problem zu lösen hat, ist auf der Suche nach fachkundiger Hilfe. Häufig ist es dabei so, dass der Laie nicht nur die fachliche Seite, sondern auch die emotionale Seite seines Problems übermitteln und berücksichtigt finden möchte¹³¹.

Sich nicht nur auf die fachliche Seite zu beschränken, gehört regelmäßig zur Erwartungshaltung Mandanten. Diese Erwartungshaltung steht in einem Spannungsverhältnis mit der Zeit, die der Anwalt zur Behandlung und Lösung des Problems bereits stellen kann und darf.

Andererseits darf der Anwalt im Mandantengespräch nicht vergessen, dass sein Gegenüber typischerweise rechtsunkundig ist, also nicht in der Lage, den „juristischen Sachverhalt“ von seinen emotionalen Empfindungen zu trennen¹³².

Das Mandantengespräch muss also in verschiedenen Richtungen Interessen optimal miteinander verbinden.

2. Mandantengespräch und Mandatsbearbeitung

Sprach- und kommunikationswissenschaftlich untergliedert sich ein Gespräch in eine inhaltliche und in eine Beziehungsebene¹³³.

Das Mandantengespräch betrifft inhaltlich die eigentliche Sachverhaltserfassung. Auf der Beziehungsebene sind die Verhaltensweisen der miteinander Sprechenden betroffen. Verhaltensweisen sind dabei alle Äußerungen beider Parteien, unabhängig von ihrer Art oder Vermittlung (verbal, Gestik, Mimik).

¹³⁰ Zur Verjährung des Anwaltsregress vgl. „Haftungssätze“ in NJW Heft 35/2006 XXIV.

¹³¹ Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 1.

¹³² Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 2.

¹³³ Watzlawick/Beavin/Jackson, Menschliche Kommunikation, S. 41 f., 53-55, 62 ff., 79 ff.

Der Gesprächserfolg hängt nicht allein vom vermittelten Fachwissen ab, sondern auch von der Art der Vermittlung. Der Mandant wird ein positives „Anwaltserlebnis“ haben, wenn sowohl in fachlich als auch in persönlicher Hinsicht „die Chemie“ stimmt.

Die Kunst der anwaltlichen Kommunikation mit dem Mandanten besteht darin, dem Mandanten genau zuzuhören, durch emotionale Äußerungen versteckte Appelle zu registrieren, das Gespräch und vor allem die Gesprächsführung jedoch dabei nie aus der Hand zu geben.

Das Zuhören beginnt häufig ganz äußerlich: Empfängt der Anwalt den Mandanten nicht im besonderen Besprechungsraum, sondern in seinem Arbeitszimmer, sollte der Anwalt peinlich darauf achten, dass der Schreibtisch, an dem das Gespräch stattfindet, frei von anderen Mandaten ist. Der äußere (Erst-)Eindruck vermittelt dem Mandanten anderenfalls, sein Gesprächspartner habe viel zu tun, er störe mit seinem Anliegen und müsse befürchten, dass ihm der Anwalt nicht seine ungeteilte Aufmerksamkeit schenke.

Das Zuhören setzt sich darin fort, während des Mandantengesprächs möglichst keine Telefonate anzunehmen oder gar selbst zu führen.

Beim Zuhören im engeren Sinne muss die Aufmerksamkeit auf den Sprecher und das Gesagte gerichtet sein¹³⁴. Dabei handelt es sich im Dialog um einen wechselseitigen Befund. Zuhören bedeutet damit aus Sicht des Mandanten auch Verstehen und Missverstehen, denn der Mandant setzt das Gehörte mit seinen Erfahrungen und Kenntnissen in Wechselbeziehung.

Es gilt folgender Lehrsatz: „Das Gesagte ist eben nicht nur jemandes Gesagtes, sondern das Gehörte auch jemandes Gehörtes.“¹³⁵

Konsequenz: Auch wenn der Mandant äußert, er habe verstanden, heißt das noch lange nicht, dass er den Anwalt verstanden hat, wie der Anwalt verstanden werden wollte. Nur, dieses Resultat teilt der Mandant nicht unmittelbar mit. Es bedarf häufig der Hinterfragung durch den Anwalt. Dies ist nicht mit der Frage danach getan, ob der Mandant das Gesagte verstanden habe. Allein aus Höflichkeit lautet die regelmäßige Antwort auf diese Frage „ja“. Besser und vor allem gegenüber dem Laien wirkungsvoller und rücksichtsvoller ist es, wenn der Anwalt die zentralen Punkte seiner Beratungsleistung den Mandanten mit eigenen Worten wiederholen lässt.

Die möglichst fehlerlose Sachverhaltsaufnahme durch den Anwalt erfordert sein Zuhören. Dies schließt es aus, gedanklich bereits den Sachverhalt zu subsumieren zu beginnen, weil der Anwalt meint, er bemerke bereits früh, in welche Richtung sich die Angelegenheit entwickeln werde.

¹³⁴ Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 9.

¹³⁵ Geißner, in: Sprache und Sprechen, Bd. 1, S. 26.

Es bietet sich ein so genannter konzentrierter Dialog¹³⁶ an:

- Sprecher A teilt etwas mit.
- Sprecher B wiederholt möglichst genau das Gehörte und bringt erst dann seinen eigenen Beitrag.
- Sprecher A bestätigt oder verneint, ob er richtig verstanden wurde, dann erst wiederholt er das vom Sprecher B Gesagte und bringt nun seinen nächsten Gesprächsbeitrag.

Ein derartiger konzentrierter Dialog bietet sich in den Schlüsselphasen der Sachverhaltserfassung an; er sollte das Gespräch keineswegs dominieren.

Die Kommunikation als solche sollte einfach aufgebaut sein. Der Mandant hat in der Regel ebenso wenig von den Lateinkenntnissen des Anwalts wie vom Zitat von Paragraphen. Klare, einfache und kurze Sätze bestimmen das Gespräch. Der Anwalt sollte sowohl im mündlichen als auch im schriftlichen Ausdruck in der Aktivform kommunizieren.

Das Mandantengespräch dient dem Ziel möglichst umfassender Sachverhaltsaufklärung.

Hierzu wird der Anwalt Fragen stellen. Das Interview durch den Anwalt darf allerdings dem Mandanten nicht das Gefühl vermitteln, er werde in seiner Berichterstattung eingeeignet und ausgefragt¹³⁷.

Das Gespräch sollte idealerweise vorbereitet stattfinden, beispielsweise durch vorheriges Anfordern von Unterlagen. Der Anwalt ist hierdurch in die Lage versetzt, gezielt Fragen stellen und eine erste rechtliche Bewertung vornehmen zu können.

Wie soll ein gutes Mandantengespräch verlaufen?¹³⁸

- Eingangs- und Kontaktphase: Mandant wird vom Anwalt abgeholt/empfangen, persönliche Anrede, Achtung auf das äußerliche Wohlbefinden des Mandanten, ggf. Getränk anbieten, Platz für Unterlagen, Einleitung des Gesprächs (z.B. woher Kontakt, beschwerlicher Weg, Parkplatzprobleme, „small talk“ usw.)
- Informationsphase: Erfassen der Personalien des Mandanten und des Gegners, Handeln für eigene oder fremde Rechnung, falls nicht vorab bereits vorgenommen – Kollisionsprüfung, Erfassen des allgemeinen Begehrens/Rechtsschutzinteresses (z.B. „Was führt Sie zu mir?“), Erstberatung?, Erfassen der Erzählung des Mandanten, ggf. konzentrierter Dialog, Fragen, Zusammenfassung der Erzählung als Sachverhalt, Rückkopplung mit Mandanten (z.B. „Bitte unterbrechen Sie mich, wenn ich jetzt etwas falsches wiedergebe.“)
- Juristische Auswertung: Erläuterung des Sachverhalts unter juristischen Gesichtspunkten, einfache Sprache, verständliche Erklärungen, Darstellung der Rechts- und Rechtsdurchsetzungsprobleme

¹³⁶ Nach Geißner bezeichnet; vgl. Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 11 f.

¹³⁷ Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 17-21.

¹³⁸ Vgl. Klinge/Klinge, Mandantengespräch und Konfliktbewältigung, 1998, S. 21-32.

(soweit Einarbeitung in Rechtsfragen erforderlich ist, Beschränkung auf allgemeine Aussagen und den Problemaufriss), ggf. Belehrungen (z.B. Verjährung)

- Erkundung der wahren Interessen: Fragen zum Ziel des Mandanten, Vergleichsmöglichkeiten, Interessen der Gegenseite
- Gemeinsame Planung einer (Konflikt-)Lösung: Handlungsvorschlag, weiteres Vorgehen, zeitlichen Rahmen erfragen/vorschlagen, Feststellen der Kompromissbereitschaft des Mandanten
- Kostenprognose: zu erwartende Kosten bei unterschiedlichen Handlungsalternativen, Möglichkeiten der Beratungs- und Prozesskostenhilfe, Prozessfinanzierung, Rechtsschutzversicherung, Abrechnung nach BRAGO, Honorarabrede (Pauschale, Stundensatz)
- Schlussphase: Schlussworte an Mandanten, entsprechend der abgestimmten Vorgehensweise den nächsten Schritt ankündigen, Verabschiedung des Mandanten, Anfertigung eines Gesprächsprotokolls, das dem Mandanten im Rahmen eines ersten Mandantenschreibens übermittelt wird

Das Mandantengespräch folgt der Konfliktbewältigung. Diese kann außergerichtlich oder gerichtlich, aber auch schiedsgerichtlich erfolgen.

Der Mandant gibt den Weg auf der Basis der anwaltlichen Handlungsvorschläge vor.

Die Konfliktbewältigung beginnt mit der detaillierten Aufarbeitung und Darstellung des erfassten Sachverhaltes, der Darstellung der Rechtslage und Vorschlägen zum weiteren Vorgehen.

Der Anwalt koppelt sich hierbei stets mit dem Mandanten rück. Er übersendet Entwürfe mit der Bitte um kritische Durchsicht und Freigabe. Der Mandant erhält so Gelegenheit zur Sachverhalts- und Darstellungskontrolle. Er wird in den Konfliktbewältigungsprozess integriert. Er merkt, dass es um ihn und seine Sache geht. Der Mandant bestimmt auf diese Weise zu einem guten Teil den zeitlichen Ablauf der Konfliktbewältigung.

Die Vorgehensweise des Anwalts sollte sich strikt am Interesse des Mandanten ausrichten. Liegt dem Mandanten an einer außergerichtlichen Lösung, bereitet der Anwalt diesen Weg vor. Zu bedenken ist dabei, dass das Interesse des Mandanten im Rahmen von Vergleichsverhandlungen vollständig dargelegt wird. Nachverhandlungen sind später selten erfolgreich.

Wünscht der Mandant die Entscheidung des Gerichts, geht dem Klageentwurf ein Aufforderungsschreiben an die Gegenseite voraus. Der Mandant sollte vom Anwalt deutlich auf die Risiken der Prozessführung hingewiesen werden (Beweislast, Beweismittel, streitige Rechtsfragen, Kosten).

Vor der mündlichen Verhandlungen sollte der Anwalt mit dem Mandanten den Verhandlungsablauf besprechen: Rollenverteilung (Wer redet?), wie kann ein gerichtlicher Vergleich aussehen, Aufklärung über den Ablauf einer mündlichen Verhandlung, ggf. Eigenarten des entscheidenden Richters, ggf. Sitzordnung.

Der mündlichen Verhandlung sollte ein dieses Verhandlung zusammenfassendes Schreiben folgen.

Ist die Angelegenheit erledigt, übersendet der Anwalt ein Abschlusschreiben, dem die Kostennote gleich oder zeitnah folgt.

VIII. Die Technik des Aktenvortrags

1. Einleitung

Aktenvorträge sind im mündlichen 2. Staatsexamen zu halten. Der Prüfling soll unter Beweis stellen, dass er in der Lage ist, einen unbekanntem Sachverhalt in kurzer Zeit zu erfassen, einer Entscheidung zuzuführen und diese Entscheidung in freier Rede vorzutragen und zu verteidigen. Die Vorbereitungszeit beträgt eine Stunde. Der Aktenvortrag sollte insgesamt zehn Minuten nicht übersteigen. In manchen Bundesländern, nicht in Sachsen-Anhalt, schließt sich ein fünf- bis zehnminütiges Gespräch mit der Prüfungskommission an.

Die erwünschte freie Rede bedingt, dass der Prüfling seinen Vortrag klar strukturiert, jedoch unter Verwendung möglichst weniger Aufzeichnungen vorbereitet. Im – gegebenenfalls stattfindenden – Gespräch im Anschluss an den Vortrag soll der Prüfling zeigen, dass er seine Entscheidung einerseits vertieft begründen und erläutern kann, andererseits jedoch in der Lage ist, mögliche Alternativlösungen aufzugreifen und zu betrachten.

2. Vortrag einer anwaltlichen Beratungsaufgabe

In Aktenvorträgen im mündlichen 2. Staatsexamen, die eine anwaltliche Beratungsaufgabe zum Gegenstand haben, soll der Bearbeiter die anwaltliche Arbeitsweise unter Beweis stellen. Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht zu bearbeiten. Dabei sollen insbesondere Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Derartige Aktenvorträge lassen sich, unabhängig davon, ob der Vortrag eine zivilrechtliche, strafrechtliche oder öffentlich rechtliche Aufgabenstellung enthält, wie folgt strukturieren:

a) Einleitung

Der Vortragende stellt das Rubrum des Aktenauszugs vor: Datum der Beratung, Nennung des Mandanten und des Rechtsanwaltes, des Gegenstands der anwaltlichen Beratung, das Begehren des Mandanten.

Beispielsweise: „Ich berichte über eine Anwaltsberatung durch den Rechtsanwalt ... Mandant ist ..., der am ... im Büro des Rechtsanwalts ... erschien. Er wünscht eine rechtliche Beratung/die Einleitung rechtlicher Schritte gegen ... wegen ...“

b) Darstellung des Sachverhalts

Es folgt die Darstellung des Sachverhalts. Der beratungsrelevante Teil des Berichtes des Mandanten wird in historischer Reihenfolge dargestellt. Behauptungen des Mandanten, die erkennbar im Widerspruch zum gegnerischen Vortrag stehen oder bei denen zu erwarten ist, dass der Gegner sie in Abrede stellt, werden im Konjunktiv wiedergegeben. Gleiches gilt für Behauptungen des Gegners, die der Mandant in Abrede stellt. Im Aufbau folgt die Darstellung dabei der Zuordnung des Parteivortrags nach Darlegungsgesichtspunkten. Prozessual- bzw. verfahrensrelevante Informationen (z.B. Zustellung, Verfügungen, Fristen) werden am Ende der Sachverhaltsdarstellung zusammengefasst.

Mitunter empfiehlt es sich zum besseren Verständnis, das Mandantenbegehren voranzustellen.

Auf Schriftsätze wird nicht Bezug genommen. Zitate sollten nur dann eingeführt werden, wenn sie entscheidungserheblich sind.

Beispielsweise: „Aus den Angaben des Mandanten und den von ihm überreichten Unterlagen ergibt sich folgender Sachverhalt: ...“

c) Entscheidungsvorschlag

Nach der Darstellung des Sachverhaltes folgt der Entscheidungsvorschlag. Hier wird nur kurz die Entscheidung genannt.

Beispielsweise: „Ich schlage vor, dem Mandanten zu ... zu raten/ sich für den Mandanten bei ... zu legitimieren und ... zu beantragen/ Klage anzureichen.“

d) Stellungnahme

In der Stellungnahme nimmt der Bearbeiter zunächst die eigentliche rechtliche Prüfung und Bewertung vor.

In zivilrechtlichen Aufgabenstellungen folgt sie dem relationsmäßigen Aufbau: Zunächst findet die Schlüssigkeitsprüfung, im Anschluss daran die Erheblichkeitsprüfung statt. Dabei kann die Darstellung grundsätzlich im Urteilsstil erfolgen. Nur Streit entscheidende Punkte sind kurz gutachterlich zu behandeln. Sind entscheidungserhebliche Tatsachen streitig, schließt sich die Beweisprognose an. Hier stellt der Bearbeiter lediglich die Beweislastverteilung fest und stellt Überlegungen zu den verfügbaren Beweismitteln an und gibt Beweisbarkeitsprognose ab.

In strafrechtlichen Aufgabenstellungen empfiehlt es sich, situationsbezogen aufzubauen: Hat man - wie häufig - eine revisionsrechtliche Aufgabenstellung zu bearbeiten, dann beginnt man die inhaltlich Prüfung, soweit hierzu nach dem Sachverhalt Anlass besteht, mit den Verfahrenshindernissen, den Verfahrensrügen und prüft abschließend die Sachrügen. Geht es bspw. um die Entschließung der

Staatsanwaltschaft (auch eine mögliche Fallgestaltung anwaltlicher Aufgabenstellungen) prüft man die konkret beabsichtigte Maßnahme (z.B. Beantragung eines Haftbefehls, eines Strafbefehls) oder die Voraussetzungen zur Anklageerhebung.

In öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellungen hängt der Aufbau der Stellungnahme von dem jeweiligen Mandantenbegehren ab (Erfolgsaussichten eines Widerspruchs, Anfechtungsklage usw.). Prinzipiell kann der Aufbau dabei der bekannten Begründetheitsprüfung folgen. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist es sowohl möglich, die Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes der Reihe nach, nach Zulässigkeit und Begründetheit, zu prüfen, als auch die materielle (Begründetheits-)Prüfung vorzuziehen und die Auswahl des Rechtsbehelfs in die Zweckmäßigkeitsüberlegungen zu verschieben.

Der zweite Hauptteil der Stellungnahme besteht aus Überlegungen zum zweckmäßigen Vorgehen. Im Rahmen einer rechtlichen Gesamtschau werden die zuvor herausgearbeiteten verschiedenen rechtlichen Aspekte zueinander bewertet. Der Bearbeiter stellt Überlegungen zu den prozessualen Möglichkeiten, zur Prozesstaktik sowie zu Zeit-, Kosten- und Vollstreckungsgesichtspunkten an, soweit der Sachverhalt und das Ergebnis der Prüfung im ersten Hauptteil der Stellungnahme hierzu Anlass geben.

Beispielsweise: „Meinen Vorschlag begründe ich wie folgt: ...“

e) Ergebnis

Der Aktenvortrag schließt mit der zusammengefassten Widergabe des als zweckmäßig befundenen Vorgehens sowie der daraus abzuleitenden weiteren Vorgehensweise.

Beispielsweise: „Ich schlage daher vor, Klage zu erheben. Demzufolge ist ein Klageentwurf anzufertigen.“

IX. Grundlagen der Klausurtechnik in der Anwaltsklausur

1. Einleitung

Die Examensklausur mit anwaltlicher Aufgabenstellung stellt sich häufig als anspruchsvollster Klausurtypus im Zweiten Staatsexamen dar. In ihr vereinen sich beispielsweise der Anspruch des Zivil- und Zivilprozessrechts mit dem Umfang von Klausuren mit staatsanwaltlicher Aufgabenstellung.

Diese Gemengelage bringt den Prüfling häufig in zeitliche Schwierigkeiten. Aus diesem Grund – und im Wesentlichen nur aus diesem Grund – empfiehlt es sich, Klausuren nach typischen Mustern zu gliedern. Die strukturierte Erfassung einer Klausur wirkt unterstützend bei der zeitgerechten Bearbeitung. Sie gewährleistet zudem, dass der Bearbeiter in der Prüfungssituation nicht aus Nachlässigkeit bestimmte Betrachtungen außen vor lässt und so wertvolle Punkte verschenkt.

Es empfiehlt sich, die amtlichen Hinweise zu den zivilrechtlichen Aufsichtsarbeiten im zweiten Staatsexamen zu lesen¹³⁹. Danach wird bei der anwaltlichen Klausur eine Leistung verlangt, die der anwaltlichen Tätigkeit in der Praxis entspricht. Für ein bestimmtes rechtliches Problem ist die aus anwaltlicher Sicht gebotene praktische Lösung vorzuschlagen. Dies können z.B. die Abfassung einer Klage-, Klageerwiderungs- oder Antragschrift und eines Mandantenschreibens oder die Vornahme rechtsgestaltender Handlungen sein, z.B. die Abgabe einseitiger Willenserklärungen oder sonstiger auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete Handlungen (z.B. Kündigung, Rücktritt, Anfechtung, Abmahnung oder verzugsbegründende Mahnung, Entwurf einer AGB-Klausel oder eines Vertrages).

Die Empfehlung einer gegliederten Lösung befreit den Bearbeiter selbstverständlich nicht von seiner Pflicht, den Prüfervermerk aufmerksam zu lesen.

So wird wegen der Komplexität dieses Klausurtypus auf die Sachverhaltsdarstellung in der Lösung regelmäßig verzichtet. Ist die Darstellung des Sachverhalts laut Bearbeitervermerk erlassen, muss die gedankliche Gliederung des Gutachtens erkennen lassen, dass der Sachverhalt vollständig erfasst worden ist.

Sollte eine Sachverhaltsdarstellung verlangt werden, wird auch bei der Anwaltsklausur der Sachverhalt – anders als in der ersten juristischen Prüfung – in vielen Fällen streitig sein, was aber nicht zwingend der Fall ist. Der Sachverhalt ergibt sich in der Regel aus den in einem Vermerk festgehaltenen Angaben des eigenen Mandanten und den von ihm übergebenen Unterlagen. Bei der Darstellung des Sachverhalts ist streitiges Vorbringen von unstreutigem Vorbringen zu unterscheiden. Als unstreutig gilt dabei, was von einer Partei vorgetragen und von der anderen nicht bestritten wird. In Form und Sprache wird der Sachverhalt wie der Tatbestand eines Urteils (§ 313 Abs. 2 ZPO) abgefasst. Soweit ein gerichtliches Verfahren schon anhängig ist, ist auch die maßgebliche Prozessgeschichte wiederzugeben. Wird der Beklagte vertreten, sind die vom Kläger angekündigten Anträge und sodann das streitige Beklagtenvorbringen wiederzugeben.

In der Regel wird ein praktischer Teil erforderlich sein, in dem der Bearbeiter seine Lösung in zweckmäßigen Handlungsvorschlägen umsetzt.

Grundsätzlich hat sich bei einer großen Zahl von anwaltlichen Aufgabenstellungen nach dem Studium der Klausurunterlagen, folgende aufbaumäßige Herangehensweise herauskristallisiert:

- Soweit nur über Rechtsansichten gestritten wird oder nur eine (!) Tatsache zwischen den Parteien streitig ist, wird die Lösung im Hauptteil – wie im Ersten Staatsexamen – einschichtig (Gutachtenstil) aufgebaut. Innerhalb dieses Lösungsaufbaus werden die unterschiedlichen Rechtsansichten bzw. die eine Tatsachenbehauptung abgehandelt. Eine Relation ist immer erforderlich, wenn im Bearbeitervermerk vorgesehen. Für die Begutachtung von außergerichtlichen Maßnahmen (z.B. Kündigung oder Abschluss eines Vertrages) ist das Relationsschema hingegen nicht geeignet.

¹³⁹ Ministerium für Justiz und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt, Landesjustizprüfungsamt, Stand 06/2015, www.mj.sachsen-anhalt.de/ljpa.

- Sind zwischen den Parteien mehrere Tatsachen streitig, folgt die Lösung im Hauptteil dem relationsmäßigen, zweischichtigen Aufbau.

2. Aufbau bei Prüfung aus Sicht des verklagten Mandanten (Beklagtenklausur Zivilrecht)

Grundsätzlich kann die zivilrechtliche Klausurlösung folgendermaßen gegliedert werden:

- Auslegungsstation
- Zulässigkeitsstation
- Klägerstation
- Beklagtenstation
- Replik
- Beweisprognosestation
- Zweckmäßigkeitserwägungen
- Praktischer Teil

a) Auslegungsstation

Unter diesem Punkt sollen – soweit erforderlich – ein unklarer Antrag des Gegners ausgelegt, eine Klageänderung, eine Parteiänderung und deren jeweilige Konsequenzen behandelt werden. Die Auslegungsstation hat den Zweck, dem Bearbeiter überhaupt das klägerische Begehren und dessen Stoßrichtung klar vor Augen zu führen. Eine Erörterung hierzu ist nicht notwendig, wenn die Aufgabenstellung schon eindeutig gefasst ist und keinen Interpretationsspielraum offen lässt (z.B.: „Hat eine Verteidigung gegen die Klage Aussicht auf Erfolg?“).

b) Zulässigkeitsstation

Zulässigkeitsfragen sollten nur dann vor die Klammer und außerhalb der Zweckmäßigkeitserwägungen geprüft werden, wenn der Sachverhalt die Bedeutung solcher Fragen herausstellt, beispielsweise wenn der Mandant ausdrücklich hierzu etwas verlangt. Denn den Mandanten interessiert in der Regel nicht, welchen Rechtsweg der Anwalt beschreiten muss, sondern ob er Recht hat oder nicht. Kurzgesagt würde der Anwalt auch in einer Mandantenbesprechung keine Ausführungen zur Zulässigkeit des einen oder anderen Weges machen. Das ist sein Job und gehört damit grundsätzlich zu den Fragen der Zweckmäßigkeit. Daher findet diese Station nur im Bedarfsfall Eingang in die Klausurlösung. Fragen der Zulässigkeit dürfen grundsätzlich nicht mit Fragen der Begründetheit oder der Beweiswürdigung vermischt werden.

c) Klägerstation

Die Lösung beginnt in der überwiegenden Zahl aller Fälle mit einem Gutachten, das allein auf Grund des Klägervortrags und – soweit bereits vorhanden – auf Grund des durch den Kläger zu eigen gemachten Beklagtenvortrags angefertigt wird. Ziel ist die Schlüssigkeitsprüfung des klägerischen Begehrens: Kann der Klägervortrag das Begehren rechtfertigen? Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich der Aktenauszug im außergerichtlichen oder bereits im gerichtlichen Stadium befindet. Rechtsausführungen des Klägers/Anspruchstellers werden an Ort und Stelle auf ihre Tragfähigkeit hin geprüft.

Ein häufiger Flüchtigkeitsfehler ist es, die Prüfung eines Zinsanspruchs zu vergessen.

Der Prüfungsabschnitt endet mit einem Zwischenresümee. Besteht nach den klägerischen Behauptungen der geltend gemachte Anspruch? Lassen sich Rechtsansichten vertreten?

Wenn es zu einem Rechtsproblem eine gefestigte Rechtsprechung des BGH und abweichende Stimmen in der Literatur gibt, so kann es aus Zeitgründen geboten sein, nur auf die abweichenden Literaturmeinungen hinzuweisen und sich als Anwalt sodann der gefestigten BGH-Rechtsprechung anzuschließen. Es ist lebensfremd und ohne besondere Belehrung des Mandanten, dass er gegen diese Rechtsauffassung „anrennen“ müsste, nicht vertretbar, als Anwalt seinem Mandanten eine Klageerhebung gegen eine gefestigte Rechtsprechung zu empfehlen. In Betracht gezogen werden muss aber auch, dass das entscheidende Gericht einzelne entscheidungserhebliche Fragen anders beurteilt, so dass vorsorglich Hilferwägungen anzustellen sind.

Für eine praktisch brauchbare Leistung muss sich der Bearbeiter immer vor Augen halten, dass der Mandant bei mehreren Handlungsoptionen eine informierte Entscheidung treffen muss. Die Information schuldet der Anwalt als rechtlicher Berater des Mandanten.

d) Mandantenstation (Beklagtenstation)

In der Beklagtenstation prüft der Bearbeiter, ob der Mandant tatsächlich Erhebliches vorbringt: Welche Tatsachenbehauptung ist im Hinblick auf welchen Anspruch hinsichtlich welchen Tatbestandsmerkmals in welcher Weise erheblich?

Hat der Bearbeiter bereits die Unschlüssigkeit des klägerischen Vortrags festgestellt, bleibt es trotzdem bei der Erheblichkeitsprüfung des Mandantenvortrags. Aus anwaltlicher Sicht sollte die Verteidigung stets auf allen vertretbaren Argumenten aufbauen.

Die Frage, welche Konsequenzen aus dem Vortrag des Mandanten gezogen werden, d.h. ob und wie der Mandantenvortrag dem Gegner entgegengehalten wird (Nichtbestreiten, einfaches/qualifiziertes Bestreiten, Bestreiten mit Nichtwissen) ist eine Frage der Zweckmäßigkeitserwägungen.

In der Beklagtenstation werden in rechtlicher Hinsicht Einreden, Einwendungen und die Ausübung von Gestaltungsrechten geprüft. Dabei ist aus anwaltlicher Sicht bei der rechtlichen Beurteilung der sicherste Weg zu wählen, was im Regelfall bedeutet, die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen.

e) Replik

Ergibt bereits aus dem Aktenauszug, dass der Kläger/Anspruchssteller (in weiser Voraussicht) Einwendungen des Mandanten vorwegnimmt, oder von Seiten des Klägers mit erheblichem Vorbringen auf die Behauptungen des Mandanten zu rechnen ist, kann der Bearbeiter im Rahmen einer Replik hierauf eingehen.

Dargestellt wird der Umstand, dass aus dem bisherigen Vortrag des Klägers mit einem Vorbringen gegen die geltend gemachte Einwendung zu rechnen ist. Dem Mandanten ist aufzuzeigen, welche weiteren Tatsachen erforderlich sein werden, wenn der Kläger repliziert.

f) Beweisprognosestation

Die Beweisprognosestation ist keine Beweisstation, da eine Beweiserhebung nicht stattgefunden hat. Gleichwohl ist es zentrale Aufgabe anwaltlicher Tätigkeit, nicht nur den Sachverhalt und die Rechtslage zu erfassen, sondern anhand des vom Mandanten vorgelegten Beweismaterials einzuschätzen, ob die Behauptungen des Mandanten beweisbar sind. Fehlen Beweismittel, ist auch dieser Fakt herauszuarbeiten und dem Mandanten mitzuteilen, welche Beweismittel zum Nachweis der Behauptungen erforderlich sind.

Beweismittel im Zivilprozess sind:

- | | |
|------------------------|------------------------------|
| - § 403 ZPO | - Sachverständigengutachten, |
| - § 371 ZPO | - Augenschein, |
| - §§ 445, 447, 448 ZPO | - Parteivernehmung, |
| - § 420 ZPO | - Urkunden, |
| - § 373 ZPO | - Zeugenbeweis |

Aufbau:

- Kurze Feststellung der streiterheblichen Beweisfragen; sowohl aus Kläger- als auch aus Mandantensicht.
- Wer trägt für welche Tatsachen die Beweislast? Gibt es Beweiserleichterungen (gesetzliche Vermutung, Indizienbeweis, Beweis ersten Anscheins, Beweislastumkehr)?
- Welche Beweismittel stehen zur Verfügung; sind sie zulässig?
- Wird der Beweis der Tatsache gelingen (Beweiswürdigungsprognose)?
- Was geschieht, wenn der Kläger seine Beweismittel erfolgreich einsetzen kann; Gegenbeweise?

g) Zweckmäßigkeitserwägungen

In den Zweckmäßigkeitserwägungen behandelt der Bearbeiter einen weiteren Schwerpunkt anwaltlicher Tätigkeit. Aus der festgestellten Sach- und Rechtslage muss der Anwalt einen zweckmäßigen Handlungsvorschlag entwickeln. Hierzu stellt er verschiedene Vorbetrachtungen an, die in allen Klausurtypen identisch sind und deswegen gesondert dargestellt werden sollen¹⁴⁰.

h) Praktischer Teil

Ob ein praktischer Teil die Klausur abschließt, richtet sich nach dem Prüfervermerk. Der praktische Teil dient der Umsetzung der Erkenntnisse aus der Zweckmäßigkeitprüfung. Folgende Standardhandlungen lassen sich zusammenfassen:

- Schriftsatz an Gericht (Aufbau nach § 130 ZPO beachten, Hinweise auf Unzulässigkeit aufnehmen, auf noch nicht offizielles Vorbringen der Gegenseite nicht eingehen, Beweisangebote nur nach Beweislast (ggf. „unter Protest gegen die Beweislast“), Gliederung in Tatsachen und Rechtslage, da der Bearbeiter häufig nach dem Prüfervermerk hinsichtlich der Rechtslage auf konkrete Positionen des Gutachtens verweisen darf, genaue Antragsformulierung, einschließlich notwendiger Nebenanträge (VU und AE im schriftlichen Vorverfahren, Sicherheitsleistung), weil diese Positionen die Brauchbarkeit des praktischen Teils wesentlich beeinflussen
- Schreiben an Mandanten (Hinweise auf Prozessrisiko insbesondere auf Grund der Beweislage, auf eine für den Laien verständliche Formulierung achten, die Zahlung eines Gebühren- und/oder Auslagenvorschusses erwägen),
- Schreiben an Gegner oder weitere Beteiligte (Widerruf, Kündigung, Anfechtung, sonstige Willenserklärung, Anspruchsschreiben an (Rechtsschutz)Versicherer, ggf. Beilegung der Vollmacht im Original beachten (§ 174 BGB)
- Entwurf eines Vertrages, von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eines Vergleiches

Bei der Abfassung von gerichtlichen Schriftsätzen ist insbesondere darauf zu achten, dass

- der Inhalt des Schriftsatzes mit dem Gutachten übereinstimmt,
- die Anträge konkret, vollständig und vollstreckungsfähig sind,
- der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht vergessen wird, soweit Erfolgsaussichten bestehen, und zwar ohne, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung,
- sämtliche für die Prozessführung erforderlichen Beweismittel aufgeführt werden,
- das Beweisangebot ggf. mit dem Zusatz „unter Protest gegen die Beweislast“ erfolgt,
- präzise Beweisanträge gestellt werden (eine Rechnung beweist weder die Erforderlichkeit einer Reparatur, noch den Umstand, dass der Mandant Sie bezahlt hat),
- unvollständige Anschriften mit dem Zusatz „ladungsfähige Anschrift wird nachgereicht“

¹⁴⁰ Siehe unten unter gesonderter Teilüberschrift.

zu versehen sind.

3. Aufbau bei Prüfung aus Sicht des klagenden Mandanten (zivilrechtliche Klägerklausur)

Aus klausurtaktischer Sicht empfiehlt sich bei mehreren Anspruchsgegnern eine jeweils gesonderte Prüfung für jeden Anspruchsgegner bis einschließlich Beweisprognosestation. Gegenansprüche und die Zweckmäßigkeitserwägungen können zusammengefasst dargestellt werden.

In der Auslegungsstation und der Zulässigkeitsstation ergeben sich keine Abweichungen zur Beklagtenklausur¹⁴¹.

a) Mandantenstation (Klägerstation)

Die Lösung beginnt mit einem Gutachten, das allein auf Grund des Mandantenvortrags angefertigt wird. Gibt es bereits Äußerungen der Gegenseite, die dem Mandanten günstig sind, werden diese Behauptungen bereits an dieser Stelle in den Mandantenvortrag integriert (zu Eigen machen). Ziel ist auch hier die Schlüssigkeitprüfung des Mandantenbegehrens: Kann der Klägervortrag das Begehren rechtfertigen?

Ein häufiger Flüchtigkeitsfehler ist es, die Prüfung eines Zinsanspruchs zu vergessen.

Der Prüfungsabschnitt endet mit einem Zwischenresümee. Besteht nach den klägerischen Behauptungen der geltend gemachte Anspruch? Lassen sich Rechtsansichten vertreten?

b) Erheblichkeitsprüfung

In außergerichtlichen Fallgestaltungen wird in der Regel eine Äußerung des Gegners noch fehlen. In diesen Fällen sollten nur kurz ernsthaft zu erwägende Einreden, Einwendungen und Gegenrechte anprüft, nebst ihren Auswirkungen auf das Mandantenbegehren. Spekulationen sind demgegenüber Zeitverschwendung! Bei der Ermittlung des zu erwartenden Vorbringens der gegnerischen Partei ist also kein Vorbringen dieser Partei zu erfinden, sondern vorausschauend zu erkennen. Wenn z. B. die Forderung des Mandanten verjährt ist, sollte man davon ausgehen, dass die Verjährungseinrede voraussichtlich auch erhoben wird.

In gerichtlichen, aber in Einzelfällen auch in außergerichtlichen Fallgestaltungen können sich aus dem außergerichtlichen Schriftwechsel bereits die Positionen des Gegners ergeben. Diese sind dann einer Erheblichkeitsprüfung zu unterziehen: Welche Behauptung ist im Hinblick auf welches Tatbestandsmerkmal des Mandantenbegehrens in welcher Weise erheblich?

¹⁴¹ Vgl. oben VIII.2.

c) Replik

Eine Replik wird häufig nicht erforderlich oder möglich sein. Im Übrigen unterscheidet sich der Prüfungsinhalt nicht von demjenigen in einer Beklagtenklausur¹⁴².

d) Beweisprognosestation

Die Beweisprognosestation ist keine Beweisstation, da eine Beweiserhebung nicht stattgefunden hat. Gleichwohl ist es zentrale Aufgabe anwaltlicher Tätigkeit, nicht nur den Sachverhalt und die Rechtslage zu erfassen, sondern anhand des vom Mandanten vorgelegten Beweismaterials einzuschätzen, ob die Behauptungen des Mandanten beweisbar sind. Fehlen Beweismittel, ist auch dieser Fakt herauszuarbeiten und dem Mandanten mitzuteilen, welche Beweismittel zum Nachweis der Behauptungen erforderlich sind.

Aufbau:

- Kurze Feststellung der streiterheblichen Beweisfragen.
- Wer trägt für welche Tatsachen die Beweislast? Gibt es Beweiserleichterungen (gesetzliche Vermutung, Indizienbeweis, Beweis ersten Anscheins, Beweislastumkehr)?
- Welche Beweismittel stehen zur Verfügung; sind sie zulässig?
- Wird der Beweis der Tatsache gelingen (Beweiswürdigungsprognose)?

e) Ggf. Gegenansprüche des Beklagten

Sind auf Seiten der Gegenseite bereits Gegenansprüche bekannt, sind diese einer rechtlichen Prüfung zu unterziehen. Hat der Gegner nach dem vorgegebenen Sachverhalt konnexe Gegenansprüche, ist zu prüfen, inwieweit er diese ggf. in einem Prozess erfolgreich einführen kann (z.B. Aufrechnung, Widerklage).

Die Konsequenzen aus dem Ergebnis dieser Teilprüfung (z.B. Gegenforderung von Klage absetzen) sind Zweckmäßigkeitserwägungen.

f) Zweckmäßigkeitserwägungen

In den Zweckmäßigkeitserwägungen behandelt der Bearbeiter einen weiteren Schwerpunkt anwaltlicher Tätigkeit. Aus der festgestellten Sach- und Rechtslage muss der Anwalt einen zweckmäßigen Handlungsvorschlag entwickeln. Hierzu stellt er verschiedene Vorbetrachtungen an, die in allen Klausurtypen identisch sind und deswegen gesondert dargestellt werden sollen¹⁴³.

¹⁴² Vgl. oben VIII.2.

¹⁴³ Siehe unten unter gesonderter Teilüberschrift.

Im praktischen Teil ergeben sich keine Abweichungen zur Beklagtenklausur¹⁴⁴.

4. Zweckmäßigkeitserwägungen

Ziel der Zweckmäßigkeitserwägungen ist es, diejenigen Maßnahmen auszuwählen, die das Ziel des Mandanten am sichersten und effizient erreichen.

Die Zweckmäßigkeitserwägungen lassen sich regelmäßig in sechs Gruppen von Betrachtungen einteilen:

- rechtliche Gesamtschau
- prozessuale Möglichkeiten
- Prozesstaktik
- Kostengesichtspunkte
- Zeitgesichtspunkte
- Vollstreckungsgesichtspunkte

a) Rechtliche Gesamtschau

In der rechtlichen Gesamtschau soll der Bearbeiter nicht lediglich das Gutachten zusammenfassen. In den Grenzen der prozessualen Wahrheitspflicht ist zu prüfen, inwieweit anspruchsfreundliche Tatsachen ausgesondert werden können.

Im Rahmen einer Beklagtenklausur sind Überlegungen anzustellen, welcher Rechtsbehelf/welches Rechtsmittel in Betracht kommt und von mehreren denkbaren, welches das günstigste ist.

Im Rahmen einer Klägerklausur legt der Bearbeiter das Rechtsbegehren fest (was will der Mandant). Es sind Überlegungen anzustellen, ob neben dem Hauptbegehren Hilfsbegehren einbezogen werden. Derartige Überlegungen bieten sich beispielsweise bei schwieriger Beweisprognose an.

Im Rahmen der Klägerklausur ist die richtige Partei zu bestimmen. Es sind Überlegungen anzustellen, ob bei mehreren Schuldner eine oder mehrere Angriffe geführt werden müssen/können (z.B. Streitgenossenschaft). Bei der Parteiauswahl sind beweistaktische Überlegungen einzubeziehen (z.B. Ausschalten von Zeugen, indem sie zur Partei gemacht werden).

Die rechtliche Gesamtschau umfasst auch Überlegungen, welches von mehreren möglichen (Gestaltungs-)Rechten zweckmäßig ist.

Im Rahmen der Beklagtenklausur ist zu überlegen, wie Gegenforderungen in den Prozess eingeführt werden können: Aufrechnung, Widerklage, isolierte Klage, Hauptverteidigung, Hilfsverteidigung. Hierbei spielen häufig die Verspätungsvorschriften eine Rolle („Flucht in die Widerklage“).

¹⁴⁴ Vgl. oben VIII.2.

Soweit die gutachterliche Prüfung Regressansprüche für den Fall des Prozessverlustes ergeben hat, ist die Streitverkündung zu erwägen (§§ 179, 426, 744 BGB, 115, 116 VVG, EFZG).

Im Rahmen der rechtlichen Gesamtschau kann der Bearbeiter auch zum Ergebnis kommen, dass von einer Rechtsverfolgung abzusehen ist, insbesondere wenn keine ausreichenden Beweismittel (z.B. nur Parteivernehmung) zur Verfügung stehen. Der Mandant ist über das Beweisrisiko zu belehren.

b) Prozessuale Möglichkeiten

Bei den prozessualen Möglichkeiten geht es um die Betrachtung und Auswahl der richtigen Anträge (Haupt-, Hilfs-, Leistungs- oder Feststellungsanträge), um die Auswahl der richtigen Klageart (unbezüglicher Zahlungsantrag, Stufenklage, künftige Leistung, selbständiges Beweisverfahren, Urkundenprozess, Arrest, einstweilige Verfügung, Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO), die Betrachtung von Fristenproblemen (§§ 339 Abs. 1, 700 Abs. 1, 517 ZPO).

An dieser Stelle können Ausführungen zur Wirksamkeit der Zustellung oder zur Möglichkeit der Wiedereinsetzung erfolgen. Im Rahmen einstweiliger Rechtsschutzmaßnahmen sind wegen des Erfordernisses der Zustellung im Parteibetrieb Zustellungsfragen (§§ 166 – 195 ZPO) zu erörtern: Zustellungsorgan (Wer stellt zu?), Zustellungsadressat (Wem ist zuzustellen?), Zustellungsobjekt (Wie ist was zuzustellen?), Zustellungsnachweis (Wie lässt sich die Zustellung beweisen?), Zustellungsmängel und deren Heilung.

c) Prozesstaktik

Der Anwalt hat prozesstaktische Überlegungen in seine Zweckmäßigkeitserwägung einzustellen:

- Flucht in die Säumnis,
- Flucht in die Widerklage (Präklusionsabwehr), wenn eine Aufrechnung verspätet wäre,
- „Ausschalten“ von Zeugen, indem sie zur Partei gemacht werden,
- Prozesskostenhilfverfahren oder Teilklage als „Testballon“

d) Kostengesichtspunkte

Dem Mandanten ist möglichst eine Kosten sparende aufzuzeigen. Zu erwägen sind die Kostenübernahme durch Dritte (Beratungshilfe, PKH, Rechtsschutzversicherung, Prozessfinanzierung), die Gebührenreduzierung (z.B. objektive/subjektive Klagehäufung statt mehrerer Prozesse), die Kostenreduzierung bei negativem Gutachterergebnis (Mandant würde unterliegen), d.h. von Klage abraten, Klagerücknahme, Anerkenntnis, Erledigung, sofortige Erfüllung, Klageverzicht. Aber auch die Möglichkeit der anwaltsfreien Prozessführung durch den Mandanten ist in Erwägung zu ziehen (§ 79 ZPO).

e) Zeitgesichtspunkte

Zeitgesichtspunkte spielen häufig eine Rolle bei drohender Verjährung, in Eilfällen und wenn eine Verschlechterung der Vermögenslage beim Gegner zu erwarten ist. Je nach Eilbedürftigkeit sind unterschiedliche prozessuale Aktivitäten zweckmäßig: Mahnverfahren, Urkundenprozess, einstweiliger Rechtsschutz.

f) Vollstreckungsgesichtspunkte

Zu erwägen sind Anträge nach §§ 714 ZPO, 707, 719 ZPO (bei Versäumnisurteil, Vollstreckungsbescheid), § 769 ZPO (bei Vollstreckungsgegenklage, Drittwiderspruchsklage), §§ 721, 765a ZPO. Die vorgenannten Anträge sind glaubhaft zu machen (§ 294 ZPO).

Hat Klageantrag vollstreckungsfähigen Inhalt? Bestehen Vollstreckungshindernisse beim Schuldner (Insolvenz, §§ 88, 89 InsO)?

5. Sonderfälle in zivilrechtlichen Aufgabenstellungen

Es gibt einige Sonderfälle von Examensklausuren, bei denen sich Abweichung im Klausuraufbau ergeben.

a) **Beklagtenklausur, bei der ein Urteil, Versäumnisurteil oder ein Vollstreckungsbescheid bereits ergangen ist**

Ziel dieser Klausurgestaltung ist es regelmäßig, das erfolgreiche Vorgehen gem. §§ 338, 700 ZPO oder die Erfolgsaussichten von Rechtsmitteln zu prüfen.

Der Aufbau folgt zunächst den bereits dargestellten Stationen:

- Klägerstation
- Beklagtenstation
- Replik
- ggf. Beweisprognose

Im Rahmen der sich anschließenden Zweckmäßigkeitprüfung werden die Art des Rechtsbehelfs ausgewählt und dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen geprüft. An dieser Stelle sind in der Examensklausur häufig Probleme bei Fristen verankert, die zur Prüfung von Zustellung oder Wiedereinsetzung auffordern.

Ferner betrachtet der Bearbeiter im Rahmen der Zweckmäßigkeit die Zulässigkeit neuen Tatsachenvortrags und neuer Beweismittel (Verspätung, Präklusion). Er wählt hieraus die Art und Weise des Angriffs aus.

Schließlich muss der Bearbeiter nach Zugang des anzufechtenden Urteils prüfen, inwieweit nicht rechtsmittelvorbereitende Maßnahmen zu treffen sind. Zu nennen ist hier vor allem der Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes des Urteils.

Soll dagegen gegen eine Entscheidung kein Rechtsmittel eingelegt werden, schließen sich an die Zustellung der Entscheidung das Kostenfestsetzungsverfahren an. Eingeleitet wird dieses durch den Kostenfestsetzungsantrag. In dem macht der Anwalt die Kosten des Rechtsstreites geltend. Antragsteller ist üblicherweise die obsiegende Partei, da nur diese natürlich ein Interesse an der schnellen Kostenfestsetzung hat. Über etwaige Kostenquoten braucht sich der Anwalt keine Gedanken machen. Die Kostengrundentscheidung des Urteils wird im Kostenfestsetzungsverfahren durch das Gericht berücksichtigt.

Möchte der Mandant sofort aus dem Urteil vollstrecken, will er also nicht die Rechtskraft der Entscheidung abwarten, so muss der Anwalt ihn auf die zu stellende Sicherheit entsprechend dem Urteilstenor hinweisen. Ferner sollte standardmäßig ein Hinweis auf die Schadenersatzpflicht des vorläufig Vollstreckenden erfolgen, wenn im Rechtsmittel die vorläufig vollstreckbare Entscheidung aufgehoben oder abgeändert wird. Der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil geht der Vermerk über die Rechtskraft des Urteils voraus. Hierzu muss das Urteil nach Ende der Rechtsmittelfrist dem Gericht mit der Bitte um Rechtskraftvermerk übersandt werden. Ob der Mandant danach zunächst noch einmal eine Zahlungsaufforderung absetzt - gleichermaßen nach Vorlage des Kostenfestsetzungsbeschlusses -, ist Einzelfallfrage. Rechtlich ist eine solche Aufforderung entbehrlich.

b) Klägerklausur aus dem Vollstreckungsrecht

Eine Klägerklausur aus dem Vollstreckungsrecht erkennt der Bearbeiter daran, dass gegen den Mandanten die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Ziel dieser Klausurart ist regelmäßig, den geeigneten Zwangsvollstreckungsrechtsbehelf herauszuarbeiten.

Die Klausur hat einen grundlegend anderen Aufbau. Geprüft werden der Reihe nach alle ernsthaft in Betracht kommenden Zwangsvollstreckungsrechtsbehelfe auf deren Erfolgsaussichten:

- Zulässigkeit des Rechtsbehelfs
- Schlüssigkeit des Mandantenvorbringens
- Erheblichkeit des Gegnervortrags (z.B. AnfG)
- Ggf. Beweisprognose

Es schließen sich die Zweckmäßigkeitserwägungen an. Hier ist von mehreren möglichen Zwangsvollstreckungsrechtsbehelfen der günstigste auszuwählen und zu begründen. Ergebnis der Zweckmäßigkeitserwägungen kann auch der Verzicht auf die Einleitung von Abwehrmaßnahmen sein, wenn die Erfolgsaussichten negativ beurteilt werden.

c) Erledigung des Rechtstreits aus Sicht des Beklagten (Wie wird auf Erledigung reagiert?)

Bei der Erledigung der Hauptsache aus Sicht des Beklagten, stellt sich stets die Frage, ob die Anschließungserklärung (§ 91a ZPO) oder der Klageabweisungsantrag zweckmäßig ist.

Hierzu sind im Gutachten die Auswirkungen der verschiedenen Verhaltensweisen aufzubereiten. Das bedeutet, dass der Bearbeiter ein Teilgutachten anfertigt für den Fall, dass Klageabweisung beantragt wird und für den Fall, dass die Anschließung erklärt wird.

aa) Teilgutachten bei Zustimmungsverweigerung

Im Teilgutachten über Entscheidung des Gerichts bei Zustimmungsverweigerung bzw. Klageabweisungsantrag werden die Erfolgsaussichten einer Feststellungsklage auf Erledigung der Hauptsache geprüft.

Im Teilgutachten werden die Zulässigkeit der Klage, die Schlüssigkeit des Klägervortrags, die Erheblichkeit des Beklagtenvortrags, die Beweisprognose und das Vorliegen eines die Hauptsache erledigenden Ereignisses geprüft. Für die Zulässigkeit und Begründetheit der Hauptsache ist auf den Zeitpunkt der Erledigung abzustellen.

Soweit der Beklagte (Mandant) obsiegen würde, weil das die Hauptsache erledigende Ereignis vor Rechtshängigkeit lag, ist alternativ zu prüfen, ob der Kläger einen materiellen Kostenerstattungsanspruch hat, beispielsweise aus Verzug. Auch diese Prüfung folgt den relationsmäßigen Grundsätzen.

bb) Teilgutachten bei Anschließungserklärung

Im Teilgutachten über die Entscheidung des Gerichts bei Anschließungserklärung prüft der Bearbeiter die Voraussetzungen des Beschlusses nach § 91a ZPO. Die Prüfung ähnelt derjenigen unter a) mit dem Unterschied, dass es nicht auf ein erledigendes Ereignis ankommt, d.h. es ist gleichgültig, wann Erledigung der Hauptsache eingetreten ist. Grund ist die Dispositionsmaxime. Die Parteien bestimmen, wie der Prozess verlaufen soll.

cc) Zweckmäßigkeit

Liegt eine Erledigung der Hauptsache vor oder besteht ein materieller Kostenerstattungsanspruch, ist im Rahmen der Zweckmäßigkeit zu erörtern, ob die Anschließungserklärung abgegeben wird. In diesem Zusammenhang spielen stets die Kostenfolgen eine wichtige Rolle.

Liegt das erledigende Ereignis vor Rechtshängigkeit oder hat die Klage keine Aussicht auf Erfolg, dann ist zu prüfen, ob die Klageabweisung die zweckmäßige Verhaltensweise ist.

dd) Praktischer Teil

Im praktischen Teil wird bei dieser Klausurvariante häufig ein Schriftsatz an das Gericht erforderlich sein, der die entsprechende Prozessklärung nebst Begründung enthält.

d) Erledigung des Rechtstreits aus Sicht des Klägers (Wie soll mit einem erledigenden Ereignis umgegangen werden?)

Bei der Erledigung der Hauptsache aus Sicht des Klägers, stellt sich die Frage, ob die Erledigung der Hauptsache erklärt werden soll oder nicht.

Bei erledigenden Ereignissen vor Anhängigkeit des Rechtstreits liegt keine Erledigung im prozessualen Sinne vor. Die Klage sollte beim Gericht nicht eingereicht werden. Wurde sie bereits eingereicht, ist in diesen Fällen die Klagerücknahme oder die Klageänderung auf Durchsetzung eines materiellen Kostenersatzanspruchs zweckmäßig.

Bei erledigenden Ereignissen vor Rechtshängigkeit des Rechtstreits ist nur eine übereinstimmende Erledigung möglich (§ 91a ZPO), nicht jedoch die einseitige Erledigungserklärung. In diesen Fällen darf aus anwaltlicher Vorsicht nicht auf die Anschließungserklärung des Gegners vertraut werden. Zweckmäßig ist daher in der Regel die Klagerücknahme oder die Klageänderung auf Feststellung des Kostenersatzanspruches. Eine pragmatische Lösung wäre, mit der Gegenseite die übereinstimmende Erledigungserklärung abzustimmen, bevor die Erledigung der Hauptsache erklärt wird.

Nur bei erledigenden Ereignissen nach Rechtshängigkeit des Rechtstreits liegt eine echte prozessuale Erledigung vor. In diesen Fällen ist nach gutachterlicher Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage die Erledigungserklärung zweckmäßig.

In allen Fällen geht den Zweckmäßigkeitserwägungen die Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage (Zulässigkeit, Schlüssigkeit, Erheblichkeit, Beweisprognose) sowie die Prüfung, ob ein die Hauptsache erledigendes Ereignis vorliegt und wann Erledigung eingetreten ist, voraus.

e) Verfahren nach dem erstinstanzlichen Urteil (selten)

Zumindest als Teil einer Rechtsmittelklausur aus Kläger- oder Beklagtsicht könnten Fragen betreffend das Verfahren unmittelbar nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils in die Klausur eingebaut werden¹⁴⁵.

Einerseits könnte es dabei um die Berichtigung des Tatbestandes des Urteils als Vorbereitung der Berufung gehen. Hier dürfte der Schwerpunkt einer solchen Aufgabenstellung regelmäßig in dem

¹⁴⁵ vgl. bereits unter IX.5.a)

Herausfiltern erheblicher Tatsachen gehen, die im Urteilstatbestand nicht korrekt oder unvollständig wiedergegeben sind.

Andererseits kann es Teilaufgabe sein, die vorläufige Vollstreckbarkeit durchzuführen oder abzuwehren. Im ersten Fall geht es um Fragen der Beschaffung sowie Art und Weise der Leistung der erforderlichen Sicherheit (Hinterlegung, Prozessbürgschaft). Im letzten Fall geht es um Anträge zur vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Schließlich könnten sich am Rande Fragen des Kostenfestsetzungsverfahrens ergeben.

6. Die anwaltliche Aufgabenstellung aus dem Strafrecht

a) Einleitung

Das strafrechtliche Mandat¹⁴⁶ ist geprägt durch die besonderen Umstände seines Zustandekommens. Grundsätzlich ist der Anwalt frei in seiner Entscheidung, ob er ein Wahlverteidigermandat annehmen möchte oder nicht. Das Mandatsverhältnis bedarf einer mindestens konkludenten Annahme. Anders verhält es sich bei der Pflichtverteidigung gem. §§ 49 Abs. 1 BRAO, 140 ff. StPO. Der gerichtlich bestellte Verteidiger muss die Verteidigung übernehmen. Ablehnungsgründe kommen nur in Betracht, wenn sie wichtig sind. Solche sind insbesondere: der Interessenwiderstreit, das Verbot der Mehrfachverteidigung. Die praktische Bedeutung ist auf Grund des Benennungsrechtes des Beschuldigten gem. § 142 Abs. 1 StPO gering. Der eigentlichen Mandatsübernahme geht, vor allem bei inhaftierten Beschuldigten, häufig ein Anbahnungsgespräch voraus.

Das Anbahnungsgespräch zwischen dem Anwalt und dem potentiellen Mandanten, welches der Klärung der Mandatsübernahme dient, zählt bereits zum im Verteidigungsverhältnis geschützten Bereich. Damit unterliegt der Inhalt des Anbahnungsgesprächs der anwaltlichen Schweigepflicht. Für den inhaftierten Mandanten bedeutet dies, dass er Anspruch auf ein unüberwachtes Gespräch hat. Gegebenenfalls kann die Notwendigkeit bestehen, um die Erteilung einer Sprecherlaubnis zu ersuchen (§ 148 StPO). Der Anwalt benötigt eine Besuchserlaubnis, die auch als „Einzelsprechschein“ bezeichnet wird (vgl. § 36 Abs. 3 Untersuchungshaftvollzugsordnung). Im Ermittlungsverfahren ist der Haftrichter gem. § 126 Abs. 1 Satz 1 StPO für die Erteilung der Besuchserlaubnis zuständig.

Hinsichtlich der Übernahme des Mandats selbst ergeben sich zunächst keine Besonderheiten. Will der Anwalt nach dem Anbahnungsgespräch das Mandat nicht übernehmen, so ist er gem. § 44 BRAO verpflichtet, dem Ratsuchenden gegenüber unverzüglich die Ablehnung zu erklären.

Dem Anwalt ist es untersagt, in derselben Angelegenheit mehrere Mandanten zu verteidigen, §§ 146, 137 Abs. 1 StPO. Dabei handelt es sich um eine Regelung, durch die bereits im Vorfeld von

¹⁴⁶ Zum Berufsbild des Strafverteidigers und der Hauptverhandlung als Kerngeschehen des Strafprozesses – Kempf, AnwBl. 2010, 381; König, AnwBl. 2010, 382 ff.

Interessenkonflikten solche vermieden werden sollen, weil die Entstehung von Interessenkonflikten im Rahmen der Strafverteidigung mehrerer Beschuldigter im selben Lebenssachverhalt leicht möglich ist. Hinsichtlich von Interessenkonflikten ergeben sich zu den allgemeinen berufsrechtlichen Anforderungen keine Besonderheiten.

Das Mandat selbst beginnt, häufig nach dem Anbahnungsgespräch, mit der Vollmachtserteilung. Der Anwalt wird sich zunächst die wesentlichen Unterlagen der „Gegenseite“ abfordern, d.h. Aktenzeichen, Ladungen, Verfügungen, ggf. Haftbefehl, Ermittlungsakte. Anwaltliche Sofortmaßnahmen bestehen darin, den Mandanten auf sein Schweigerecht hinzuweisen, ferner auf die Pflicht, einer staatsanwaltschaftlichen (§ 163a Abs. 3 StPO) oder ermittelungsrichterlichen (§ 133 StPO) Ladung zur Vernehmung Folge zu leisten, nicht jedoch einer polizeilichen Ladung. Nicht zu den anwaltlichen Sofortmaßnahmen in (potentiellen) steuerstrafrechtlichen Verfahren zählt die Möglichkeit der Selbstanzeige gem. § 371 AO, wenn und soweit der Anwalt hier keine genaue Überprüfung des Sachverhaltes vorgenommen hat. Andererseits darf sich der Anwalt mit der Beurteilung der Sach- und Rechtslage in solchen Situationen nicht allzu viel Zeit lassen, da dem Mandanten das Selbstanzeigeprivileg sonst verloren gehen kann.

Zur Überprüfung der Sach- und Rechtslage zählt bei Mandanten in besonderen Statusverhältnissen (Beamte, Soldaten, Ausländer, freie Berufe mit Disziplinarrecht) die Klärung von Implikationen, die sich außerhalb des Strafrechtes ergeben können (disziplinarische Maßnahmen, Abschiebung usw.).

Im Rahmen der Mandatsbearbeitung muss der Anwalt dem Mandanten vollständige Auskunft über die formelle und die materielle Rechtslage erteilen. Dies selbst dann, wenn die Vermittlung dieser Kenntnisse den Tatentschluss zur Strafvereitelung fördern würden¹⁴⁷. Ähnliches gilt für die Mitteilung des Inhalts von Ermittlungsakten, die Aushändigung von Aktenauszügen oder Aktenabschriften: Dies hat zu geschehen, selbst wenn der Anwalt den erheblichen Verdacht hat, der Mandant könnte ihm überlassene Unterlagen zur Verschleierung der strafrelevanten Tatsachen missbrauchen¹⁴⁸.

Der Anwalt hat während der Mandatsbearbeitung die Möglichkeit ein angenommenes Wahlmandat niederzulegen und gleichzeitig einen Antrag auf Beordnung zu stellen (vgl. §§ 140, 141, 142 Abs. 1 StPO, §§ 49, 49a BRAO). Im Übrigen gelten für die Mandatsbeendigung keine Besonderheiten. Eine Kündigung darf, wie gewöhnlich, nicht zur Unzeit erfolgen. Der Anwalt hat die Möglichkeit, im Rahmen eines Pflichtverteidigungsmandats einen Antrag auf Entpflichtung gem. § 143 StPO zu stellen.

Im Hinblick auf die Vergütung ist auf die Darstellungen zum RVG zu verweisen. An dieser Stelle soll noch einmal hervorgehoben werden, dass sich der Anwalt strafbar macht, wenn er Bargeld als Honorar entgegen nimmt, von dem er weiß (positive Kenntnis), dass es aus einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB herrührt¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Schönke/Schröder-Stree, StGB, § 258 Rn. 20.

¹⁴⁸ BGHSt 29, 99 (103).

¹⁴⁹ BGHSt 47, 68.

b) Klausurtypen

Die Klausurtypen folgen den unterschiedlichen Einstiegsmöglichkeiten in das strafrechtliche Mandat:

- Verteidiger im Ermittlungsverfahren
- Verteidiger im Zwischenverfahren
- Verteidiger in der Vorbereitung der Hauptverhandlung
- Verteidiger in der Hauptverhandlung
- Verteidiger bei Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen
- Anwaltliche Vertretung des Verletzten im Strafverfahren
- Strafbefehlsverfahren

Dabei untergliedert sich jeder Klausurtyp in den einen Gutachtenteil, in dem die materielle Rechtslage geprüft wird, in einen Zweckmäßigkeitsteil, in dem aus dem Gutachten die zweckmäßigen Handlungen abgeleitet werden, und schließlich in einen praktischen Teil, in dem die Ergebnisse der Zweckmäßigkeitbetrachtungen in Schriftsätzen, Anträgen oder Schreiben umgesetzt werden.

Das Gutachten befasst sich, mit Ausnahme von Rechtsmittelklausuren, mit der Frage, ob der gegebene Lebenssachverhalt den hinreichenden Tatverdacht für das Vorliegen einer Straftat begründet. Rechtsmittelklausuren folgen an dieser Stelle eher dem bekannten Aufbau von Berufungs- oder Revisionsklausuren. Weiteres Prüfungsthema ist, inwieweit der Staatsanwaltschaft ausreichende Beweismittel vorliegen, um den Tatvorwurf zu beweisen. Hier spielen insbesondere die Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote eine wesentliche Rolle. In Rechtsmittelklausuren sind in diesem Punkt die Fragen zu beantworten, ob und wie sich die erhobenen Rügen beweisen lassen.

Der Inhalt der Zweckmäßigkeitstation bestimmt sich schließlich nach der Rolle, in die sich der Klausurbearbeiter hinzusetzen hat, also danach, in welchem Stadium sich das strafrechtliche Mandat befindet. Dies soll nachfolgend für die genannten Fallgruppen einzeln dargestellt werden.

aa) Verteidiger im Ermittlungsverfahren

Im Ermittlungsverfahren befindet sich das strafrechtliche Mandat noch recht weit am Anfang. Folglich geht es in erster Linie um Fragen der Informationsbeschaffung, um Fragen betreffend die Beteiligungsrechte des Verteidigers bei Ermittlungsmaßnahmen, um Fragen der Beweisbeschaffung zu Gunsten des Mandanten und nicht zuletzt um Fragen der eigenen Ermittlungsmöglichkeiten des Anwalts. Einen Schwerpunkt solcher Klausuren könnte auch die Frage sein, inwieweit das Ermittlungsverfahren ohne Anklageerhebung oder Urteil beendet werden kann.

aaa)

Bei den Fragen zur Informationsbeschaffung geht es in erster Linie um die Ausübung des Akteneinsichtsrechts gem. § 147 StPO. Grundsätzlich gilt dabei: Der Anwalt gibt vor der Akteneinsicht keinerlei

Erklärungen zur Sache ab. Das gilt selbst dann, wenn sich der Mandant bereits selber zur Sache gegenüber der Strafverfolgungsbehörde eingelassen haben sollte.

Die Akteneinsicht ist grundsätzlich umfassend zu gewähren, ebenso wie der Grundsatz der Aktenvollständigkeit gilt. Der Bearbeiter muss sich in diesem Punkt häufig mit Fragen der Versagung oder Beschränkung der Akteneinsicht auseinandersetzen. In der Regel wird es dabei um die Anwendung der Vorschrift des § 147 Abs. 3 StPO gehen. Des Weiteren können sich Probleme im Umgang mit Spurenakten oder gesperrten Akten ergeben. Letztere kommen vor, beispielsweise, wenn ein Hoheitsträger einen entsprechende Sperrvermerk ausbringt, um (angeblich) höherrangige staatliche Interessen mit der Geheimhaltung des Akteninhalts durchzusetzen. Die ist sehr problematisch, wird doch die Möglichkeit einer fairen Verteidigung beschnitten. Im Hinblick auf Akten, die die Grundlage für einen bereits vollzogenen Haftbefehl bilden, besteht keine Einschränkungsmöglichkeit für die Akteneinsicht. Diese ist uneingeschränkt zu gewähren¹⁵⁰.

Zweckmäßig ist es häufig, sich überschaubare Aktenstücke in das Rechtsanwaltsbüro übersenden zu lassen. Bei großen Aktenbeständen ist eher die Einsichtnahme in der Strafverfolgungsbehörde angezeigt. Hier wie dort besteht die Möglichkeit, Kopien zu fertigen. Dabei kann auch auf Digitalisierungstechnik zurückgegriffen werden. Das empfiehlt sich aus Kostengesichtspunkten vor allem bei Akteneinsichtnahme in der Strafverfolgungsbehörde (vgl. GKG-KV Nr. 9000 und Nr. 7000 Ziff. 1 VV RVG).

Schlussendlich können in der Zweckmäßigkeitsprüfung Fragen zu Rechtsmitteln gegen die Versagung oder Beschränkung der Akteneinsicht zu beantworten sein. Dabei handelt es sich um die Beschwerde gem. § 304 Abs. 4 Nr. 4 StPO. Die Beschwerdemöglichkeit besteht nur für Verfahrensbeteiligte.

bbb)

Bei den Fragen betreffend die Beteiligung an Ermittlungsmaßnahmen unterscheidet man

- die Anwesenheit des Anwalts bei Strafverfolgungsmaßnahmen und
- die Verteidigung bei Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren

(i)

In der ersten Teilgruppe geht es darum, dass der Bearbeiter erkennt, dass der Anwalt umfassende Anwesenheitsrechte hat, sei es bei der Vernehmung seines Mandanten als Beschuldigter (§§ 168c Abs. 1, 5, 163a Abs. 3 StPO), sei es bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten, bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (Fragerecht, § 168c Abs. 2, 5 StPO), sei es bei der richterlichen Augenscheineinnahme (§ 168d Abs. 1 StPO) oder bei Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen (§§ 94 ff., 102 ff. StPO).

¹⁵⁰ EGMR NJW 2002, 2013 ff.

(ii)

In der Verteidigung bei Zwangsmaßnahmen kann es um die detaillierte Prüfung der Rechtmäßigkeit (ggf. im Rahmen der Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs) von Maßnahmen der

- Festnahme und Untersuchungshaft (§§ 112 ff., 127, 304 ff., 310 StPO)
- Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO)
- Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO)
- körperlichen Untersuchung (§ 81a StPO)
- Unterbringung (§ 81 StPO) oder
- erkennungsdienstlichen Behandlung (§§ 81b, 163b StPO)

gehen.

Häufig wird die Aufgabenstellung eine bereits erfolgte Festnahme und Anordnung der Untersuchungshaft vorsehen, so dass sich der Bearbeiter im Rahmen der Zweckmäßigkeit mit den Rechtsbehelfen des Antrags auf mündliche Haftprüfung (§§ 117, 118, 118a StPO), der Haftbeschwerde (§ 304 StPO), der weiteren Beschwerde (§ 310 StPO) oder des Haftfortdauerverfahrens vor dem Oberlandesgericht (§§ 121, 122 StPO) befassen muss.

Ausgangspunkt ist dabei regelmäßig die Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO) und der Anordnung der Untersuchungshaft (§ 112 StPO).

Zu prüfen sind dann die Voraussetzungen für die vorläufige Festnahme gem. § 127 StPO sowie ggf. die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft. Für letzteres ist gem. § 112 StPO die Begründung eines dringenden Tatverdachts erforderlich. Ferner muss der Bearbeiter prüfen, ob ein Haftgrund vorlag und noch vorliegt oder ob die Annahme eines Haftgrundes gem. § 112 Abs. 3 StPO ausnahmsweise entbehrlich war. Der Haftgrund der Fluchtgefahr kann bereits mit einer realistisch hohen Straferwartung begründet sein. Hier muss der Bearbeiter sein Augenmerk vor allem auf das Eingreifen von Strafmilderungsgründen lenken. Daneben können die persönlichen Umstände (z.B. familiäre Bindungen, berufliche Bindungen) eine Rolle spielen, aber auch eine entsprechend lange Verfahrensdauer in der Vergangenheit, bei der es dennoch bislang zu keiner Flucht gekommen ist. Beim Haftgrund der Verdunkelungsgefahr ist stets die Einschränkung des § 113 StPO zu berücksichtigen und zu erörtern, ob es überhaupt noch etwas zu verdunkeln gibt. Schlussendlich hat der Bearbeiter den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden, insbesondere bei Entbehrlichkeit besonderer Haftgründe gem. § 112 Abs. 3 StPO. Diese Norm erfordert in verfassungskonformer Auslegung irgendwie gelagerte Anhaltspunkte für die Annahme eines Haftgrundes, also eine Annahmeschwelle deutlich unterhalb der üblichen Konkretisierungsschwelle.

Sieht der Bearbeiter Eingriffsmöglichkeiten zu Gunsten des Mandanten, dann kommt zunächst ein Antrag auf mündliche Haftprüfung (§§ 117, 118, 118a StPO) in Betracht. Dieser Antrag ist bei vollzogenen Haftbefehlen möglich. Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 126 Abs. 1 StPO. Die Frist zur Durchführung der mündlichen Verhandlung bestimmt sich nach § 118 Abs. 5 StPO. Je nach Prüfungsergebnis zur

Haftanordnung muss sich der Bearbeiter für einen Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls (es fehlt dringender Tatverdacht oder Haftgrund oder Verhältnismäßigkeit), ggf. verbunden mit Beweisanträgen zum Tatverdacht oder Haftgrund, stellen. Oder aber der Bearbeiter wird sich für einen Antrag auf Haftverschonung, d.h. Außervollzugsetzung des Haftbefehls (§ 116 StPO) entscheiden. In diesem Fall kommt in Betracht die Außervollzugsetzung gegen Auflage (z.B. Meldeauflage) oder gegen Sicherheitsleistung.

Es kann sich für den Anwalt jedoch auch die Frage nach der Durchführung einer Haftbeschwerde ergeben. Diese ist stets gegen die zuletzt ergangene Haftentscheidung möglich. Die Haftbeschwerde ist neben den Antrag auf Haftprüfung nicht statthaft (§ 117 Abs. 2 StPO). Der Anwalt muss bei diesem Schritt abwägen, inwieweit durch die Beschwerdeentscheidung eine prägende Vorentscheidung für das Hauptverfahren entstehen kann. Diese Abwägung muss auch bei der Möglichkeit der weiteren Beschwerde gem. § 310 StPO vorgenommen werden.

Neben Festnahme und Haft eignet sich die Durchsuchung als Klausurthema.

Die Anforderungen an eine rechtmäßige Durchsuchung ergeben sich aus den §§ 102 ff. StPO. Zu prüfen ist insbesondere, ob die Anordnungsvoraussetzungen erfüllt sind (Beschluss, polizeiliche Anordnung bei Gefahr im Verzug). Klausurprobleme können sich im Rahmen einer Rechtmäßigkeitsprüfung ergeben hinsichtlich des notwendigen Inhaltes eines Durchsuchungsbeschlusses: Wurde der Tatvorwurf hinreichend konkret formuliert? Sind die Beweismittel, nach denen gesucht werden soll, hinreichend konkret be- oder umschrieben? Ist der Durchsuchungsort hinreichend konkret beschrieben? Ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt?

In besonderen Klausurkonstellationen wie in der Praxis spielt die Möglichkeit eine Rolle, die Durchsuchung durch die freiwillige Herausgabe abzuwenden. Hierzu hat die Rechtsanwaltskammer Sachsen-Anhalt besondere Verhaltensregeln herausgegeben für den Fall, dass ein Rechtsanwalt von einem Durchsuchungsbeschluss betroffen ist, sei es selber oder als Anwalt des Mandanten.

bb) Exkurs: Durchsuchung in der Rechtsanwaltskanzlei

Bei der Durchsuchung in der Rechtsanwaltskanzlei ergeben sich nach der entsprechenden Leitlinie der Rechtsanwaltskammer Sachsen-Anhalt vom 12.02.2007 folgende Verhaltensweisen¹⁵¹:

- Prüfung des Durchsuchungsbeschlusses danach, ob eine Durchsuchung nach § 102 StPO (Durchsuchung beim Verdächtigen) oder nach § 103 StPO (Durchsuchung bei anderen Personen) erfolgt
- Bei einer Durchsuchung bei Gefahr im Verzug, also ohne entsprechenden Beschluss, müssen die Beamten klarstellen, ob nach § 102 StPO oder nach § 103 StPO durchsucht wird.
- Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO ist der Anwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO). Er verletzt diese Pflicht, wenn er eine Handakte ohne Wissen und Zustimmung seines Mandanten freiwillig zur Verfügung stellt oder herausgibt. Es besteht ferner die Gefahr eines

¹⁵¹ Abgedruckt im Mitteilungsblatt der RAK LSA 02/2007, erarbeitet von RA Dr. Eckart Müller.

Geheimnisverrats (§ 203 StGB). Der Durchsuchungsbeschluss muss hinreichend konkretisiert Gegenstand und Ziel der Durchsuchung beschreiben. Ein zu weit gefasster Durchsuchungsbeschluss kann die Verschwiegenheitsrecht des Anwaltes beeinträchtigen oder verletzen¹⁵².

- Wenn keine Entbindungserklärung des Mandanten vorliegt - zur eigenen Absicherung sollte auf einer schriftlichen Erklärung des Mandanten bestanden werden -, darf keine Auskunft aus dem Mandatsverhältnis gegeben werden und Handakten müssen beschlagnahmt und dürfen nicht freiwillig herausgegeben werden.

- Die sofortige Unterrichtung und Zuziehung eines Mitglieds des Vorstandes der RAK LSA wird empfohlen.

- Ist der Rechtsanwalt selbst Beschuldigter (§ 102 StPO), so stellt die zur eigenen Verteidigung gemachte Aussage keinen Geheimnisverrat dar. Der Anwalt hat in diesem Fall aber ein Schweigerecht als Beschuldigter. Von diesem Recht sollte er bis zur Rücksprache mit einem Verteidiger Gebrauch machen, da durch die Durchsuchungsmaßnahmen eine Belastungssituation gegeben ist, in der auch der Rechtskundige die Hilfe eines Kollegen in Anspruch nehmen darf und sollte.

- Die Anordnung der Durchsuchung sollte auf folgende Punkte hin überprüft werden: Ist der Beschluss nicht älter als sechs Monate?¹⁵³ Sind im Beschluss Tatverdacht, Tatzeiträume und aufzufindende Gegenstände konkret bezeichnet? Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO: Sind die Verdachtsgründe benannt, warum sich die aufzufindenden Gegenstände beim betroffenen Dritten befinden sollen? Zeigen sich bei dieser Prüfung Mängel des Beschlusses, so ist dieser unwirksam. Der Anwalt sollte in diesem Fall der Durchsuchungsmaßnahme widersprechen und den Widerspruch protokollieren lassen.

- Fehlt wegen Gefahr im Verzug ein richterlicher Beschluss, so müssen die Tatbestandsvoraussetzungen für die Annahme einer Gefahr im Verzug erfüllt sein. Dabei ist der Begriff „Gefahr im Verzug“ eng auszulegen. Er bedarf einer Begründung durch Tatsachen, d.h. sie muss ihre Rechtfertigung aus dem gesamten Vorgang der Ermittlungsakte erlangen¹⁵⁴. Der Anwalt sollte deshalb verlangen, dass ihm die konkreten Gründe der Durchsuchung sowie der besonderen Eilbedürftigkeit genannt werden. Werden keine oder aus Sicht des Anwalts unzureichende Gründe vorgebracht, so sollte der Durchsuchung widersprochen werden. Die Aufforderung zur Benennung der Begründung sowie die gegebene Antwort sollten im Protokoll festgehalten werden.

- Der Anwalt sollte bei der Durchführung der Durchsuchung jegliche Eskalation vermeiden. Zwar kann die Beschlagnahme von Unterlagen in aller Regel nicht verhindert werden. Um jedoch die Mitnahme und die unnötige Einsichtnahme in Unterlagen nicht betroffener Dritter zu verhindern, sollte der Anwalt bei der Suche und beim Sortieren behilflich sein. Dabei sollte der Anwalt auf folgendes achten: (1) Polizeibeamte dürfen ohne die Genehmigung des Anwalts Papiere - auch die Handakten des Anwaltes - nur auf Anordnung der Staatsanwaltschaft durchsehen (§ 110 StPO). Ist kein Staatsanwalt anwesend oder können die Polizeibeamten keine Anordnung vorweisen, so müssen die Unterlagen von den Polizeibeamten ungelesen versiegelt und zur Staatsanwaltschaft gebracht werden. Die Genehmigung sollte nicht erteilt werden. Im Gegensatz zu den Polizeibeamten dürfen die Beamten der Steuerfahndung

¹⁵² Artt. 6, 8 EMRK – vgl. Niemitz ./ Deutschland, 16.12.1992, Serie A Nr. 251-b, NJW 1993, 718; Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH ./ Österreich, Nr. 74336/01, CEDH 2007-XI, NJW 2008, 3409 ff.; Einzelheiten bei Spielmann, AnwBl. 2010, 373 ff.

¹⁵³ BVerfGE 96, 44.

¹⁵⁴ BVerfG StV 2001, 207.

auch ohne Genehmigung des Betroffenen Papiere durchsehen (§ 404 Satz 2, 1. HS AO). (2) Die schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Mandanten und dem Anwalt, seine Aufzeichnungen über die ihm anvertrauten oder sonst bei der Befassung mit dem Fall bekannt gewordenen Tatsachen und alle anderen Gegenstände, auf die sich sein Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, sind gem. § 97 Abs. 1 Nr. 2, 3 StPO beschlagnahmefrei. (3) Die Ausnahme dieser Beschlagnahmefreiheit ist in § 97 Abs. 2, 3 StPO geregelt: Danach gilt die Beschränkung der Beschlagnahme nicht, wenn der Anwalt einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht, zur Begehung einer Straftat bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren. (4) Der Anwalt sollte bei seiner Ansicht nach beschlagnahmefreien Unterlagen auf die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme hinweisen, der Beschlagnahme unter Hinweis auf § 97 Abs. 1 StPO widersprechen und diesen Widerspruch gesondert protokollieren lassen. Die Beschlagnahme als solche lässt sich nicht verhindern, so dass der Anwalt auch diese Unterlagen herausgeben muss. Er sollte aber versuchen, auch bei Anwesenheit eines Staatsanwalts auf einer Versiegelung der Unterlagen zu bestehen¹⁵⁵. (5) Über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme muss im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entschieden werden. Der Anwalt sollte hier versuchen, im Wege einer Zwischenverfügung zu erreichen, dass die Durchsicht der Akteninhalte unterbleibt, bis das Gericht rechtskräftig über die Beschwerde entschieden hat. (6) Bei polizeilichen Durchsuchungen, ohne Anwesenheit eines Staatsanwalts, muss ein Zeuge hinzugezogen werden (§ 105 StPO). Dabei handelt es sich um eine wesentliche prozessuale Förmlichkeit. Am besten sollte man hier auf die Zuziehung eines Mitglieds des Vorstandes der RAK bestehen.

- Die Beschlagnahme des Datenbestandes bekommt immer größere praktische Relevanz. Der Eingriff ist an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. Grundsätzlich ist zwar die Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und aller darauf vorhandenen Daten möglich. Bei der Sicherstellung des Datenträgers und aller darauf gespeicherten Daten kommt jedoch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besondere Bedeutung zu¹⁵⁶: Wenn auf den von der Maßnahme betroffenen Datenträgern neben unverfänglichem Material auch potentiell Beweiserhebliches enthalten ist, ist zu prüfen, ob eine Sicherstellung des Datenträgers und aller darauf vorhandenen Daten wirklich erforderlich ist. Der dauerhafte Zugriff auf den gesamten Datenbestand ist dann nicht erforderlich, wenn die Sicherstellung allein der beweiserheblichen Daten auf eine andere, die Betroffenen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann. Die Gewinnung überschießender und vertraulicher, für das Verfahren aber bedeutungsloser Informationen muss im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden. Soweit eine Unterscheidung der Daten nach ihrer potentiellen Verfahrenserheblichkeit vorgenommen werden kann, ist die Möglichkeit einer Trennung der potentiell erheblichen von den restlichen Daten zu prüfen. In Betracht kommt hierbei das Erstellen einer Teilkopie hinsichtlich der verfahrenserheblichen Daten. Je nach Einzelfall können für die Begrenzung des Zugriffs unterschiedliche, miteinander kombinierbare Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung in Betracht gezogen werden. Sie müssen, bevor eine endgültige Beschlagnahme sämtlicher Daten erwogen wird, ausgeschöpft werden. Bei der gemeinsamen Nutzung einer EDV-Anlage durch mehrere Sozien kann sich eine für einen geordneten Geschäftsgang erforderliche, unter Umständen mittels einer Zugriffsbeschränkung gesicherte Datenstruktur an den Berufsträgern orientieren. In Betracht kommen beispielsweise themen-, zeit-, mandanten- oder mandatsbezogene Datenablagen. Eine Zuordnung der Daten

¹⁵⁵ Nack, in: Karlsruher Kommentar StPO, § 97 Rn. 15; AG Hanau NJW 1989, 1493.

¹⁵⁶ BVerfG NJW 2005, 1917.

nach ihrer Verfahrensrelevanz kann unter Umständen auch mit Hilfe geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme gelingen. Wenn den Strafverfolgungsbehörden im Verfahren der Durchsicht unter zumutbaren Bedingungen eine materielle Zuordnung der verfahrenserheblichen Daten einerseits oder eine Löschung der verfahrensunerheblichen Daten bzw. deren Rückgabe an den Berechtigten andererseits nicht möglich ist, steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwar unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme einer Beschlagnahme des gesamten Datenbestandes nicht entgegen. Es muss dann jedoch im Einzelfall geprüft werden, ob der umfassende Datenzugriff dem Übermaßverbot Rechnung trägt. Die Frage von Zufallsfunden ist offen. Das BVerfG zieht insoweit ein ergänzendes Beweisverwertungsverbot in Betracht, das den Schutz gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG effektiv macht und dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnis zum Rechtsberater dienen soll¹⁵⁷.

- Die beschlagnahmten Unterlagen und Gegenstände müssen in einem Sicherstellungsverzeichnis genau aufgelistet werden. Der Anwalt muss jede einzelne Position auf ihre Richtigkeit hin überprüfen und feststellen, ob alle beschlagnahmten Gegenstände mit laufender Nummer aufgelistet sind. Bei Unterlagen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unbedingt erforderlich sind, sollte der Anwalt auf das Anfertigen von Kopien bestehen, soweit dies den Ablauf der Durchsichtung nicht behindert. Anderenfalls muss dies später nachgeholt werden. Der Anwalt muss deshalb darauf achten, dass er lesbare Durchschriften des Sicherstellungsverzeichnisses hat.

- Der Anwalt hat vor der Unterzeichnung des Protokolls darauf zu achten, dass sämtliche seiner Einwände festgehalten wurden und insbesondere vermerkt wurde, dass er mit der Sicherstellung nicht einverstanden war und die Unterlagen beschlagnahmt wurden. Für diese Erklärung werden in der Regel Textbausteine angekreuzt. Diese sollte der Anwalt in Ruhe durchlesen. Er sollte sich eine Visitenkarte oder den Namen sowie die Telefonnummer des verantwortlichen Beamten geben lassen. Der Anwalt sollte Handlungen vermeiden, die den Eindruck erwecken, er würde zu Gunsten seines Mandanten den Durchsichtungszweck beeinträchtigen. Der Mandant darf und muss allerdings über die Durchsichtsmaßnahme informiert werden, da der Anwalt auf Grund seines Mandatsverhältnisses hierzu verpflichtet ist.

Rechtsmittel gegen die Durchsuchungsanordnung sind: bei richterlicher Anordnung die Beschwerde gem. § 304 StPO und bei nichtrichterlichen Anordnungen der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO. Subsidiär greift die Vorschrift des § 23 EGGVG ein.

Ein weiterer klausurrelevanter Baustein ist die Beschlagnahme, die oft im Zusammenhang mit der Durchsichtung steht. Deren Rechtmäßigkeit ergibt sich aus den §§ 94 ff. StPO. Von Bedeutung sind regelmäßig, neben den formellen Voraussetzungen der Beschlagnahme, die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO.

Beweisbeschaffung zu Gunsten des Mandanten, eigene Ermittlungen des Rechtsanwalts: Der Anwalt hat die Möglichkeit, im Ermittlungsverfahren für den Mandanten eigene Beweisanträge zu formulieren, §§ 136 Abs. 1 Satz 3, 163a Abs. 2 StPO. Umstritten¹⁵⁸ ist hingegen die Möglichkeit, eigene Ermittlungen vorzunehmen. Maßnahmen, die hierunter zu fassen sind, sind die Besichtigung des Tatorts, die

¹⁵⁷ BVerfG NJW 2005, 1917 (1923).

¹⁵⁸ Harms/Lemke-Küch, Das Assessorexamen – Rechtsanwaltsstation, 2. Aufl.2004, S. 330.

Einschaltung eines Detektivs oder die außergerichtliche Befragung von Zeugen und Sachverständigen. Diese Handlungen stehen im Spannungsverhältnis zur Strafnorm des § 258 StGB, wenn durch die eigenen Ermittlungen die Bestrafung des Täters vereitelt wird. Es empfiehlt sich daher immer ein dokumentiertes Vorgehen, die Belehrung des Zeugen über die Freiwilligkeit seiner Angaben, über seine Rechte und Pflichten.

Der Anwalt ist berufen, in jeder Verfahrenslage darauf hinzuwirken, das Verfahren im Interesse seines Mandanten zur Einstellung zu bringen. Eine Ausnahme ergibt sich nur für das Revisionsverfahren, das es dem Revisionsgericht versagt ist, nach § 153a StPO zu verwerfen. Hauptziel ist es natürlich, das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts zur Einstellung zu bringen. Von praktischer großer Bedeutung sind vor allem die Vorschriften der §§ 153, 153a, 153b, 154, 154a StPO. Zu bemerken ist, dass Raum für die Anwendung der §§ 153, 153a und 154 StPO ist, wenn es sich bei dem Gegenstand des Ermittlungsverfahrens um Strafvergehen i.S.v. § 12. Abs. 2 StGB handelt.

cc) Verteidigung im Zwischenverfahren

Das Zwischenverfahren beginnt mit der Einreichung der Anklageschrift bei Gericht. Im Verfahren geht es um die Frage, ob das Hauptverfahren eröffnet wird. Die maßgeblichen Verfahrensvorschriften sind in den §§ 199 bis 211 StPO geregelt.

Für den Anwalt ergeben sich unterschiedliche Eingriffsmöglichkeiten: Er kann zunächst gegen die Eröffnung intervenieren, § 201 Abs. 1 StPO, oder aber Beweisanträge stellen. Der Anwalt kann die Nichteröffnung beantragen und diese auf tatsächliche oder rechtliche Gründe stützen. Er kann das angerufene Gericht für unzuständig halten und die Verfahrenseröffnung vor einem Gericht des niedrigeren Rechtzuges beantragen, § 209 StPO. Des Weiteren ergeben sich die bereits erwähnten Einstellungsanträge.

Taktische Erwägungen können es indes rechtfertigen, dass sich die Verteidigung im Zwischenverfahren, beispielsweise im Hinblick auf das Stellen von Beweisanträgen, beschränkt. Der Grund dafür könnte darin zu sehen sein, dass das Gericht die Möglichkeit hat, die Staatsanwaltschaft mit der Beweiserhebung zu befassen¹⁵⁹. Denn bei derartigen Beweiserhebungen besteht für Anwalt und Beschuldigten kein Anwesenheitsrecht, §§ 161a, 163a StPO¹⁶⁰.

Wurde die Anklage dem Angeklagten zugestellt, besteht schließlich die Möglichkeit, die Überleitung des Verfahrens in das Strafbefehlsverfahren nach § 408a StPO anzuregen. Das Antragsrecht besteht nach Eröffnungsbeschluss zu Gunsten der Staatsanwaltschaft.

Der Beschluss, durch den das Hauptverfahren eröffnet wurde, kann von dem Angeklagten nicht angefochten werden, § 210 Abs. 1 StPO.

¹⁵⁹ Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 202 Rn. 3.

¹⁶⁰ Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 161a Rn. 3.

dd) Die Verteidigung in der Vorbereitung der Hauptverhandlung

Ist der Eröffnungsbeschluss ergangen und die Anklage zugestellt, dann beginnt die Phase der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Erste Aufgabe ist es hier, das Verteidigungsziel und die Verteidigungsstrategie mit dem Mandanten abzustimmen. Hierzu ist es erforderlich, dass der Anwalt dem Mandanten eine realistische Einschätzung zu den Erfolgsaussichten gibt. Dabei liegt das Augenmerk auf der Differenzierung zwischen Freispruch und Strafzumessung. Ist die Wahrscheinlichkeit, einen Freispruch zu erzielen gering, dann sollte die Verteidigung ihr Vorgehen auf Strafzumessungsgesichtspunkte konzentrieren. In dieser Phase kann das Konfliktpotential zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger ansteigen, wenn die Interessenlage des Angeklagten mit der Einschätzung des Anwaltes kollidiert. In diesen Fällen kann sich der Bedarf zur Beendigung des Mandats ergeben.

Soweit im Ermittlungsverfahren bereits Akteneinsicht genommen wurde, ist es zwingend erforderlich, nun ergänzende Akteneinsicht zu beantragen. Das Verfahren, einschließlich der Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Staatsgewalt hiergegen, richtet sich nach den Vorgaben bei erstmaliger Akteneinsicht. Wurde bislang keine Akteneinsicht genommen, ist jetzt der Zeitpunkt dafür erreicht.

Die Überlegungen sowie deren Ergebnisse fließen in eine Stellungnahme zur Anklageschrift ein. Fristverlängerungen für die Stellungnahme können gem. § 201 Abs. 1 StPO beantragt werden¹⁶¹.

Zu den praktischen Überlegungen zählt die Entscheidung mit dem Mandanten darüber, ob er sich zur Sache einlässt oder ganz oder teilweise schweigt. Der Mandant ist darauf hinzuweisen, dass sein teilweises Schweigen nachteilig gewürdigt werden kann. Im Zweifel sollte also die Entscheidung zum vollständigen Schweigen oder zu Gunsten der Aussage fallen.

Zu den weiteren Überlegungen zählt die Terminabstimmung, ggf. ein Antrag auf Terminverlegung. Mitunter können in der Person des Angeklagten Hindernisse bestehen, die einen Antrag auf vorläufige Einstellung des Verfahrens rechtfertigen, § 205 StPO. Daneben kommt ein Einstellungsantrag nach § 206a StPO in Betracht, namentlich bei Rücknahme/Unwirksamkeit eines Strafantrages für nur auf Antrag verfolgte Straftaten, bei Verfolgungsverjährung, bei festgestellten Mängeln der Anklageschrift oder des Eröffnungsbeschlusses sowie bei Verstößen gegen den Grundsatz *ne bis in idem* oder den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK). Ergänzend zu nennen ist die Antragsbefugnis gem. § 206b StPO (Gesetzesänderung).

Der Rechtsanwalt befasst sich im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung ferner mit der Besetzung des Gerichts. Diese spielt eine Rolle bei erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht. Folgende Prüfungsnormen sind von Bedeutung: § 222a StPO (Besetzungsmitteilung), §§ 21a-21f, 76 GVG, 33b JGG, 29 DRiG (Berufsrichterbesetzung), §§ 31-58, 77 GVG, 35 JGG (Schöffenbesetzung).

¹⁶¹ Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 201 Rn. 4.

Rügen sind gem. §§ 222b, 344 Abs. 2 StPO vorzubringen.

ee) Die Verteidigung in der Hauptverhandlung

Die Verteidigung in der Hauptverhandlung birgt häufig bereits im Rahmen der gutachterlichen Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels zu behandelnde Probleme; weniger in der Zweckmäßigkeitprüfung. Es gibt jedoch durchaus im Rahmen der taktischen Überlegungen Ansätze bestimmte anwaltliche Maßnahmen. Hierbei muss der Anwalt die Gesamtkonsequenzen einer Maßnahme durchdenken und entscheiden, ob vor diesem Hintergrund die taktische Maßnahme zweckmäßig ist.

aaa)

Beispielhaft sei das Ausbleiben des Angeklagten genannt. Als taktische Maßnahme sei sich in die „Spielregeln“ der §§ 231 ff. StPO einfügen. Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung wiederum müssen die Maßnahmen des Gerichts beim Ausbleiben des Angeklagten einer obergerichtlichen Überprüfung standhalten.

Der Anwalt hat zu durchdenken, welche Konsequenzen das Ausbleiben seines Mandanten haben könnte. Hieraus leitet sich die Prüfung der Vorschriften der §§ 231 Abs. 2 (Verhandeln ohne Angeklagten), 231a (herbeigeführte Handlungsunfähigkeit), 231c (Beurlaubung), 232 (Abwesenheitsverhandlung), 233 (Entbindung vom Erscheinen), 234, 234a (Vertretung und Verteidigerbefugnisse bei Abwesenheitsverhandlung) sowie 408a StPO (Übergang ins Strafbefehlsverfahren).

bbb)

Eine wichtige Rolle in der Zweckmäßigkeitprüfung spielen die Anträge, die der Anwalt in der Hauptverhandlung stellen kann. Die wichtigsten sind Anträge auf Ausschluss der Öffentlichkeit. Diese kommen in Betracht, wenn die Persönlichkeitsrechte des Angeklagten zu schützen sind (§ 171b GVG). Denkbar ist die Antragstellung, wenn im Rahmen der Hauptverhandlung Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich des Angeklagten zur Sprache kommen. Hierzu zählen nur Umstände, die nicht dem Berufs- und Erwerbsleben zuzuordnen sind, sondern rein dem privaten Bereich (z.B. private Eigenschaften, Neigungen, Gesundheitszustand, sexuelle Einstellung, politische oder religiöse Fragen)¹⁶². Allerdings ist die Antragstellung nur zweckmäßig, wenn schutzwürdige Interessen des Angeklagten tangiert würden. Dabei genügt wiederum, wenn die Erörterung irgendwie nachteilig für den Angeklagten wäre.

Ausschlussanträge kommen ferner in Betracht bei drohender Unterbringung des Angeklagten (§ 171a GVG) und während der Urteilsverkündung (§ 173 Abs. 2 GVG).

Ferner gibt es einen ganz Kanon an Antragsmöglichkeiten, von denen zu Beginn der Hauptverhandlung bis spätestens zur Vernehmung des Angeklagten zur Person (§ 243 Abs. 2 StPO) Gebrauch werden kann. Hervorzuheben sind die verschiedenen Befangenheitsanträge auf Grund von Umständen, die bereits zu Beginn der Hauptverhandlung vorliegen:

¹⁶² Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 171b GVG Rn. 3.

- Richterablehnung, § 24 StPO
- Schöffenablehnung, §§ 31, 24 StPO
- Spruchkörperablehnung, § 24 StPO
- Protokollführerablehnung, §§ 31, 24 StPO
- Sachverständigenablehnung, §§ 74, 24 StPO
- Antrag auf Auswechslung des Staatsanwalts

Im Rahmen der Prüfung der Maßnahme in der Zweckmäßigkeit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen zu prüfen und die Mittel zur Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen zu benennen.

Von der Antragsstellung bis zur Vernehmung des Angeklagten zur Person abzugrenzen sind die Antragsmöglichkeiten, die bis zur Vernehmung des Angeklagten zur Sache bestehen. Zu nennen sind hier Anträge auf Unterbrechung zur Überprüfung der Gerichtsbesetzung bei verspäteter Mitteilung der Gerichtsbesetzung (§ 222a StPO) oder auf Aussetzung der Hauptverhandlung wegen der Nichteinhaltung von Ladungsfristen (§§ 217, 218, 228 StPO). Ferner ist zu denken an die Rüge zur Besetzung des Gerichts (§ 222b StPO) oder die Rüge der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts (§ 6a StPO).

Neben dem Feld der Antragstellungen spielen Überlegungen zum Verhalten des Angeklagten im Rahmen der Vernehmung zur Sache eine wichtige taktische Rolle. Namentlich geht es um die Entscheidung, ob der Mandant zur Aussage oder zum Schweigen angehalten werden sollte. Ferner geht es um die Entscheidung, wer sich ggf. zur Sache äußert, Verteidiger oder Angeklagter. Hier spielen nicht zuletzt das zu erwartende Strafmaß, die voraussichtliche Beweissituation, aber auch die Verfassung des Angeklagten und dessen intellektuellen Fähigkeiten eine wesentliche Rolle.

ccc)

Ein weiterer besonderer Abschnitt der Zweckmäßigkeitüberlegungen im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung kann die Vorbereitung der Beweisaufnahme sein.

Die zulässigen Beweismittel im Strafprozess sind der Sachverständigenbeweis, der Augenschein, der Urkundenbeweis und der Zeugenbeweis.

Vor allem bei der Vorbereitung der Zeugenvernehmung sind die Fragen der Verteidigung vorzubereiten, ebenso wie vorzubereiten ist, welche zu erwartenden Fragen möglicherweise erfolgreich beanstandet werden können (§ 241 Abs. 2 StPO) und mögliche Beweiserhebungsverbote (§§ 52 ff. StPO) zu prüfen. Schließlich ist das Bestehen etwaiger Vereidigungsverbote zu berücksichtigen (§ 60 StPO).

Schließlich folgen Überlegungen zum Beweisantragsrecht.

Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen von Beweisanträgen bestimmen sich nach den §§ 244, 245 StPO. Das Antragsrecht folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG. Das

Gericht muss einen Antrag entgegen nehmen und über dessen Prozessmäßigkeit eine Entscheidung herbeiführen. Die Antragstellung erfolgt grundsätzlich mündlich (vgl. aber § 257a StPO) und in der Hauptverhandlung. Eine schriftliche Formulierung ist zulässig, die Verlesung des Antrags allerdings geboten. Dagegen besteht kein Anspruch darauf, dass der Beweisantrag in das Sitzungsprotokoll diktiert wird¹⁶³. Beweisanträge können bis zum Beginn der Urteilsverkündung gestellt werden¹⁶⁴. Nach Beginn der Urteilsverkündung bis zum Ende der mündlichen Urteilsbegründung steht es im Ermessen der Vorsitzenden, Beweisanträge noch zuzulassen¹⁶⁵. Vor der Hauptverhandlung gestellte Anträge müssen in der Hauptverhandlung wiederholt werden.

Sein notwendiger Inhalt setzt sich zusammen aus der Bezeichnung der zu beweisenden Tatsachen und der hierfür zu benennenden Beweismittel.

Formulierungshilfe: *„Zum Beweis der Tatsache, dass ... wird Beweis angeboten durch ...“*

Beweisanträge können auch hilfsweise oder bedingt (Rechtsbedingung) gestellt werden. Abzugrenzen ist der Beweisantrag vom Beweisermittlungsantrag und der bloßen Beweisanregung.

Beweisanträge können aus unterschiedlichsten Gründen abgelehnt werden, was der Anwalt zu bedenken hat. Insbesondere sind zu nennen: die Unzulässigkeit der Beweiserhebung, die Offenkundigkeit, die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache, die völlige Ungeeignetheit des Beweismittels, wobei eine Beweisantizipation unzulässig ist, die Unerreichbarkeit des Beweismittels, die Verschleppungsabsicht, die Wahrunterstellung oder die eigene Sachkunde des Gerichts. Die Ablehnung erfolgt im Beschlusswege.

ddd)

Weitere Gegenstände der Zweckmäßigkeitüberlegungen sind schließlich Anträge, die den Gang der Hauptverhandlung beeinflussen.

Zu nennen sind hier die Unterbrechung (§ 229 StPO), die Aussetzung wegen verspäteter Namhaftmachung von Zeugen oder Sachverständigen bzw. das verspätete Vorbringen einer beweiserheblichen Tatsache (§ 246 Abs. 2 StPO), die Aussetzung wegen neu hervorgetretener Umstände und veränderter Rechtslage (§ 265 Abs. 3 StPO) sowie wegen neu hervorgetretener Umstände ohne Veränderung der Rechtslage (§ 265 Abs. 4 StPO).

ff) Rechtsmittel

Rechtsmittel sind

- die einfache Beschwerde (§ 304 StPO)

¹⁶³ Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 244 Rn. 32.

¹⁶⁴ BGHSt 16, 389 (391); 21, 118 (124).

¹⁶⁵ BGH NSTz 1986, 182.

Sie findet statt gegen Beschlüsse und Verfügungen. Einschränkungen bestehen im Hauptverfahren (§ 305 StPO). Die Einlegung erfolgt schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle (§ 306 StPO). Es besteht keine Vollzugshemmung (§ 307 StPO). Das Abhilfeverfahren bestimmt sich nach § 306 Abs. 2 StPO).

- die weitere Beschwerde (§ 310 StPO)
- die sofortige Beschwerde (§ 311 StPO)

Diese findet statt, wenn sie als Rechtsmittel durch das Gesetz bestimmt ist. Die Frist beträgt eine Woche. Es besteht grundsätzlich ein Abhilfeverbot (§ 311 Abs. 3 StPO). Eine Ausnahme gilt nur bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, wenn dies gesetzlich bestimmt ist.

- die Berufung (§§ 312-332 StPO)
- die Revision (§§ 333-358 StPO)
- die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (§§ 44-47 StPO)
- der Antrag auf nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs (§ 33a StPO)
- die Gegenvorstellung
- der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 23 EGGVG
- die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359-373a StPO).

gg) Vertretung des Verletzten im Strafverfahren

Die Vertretung des Verletzten kann stattfinden im Rahmen des Klageerzwingungsverfahrens durch Einstellungsbeschwerde (§ 172 Abs. 3 StPO) oder durch Klageerzwingungsantrag (§ 172 StPO).

Sie kann stattfinden im Privatklageverfahren. Voraussetzung ist, dass es sich bei dem zu verfolgenden Delikt um ein Privatklagedelikt handelt (§ 374 Abs. 1 StPO). Erforderlich sind Sühneversuch (§ 380 Abs. 1 StPO) und Privatklageantrag (§ 381 Satz 2 StPO).

Die Vertretung kann ferner im Rahmen der Nebenklage (§§ 395 ff. StPO) stattfinden. Abschließend ist das Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff. StPO) zu nennen.

7. Die anwaltliche Aufgabenstellung aus dem öffentlichen Recht

a) Einleitung

Die anwaltliche Aufgabenstellung im öffentlichen Recht folgt im Grundsatz den bereits dargestellten Aufbauformen: materiell-rechtliches Gutachten, Zweckmäßigkeit, Praktischer Teil. Das verwaltungsrechtliche Mandat wird in der Regel vom Bürger erteilt werden. Klausuraufgaben aus Sicht des

handelnden Hoheitsträgers sind in der anwaltlichen Aufgabenstellung unüblich, da auch in der Praxis derartige Mandate sehr selten sind. Der Hoheitsträger wird regelmäßig durch seine Mitarbeiter vertreten.

Eine Besonderheit des Aufbaus kann darin liegen, dass im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung das Verwaltungshandeln als solches, also in formeller Hinsicht, neben der materiellen Rechtmäßigkeit zur Überprüfung steht. Dann ist im Gutachtenteil die formelle und materielle Rechtmäßigkeit einer Maßnahme oder eines Anspruches zu prüfen.

Demgegenüber ist die Frage nach der Durchsetzung eines festgestellten Rechts oder einer festgestellten Rechtsverletzung regelmäßig eine Frage der Zweckmäßigkeit. Hier zeigt sich in der Klausurpraxis, dass sehr häufig Fristenprobleme, einschließlich der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, und Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80 Abs. 5, 123 VwGO) eine besondere Rolle spielen.

Nur falls der Bearbeiter im Rahmen der Planung der Klausurlösung zum Ergebnis gelangt, dass kein Recht verletzt ist bzw. kein Recht besteht, und sich deshalb in der Zweckmäßigkeit keine prozessualen Fragen stellen, kann der Bearbeiter ausnahmsweise erwägen, den ins Auge gefassten Rechtsbehelf (z.B. Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, Widerspruch, einstweiliger Rechtsschutz) im Gutachten zu prüfen. In diesem Fall ähnelt die Klausur aufbautechnisch den aus dem ersten Staatsexamen bekannten Aufgabenstellungen.

Im praktischen Teil sind - wie gewohnt - die in der Zweckmäßigkeitsprüfung gefundenen Ergebnisse umzusetzen, also Klage oder Widerspruch zu fertigen sowie dem Mandanten über das weitere Vorgehen zu unterrichten.

b) Einzelfragen

Der Anwalt muss darauf achten, dass im Verwaltungsverfahren seine Mandatierung nur durch die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht ausreichend nachgewiesen wird, § 14 Abs. 1 Satz 3 VwVfG. Das Akteneinsichtsrecht folgt aus § 29 VwVfG. Die Möglichkeit der Überlassung der Verwaltungsakte in die Kanzleiräume besteht nicht, § 29 Abs. 3 VwVfG. Häufig spielen in der Praxis normkonkretisierende oder norminterpretierende Verwaltungsvorschriften oder solche, die die Ausübung des Ermessens regeln, eine entscheidende Rolle beim Verwaltungshandeln. Der Anwalt muss sie also kennen. Die Kenntnis verschafft er sich dadurch, dass er sich die vollständigen Texte von der Verwaltungsbehörde übermitteln lässt. Der Anspruch hierauf folgt aus § 25 Satz 2, 2. HS VwVfG.

Soweit der Anwalt zum Ergebnis kommt, wegen des Mandantenbegehrens mit der Behörde in Verhandlungen einzutreten, so muss er die Formvorschriften für Zusicherungen der Behörde oder Vergleiche beachten: Schriftform gem. §§ 55, 57, 38 VwVfG.

Im Verwaltungsstreitverfahren ist von Bedeutung, dass der Prozess typischerweise von der Durchführung nur einer mündlichen Verhandlung geprägt ist. Hierauf muss sich der Anwalt einstellen. Das Verfahren

läuft wie folgt ab: Der Vorsitzende führt in den Sach- und Streitstand unter Vortrag des wesentlichen Akteninhalts ein, § 103 Abs. 2 VwGO. Danach werden die Anträge gestellt und im Rahmen eines Plädoyers begründet, § 103 Abs. 3 VwGO. Hieran schließt sich die Erörterung der Sach- und Rechtslage, ggf. mit einer Beweisaufnahme an, §§ 104, 96 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Nach einer abschließenden Beratung wird das Urteil verkündet. Haben die Parteien einvernehmlich auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet (§ 101 Abs. 1 VwGO), entscheidet das Gericht durch Gerichtsbescheid. Der Anwalt hat kaum Gelegenheit, zur Sache nachträglich Schriftsätze vorzulegen. Solche werden nur dann bei der gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt, wenn das Gericht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beschließt, § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO.

Anders als im Zivilverfahren, muss die Erledigung des Streites während des Verfahrens, beispielsweise durch Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes, nicht zu dessen Beendigung führen. Vielmehr kann der Mandant ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzungsfeststellung haben, beispielsweise, wenn Wiederholungsgefahr besteht oder Ersatzansprüche in Betracht kommen.

Rechtsmittel gegen erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Entscheidungen sind durchweg zulassungsgebunden. Die Berufung ist zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen oder die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, § 124 Abs. 2 Nr. 1, 2 VwGO. Die Berufung ist ferner zuzulassen, wenn das Verfahren grundsätzliche Bedeutung hat, insbesondere, wenn das Gericht von obergerichtlicher Rechtsprechung abgewichen ist oder Verfahrensfehler geltend gemacht werden, auf denen die anzufechtende Entscheidung beruht, § 124 Abs. 2 Nr. 3-5 VwGO.

X. Auswahl besonderer Fragestellungen anwaltlicher Tätigkeit

1. Vollstreckungsrecht

Die Vollstreckungsrechtsbehelfe sind in der ZPO abschließend geregelt. Es sind zu unterscheiden:

- Klage auf Klauselerteilung (§ 731 ZPO)
- Erinnerung gegen die Klauselerteilung (§ 732 ZPO)
- Klage gegen die Vollstreckungsklausel (§ 768 ZPO)
- Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (§ 766 ZPO)
- Sofortige Beschwerde gegen Entscheidung des Vollstreckungsgerichts (§ 793 ZPO)
- Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO)
- Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO)
- Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO)
- Vollstreckungsschutzantrag des Schuldners (§ 765a ZPO, subsidiär¹⁶⁶)

¹⁶⁶ Z.B. möglich bei der Pfändung des einem Mitschuldner und dessen Ehefrau zustehenden Auszahlungsanspruchs aus Girovertrag gegen einen Drittschuldner, soweit das Guthaben auf dem Girokonto aus der Überweisung von unpfändbarem Arbeitseinkommen des Ehepartners herrührt; § 850 k ZPO in diesem Fall nicht möglich – BGH, Urt. v. 27.03.2008, VII ZB 32/07.

a) Allgemeines

aa) Vorläufig vollstreckbarer Titel

Das erste Ergebnis eines erfolgreich verlaufenen Zivilprozesses ist ein vorläufig vollstreckbarer Titel. Bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen muss der Anwalt stets das Risiko der Schadensersatzpflicht des vollstreckenden Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO berücksichtigen, wenn in der nächsten Instanz das Urteil aufgehoben wird. Zur anwaltlichen Beratung zählt es daher, den Mandanten über dieses Risiko aufzuklären.

bb) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Die Zwangsvollstreckung beginnt mit der Zustellung des Vollstreckungstitels.

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind: Titel (§§ 794, 724 ZPO), Vollstreckungsklausel (§§ 725 ff. ZPO), Zustellung (§§ 750, 751 ZPO), Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass bei Vorlage eines Vollstreckungsbescheides nur in bestimmten Sonderfällen eine Vollstreckungsklausel erforderlich (§ 796 Abs. 1 ZPO).

cc) Zuständigkeit Gerichtsvollzieher

Der Gerichtsvollzieher (§ 753 ZPO) ist insbesondere zuständig für die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliches Vermögen, wegen Herausgabe, wegen Räumung/Herausgabe in unbewegliches Vermögen, für die Vollstreckung eines Zwangsgeld und Zwangshaftbeschlusses. Er nimmt auf Antrag die eidesstattliche Versicherung der Vermögenslosigkeit ab.

dd) Zuständigkeit Vollstreckungsgericht

Das Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) ist insbesondere für die besondere Entscheidung bei einer Zwangsvollstreckung wegen Geld in das bewegliche Vermögen zuständig, beispielsweise bei Vollstreckung in der Nach oder an Sonn- und Feiertagen. Ferner ist es zuständig für die Zwangsvollstreckung wegen Geld in unbewegliches Vermögen in Form der Anordnung der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung, Die Zuständigkeit besteht auch für die Zwangsvollstreckung wegen Geld in eine Forderung durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und für das Verteilungsverfahren.

ee) Zuständigkeit Prozessgericht

Das Prozessgericht erster Instanz (§§ 887, 888 ZPO) ist zuständig für die Zwangsvollstreckung wegen eines Handelns, Duldens oder Unterlassens.

ff) Zuständigkeit Grundbuchamt

Das Grundbuchamt (§ 867 ZPO, § 1 GBO) ist zuständiges Vollstreckungsorgan für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen durch Eintrag einer Zwangshypothek.

gg) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Neben den allgemeinen müssen die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sein: In diesem Zusammenhang sind insbesondere die besonderen Voraussetzung bei Vollstreckung eines Titels, der auf eine Zug-um-Zug-Verurteilung lautet (§ 756 ZPO), bei Vollstreckung eines Titels gegen Sicherheitsleistung (§ 751 Abs. 2 ZPO) und bei Vollstreckung eines Titels an einem bestimmten Kalendertag (§ 751 Abs. 1 ZPO) zu beachten.

hh) Vollstreckungshindernisse

Der Zwangsvollstreckung dürfen keine Vollstreckungshindernisse entgegenstehen: etwa die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 719 ZPO), die Einstellung bzw. Beschränkung der Zwangsvollstreckung gemäß § 775 ZPO (bei §§ 771, 767, 709 Satz 2 ZPO) oder die Insolvenz des Schuldners §§ 88, 89 InsO.

Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 07.07.2009 ist am 11.07.2009 in Kraft getreten. In anderen Teilen tritt es am 01.07.2010 in Kraft. Das sog. Pfändungsschutzkonto ist hierdurch eingeführt. Auf diesem Konto erhält ein Schuldner für sein Guthaben einen automatischen Basispfändungsschutz in Höhe seines Pfändungsfreibetrages, unabhängig davon aus welchen Einkünften dieses Guthaben herrührt. Damit ist auch Pfändungsschutz für Selbstständige gewährleistet. Jede natürliche Person kann nur ein derartiges Konto haben.

ii) Pfändungspfandrecht

Das Pfändungspfandrecht entsteht mit der Pfändung unabhängig davon, ob es sich bei dem gepfändeten Gegenstand um eine schuldnereigene Sache handelt. Der Grund liegt darin, dass das Vollstreckungsorgan nicht die materielle Rechtslage prüft.

jj) Beendigung der Zwangsvollstreckung

Die Zwangsvollstreckung ist beendet, wenn der Titel an den Schuldner zurückgegeben wurde. Bis dahin sind insbesondere die Vorschriften der §§ 767, 771 ZPO anwendbar. Die Äußerung des Gerichtsvollziehers, nicht mehr die Vollstreckung betreiben zu wollen, ist ebenso unbeachtlich wie die Übereinstimmung der Parteien, dass nicht mehr vollstreckt werden soll. Der Schuldner hat einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Vollstreckungstitels gemäß § 371 BGB analog i.V.m. § 757 ZPO. Weigert der Vollstreckungsgläubiger die Herausgabe des Titels, muss der Schuldner diesen Anspruch geltend machen,

um nicht Gefahr zu laufen, in einem Rechtsstreit auf Grund von § 767 ZPO (Grund: § 362 BGB) die Kosten nach § 93 ZPO tragen zu müssen.

Nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung ist durch das Vollstreckungsorgan die materielle Rechtslage umgestaltet worden. Insbesondere kann vom Ersteher einer zwangsversteigerten Sache nicht die Herausgabe verlangt werden. Der Zuschlag im Versteigerungsverfahren und die Übergabe des Versteigerungsgutes führen zu einem gesetzlichen Eigentumswechsel. Rechtsgrund für die Übereignung ist der Versteigerungsvertrag. Der ursprünglich Berechtigte kann während der Zwangsversteigerung Herausgabe des Eigentums (§ 985 BGB) nicht geltend machen, sondern ist wegen des fehlenden Pfändungspfandrechts auf § 771 ZPO verwiesen. Da das Pfändungspfandrecht nicht Voraussetzung für die Verwertung ist, führt die Verwertung zur wirksamen dinglichen Rechtsänderung. Dem Eigentümer, dem auf diese Weise das Eigentum verloren geht, kann gegebenenfalls den Versteigerungserlös im Wege der Nichtleistungskondition kondizieren (§ 812 Abs. 1 Alt. 2 BGB); selbst im Fall der Selbstersteigerung durch den Gläubiger, da dieser von der Barzahlungspflicht befreit ist, was das „erlangte Etwas“ darstellt.

kk) Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen

Die Zwangsvollstreckung kann wegen Geld in bewegliche Sachen erfolgen (§§ 808 ff. ZPO).

Die Pfändung erfolgt durch Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher zur rechten Zeit, am rechten Ort (Schuldnergewahrsam, § 739 ZPO, § 1362 BGB, § 809 ZPO), in der richtigen Art & Weise (Inbesitznahme, Siegel, zwangsweiser Zugang zur Wohnung nur auf richterliche Anordnung) und im richtigen Umfang (§ 811 ZPO).

Rechtsfolge dieser Vollstreckung ist die Verstrickung und die Begründung eines Pfändungspfandrechts. Das Pfändungspfandrecht entsteht – folgend der herrschenden gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie –, wenn die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sind und es sich bei dem gepfändeten Gegenstand um eine schuldnerneigene Sache handelt. Die Grundlage der Verwertung ist die Verstrickung, nicht dagegen das Pfändungspfandrecht. Die Verwertung erfolgt entweder durch öffentliche Versteigerung oder freihändigen Verkauf.

ll) Zwangsvollstreckung in Forderungen

Die Zwangsvollstreckung kann wegen Geld in Forderungen erfolgen (§§ 828 ff. ZPO).

Die Pfändung der Forderung erfolgt durch Pfändungsbeschluss auf Antrag des Gläubigers. Die Pfändung wird mit Zustellung an den Drittschuldner der gepfändeten Forderung wirksam (§ 829 Abs. 3 ZPO). Rechtsfolge ist die Verstrickung und die Begründung des Pfändungspfandrechts.

Existiert die Forderung nicht, geht die Pfändung ins Leere. Die Verwertung gepfändeter Forderungen erfolgt durch Überweisungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts. Die Überweisung erfolgt in der Praxis „zur Einziehung“ (§ 835 ZPO). Sie kann auch an Zahlungsstatt erfolgen.

Mit der Überweisung ist der Gläubiger berechtigt, die Forderung gegen den Drittschuldner geltend zu machen. Dabei stellt der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keinen Vollstreckungstitel dar. Bestreitet also der Drittschuldner die Forderung, muss der Gläubiger den Bestand der Forderung gerichtlich feststellen lassen. Der Drittschuldner kann in dieser Klage alle ihm zustehenden Einwendungen geltend machen.

mm) Zwangsvollstreckung in andere Ansprüche

Die Zwangsvollstreckung kann wegen anderer Ansprüche erfolgen (§§ 846 ff. ZPO).

Erfolgt sie wegen einer Geldforderung in andere Vermögensrechte als Forderungen, bestimmt sich die Zwangsvollstreckung nach § 857 ZPO.

Bei einem Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache (§ 847 ZPO) erfolgt die Zwangsvollstreckung durch Anordnung der Herausgabe an den Gerichtsvollzieher. Mit der Herausgabe entsteht das Pfändungspfandrecht. Die Verwertung erfolgt wie bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sache.

Die zwangsweise Realisierung des Anspruchs auf Herausgabe und Übereignung eines Grundstücks richtet sich nach § 848 ZPO. Das Grundstück ist an einen Sequester herauszugeben bzw. an den Sequester als Vertreter des Schuldners aufzulassen. Für den Gläubiger wird eine Sicherungshypothek eingetragen.

nn) Vollstreckungsschutzantrag

Der Vollstreckungsschutzantrag des Schuldners gemäß § 765a ZPO ist subsidiär.

2. Vollstreckungsrechtsbehelfe im Zusammenhang mit der Vollstreckungsklausel

Die Klage gegen die Vollstreckungsklausel gemäß § 768 ZPO ist einschlägig bei qualifizierten Vollstreckungsklauseln (§§ 726 ff. ZPO). Demgegenüber ist die Vollstreckungserinnerung nach § 732 ZPO einschlägig bei unzulässigen einfachen Vollstreckungsklauseln.

Das Rechtsmittel des Gläubigers gegen die Klauselerteilung ist die Erinnerung gegen Entscheidung des Urkundsbeamten über die Nichterteilung einer Vollstreckungsklausel gemäß § 576 ZPO.

Gegen die Verweigerung der Klauselerteilung durch den Notar ist die Beschwerde gemäß § 54 BeurkG i.V.m. §§ 20 ff FGG gegeben. Sachlich zuständig ist das Landgericht. Bei Erfolglosigkeit findet die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht statt (§§ 27 ff. FGG).

In § 731 ZPO ist die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geregelt.

Rechtsmittel des Schuldners gegen die Klauselerteilung ist die Erinnerung gemäß § 732 ZPO. Dabei kommt es auf die Person, die die Klausel erteilt hat, nach herrschender Meinung nicht an. Im Rahmen der Erinnerung kann der Schuldner formelle und materielle Einwendungen gegen die Klausel, nicht jedoch Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst geltend machen. Rechtsmittel ist die einfache Beschwerde (§ 567 ZPO).

3. Vollstreckungserinnerung § 766 ZPO

Die Vollstreckungserinnerung ist gerichtet gegen einen Verfahrensverstoß des Vollstreckungsorgans bei der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen. Es wird die Art & Weise der Zwangsvollstreckung gerügt. Hat ein Rechtspfleger die Zwangsvollstreckungsmaßnahme nur umgesetzt, dann ist die Art & Weise, nämlich das „Wie“, betroffen, und § 766 ZPO der zutreffende Rechtsbehelf.

Die Vollstreckungserinnerung ist abzugrenzen von der „Entscheidung des Vollstreckungsgerichts“. Hiergegen ist die sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO der statthafte Vollstreckungsrechtsbehelf. Hat ein Rechtspfleger eine eigene Entscheidung getroffen, dann ist das „Ob“ betroffen. In diesem Fall ist der statthafte Rechtsbehelf derjenige nach § 793 ZPO.

Erinnerungsbefugt ist gem. § 766 ZPO jeder, der durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahme beeinträchtigt ist. Es genügt die Möglichkeit einer Verletzung von Rechten. Bei außerhalb des eigentlichen Vollstreckungsverhältnisses stehenden Dritten ist die Verletzung einer drittschützenden Norm erforderlich.

Ist das Rechtsmittel erfolgreich wird das Vollstreckungsorgan angewiesen, bei der Zwangsvollstreckung wegen ... in ... die Bedenken hinsichtlich ... außer Betracht zu lassen, oder es wird angewiesen, die Pfändung wegen ... in ... nicht wegen seiner Bedenken hinsichtlich ... zu verweigern. Dementsprechend sind die Anträge nach § 766 ZPO durch den Anwalt zu formulieren.

Der Antrag nach § 766 ZPO ist zulässig, wenn er statthaft ist (§ 766 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO). Die Zuständigkeit bestimmt sich nach §§ 764, 766 ZPO. Das Amtsgericht ist als Vollstreckungsgericht im Bezirk der Zwangsvollstreckung zuständig. Erinnerungsbefugt sind der Schuldner, der Gläubiger, ein schutzwürdiger Dritter, ein schutzwürdiger Drittschuldner bei Zwangsvollstreckung aus einem PfÜB. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren Ende.

Im Rahmen der Begründetheit sind die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen, das Bestehen besonderer Vollstreckungshindernisse und die Voraussetzungen der konkreten Vollstreckungsmaßnahme zu prüfen. Maßgeblich ist Zeitpunkt der Erinnerungseinschuldung. Liegt eine so genannte

Dritterinnerung vor, wird in der Begründetheit die Überprüfung darauf begrenzt, ob die zulässigerweise (Erinnerungsbefugnis!) gerügten Verfahrensmängel vorliegen oder nicht.

Die Entscheidung nach § 766 ZPO ergeht gebührenfrei. Für die außergerichtlichen Kosten gelten die §§ 91, 97 ZPO entsprechend. Eine Vollstreckbarkeitsentscheidung erfolgt nicht, da die Entscheidung gem. § 766 ZPO durch Beschluss erfolgt, der gem. § 794 I Nr. 3 ZPO von sich aus vorläufig vollstreckbar ist.

4. Sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts § 793 ZPO

Die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts findet nach § 793 ZPO statt gegen die Festlegung oder Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme als solche, d.h. gegen das „Ob“.

Beschwerdebefugt ist derjenige, dessen Rechte durch die Festsetzung der Vollstreckungsmaßnahme beeinträchtigt werden.

Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht während des Zwangsvollstreckungsverfahrens ohne mündliche Verhandlung. Bei einer Rechtspflegerentscheidung gilt § 793 ZPO i.V.m. § 11 RPfIG. Die Zuständigkeit folgt hier aus § 567 ZPO (übergeordnetes Gericht).

Zur Zulässigkeit müssen neben der Statthaftigkeit des Antrags die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen erfüllt (Partei-, Prozessfähigkeit, ggf. Anwaltszwang, Schriftform, 2-Wochen-Notfrist ab Zustellung gem. § 577 Abs. 2 Satz 1 ZPO), ferner die Beschwerdebefugnis gegeben sein.

In der Begründetheit ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlass der angefochtenen richterlichen Entscheidung vorliegen. Neue Tatsachen und Beweise sind zu berücksichtigen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss.

5. Vollstreckungsgegenklage § 767 ZPO

Die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO ist eine prozessuale Gestaltungsklage des Vollstreckungsschuldners mit dem Ziel, die Zwangsvollstreckung insgesamt für unzulässig zu erklären durch Erhebung materiell-rechtlicher Einwendungen und Einreden gegen den zu vollstreckenden materiellen Anspruch.

Die Problematik dieses Rechtsbehelfs liegt regelmäßig darin, welche Einreden und Einwendungen geltend gemacht werden dürfen, wenn ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Die nachträgliche Geltendmachung von derartigen Einreden und Einwendungen führt zu einer Durchbrechung der Rechtskraft. Daher ist der Rechtsbehelf des § 767 ZPO grundsätzlich eng auszulegen. Nur solche Einwendungen sind statthaft, die nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung objektiv entstanden sind, nicht dagegen solche, die zwar bereits vorher bestanden haben, jedoch erst nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung geltend gemacht werden. Das gilt auch für Gestaltungsrechte. Die entsprechende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO ist eine Präklusionsvorschrift.

Beteiligungsfähig ist der Schuldner aus dem vollstreckbaren Titel.

Der Antrag muss zulässig sein. Es muss ein Vollstreckungstitel vorliegen. Ein einfaches Urteil genügt. Der Titel muss bereits zugestellt sein, denn nur ab diesem Zeitpunkt ist § 767 ZPO anwendbar.

Statthaft sind nur materiell-rechtliche Einwendungen und Einreden, die den titulierten materiellen Anspruch betreffen. Die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen müssen vorliegen. Der Anwalt stellt den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung oder Zulässigkeitserklärung gegen Zug-um-Zug-Leistung. Der Kläger ist stets der Vollstreckungsschuldner. Der Beklagte ist der Vollstreckungsgläubiger. Zuständig ist das Prozessgericht der ersten Instanz. Die Zuständigkeit ist örtlich und sachlich ausschließlich (§§ 767 Abs. 1, 802 ZPO). Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben ab Vorlage eines Vollstreckungstitels bis zum Ende der Zwangsvollstreckung. Es fehlt, wenn ein einfacheres oder billigeres Rechtsmittel möglich wäre (z.B. Berufung).

Wegen der engen Auslegung dieses Rechtsbehelfs dürfen insbesondere keine Prozess hindernden Einreden bestehen (z.B. § 269 Abs. 4 ZPO) und keine Schiedsvertragseinrede (§ 1027a ZPO).

In der Begründetheit wird geprüft, ob materiell-rechtliche Einreden und Einwendungen gegen den Titel zumindest zum Teil bestehen. § 767 Abs. 2 ZPO ist zu beachten.

Die Kostengrundentscheidung erfolgt nach §§ 91 ff. ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erfolgt nach §§ 708 ff. ZPO, da durch Urteil entschieden wird.

Einen Antrag kann der Anwalt beispielsweise wie folgt formulieren: „Die vom Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus dem [Titel] des [Gericht], Az. ... wird für unzulässig erklärt.“ oder „... darf nur Zug um Zug gegen ... fortgesetzt werden.“

Im Anwendungsbereich der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO, d.h. bei Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen (z.B. Unterhalt), ist die Anwendung von § 767 ZPO ausgeschlossen. Die Abänderung kann nur ab dem Zeitpunkt geltend gemacht werden, ab dem sich die Gegenseite mit der Mitteilung der Abänderung in Verzug befindet. Demzufolge ist die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs gegenüber der Gegenseite zur Interessenwahrung erforderlich. Die Abänderung wirkt ex nunc.

6. Drittwiderspruchsklage § 771 ZPO

Die Drittwiderspruchsklage ist der Vollstreckungsrechtsbehelf für von einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme beeinträchtigte Dritte. Sie ist der statthafteste Rechtsbehelf vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren Beendigung und verdrängt für diese Zeit insbesondere § 985 BGB.

Die Drittwiderspruchsklage ist eine prozessuale Gestaltungs- und Vollstreckungsklage eines Dritten auf Unzulässigkeitserklärung der Vollstreckung in einen bestimmten Gegenstand. Damit grenzt sie sich von § 767 ZPO ab, der darauf abzielt, die Vollstreckung insgesamt für unzulässig zu erklären.

Gegenstand der Klage nach § 771 ZPO ist ein Interventionsrecht eines Dritten: ein die Veräußerung hinderndes Recht. Dieser Begriff wird in Anlehnung an § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ausgelegt: „auf Kosten“ und bedeutet den Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts, das einem anderen zugewiesen ist, durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahme. Dabei kann es sich beispielsweise um Eigentum, Vorbehalts- und Sicherungseigentum¹⁶⁷, um den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch und sonstige Verträge handeln (nicht dagegen: schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch), ferner wenn es sich um Miteigentum, beschränkt dingliche Rechte¹⁶⁸, um Besitz (str.), um die Inhaberschaft eines Rechts (Forderung, Sicherungszession) oder um Leasing¹⁶⁹ handelt.

Auf der Begründetheitsebene kann der Klage des Dritten der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen (§ 242 BGB), wenn der Dritte die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in die (formal) dem Interventionsrecht unterliegende Sache zu dulden hat. Dies kann beispielsweise auf Grund der Vorschriften des AnfG oder nach § 25 HGB der Fall sein, oder wenn der Gläubiger ein rangbesseres Pfandrecht inne hat, oder die Pflicht zur Eigentumsrückübertragung besteht oder der Kläger materiell für die titulierte Forderung haftet (z.B. aus Bürgschaft, Garantie, als Gesamtschuldner, Gesellschafter), oder der Kläger gegenüber dem Beklagten eine unerlaubte Handlung begangen hat (arg.: § 393 BGB).

Der Rechtsbehelf ist von der Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO) abzugrenzen.

Im Rahmen der Zulässigkeit werden geprüft

- die Zuständigkeit, wobei örtlich ausschließlich zuständig das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht im Bezirk der Zwangsvollstreckung gem. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO ist. Die sachliche Zuständigkeit ist streitwertabhängig gem. § 23 Nr. 1 GVG, § 6 ZPO, wobei der geringere Wert des Gegenstands der Pfändung oder Forderung maßgeblich ist.
- die ordnungsgemäße Antragstellung. Der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist genau zu bezeichnen, ebenso die angegriffene Zwangsvollstreckungsmaßnahme. Das Antragsziel ist die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung in den konkreten Gegenstand.
- das Rechtsschutzbedürfnis, welches ab Vollstreckungsbeginn bis zum Ende der Zwangsvollstreckung gegeben ist. Es liegt nach h.M. auch dann vor, wenn Forderungspfändung mangels bestehender Forderung ins Leere geht oder wenn Möglichkeit der Erinnerung gem. § 766 ZPO (Art & Weise) bestünde.

¹⁶⁷ H.M.: für den Sicherungseigentümer, wenn die Pfändung durch den Gläubiger des Sicherungsgebers erfolgt; für den Sicherungsgeber, wenn die Pfändung durch den Gläubiger des Sicherungseigentümers erfolgt bis zum Zeitpunkt, ab dem der Sicherungseigentümer die Sache verwerten darf; für den Vorbehaltskäufer auf Grund seines Anwartschaftsrechts; für den Vorbehaltsverkäufer auf Grund seines Eigentums.

¹⁶⁸ Wenn durch die Vollstreckung beeinträchtigt; nach h.M. auch das Besitzpfandrecht.

¹⁶⁹ Für den Leasinggeber, wenn der Gläubiger des Leasingnehmers in das Leasinggut vollstreckt; für den Leasingnehmer, wenn Gläubiger des Leasinggebers in das Leasinggut vollstreckt. Str., ob neben § 766 ZPO (wegen Verstoß gegen § 809 ZPO = Art & Weise) auch § 771 ZPO gilt.

Die Klage ist begründet, wenn der Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht besitzt und an dessen Durchsetzung nicht auf Grund von § 242 BGB gehindert ist.

Die Kostengrundentscheidung erfolgt nach §§ 91 ff. ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bestimmt sich bei stattgebenden Urteilen nach § 708 ff. ZPO. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt insgesamt oder nur wegen der Kosten, wenn zugleich Maßnahmen nach §§ 771 Abs. 3, 770, 769 ZPO getroffen werden. Bei Klage abweisenden Urteilen gelten die §§ 708 ff. ZPO wie gewohnt für die Kosten.

Der Klageantrag kann wie folgt formuliert werden: „Die vom Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung in die am ... beim Schuldner ... gepfändeten Gegenstände, nämlich ..., wird für unzulässig erklärt.“

7. Klage auf vorzugsweise Befriedigung § 805 ZPO

Bei der Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO möchte ein Dritter nicht die Zwangsvollstreckung in einen bestimmten Gegenstand für unzulässig erklären, sondern will erreichen, dass er vor dem Vollstreckungsgläubiger befriedigt wird. Der Dritte macht hier also regelmäßig nur ein rangbesseres Recht am Vollstreckungsgegenstand geltend, beispielsweise vorrangige Vermieter- und Werkunternehmerpfandrechte an der gepfändeten Sache. Sicherungseigentumsrechte kann er dagegen grundsätzlich nicht geltend machen (§ 771 ZPO), ebenso wenig wie den Vorrang seines Pfändungspfandrechts vor dem anderen (arg: § 872 ff. ZPO). Die Klage nach § 805 ZPO ist wegen der Teilhabe am Verwertungserlös nur bei Zahlungsansprüchen anwendbar, nicht dagegen bei einer Zwangsvollstreckung in Sachen wegen deren Herausgabe.

Zuständigkeit sind ausschließlich nach § 805 Abs. 2 ZPO das Gericht im Bezirk der Zwangsvollstreckung.

Der Antrag ist begründet, wenn ein Pfand- oder Vorzugsrecht an gepfändetem Gegenstand besteht und dieses rangbesser ist, oder wenn der Kläger ein Interventionsrecht nach § 771 ZPO hat und sich nicht gegen die Verwertung als solche wendet, denn dann kann er anstelle der Drittwiderspruchsklage die Vorzugsklage erheben.

Die Kostengrundentscheidung erfolgt nach §§ 91 ff. ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bestimmt sich bei stattgebenden Urteilen nach § 708 ff. ZPO. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt insgesamt oder nur wegen der Kosten, wenn zugleich Maßnahmen nach §§ 805 Abs. 4, 770 ZPO getroffen werden. Bei Klage abweisenden Urteilen gelten die §§ 708 ff. ZPO wie gewohnt für die Kosten.

Der ordnungsgemäße Antrag kann lauten: „... zu verurteilen, den Kläger aus dem Reinerlös des [konkret zu bezeichnenden] Pfändungsgegenstands vor dem Beklagten zu befriedigen.“

XI. Anwaltliche Sofortmaßnahmen

Bei den anwaltlichen Sofortmaßnahmen sind die einstweilige Verfügung und der Arrest zu unterscheiden.

1. Einstweilige Verfügung

Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung sind grundsätzlich zwei Entscheidungsformen zu unterscheiden: Die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgt durch Beschluss, diejenige auf Grund mündlicher Verhandlung durch Endurteil (§§ 936, 921, 922 ZPO).

Rechtsmittel im einstweiligen Verfügungsverfahren sind:

- Beschwerde des Antragstellers gegen die Zurückweisung seines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung
- Widerspruch des Antragsgegners gegen den stattgebenden Beschluss
- Berufung bei Endurteil auf Grund mündlicher Verhandlung

Legt der Antragsgegner gegen den stattgebenden Beschluss Widerspruch ein, findet eine mündliche Verhandlung statt, die mit einem Endurteil endet.

Entschieden wird in jedem Fall nur über den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, nicht über die Hauptsache selbst.

Die stattgebenden Entscheidungen enthalten keine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit. Eine Entscheidung über Sicherheitsleistung erfolgt nur im Fall des § 708 Nr. 6 ZPO bei Abweisung durch Endurteil.

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist das Gericht frei, wie es das Begehren durchsetzen wird. Es kann von der explizit beantragten Rechtsfolge eines Verfügungsanspruchs abweichen, wenn dies einstweilig für ausreichend erachtet wird, weil über die Hauptsache noch keine Entscheidung getroffen wird.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung muss zulässig und begründet sein. Die Begründetheit setzt einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus.

Im Rahmen der Zulässigkeit werden geprüft:

- Zuständigkeit: Prozessgericht der Hauptsache (§ 937 ZPO), Ausnahme Belegenheit der Sache gem. § 942 ZPO

- Ordnungsgemäßer Antrag der durch Schriftsatz eingereicht oder zum Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden muss. Es besteht kein Anwaltszwang, es sei denn, es findet eine mündliche Verhandlung statt. In diesem Fall richtet sich der Anwaltszwang nach den allgemeinen Vorschriften.

Im Rahmen der Begründetheit werden geprüft:

- Verfügungsanspruch: Das ist der Hauptsacheanspruch, das Rechtsbegehren. Der Verfügungsanspruch muss schlüssig dargelegt und im Falle des Bestreitens glaubhaft gemacht worden ist. Zur Glaubhaftmachung kann sich der Antragsteller gem. §§ 926 Abs. 2, 294 ZPO aller Beweismittel und der eidesstattlichen Versicherung bedienen. Insbesondere findet keine Ladung von Zeugen statt. Präsenze Beweismittel sind sowohl bei anfänglicher mündlicher Verhandlung als auch im Widerspruchsverfahren zulässig (z.B. mitgebrachte Zeugen).

- Verfügungsgrund: Der Antragsteller muss einen Eilfall glaubhaft darlegen. Dabei handelt es sich um eine Situation, in der einstweilige Rechtsschutz geeignet ist, schwere Nachteile für den Antragsteller abzuwehren und hierzu dringenden geboten ist. Das ist stets der Fall, wenn die Vorschriften der §§ 858, 885 Abs. 1 Satz 2, 899 Abs. 2 Satz 2 BGB, 25 UWG, 61 UrhG betroffen sind. Hier wird der Eilfall vermutet. In den übrigen Fällen muss der Eilfall entweder unstreitig sein oder glaubhaft gemacht werden.

- Grundsätzlich darf durch die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz die Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Ausnahme bestehen in denjenigen Fällen, in denen die Wahrung der Rechte illusorisch werden würde, beispielsweise bei Besitz (§§ 861 ff. BGB), wenn eine Herausgabe an den Antragsteller erfolgen muss und die Herausgabe an Sequester nicht möglich ist, oder im Fällen des § 1004 BGB oder bei Existenz gefährdender Unterhaltsverweigerung, hier jedoch zeitlich und betragsmäßig bis zur Durchführung der Hauptsache begrenzt. Die Aufgabe des Anwalts besteht darin, die optimale Vorgehensweise unter Beachtung der Grenzen einstweiligen Rechtsschutzes herauszuarbeiten und im Antrag umzusetzen.

Die Kostengrundentscheidung folgt § 91 ZPO. Besondere Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die einstweilige Verfügung sind die Anordnung der Klageerhebung (§ 926 ZPO) und die Aufhebung wegen veränderter Umstände (§ 927 ZPO). Ein Fall des § 927 ZPO ist die Abweisung der Hauptsache.

Die Eilbedürftigkeit bedingt, dass zwischen Eintritt des Eilfalls und der Rechtswahrnehmung vor Gericht nur ein kurzer Zeitraum vergehen darf. Dieser wird bei maximal vier Wochen liegen dürfen. Nach sechs Monaten erfolgt die Aufhebung der einstweiligen Verfügung auf Antrag des Schuldners.

Der Antrag kann beispielsweise so formuliert werden: „...beantragt wegen der Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung anzuordnen: ...“

Die eidesstattliche Versicherung hinsichtlich der Tatsachen in der Antragsbegründung kann so formuliert werden: „Mit der Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung vertraut und über die Strafbarkeit einer falschen eidesstattlichen Versicherung belehrt, versichere ich, ..., folgendes an Eides Statt: ...“

Im Widerspruchsverfahren beantragt der Antragsgegner: „Die einstweilige Verfügung vom ..., Az. ... wird aufgehoben und der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.“ Der Antragsteller beantragt dagegen: „Die einstweilige Verfügung vom ... Az. bleibt aufrechterhalten.“

Gem. § 945 ZPO besteht ein besonderer Schadensersatzanspruch des Antragsgegners bei einer rechtswidrigen Verfügung.

Terminologisch ist auf folgendes zu achten: „Antragsteller./Antragsgegner“ soweit das Beschlussverfahren durchgeführt wird, „Verfügungskläger./Verfügungsbeklagter“ soweit die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil erfolgt, im FGG-Verfahren nach § 641d ZPO müssen „Anordnungsanspruch./Anordnungsgrund“ vorliegen, während diese Sachentscheidungsvoraussetzungen in den übrigen Verfahren als „Verfügungsanspruch./Verfügungsgrund“ bezeichnet werden.

Eine Zustellung des Verfügungsantrags außerhalb einer mündlichen Verhandlung findet nicht statt (§ 922 Abs. 3 ZPO). Den Beschluss erhält nur der Antragsteller. Die Zustellung an den Antragsgegner betreibt er selbst (§ 912 Abs. 2 ZPO).

2. Arrest

Der Arrest dient der einstweiligen Sicherstellung der Zwangsvollstreckung. Diese kann nur hinsichtlich einer Geldforderung oder eines Anspruchs erfolgen, der in Geldleistung übergehen kann. Für alle übrigen denkbaren Vollstreckungsgründe ist der Arrest unzulässig.

Erforderlich ist die Glaubhaftmachung eines Arrestanspruchs und eines Arrestgrundes.

Der Arrestanspruch folgt aus § 916 ZPO. Der Arrestgrund ergibt sich aus der Gefährdung der Zwangsvollstreckung in der Hauptsache (§§ 917, 918 ZPO). Es besteht die Möglichkeit des dinglichen Arrestes, wenn die Gefährdung durch bevorstehende oder glaubhaft befürchtete Vermögensverschiebungen stattfindet. Alternativ hierzu kann der persönliche Arrest angeordnet werden, beispielsweise dann, wenn sich der Antragsgegner der Zwangsvollstreckung entziehen will (z.B. Flucht ins Ausland).

Das Gericht erlässt den Arrestbefehl entweder durch Beschluss oder nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil. Rechtsmittel und besondere Schuldnerrechtsbehelfe (§§ 926, 927 ZPO) sind mit denjenigen der einstweiligen Verfügung identisch.

Die Vollziehung des Arrestes ist regelmäßig im Arrestgesuch mit zu formulieren. Im Falle des dinglichen Arrestes erfolgt die Vollziehung durch Pfändung (§ 930 ZPO) oder durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 932 ZPO). Der persönliche Arrest wird vollzogen durch Haft (§ 933 ZPO). Sonstige Beschränkungen erfolgen auf Anordnung des Gerichts (§ 933 ZPO).

Grundsätzlich schützt der Arrest nur davor, dass bis zur Zwangsvollstreckung der Hauptsache das Vermögen nicht verschlechtert wird, nicht jedoch davor, dass die Vermögenslage von Anfang an schlecht war.

3. Urkundenverfahren, Wechsel- und Scheckprozess

Bei dem Urkundenverfahren handelt es sich um ein prozessuales Instrument, das es den Kläger ermöglicht, sehr schnell einen vollstreckbaren Titel zu erhalten. Das Verfahren gliedert sich in zwei Abschnitte: das Vor- und das Nachverfahren.

Das Vorverfahren ist in §§ 592 ff. ZPO geregelt. Es muss sich um eine Zahlungsklage auf Geld oder Leistung vertretbarer Sachen oder Wertpapiere handeln. Die Klage muss ausdrücklich im Urkundenverfahren erhoben werden (§ 593 Abs. 1 ZPO).

Die beweisbedürftigen anspruchsbegründende Tatsachen müssen mittels Urkunden bewiesen werden (§§ 592, 597 ZPO). Als Urkunden kommen verschiedene Dokumente in Betracht:

- Anspruchsurkunden: Hier folgt der Anspruch direkt aus der Urkunde, z.B. abstraktes Schuldanerkenntnis, Vertrag, Wertpapiere.
- Indizurkunden: Indizurkunden ermöglichen einen Rückschluss auf den geltend gemachten Anspruch, z.B. Lieferschein, Rechnung, Mahnung.
- Ersatzurkunden: Hierbei handelt es sich um für das Urkundenverfahren unzulässige Urkunden, denn sie ersetzen den in anderer Form zu erbringenden Beweis, z.B. Sachverständigengutachten, schriftliche Zeugenaussage.

Für nicht anspruchsbegründenden Vortrag kann der Beweis durch Parteivernehmung geführt werden.

Der Beklagte kann nur solche Einwendungen geltend machen, die er mittels Urkunden (s.o.) beweisen kann (§ 598 ZPO). Alle übrigen Einwendungen kann er erst im Nachverfahren geltend machen. Bestehen solche nichturkundlichen Einwendungen erfolgt die Verurteilung vorbehaltlich der Ausführung der Rechte im Nachverfahren.

Im Urkundenverfahren darf keine Widerklage erhoben werden (§ 595 Abs. 1 ZPO).

Stellt sich im Vorverfahren heraus, dass die Urkundenklage mangels ausreichender Urkundenbeweise nicht erfolgreich sein würde, kann der Anwalt vom Urkundenverfahren in den normalen Zivilprozess wechseln (§§ 596, 263 analog ZPO).

Nach dem Vorbehaltsurteil ist der Prozess noch rechtshängig (§ 600 Abs. 1 ZPO). Das Nachverfahren ist ein normales Zivilverfahren mit allen prozessual zulässigen Handlungsmöglichkeiten. Im Nachverfahren besteht jedoch eine Interventionswirkung für alle Tatsachen und Feststellungen, die im Vorverfahren im

vollen Umfang geprüft werden mussten, damit das Vorbehaltsurteil ergehen konnte. Dagegen besteht keine Interventionswirkung für fakultative Prüfungsfragen im Vorverfahren.

Das Nachverfahren endet mit einem Schlussurteil, in dem bei Prozesserfolg das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt wird.

Im Wechsel- (§§ 602 ff. ZPO) und Scheckprozess (§§ 605a ff. ZPO) können nur Ansprüche geltend gemacht werden, die sich aus den genannten Wertpapieren ergeben: der Zahlungs- und Rückgriffsanspruch, Nebenforderungen (Art. 48 SchG), nicht jedoch die Kausalforderung.

XII. Prozesskostenhilfverfahren

1. Einleitung

Das Prozesskostenhilfverfahren folgt den Regelungen der §§ 114 ff. ZPO. Üblich ist in der Praxis, dass in erstinstanzlich zivilrechtlichen Klagen die Klagerhebung in Abhängigkeit von der Gewährung der Prozesskostenhilfe gestellt wird, während sich der Beklagte stets mit dem Abweisungsantrag und dem Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe verteidigt. In Rechtsmittelsachen (Berufung) muss der Anwalt die Berufungseinlegungs- und die Berufungsbegründungsfrist beachten. Der sichere Weg besteht darin, Berufung einzulegen, zuvor oder spätestens mit Berufungseinlegung (Reihenfolge: 1. PKH, 2. Berufung) die Prozesskostenhilfe zu beantragen und die Durchführung der Berufung von der Bewilligung der Prozesskostenhilfe abhängig zu machen. Hierzu ist es zwingend notwendig, dass bereits mit Einreichung des Prozesskostenhilfesuches das Rechtsmittel begründet wird (nicht als Entwurf), denn zum einen muss die Berufungsbegründungsfrist gewahrt werden, zum anderen sind die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung tatbestandliche Voraussetzung für die Gewährung der Prozesskostenhilfe.

Wird diese versagt, dann nimmt der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel zurück. Bei diesem Vorgehen entstehen Kosten zumindest in Höhe einer Gerichtsgebühr und der eigenen außergerichtlichen Kosten. Sinnvoll ist es, die Gegenseite zu bitten, mit einer Legitimation im Rechtsmittelverfahren zu warten, bis über die Gewährung von Prozesskostenhilfe entschieden ist. Dann entstehen in der Regel keine zu ersetzenden Kosten der Gegenseite, denn in der Praxis werden diese Kosten im Rahmen des Prozesskostenhilfverfahrens nicht erstattet.

In der ersten Instanz sind bei Zurückweisung des Gesuches nicht einmal Gerichtskosten angefallen. Für das Gesuch selber verwendet die Praxis Formulare zu den persönlichen Verhältnissen des Mandanten.

Anwaltsmandat und Anwaltsbeordnung in der Prozesskostenhilfe müssen gleich laufen. Darauf hat der BGH in einer aktuellen Entscheidung¹⁷⁰ hingewiesen. Nimmt ein angestellter Anwalt für die Sozietät ein PKH-Mandat an, muss er für die Beordnung der Sozietät sorgen. Wird er persönlich dem Mandanten beigeordnet, stellt das ein Verschulden der Sozietät bei Vertragsschluss dar. Die Sozietät kann selbst

¹⁷⁰ BGH, Urt. v. 15.07.2010 – IX ZR 227/09.

keinen Vergütungsanspruch mehr geltend machen. Der angestellte Anwalt kann auch durch einen Arbeitsvertrag nicht wirksam zu einem Verhalten verpflichtet werden, das den Interessen des Mandanten zuwiderläuft.

2. Besonderheiten im Rechtsmittelverfahren

Will der Mandant die Gerichtskosten der Rechtsmittelinstanz vermeiden, besteht die Möglichkeit, nur Prozesskostenhilfe zu beantragen und nur für den Fall deren Bewilligung das Rechtsmittel einzulegen. Zugleich muss eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand beantragt werden, denn üblicherweise läuft die Rechtsmitteleinlegungsfrist vor der Entscheidung über die Prozesskostenhilfe ab. In dem Gesuch muss also ferner das Rechtsmittel sogleich begründet und die Versäumnis hinreichend entschuldigt werden. Nicht gangbar und haftungsrelevant ist der Weg, den PKH-Antrag erst mit einem Entwurf der Berufungsbegründung, also nach Berufungseinlegung, zu stellen. Wer als Anwalt vor der Bewilligung der PKH fristgerecht eine als Entwurf bezeichnete Berufungsbegründungsschrift einreicht, begeht zwei Fehler: Er begründet weder die Berufung (nur Entwurf) noch bekommt er nach PKH-Entscheidung die Wiedereinsetzung. Das Gericht wird ihm nämlich die PKH versagen, weil er – wie der Entwurf der Berufungsbegründung zeige – das Mandat auch ohne PKH-Bewilligung erledigen wollte. Das hat jetzt der BGH – wenig ökonomisch – entschieden¹⁷¹. Schlussfolgerung: Der PKH-Antrag ist stets vor der Berufungseinlegung zu stellen.

3. Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter

Besonderheiten bestehen im Falle eines Prozesskostenhilfesuches eines Mandanten, der Insolvenzverwalter ist. Hier passen die Formulare der Praxis nicht. Es empfiehlt sich folgende Vorgehensweise:

Muster:

„A. Prozesskostenhilfeantrag

Namens und in Vollmacht des Klägers beantragen wir zunächst, dem Antragsteller

Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung

unter Beiordnung des Unterzeichners zu gewähren.

Begründung zu A.:

1.

Über das Vermögen der _____ hat das Amtsgericht – Insolvenzgericht – _____ durch Beschluss vom _____ das Insolvenzverfahren eröffnet und den Antragsteller zum Insolvenzverwalter bestellt.

¹⁷¹ BGH Beschl. v. 06.05.2008, VI ZB 16/07, nachlesbar AnwBl. 2008, 639.

Glaubhaftmachung: Eröffnungsbeschluss vom _____

- Anlage A 1 -

2.

Der Antragsteller beantragt in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter Prozesskostenhilfe gemäß § 116 Ziffer 1 ZPO, da die Prozesskosten aus der im Insolvenzverfahren zur Verfügung stehenden Masse nicht aufgebraucht werden können und den am Gegenstand des Rechtsstreites wirtschaftlich Beteiligten nicht zuzumuten ist.

Die für die beabsichtigte Klage erforderlichen und als Vorschuss zu zahlenden Gerichtsgebühren belaufen sich auf _____ EUR,
die zumindest erforderlichen zwei Rechtsanwaltsgebühren nebst Auslagenpauschale und 19 % Umsatzsteuer belaufen sich auf _____ EUR.
Um den Prozess aufzunehmen, sind somit bereits anfänglich _____ EUR erforderlich.

3.

Dem Antragsteller stehen im Insolvenzverfahren folgende Beträge als freie Masse zur Verfügung:

Guthaben auf dem zur Durchführung des Insolvenzverfahrens bei der Deutschen Bank AG eingerichteten Anderkonto, Konto-Nr. _____ _____ EUR.

Glaubhaftmachung: Kontoauszug vom _____

- Anlage A 2 -

Aus der zur Verfügung stehenden freien Masse (_____ EUR) sind die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstige Masseverbindlichkeiten zu decken.

Nach Beendigung des Verfahrens werden die Kosten des Insolvenzverfahrens von dem Insolvenzgericht festgesetzt. Diese hängen in erster Linie von der Dauer des Verfahrens und der Höhe der erwirtschafteten Teilungsmasse ab. Überschlägig werden die insoweit anfallenden Belastungen mit ca. _____ EUR angegeben.

Glaubhaftmachung: Sachverständigengutachten vom _____

- Anlage A 3 -

Zu einer quotalen Befriedigung der Forderungen der Insolvenzgläubiger wird es nicht kommen.

4.

Im Insolvenzverfahren sind nach ständiger Rechtsprechung weder der Verwalter noch die Gerichtskasse verpflichtet, die Kosten für einen Rechtsstreit vorzustrecken (vgl. BGH ZIP 1998, 297; OLG Köln ZIP 1997, 1969 und OLG Frankfurt/Main, ZIP 1995, 1536).

Gleiches gilt für die Träger der Sozialversicherung und die Bundesanstalt für Arbeit, denen es grundsätzlich nicht zuzumuten ist, einen Vorschuss für einen vom Verwalter beabsichtigten Prozess zu erbringen (BGH ZIP 1992, 1644, 1646).

Vorschusspflichtig wären allenfalls die übrigen Insolvenzgläubiger.

Zur Insolvenztabelle wurden insgesamt _____ EUR
an Forderungen angemeldet.
Anerkannt wurden bis dato endgültig _____ EUR.

Glaubhaftmachung: Vorlage der umfassenden Gläubigerliste

- Anlage A 4 -

Mit einer Quote der einzelnen Insolvenzgläubiger ist nicht zu rechnen. Angesichts der nicht zu erwartenden Quote wäre die Aufbringung der Kosten für die Insolvenzgläubiger unzumutbar.

Prozesskostenhilfe ist auch zu gewähren, wenn der beabsichtigte Prozess im Wesentlichen der Realisierung der Vergütungsansprüche des Verwalters dient (OLG Köln, ZIP 2000, 1779).

Zumutbare sonstige Möglichkeiten, Barmittel zu beschaffen, sind nicht gegeben.

5.

Die beabsichtigte Klage hat hinreichend Aussicht auf Erfolg und ist auch nicht mutwillig. Hierzu wird auf nachfolgenden Klageentwurf unter B. verwiesen.

Dem Antragsteller ist deshalb Prozesskostenhilfe nach den §§ 114, 116 ZPO zu gewähren.

B. Klage

Nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe erheben wir namens und in Vollmacht des Klägers Klage und bitten um Anberaumung eines zeitnahen Verhandlungstermins, in dem wir beantragen werden:

...

Begründung zu B.:

XIII. Beispielklausuren mit Lösungshinweisen aus den drei Rechtsgebieten

Zur Abrundung dieses Leitfadens folgen je eine Besprechungsklausur aus den drei Rechtsgebieten Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht. Ergänzt sind die originalen Aufgabenstellungen mit Lösungshinweisen, die sich an den vorstehenden Empfehlungen zum Klausuraufbau orientieren.

1. Die zivilrechtliche Aufgabenstellung

a) Klausurfall



GZ.: 77 1598/14

WESTFALIA
Bausparkasse AG

An Rechtsabteilung i.H.

mit der Bitte um

- | | |
|--|--|
| <input type="radio"/> Anruf (App. _____) | <input type="radio"/> weitere Veranlassung |
| <input type="radio"/> Rücksprache | <input type="radio"/> Erledigung |
| <input type="radio"/> Kenntnisnahme | <input type="radio"/> Ablage |
| <input type="radio"/> Stellungnahme | <input type="radio"/> Rückgabe |
| <input type="radio"/> Auswertung | |

Prüfung der Rechtslage
(u.a. Art. 21 StbG (?) und
Vordrängen zur weiteren Vorgehens-
weise.

Frist: 1 Woche

Do, 28.1.92 Romberg
(Romberg)

WESTFALIA
Bausparkasse AG

2

Abt. VIII

V e r m e r k :

Herr Dr. Stefan Deubert,
Kamp 3, 33098 Paderborn,

ist seit 1967 in unserem Haus Bausparer. Sein letzter Bausparvertrag Nr. 771598/4 wurde im Juli 1996 zuteilungsreif. Herr Dr. Deubert beantragte sodann die Auszahlung seines Guthabens für diesen Vertrag in Höhe von 11.500,-- DM. Am 19.08.1996 übersandten wir mit einfacher Post den Verrechnungsscheck Nr. 1413389 über einen Betrag von 11.500,-- DM an die oben vorgenannte Adresse. Mit Schreiben vom 19.11.1996 reklamierte der Bausparer Dr. Deubert, daß er die Auszahlung seines Guthabens in vorgenannter Höhe noch nicht erhalten habe.

Die darauf angestrengte Banknachforschung ergab, daß der in Rede stehende Verrechnungsscheck von einem

Herrn Horst Tieranitz,
An der Pivipp 121, 40468 Düsseldorf,

bei der Stadt-Sparkasse Düsseldorf eingereicht und dort dem Konto Nr. 187876200 des Herrn Tieranitz gutgeschrieben worden war. Die entsprechende Belastungsbuchung auf unserem Konto Nr. 7111244000 bei der BfG Bank AG erfolgte am 09.09.1996.

Dieses Nachforschungsergebnis wurde Herrn Dr. Deubert mit Schreiben vom 30.12.1996 mitgeteilt. Dieser erklärte mit Schreiben vom 08.01.1997 (Anlage 1), daß er den besagten Verrechnungsscheck Nr. 1413389 nicht erhalten und auch keiner dritten Person übergeben habe. Der Scheckeinreicher, Herr Tieranitz, sei ihm unbekannt. Auch sei ihm nicht bekannt, wie diese Person in den Besitz des Schecks gelangt sein könne.

3

- 2 -

Der Scheckeinreicher, Herr Tieranitz, erklärte auf unsere schriftliche Anfrage vom 30.12.1996 mit Schreiben vom 06.01.1997 (Anlage 2), daß er den Scheck im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Teppichs erhalten habe.

Eine Kopie des eingelösten Schecks Nr. 1413389 liegt bei (Anlage 3).

Dortmund, 27.01.1997

Romberg
Romberg, Abt. VIII

Dr. Stefan Deubert

Anlage 1

4

Arzt für Allgemeinmedizin

Kamp 3
33098 Paderborn

An die
Westfalia
Bausparkasse AG
Ruhrallee 102-106

08.01.1997

44139 Dortmund

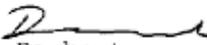
Betr.: Bausparvertrag Nr. 771598/4
Bezug: Ihr Schreiben vom 30.12.1996

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich erkläre hiermit ausdrücklich, daß ich den von der Westfalia Bausparkasse Dortmund auf meine obige Adresse ausgestellten Verrechnungsscheck Nr. 1413389 vom 19.08.1996 über einen Betrag von 11.500,-- DM nicht erhalten habe. Auch habe ich den vorgenannten Verrechnungsscheck keiner dritten Person übergeben. Ein Herr Horst Tieranitz, Düsseldorf, ist mir unbekannt. Es ist mir ferner unbekannt, wie diese Person in den Besitz des o.g. Schecks gelangt ist.

Ich hoffe Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben.
Ich bitte nunmehr, die Auszahlung der 11.500,-- DM aus dem o.g. Bausparvertrag zu veranlassen.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Deubert

Anlage 2

5

Horst Tieranitz
Teppichhändler
An der Piwipp 121
40468 Düsseldorf

Düsseldorf, 06.01.1997

An
Westfalia
Bausparkasse AG
Ruhrallee 102-106

44139 Dortmund

Ihr Schreiben vom 30.12.1996

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich war Ende August 1996 in Köln bei einem Kunden und habe ihm Teppiche gezeigt. Beim Einladen der Teppiche in mein Auto auf der Straße sprach mich ein mir bis dahin nicht bekannter Mann an, ob ich Teppiche zu verkaufen habe. Ich sagte: Suchen Sie sich welche aus. Er kaufte einen Teppich im Wert von 15.000,-- DM, gab mir den Scheck über 11.500,-- DM und 3.500,-- DM in bar.

Hochachtungsvoll

Tieranitz

7

Vermerk für die Bearbeitung

I.

Die Angelegenheit ist zu begutachten.
Das Gutachten soll auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens enthalten. Es soll mit einem zusammenfassenden Vorschlag enden.

~~Dem Gutachten ist eine Sachverhaltsschilderung voranzustellen, die den Anforderungen des § 313 Abs. 3 ZPO entspricht und der Verfahrenssituation Rechnung trägt.~~

Werden Anträge an ein Gericht empfohlen, so sind diese am Ende des Gutachtens auszuformulieren.

Sollte eine Frage für beweisenerheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Kommt der Verfasser ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit, so ist insoweit zur Begründetheit in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.

Die Formalien (Ladung, Zustellung, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.

II.

Eine Sachverhaltsschilderung ist nicht zu fertigen.

III.

In Ihrem eigenen Interesse bitte ich Sie, am Ende der Klausur anzugeben,

- a) welche Auflagen der zugelassenen Kommentare Sie benutzt haben,
- b) auf welchem Stand (Ergänzungslieferung) sich die von Ihnen benutzten Beck'schen Textausgaben befunden haben und/oder
- c) welche Ausgabe der Nomos-Gesetzestexte Sie benutzt haben.

Hinweis:

Das von Ihnen benutzte Exemplar des Aufgabentextes wird nicht zu Ihren Prüfungsunterlagen genommen.

b) Klausurlösungsvorschlag

Nachfolgend die Lösungsskizze entsprechend dem vorgeschlagenen Aufbau:

1

Gutachten:

Klägerstation

I. Auszahlungsanspruch D gegen W

- Vertrag i.V.m. §§ 488, 700 BGB
- Vertrag: Bausparvertrag
- Auszahlungsanspruch: folgt aus Vertrag
 - => fällig? „zuteilungsreif“
 - => Höhe? TDM 11,5

- Anspruch erloschen:
 - o § 362 I BGB? (-) kein Scheck, sondern „cash“ geschuldet
 - o § 362 II BGB? (-) s.o.
 - o erfüllungsstatt (§ 364 BGB)? (-) die schlichte Hingabe des Schecks sollte keine Erfüllung bewirken
- Vertrag
 - o erfüllungshalber (§ 364 BGB)?
 - a) Problem: Zugang des Schecks
 - b) Problem: Einlösung des Schecks
 - = Übertragung von D => T
 - Schlüssig dargelegt (+)
 - c) Erheblichkeit? (+) Zugang und Übereignung des Schecks sind bestritten
 - o Beweisprognose:
 - Beweistatsachen: Zugang Einlösung/Übereignung
 - Beweislast: Kläger
 - Beweismittel: T als Zeuge => Problem: Aussagewert auf Grund der Umstände laut Sachverhalt

daraus folgt: Die Bank wird nicht darlegen und beweisen können, dass durch Leistung erfüllungshalber die Forderung aus Bausparvertrag erloschen ist.

daraus folgt: Anspruch besteht fort

II. Anspruch W => T aus §§ 989, 990 BGB i.V.m. § 21 ScheckG

EBV: - T = Besitzer (+)
- ursprünglich Eigentum der W (+)
- Problem: verloren an T?

a) berechtigter Erwerb §§ 929 ff. BGB
(-) da keine Einigung zwischen W und T

b) berechtigter Erwerb W => D => T? gem. §§ 929 ff. BGB
(-) s.o.: so wie Erfüllungseinwand scheitert, scheitert hier die Darlegung und der Beweis einer Einigung und Übergabe zwischen W => D => T

c) gutgläubiger Erwerb durch T
aa) gem. §§ 932 ff. BGB (-) da Art. 21 ScheckG lex specialis
bb) Art. 21 ScheckG

- o irgendwie abhanden gekommen (+)
- o gutgläubiger Erwerb durch T?

Umstände: auf offener Straße, ungewöhnlicher Ort und Zeit, Wert des Geschäfts, Höhe der Scheckzahlung im Vergleich zum angeblichen Baranteil, typischer Geschäftsablauf (-)

daraus folgt: die besseren Argumente sprechen für fehlende Gutgläubigkeit des T, „Die Geschichte ist nicht glaubhaft“. A.A. vertretbar

daraus folgt: W = Eigentümer geblieben

EBV:

- | | |
|------------------------------------|-------------------------------------|
| - RZB gem. § 986 BGB | (-) Vertrag usw. fehlt |
| - Untergang i.S.v. § 989 BGB | (+) Scheck eingelöst |
| - bösgläubig gem. § 990 BGB | (+) s.o. Umstände |
| - Schaden gem. § 989 BGB | (+) wenn W zweimal zahlen muss |
| - Verschulden gem. §§ 989, 276 BGB | (+) T handelt mind. grob fahrlässig |

daraus folgt: Regressanspruch schlüssig

III. Anspruch aus §§ 992, 823 BGB

Problem: nur vorsätzliches Handeln des T relevant, hier wohl (-)

IV. Anspruch aus §§ 816 I 1, 818 II BGB

- T Nichtberechtigter? (+) wegen Art. 21 ScheckG
- Verfügung an Nichtberechtigten? (+) Einlösung des Schecks
- erlangtes Etwas? (+) Eigentum am Geld, bei Zahlung auf Konto = Gutschrift bzw. Auszahlungsanspruch aus Girovertrag
- Herausgabegegenstand? (+) Wertersatz gem. § 818 II BGB

Beklagtenstation

„Welche Tatsache könnte hinsichtlich welchen Tatbestandsmerkmals welchen Anspruchs in welcher Weise erheblich sein?“

d.h. ernsthaft denkbare tatsächliche Einwände des T?

- Entreicherung gem. § 818 III BGB bezüglich §§ 816, 818 II?

(-) da 818 IV, 819 BGB – der Bösgläubige haftet verschärft

daraus folgt: unerheblich

- tatsächliche Behauptung, D habe von T einen Teppich erworben und teilweise mit Scheck bezahlt?

(+) da dann jedenfalls Art. 21 ScheckG greift, selbst wenn Scheck abhandengekommen wäre, dann §§ 989, 990 (-)

(+) da dann Zugang des Schecks an D belegbar, mit der Folge, dass Wirkung Leistung erfüllungshalber eingetreten wäre, Anspruch erloschen

daraus folgt: erheblich

Beweisprognosestation:

- Beweistatsachen: Gab es Geschäft zwischen D und T?
- Beweislast: klagende W → § 1006 Abs. 1 BGB
- Beweismittel: D als Zeuge => Problem: D gab zu erkennen, dass er T nicht kennt.

daraus folgt: eher unwahrscheinlich, dass T den Beweis führen kann

Zweckmäßigkeit:

1. praktische Maßnahmen

- prüfen, ob D oder T sich wechselseitig kennen, wenn möglich (z.B. anhand eines Fotos (Personalausweis, § 154 AO)
- wenn erster Punkt unergiebig, dann Anweisung an Fachabteilung: Zahlung an D, aber nicht durch Scheck, sondern durch Überweisung oder jedenfalls mittels Einschreiben/Rückschein, kurze rechtliche Begründung unter Hinweis auf das Problem des Zugangsnachweises
- Hinweis an Fachabteilung, generell das Zahlungsverhalten zu ändern
- Zahlungsaufforderung an T, wenn Zahlung an D erfolgt ist

2. Prozesstaktik

Klage oder Mahnbescheid gegen T, wenn Frist fruchtlos verstreicht – hier wohl Klage, da Widerspruch gegen Mahnbescheid wahrscheinlich ist

3. Zuständigkeit des Gerichts bei Klage T festlegen

Praktischer Teil:

Leistung

Leistungsantrag formulieren

2. Die strafrechtliche Aufgabenstellung

a) Klausurfall

1

STAATSANWALTSCHAFT DESSAU
305 JS 2435/05

Dessau, den 26.03.2005

H a f t !

Landgericht Dessau
3. Strafkammer
als Schwurgericht
in Dessau

ANKLAGESCHRIFT

Der Ingenieur Wolfgang W u n s c h, geboren am 01.11.1971 in Leipzig, zuletzt wohnhaft Emil-Obst-Str. 11, 06749 Bitterfeld, Deutscher,

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 26.01.2005 und aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Bitterfeld - 30 Gs II 348/05 - vom 27.01.2005 ununterbrochen in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt Dessau
- nächster Haftprüfungstermin gemäß § 121 Abs. 1 StPO am 26.07.2005

Verteidiger: Rechtsanwalt Udo Berg, Pappelgrund 50, 06847 Dessau

**wird angeklagt
in Bitterfeld
am 22.01.2005
durch eine rechtlich selbständige Handlung
zwei Menschen getötet zu haben, ohne Mörder zu sein.**

Am frühen Morgen des 22.01.2005 zwischen 05.00 und 06.00 Uhr kam es zwischen dem Angeschuldigten und dessen Ehefrau Sybille Wunsch, geb. Rausch, im Schlafzimmer des gemeinsamen Hauses zu einem Streit. Anlass des Streites war die Frage, wer sich um den zu diesem Zeitpunkt heftig schreienden Säugling Achim, geb. am 25.10.2004, kümmern sollte.

Sybille Wunsch warf dem Angeschuldigten zum wiederholten Male vor, er kümmere sich zu wenig um das gemeinsame Kind. Zudem teilte sie dem Angeschuldigten mit, dass sie auch ohne ihn zurechtkomme und ihn verlassen werde. Sie werde an diesem Morgen wegfahren und nicht mehr wiederkommen. Der Angeschuldigte geriet hierüber in Wut. Da er eine Trennung mit aller Gewalt verhindern wollte, beschloss er, seine Ehefrau zu töten, fasste in Tötungsabsicht mit beiden Händen von vorne um ihren Hals und würgte sie. Anschließend lief er in den Keller und holte dort einen Hammer, mit dem er 18-mal auf den Kopf seiner Frau schlug. Die zahlreichen Kopfverletzungen sowie die vorangegangene Halskompression führten zum Tod der Sybille Wunsch.

Dem Angeschuldigten fiel sodann ein, dass seine Ehefrau zusammen mit dem gemeinsamen Sohn Achim an diesem Morgen für mehrere Tage verreisen wollte. Er nahm sich vor vorzuspiegeln, beide seien planmäßig abgereist und auf der Reise einem Verbrechen zum Opfer gefallen, und beschloss, den Säugling zu ertränken.

Der Angeschuldigte ging in das Badezimmer und ließ die ca. 50 cm lange Baby-Badewanne voll Wasser laufen. Sodann legte er den schlafenden Säugling hinein und ertränkte ihn. Anschließend mauerte er beide Leichen in einem Kellerraum seines Hauses ein. Am nächsten Tag erstattete er bei der Polizei in Bitterfeld eine Vermisstenanzeige.

Verbrechen, strafbar gemäß §§ 212, 52 StGB

Beweismittel:

I. Zeugen

1. Gertrud Rausch, Dessauer Str. 70, 06868 Lutherstadt Wittenberg
2. KOK Timo Weber, zu laden über die Polizeidirektion Dessau
3. KHK Waltraud Schmidt, zu laden über die Polizeidirektion Dessau

II. Sachverständige:

1. Prof. Dr. med. R. Mittig, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Klinikum der Medizinischen Fakultät, Institut für Rechtsmedizin, Franzosenweg 1, 06112 Halle/Saale
2. Dr. med. E. Bergfried, Salus GmbH Fachkrankenhaus Bernburg, Olga-Benario-Str. 16, 06406 Bernburg (Saale)

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zu den weiteren Beweismitteln. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen:

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zum wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Es wird beantragt,

- a) die Anklage zuzulassen und das Hauptverfahren vor dem Landgericht
- Schwurgericht - in Dessau zu eröffnen,
- b) Haftfortdauer anzuordnen.

Näher
Staatsanwalt

Auszug aus dem Protokoll der Hauptverhandlung vom 21.07.2005:

Öffentliche Sitzung des Landgerichts Dessau - Schwurgericht - vom 21.07.2005
AZ: 305 Js 2435/05 - 3 Ks

gegenwärtig:

Vorsitzender Richter am Landgericht Hammer
Richter am Landgericht Paul
Richter am Landgericht Dr. Korb
Dr. Harald Everding und Ulrike Heuschele als Schöffen
Staatsanwältin Hummel als Beamtin der Staatsanwaltschaft
Justizobersekretärin Schubert als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Strafsache gegen

Wolfgang Wunsch, geb. am 01.11.1971 in Leipzig, zuletzt wohnhaft Emil-Obst-Str. 11,
06749 Bitterfeld, zur Zeit in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt Dessau,

wegen Totschlags

erschieden nach Aufruf zur Sache:

der Angeklagte mit Verteidiger Rechtsanwalt Berg, Dessau,
die Nebenklägerin Gertrud Rausch mit Nebenklägervertreiter Rechtsanwalt Wunderlich
die Sachverständigen Prof. Dr. Rolf Mittig und Dr. Else Bergfried,
der Zeuge Weber sowie die Zeugen Schmidt, ...

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes:
Wird ausgeführt. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Die Zeugen werden ermahnt, die Wahrheit zu sagen, auf die Möglichkeit der Vereidigung hingewiesen und über die Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen eidlichen oder uneidlichen Aussage belehrt. Sodann werden sie gebeten, vor dem Sitzungssaal Platz zu nehmen. Der Nebenklägerin wird die Anwesenheit im Sitzungssaal gestattet. Rechtsanwalt Wunderlich legt dem Gericht eine schriftliche Vollmacht der Nebenklägerin Gertrud Rausch vor.

Zu seinen Personalien befragt erklärt der Angeklagte:
Mein Name ist Wolfgang Wunsch.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Der Vorsitzende stellt fest, dass die Anklage der Staatsanwaltschaft Dessau vom 26.03.2005 bislang noch nicht zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren noch nicht eröffnet wurde.

Nachdem das Gericht den Angeklagten, seinen Verteidiger sowie die Nebenklägerin und den Nebenklägervertreiter ausdrücklich über die Möglichkeit eines Antrags auf Aussetzung des Verfahrens belehrt hat, erklären diese übereinstimmend, dass ihnen an der sofortigen Fortsetzung der Verhandlung gelegen ist und dass sie im Falle einer Nachholung des Eröffnungsbeschlusses keinen Aussetzungsantrag stellen werden.

Die Hauptverhandlung wird unterbrochen.
Nach geheimer Umfrage und Beratung der Richter Hammer, Dr. Korb und Paul verkündet der Vorsitzende folgenden

Beschluss:

Die Anklage der Staatsanwaltschaft Dessau vom 26.03.2005 wird von der 3. großen Strafkammer des Landgerichts Dessau - Schwurgericht - zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet. Der Haftbefehl bleibt aufrechterhalten.

Sodann wird die Hauptverhandlung mit Zustimmung der Vertreterin der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten, seines Verteidigers, der Nebenklägerin und des Nebenklägervertreters fortgesetzt.

v.u.g.

Der Angeklagte, sein Verteidiger sowie die Nebenklägerin und der Nebenklägervertreter verzichten auf die Einhaltung der Ladungsfrist.

Die Staatsanwältin verliest die Anklageschrift vom 26.03.2005.

Der Angeklagte wird darüber belehrt, dass es ihm freistehe, sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.

Der Angeklagte macht keine Angaben.

Sodann wird der Zeuge Weber in den Sitzungssaal gerufen und wie folgt vernommen:

1. Zeuge:

Zur Person: Timo Weber, 28 Jahre alt
- Kriminaloberkommissar - zu laden über die Polizeidirektion Dessau,
mit dem Angeklagten nicht verwandt und nicht verschwägert.

Der Zeuge bekundete zur Sache.

Der Zeuge blieb auf Anordnung des Vorsitzenden unvereidigt. Er verließ sodann den Sitzungssaal.

2. Zeuge:

Zur Person: Waltraud Schmidt, 49 Jahre alt
- Kriminalhauptkommissarin - zu laden über die Polizeidirektion Dessau,
mit dem Angeklagten nicht verwandt und nicht verschwägert.

Die Zeugin bekundete zur Sache.

Der Nebenklägervertreter beantragte, die Zeugin Schmidt zu vereidigen.

Der Verteidiger widersprach einer Vereidigung der Zeugin.

Das Gericht erlässt nach geheimer Beratung folgenden Beschluss:

Die Zeugin Schmidt bleibt unvereidigt und wird entlassen.

Sodann verließ die Zeugin den Sitzungssaal.

3. Zeuge:

Zur Person: Gertrud Rausch, 69 Jahre alt
- Rentnerin - wohnhaft Dessauer Str. 70, 06886 Lutherstadt Wittenberg

Nach Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht bekundete die Zeugin:

„Ich bin die Mutter der Getöteten Sybille Wunsch. Ich möchte aussagen.“

Die Zeugin bekundete zur Sache.

Die Zeugin blieb auf Anordnung des Vorsitzenden unvereidigt.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zu der Vernehmung der weiteren Zeugen. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Der Hauptverhandlungstermin wird um 11.30 Uhr unterbrochen und um 11.50 Uhr in derselben Besetzung fortgeführt.

Die Sachverständigen werden über ihre Pflichten belehrt.

Sodann wird der Sachverständige Prof. Dr. Mittig gebeten, sein Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten zu erstatten.

Zur Person:

Professor Dr. med. Rolf Mittig, 57 Jahre, verheiratet,
Inhaber einer Professur für Rechtsmedizin an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
ladungsfähige Anschrift: Klinikum der Medizinischen Fakultät, Institut für Rechtsmedizin,
Franzosenweg 1, 06112 Halle/Saale, mit dem Angeklagten nicht verwandt und nicht verschwägert.

Der Verteidiger des Angeklagten stellt folgenden Antrag:

„Es wird beantragt, den Sachverständigen Prof. Dr. Mittig wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Es wird anwaltlich versichert, dass auf dem Handy der Verteidigung in der letzten Verhandlungspause eine Nachricht des im Arztrecht spezialisierten Kollegen Dr. Lantermann einging, in der dieser mitteilte, dass Prof. Dr. Mittig in der heute erschienenen Ausgabe der Fachzeitschrift „Medizin und Recht“ Untersuchungen zu Fragen der Schuldfähigkeit bei Tötungsdelikten nach vorangegangenen Beziehungskonflikten veröffentlicht hat. Eine sofortige telefonische Rückfrage der Verteidigung hat diese Mitteilung bestätigt.“

Aus diesem Grund besteht hinreichender Anlass zu der Annahme, dass der Sachverständige gegenüber dem Angeklagten eine innere Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.“

Die übrigen Beteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägervertreter äußern sich.

Der Hauptverhandlungstermin wird um 11.55 Uhr unterbrochen und um 13.30 Uhr in derselben Besetzung fortgeführt.

Das Gericht erlässt nach geheimer Beratung folgenden Beschluss:

„Dem Ablehnungsantrag der Verteidigung wird stattgegeben. Die Verteidigung hat hinreichend glaubhaft gemacht, dass Herr Prof. Dr. Mittig in der letzten Ausgabe der Fachzeitschrift „Medizin und Recht“ Untersuchungen zu Fragen der Schuldfähigkeit bei Tötungsdelikten nach vorangegangenen Beziehungskonflikten veröffentlicht hat. Daher besteht die Besorgnis, dass der Sachverständige gegenüber dem Angeklagten eine innere Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.“

Der Sachverständige wird entlassen.

Sodann wird die Sachverständige Dr. Bergfried gebeten, ihr Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten zu erstatten.

Zur Person:

Dr. med. Else Bergfried, 47 Jahre, ledig,
Ärztin im Fachkrankenhaus Bernburg, ladungsfähige Anschrift: Satus GmbH Fachkrankenhaus Bernburg, Olga-Benario-Str. 16, 06406 Bernburg (Saale), mit dem Angeklagten nicht verwandt und nicht verschwägert.

Die Sachverständige erstattet ihr Gutachten.

Die Sachverständige bleibt auf Anordnung des Vorsitzenden unvereidigt und wird entlassen.

Der Bundeszentralregisterauszug des Angeklagten wird verlesen und zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht.

Auf ausdrückliches Befragen werden keine Beweis- oder Beweisermittlungsanträge mehr gestellt. Die Beweisaufnahme wird geschlossen.

Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft, der Vertreter der Nebenklägerin, der Verteidiger und der Angeklagte erhielten zu ihren Ausführungen und Anträgen das Wort.

Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft beantragt, ... ~~Vom Abdruck wurde abgesehen.~~

Der Nebenklägervertreter beantragt, ... ~~Vom Abdruck wurde abgesehen.~~

Der Verteidiger Rechtsanwalt Berg beantragt, ... ~~Vom Abdruck wurde abgesehen.~~

Der Angeklagte schließt sich dem Antrag seines Verteidigers an.

Der Hauptverhandlungstermin wird um 16.15 Uhr zur geheimen Beratung des Gerichts unterbrochen und um 16.50 Uhr in derselben Besetzung fortgeführt.

Sodann verkündet der Vorsitzende durch Verlesen der Urteilsformel und durch mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Urteilsgründe folgendes Urteil:

Urteil Im Namen des Volkes!

1. Der Angeklagte wird wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt.
2. Der Angeklagte hat die Kosten des Verfahrens sowie seine notwendigen Auslagen und die notwendigen Auslagen der Nebenklägerin Gertrud Rausch zu tragen.

Angewendete Vorschriften: §§ 212, 52 StGB

Die Rechtsmittelbelehrung erfolgte durch den Vorsitzenden. Erklärungen wurden keine abgegeben.

Beschluss:

Der Haftbefehl bleibt aufrechterhalten.

v.u.g.

Das Protokoll wurde fertig gestellt am 26.07.2005.

Hammer
Hammer, VRLG

Schubert
JOS'in

Dienstliche Erklärung:

Dessau, 01.08.2005

Entgegen den Angaben des Protokolls vom 21.07.2005, fertig gestellt am 26.07.2005, wurde dem Angeklagten das letzte Wort erteilt. Eine Korrektur ist mir nun verwehrt.

Hammer,
Hammer, VRLG

Dienstliche Erklärung:

Dessau, 02.08.2005

Die Angaben des VRLG Hammer sind zutreffend.
In dem von mir abgegebenen Protokoll fehlt die Angabe: „Der Angeklagte hatte das letzte Wort.“ Das Protokoll der Hauptverhandlung vom 21.07.2005 ist daher insoweit unvollständig und fehlerhaft. In den mir noch vorliegenden Protokollnotizen ist diese Angabe noch auf Blatt 6 vorhanden und nur aus Versehen nicht in das abzugebende Protokoll übertragen worden.

Schubert
Schubert, JOS'in

305 Js 2435/05 - 3 Ks

Landgericht Dessau

Im Namen des Volkes Urteil

In der Strafsache

g e g e n

Wolfgang Wunsch , geboren am 01.11.1971 in Leipzig,
zuletzt wohnhaft: Emil-Obst-Straße 11, 06749 Bitterfeld,
zurzeit in dieser Sache in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt Dessau,

w e g e n Totschlags

hat die 3. große Strafkammer des Landgerichts Dessau - als Schwurgerichtskammer - in der Sitzung vom 21. Juli 2005, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Landgericht Hammer als Vorsitzender,
Richter am Landgericht Dr. Korb,
Richter am Landgericht Paul als beisitzende Richter,
Dr. Harald Everding und Ulrike Heuschele als Schöffen
Staatsanwältin Hummel als Beamtin der Staatsanwaltschaft,
Rechtsanwalt Berg, Dessau, als Verteidiger des Angeklagten,
Gertrud Rausch als Nebenklägerin
Rechtsanwalt Wunderlich, Dessau, als Vertreter der Nebenklägerin,
Justizobersekretärin Schubert als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für R e c h t erkannt:

Der Angeklagte wird wegen tateinheitlich begangenen zweifachen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt.

Der Angeklagte hat die Kosten des Verfahrens sowie seine notwendigen Auslagen und die notwendigen Auslagen der Nebenklägerin Gertrud Rausch zu tragen.

Angewandte Strafvorschriften: §§ 212, 52 StGB

G r ü n d e

I.

Der Angeklagte Wolfgang Wunsch wurde am 01.11.1971 in Leipzig als erstes Kind der Eheleute Wolfgang Wunsch und Edeltraud Wunsch, geb. Kock, geboren. Mit seinem jüngeren Bruder verlebte er eine normale Kindheit. Nach seinem Abitur nahm er ein Studium im Fach Maschinenbau auf, das er 1996 erfolgreich abschloss. Anschließend arbeitete er als Ingenieur bei der Firma Finzel in Bitterfeld.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Strafrechtlich ist der Angeklagte noch nicht in Erscheinung getreten.

II.

Die Geburt des gemeinsamen Kindes Achim am 25.10.2004 führte, obwohl es sich um ein Wunschkind handelte, zu Problemen in der Beziehung der Eheleute Wunsch. Da das Kind insbesondere nachts wenig schlief und sehr häufig schrie, kam es zu regelmäßigen Auseinandersetzungen zwischen den Eheleuten. Der Angeklagte ging auf die Bitten seiner Frau, sie vor allem nachts bei der Betreuung Achims stärker zu unterstützen, nicht ein, sondern reagierte wiederholt unwirsch, indem er darauf verwies, das Kind nicht dauerhaft beruhigen zu können, weil es gestillt werden müsse. Auf den Vorwurf seiner Frau, er kümmere sich zu wenig um das Kind, reagierte er sehr häufig ärgerlich.

Nicht zuletzt wegen dieser Schwierigkeiten plante die verstorbene Sybille Wunsch, am 22.01.2005 zusammen mit ihrem Sohn zu verreisen und für ein oder zwei Wochen zu ihrer Schwester nach Bremen zu fahren. Als der Angeklagte am Abend des 21.01.2005 von der Arbeit nach Hause kam, waren seine Frau und der Säugling ebenfalls anwesend. Sybille Wunsch hatte ihre Reisevorbereitungen schon getroffen. Die Koffer waren gepackt.

Am frühen Morgen des 22.01.2005, zwischen 05.00 und 06.00 Uhr kam es zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau im Schlafzimmer zu einem Streit, da sich der Angeklagte erneut nicht um den zu diesem Zeitpunkt heftig schreienden Säugling Achim kümmern wollte.

Sybille Wunsch warf dem Angeklagten vor, er kümmere sich zu wenig um das gemeinsame Kind, sie käme auch ohne ihn zurecht und würde ihn verlassen. Wenn sie am Morgen wegfahren würde, würde sie nie mehr wiederkommen. Der Angeklagte, für den Sybille Wunsch die Traumfrau darstellte, geriet hierüber in Wut. Da er eine Trennung mit aller Gewalt verhindern wollte, beschloss er, seine Ehefrau zu töten, kniete sich auf sie, fasste in Tötungsabsicht mit beiden Händen von vorne um ihren Hals und würgte sie. Als er sah, dass die Frau regungslos auf der Matratze lag, aber noch atmete, lief er in den Keller und holte dort aus einer Kiste im Abstellraum einen Hammer. Mit diesem schlug er 18-mal auf den Kopf seiner Frau. Die zahlreichen Kopfverletzungen sowie die vorangegangene Halskompression führten zum Tod der Sybille Wunsch.

Nachdem der Angeklagte sich kurz überlegt hatte, was er nun tun könne, fiel ihm ein, dass seine Ehefrau zusammen mit dem gemeinsamen Sohn Achim, der zwischenzeitlich wieder eingeschlafen war, an diesem Morgen für mehrere Tage verreisen wollte. Er nahm sich vor, die Leiche seiner Frau sowie den Säugling zu beseitigen und vorzuspiegeln, beide seien planmäßig abgereist und auf der Reise einem Verbrechen zum Opfer gefallen, und beschloss, den Säugling zu ertränken.

Der Angeklagte ging daraufhin in das Badezimmer und ließ die ca. 50 cm lange Baby-Badewanne voll Wasser laufen. Er trug diese in das Schlafzimmer, legte den schlafenden Säugling hinein und ertränkte ihn.

Um den Eindruck zu erwecken, dass seine Frau mit seinem Sohn verreist sei, fuhr der Angeklagte mit dem VW-Golf seiner Frau auf den Mitfahrerparkplatz an der Autobahnabfahrt Wolfen. Zuvor hatte er das Gepäck seiner Frau und des Kindes, das seine Frau bereits im Flur bereit gestellt hatte, in den Golf eingeladen. Von Wolfen aus fuhr er sodann mit der Bahn zurück. Das letzte Stück ging er zu Fuß nach Bitterfeld. Als er wieder zu Hause war, packte er die beiden Leichen in eine Matratze und schnürte diese zu. Die Matratze zog er dann in den Keller, da er keine Blutspuren im Haus hinterlassen wollte. Im hinteren Kellerraum des Hauses packte er die Leichen aus der Matratze aus, um sie in einer Bodenvertiefung einzuzementieren. Er hatte bereits 4 - 5 Eimer Zement über die Leichen geschüttet, als er bemerkte, dass die Mulde im Kellerboden nicht groß genug war. Daraufhin räumte er alle Sachen, die blutverschmiert waren und in irgendeiner Art und Weise auf die Tat hätten schließen lassen können, in diesen Kellerraum. Sodann mauerte er den Keller mit Ytong-Steinen zu und stapelte davor so viel Brennholz, dass man von dem frischen Mauerwerk nichts mehr sehen konnte. Am späten Abend merkte er dann, dass er die Baby-Tasche seines Sohnes und das Handy seiner Frau vergessen hatte. Er lud die beiden Gegenstände in seinen Volvo und fuhr zu dem Mitfahrerparkplatz, auf dem er frühmorgens den Golf abgestellt hatte. Er legte die Baby-Tasche und das Handy in den hinteren Fußraum des Golfs. Zuvor wählte er mit dem Handy seiner Frau seine eigene Telefonnummer in Bitterfeld an, um ein Lebenszeichen seiner Frau vorzutäuschen. Anschließend fuhr er nach

Hause zurück. Am nächsten Tag strich der Angeklagte das Schlafzimmer neu an, um die blutverschmierten Wände zu überdecken. Sodann begab er sich zum Polizeirevier Bitterfeld und meldete sowohl seine Frau als auch seinen Sohn als vermisst.

III.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen Ausführungen zur Beweiswürdigung. Vom Abdruck wurde abgesehen.

IV.

Durch sein Verhalten hat sich der Angeklagte eines Totschlags schuldig gemacht.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes:
Wird ausgeführt. Vom Abdruck wurde abgesehen.

V.

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Es folgen ordnungsgemäße Ausführungen zur Strafzumessung und zur Kostenentscheidung. Vom Abdruck wurde abgesehen.

Hammer

Dr. Korb

Paul

Anmerkung des Landesjustizprüfungsamtes: Ausweislich des Vermerks der Geschäftsstelle wurde das schriftliche Urteil am 29.08.2005 zu den Akten gebracht. Die endgültige mit Gründen versehene schriftliche Urteilsfassung wurde dem Verteidiger Berg, dem Angeklagten, dem Nebenklägervertreter sowie der Staatsanwaltschaft Dessau am 02.09.2005 ordnungsgemäß zugestellt. Dem Urteil war das nachfolgende Anschreiben des Landgerichts Dessau beigelegt.

Landgericht Dessau
Willy-Lohmann-Str. 29
06844 Dessau

Dessau, 01.09.2005

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei erhalten Sie das Urteil des Landgerichts Dessau vom 21.07.2005, AZ 305 Js 2435/05 - 3 Ks.

Der Berichterstatter in dieser Sache hat am 24.08.2005 auf dem morgendlichen Weg zum Gericht einen Autounfall erlitten. Mit einem Beinbruch und einer leichten Gehirnerschütterung musste er zunächst die Notfallambulanz aufsuchen und war in den nächsten beiden Tagen nicht mehr arbeitsfähig. Das Urteil in der vorliegenden Sache war zu diesem Zeitpunkt bereits begonnen, aber noch nicht fertig gestellt. Unter normalen Umständen wäre die Fertigstellung noch am 24.08.2005, spätestens aber am 25.08.2005 erfolgt. Tatsächlich konnte das Urteil jedoch erst am 28.08.2005 fertig geschrieben und am nächsten Morgen durch den Vorsitzenden sowie den zweiten Beisitzer gelesen, unterzeichnet und zur Geschäftsstelle gegeben werden.

Mit freundlichen Grüßen
Singer, JOS

Rechtsanwälte

11

Wunderlich · Dr. Trüloff
Dr. Fehrmann · Dr. Findeisen

Wunderlich, Dr. Findeisen, Dr. Trüloff u. Dr. Fehrmann
Kornhausstraße 120, 06846 Dessau

An das
Landgericht Dessau
3. Strafkammer als Schwurgericht
Postfach 1426
06813 Dessau

*Landgericht Dessau
27. JULI 2005*

In der Strafsache gegen

Wolfgang Wunsch
AZ: 306 Js 2435/05 - 3 Ks

Wilfried Wunderlich
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Dr. jur. Achim Findeisen
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. jur. Susanne Trüloff
Rechtsanwältin und Fachanwältin für
Arbeits- und Steuerrecht

Dr. jur. Eva Fehrmann
Rechtsanwältin und Fachanwältin für
Strafrecht

Dessau, den 28.07.2005

1425/05/WUN
Bitte bei Antwort stets angeben.

wird gegen das am 21.07.2005 verkündete Urteil namens und in Auftrag der Nebenklägerin,
Frau Gertrud Rausch,

Revision

mit dem Ziel der Änderung des Schuldspruchs eingelegt.

Rechtsanwalt

Dresdner Bank Dessau Konto-Nr. 02 760 57 Bankleitzahl 570 800 40
Stadtsparkasse Dessau Konto-Nr. 04 444 556 Bankleitzahl 570 502 99
Commerzbank Dessau Konto-Nr. 235 1679 3 Bankleitzahl 570 400 44

Kornhausstr. 120
06846 Dessau
Gerichtsfach 34
Tel.: 0340/547-0
Fax: 0340/457-71

Bearbeitungsvermerk:

1. Die Erfolgsaussichten der für die Nebenklägerin eingelegten Revision sind umfassend zu begutachten. Die Revisionsanträge sind auszuformulieren. Bei der Erstellung des Gutachtens ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen - ggfs. hilfsgutachtlich - einzugehen. Dies gilt im Rahmen der Sachrüge auch, wenn der Bearbeiter zu dem Ergebnis kommt, dass Vorschriften für die Revision der Nebenklägerin nicht von Bedeutung sind. Beurteilungszeitpunkt ist der 22.09.2005.
2. Die Formalien (Unterschriften, Vollmachten, Ladungen u.s.w.) sind in Ordnung, soweit sich aus dem Aktenstück nicht etwas anderes ergibt. Die §§ 240, 257 StPO wurden hinsichtlich aller Verfahrensbeteiligten beachtet.
3. Die nicht abgedruckten Aktenteile sind für die Bearbeitung ohne Relevanz.
4. Die örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft Dessau sowie des Landgerichts Dessau ist gegeben.
5. Die Ausführungen von Dr. E. Bergfried, die zu einer vollen Schuldfähigkeit des Angeklagten gelangt, sind nicht zu beanstanden.
6. Hinweis:
Der von Ihnen benutzte Aufgabentext wird nicht zu Ihren Prüfungsunterlagen genommen. Anmerkungen, Bezugnahmen oder Verweisungen, die nur durch Einsicht in das von Ihnen benutzte Exemplar des Aufgabentextes verständlich werden, verbieten sich deshalb.
7. Wegen der zulässigen Hilfsmittel wird auf die Allgemeinverfügung des Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt „Hilfsmittel in den juristischen Staatsprüfungen“ vom 21.04.2004 (Az.: 2230 - PA.100; JMBI. LSA Nr. 20/2004, S. 121 vom 01.06.2004) Bezug genommen.

Auszug aus dem Kalender 2005:

	Juni	Juli	August	September
Mo	6 13 20 27	4 11 18 25	1 8 15 22 29	5 12 19 26
Di	7 14 21 28	5 12 19 26	2 9 16 23 30	6 13 20 27
Mi	1 8 15 22 29	6 13 20 27	3 10 17 24 31	7 14 21 28
Do	2 9 16 23 30	7 14 21 28	4 11 18 25	1 8 15 22 29
Fr	3 10 17 24	1 8 15 22 29	5 12 19 26	2 9 16 23 30
Sa	4 11 18 25	2 9 16 23 30	6 13 20 27	3 10 17 24
So	5 12 19 26	3 10 17 24 31	7 14 21 28	4 11 18 25
 Oktober				
Mo	3 10 17 24 31			
Di	4 11 18 25			
Mi	5 12 19 26			
Do	6 13 20 27			
Fr	7 14 21 28			
Sa	1 8 15 22 29			
So	2 9 16 23 30			

b) Klausurlösungsvorschlag

Nachfolgend die Lösungsskizze entsprechend dem vorgeschlagenen Aufbau:

1

Gutachten:

I. Verfahrenshindernisse

1. fehlender Eröffnungsbeschluss HV

- in HV vom 21.07.2005 Anklage zugelassen und HV eröffnet §§ 199 I, 203 StPO

Problem: Heilung durch Nachholung?

allg. M. bis zu Beginn Hauptverhandlung möglich.

Beginn: Vernehmung des Angeklagten zur Sache, arg: Er muss wissen, was los ist.

Daraus folgt: (+) nach Rechtsprechung + h.M.

darüber hinaus: Verzicht der Prozessbeteiligten auf Aussetzung der Hauptverhandlung

daraus folgt: (-) kein Verfahrenshindernis

II. Verfahrensrügen

1. Verspätete Urteilsabsetzung §§ 275 I 1, 338 Nr. 7 StPO

- erst am 29.08.2005 zur Akte
- § 275 I 2 1. Halbsatz StPO spätestens fünf Wochen, 21.07.2005 Verkündung: daraus folgt am 25.08.2005 (Donnerstag) Fristablauf, § 43 I StPO
- Ausnahme: § 275 I 4 StPO - schuldlose Verhinderung
hier: am 24.08.2005 hatte Berichterstatter Unfall, weshalb eine Beratung nicht mögl. war; restliche Zeit für Neubefassung der Ersatzbesetzung zu knapp

daraus folgt: (-) kein Verstoß

2. Nichtvereidigung Zeuge Weber, § 59 StPO, durch Vorsitzenden allein

Problem: Spruchkörper entschied nicht

aber: BGH 20.01.2005, 3 StR 455/04

- Vorsitzender leitet Prozess
- AO-Befugnis § 238 I StPO
- er darf über Vereidigung entscheiden
- Protokollpflichtigkeit

Problem: Beanstandungen in Hauptverhandlung nötig, § 238 II StPO

- fehlt vorliegend
- daraus folgt: (-) kein Verstoß

3. Nichtvereidigung Zeugin Schmidt, § 59 StPO durch Gericht

- Beschluss des Gerichts auf Antrag der Verteidigung, § 238 II ohne Begründung
 - Notwendigkeit der Begründung ist streitig
- Regel: Nichtvereidigung - Ausnahme: Vereidigung
pro: Regel ist ohne Gründe
contra: Prüfbarkeit

daraus folgt: (+) Verstoß, je nach Rechtsmeinung

4. Ablehnung SV Mittig, § 74 StPO

- § 74 I StPO, wenn Ablehnung zu Unrecht
- Zulässigkeit des Antrags: (+) Umstände in HV sofort
- Begründung: Parteilichkeit durch Beitrag?
- aber: es wurde wissenschaftliche Meinung kundgetan, einen Fallbezug gab es nicht.

Problem jedenfalls: § 337 StPO - Beruhen des Urteils?

- denn 2. SV angehört durch LG DE
- denn Rechtskreis des Mandanten als Nebenkläger tangiert?
- wohl ja, § 397 I 3, 74 II StPO (ggf. Zweckmäßigkeit)

daraus folgt: (+) § 74 StPO verletzt sowie § 337 StPO, wenn Urteil auf Verletzung beruht

5. Fehlende Anhörung Mittig, § 245 StPO

- der anwesende Mittig wurde am 21.07.2005 nicht angehört
- § 245 I StPO gerichtlich geladener SV ist ohne Antrag zu vernehmen
- Problem: da rechtswidrige Ablehnung § 74 StPO auch rechtswidrig wg. fehlender Anhörung

Daraus folgt: (+) § 245 I StPO verletzt

- Problem: § 337 StPO verletzt? (+) s.o., wenn Urteil auf Verstoß beruht.

daraus folgt: (+) Verstoß

6. Letztes Wort, § 258 II 2. Halbsatz StPO

- Rederecht des Angeklagten verletzt (vgl. Protokoll HV)
Problem: es fehlt sofortige Rüge bezüglich Protokoll, weshalb Verletzung unbeachtlich
aber: streitig, pro § 273 IV StPO, a.A. Rspr.

daraus folgt: mit Literaturmeinung ist § 258 II 2. Halbsatz StPO verletzt

Problem: § 337 StPO verwirklicht? Rechtskreis des Nebenkläger nicht verletzt, da Vorschrift dem Schutz des Angeklagten dient (ggf. in Zweckmäßigkeit)

daraus folgt: (-) kein Verstoß

II. Sachrügen

1. § 212 StGB Ehefrau

- aus Wut und Verärgerung getötet

Ziel: sollte Täter nicht verlassen

§ 211 StGB sonstiger niedriger Beweggrund?

- Abwägung Tatanlass und Zweck
Persönlichkeitsstörung, provokationsbedingter Affekt, persönlich Konfliktlage, wirken maximal entlastend vs. Selbstsucht, Bestimmungsrecht

Problem: Verhalten des Angeklagten vor Tag war Trennungsanlass

Daraus folgt: Abwägung spricht für § 211 StGB, a.A. vertretbar

2. § 212 StGB Sohn

- § 211 StGB Verdeckungsabsicht

Ziel: Glaubhaftmachung, Ehefrau und Sohn seien abgereist und unterwegs verunglückt

- Absicht, zu verdecken, auf Entdeckungsgefahr kommt es nicht an.
- wollte sich strafrechtlicher Verfolgung entziehen

daraus folgt: wohl (+)

- § 211 StGB Heimtücke

Problem: ist schlafendes Baby arglos und wehrlos?

Vertrauen, Bewusstsein – drei Monate alt (-)

3. § 212 StGB in einem rechtlich selbstständigen Fall, § 52 StGB

- natürliche Handlungseinheit
- enger räumlicher/zeitlicher Zusammenhang
aber: vorliegend gibt es nach Sachverhalt eine Zäsur
 - o denn Babywanne beschafft
 - o denn Vollzug in anderem Raum
 - o danach erst Tötung – spricht für neuen Tatentschluss

daraus folgt: § 52 StGB (-)

daraus folgt: Verurteilung ist fehlerhaft, Beruhen § 337 StPO (+) da Relevanz für Strafzumessung

Beweismittel:

Protokoll der HV	(+) Verfahren
benannte Zeugen	Bedarf?
Urteil	(+) für Sachrügen und § 337 StGB

Zweckmäßigkeit:

- Rechtsbehelf ist Revision
LG DE gem. § 333 StPO, gem. § 135 GVG zum BGH
- Berechtigung:
§ 395 II Nr. 1 StPO Mdt. = Mutter der Getöteten = berechtigter Nebenkläger
dagegen nicht als Großmutter

Rahmen § 400 I StPO nicht Rechtsfolgenausspruch
keine Gesetzesverletzung außerhalb Anschlussbefugnis
- Beschwer: LG DE wegen § 212 StGB, nicht § 211 StGB
Ziel: Änderung des Schuldspruchs
- Rechtskreis des Nebenklägers (s.o.); Nebenklage (-) soweit als Großmutter
- Form, Frist: § 401 II StPO eine Woche, § 341 StPO schriftlich
21.07.2005 Urteil
28.07.2005 Schriftsatz
daraus folgt: § 268 II 1 StPO endete am 28.07.2005, daraus folgt: (+) noch innerhalb der Frist
Problem: § 126 BGB gewahrt? – (+) es reicht, dass Urheber erkennbar ist
- Revisionsbegründungsfrist und Form sind zu beachten
§ 344 I StPO - LG DE, § 345 I 1 StPO
§ 390 II StPO => durch Rechtsanwalt
Frist: §§ 401 I 3, 345 I 1 StPO - 1 Monat
daraus folgt: 02.10.2005 = SO, daraus folgt Fristablauf am Mo, aber 03.10.2005 (Feiertag), daraus
folgt Fristablauf am Di 04.10.2005, § 43 II StPO
- Vorschlag: Revision durchführen

Praktischer Teil:

Anträge:

Auf die Revision Nebenkläger das Urteil des LG DE ... aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung nach Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG DE als Schwurgericht zurückzuverweisen.

3. Die öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung

a) Klausurfall

1

DOROTHEA FRÖHLICH

Anwaltskanzlei Fröhlich • Alter Markt 9 • 06618 Naumburg

**Dorothea Fröhlich
Rechtsanwältin
Alter Markt 9**

06618 Naumburg

Bürozeiten: 8.30-13.00 und 14.30-18.00 Uhr

Telefon: 03445/ 10937

Telefax: 03445/ 10938

Vermerk:

Naumburg, 12.10.2005

1. Neues Mandat eintragen:

Herr Manfred Finger
Talweg 17
06729 Elsteraue/OT Altröglitz

2. Heute erschien Herr Finger, wohnhaft wie vor, und bittet um Rechtsauskunft bezüglich des folgenden Sachverhaltes:

„Ich bin Eigentümer des Grundstücks mit der Flurstücknummer 1265/2 in der Gemarkung Elsteraue/OT Altröglitz, Talweg 17. Auf diesem Grundstück, das etwa 500 m außerhalb der bebauten Ortslage von Elsteraue-Altröglitz liegt, befindet sich ein Wohnanwesen sowie ein von mir geführter Baumschulbetrieb. Der Flächennutzungsplan der Gemeinde Elsteraue sieht für den hier maßgeblichen Bereich landwirtschaftliche Flächen vor.

Am Montag, den 14.02.2005 reichte ich bei der Kreisverwaltung des Burgenlandkreises in Naumburg eine Bauvoranfrage ein zwecks Nutzungsänderung des Wohnhauses auf meinem Grundstück in einen Swinger-Club. Grund für die geplante Änderung ist, dass die seit sechs Jahren auf dem Grundstück betriebene Baumschule einen derartigen Umfang angenommen hat, dass aus betrieblichen und organisatorischen Gründen eine Vergrößerung des Betriebs unerlässlich ist. Dies ist auf dem Grundstück jedoch nicht möglich, so dass nur eine Verlagerung des Betriebes in Betracht kommt.

Da ich das Anwesen jedoch nicht verkaufen will und die landwirtschaftlichen Flächen weiterhin in der bisherigen Form genutzt werden sollen, habe ich eine Nutzung des Hausanwesens für einen Swinger-Club ins Auge gefasst und möchte dort den privaten Partykreis „Flair“ eröffnen. Die Räume sollen genutzt werden als Büfettaum/Diele, als Umkleideräume, als Bar und als Matratzenräume. Der private Partykreis soll als privater Treff für Paare und Singles - gegen Entgelt - grundsätzlich für jeden interessierten Erwachsenen offen

sein und dient dem Zweck der gemeinsamen Pflege freizügiger Geselligkeit.

Obwohl die Gemeinde Elsteraue ihr Einvernehmen zu dem Bauvorhaben versagte, erteilte mir die Kreisverwaltung mit Verfügung vom 10.08.2005 den beantragten Vorbescheid. Zur Begründung führte die Kreisverwaltung an, das gemeindliche Einvernehmen gelte als erteilt, da es nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten – die Gemeinde war noch im Februar 2005 unter Vorlage aller von mir eingereichter Unterlagen vom Burgenlandkreis beteiligt worden - verweigert worden sei. Die Nutzungsänderung sei nach § 35 BauGB zulässig. Die Gemeinde Elsteraue legte daraufhin am 19.08.2005 Widerspruch gegen die Erteilung des Vorbescheids ein.

Nach Anhörung mit Schreiben vom 23.08.2005 erhielt ich nun am 5.10.2005 einen „Abhilfebescheid“ der Kreisverwaltung, in dem der Vorbescheid aufgehoben und der Vorbescheidsantrag abgelehnt wurde.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Das gemeindliche Einvernehmen gelte nicht als erteilt. Die Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB habe nicht zu laufen begonnen, weil der Vorbescheidsantrag unvollständig gewesen sei. Der ohne das Einvernehmen der Gemeinde erteilte Vorbescheid sei rechtswidrig. Im Übrigen habe der Vorbescheid widerrufen werden können, da nachträglich Tatsachen eingetreten seien, die die Kreisverwaltung berechtigt hätten, den Bescheid nicht zu erlassen. Auf dieses Schreiben habe ich bislang noch nicht reagiert.

Die Aufhebung des Vorbescheides kann meines Erachtens jedoch keinen Bestand haben. Wie auch von der Kreisverwaltung zunächst festgestellt wurde das Einvernehmen der Gemeinde nicht rechtzeitig verweigert und gilt daher als erteilt. Es trifft zwar zu, dass der Bauvoranfrage keine Angaben zur Abwasserbeseitigung beigefügt waren. Diese habe ich erst im Juni 2005 nachgereicht. Dennoch kann es nicht angehen, dass die Gemeinde zwei Monate einfach verstreichen lässt, ohne bei der Kreisverwaltung auf das Nachreichen einer entsprechenden Unterlage hinzuwirken, und sich sodann, nach Ablauf der Frist, darauf beruft, der Vorbescheidsantrag sei unvollständig gewesen.

Im Übrigen hatte ich bis auf die Angaben zur Abwasserbeseitigung alle Unterlagen zur Erschließung rechtzeitig eingereicht; auch hat mich die Kreisverwaltung nicht, weder innerhalb der gesetzlichen 5-Tages-Prüf-Frist, noch danach, auf diese etwaige Unvollständigkeit meines Antrages hingewiesen und mich aufgefordert, diese Unterlagen nachzureichen.

Nicht nachvollziehbar ist für mich auch, inwieweit die Nutzungsänderung des Wohngebäudes in einen Swinger-Club öffentliche Belange zu beeinträchtigen vermöge. Meines Erachtens bringt die Unterbringung eines Swinger-Clubs im Außenbereich nur Vorteile für alle Seiten mit sich. Es ist keine Nachbarschaft vorhanden, die sich an einem solchen Club stören könnte. Im Übrigen wurde das Wohnhaus früher schon einmal als Gaststätte genutzt. Auch für die Nutzung des Gebäudes als Gaststätte wurde mir damals eine Genehmigung erteilt. Selbst wenn ein Swinger-Club nicht ganz mit einer Gaststätte gleichzuset-

zen ist, sind beide Nutzungen durchaus vergleichbar. Der Swinger-Club soll nämlich im Kern in einer Gaststätte bestehen. Es werden nur zusätzliche Räumlichkeiten und Einrichtungen zur Verfügung gestellt.

Ich habe den Eindruck, die Genehmigung soll mir nur deshalb verweigert werden, weil es sich um einen Swinger-Club handelt. Eine solch offensichtlich willkürliche Ablehnung ist unzulässig. Alle anderen bisher vorgebrachten Argumente sind vorgeschobene Argumente, nur um einen Swinger-Club zu verhindern. Einen Swinger-Club wird der Landkreis nicht überall und immer mit den zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten verhindern können. Deshalb kann es nur im Interesse des Landkreises sein, dass ein solches Vorhaben an einer Stelle durchgeführt wird, an der es möglichst wenige Beeinträchtigungen hervorruft, was auf meinem Grundstück zweifellos der Fall wäre. Hier ist jegliche Beeinträchtigung öffentlicher Belange ausgeschlossen, da keine konkret nachteiligen Einwirkungen auf die Umgebung denkbar sind.

Ich möchte nun von Ihnen wissen, welche rechtlichen Mittel mir in der gegenwärtigen Situation zur Verfügung stehen. Welche Maßnahmen letztlich ergriffen werden sollen, möchte ich nach einer umfassenden Beratung entscheiden."

3. Die vom Mandanten überreichten Unterlagen mit Anlagenstempel versehen.
4. Handakte anlegen, unterschriebene Vollmacht und die Unterlagen beifügen.
5. Neuen Besprechungstermin für Dienstag, 18.10.2005, 15.30 Uhr, vereinbaren.
6. Wiedervorlage sodann.

Fröhlich

Rechtsanwältin

BURGENLANDKREIS

- Der Landrat -
- Untere Bauaufsichtsbehörde -

Burgenlandkreis * Postfach 1151* 06601 Naumburg/Saale

Herrn
Manfred Finger
Talweg 17

06729 Elsteraue/OT Altröglitz

Grundstück: (Gemarkung, Flurstück-Nr.)
Elsteraue-Altröglitz, 1265/2
Lagebezeichnung: Talweg 17
Vorhaben: Nutzungsänderung des Wohnhauses in einen Swinger-Club;
Ihre Bauvoranfrage vom 14.02.2005

Schönburger Straße 41
06618 Naumburg/Saale
Telefon:(03445) 73-0
Telefax: (03445) 73-1199
e-mail: burgenlandkreis@blk.de

Dezernat II – Bauamt -
Dienstgebäude: Schönburger Straße
41

Bearbeiter/in: Herr Augustin
Durchwahl: 73-1211
Zimmer: 23

Aktenzeichen: II/20/042/05
Datum: 10.08.2005

Sehr geehrter Herr Finger,

die Kreisverwaltung des Burgenlandkreises erlässt in dem vorstehenden Bauvoranfrageverfahren als Untere Bauaufsichtsbehörde folgenden

Bescheid:

Auf Ihren Antrag vom 14.02.2005 wird Ihnen nach § 72 der Bauordnung Sachsen-Anhalt (BauO LSA) vom 9.02.2001 (GVBl. LSA S. 50) in der Fassung vom 19.07.2004 (GVBl. LSA S. 408) unbeschadet der Rechte Dritter der

Bauvorbescheid

erteilt.

Ich weise darauf hin, dass der Vorbescheid zunächst nur für die Dauer von drei Jahren gilt. Sie haben als Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen. Hierzu ergeht in Kürze eine gesonderte Kostenentscheidung.

Begründung:

I.

Am 14.02.2005 haben Sie bei der Kreisverwaltung des Burgenlandkreises eine Bau-Voranfrage zu dem o. a. Bauvorhaben eingereicht zu der Frage:

Ist eine Nutzungsänderung des Wohnhauses in einen Swinger-Club in dieser Lage nach § 35 Baugesetzbuch (BauGB) grundsätzlich genehmigungsfähig?

Die Kreisverwaltung hat Antrag und die von Ihnen eingereichten Unterlagen nach Prüfung am 17.02.2005 der ebenfalls der zu beteiligenden Gemeinde Elsteraue mit der Bitte um Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zugeleitet; dort sind sie am 18.02.2005 eingegangen. Mit Beschluss des Bauausschusses vom 25.04.2005 hat die Gemeindeverwaltung Elsteraue ihr Einvernehmen in Bezug auf dieses Vorhaben verweigert. Die Mitteilung über die Versagung des Einvernehmens ging am 04.05.2005 bei der Kreisverwaltung ein.

II.

Ihrem Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheides war zu entsprechen:

Die Nutzungsänderung baulicher Anlagen ist nach § 66 Abs. 1 BauO LSA genehmigungspflichtig.

Die Kreisverwaltung des Burgenlandkreises ist nach §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 2, 65 BauO LSA i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG LSA sachlich und örtlich zuständig.

Der Bauvorbescheid ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind.

Das Grundstück liegt im Außenbereich der Gemeinde Elsteraue-Altröglitz. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens ist deshalb nach § 35 BauGB zu beurteilen.

Eine Privilegierung nach Absatz 1 der genannten Norm liegt nicht vor. Eine Zulässigkeit des Vorhabens kommt daher nur in Betracht, wenn öffentliche Belange im Sinne der Absätze 2 und 3 nicht beeinträchtigt sind.

§ 35 BauGB wird vom Leitgedanken größtmöglicher Schonung des Außenbereichs beherrscht. Grundsätzlich soll also der Außenbereich von Bebauungen freigehalten werden. Hier liegt zwar eine Bebauung schon vor. Eine zusätzliche Bebauung ist jedoch nicht vorgesehen. Die größtmögliche Schonung des Außenbereichs ist vorliegend auch dadurch gewährleistet, dass Sie keine baulichen Veränderungen vornehmen müssen, die ein auch nur irgendwie baurechtlich relevantes Maß erreichen könnten.

Da keine Nachbarschaft vorhanden ist, die sich an einem solchen Club stören könnte, ist eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange nicht ersichtlich.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 BauGB bauliche Erweiterungen von gewerblichen Betrieben im Außenbereich nach der Wertung des Gesetzes im Grundsatz unter erleichterten Voraussetzungen zulässig und insoweit begünstigt sind. Vorliegend ist keine bauliche Erweiterung vorgesehen, sondern lediglich eine Nutzungsänderung. Diese muss nach der Wertung des Gesetzes erst recht zulässig sein.

Ferner ist dem durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Privateigentum Rechnung zu tragen, das in seinem rechtlichen Gehalt vor allem durch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis und das Merkmal der Privatnützigkeit gekennzeichnet ist. Bei Interessenkollisionen ist ein gerechter Ausgleich zu schaffen, bei dem auch der Gleichheitssatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden müssen.

Im Übrigen muss ein Gartenbaubetrieb mit einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gleich behandelt werden. Bei einem solchen wäre die Nutzungsänderung gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB zulässig, da sie einer zweckmäßigen Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz dient. Schließlich ist das Vorhaben auch aus Bestandsschutzgründen zulässig.

Das gemeindliche Einvernehmen gilt gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt, da es nicht binnen zwei Monaten nach Einreichen der Bauvoranfrage bei der Gemeinde verweigert wurde.

Nach den vorgelegten Unterlagen ist die Erschließung des Grundstücks gesichert.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach seiner Bekanntgabe Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei dem Burgenlandkreis, Schönburger Straße 41, 06618 Naumburg, einlegen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Renner
Amtsleiterin

Anlage 2

BURGENLANDKREIS
- Der Landrat -
- Untere Bauaufsichtsbehörde -

Burgenlandkreis * Postfach 1151 * 06601 Naumburg/Saale

Herrn
Manfred Finger
Talweg 17

06729 Elsteraue/OT Alttröglitz

Schönburger Straße 41
06618 Naumburg/Saale
Telefon: (03445) 73-0
Telefax: (03445) 73-1199
e-mail: burgenlandkreis@blk.de

Dezernat II – Bauamt -
Dienstgebäude: Schönburger Straße
41

Bearbeiter/in: Frau Wiese
Durchwahl: 73-1213
Zimmer: 25

Aktenzeichen: II/20/042/05
Datum: 04.10.2005

Grundstück: (Gemarkung, Flurstück-Nr.)
Elsteraue-Alttröglitz, 1265/2
Lagebezeichnung: Talweg 17
Vorhaben: Nutzungsänderung des Wohnhauses in einen Swinger-Club;
Ihre Bauvoranfrage vom 14.02.2005
Bezug: Mein Bescheid vom 10.08.2005;
Hier: Widerspruch der Gemeinde Elsteraue vom 19.08.2005;
Mein Schreiben vom 23.08.2005

Sehr geehrter Herr Finger,

auf den Widerspruch der Gemeinde Elsteraue, vertreten durch ihren Bürgermeister (Widerspruchsführerin), gegen den Burgenlandkreis, vertreten durch den Landrat (Widerspruchsgegner), wegen des o.g. Bauvorbescheides ergeht folgender

Abhilfebescheid:

1. Der Ihnen erteilte Bauvorbescheid vom 10.08.2005 zur Nutzungsänderung eines Wohnhauses in einen Swinger-Club in der Gemarkung Elsteraue-Alttröglitz, Flurstücknummer 1265/2, wird hiermit aufgehoben.
2. Hilfsweise wird der unter Ziffer 1 genannte Vorbescheid widerrufen.
3. Ihr Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheids vom 14.02.2005 zwecks Nutzungsänderung des Wohnhauses auf dem unter Ziffer 1 bezeichneten Grundstück in einen Swinger-Club wird abgelehnt.

4. Die Kosten des Widerspruchsverfahrens trägt der *Beteiligte Finger.*

Begründung:

Der erteilte Vorbescheid ist rechtswidrig, da das nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB erforderliche Einvernehmen von der Widerspruchsführerin verweigert wurde. Das gemeindliche Einvernehmen gilt nicht als erteilt. Die Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB wurde nicht in Gang gesetzt, weil der Vorbescheidsantrag unvollständig war. Weder mir noch der Gemeinde Elsteraue lagen die notwendigen Angaben zur Abwasserbeseitigung vor.

Darüber hinaus ist das Vorhaben auch nicht genehmigungsfähig im Sinne der §§ 29 ff. BauGB. Das Bauvorhaben liegt im Außenbereich und ist kein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB. Das Bauvorhaben ist daher nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB zu beurteilen und unzulässig, da durch seine Ausführung öffentliche Belange beeinträchtigt werden. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt bereits deshalb vor, weil das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplanes widerspricht, der hier landwirtschaftliche Nutzung vorsieht.

Aus der früheren Nutzung des Wohngebäudes als Gaststätte kann ein Anspruch auf die begehrte Nutzung als Swinger-Club nicht hergeleitet werden, da ein Swinger-Club bauplanungsrechtlich nicht einer Schank- und Speisewirtschaft gleichgesetzt werden kann. Darüber hinaus wurde die Nutzung als Gaststätte bereits vor vielen Jahren aufgegeben und das Gebäude anschließend als Wohngebäude genutzt.

Im Übrigen konnte der Vorbescheid widerrufen werden, da nachträglich Tatsachen eingetreten sind, die den Widerspruchsgegner berechtigt hätten, den Bescheid nicht zu erlassen. Erst in der Begründung des Widerspruchs wurde der Widerspruchsgegner von der widerspruchsführenden Gemeinde darauf hingewiesen, dass keine Angaben zur Abwasserbeseitigung vorlagen. Die Aufhebung des Vorbescheides war erforderlich, weil das Vorhaben in mehrfacher Hinsicht öffentliche Belange beeinträchtigt. Dem Widerruf stehen auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen.

Die Kostenentscheidung beruht auf *< vom LJPA entfernt >*.

Rechtsbehelfsbelehrung: *(ordnungsgemäß, vom Abdruck wurde abgesehen)*

Hochachtungsvoll
im Auftrag

Renner
Amtsleiterin

DOROTHEA FRÖHLICH

Anwaltskanzlei Fröhlich • Alter Markt 9 • 06618 Naumburg

**Dorothea Fröhlich
Rechtsanwältin
Alter Markt 9**

06618 Naumburg

Bitrozeiten: 8.30-13.00 und 14.30-18.00 Uhr

Telefon: 03445/ 10937

Telefax: 03445/ 10938

1. Vermerk:

Meines Erachtens war die Erschließung nicht Gegenstand des Vorbescheidsantrags, sondern allein die Frage, ob das Vorhaben gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 6 BauGB planungsrechtlich begünstigt sei. Der Antrag ist am 14. Februar 2005 mit allen für die Entscheidung dieser Frage erforderlichen Unterlagen bei der Kreisverwaltung eingereicht und von dieser nur wenige Tage später der Gemeinde zugeleitet worden.

Im Übrigen sehe ich bei vorläufiger Prüfung für die Auffassung der Kreisverwaltung, die Einvernehmensfrist werde nicht in Gang gesetzt, wenn der Antrag in planungsrechtlicher Hinsicht unvollständig sei, in der Vorschrift des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB keine Grundlage. Die Abhilfeentscheidung dürfte insoweit rechtswidrig sein.

Auch die Rechtmäßigkeit des hilfsweise erlassenen Widerrufs erscheint bedenklich. Die Voraussetzungen für eine eventuelle Umdeutung des Widerrufs in eine Rücknahme des Vorbescheids liegen meines Erachtens ebenfalls nicht vor.

2. Verfügung:

Frau Rechtsreferendarin Schildt mit der Bitte,

1. im Rahmen eines Gutachtens bis morgen Nachmittag umfassend, unter Einbeziehung evtl. Zweckmäßigkeitsüberlegungen, zu prüfen, welche rechtlichen Schritte gegen den Bescheid vom 04.10.2005 zulässig wären und ob diese Aussicht auf Erfolg versprechen. Abschließend soll ein zusammenfassender Vorschlag zum weiteren Vorgehen unterbreitet werden.
2. je nach vorgeschlagener Vorgehensweise den oder die ggfs. erforderlichen Schriftsätze an das VG/die zuständige Behörde und/oder ein Schreiben an den Mandanten zu entwerfen, in welchem ihm das Ergebnis des Gutachtens und das weitere Vorgehen mitgeteilt und erläutert wird.

Naumburg, 12.10.2005

Fröhlich

Rechtsanwältin

Bearbeitervermerk:

1. Die der Rechtsreferendarin Schildt übertragene Aufgabe ist zu erfüllen. Ein dem Gutachten voran zu stellender Sachbericht ist entbehrlich. Das Gutachten soll auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des weiteren Vorgehens enthalten. Es soll mit einem zusammenfassenden Vorschlag enden.
Soweit anschließend ein Schreiben an ein Gericht oder an eine Behörde entworfen wird, kann in dessen Rahmen hinsichtlich etwaiger Rechtsausführungen auf genau bezeichnete Stellen des Gutachtens verwiesen werden.
Soweit ein Schreiben an den Mandanten zu fertigen ist, kann zur Schilderung der Sach- und Rechtslage zwar gleichfalls auf genau bezeichnete Stellen des Gutachtens Bezug genommen werden, jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Mandant juristisch nicht vorgebildet ist.
2. Soweit es auf tatsächliche Angaben ankommt, ist davon auszugehen, dass durch Rückfragen an den Mandanten oder an die beteiligten Behörden keine weitere Aufklärung zu erlangen ist. Soweit Unterlagen nicht abgedruckt sind, ist die Kenntnis deren Inhalts für die Bearbeitung ohne Bedeutung.
3. Die Formalien (Zustellungen, Ladungen, Belehrungen, Vollmachten, Unterschriften etc.) sind, soweit sich aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt, in Ordnung.
4. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen - ggf. in einem Hilfsgutachten - einzugehen.
5. Die Gemeinde Elsteraue (rund 10.000 Einwohner) ist eine verbandsfreie (verwaltungsgemeinschaftsfreie) Gemeinde. Sie gehört zum Landkreis Burgenlandkreis, der im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsgerichts Halle/Saale liegt.
6. Auf den im Anhang beigelegten Auszug aus der Bauvorlagenverordnung (BauVorVO) wird hingewiesen. Die dort aufgeführten Bestimmungen sind der Bearbeitung in der abgedruckten Fassung zugrunde zu legen.
7. Wegen der zulässigen Hilfsmittel wird auf die Allgemeinverfügung des Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt „Hilfsmittel in den juristischen Staatsprüfungen“ vom 21.04.2004 (Az.: 2230 - PA.100; JMBI. LSA Nr. 20/2004, S. 121 vom 01.06.2004) Bezug genommen.

**Auszug aus der Bauvorlagenverordnung
(BauVorIVO)
vom 13. Dezember 2001**

§ 1

Allgemeines

- (1) Bauvorlagen sindinsbesondere
1. der Übersichtsplan (§ 2),
 2. der Lageplan (§ 3) ...,
 3. die Bauzeichnungen (§ 4),
 4. die Bau- und Betriebsbeschreibung (§ 5),
- (...)

§ 3

Lageplan

- (...)
- (3) Der Lageplan muss, soweit für die Beurteilung des Vorhabens erforderlich, enthalten:
- (...)
14. die Lage des öffentlichen Entwässerungskanals,
 15. die Lage der Entwässerungsgrundleitung bis zum öffentlichen Kanal einschließlich des Anschlusskanals ...sowie die Lage von Kleinkläranlagen, Gruben, Abscheidern oder Sickeranlagen mit deren Abwassereinleitung,
- (...)

§ 4

Bauzeichnungen

- (...)
- (2) In den Bauzeichnungen sind insbesondere darzustellen:
- (...)
2. die Grundrisse aller Geschosse ...mit Einzeichnung der
(...)
k) Toiletten, Badewannen, Duschen, ..., Entwässerungsgrundleitungen sowie Entwässerungseinrichtungen ...

§ 9

Bauunterlagen für den Bauvorbescheid

- (1) Dem Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheids nach § 72 BauO LSA sind die Bauvorlagen beizufügen, die zur Beurteilung der zu entscheidenden Fragen erforderlich sind.
- (...)

Nachfolgend die Lösungsskizze entsprechend dem vorgeschlagenen Aufbau:

b) Klausurlösungsvorschlag

Prüfungsziel: Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen Aufhebungsbescheid

A. Historie

- 14.01.05 Mandant Antrag auf Vorbescheid
- 18.02.05 Zugang Antrag bei Gemeinde
- 25.04.05 Gemeindebeschluss zur Verweigerung des Einvernehmens
- 04.05.05 Zugang Verweigerung bei KreisVw
- 10.08.05 Vorbescheid
- 19.08.05 „Widerspruch“ Gemeinde gg. Vorbescheid
- 04.10.05 „Abhilfebescheid“, „Widerruf Vorbescheid“
- 05.10.05 Zustellung an Mdt.
- 13.10.05 Begutachtungszeitpunkt

B. Gutachten: RMK des Aufhebungsbescheides 04.10.05

I. Formell

– Zuständigkeit

KreisVw war für Vorbescheid zuständig

§ 56 BauO LSA

§ 3 I Nr. 1 VwVfG

actus contrarius (Passivlegitimation: § 78 I Nr. 1 VwGO Landkreis als Träger)

– Verfahren

Anhörung § 71 VwGO, § 28 VwVfG – stattgefunden

II. Materiell

Erfolgsaussichten bestehen, wenn Aufhebung rwi, § 50 VwVfG → dann Abhilfe des Widerspruchs

1. Formell

– Zulässigkeit der Aufhebung

(+) wenn Widerspruch der Gemeinde statthaft + begründet

aa) Statthaftigkeit des Widerspruches der Gemeinde

Problem: Widerspruchsbefugnis § 42 II VwGO analog

Verletzung der Planungsfreiheit?

(-) Einvernehmen gilt als erteilt, arg: → seit 19.04.05 wg. Fristablauf weder Beanstandung der Entscheidungsgrundlage noch Versagung

Zwar war Antrag des Mdt. v. 14.01.05 unvollständig, vgl. § 67 BauO LSA

Vorbescheid umfasst sowohl planungsrechtliche als auch allgemeine Begünstigung des Vorhabens (öffentl. Belange)

Deshalb:

- ⇒ Abspaltung unzulässig
- ⇒ Wille des Mdt. ist umfassend auf städtebauliche Zulässigkeit und gesicherte Erschließung ausgerichtet – „Nutzungsänderung grds. tragfähig?“
- ⇒ gem. § 9 I BauVorIVO zählt zu den Bauunterlagen auch die Unterlage zur Abwasserbeseitigung

aber: Fiktion des § 36 BauGB ist eingetreten (s.o.), denn die Versagung am 04.05.05 war zu spät.

Daraus folgt: Widerspruch rechtswidrig, deshalb keine rechtmäßige Abhilfe

bb) Umdeutung in Widerruf

- ⇒ nicht nötig da hilfsweise erfolgt → Problem: Zulässigkeit?
- bestimmt sich nach § 49 VwVfG

nur rechtmäßiger und begünstigender VA mit Wirkung ex nunc

- ⇒ auf Vorbescheid anwendbar, § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG, egal, ob Vorbescheid rechtmäßig oder rechtswidrig

- ⇒ Voraussetzungen?

– nachträglich eingetretene Tatsache? den FNP gab es schon vorher, war nur nicht bekannt

Daraus folgt (-)

cc) Umdeutung Rücknahme § 48 VwVfG

- ⇒ Zulässigkeit der Umdeutung, § 47 I VwVfG
 - fehlerhafter VA (+) s.o.
 - Gleichartigkeit (+) Aufhebung
 - Zuständigkeit (+) Behörde, Gericht
 - kein genereller Ausschluss der Rücknahme (+) bei Vorbescheid mögl.

- ⇒ Rücknahmevoraussetzungen § 48 VwVfG
 - RMK des Vorbescheides
 - R.grdl. sind § 74 BauO LSA i.V.m. §§ 71, 67 BauO LSA

Genehmigungspflichtigkeit:

Nutzungsänderung (+) § 58 I BauO LSA

- baul. Anlage (+) §§ 1 I, 2 I, 1 II BauO LSA
- keine Ausnahme §§ 60 ff. BauO LSA
- insb. ist Swingerclub nicht mit Gaststätte vergleichbar, d.h. kein Bestandsschutz

Genehmigungsfähigkeit:

- planungsrechtliche Zulässigkeit gem. §§ 34, 35 BauGB
 - hier: § 35 BauGB
 - Abs. 1? – privilegiertes Vorhaben? (-)
 - Abs. 2? – Einzelfall + öff. Belange + Erschließung gesichert

öff. Belange?

§ 35 II Nr. 1 BauGB: FNP gibt vorrangige landwirtschaftliche Nutzung vor

Zwischenergebnis: Vorhaben stehen öff. Belange entgegen

Ausnahme?

§ 35 IV Nr. 1 BauGB (-), da Voraussetzungen nicht kumulativ vorliegen

§ 35 IV Nr. 4 (-) Kulturlandschaft

iÜ. keine Ausnahme ersichtlich

daraus folgt: Genehmigungsfähigkeit (-)

Rücknahmefrist: 1 Jahr (+)

Vertrauensschutz?

- Vertrauensgehalt eines Vorbescheides:
 - ⇒ grds. Bindungswirkung und Regelungswirkung
 - ⇒ aber: vorliegend Abwägung öff. Interessen (FNP, § 35 BauGB) mit privaten Interessen.
 - mE.: kein Vertrauen entstanden (a.A. vertretbar)
- Bestandsschutz: (-) s.o.

Ergebnis: Rücknahme ist rechtmäßig

Daraus folgt: Rechtsbehelf hätte in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

C. Gutachten: Ziffer IV des Aufhebungsbescheides

Ziff. 4 des Aufhebungsbescheides ist belastender VA, weil erstmals Kostengrundentscheidung zu Lasten Mdt. erfolgt

Problem: Rechtmäßigkeit?

I. Formell

(+) s.o.

Anhörung (-) aber im Verwaltungsverfahren heilbar

II. Materiell

AGL: §§ 13 I 1 VwKostG LSA i.V.m. 5 VwKostG LSA

- erfolgreicher Widerspruch?: (+) ⇒ „Abhilfebescheid“
- Kostentragung für Amtshandlung?: (+) ⇒ „Abhilfebescheid“
- Kostenschuldner?: der Anlass für Verwaltungshandlung gegeben hat

Zurechenbarkeit? Problem: Ursache wurde von Gemeinde und LandkreisVw gesetzt.

- a) Gemeinde: Frist versäumt
- b) Landkreises: FNP nicht beachtet

waren von Amts wegen zu beobachtende Obliegenheiten

daraus folgt: kein Anlass durch Mdt. gesetzt, d.h. Kostengrundentscheidung ist rechtswidrig

D. Zweckmäßigkeit:

I. Abraten von rechtl. Schritten in der Sache selbst.

II. Klage oder Widerspruch?

Widerspruch:

§ 79 I Nr. 2 VwGO erstmalige Beschwer im Aufhebungsbescheid, arg.: Klagefrist spricht gegen Widerspruch.

Anfechtungsklage:

1. § 40 VwGO: (+) Verwaltungskostenrecht = öff. Recht
2. Statthaftigkeit: (+) VA
3. Befugnis: (+) § 42 VwGO Adressat
4. Passivlegitimation: Landkreis oder Träger s.o.
5. Aktivlegitimation: Mdt.
6. Frist: 1 Monat ab Zugang, d.h. bis zum 05.11.05
7. Vorverfahren:entbehrlich, vgl. § 79 I Nr. 2 VwGO
8. Zuständigkeit: VG Halle/Saale, § 52 VwGO i.V.m. § 2 I Nr. 2 AG VwGO LSA

Endergebnis und Vorschlag: Klage bezüglich der Kostengrundentscheidung erheben bis zur Genaufrist 05.11.2005. Fertigung eines Mandantenschreibens mit Erläuterung zum Abraten in der Sache selbst, Klageentwurf i.Ü. fertigen

E. Praktischer Teil:

Umsetzung des Entscheidungsvorschlages entsprechend des Bearbeitervermerkes

E. Sachregister

- Aktenvortrag 64, 67
- Anbahnungsgespräch 81
- Anspruchsurkunden 110
- Anwalts-AG 13
- Anwaltsverein 31
- Anwesenheit 84, 88
- Arrest 110
- Ausbleiben des Angeklagten 92
- Beklagtenstation 69
- Berichtigung des Tatbestandes 78
- Berufsrecht 31
- Beweisantragsrecht 94
- Beweisprognose 74
- Bürogemeinschaft 12
- Drittwiderrspruchsklage 105
- Durchsuchung 85
- Durchsuchung in der Rechtsanwaltskanzlei 86
- einstweiligen Verfügung 107
- Erheblichkeit 73
- Ermittlungsverfahren 81
- Ersatzurkunden 111
- Existenzgründung 22, 26
- Festnahme 85, 86
- freie Mitarbeit 9
- Gegenansprüche 72
- Geldwäsche 33
- Haftbefehl 82, 84
- Haftung 7, 12, 13, 14, 57, 58, 59, 60
- Hauptverhandlung 83
- Identität 34
- Indizurkunden 111
- Interessenkollision 28
- Kammer 30, 38
- Klägerstation 69
- Kostenfestsetzungsverfahren 78
- Kostengesichtspunkte 75
- Leitung 24, 25
- LLP 13
- Mandantengespräch 7, 60, 61, 62, 63, 64
- Mandatsbearbeitung 12, 29, 60, 61
- Mandatsmanagement 24, 28
- Office-Management 24, 25, 27
- Organisation 22, 24, 25, 59
- Personal 22, 23, 26
- Personalmanagement 24, 26
- Praktischer Teil 69
- Prozesskostenhilfverfahren 76
- Prozesstaktik 67
- prozessuale Möglichkeiten 75
- Qualitätsmanagement 24, 25
- Quota litis 40
- rechtliche Gesamtschau 75
- Rechtsanwalts-AG 14
- Rechtsanwalts-GmbH 13, 14
- Sachlichkeit 37
- Scheinselbständigkeit 9, 11
- Scheinsozius 58
- Schlüssigkeit 78
- Sofortmaßnahmen 107
- Sozietät 12, 35, 57, 58
- Unabhängigkeit 33, 40
- Untersuchung 85
- Untersuchungshaft 85
- Verjährung 59, 60, 63, 77
- Verschwiegenheit 27, 33
- Verwaltungsstreitverfahren 97
- Vollstreckungserinnerung 102
- Vollstreckungsgegenklage 104
- Vollstreckungsgesichtspunkte 75
- Vollstreckungsklausel 98
- Vollstreckungsrecht 98
- Vorbereitung der Hauptverhandlung 83
- vorzugsweise Befriedigung 106
- Zeitgesichtspunkte 75
- Zulassung 13, 30, 32
- Zweckmäßigkeitserwägungen 69
- Zweckmäßigkeitsstation 83
- Zwischenverfahren 83