

Schriften zum Strafrecht

Heft 165

**Die Konkurrenz zwischen
dem Strafverfahren und dem
anwaltsgerichtlichen Verfahren
in gleicher Sache**

**als Beispiel für die Disziplinarverfahren
der freien Berufe**

Von

Tobias Wagner



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS WAGNER

Die Konkurrenz zwischen dem Strafverfahren und
dem anwaltsgerichtlichen Verfahren in gleicher Sache
als Beispiel für die Disziplinarverfahren der freien Berufe

Schriften zum Strafrecht

Heft 165

Die Konkurrenz zwischen dem Strafverfahren und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren in gleicher Sache

als Beispiel für die Disziplinarverfahren
der freien Berufe

Von

Tobias Wagner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

n 2

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-11664-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Katharina, Franziska
und Viktoria*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg entstanden. Sie lag der Juristischen Fakultät im Wintersemester 2003/2004 als Dissertation vor und wurde mit dem Förderpreis der Schmitz-Nüchterlein-Stiftung ausgezeichnet, worüber ich mich sehr gefreut habe. Sie ist auf dem Stand von Januar 2004.

An erster Stelle danke ich aufs Herzlichste meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Volker Erb, der meine Arbeit stets interessiert, aufmerksam und hilfreich begleitete. Durch seine wohlwollende Unterstützung war ich in der Lage, meine wissenschaftlichen Studien zügig zu einem guten Ende zu bringen.

Ebenso bedanke ich mich beim weiteren Gutachter der Dissertation, Herrn Prof. Dr. Heinz Stöckel, für seinen anerkennenden Zweitbericht.

Mein weiterer Dank gilt Herrn RiBGH Dr. Rolf Raum, der mich durch seine nützlichen Hinweise auf das Thema der Dissertation aufmerksam gemacht hat.

Des weiteren möchte ich meine jetzigen und ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl, namentlich Frau Dr. Gabriele Kett-Straub, Herrn Dr. Patrick Liesching, Herrn Dr. Ralph-Pierre Grunewald und Herrn Stefan Maier, nicht unerwähnt lassen, die mir während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter stets kollegial und freundschaftlich begegnet sind und allzeit hilfreich und ratgebend zur Seite standen und stehen. Herzlichen Dank dafür.

Zu guter Letzt danke ich meinen Eltern und meiner Frau, die mir immer die nötigen Freiräume eingeräumt haben und die beste Unterstützung haben zukommen lassen. Ohne sie wäre dies alles nicht möglich gewesen.

Erlangen, im Mai 2004

Tobias Wagner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Problemstellung	15
B. Gegenstand und Verfahrensweise der Untersuchung	16
C. Praktische Bedeutung	17

1. Kapitel

Geschichte und Zweck des anwaltsgerichtlichen Verfahrens	20
A. Historische Entwicklung der Advokatur und des berufsgerichtlichen Verfahrens für Rechtsanwälte in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert	20
I. Die Advokatur und die berufsständische Disziplinargewalt vor 1879	20
II. Die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 und die Entwicklung nach 1879	24
III. Die Ehrengerichtbarkeit von 1933 bis 1945	28
IV. Die Entwicklung in der Nachkriegszeit und die BRAO von 1959	31
V. Vom Ehrengericht zum Anwaltsgericht	35
B. Schutzzweck des anwaltsgerichtlichen Verfahrens	36

2. Kapitel

Der Grundsatz des Vorrangs des Strafverfahrens	38
A. Die Systematik der §§ 115b, 118 BRAO	38
B. Gründe für den Vorrang des Strafverfahrens	39
C. Ausnahmen	43
D. Annex: „Dasselbe Verhalten“ gem. §§ 115b S. 1, 118 I S. 1 BRAO	45
I. Der strafprozessuale Tatbegriff	46
II. Vergleich mit der einheitlichen anwaltlichen Pflichtverletzung der BRAO	48

3. Kapitel

Der chronologische Vorrang des Strafverfahrens	49
A. Die Tatbestandsalternativen der §§ 118 Abs. 1 S. 1 und 2 BRAO	49
I. § 118 Abs. 1 S. 1 BRAO	49
II. § 118 Abs. 1 S. 2 BRAO	50
B. Folgen der Nichtbeachtung des Aussetzungszwanges	50
C. § 118 Abs. 1 S. 3 BRAO	53
I. Die gesicherte Sachaufklärung	53
II. § 118 Abs. 1 S. 3 2. Alt. BRAO	54
III. § 118 Abs. 4 BRAO als „Korrektiv“	54
D. Überlappung von strafprozessualer Tat und einheitlicher anwaltlicher Pflichtverletzung mangels Sachverhaltsidentität	55
I. Relevanz des Vorrangs des Strafverfahrens	56
II. Relevanz des Einheitsprinzips	57
1. Das Einheitsprinzip nach bisheriger Auffassung	57
2. Grenzen des Einheitsprinzips nach bisheriger Auffassung	58
a) Einschränkung wegen sonst unhaltbarer Ergebnisse	58
b) Definition der einheitlichen Pflichtverletzung über „judikativen Akt“	59
c) Wortlautargument	60
d) Gewohnheitsrechtliche Entwicklung	60
e) Konzentration berufsrechtlicher Reaktionen	61
3. Kritik und Vergleich mit der „Einheitssanktion“	61
a) Konsequenz der Aufgabe des Einheitsprinzips	62
aa) Unterschied zwischen Einheitspflichtverletzung und Einheits-sanktion	62
bb) Praxisrelevanz des Unterschieds	63
(1) Materiellrechtlich	63
(2) Gleichzeitige Aburteilung beruflicher und außerberuflicher Pflichtverletzungen	63
b) Lösung von bestehenden Problemen durch die Einheitssanktion	65
aa) Verjährung	65
bb) Rückwirkungsverbot	66
cc) Wiederaufnahme	67
dd) Urteilstenorierung	68
ee) Prozeßökonomie	69
4. Abkehr von der einheitlichen Pflichtverletzung	70
5. Konsequenz	71
III. Relevanz des Beschleunigungsgebotes	72

Inhaltsverzeichnis	11
IV. Lösung des Konflikts	76
1. Aussetzung auch der strafrechtlich irrelevanten Teile zugunsten des Einheitsprinzips	77
2. Abtrennung der strafrechtlich irrelevanten Teile in ein separates Verfahren zugunsten des Beschleunigungsgebots	78
3. Weiterverhandlung der strafrechtlich irrelevanten Teile unter Teilaussetzung der strafrechtlich relevanten als Kompromiß	81
a) Grundsatz	81
b) Aber: Einfluß der Konzentrationsmaxime, § 229 StPO	81
c) Konsequenz	82
aa) Teleologische Reduktion des § 118 Abs. 1 BRAO	82
bb) Praxisrelevanz	83
4. Ergebnis	84

4. Kapitel

Doppelbewertung desselben Verhaltens und der (positive und negative) disziplinäre Überhang	85
A. Die Verfassungskonformität der anwaltsgerichtlichen Ahndung nach strafgerichtlicher Verurteilung	85
I. Das Absehen von anwaltsgerichtlichen Ahndungen im Hinblick auf den Grundsatz <i>ne bis in idem</i>	86
1. Historische Auslegung und Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG	87
2. Auslegung nach dem Normzweck des Art. 103 Abs. 3 GG	88
a) Unterschiedliche Funktion und Zielrichtung von Strafe und anwaltsgerichtlicher Maßnahme – Begriff der „allgemeinen Strafgesetze“ in Art. 103 Abs. 3 GG	88
b) Bedürfnis getrennter staatlicher Reaktion auf das jeweilige Unrecht	90
c) Auch: Konsequenz aus der Annahme eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG	93
d) Zwischenergebnis	94
II. Die Parallelsanktionierung im Lichte sonstiger Verfassungsgrundsätze	94
III. Zusammenfassung	96
B. Begriffsbestimmung von „Strafe“ und „Ordnungsmaßnahme“ gem. § 115b BRAO	96
I. Strafe	97
II. Ordnungsmaßnahme	97
III. Auflagen und Weisungen nach § 153a StPO und die analoge Anwendung des § 115b BRAO	98
1. Planwidrige Regelungslücke	98

2. Vergleichbare Interessenslage	99
a) Strafcharakter der Auflagen und Weisungen?	99
b) Sanktioneller Charakter	100
c) Der sanktionelle Charakter der einzelnen Auflagen und Weisungen des § 153a Abs. 1 StPO	102
3. Vergleichbarkeit zwischen den von § 115b BRAO umfaßten Sanktionen und den Auflagen und Weisungen des § 153a StPO	102
a) Beurteilung anhand des Sinns des § 115b BRAO	102
b) Schluß „a majore ad minus“	103
4. Zwischenergebnis	104
IV. Die analoge Anwendung anderer Sanktionen	104
V. Ausländische Maßnahmen	106
1. Grundsatz	106
2. Beschränkung durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen?	108
a) Relevante Bestimmungen	108
b) Vergleichbarkeit der Vorschriften	109
c) Art. 54 SDÜ als Doppelbestrafungsverbot für das anwaltsgerichtliche Verfahren?	110
d) Auslegung des Art. 54 SDÜ	110
C. Gründe für eine zusätzliche anwaltsgerichtliche Ahndung (positiver diszi- plinärer Überhang, § 115b BRAO)	113
I. Die Beurteilung des disziplinären Überhangs	114
1. Beurteilung anhand der vorherigen unzureichenden Pflichtenmah- nung	114
a) Fallgruppen bei berufsinternen Pflichtverletzungen	116
2. Beurteilung anhand der vorherigen ungenügenden Wahrung des An- sehens der Anwaltschaft	117
a) Grundsatz	118
b) Bewertung der vorausgegangenen Sanktion des Strafverfahrens ...	118
3. Außerberufliche Pflichtverletzungen	119
4. Notwendigkeit der Einzelfallentscheidung	120
II. Der „Sonderfall“ des § 115b S. 2 BRAO	120
D. Der Einfluß einer anwaltsgerichtlichen Maßnahme auf ein späteres Straf- urteil	122
I. Problemaufriß	122
II. Lösungsansätze	123
1. Anrechnung über § 51 StGB?	123
2. Anrechnung über die Strafzumessung	124
3. Regelung im Beamtendisziplinarrecht als Vorbild	124
E. Anwaltsgerichtliche Ahndung trotz Freispruchs im Strafverfahren (nega- tiver disziplinärer Überhang, § 118 Abs. 2 BRAO)	125
I. Systematik und Vergleichbarkeit von § 115b und § 118 Abs. 2 BRAO ...	125
1. Gesetzssystematischer Unterschied oder historische Entwicklung? ...	125

2. Unterschied in Wertung und Zweck	126
3. Gemeinsamkeit: Behandlung eines disziplinären „Restes“	127
4. Fazit	127
II. Der Tatbestand des § 118 Abs. 2 BRAO	128
1. Dieselben Tatsachen	128
2. Freispruch im vorausgehenden Verfahren	129
a) Grundsatz	129
b) Vergleichbare strafprozessuale Verfahrensbeendigungen	129
aa) Staatsanwaltschaftliche Beschlüsse	129
bb) Gerichtliche Entscheidungen	132
(1) Nichteröffnungsbeschluß, § 204 StPO	132
(2) Gerichtliche Einstellung	133
(3) Irrtümlicher (fehlerhafter) Freispruch	135
α) Formell fehlerhafter Freispruch	135
β) Materiell (offensichtlich) fehlerhafter Freispruch	136
(4) Freispruch wegen strafrechtsspezifischer Gründe	139
(5) Freispruch in ausländischen Strafverfahren	143
α) Grundsatz	143
β) Einschränkung durch das Gemeinschaftsrecht	144
γ) Ausnahme: Straftat im Ausland begangen und dort nicht strafbar?	145
cc) Zusammenfassung	145
III. Folge des § 118 Abs. 2 BRAO: Prozeßhindernis oder „negativer“ diszipli- närer Überhang	146
1. Grundsatz	146
2. „Negativer“ disziplinärer Überhang	147
3. Wirkung eines strafgerichtlichen Freispruchs nach anwaltsgerichtli- cher Verurteilung	148
a) Ausgangssituation	148
b) Lösung de lege lata: Analoge Anwendung von § 118 Abs. 4 BRAO	149
aa) Vergleichbare Interessenslage	149
c) Lösung de lege ferenda: Ergänzung des § 118 Abs. 4 BRAO	150
F. Bewertung des disziplinären Überhangs bei Überlappung der strafrecht- lich und anwaltsgerichtlich zu ahndenden Taten	151
I. Bewertung des positiven disziplinären Überhangs	151
II. Bewertung des negativen disziplinären Überhangs	152
G. Bindung des Anwaltsgerichts an tatsächliche Feststellungen im Strafver- fahren (§ 118 Abs. 3 BRAO)	153
I. Geschichte und Zweck	153
1. Geschichte	153
2. Zweck des § 118 Abs. 3 BRAO	154

II. Reichweite der Bindungswirkung	155
1. Grundsatz	155
2. Begriff des „Urteils im Strafverfahren“	156
a) Urteil nach § 267 Abs. 4 StPO	156
b) Urteil im Privatklageverfahren	157
c) Ausländisches Urteil	159
d) Strafbefehlsverfahren	160
e) Bindung an Einstellungsbeschlüsse	163
f) Einstellung nach Rechtsmittelbeschränkung auf das Strafmaß	163
g) Beschluß nach § 371 Abs. 2 StPO	164
h) Fazit	165
3. Begriff der „urteilsberuhenden tatsächlichen Feststellungen“	165
III. Die anwaltsgerichtliche Lösung von der Bindung gem. § 118 Abs. 3 S. 2 BRAO	166
1. Grundsatz	166
2. Begriff des „Zweifels an der Richtigkeit“	166
3. Verfahren	168
4. Ausnahme vom Lösungsbeschluß: Vorrang der innerprozessualen Bindung vor § 118 Abs. 3 BRAO	170

5. Kapitel

Ergebnisse und Schlußbetrachtung	172
A. Ergebnisse	172
B. Zusammenfassende Schlußbetrachtung	180
Schrifttumsverzeichnis	182
Sachwortverzeichnis	187

Einleitung

„Οἱ νόμοι δ' οὐκ ἔωσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ' εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶαι.“¹

Dieser ursprünglich vom attischen Politiker und Redner Demosthenes (um 384–322 v. Chr.) stammende, zumeist aus dem Lateinischen zitierte Rechtsgrundsatz *ne bis in idem* beschreibt in eindrucksvoller Kürze das schon aus dem attischen und römischen Recht stammende Prinzip, daß „über dieselbe Streitsache nicht zweimal gestritten werden solle“.²

Während dieses in der athenischen Polis des vierten vorchristlichen Jahrhunderts im Hinblick auf die aus heutiger rechtsstaatlicher Sicht ungeordneten Verhältnisse im Gerichtsverfahren zum einen keinesfalls selbstverständlich, zum andern aber auch dringend notwendig war, um den Be- oder Angeklagten zu schützen, hat sich der Grundsatz *ne bis in idem* als Verfahrensprinzip im Lauf der Geschichte durch- und festgesetzt³ und fand im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland so seinen Niederschlag in Art. 103 Abs. 3, wonach niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf.⁴ Auch im Entwurf einer Europäischen Verfassung wurde der *ne bis in idem*-Grundsatz mit Art. II-50 nunmehr verankert, der besagt, daß niemand wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden darf.

A. Problemstellung

Die in §§ 113 ff. der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) geregelte Ahndung für anwaltliche Pflichtverletzungen durch das anwaltsgerichtliche (früher: ehrengerichtliche) Verfahren (§§ 116 ff. BRAO) bestimmt, daß ein Rechtsan-

¹ Demosthenes, Rede gegen Leptines, § 147: „Wegen derselben Sache gestatten die Gesetze zweimal gegen denselben weder Prozeß zu führen, noch Strafe zu verhängen, noch eine Entscheidung zu fällen, noch etwas anderes derartiges durchzuführen.“

² Vgl. Büchmann, Geflügelte Worte, Der Zitatenschatz des deutschen Volkes, 26. Aufl., Berlin 1918, S. 436.

³ Zur Geschichte des *ne bis in idem*-Grundsatzes siehe Specht, S. 7 ff.

⁴ Zum Prinzip *ne bis in idem* siehe im Einzelnen Kap. 4. A. I.

walt für berufliche und außerberufliche⁵ Pflichtverletzungen in einem grundsätzlich standesinternen Verfahren vor dem Anwaltsgericht (§ 119 Abs. 1 BRAO) mit Maßnahmen gem. § 114 BRAO belegt werden kann, die von einer Warnung bis hin zur Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft, also quasi einem Berufsverbot gleichkommend, reichen.

Die in Frage kommenden beruflichen Pflichtverletzungen gehen oftmals mit strafbaren Handlungen des Rechtsanwaltes einher: So stellt eine Unterschlagung und Veruntreuung von Mandantengeldern neben einer beruflichen Pflichtverletzung gem. § 43a Abs. 5 BRAO auch eine Straftat gem. §§ 246, 266 StGB dar. Eine außerberufliche Pflichtverletzung wird nach dem neueren⁶ Wortlaut des § 113 Abs. 2 BRAO nur als eine solche geahndet, wenn diese zugleich eine strafbare Tat oder zumindest eine Ordnungswidrigkeit darstellt.⁷

Treffen also in einer Tat anwaltliche Pflichtverletzung und strafbare Handlung zusammen und soll diese sowohl standesrechtlich als auch strafgerichtlich geahndet werden, ergibt sich ein Konkurrenzverhältnis zwischen Strafverfahren und anwaltsgerichtlichem Verfahren, das vor allem von zwei Problemkreisen geprägt ist:

1. In welcher Reihen- und Rangfolge müssen die beiden Verfahren behandelt werden und wie muß verfahren werden, wenn der anwaltsgerichtliche und der strafrechtliche Tatvorwurf nicht übereinstimmen, etwa weil neben den strafbaren Handlungen noch weitere nicht strafbare anwaltschaftliche Pflichtverletzungen im Raum stehen?
2. Welchen Einfluß hat das Verfahren und die Sanktion des vorangegangenen Prozesses auf den nachfolgenden? Darf der Rechtsanwalt im Sinne des eben angesprochenen Grundsatzes *ne bis in idem* überhaupt ein zweites Mal sanktioniert werden?

B. Gegenstand und Verfahrensweise der Untersuchung

Entsprechend der Problemstellung sollen die Fragen im Rahmen dieser Untersuchung geklärt werden. In diesem Zusammenhang werden aber noch weitere Fragen verfahrensrechtlicher Natur aufgeworfen und behandelt.

So soll sich intensiv mit der bislang wenig erörterten Thematik beschäftigt werden, ob das Modell der einheitlichen Pflichtverletzung im anwaltsgerichtlichen Verfahren einer dogmatischen Überprüfung standhält.

⁵ § 113 Abs. 2 BRAO.

⁶ Seit G. v. 2.9.1994 (BGBl. I S. 2278).

⁷ Feuerich/Weyland § 113 Rn. 13.

Im Rahmen der Diskussion um die Relevanz des vorhergehenden in bezug auf das nachfolgende Verfahren ist ein besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt, welche Arten der Verfahrensbeendigung möglicherweise die zusätzliche Sanktionierung beeinflussen können.

Bevor jedoch die angesprochenen Problemkreise behandelt werden, muß sinnvoller Weise die historische Entwicklung des anwaltsgerichtlichen Verfahrens und dessen Zweck dargestellt werden, ohne die das Verständnis für die Lösung der aufgeworfenen Probleme schwer fällt. Auf die Erörterung von Geschichte und Zweck des Strafverfahrens wird mit Hinweis auf die umfassende Literatur hierzu allerdings verzichtet.

C. Praktische Bedeutung

Das anwaltsgerichtliche Verfahren als Disziplinarverfahren zur Sanktionierung anwaltschaftlicher Pflichtverletzungen hat bezogen auf die Quantität der Verfahren eine eher geringe Bedeutung. So verzeichneten die Ehren- und Anwaltsgerichte in den Jahren 1990 bis 1994⁸ deutschlandweit konstant lediglich etwa 450 Verfahren pro Jahr. In die zweite Instanz, die Ehren- und Anwaltsgerichtshöfe gelangten lediglich etwa 50 bis 80 Verfahren und vor dem Anwaltsenat des BGH wurden nicht einmal 30 diesbezügliche Verfahren jährlich verhandelt.

Dennoch ist dem anwaltsgerichtlichen Verfahren eine aus der geschichtlichen Entwicklung⁹ folgende spezifische qualitative Relevanz für den anwaltschaftlichen Berufsstand zuzuerkennen, der sich vor allem auf den noch zu erörternden Schutzzweck des Verfahrens¹⁰, in erster Linie der Reinhaltung des Anwaltsstandes und der Wahrung des Ansehens in der Öffentlichkeit, stützt und primär wohl Präventivcharakter besitzt, was unter anderem die geringe Anzahl der Verfahren begründen könnte.

Die Betrachtung der Konkurrenz zwischen dem anwaltsgerichtlichen und dem Strafverfahren in gleicher Sache ist aber noch in über das anwaltschaftliche Standesrecht hinausreichender Hinsicht interessant. Die Regelungen des anwaltsgerichtlichen Verfahrens, insbesondere die für das Konkurrenzverhältnis zwischen Berufsverfahren und Strafverfahren relevanten, sind in vielerlei Hinsicht inhaltsgleich mit denen der Disziplinargerichtsverfahren anderer freier Berufe, der Beamten und Richter (siehe die Übersicht über die einschlägigen vergleichbaren Normen in nachstehender Tabelle).

⁸ Vgl. Henssler/Prütting-Dittmann (1. Aufl. 1997) Vorb § 92 Rn. 20 f.; aktuellere Zahlen liegen bislang nicht vor.

⁹ Siehe dazu Kap. 1. A.

¹⁰ Kap. 1. B.