

DEZEMBER 2020

51. JAHRGANG

6/2020

S. 307 – 368

#### BEIRAT

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender  
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

[www.brak-mitteilungen.de](http://www.brak-mitteilungen.de)



Organigramm Videotelefonie Datenschutz

**vOFFICE**  
Sichere Video-kommunikation im virtuellen Büro

RA-MICRO

**KOMPLETT  
DIGITAL**



BRAK-Mitteilungen und BRAK-Magazin  
jetzt ganz ohne Papier!



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

# BRAK MITTEILUNGEN

Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht

#### ■ AKZENTE

**U. Wessels**

Auf der Zielgeraden?

#### ■ AUFSÄTZE

**H. Schöttle/C. Ludwig**

Anwaltliche Kommunikation per E-Mail –  
nur noch mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung?

**N. Genithem/O. Kääb**

Soziale Sicherung: Wie sorgt die Anwaltschaft  
vor und ist dies ausreichend?

**A. Chr. Stange**

Kanzleigründung – Rechtsformwahl aus  
steuerlicher Sicht

#### ■ BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG

**BGH**

Zur Reichweite des Verbots der Vertretung  
widerstreitender Interessen (Anm. N. Flegler)

**OLG Zweibrücken**

Gewährung von Akteneinsicht durch Überlassung  
eines Aktenscans

**ottoschmidt**

lichen Aufbewahrungsfrist keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährung.

[23] Auch wenn die von § 50 BRAO bestimmten Aufbewahrungsfristen nicht mit der Verjährung des Herausgabeanspruchs abgestimmt sind (vgl. zur Kritik Hensler/Prütting/*Offermann-Burckart*, BRAO, 5. Aufl., § 50 Rn. 51, 113), behält die gegenüber der regelmäßigen Verjährung längere berufsrechtliche Aufbewahrungspflicht eine eigenständige Bedeutung. Dies beschränkt sich nicht nur auf die berufsrechtlichen Belange. So beeinflusst die Länge der Aufbewahrungspflicht etwa datenschutzrechtliche Ansprüche des Mandanten (vgl. BT-Drs. 18/9521, 115). Da die Handakte bei einem Haftungsprozess gegen den Anwalt ein wichtiges Beweismittel darstellen kann (vgl. *Weyland/Träger*, BRAO, 10. Aufl., § 50 Rn. 2), berührt die Länge der Aufbewahrungspflicht neben der Beweisführung weiter die Frage, wie sich der Anwalt in tatsächlicher Hinsicht im Haftungsprozess einlassen kann.

[24] cc) Aus den gleichen Gründen hat auch die Verlängerung der berufsrechtlichen Aufbewahrungspflicht in Nr. 13 der Mandatsvereinbarung keinen Einfluss auf die Verjährung des Herausgabeanspruchs aus § 667 BGB.

[25] 2. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht aus anderen Rechtsgründen bestehende Herausgabeansprüche des Kl. hinsichtlich der Handakten des Rechtsanwalts.

[26] a) § 50 BRAO begründet keinen zusätzlich neben § 667 BGB tretenden materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch des Mandanten. § 50 II 1 BRAO n.F. (in Kraft seit 18.5.2017) bestätigt dies; die Vorschrift regelt ebenfalls nur die berufsrechtliche Herausgabepflicht (vgl. BT-Drs. 18/9521, 116).

[27] b) Einen selbstständigen Herausgabeanspruch aus einem Verwahrungsvertrag hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Nach der Auslegung des Berufungsgerichts genügt die Regelung in Nr. 13 der Mandatsvereinbarung nicht, um einen Verwahrungsvertrag hinsichtlich der Handakten zu begründen. Die Angriffe der Revision auf die tatrichterliche Auslegung zeigen keinen revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehler auf. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Regelung betreffe nach objektivem Empfängerhorizont vor allem die Berechtigung zur Datenlöschung und zur Aktenvernichtung, weist auch sonst keine durchgreifenden Rechtsfehler auf. Vielmehr fehlt es hinsichtlich der von einem Rechtsanwalt geführten Handakten im Ganzen regelmäßig an einer Inobhutnahme fremder beweglicher Sachen zu einer fremdnützigen Aufbewahrung (vgl. *Münch-Komm-BGB/Hensler*, 8. Aufl., § 688 Rn. 48).

#### HINWEISE DER REDAKTION:

Der BGH (BRAK-Mitt. 2019, 99) hat außerdem klargestellt, dass der Abwickler das Eigentum an den Handakten des früheren Rechtsanwalts auf dessen Mandanten übertragen kann.

## REICHWEITE DES VERBOTS DER VERRETUNG WIDERSTREITENDER INTERESSEN

BRAO §§ 43a II 1, IV, 45 II Nr. 2

1. (...)
2. Eine Vertretung widerstreitender Interessen i.S.v. § 43a IV BRAO setzt voraus, dass der Rechtsanwalt im (Kern-)Bereich der rechtsbesorgenden anwaltlichen Berufsausübung tätig wird.
3. Hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsanwalt i.S.d. § 45 II Nr. 2 BRAO in derselben Angelegenheit tätig wird, ist unter Berücksichtigung der Tragweite der Berufsausübungsfreiheit eine restriktive Auslegung geboten. An einer Tätigkeit in derselben Angelegenheit fehlt es, wenn sich die durch die jeweilige Aufgabenwahrnehmung berührten Interessen nicht in relevantem Maße überschneiden.
4. Zur Frage eines aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikts, wenn der Sicherheitstreuhänder einer Hypothekenanleihe für den Emittenten zuvor im Prospektbilligungsverfahren tätig geworden ist.
5. (...)
6. (...)

BGH, Urt. v. 17.9.2020 – III ZR 283/18

#### AUS DEM TATBESTAND:

[1] Die Kl. nehmen die beklagte Partnerschaft von Rechtsanwälten unter dem Vorwurf der Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten im Zusammenhang mit dem Erwerb von Hypothekenanleihen auf Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die Bekl. fungierte als Sicherheitstreuhänderin für Hypothekenanleihen der W. AG (im Folgenden: Emittentin). Diese verfolgte das Geschäftsmodell, Immobilien günstig zu erwerben, durch Entwicklungsmaßnahmen aufzuwerten und gewinnbringend zu veräußern. Ihre Geschäftstätigkeit finanzierte sie vornehmlich mit der Emission von Anleihen, unter anderem den dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Anleihen W. 04 und W. 06. Bei beiden Anleihen vertrat die Bekl. die Emittentin im Billigungsverfahren für den jeweiligen Wertpapierprospekt vor der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

[3] Die Emittentin bestellte die Bekl. durch einen „Treuhandvertrag“ als Sicherheitstreuhänderin. Danach war die Bekl. verpflichtet, die dinglichen Sicherungsrechte an den von der Emittentin erworbenen Immobilien im eigenen Namen für die Anleger zu halten und zu verwalten. Der Löschung von Sicherungsrechten sollte sie nur zustimmen, wenn die Zahlung des Kaufpreises auf das von einem Mittelverwendungskontrolleur verwaltete Sonderkonto sichergestellt war. Bei Zahlungsausfall der Emittentin sollte sie die Sicherheiten zugunsten der Anleger verwerten und der Emittentin zuvor eine Frist für eine gütliche Einigung über die Rückzahlung setzen. Im Jahr 2008 hatte die Emittentin Schwierigkeiten, für ihre Immobilien Käufer zu finden. Mit no-

tariellen Verträgen v. 28.10.2008 verkaufte sie einen Großteil ihrer Immobilien für 57,85 Millionen Euro an Fondsgesellschaften, die von ihrer Tochtergesellschaft d. AG gehalten wurden. Die Kaufpreise wurden gestafelt bis zum 31.10.2009 gestundet. Da die Fondsgesellschaften nicht genügend Zeichner für ihre Immobilienfonds fanden und die Kaufpreise deshalb nicht zahlen konnten, wurden die Kaufverträge im Jahr 2010 rückabgewickelt.

[4] Der Kl. zu 1 erwarb am 31.12.2009 über den Freihandel der Frankfurter Börse 58 Anteile der Anleihe W. 04 im Nominalwert von 29.000 Euro für 29.279,16 Euro. Der Kl. zu 2 erwarb am 15.6.2010 von der Emittentin 60 Anteile der Anleihe W. 06 für 30.000 Euro. Die Emittentin zahlte beide Anleihen nach Fälligkeit nicht zurück. Das AG Düsseldorf eröffnete über ihr Vermögen am 1.3.2013 und erneut, nachdem Sanierungsbemühungen gescheitert waren, am 29.3.2016 das Insolvenzverfahren.

[5] Die Kl. begehren Ersatz ihres Zeichnungsschadens Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus den von ihnen erworbenen Anleihen. Sie haben im Wesentlichen geltend gemacht, die Bekl. habe es pflichtwidrig unterlassen, sie über bestimmte Risiken und Mängel der beiden Anleihen, über das Scheitern der Immobilienverkäufe an die Fondsgesellschaften sowie über ihre anderweitige Geschäftsverbindung mit der Emittentin und den damit einhergehenden Interessenkonflikt aufzuklären.

[6] Die Bekl. ist diesen Vorwürfen entgegengetreten.

[7] Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG das Ersturteil abgeändert und der Klage überwiegend stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

[8] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des LG.

[9] I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[10] Die Bekl. sei wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gem. §§ 241 II, 311 II Nr. 2, 280 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Der Treuhandvertrag stelle einen echten Vertrag zugunsten Dritter (hier: zugunsten der Anleger) dar. Im Vorfeld der Zeichnung entstehe diesbezüglich ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen den Anlegern und der Bekl. Durch Abschluss des Treuhandvertrags habe die Bekl. gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gem. § 43a IV BRAO verstoßen. Die Sicherheitentreuhand sei mit einer rechtsberatenden Tätigkeit zugunsten der Anleger verbunden. Im Prospektbilligungsverfahren habe die Bekl. demgegenüber die Interessen der Emittentin vertreten. Der Verstoß gegen § 43a IV BRAO führe zur Nichtigkeit des Treuhandvertrages; hierauf habe die Bekl. die Kl. vor Erwerb der Anleihen hinweisen müssen. Unbeschadet dessen habe die Bekl. die Kl. vorvertrag-

lich darüber aufklären müssen, dass sie sich in einem Interessenkonflikt befunden habe. Aufgrund ihrer Tätigkeit im Prospektbilligungsverfahren sei sie den Interessen der Emittentin verpflichtet gewesen. Als Sicherheitentreuhänderin habe sie hingegen die Interessen der Anleger wahrnehmen und diese über wesentliche Umstände der Sicherheitentreuhand sowie über regelwidrige Auffälligkeiten der Kapitalanlage informieren müssen, die ihr bekannt waren oder bei gehöriger Prüfung ihres Pflichtenkreises hätten bekannt sein müssen. Insbesondere habe sie den Kl. mitteilen müssen, dass die Immobilienverkäufe an die Fondsgesellschaften gescheitert seien, weil diese den Kaufpreis nicht hätten zahlen können. Dieser Sachverhalt sei ihr im Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile durch die Kl. bekannt gewesen. Die Erfüllung dieser Hinweispflicht habe indes dem Interesse der Emittentin an der Deckung ihres Kapitalbedarfs durch Gewinnung von Anlegergeldern widersprochen, so dass sich die Bekl. in einem schwerwiegenden Loyalitätskonflikt befunden habe.

[11] II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Bekl. hat keine Pflichten aus einem (vor-)vertraglichen Schuldverhältnis verletzt. Aufklärungspflichten ergeben sich auf Grundlage des für den Revisionsrechtszug maßgebenden Verfahrensrechts weder aus einem Verstoß gegen das Verbot des § 43a IV BRAO noch aus einem für die Zeichnung der Anleihen relevanten Interessenkonflikt.

[12] 1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass den Kl. als Anlegern aus dem zwischen der Bekl. und der Emittentin geschlossenen Treuhandvertrag eigene Ansprüche gegen die Bekl. zustehen können. (...)

[13] 2. Die Bekl. hat nicht gegen das Verbot des § 43a IV BRAO verstoßen, weil der Treuhandvertrag kein anwaltlicher Beratungsvertrag ist und deshalb diesem Verbot nicht unterfällt.

[14] a) Gemäß § 43a IV BRAO darf der Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten. Auf der Grundlage der Ermächtigung des § 59b II Nr. 1 Buchst. e BRAO konkretisiert § 3 BORA dieses Verbot dahingehend, dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise i.S.d. § 45 BRAO beruflich befasst war. Grundlage der Regelung des § 43a IV BRAO sind das Vertrauensverhältnis zum Mandanten, die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, BT-Drs. 12/4993, 27).

Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten

#### Wahrung der Unabhängigkeit

verpflichteten Rechtsanwalt voraus (BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 Rn. 6 m.w.N.). Ein Anwalt, der sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht, verliert jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienste des Rechtsuchenden. Über das individuelle Mandatsverhältnis hinaus ist die Rechtspflege allgemein auf die Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung angewiesen (BGH, Urt. v. 12.5.2016 a.a.O.; BVerfGE 108, 150, 160 f.). Der Verstoß gegen das Verbot des § 43a IV BRAO führt zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrags (BGH, Urt. v. 12.5.2016 a.a.O. Rn. 7 ff. und v. 10.1.2019 – IX ZR 89/18, NJW 2019, 1147 Rn. 24).

[15] b) Eine Vertretung widerstreitender Interessen i.S.v. § 43a IV BRAO setzt voraus, dass der Rechtsanwalt bei beiden Tätigkeiten im Kernbereich der rechtsbesorgenden anwaltlichen Berufsausübung handelt.

### Tätigkeit im Kernbereich

[16] aa) Dies ist allerdings umstritten. Nach einer Meinung reicht auch eine nicht dem Kernbereich anwaltlicher Berufsausübung zuzuordnende Tätigkeit aus, um das Verbot des § 43a IV BRAO auszulösen (Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, 1961, S. 117; Offermann-Burckart, AnwBl. 2008, 446, 448; so auch noch Kleine-Cosack, BRAO, 7. Aufl., § 43a Rn. 152; vgl. auch die Nachweise bei Deckenbrock, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 255 Fn. 605). Hierfür wird angeführt, dass der Wortlaut des § 43a IV BRAO eine Einschränkung auf den (Kern-)Bereich der anwaltlichen Berufsausübung nicht enthalte, die Tätigkeitsverbote des § 45 BRAO keinen ausreichenden Schutz gewährten und Rechtsanwälte unbeschränkt zweitberuflich tätig werden könnten (Kleine-Cosack a.a.O.). Andere Autoren vertreten demgegenüber die Ansicht, dass es sich sowohl bei der Vorbefassung als auch bei der nachfolgenden Tätigkeit um eine anwaltliche Berufsausübung im engeren Sinne handeln müsse. Hierfür wird vor allem das systematische Verhältnis zu den Verboten des § 45 I Nr. 4 und II Nr. 2 BRAO angeführt, die Tätigkeiten außerhalb der anwaltlichen Beratung betreffen, aber auch eine Parallele zum Straftatbestand des § 356 StGB gezogen (Henssler, in Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl., § 43a Rn. 186a f., 196; Deckenbrock a.a.O. Rn. 255 ff.; ders., AnwBl. 2009, 16, 17); für diesen ist es nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, dass der Rechtsanwalt beiden Parteien beruflich, also in seiner Eigenschaft als Anwalt, gedient hat (BGH, Urt. v. 6.10.1964 – 1 StR 226/64, BGHSt 20, 41 ff. und v. 27.7.1971 – 1 StR 183/71, BGHSt 24, 191 f.; s. auch LK-StGB/Gillmeister, 12. Aufl., § 356 Rn. 36).

[17] bb) Der erkennende Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. § 43a IV BRAO steht in einem unmittelbaren systematischen Zusammenhang mit den anderen in § 43a BRAO geregelten Grundpflichten des Rechtsanwalts, welche die in § 43 BRAO beschriebene allgemeine Berufspflicht konkretisieren und ergänzen.

Grundlage dieser Pflichten sind die Aufgaben des Rechtsanwalts im System der Rechtspflege und das Vertrauensverhältnis zum Mandanten (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung a.a.O. S. 27). Dementsprechend erfasst die Verschwiegenheitspflicht nach § 43a II 2 BRAO alles, aber auch nur das, was dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufs bekanntgeworden ist. Auch das Verbot unsachlichen Verhaltens nach § 43a III BRAO bezieht sich auf die anwaltliche „Berufsausübung“. Der systematische Zusammenhang mit diesen anderen Grundpflichten und die gemeinsame Zweckrichtung sprechen gegen eine Anwendung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a IV BRAO auf Tätigkeiten jenseits des (Kern-)Bereichs der rechtsbesorgenden anwaltlichen Berufsausübung. Dies bestätigt auch der Blick auf die Regelung gesonderter Verbote für Tätigkeiten außerhalb des Anwaltsberufs in § 45 BRAO; insbesondere die Verbote nach § 45 I Nr. 4 und II Nr. 2 BRAO wären weitestgehend entbehrlich, wenn das Verbot des § 43a IV BRAO nicht auf den Kernbereich der Anwaltstätigkeit beschränkt wäre.

[18] c) Der zwischen der Bekl. und der Emittentin geschlossene Treuhandvertrag ist kein anwaltlicher Beratungsvertrag und daher nicht dem Kernbereich anwaltlicher Berufsausübung zuzuordnen.

### Kein anwaltlicher Beratungsvertrag

[19] aa) Ob im Einzelfall ein Anwaltsvertrag vorliegt mit der anwaltstypischen Verpflichtung, dem Auftraggeber rechtlichen Beistand zu leisten (§ 3 I BRAO), hängt vom Inhalt der Aufgabe ab, die dem Rechtsanwalt übertragen und von diesem durchgeführt wird. Ein Anwaltsvertrag kann auch anwaltsfremde Maßnahmen umfassen, falls diese in einem engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen und Rechtsfragen aufwerfen können. Allerdings fehlt es an einem Anwaltsvertrag, wenn die Rechtsbetreuung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint (BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 63/97, NJW 1998, 3486 und v. 8.7.1999 – IX ZR 338/97, NJW 1999, 3040, 3041 f.). Diese Grundsätze gelten auch für treuhänderische Tätigkeiten. Die Treuhandtätigkeit gehört zwar zum Berufsbild des Rechtsanwalts (BGH, Urt. v. 30.7.2015 – I ZR 18/14, WM 2016, 400 Rn. 29 m.w.N.) und kann, auch wenn sie nicht nach den Bestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes zu entlohnen ist (§ 1 II 2 RVG), Gegenstand eines Anwaltsvertrags sein. Dies setzt jedoch voraus, dass sie mit einer Pflicht zur Rechtsberatung verbunden ist (Senat, Urt. v. 1.12.1994 a.a.O., S. 1027; BGH, Urt. v. 9.11.1992 – II ZR 141/91, BGHZ 120, 157, 159 und v. 8.7.1999 a.a.O., S. 3042 sowie Beschl. v. 5.7.2007 – IX ZR 257/06, BeckRS 2007, 12162 Rn. 2). Die anwaltliche Beratung besteht darin, dass der Rechtsanwalt die Sach- und Rechtslage prüft und diese dem Mandanten erläutert, um ihm hierdurch eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidungen in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rn. 10). Gegen einen anwaltlichen

Beratungsvertrag spricht es, wenn eine Treuhandtätigkeit ausschließlich wirtschaftlich geprägt ist oder eine Rechtsberatung weitgehend hinter die wirtschaftliche Geschäftsabwicklung zurücktritt (vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2011 – XI ZR 415/10, WM 2011, 2218 Rn. 14 [zu Art. 1 § 1 RBerG]; VGH Kassel, AnwBl. 2008, 790, 791 [zu § 43a II BRAO]).

[20] bb) Nach diesen Maßgaben stellt der vorliegende Treuhandvertrag keinen anwaltlichen Beratungsvertrag, sondern einen Geschäftsbesorgungsvertrag über eine anwaltsfremde Tätigkeit dar. Die Bekl. sollte zwar durch die Verwaltung und erforderlichenfalls Verwertung der dinglichen Sicherungsrechte die Interessen der Anleger wahrnehmen. Diese Tätigkeit war aber ganz überwiegend wirtschaftlich geprägt. Das von der Bekl. geschuldete Halten und Verwalten einer Sicherheit unterscheidet sich insoweit nicht grundlegend von einer Mittelverwendungskontrolle, für die der Senat das Vorliegen eines anwaltlichen Beratungsvertrags verneint hat, sofern keine besonderen Beratungspflichten gegenüber den Anlegern bestehen (Senat, Urt. v. 1.12.1994 a.a.O.). Die Bekl. schuldete keine anwaltliche Beratung in dem Sinne, dass sie die Anleger rechtlich zu vertreten oder durch rechtliche Erläuterungen in die Lage zu versetzen gehabt hätte, eigene Entscheidungen zu treffen. Entscheidungen der Anleger waren, auch im Falle der Verwertung der Sicherheiten, ebenso wenig erforderlich wie solche der Bekl. Diese sollte insbesondere keine Ansprüche der Anleger gegenüber der Emittentin geltend machen. Vielmehr hatte sie lediglich bestimmte, vertraglich genau festgelegte Maßnahmen – Verwertung der Sicherungsrechte, Geltendmachung des Absonderungsrechts im Falle der Insolvenz der Emittentin, Einrichtung eines Treuhandkontos zur Hinterlegung der Verwertungserlöse – zu ergreifen. Eine individuelle Erledigung von Rechtsangelegenheiten der Anleger war dabei nicht vorgesehen. Die Bekl. hatte auch keine rechtlichen Erklärungen in deren Namen abzugeben; im Falle der Verwertung der Sicherheiten musste sie, weil sie selbst Inhaberin der Sicherungsrechte war, im eigenen Namen handeln. Allein der Umstand, dass die treuhänderische Tätigkeit der Bekl. im wirtschaftlichen Interesse der Anleger erfolgte und der erzielte Erlös an diese zu verteilen war, qualifiziert sie nicht als rechtliche Beratung oder Vertretung der Anleger.

[21] 3. Die Bekl. befand sich auch nicht in einem aufklärungspflichtigen Interessenkonflikt.

[22] a) Ebenso wie ein Mittelverwendungskontrolleur ist ein Sicherheitentreuhänder verpflichtet, die (künftigen) Anleger über Umstände zu informieren, die den Vertragszweck, für ihn erkennbar, gefährden können (vgl. zum Mittelverwendungskontrolleur z.B. Senat, Urt. v. 1.12.1994 a.a.O., S. 1026), insbesondere, soweit es um die Voraussetzungen für die ordnungsgemäße Durchführung der treuhänderischen Tätigkeit geht (vgl. zum Mittelverwendungskontrolleur: Senat, Urt. v. 19.11.2009, a.a.O. Rn. 23 ff., 29 f.; v. 9.11.2017, a.a.O. Rn. 18 und v. 23.11.2017, a.a.O. Rn. 26). Dementspre-

chend besteht eine Aufklärungspflicht, wenn ein Interessenkonflikt potentiell geeignet ist, den Zweck des Treuhandvertrags zu gefährden (vgl. Senat, Urt. v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, NJW 2013, 862 Rn. 23). Bestehen und Umfang der Hinweispflichten hängen im Übrigen vom Einzelfall ab; sie sind beeinflusst und begrenzt durch das Aufklärungsbedürfnis des Anlageinteressenten (vgl. Senat, Urt. v. 22.3.2007 – III ZR 98/06, NZG 2007, 507 Rn. 16).

[23] b) Nach diesen Grundsätzen ergab sich aus der Vortätigkeit der Bekl. im Prospektbilligungsverfahren kein den Zweck des Treuhandvertrages (potentiell) gefährdender, für die Anlageentscheidung der Anleihezeichner relevanter Interessenkonflikt, über den hätte aufgeklärt werden müssen.

[24] aa) Die Vorbefassung der Bekl. mit dem Anlageprospekt im Prospektbilligungsverfahren stand als solche nicht im Konflikt mit den berechtigten Interessen der Anleger. Dies gilt auch für die – streitige – Behauptung der Kl., die Bekl. habe in diesem Zusammenhang die Prospekte geprüft sowie an ihrer Gestaltung und Formulierung mitgewirkt. Auch wenn die Bekl. insofern als Vertragspartnerin im Dienste der Emittentin stand, war ihre Tätigkeit im Ganzen auf die Veröffentlichung eines Prospekts gerichtet, der den rechtlichen Vorgaben entsprechen und damit eine zutreffende Information der Anleger sicherstellen sollte. Dass die Bekl. einem gegen die Interessen der (künftigen) Anleger gerichteten Kapitalgewinnungsinteresse der Emittentin verpflichtet gewesen wäre, folgt aus dieser Art der Vorbefassung nicht.

[25] bb) Die Tatsache einer vertraglichen Verbindung zwischen der Bekl. und der Emittentin als solche war für die (künftigen) Anleger bereits aus der Konstruktion des Treuhandvertrags ersichtlich. Eigene Ansprüche der Anleger gegen die Bekl. beruhten danach allein auf deren (Treuhand-)Vertrag mit der Emittentin. Eine von vertraglichen Bindungen zur Emittentin freie Vertretung der Anlegerinteressen durch die Bekl. war zur Erfüllung der Pflichten als Sicherheitentreuhänderin auch nicht erforderlich. Denn der Treuhandvertrag sah genau bezeichnete Maßnahmen vor, die die Bekl. zur Verwaltung und Verwertung der Sicherheiten zu treffen hatte, und räumte ihr keine erheblichen Entscheidungsspielräume ein, die es ihr ermöglicht hätten, ohne Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten den Interessen der Emittentin gegenüber denen der Anleger den Vorrang zu geben. Dass die Bekl. über Rangänderungen befinden durfte und der Emittentin vor einer Verwertung der Sicherheiten eine „angemessene Frist“ zum Zwecke von Güteverhandlungen setzen sollte (§ 1 Nr. 2.2 S. 2 des Treuhandvertrags), war den Anlegern aus den Anleihebedingungen ersichtlich und bekannt. Auch der Umstand, dass ein Rechtsanwalt ein Interesse daran haben kann, von einem Unternehmen, mit dem er einen Vertrag geschlossen hat, in der Zukunft weitere Aufträge zu erhalten, ist einem durchschnittlichen Anlageinteressenten ohne Weiteres bewusst; hierüber ist er nicht gesondert aufzuklären. (...)

[46] 3. Die Bekl. befand sich wegen der aus ihrer Tätigkeit im Prospektbilligungsverfahren resultierenden anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht (§ 43a II 1 BRAO) nicht in einem aufklärungspflichtigen Interessenkonflikt.

[47] Zum einen bestanden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. Umstände, die der Verschwiegenheitspflicht aus ihrer Tätigkeit im Prospektbilligungsverfahren unterlagen, den Anlegern würde offenbaren müssen. Die Möglichkeit einer hieraus entstehenden Interessenkollision war von sehr geringer Wahrscheinlichkeit, weil die Bekl. als Sicherheitentreuhänderin keine umfassenden, sondern nur sachlich eng begrenzte Hinweis- und Aufklärungspflichten hatte.

[48] Zum anderen ist die Bekl., worauf sie mit Recht hingewiesen hat, konkludent seitens der Emittentin von ihrer Verschwiegenheitspflicht befreit worden, soweit es um die Erfüllung der den Anlegern gegenüber bestehenden Aufklärungspflicht aus ihrer Funktion als Sicherheitentreuhänderin geht. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Treuhandvertrags. Die Verpflichtung der Bekl., die Anleger auf Umstände hinzuweisen, von denen sie durch ihre Tätigkeit im Prospektbilligungsverfahren Kenntnis erlangt hat, kann ihre Grundlage allein in dem zwischen ihr und der Emittentin geschlossenen Treuhandvertrag finden. Der Emittentin war ihrerseits bekannt, dass die Bekl. darin Pflichten gegenüber den Anlegern übernahm. Dies entsprach ihrem Willen und war der Zweck der gewählten Vertragskonstruktion. Hätte die Bekl. den Anlegern bestimmte aufklärungspflichtige Umstände nicht offenbaren dürfen, hätte sie ihre Pflichten als Sicherheitentreuhänderin möglicherweise nicht vollständig erfüllen können. Dies indes konnte nicht im Interesse der Emittentin liegen. Wäre ihr an der Verschwiegenheit der Bekl. bezüglich der aus dem Prospektbilligungsverfahren erlangten Kenntnisse gelegen gewesen, so hätte sie die Aufgaben des Sicherheitentreuhänders einer nicht vorbefassten Person übertragen. Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da der Inhalt des Treuhandvertrags sowie seine Begleitumstände unstrittig sind und weiterer Sachvortrag nicht zu erwarten ist.

[49] 4. Die Bekl. hat schließlich auch keine Aufklärungspflicht im Hinblick auf das Tätigkeitsverbot des § 45 II Nr. 2 BRAO verletzt.

[50] a) Nach § 45 II Nr. 2 BRAO darf ein Rechtsanwalt außerhalb seiner Anwaltstätigkeit nicht in einer Angelegenheit beruflich tätig werden, mit der er bereits als Rechtsanwalt befasst war. Diese Regelung zielt auf eine klare Trennung zwischen der anwaltlichen und einer daneben ausgeübten nichtanwaltlichen Betätigung ab. Mit dem Tätigkeitsverbot soll die Gefahr von Interessenkollisionen eingedämmt werden (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der

Rechtsanwälte und der Patentanwälte, BT-Drs. 12/4993, 29). Zugleich soll es verhindern, dass der Rechtsanwalt die Interessenwahrnehmung für denselben Mandanten außerhalb berufsrechtlicher Pflichten in einer für die anwaltliche Rechtspflegefunktion abträglichen Weise fortsetzt (BGH, Beschl. v. 18.12.2013 – XII ZB 460/13, NJW 2014, 935 Rn. 10).

[51] b) Ob sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts auf dieselbe Angelegenheit bezieht, ist für § 45 II Nr. 2 BRAO nach denselben Kriterien zu beurteilen wie bei der Anwendung von § 45 I Nr. 1 und Nr. 4 BRAO (Bormann, in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., § 45 BRAO Rn. 40, 42; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.2.1999 – IX ZR 384/97, BGHZ 141, 69, 74 [zu § 46 II Nr. 1 BRAO a.F.]). Umfasst sind wie in § 356 StGB alle Rechtsangelegenheiten, in denen mehrere, zumindest möglicherweise ein entgegengesetztes rechtliches Interesse verfolgende Beteiligte vorkommen können. Maßgebend ist dabei der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Interessen, also das anvertraute materielle Rechtsverhältnis, das bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen ist (s. z.B. BGH, Urt. v. 21.10.2010 – IX ZR 48/10, NJW 2011, 373 Rn. 11 und v. 3.11.2014 – AnwSt(R) 4/14, NJW 2015, 567 Rn. 11; jew. m.w.N.). Unter Berücksichtigung der Tragweite der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) ist insoweit allerdings eine restriktive Auslegung geboten (vgl. BVerfG, NJW 2002, 503 [zu § 46 II Nr. 1 BRAO a.F.]).

[52] c) Nach diesem rechtlichen Maßstab betreffen die Beteiligung der Bekl. am Prospektbilligungsverfahren sowie – nach dem streitigen Vortrag der Kl. – an der Erstellung der Prospekte einerseits und die Tätigkeit als Sicherheitentreuhänderin andererseits nicht dieselbe Angelegenheit. Zwar besteht ein Zusammenhang insofern, als beide Tätigkeiten auf Verträgen mit der Emittentin beruhen und sich auf dieselben Hypothekenanleihen beziehen. Die durch diese Aufgaben berührten Interessen überschneiden sich jedoch nicht in relevantem Maße. Die anwaltliche Vorbefassung der Bekl. war ausschließlich auf die rechtlich richtige Erstellung und die behördliche Billigung der Prospekte gerichtet. Die Tätigkeit als Sicherheitentreuhänderin hatte hierzu keinen unmittelbaren Bezug, weil die Bekl. nicht prospektverantwortlich war. Ihre Aufgabe, die Sicherheiten zugunsten der Anleger zu verwalten und erforderlichenfalls zu verwerten, war eng umgrenzt, weitgehend formaler Natur und hatte keine Beratungspflichten zugunsten der Anleger zum Gegenstand. Eine sachliche Überschneidung der beiden Tätigkeiten war somit – jedenfalls im Kern – nicht zu erwarten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass Kenntnisse, die die Bekl. nur im Rahmen der Vorbefassung erlangen konnte, für ihre Funktion als Sicherheitentreuhänderin bedeutsam werden könnten, waren nicht ersichtlich, weil Aufklärungspflichten der Bekl. auf die Funktion als Sicherheitentreuhänderin bezogen und durch diese begrenzt sind.

[53] IV. Nach alledem ist das Berufungsurteil gem. § 562 I ZPO aufzuheben. Da weitere Feststellungen

nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO) und das klageabweisende Urteil des LG wiederherstellen.

#### ANMERKUNG:

Die beklagte Rechtsanwaltskanzlei war für die Klägerin im Prospektbewilligungsverfahren anwaltlich tätig, um anschließend für diese als Sicherungstreuhanderin für Hypothekenanleihen zu fungieren. Grundsätzlich kann eine Treuhandtätigkeit Gegenstand eines Anwaltsvertrags sein, soweit sie mit der Pflicht zur Rechtsberatung verbunden ist und die Rechtsberatung nicht als Nebensache in den Hintergrund rückt. Die Treuhandtätigkeit der Beklagten bestand im Wesentlichen in der wirtschaftlichen Geschäftsabwicklung. Demnach hat der BGH den Treuhandvertrag nicht als Anwaltsvertrag, sondern als Geschäftsbesorgungsvertrag über eine anwaltsfremde Tätigkeit qualifiziert. Ausgangspunkt der berufsrechtlichen Entscheidungen war damit die Konstellation, dass die Beklagte in der Vorbefassung anwaltlich und in der nachfolgenden Tätigkeit nichtanwaltlich tätig geworden ist.

1. Dies führte den BGH im ersten Schritt zu der Entscheidung, dass die Beklagte mangels doppelter Tätigkeit im Kernbereich der rechtsbesorgenden anwaltlichen Berufsausübung nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen i.S.d. § 43a IV BRAO verstoßen hat. Damit hat der BGH gleich auf zwei Ebenen eine Engführung bewirkt: Durch das Erfordernis der doppelten anwaltlichen Tätigkeit sowie durch die Tendenz zur Einschränkung auf den Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit.

Für den Fall widerstreitender Interessen normiert § 43a IV BRAO ein Tätigkeitsverbot des Rechtsanwalts; seine Konkretisierung findet sich auf Grundlage der Ermächtigungsnorm § 59b II Nr. 1e BRAO in § 3 BORA: Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, soweit er in derselben Rechtssache bereits eine andere Partei beraten und/oder vertreten hat oder in sonstiger Weise mit der Rechtssache i.S.d. § 45 BRAO beruflich befasst war. Voraussetzungen des Prävarikationsverbots sind damit (1) das Tätigwerden eines Rechtsanwalts (2) in derselben Rechtssache sowie (3) die Gegenläufigkeit der Parteiinteressen. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen knüpft damit an die anwaltliche Vorbefassung an. Inwieweit die Tätigkeit beidseitig dem Bereich anwaltlicher Berufsausübung zuzuordnen sein muss, unterlag bisweilen dem in der Entscheidung aufgegriffenen Meinungsstreit in der Literatur.

Dem Wortlaut des § 43a IV BRAO ist das Erfordernis der beidseitigen anwaltlichen Tätigkeit zwar nicht zu entnehmen. Gleichzeitig formuliert der knappe und in der Diktion teils unglücklich ausfallende Normtext, abseits der anhaftenden Abgrenzung zur privaten Tätigkeit, keinerlei Anforderungen an die Tätigkeitsnatur des Rechtsanwalts. Seine Reichweite gilt es vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks sowie der Gesetzessystematik zu ermitteln: § 45 BRAO kann nur greifen,

wenn eine der Tätigkeiten, sei es die vorbereitende (Abs. 1) oder nachfolgende (Abs. 2) nichtanwaltlich ist. Die doppelte anwaltliche Tätigkeit muss von § 43a IV BRAO erfasst sein. Umgekehrt bedarf es nicht der Einbeziehung nichtanwaltlicher Tätigkeit in den Anwendungsbereich des § 43a IV BRAO, die den Regelungsgehalt des § 45 BRAO obsolet machen würde.

Zu restriktiv scheint die Tendenz des BGH zur Beschränkung auf den Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit. Damit würde eine unregulierte Lücke zwischen dem Anwendungsbereich des § 43a IV BRAO und demjenigen des § 45 BRAO geschaffen werden. Nicht erfasst bliebe die anwaltliche Tätigkeit, die gerade nicht dem Kernbereich zuzuordnen ist (so auch Dietlein, NJW 2020, 3451). Eine solche Regelungslücke führt zur Herabsetzung des durch die Grundpflichten geschaffenen Schutzniveaus. Sie widerspräche dem systematischen Zusammenhang und der gemeinsamen Zweckrichtung der Core Values:

Die Anwaltschaft hat gegenüber anderen Berufsgruppen den Wettbewerbsvorteil, dass die Core Values nicht nur vertraglich absicherbar sind, sondern durch eine objektive Berufsaufsicht garantiert werden. Jede Schmälerung dieser Garantie führt zur Verkleinerung dieses Wettbewerbsvorteils. Die in § 43a BRAO normierten Grundpflichten der Anwaltschaft sichern nicht nur den Mandantenschutz und das Vertrauen in die Anwaltschaft durch Mandanten und die Allgemeinheit ab, sondern statuieren die Unabhängigkeit sowie die Integrität und Gradlinigkeit des Rechtsanwalts. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht als weitere Grundpflicht der Anwaltschaft erstreckt sich grundsätzlich auf alles, was dem Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung – und nicht nur in deren Kernbereich – bekannt geworden ist, § 43a IV BRAO. Selbiges gilt für das Verbot unsachlichen Verhaltens, § 43a III BRAO. Diesem Anspruch muss auch das Prävarikationsverbot durch ein ineinandergreifendes Regelungsgefüge aus § 45 und § 43a IV BRAO gerecht werden.

2. Die Beklagte unterliege, so der BGH im zweiten Schritt, auch nicht dem Tätigkeitsverbot des § 45 II Nr. 2 BRAO. Die vorbereitende anwaltliche Tätigkeit im Prospektbewilligungsverfahren und die nachfolgende nichtanwaltliche Treuhandtätigkeit betreffen nicht „dieselbe Angelegenheit“ und es mangle an einer Interessenkollision. Die restriktive Auslegung des Merkmals „derselben Angelegenheit“ ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechungsentwicklung seit der Zweitberufsentscheidung des BVerfG konsequent. Die Formulierung – zumindest einer Gefahr – der Interessenkollision als Voraussetzung des § 45 BRAO ist im Hinblick auf die Beschränkung seiner Reichweite erforderlich. Das Ergebnis darf nicht sein, dass eine Tätigkeit, die dem Grunde nach auch einen Anwaltsvertrag begründen kann, nach § 45 BRAO verboten wäre, Dank eines Quantums mehr an Rechtsberatung aber wiederum zulässig i.S.d. § 43a IV BRAO sein könnte.

*Neben der Funktion, die Vertretung widerstreitender Interessen dort zu verhindern, wo § 43a IV BRAO nicht greift, schützt § 45 II Nr. 2 BRAO als zweite Funktion die anwaltliche Integrität. Das Vertrauen des Mandanten und der Allgemeinheit in die Integrität der Anwaltschaft gilt es nicht nur zu schützen, sondern auch herzustellen. Aus der anwaltlichen Tätigkeit erlangte Informationen sollen nicht im Rahmen der nachfolgenden Tätigkeit ausgenutzt werden können. Dieser Gefahr kann nicht allein mit der Verschwiegenheitspflicht begegnet werden; man kann nicht verschwiegen vor sich selbst sein. Das Tätigkeitsverbot müsste im Ergebnis zumindest da greifen, wo eine Vertrauenserschütterung in die Integrität der Anwaltschaft zu besorgen ist; zweifelsfrei nicht ohne zeitliche Begrenzung.*

Wiss. Mitarbeiterin Nadja Flegler, Hannover

#### HINWEISE DER REDAKTION:

Dazu unter Haftungs-Gesichtspunkten auch *Jungk/Chab/Grams* (BRAK-Mitt. 2020, 328 – in diesem Heft).

### FACHANWÄLTE VOR DEM BGH IN ZIVILSACHEN NICHT POSTULATIONSFÄHIG

BRAO § 172; ZPO § 78 I 3

- \* 1. Es ist mit der Verfassung vereinbar, dass die Anrufung von Richtern von der Erfüllung bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht wird, zu denen, insbesondere in der Revisionsinstanz, auch die ordnungsgemäße Vertretung durch einen zugelassenen Prozessbevollmächtigten gehören kann.
- \* 2. Eine in jedem Einzelfall – insbesondere auch mit Blick auf die Qualifikation des Berufsträgers – durchzuführende Prüfung der Postulationsfähigkeit würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einer unverhältnismäßigen Belastung des Gerichts führen, die außer Verhältnis zu dem Zweck stünde, sich in besonderen Einzelfällen vor dem BGH selbst vertreten zu dürfen.

BGH, Beschl. v. 23.7.2020 – I ZR 73/20

#### AUS DEN GRÜNDEN:

[1] A. Der Kl. ist Rechtsanwalt in D. und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz. Er ist alleiniger Urheber einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gegen die Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht durch die Bundesrepublik Deutschland.

[2] Der Bekl. ist Alleinautor des Aufsatzes „Das europäische Patentsystem – Stopp vor dem Ziel?“, veröffentlicht in GRUR 2017, 1177, in dem er ohne Zustimmung des Kl. und ohne dessen Benennung als Urheber Inhalte aus dessen Verfassungsbeschwerde veröffentlichte.

[3] Der Kl. ist der Auffassung, die unautorisierte Veröffentlichung von Inhalten der Beschwerdeschrift und die unterbliebene Benennung als Urheber verletzen seine Urheberpersönlichkeitsrechte aus §§ 12 II, 13 S. 1 UrhG. Er hat den Bekl. daher auf Unterlassung, Auskunft, Feststellung der Pflicht zum Ersatz eines materiellen Schadens und Zahlung von 6.000 Euro nebst Zinsen als Ersatz des immateriellen Schadens in Anspruch genommen.

[4] Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben.

[5] Der Kl. möchte seine Klageanträge mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision weiterverfolgen. Er vertritt sich im Revisionsverfahren selbst und hält es für verfassungswidrig, dass ihm als Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz die Befugnis hierzu durch § 78 I 3 ZPO abgesprochen werde. § 78 I 3 ZPO stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine Grundrechte aus Art. 19 IV i.V.m. Art. 20 III GG, aus Art. 101 I 2 GG, aus Art. 12 I GG und aus Art. 3 I GG dar.

[6] Der Kl. beantragt, das Verfahren auszusetzen und dem BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 78 I 3 ZPO im Wege einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I 1 Fall 2 GG vorzulegen. Der Bekl. beantragt, die Revision als unzulässig zu verwerfen.

[7] B. Die Revision des Kl. hat keinen Erfolg. Sie ist unzulässig, da sie nicht durch einen bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht worden ist.

[8] I. Gemäß § 78 I 3 ZPO müssen sich die Parteien vor dem BGH durch einen bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Nur ein solcher ist bei dem BGH postulationsfähig. Die Postulationsfähigkeit ist Prozesshandlungsvoraussetzung und muss im Zeitpunkt der Vornahme der Prozesshandlung gegeben sein (BGH, Beschl. v. 26.4.2012 – VII ZB 83/10, NJW-RR 2012, 1139 Rn. 11 m.w.N.). Fehlt es an der Postulationsfähigkeit, ist die Prozesshandlung unwirksam (vgl. BGH, Beschl. v. 4.2.1992 – X ZB 18/91, NJW 1992, 1700, 1701 Rn. 6; Beschl. v. 18.11.2014 – II ZR 1/14, NJW 2015, 557 Rn. 5; *Zöller/Althammer*, ZPO, 33. Aufl., § 78 Rn. 11 f.). Die von einem nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt vorgenommene Prozesshandlung kann zwar durch einen postulationsfähigen Bevollmächtigten heilend genehmigt werden, doch muss die Genehmigung bei fristgebundenen Prozesshandlungen vor Fristablauf erfolgen (vgl. BGH, Beschl. v. 31.10.2006 – VI ZB 20/06, NJW-RR 2007, 278 Rn. 4 m.w.N.).

[9] II. Das Verfahren ist nicht auszusetzen, um eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 I 1 Fall 2 GG über die Verfassungsmäßigkeit von § 78 I 3 ZPO einzuholen.

[10] 1. Nach Art. 100 I 1 Fall 2 GG hat ein Gericht das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn es ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält. Gemäß § 80 II 1 BVerfGG muss das vorlegende Gericht darlegen, aus welchen Gründen es von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift überzeugt ist (vgl. BVerfG, NZFam 2020, 564 Rn. 37 m.w.N.). Blo-