



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Entwurf für ein Viertes Gesetz zur Änderung
verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften/Gesetz zur
verwaltungsverfahrenrechtlichen Umsetzung der EG-
Dienstleistungsrichtlinie

erarbeitet durch den
Ausschusses Verwaltungsprozessrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael **Quaas**, M. C. L., Stuttgart (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Rudolf **Häusler**, München
Rechtsanwalt Dr. Jost **Hüttenbrink**, Münster
Rechtsanwalt Rainer **Kulenkampff**, Bremen
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Peter **Michler**, Gimbweiler
Rechtsanwältin Dr. Margarete **Mühl-Jäckel**, Potsdam
Rechtsanwältin Dr. Sigrid **Wienhues**, Hamburg
Rechtsanwältin Friederike **Lummel**, BRAK, Berlin

Koordinierung "Einheitlicher Ansprechpartner" bei der Bundesrechtsanwaltskammer:

Rechtsanwalt JR Dr. Norbert **Westenberger** (Vizepräsident), Mainz
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang **Eichele**, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium des Innern
Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
Innenausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Justizminister/Senatoren der Länder
Landeswirtschaftsministerien
Landesinnenministerien
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
Rechtsanwaltskammern
Deutscher Anwaltverein
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Richterbund
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Zentralverband des Deutschen Handwerks

Juli 2008

BRAK-Stellungnahme-Nr. 23/2008

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Möglichkeit zur nachfolgenden Stellungnahme zum o. g. Gesetzentwurf:

Gliederung:

A. Der „Einheitliche Ansprechpartner“ bzw. „die Einheitliche Stelle“	3
I. Ziel der Dienstleistungsrichtlinie (DLRL).....	3
II. Umsetzung der DLRL	4
III. Referentenentwurf für ein 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften/Gesetz zur verfahrensrechtlichen Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie.....	5
B. Zu den Vorschriften des Referentenentwurfs (RefE) im Einzelnen.....	6
I. Art. 1 RefE	6
1. Art. 1 Ziff. 1) RefE.....	6
2. Art. 1 Ziff. 3) RefE.....	6
a) § 25 Abs. 2 VwVfG – neu	6
b) Wegfall u. a. der Bestimmungen über das „Sternverfahren“ (§ 71d VwVfG) und die „Antragskonferenz“ (§ 71e VwVfG)	6
3. Art. 1 Ziff. 5) RefE.....	7
a) Regelungsgegenstand: Genehmigungsfiktion	7
b) Genehmigungsbegriff	7
c) Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit.....	8
4. Art. 1 Ziff. 7) RefE.....	9
a) Allgemein	9
b) § 71a (Anwendbarkeit)	10
c) § 71b (Verfahren)	10
d) § 71b Abs. 5 Satz 2	12
e) § 71c Abs. 2 Satz 2 VwVfG-neu.....	13
II. Zu Art. 5 RefE	13
1. Zu Art. 5 Ziff. 1) RefE.....	13
a) Anwendungsbereich	13
b) Notwendigkeit der Einführung?	14
c) Fehlende landesrechtliche Vorschriften	15
d) Zur Einzelkritik	16
2. Zu Art. 5 Ziff. 2) RefE (§ 73a BRAO-E).....	17
a) Übertragung auf die RAK	17
b) Fachaufsicht	18

A.

Der „Einheitliche Ansprechpartner“ bzw. „die Einheitliche Stelle“

I.

Ziel der Dienstleistungsrichtlinie (DLRL)

Bis zum 28.12.2009 ist die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (**DLRL**) umzusetzen. Ziel der Richtlinie ist die Verbesserung des EG-Binnenmarktes für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen. Dafür sollen u. a. Dienstleister künftig sämtliche zur Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Verfahren und Formalitäten sowie die Beantragung der für die Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Genehmigungen über eine aus ihrer Sicht einheitliche Stelle (**„Einheitlicher Ansprechpartner“**) abwickeln können. Die Verfahren müssen zudem sowohl über die einheitliche Stelle als auch bei den zuständigen Behörden auf Wunsch des Dienstleisters elektronisch abzuwickeln sein. Einzelheiten sind der DLRL (ABl. EG Nr. L 376, S. 36) zu entnehmen.

Ausgangspunkt und zugleich **Ziel** der DLRL ist es, die **Aufnahme** und **Ausübung** einer **Dienstleistungstätigkeit verfahrensmäßig zu vereinfachen**. Zudem soll die in der Richtlinie vorgesehene Bereitstellung von Informationen für Dienstleistungserbringer und -empfänger im Wege eines „Portals“ unter Berücksichtigung bestehender Lösungen gewährleistet werden. Die Einrichtung „Einheitlicher Ansprechpartner“ ist damit das maßgebliche Instrument, um die Zielsetzung der DLRL zu verwirklichen. Der „Einheitliche Ansprechpartner“ soll gewährleisten, dass alle im Zusammenhang mit einer Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Formalitäten und Verfahren letztlich durch ein- und dieselbe Stelle erledigt werden können.

Vgl. u. a. Dürr, GewArch 2008, 25; Hatje, NJW 2007, 2357 ff; Windoffer, NVwZ 2007, 495; Ziekow, GewArch 2007, 179 ff, 181 f sowie Gutachten Blanke „Rechtliche Aspekte der Übertragung der Aufgaben des ‚Einheitlichen Ansprechpartners‘ nach der EG-Dienstleistungsrichtlinie auf die Wirtschaftskammern“, September 2007 sowie Deutsches

Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer, Gestaltungsoptionen und Anforderungen an ‚Einheitliche Ansprechpartner‘ des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie im föderalen System der BRD“, Rechtsgutachten, Endfassung Stand 15.02.2006 (270 S).

II. Umsetzung der DLRL

Zuständig für die Umsetzung der DLRL sind entsprechend der föderalen Ordnung der BRD die Bundesländer. Allerdings streben die Ministerpräsidenten der Länder ein einheitliches System an und haben dem Bund eine Koordinierungsfunktion zugewiesen. Auf dieser Grundlage hat nach entsprechenden Vorarbeiten die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie“ am 01.10.2007 ein „Anforderungsprofil für Einheitliche Ansprechpartner“ und in einem weiteren Dokument „Verortungsmöglichkeiten für Einheitliche Ansprechpartner im föderalen System Deutschlands“ vorgelegt. Insoweit werden zur „Verortung“ des Einheitlichen Ansprechpartners verschiedene Modelle diskutiert. Im Vordergrund stehen

- das All-Kammer-Modell,
- das Kommunal-Modell,
- das Kooperations-Modell
- und das Landesmittel-Behörden-Modell.

Dazu im Einzelnen Bund-Länder-Ausschuss, a.a.O., Verortungsmöglichkeiten für Einheitliche Ansprechpartner im föderalen System Deutschlands; Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer (Koordination Ziekow u. a.), a.a.O., S. 65 ff.

III.

Referentenentwurf für ein 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften/Gesetz zur verfahrensrechtlichen Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie

Unter dem 04. Juli 2008 hat der Bundesminister des Innern den Referentenentwurf (**RefE**) für ein 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften und zur Umsetzung der DLRL vorgelegt. Der Gesetzentwurf setzt u. a. die allgemeinen verfahrensrechtlichen Anforderungen der DLRL in das Verwaltungsverfahrensgesetz (**VwVfG**) um. Die Änderung des VwVfG auf der Grundlage des Bund/Länder/Musterentwurfs dient dazu, die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder einheitlich fortzuentwickeln. Darüber hinaus – über die Umsetzungsnotwendigkeit der DLRL hinausgehend – sollen auch für **Inlandssachverhalte**, auf die die DLRL keine Anwendung findet, **verfahrensrechtliche Verbesserungen** Anwendung finden, so dass die als Gesetzentwurf vorgeschlagenen Änderungen prinzipiell für **alle Verwaltungsverfahren** für anwendbar erklärt werden:

„Die Umsetzung der DLRL wird zum Anlass genommen, durch eine maßvolle und zugleich zukunftsweisende Anpassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes die Leistungen der Verwaltung für Bürger und Wirtschaft deutlich zu verbessern“.

Insoweit wird insbesondere ein **neues** besonderes **Verfahren** („Verfahren über eine einheitliche Stelle“) an die Stelle der bisherigen Vorschriften über die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (§§ 71a ff. VwVfG) eingeführt. Das „Verfahren über eine einheitliche Stelle“ soll es ermöglichen, die Anforderungen der DLRL an die Verfahrensabwicklung über einen „Einheitlichen Ansprechpartner“ und weitere verfahrensrechtliche Anforderungen der Richtlinie zu erfüllen. Es soll für alle Verwaltungsverfahren Anwendung finden, wobei es allerdings – ähnlich wie beim Planfeststellungsverfahren – durch Rechtsvorschrift angeordnet werden muss.

Eine solche „Anordnung“ findet sich u. a. ausdrücklich für das Verfahren der **Zulassung von Rechtsanwälten** (§§ 36b, 73a BRAO-E).

B.

Zu den Vorschriften des Referentenentwurfs (RefE) im Einzelnen

I.

Art. 1 RefE

1. Art. 1 Ziff. 1) RefE

Die neue Fassung von **§ 14 Abs. 5** bzw. Abs. **6** Satz 2 **VwVfG** berücksichtigt zutreffend Anpassungen an die geänderte Gesetzeslage (RDLG; VwGO i. d. F. v. 01.07.2008).

2. Art. 1 Ziff. 3) RefE

a) § 25 Abs. 2 VwVfG – neu

Die Anfügung eines neuen Abs. 2 zu **§ 25 VwVfG** (Beratung, Auskunft) wird insoweit begrüßt, als damit wesentliche, als „bewährt“ bezeichnete Regelungen aus den Vorschriften über die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren nach den bisherigen §§ 71a bis 71e VwVfG in die allgemeine Bestimmung des § 25 VwVfG übernommen werden.

b) Wegfall u. a. der Bestimmungen über das „Sternverfahren“ (§ 71d VwVfG) und die „Antragskonferenz“ (§ 71e VwVfG)

„Auf der Strecke“ bleiben allerdings die Bestimmungen über das „**Sternverfahren**“ (§ 71d VwVfG) und die „**Antragskonferenz**“ (§ 71e VwVfG). Infolge der Ersetzung der Bestimmungen der §§ 71a bis e VwVfG durch §§ 71a bis d gem. Art. 1 7) RefE gibt es künftig weder allgemein noch über das neu eingeführte Verfahren über eine einheitliche Stelle die Möglichkeit zu einem Sternverfahren oder einer Antragskonferenz.

Der – etwas versteckte – Hinweis der Begründung des RefE zur Ergänzung des § 25 (Bl. 23 der Begründung),

aus der „allgemeinen Verpflichtung zur zügigen Durchführung von Verwaltungsverfahren in § 10 Satz 2 VwVfG“ folge „auch die Verpflichtung der Behörde, soweit möglich und geboten Instrumente der Verfahrensbeschleunigung wie etwa das Sternverfahren oder die Antragskonferenz anzuwenden“,

überzeugt nicht. Wenn eine „Antragskonferenz“ oder ein „Sternverfahren“ bereits bisher von der Bestimmung des § 10 Satz 2 VwVfG („es [sic. das Verfahren] ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen“) erfasst waren, hätte es der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 71d und 71e VwVfG nicht bedurft.

Dazu u. a. Kirchberg/Herrmann in: Quaas/Zuck, (Hrsg.), Prozesse in Verwaltungssachen, 2008, § 2 Rn. 337.

Die Bundesrechtsanwaltskammer **regt** deshalb **an**, entweder in § 25 VwVfG–neu oder in den §§ 71a ff. VwVfG–neu die „Antragskonferenz“ und das „Sternverfahren“ in den Gesetzestext aufzunehmen.

3. Art. 1 Ziff. 5) RefE

a) *Regelungsgegenstand: Genehmigungsfiktion*

Der Gesetzesvorschlag sieht die Einfügung eines § 42a VwVfG über den Eintritt einer so genannten „**Genehmigungsfiktion**“ vor. Damit wird auch insoweit (Art. 4 Nr. 6) DLRL umgesetzt, andererseits die Bestimmung auf sämtliche „Genehmigungsverfahren“ erweitert.

b) *Genehmigungsbegriff*

Da der Begriff der „Genehmigung“ nicht im Gesetz definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt wird, ist von einem weit verstandenen, über die DLRL hinausgehenden Genehmigungsbegriff auszugehen: Unter Genehmigung im Sinne der DLRL ist jede „**Genehmigungsregelung**“ zu

verstehen, die einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken“ (Art. 4 Nr. 6 DLRL).

Vgl. Ziekow, GewArch 2007, 179, 181.

„Genehmigungsregelungen“ sind daher etwa auch die Verpflichtung zur Eintragung bei einer Berufskammer oder in einem Berufsregister, einer Berufsrolle oder in einer Datenbank.

Ders. a.a.O.

c) Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit

Einschränkend fallen unter die DLRL nur solche Anforderungen, die sich auf die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit als solche beziehen. Andere Erfordernisse, etwa die Beachtung von Straßenverkehrsvorschriften oder baurechtlicher Normen, werden nicht erfasst.

Ziekow, ders. a.a.O.

Demgegenüber wird man nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 42a VwVfG-neu davon ausgehen müssen, dass etwa eine beantragte **Baugenehmigung** nach Ablauf der insoweit festgelegten Frist als erteilt gilt, sofern dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Das im Baurecht vielfach üblich gewordene Anzeigeverfahren ist von der gleichen Rechtsfolge der Genehmigungsfiktion gem. § 42a Abs. 4 VwVfG-neu erfasst. Auch insoweit ergibt sich ein deutlicher „Regelungsüberhang“ des deutschen Rechts gegenüber der (Umsetzung der) DLRL.

4. Art. 1 Ziff. 7) RefE

Das Kernstück der Novelle bildet das in Teil 5 Abschn. 1. a VwVfG-neu geregelte „**Verfahren über eine einheitliche Stelle**“ (§§ 71a ff. VwVfG-neu).

Im Einzelnen ist zu den geänderten Bestimmungen der §§ 71a ff. VwVfG-neu, die komplett die bisherigen Vorschriften über die „Beschleunigung von Genehmigungsverfahren“ ersetzen, auszuführen:

a) *Allgemein*

Das als Teil 5 Abschn. 1 a VwVfG eingefügte „Verfahren über eine einheitliche Stelle“ gibt in mehrfacher Hinsicht Anlass zu **Missverständnissen**, die ggf. durch klarstellende Formulierungen vermieden werden sollten:

aa) *Keine „neue Verfahrensart“*

Zum einen bildet Abschn. 1 a einen Teilabschnitt der in Teil 5 geregelten „Besonderen Verfahrensarten“. Dies erweckt den Eindruck, als ob damit – wie es unzweifelhaft bei dem in Abschn. 1 geregelten „förmlichen Verwaltungsverfahren“ und dem in Abschn. 2 geregelten „Planfeststellungsverfahren“ der Fall ist – ein eigenständiges, neues Verfahren eingeführt wird. Demgegenüber wird aus dem Inhalt der Bestimmungen der §§ 71a ff. VwVfG-neu deutlich, dass es sich **nicht** um eine „neue Verfahrensart“, sondern um besondere **Ausprägungen** der **allgemein** geltenden Auskunft-, Beratungs- und „**Antragsbehandlungspflichten**“ der Behörden handelt, die die in Teil 2 Abschn. 1 niedergelegten Verfahrensgrundsätze – bezogen auf das nicht-förmliche Verfahren (§ 10 VwVfG) – konkretisieren.

bb) *Kein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG*

Darüber hinaus erwecken die Vorschriften über das Verfahren über eine einheitliche Stelle den Eindruck, als ob damit die verfahrensbezogene Tätigkeit der „einheitlichen Stelle“ zum

Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG zu rechnen sei, obwohl es sich nach dem Verwaltungsverfahrensbegriff des § 9 VwVfG nicht um ein Verfahren auf Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages handelt.

cc) **Neue Überschrift: Verfahrensabwicklung über eine „einheitliche Stelle“**

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, sollte man der Zielrichtung und dem Zweck der §§ 71 a ff VwVfG-neu gemäß deshalb präziser die Überschrift von Abschn. 1 a wie folgt fassen:

„Verfahrensabwicklung über eine einheitliche Stelle“

b) **§ 71a (Anwendbarkeit)**

In § 71a Abs. 1 VwVfG-neu empfiehlt sich, entsprechend der DLRL und dem auch insoweit national bezweckten Begriffsinhalt über die Verfahrensabwicklung über eine einheitliche Stelle, das in § 71a Abs. 1 angesprochene **Verwaltungsverfahren zu ergänzen** durch die Worte

„für die Aufnahme oder Ausübung einer Tätigkeit“.

Es geht um die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, erweitert auf die nationalen Sachverhalte, immer aber bezogen auf vom Bürger beabsichtigte Tätigkeiten.

c) **§ 71b (Verfahren)**

aa) **Allgemeines**

Grundgedanke des durch die DLRL vorgesehenen „Einheitlichen Ansprechpartners“ (gegen dessen Ersetzung durch den Begriff „einheitliche Stelle“ keine Bedenken bestehen) ist, dass Dienstleister die Möglichkeit erhalten, über die **Kontaktstellen sämtliche Verfahren** und Formalitäten im Vorfeld und während der Dienstleistungstätigkeit **abzuwickeln**, und zwar ohne Beschränkung auf bestimmte Verfahrensschritte (Art. 6, 8 Abs. 1 DLRL). Der

„Einheitliche Ansprechpartner“ leitet als „**Frontoffice**“ die gesamte Verfahrenskorrespondenz zwischen dem Dienstleister und zuständigen Behörden weiter. Darüber hinaus hat er die Aufgabe, als „**Verfahrenspartner**“ des Dienstleisters im Sinne eines zügigen Verfahrensabschlusses vermittelnd und unterstützend tätig zu werden, ohne freilich in die Kompetenzen der Fachbehörden einzugreifen, die ausweislich Art. 6 Abs. 2 DLRL unberührt bleiben. Die Fachbehörden („**zuständige Behörde**“) bilden insoweit das „**Backoffice**“, die dann tätig werden müssen, wenn und soweit dies vom Antragsteller gewünscht wird.

bb) Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Abwicklung über einheitliche Stelle

- (1) Das setzt allerdings in der Sache eine **Verpflichtung** der zuständigen Behörden („Backoffices“) voraus, auf Antrag des Dienstleisters sämtliche einschlägigen Verfahren und Formalitäten über die einheitliche Stelle abzuwickeln. Korrespondierend ist das „Frontoffice“ verpflichtet, sämtliche Anträge und Unterlagen **entgegenzunehmen** und die Verfahrenskorrespondenz weiterzuleiten. Dabei muss vor allem das Zügigkeitsgebot (Art. 13 DLRL) beachtet werden.
- (2) Eine solche – ausdrückliche – Verpflichtung der zuständigen Behörde („Backoffice“), auf Antrag des Dienstleisters sämtliche Verfahren und Formalitäten über die einheitliche Stelle abzuwickeln, ist in § 71b nicht vorgesehen. § 71b beschränkt sich auf eine gegenseitige Unterstützung zwischen der einheitlichen Stelle und der zuständigen Behörde, die auf eine „ordnungsgemäße und zügige Verfahrensabwicklung“ gemeinsam hinwirken sollen.

§ 71b bleibt insoweit hinter den Anforderungen der DLRL zurück.

Vgl. auch Windoffer in NJW 2007, 495, 497; Ziekow, GewArch 2007, 179, 182.

cc) Weitere Ergänzungen

Klarstellend sollte in § 71b **Abs. 1** nach „leitet sie unverzüglich“ eingefügt werden:

„nach deren Eingang“

Entsprechend sollte in § 71b **Abs. 2** nach „..... Dokumente gelten“ eingefügt werden:

„spätestens“.

d) § 71b Abs. 5 Satz 2

aa) Unklare Formulierung

Satz 2 der Bestimmung des § 71b Abs. 5 VwVfG-neu ist (etwas) umständlich formuliert. Die Bundesrechtsanwaltskammer empfiehlt folgende Fassung:

„Der Antragsteller oder Anzeigenpflichtige kann gegenüber der einheitlichen Stelle oder der zuständigen Behörde verlangen, dass ihm von der zuständigen Behörde der Verwaltungsakt unmittelbar bekannt gegeben wird“.

bb) Fehlende Bekanntgabefiktion

In der Literatur wird darauf hingewiesen,

Vgl. Windoffer in: NVwZ 2007, 495, 498.

dass bei der Umsetzung der DLRL entsprechend der Eingangsfiktion (hier § 71b Abs. 2 VwVfG-neu) eine „**Bekanntgabefiktion**“ („in umgekehrter Richtung“) eingeführt werden sollte. Wir meinen, dies könnte sich allenfalls für die Bekanntgabe **begünstigender Verwaltungsakte** empfehlen. Die Bundesrechtsanwaltskammer **regt** deshalb als Satz 3 folgende Ergänzung des § 71b Abs. 5 VwVfG-neu **an**:

„Im Übrigen gelten Verwaltungsakte, die von der zuständigen Behörde an die einheitliche Stelle übergeben wurden und den Antragsteller oder Anzeigepflichtigen begünstigen, spätestens drei Tage nach Eingang bei der einheitlichen Stelle als bekannt gegeben“.

e) § 71c Abs. 2 Satz 2 VwVfG-neu

§ 71c Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 VwVfG-neu sollten – zusammengefasst – wie folgt formuliert werden:

„Die zuständigen Behörden erteilen auf Anfrage unverzüglich Auskunft über die maßgeblichen Vorschriften, deren gewöhnliche Auslegung sowie die sonstigen, von § 25 erfassten Gegenstände“.

II.

Zu Art. 5 RefE

1. Zu Art. 5 Ziff. 1) RefE

Die – neue – Vorschrift des § 36b BRAO-neu ordnet an, dass auf das Verwaltungsverfahren nach dem 2. Teil der BRAO die Bestimmungen der VwVfG der Länder über die Genehmigungsfiktion und das Verfahren über eine einheitliche Stelle anzuwenden sind.

a) Anwendungsbereich

Es trifft zu, dass Art. 6 der Richtlinie 2006/123/EG über die einheitlichen Ansprechpartner und Art. 13 Abs. 4 der Richtlinie über die Genehmigungsfiktion für Genehmigungsverfahren gelten, weil es sich um Vorschriften handelt, die die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit einer Genehmigung unterwerfen. Um solche Vorschriften handelt es sich bei den Regelungen des 2. Teils der BRAO, die die **Zulassung zur Rechtsanwaltschaft** betreffen.

Sollten alle oder einzelne Länder eine § 42a VwVfG-neu entsprechende Bestimmung über eine „Genehmigungsfiktion“ einführen, ist es zunächst konsequent, insoweit die BRAO um eine „Zulassungsfiktion“ im Sinne und nach Art des § 36b BRAO-neu zu ergänzen.

b) Notwendigkeit der Einführung?

aa) Umsetzung der DLRL

Für den **Anwendungsbereich** der **DLRL** (also den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr) muss das **Fachrecht** die Anordnung (der Genehmigungsfiktion) treffen, **soweit nicht zwingende Gründe** des allgemeinen Interesses im Sinne von Art. 4 Nr. 8 DLRL eine andere Regelung rechtfertigen. Eine Rechtfertigung kann sich z. B. aus der Pflicht zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder aus Gründen der **Rechtspflege** ergeben. Außerhalb des Anwendungsbereiches der DLRL ist es eine Frage der **Zweckmäßigkeit**, ob eine solche Anordnung (der Genehmigungsfiktion) erfolgt.

bb) Keine prinzipielle Befreiung für Zulassungsverfahren der BRAO

Wenn die Kammern – wovon auszugehen ist – grundsätzlich die Einführung einer „einheitlichen Stelle“ (nach dem All-Kammer-Modell) begrüßen, wird man **zwingende Gründe** des Gemeinwohls zum **prinzipiellen Absehen** von der Einführung einer Genehmigungsfiktion **nicht** überzeugend **geltend** machen können. Wenn überdies die Umsetzung der DLRL für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft – bezogen auf die Genehmigungsfiktion – europarechtlich zwingend ist, erscheint eine – aus Zweckmäßigkeitsgründen mögliche – prinzipielle Ausnahme für nationale Sachverhalte ebenso wenig überzeugend. Eine „Unerträglichkeit“ der Genehmigungsfiktion im Zulassungsverfahren liegt daher nicht vor.

c) Fehlende landesrechtliche Vorschriften

Allerdings scheint der **RefE** gemäß seiner Begründung (S. 39) davon auszugehen, dass es „**landesrechtliche Vorschriften**“ über das **Zulassungsverfahren** bei den Rechtsanwaltskammern gibt:

aa) Keine Anwendung des VwVfG auf RAK

Dies ist bekanntlich noch nicht der Fall. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht befindet sich noch in der Abstimmungsphase und es ist ungewiss, wann er in Kraft treten wird.

Vgl. anliegende Stellungnahme 17/2008 der Bundesrechtsanwaltskammer.

Soweit § 36b BRAO-neu auf die Bestimmungen der VwVfG der Länder verweist, ist darauf aufmerksam zu machen, dass das jeweilige Landesrecht die Tätigkeit der Rechtsanwaltskammern vom Anwendungsbereich des LVwVfG ausnimmt.

Vgl. Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 2 Rn. 120 u. Vw. auf OVG Münster, NJW 1995, 3403

So bestimmt **§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG BW**, dass für die Tätigkeit der Gerichtsverwaltungen und der Behörden der Justizverwaltung „einschließlich der ihrer Aufsicht unterliegenden Körperschaften des öffentlichen Rechts“ das VwVfG nur gilt, soweit die Tätigkeit der Nachprüfung im Verfahren vor dem Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegt. Die Rechtsanwaltskammern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie unterliegen nach § 62 Abs. 2 Satz 1 BRAO der Staatsaufsicht durch die Landesjustizverwaltung. Allerdings unterliegt die Tätigkeit der RAK nicht der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern – wie § 223 BRAO zeigt – der anwaltlichen Berufsgerichtsbarkeit nach dem 4. Abschn. des 2. Teils der BRAO (AGH, BGH).

bb) Keine unmittelbare Anwendung der LVwVfG

Von daher kommt eine unmittelbare Anwendung der jeweiligen Bestimmungen des LVwVfG (über die Genehmigungsfiktion bzw. die einheitliche Stelle) nicht in Betracht. Der Bundesgesetzgeber könnte allenfalls bundesrechtlich die Anwendung des Landesrechtes vorschreiben. Dies ist möglicherweise mit § 36b BRAO-neu gewollt. Insoweit würde indessen von dem auch in dem RefE betonten Grundsatz abgewichen, dass die Umsetzung der DLRL und deren Anwendung auf die „nationalen Sachverhalte“ Sache der Länder ist.

Vgl. Windoffer, NVwZ 2007, 495, 497 I sp.

d) Zur Einzelkritik

Soweit § 36b BRAO-neu „modellhaft“ die (bundesrechtliche) Bestimmung des § 42a VwVfG-E (Art. 1 5 RefE) für das jeweilige LVwVfG vorsieht, ist anzumerken:

aa) Ausschluss des gerichtlichen Verfahrens

Das „Verwaltungsverfahren ab dem 2. Teil dieses Gesetzes“ (der BRAO) umfasst sämtliche Vorschriften über „die Zulassung des Rechtsanwalts“. Eingeschlossen sind damit auch u. a. die Bestimmungen des 4. Abschnitts: das Verfahren bei Anträgen auf gerichtliche Entscheidungen in „Zulassungssachen“. Dies kann nicht gewollt sein. Anträge auf gerichtliche Entscheidung sind bei dem Anwaltsgerichtshof (AGH) einzureichen (§ 37 BRAO). Gegen Entscheidungen des AGH steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde beim BGH zu (§ 42 BRAO). Auch das gerichtliche Verfahren in die Genehmigungsfiktion und in das Verfahren über eine „einheitliche Stelle“ einzubeziehen, wäre sinnwidrig.

bb) Modifizierte Zulassungsfiktion

§ 42a Abs. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 VwVfG-E lässt die **Genehmigungsfiktion** mit einer Frist von **drei Monaten** eintreten „soweit durch Rechtsvorschrift nichts abweichendes bestimmt ist“.

- (1) Eine solche **Abweichung** ist für das **Zulassungsverfahren** nach den §§ 4 ff. BRAO **zwingend erforderlich**. Es gibt zahlreiche Versagungsgründe für die Zulassung des Rechtsanwalts, die der Rechtsanwaltskammer erst durch – ggf. langwierige – Einschaltung anderer Behörden, ggf. Gerichte (vgl. die Versagungsgründe der §§ 7 Nr. 2, 3, 5, 7, 9, § 36a BRAO) bekannt werden können. Entsprechendes gilt für die Notwendigkeit der Einholung eines ärztlichen Gutachtens (§ 8a BRAO). Dem müssen die Vorschriften über die Genehmigungsfiktion Rechnung tragen, wobei nicht ausreichend ist, dass die Drei-Monats-Frist „einmal angemessen verlängert werden“ kann (§ 42a Abs. 2 Satz 3 VwVfG-E).
- (2) Wir empfehlen deshalb, mit Rücksicht auf die **Belange** der **Rechtspflege** § 36b BRAO neu zu fassen und – bezogen auf die Zulassung zur Anwaltschaft – eine **modifizierte Zulassungsfiktion** vorzusehen. Sie könnte dahin formuliert werden, dass das Zulassungsverfahren selbst von der Genehmigungsfiktion ausgenommen wird. Will der Gesetzgeber an der Genehmigungsfiktion auch für das Zulassungsverfahren festhalten, muss in jedem Fall gewährleistet sein, dass in den Fällen des **§ 10 BRAO** (Aussetzung des Zulassungsverfahrens bei Strafverfahren) die **Genehmigungsfiktion nicht** eintritt und im Übrigen eine längere als die Drei-Monats-Frist den Fiktionseintritt begründet.

2. Zu Art. 5 Ziff. 2) RefE (§ 73a BRAO-E)

a) Übertragung auf die RAK

Gegen die Übertragung der Aufgaben einer “einheitlichen Stelle” auf die Rechtsanwaltskammern ist im Prinzip nichts einzuwenden. Allerdings sieht

§ 73a BRAO-neu auch insoweit vor, dass die Länder „durch Gesetz“ den Rechtsanwaltskammern (allein oder gemeinsam mit anderen Stellen) die Aufgaben einer einheitlichen Stelle „im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes“ übertragen. Das LVwVfG ist indessen auf die Tätigkeit und das Verfahren bei den Rechtsanwaltskammern nicht anwendbar. Dieser Mangel wird bundesrechtlich nicht dadurch „behooben“, dass § 73a BRAO-neu die Länder (dazu) „ermächtigt“.

b) *Fachaufsicht*

Nach § 73a Satz 2 BRAO-neu regelt das (Landes-)Gesetz die „Aufsicht“. Soweit damit eine Fachaufsicht verbunden ist, bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken mit Rücksicht auf die Selbstverwaltungshoheit der Rechtsanwaltskammern. Auf die „Kurzbegutachtung“ des Kollegen Prof. Dr. Christian Kirchberg vom 10.07.2008 ist zu verweisen.

Vgl. anliegendes Gutachten von Prof. Dr. Kirchberg v. 10.07.2008.

* * *

Anlagen:

- [Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht](#) (Stellungnahme-Nr. 17/2008)
- [Gutachten Prof. Dr. Christian Kirchberg "Anwaltsspezifische Probleme bei der Ausgestaltung des einheitlichen Ansprechpartners"](#)