

Anwaltsblatt



Deutscher Anwaltverein

12/2016

Dezember



Reportage

Kämpfen um jeden
Preis für den
Rechtsstaat?
Erinnerung an
Hans Litten

Aufsätze

Hellwig: Verfällt das Recht?	858
Seliger: Anwälte bei Nürnberger Prozessen	866
Löffelsender: Anwälte im Zweiten Weltkrieg	871
Prick: Max Alsberg (1877–1933)	878
Gehlsen: Alfred Apfel (1882–1941)	884
Tondorf: Struve + Brentano 1848	890

Magazin

Schellenberg: Freund-Feind-Denken	910
Anwälte fragen nach Ethik: Antworten	912

Aus der Arbeit des DAV

Parlamentarischer Abend	914
DAV + BRAK: Anwälte als BVerfG-Richter	917

Rechtsprechung

BGH: Namenswechsel nach Heirat	928
OLG Naumburg: Hotelkostenerstattung	934

Das Besondere an RA-MICRO
Marktführer seit 20 Jahren

- 15.000 aktive Anwenderkanzleien – führend im Bestand
- 600 Neuinstallationen jährlich – führend im Vertrieb
- Führend in der Kanzlei-EDV-Innovation

Jetzt informieren
0800 726 42 76
www.ra-micro.de



RA-MICRO
KANZLEISOFTWARE

A Aufsätze

Editorial

- M 329** 145 Jahre
Rechtsanwältin und Notarin
Edith Kindermann, Bremen
Herausgeberin des Anwaltsblatts

Nachrichten

- M 332** Autsch!
Peter Carstens, Berlin
Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
- M 334** Mehr Investitionen in die Justiz –
der Europarat vergleicht
Rechtsassessor Nicolas Schaeffer, Brüssel
- M 336** Nachrichten
- M 345** Stellenmarkt des Deutschen An-
waltvereins
- M 352** Bücher & Internet
- M 358** Deutsche Anwaltakademie
Seminar kalender

Schlussplädoyer

- M 360** Nachgefragt, Comic,
Mitglieder-Service
- 936** Fotonachweis, Impressum

Rechtspolitik

- 858** Verfällt das Recht?
Wo bleibt die Anwaltschaft?
Rechtsanwalt und Notar a. D. Prof. Dr.
Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main

Anwaltsgeschichte

- 866** Die Verteidiger in den Nürnber-
ger Prozessen von 1945 bis 1949
Hubert Seliger, Augsburg
- 871** Im Kriegseinsatz – Rechtsanwälte
im Zweiten Weltkrieg
Dr. Michael Löffelsender, Weimar
- 878** Max Alsberg (1877–1933) – und
kein Ende
Georg Prick, Biederitz/Zingst
- 884** Alfred Apfel – Verteidigung im
Gericht und in der „Weltbühne“
Jan Gehlsen, Berlin
- 890** Märzrevolution 1848: Zwei
Kämpfer für die Republik
Rechtsanwältin Dr. Babette Tondorf, Ham-
burg

Anwaltsrecht

- 893** Die Zustellung von Anwalt zu
Anwalt im Parteibetrieb – eine
neue Haftungsfalle?
Rechtsanwalt Dr. Philipp Rüppell und
Lukas Fuchs, München
- 898** Rechtsanwalt werden und
Rechtsanwalt bleiben: Lösungen
im Ausland
Dokumentationszentrum für Europäisches
Anwalts- und Notarrecht, Köln

Anwaltspraxis

- 899** Ausschluss der Öffentlichkeit in
Zivilverfahren?
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln
- 901** Bücherschau: Anwaltsgeschichte
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

M Magazin

Reportage

- 904** Kämpfen um jeden Preis für den
Rechtsstaat? Erinnerung an Hans
Litten
Mit Texten von Rechtsanwältin Christine
Martin (DAV), des Präsidenten des Kam-
mergerichts Dr. Bernd Pickel und des
Hauptgeschäftsführers des DAV Rechts-
anwalt Dr. Cord Brüggmann, Berlin

Kommentar

- 910** Durchbrechen wir das Freund-
Feind-Denken
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Schellen-
berg, Präsident des Deutschen Anwalt-
vereins

Gastkommentar

- 911** Das Facebook-Volk
Thomas Darnstädt, Spiegel

Anwälte fragen nach Ehtik

- 912** Eine Frage pro Monat: Was mei-
nen die Leserinnen und Leser?
Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg
Rakete-Dombek, Ausschuss Anwaltsethik
und Anwaltskultur des Deutschen Anwalt-
vereins

Ausschluss der Öffentlichkeit in Zivilverfahren?

Verhaltene Reaktion der Anwaltschaft auf Reformidee des Deutschen Juristentags

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Im Anwaltsblatt (AnwBl 2015, 64) hat Bundesjustizminister Heiko Maas im Nachgang zum 70. Deutschen Juristentag 2014 die Empfehlung der Abteilung Prozessrecht des DJT als reizvolles Reformprojekt bezeichnet, dass *de lege ferenda* bei übereinstimmendem Willen der Parteien in Zivilverfahren die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann. Das Soldan Institut hat dies zum Anlass genommen, im Rahmen des Berufsrechtsbarometers 2015 die Einstellung der Anwaltschaft zu diesem Vorschlag zu überprüfen.

I. Relativierung des Öffentlichkeitsgrundsatzes?

Einer der Reformvorstöße des 70. Deutschen Juristentages 2014 betraf die Öffentlichkeit im Erkenntnisverfahren: Der Gesetzgeber solle, so hat die Abteilung Prozessrecht mit einer Mehrheit von 59 Prozent beschlossen, prüfen, ob und wenn ja in welchem Umfang ein Bedürfnis besteht, die Vertraulichkeit auch des staatlichen Gerichtsverfahrens auf übereinstimmenden Antrag der Parteien vom Gericht anordnen lassen zu können.¹ Dieser Vorstoß zielt auf eine Änderung des in § 169 GVG bestimmten Öffentlichkeitsgrundsatzes² für das Zivilverfahren, da die Öffentlichkeit des Verfahrens nach geltendem Recht grundsätzlich nicht der Parteidisposition unterliegt.³ In der Vergangenheit war § 169 GVG bereits Anknüpfungspunkt für Reformüberlegungen vor allem mit Blick auf die *Herstellung* von Öffentlichkeit für die Medien⁴ und die Einschränkung der Öffentlichkeit zum Schutz von Zeugen.⁵ Die Überlegungen konzentrierten sich hierbei bislang vor allem auf die Öffentlichkeit im Strafverfahren, über die bereits der 54. Deutsche Juristentag 1982 beriet⁶ und über die der 71. Deutsche Juristentag 2016 erneut getagt hat.

Die Beschlussfassung des 70. Deutschen Juristentages zur Öffentlichkeit im Zivilverfahren fügt der nicht neuen Diskussion um den Öffentlichkeitsgrundsatz also eine neue Dimension hinzu.⁷ Das Wort „auch“ in dem Beschluss des DJT legt die Hintergründe des Vorstoßes offen: Unter Ausschluss der Öffentlichkeit finden von jeher private Gerichtsverfahren, insbesondere vor den Schiedsgerichten, statt.⁸ Die hiermit verbundene Vertraulichkeit wird gemeinhin als erheblicher Wettbewerbsvorteil der privaten Gerichte wahrgenommen⁹, erlaubt sie doch in Rechtsstreitigkeiten die Offenlegung von sensiblen Daten, ohne dass diese in die Öffentlichkeit gelangen können. Insbesondere für Unternehmen ist der Ausschluss der Öffentlichkeit häufig ein zentraler Grund, sich gegen die Durchführung eines Verfahrens vor einem staatlichen Gericht und für ein Schiedsverfahren zu entscheiden. Die Option, die Öffentlichkeit auszuschließen, ist daher auch als Bemühen zu verstehen, für die staatlichen Gerichte

im Wettbewerb mit privaten Gerichten verlorenen Boden wiederzugewinnen.

Mit dem Vorstoß des Deutschen Juristentages wird an den Grundfesten des Zivilprozesses gerührt: Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist einer der zentralen Verfahrensgrundsätze¹⁰ auch des Zivilverfahrens.¹¹ Nach § 169 S. 1 GVG findet die Verhandlung¹² vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung von Urteilen und Beschlüssen öffentlich statt.¹³ Die Öffentlichkeit soll die Transparenz des gerichtlichen Verfahrens gewährleisten und damit einen Beitrag zur Wahrung des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtsprechung leisten¹⁴ – auch wenn für den Zuhörer in Zivilsachen in der mündlichen Verhandlung wegen der stillschweigenden Bezugnahme auf den Akteninhalt der Erkenntnisgewinn meist gering ist und der Tenor der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr öffentlich verlesen wird.¹⁵ Abgeleitet wird der Öffentlichkeitsgrundsatz aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, das eine „Geheimjustiz“ verbieten soll.¹⁶ Abgesichert ist der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht zuletzt dadurch, dass seine Verletzung nach § 574 Nr. 5 ZPO ein absoluter Revisionsgrund ist. Allerdings ist die Öffentlichkeit bereits *de lege lata* nicht grenzenlos gewährleistet – durch die verfassungsrechtliche Verankerung der Öffentlichkeit ist die Entscheidung über die Abschaffung dem Gesetzgeber zwar entzogen; hingegen steht ihm die inhaltliche Ausgestaltung des Prinzips offen¹⁷. Das Gerichtsverfassungsrecht enthält verschiedene Durchbrechungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verhandlung, sei es zum Schutz der Privatsphäre (§§ 171 b Abs. 1, 172 Nr. 4 GVG)¹⁸, der Staatssicherheit

1 28 Prozent stimmten dagegen, 11 Prozent enthielten sich (n=80). Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages 2014, S. 8.

2 Grundlegend *Fögen*, Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit, 1974.

3 Vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 1986, 560. Mittelbar beeinflussen können die Parteien die Öffentlichkeit allerdings durch eine einvernehmliche Entscheidung über die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens nach § 128 Abs. 2 ZPO.

4 Hierzu etwa v. *Coelln*, DÖV 2006, 804; *Eckertz-Höfer*, DVBl. 2012, 389; *Grimm*, ZRP 2011, 61; *Huff*, NJW 1996, 102.

5 *Sieg*, NJW 1981, 963; *Mertens*, NJW 1980, 2867.

6 Zipf, Empfiehlt es sich, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens neu zu gestalten, insbesondere zur Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten weitere nichtöffentliche Verfahrensgänge zu entwickeln?, Gutachten C 54. DJT, 1982.

7 *Colorandi causa* sei darauf hingewiesen, dass – aktuell noch sehr verhalten – auch über eine weitere Änderung des Öffentlichkeitsgrundsatzes diskutiert wird, die die Anwaltschaft unmittelbar betraf: Als eine der wenigen Durchbrechungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes sieht § 135 BRAO vor, dass die Hauptverhandlung vor dem Anwaltsgericht, d.h. in Disziplinarsachen der Anwälte, nicht öffentlich ist. Die Öffentlichkeit muss lediglich auf Antrag des Rechtsanwalts (und kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft) hergestellt werden. Dies hat zu der Kritik geführt, dass Pflichtverletzungen von Anwälten gleichsam „privatissime“ verhandelt werden, zumal das Anwaltsgericht ausschließlich mit Rechtsanwältinnen als Laienrichtern besetzt ist (vgl. etwa *Wagner*, Vorsicht Rechtsanwalts, 2014, S. 294). Die Zweifel daran, ob an § 135 BRAO festgehalten werden sollte, sind deshalb jüngst lauter geworden, vgl. etwa *Geiersberger*, AnwBl. 2015, 287, 288; *Johnigk*, in: *Gaier/Wolf/Göcken* (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. 2014, § 135 Rn. 2 ff.

8 Fehlt es an einer Vereinbarung nach § 1029 ZPO zur Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, trifft die Entscheidung über die Öffentlichkeit des Verfahrens gemäß § 1042 Abs. 4 ZPO der Schiedsrichter.

9 Vgl. bereits *Kohler*, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, 1966, 79 ff.

10 Zu diesen zusammenfassend etwa *Möller*, JA 2010, 47.

11 Zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Zivilprozess etwa *Arnold*, FS Simotta (2012), S. 11 ff.; *Köbl*, FS Schnorr von Carolsfeld (1973), S. 235 ff.

12 Hierzu gehört auch die Beweisaufnahme, BGH NJW 2000, 2508.

13 Der Grundsatz der Öffentlichkeit gilt nach allgemeiner Ansicht nur für die mündliche Verhandlung. Dies ergibt sich mittelbar bereits daraus, dass kein allgemeines Recht auf Akteneinsicht besteht, § 299 ZPO.

14 *Zimmermann*, in: *Münch KommZPO*, 4. Aufl. 2013, § 169 GVG Rn. 1.

15 Vgl. *Zimmermann*, in: *Münch KommZPO*, 4. Aufl. 2013, § 169 GVG Rn. 1.

16 BVerfGE 15, 303 (307).

17 *Zimmermann*, in: *Münch KommZPO*, 4. Aufl. 2013, § 169 GVG Rn. 4.

18 Eine besondere Ausprägung hat der Schutz der Privatsphäre durch § 170 GVG erhalten, nach dem Verhandlungen, Erörterungen und Anhörungen in Familiensachen sowie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht öffentlich sind. Hierzu etwa *Holzhauser*, ZRP 2001, 87.

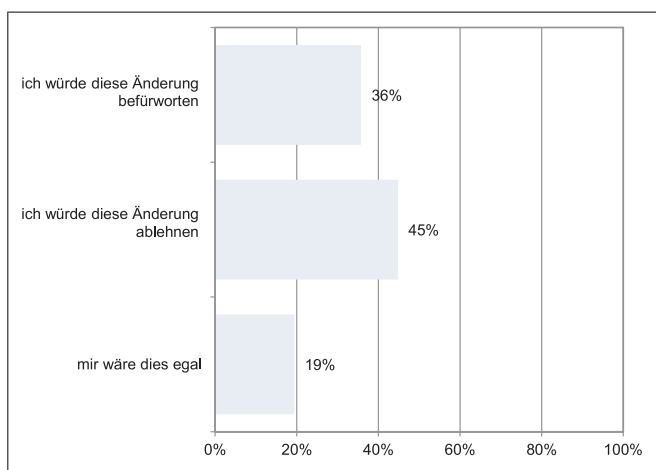


Abb. 1: Beschränkung der Öffentlichkeit im Gerichtsverfahren

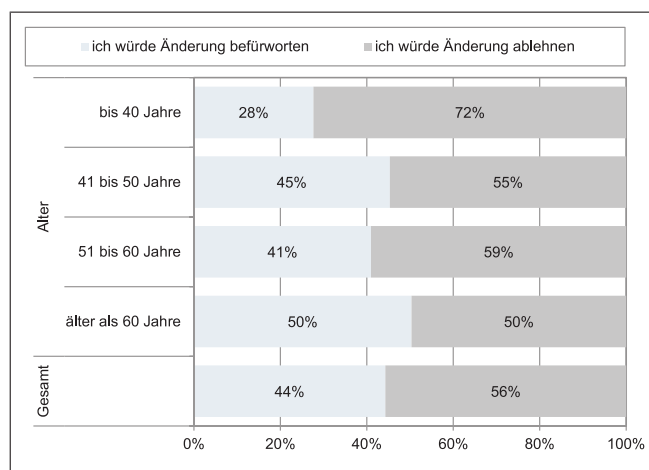


Abb. 2: Beschränkung der Öffentlichkeit im Gerichtsverfahren nach Alter

und der öffentlichen Ordnung (§ 172 Nr. 1 GVG) oder aus Gründen des Zeugenschutzes (§ 172 Nr. 1 a GVG). Auch der Schutz von kommerziell relevanten „Geheimnissen“ (Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis¹⁹), durch deren öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden, kann Anlass zum Ausschluss der Öffentlichkeit sein.²⁰ Im Zivilverfahren ist der Öffentlichkeitsgrundsatz zudem in den Fällen einer freigestellten mündlichen Verhandlung (§§ 128 Abs. 4, 46 Abs. 1, 522, 552, 552 a, 572 Abs. 4 ZPO) von vorneherein eingeschränkt.

Die Teilnehmer am Berufsrechtsbarometer wurden gebeten, ihre Einschätzung des Vorstoßes mitzuteilen und wie folgt befragt: „Eine weitere Anregung des DJT ist die Ermittlung des Bedürfnisses, die Vertraulichkeit auch des staatlichen Gerichtsverfahrens in Zivilsachen auf übereinstimmenden Antrag der Parteien vom Gericht anordnen lassen zu können. Wie ist ihre Meinung zu einer solchen denkbaren Änderung der Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens?“

II. Empirischer Befund

In der Frage der Unterstützung der Forderung des Deutschen Juristentages nach einer Möglichkeit der Ausschließung der Öffentlichkeit in Zivilverfahren zeigt sich eine deutliche Abweichung von den Mehrheiten des DJT: Lediglich 36 Prozent und damit wenig mehr als ein Drittel der befragten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte befürworten diese Forderung. 45 Prozent stehen ihr ablehnend gegenüber. 19 Prozent wäre es egal, ob es zu einer solchen Änderung käme oder nicht.

Eine differenzierende Betrachtung der Einstellung zu einem optionalen Ausschluss der Öffentlichkeit zeigt Auffälligkeiten nur in den – eng miteinander verwandten – Aspekten des Alters beziehungsweise der Dauer der Berufszugehörigkeit: Ältere Rechtsanwälte können sich deutlich häufiger mit der Vorstellung anfreunden, dass auf übereinstimmenden Antrag der Partei die Öffentlichkeit von einem Zivilverfahren ausgeschlossen wird, als jüngere Rechtsanwälte. Rechtsanwälte unter 40 Jahren lehnen den Vorschlag zu 72 Prozent

ab, Rechtsanwälte zwischen 40 und 60 Jahren zu 55–59 Prozent und Rechtsanwälte über 60 Jahren zu 50 Prozent. Ähnlich ist das Bild bei einer Differenzierung nach Zulassungsdauer: Wer weniger als 10 Jahre Rechtsanwalt ist, äußert zu 73 Prozent Ablehnung, wer in den letzten 11 bis 20 Jahren Rechtsanwalt wurde, zu 59 Prozent und wer vor mehr als 20 Jahren seine Zulassung erhielt, zu 53 Prozent. Keinen Einfluss auf die Bewertung der Entschließung des DJT hat hingegen die Mandantenstruktur oder die Spezialisierung eines Rechtsanwalts.

III. Bewertung

In der Frage des optionalen Ausschlusses der Öffentlichkeit in Erkenntnisverfahren erhält der Juristentag nur geringe Unterstützung. In dieser Frage scheint es zum professionellen Selbstverständnis einer Mehrheit von Rechtsanwälten zu gehören, dass es keine „Geheimjustiz“ geben sollte, die der Kontrolle der Öffentlichkeit entzogen ist. Die meisten Anwälte sind offensichtlich weder bereit, diesen Grundsatz zu Gunsten von Mandanten, die ein Interesse am Ausschluss der Öffentlichkeit haben könnten, zu opfern, noch auf die Öffentlichkeit zu verzichten, um die staatlichen Gerichte im Wettbewerb mit privaten Gerichten wettbewerbsfähiger zu machen. Die eher verhaltene Zustimmung zu der Empfehlung des Juristentages spricht freilich nicht zwingend gegen seine Umsetzung: Die Empfehlung ist nicht gerichtet auf den obligatorischen Ausschluss der Öffentlichkeit, sondern nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien. Für Rechtsanwälte bestünde also die Möglichkeit, situativ zu handeln und nur ausnahmsweise auf einen Ausschluss der Öffentlichkeit hinzuwirken bzw. ihrem Mandanten einen solchen Ausschluss nahezulegen.



Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Direktor des Soldan Instituts. Er lehrt und forscht an der Universität zu Köln.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

¹⁹ Unter das Geschäftsgeheimnis fallen organisatorische und kaufmännische Details, wie z.B. Kundenlisten, Kalkulationen und ähnliches, unter das Betriebsgeheimnis eher technische Informationen, z.B. über Fertigungsverfahren oder Rezepturen, Zimmermann, in: Münch Komm/ZPO, 4. Aufl. 2013, § 172 GVG Rn. 8.

²⁰ Hierzu Stürmer, JZ 1985, 453; Lachmann, NJW 1987, 2206.