

**Auswirkungen einer unwirksamen Wahl auf die  
Besetzung des Vorstands einer Rechtsanwaltskammer**

**Gutachterliche Stellungnahme**

erstattet im Auftrag der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf

von

Prof. Dr. Matthias Kilian

Universität zu Köln

## Inhaltsverzeichnis

<b>Gegenstand der gutachterlichen Stellungnahme .....</b>	<b>3</b>
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse der Begutachtung.....</b>	<b>4</b>
<b>Gutachterliche Stellungnahme .....</b>	<b>6</b>
<b>I. Rechtliche Ausgangslage .....</b>	<b>6</b>
<b>II. Nachwahl nach § 69 III BRAO .....</b>	<b>6</b>
1. Meinungsstand im Schrifttum .....	6
2. Rechtsprechung des Anwaltssenats.....	8
3. Dogmatik .....	10
4. Einordnung der neueren Rspr. des Anwaltssenats .....	11
5. Historischer Wille des Gesetzgebers.....	12
6. Zwischenergebnis.....	13
<b>III. Analoge Anwendung des § 69 III BRAO .....</b>	<b>14</b>
<b>IV. Allgemeine wahlrechtliche Grundsätze .....</b>	<b>15</b>
1. Grundlagen.....	15
2. Grundsatz der Wiederholungswahl .....	16
3. Anwendbares Wahlrecht .....	17
4. Maßgebliche Wahlvorschläge / Wählerverzeichnisse.....	18
5. Durchführung der Wiederholungswahl .....	19
6. Entbehrlichkeit der Wiederholungswahl?.....	21
7. Zwischenergebnis.....	22
<b>V. Weiterungen der Unwirksamkeit der Wahl .....</b>	<b>23</b>
1. Rückabwicklung von fehlerhaften Dauerschuldverhältnissen.....	23
2. Haftung.....	24
3. Vergütung.....	24
4. Zwischenergebnis.....	28
<b>VI. Gesamtergebnis .....</b>	<b>28</b>

## **Gegenstand der gutachterlichen Stellungnahme**

Der Bundesgerichtshof hat am 7.12.2020 (AnwZ (Brfg) 19/19) die Entscheidung des AGH NRW vom 14.12.2018 (1 AGH 39/17), in der dieser die Wahl zum Vorstand der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf vom 26.04.2017 für ungültig erklärt hat, im Wesentlichen bestätigt, so dass nach § 112f Abs, 1 Nr. 2 BRAO die Wahl von 13 Mitgliedern des Vorstands der Rechtsanwaltskammer für die vom 26.04.2017 bis 25.04.2021 andauernde Wahlperiode gerichtlich für unwirksam erklärt worden ist.

Für den Vorstand der Rechtsanwaltskammer, der das Urteil des BGH am 20.12.2020 zugestellt worden ist, stellt sich in Folge der Entscheidung des BGH zum einen die Frage, wie wahlrechtlich auf die Entscheidung zu reagieren ist, soweit nunmehr zwar mit 17 im Amt befindlichen Vorstandsmitgliedern die nach § 63 II 1 BRAO gesetzlich erforderliche Mindestzahl der Vorstandsmitglieder von sieben weiterhin gewahrt ist, aber 13 Vorstandspositionen unbesetzt sind. Zum anderen sind die Rechte und Pflichten der unwirksam in den Vorstand der Kammer gewählten Mitglieder gegenüber der Rechtsanwaltskammer klärungsbedürftig, soweit diese Kammermitglieder über einen Zeitraum von fast vier Jahren für die Rechtsanwaltskammer auf der Grundlage einer unwirksamen Wahl in deren Vorstand tätig waren.

Die Klärung dieser Fragen ist Gegenstand der gutachterlichen Stellungnahme.

## Zusammenfassung der Ergebnisse der Begutachtung

- 1) In Folge einer teilweise für unwirksam erklärten Vorstandswahl können unbesetzte Vorstandsämter im Vorstand einer Rechtsanwaltskammer nicht nach Maßgabe von § 69 BRAO unbesetzt bleiben oder durch Nachwahl oder ein Nachrücken von ursprünglich nicht gewählten Bewerbern nachbesetzt werden.
- 2) Die Anwendung von § 69 BRAO als Ausformung aus dem Demokratieprinzip folgender allgemeiner Wahlrechtsgrundsätze setzt eine ordnungsgemäße Hauptwahl und deshalb zunächst wirksam bekleidete Vorstandsämter voraus. Bei einer erfolgreichen Wahlanfechtung mangelt es aber an einer ordnungsgemäßen Hauptwahl und der wirksamen Übernahme eines Vorstandsamts, so dass der Anwendungsbereich des § 69 BRAO nicht eröffnet ist.
- 3) Aus diesem Grund scheidet auch eine analoge Anwendung des § 69 BRAO auf den Fall einer wirksam angefochtenen Vorstandswahl aus, da es an der Vergleichbarkeit des gesetzlich geregelten und des durch den Gesetzgeber unregulierten Sachverhalts mangelt.
- 4) Nach allgemeinen, aus dem Demokratieprinzip zu gewinnenden Wahlrechtsgrundsätzen ist im Falle einer wirksam angefochtenen Vorstandswahl eine Wiederholungswahl hinsichtlich der betroffenen Vorstandsämter durchzuführen.
- 5) Eine solche Wiederholungswahl hätte grundsätzlich binnen drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils nach § 112f BRAO nach Maßgabe des zum Zeitpunkt der angefochtenen Vorstandswahl maßgeblichen Wahlrechts und – im begutachteten Sachverhalt – der historischen Wahlvorschläge und des Wählerverzeichnisses zum Zeitpunkt der Wiederholungswahl stattzufinden.
- 6) Im konkreten Fall ist eine Wiederholungswahl allerdings nach allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätzen aufgrund des unmittelbar bevorstehenden Endes der Wahlperiode ausnahmsweise entbehrlich.
- 7) Die Rechtsstellung der von der wirksam angefochtenen Wahl betroffenen, unwirksam gewählten Vorstandsmitglieder im Verhältnis zur Rechtsanwaltskammer ergibt sich aus der sinngemäßen Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis. Nach dieser hat ein fehlerhaft bestelltes Organ dieselben Rechte und Pflichten

wie ein fehlerfrei bestelltes Organ, wenn die Organstellung in Vollzug gesetzt worden ist.

- 8) Hieraus folgt insbesondere, dass die unwirksam gewählten Vorstandsmitglieder einen Anspruch auf Vergütung in demselben Umfang haben wie wirksam gewählte Vorstandsmitglieder.

## **Gutachterliche Stellungnahme**

### **I. Rechtliche Ausgangslage**

Zu den Rechtsfolgen der gerichtlichen Ungültig- oder Nichtigkeitserklärung von Wahlen zu Organen der Rechtsanwaltskammern äußert sich die BRAO nicht. § 112f BRAO als einzige diese Problematik adressierende Norm stellt lediglich das erforderliche Verfahrensrecht für den Weg hin zu einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung zur Verfügung. Weder trifft die BRAO eine Aussage zum rechtlichen Schicksal von Beschlüssen, die Organe der Rechtsanwaltskammer zwischen einer Wahl und ihrer gerichtlichen Ungültigerklärung getroffen haben noch dazu, wie mit den Ämtern der Kammermitglieder, deren Wahl für ungültig erklärt worden ist, umzugehen ist.

Die Vorgängervorschriften zu § 112f BRAO, §§ 90, 91 BRAO a.F. und § 59 RAO, enthalten ebenfalls keinerlei Aussagen zu den Folgen einer Ungültigerklärung einer Wahl.

Auch das Berufsrecht der verwandten regulierten Berufe bietet keine Fingerzeige: Das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer beschränkt sich in § 59 WPO auf rudimentäre Regelungen zu Wahlen und überantwortet Details dem Satzungsrecht, ebenso das Berufsrecht der Steuerberater in § 77 StBerG. Das Berufsrecht der Notare enthält mit § 69 II 1 BNotO nur eine grundsätzliche Bestimmung, die zu Details ebenfalls auf das Satzungsrecht verweist.

### **II. Nachwahl nach § 69 III BRAO**

#### **1. Meinungsstand im Schrifttum**

Angesichts dieses Schweigens des Gesetzes wird in der Kommentarliteratur zu der Frage, wie mit der Besetzung von Ämtern zu verfahren ist, die gemäß einer rechtskräftigen Entscheidung des Anwaltsgerichtshofs nach § 112f BRAO von unwirksam in diese gewählten Kammermitgliedern bekleidet werden, eine Anwendung des § 69 III BRAO vorgeschlagen.

*§ 69 III BRAO: „Scheidet ein Mitglied des Vorstandes vorzeitig aus, so ist es für den Rest seiner Amtszeit durch ein neues Mitglied zu ersetzen. Davon kann abgesehen werden, wenn die Zahl der Mitglieder des Vorstandes nicht unter sieben sinkt. Die Ersetzung kann durch das Nachrücken einer bei der letzten*

*Wahl nicht gewählten Person oder durch eine Nachwahl erfolgen. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung der Kammer.“*

§ 69 BRAO betrifft allerdings nicht unmittelbar den Fall der Ungültigerklärung der Wahl eines Mitgliedes des Kammervorstands, sondern ein anderes Szenario: Die Norm regelt die Rechtsfolge des Ausscheidens eines wahlrechtlich beanstandungsfrei in den Kammervorstand gewählten Kammermitglieds während einer laufenden Wahlperiode, etwa aufgrund eines Wechsels der Kammer, der Rückgabe der Anwaltszulassung, der freiwilligen Aufgabe des Amts aus beliebigen Motiven oder des Verlusts der Wählbarkeit nach § 66 BRAO.

Die Kommentarliteratur hält § 69 III BRAO gleichwohl für anwendbar. So sieht *Hartung*, wenn auch unter Bezugnahme auf eine falsche Norm (§ 191f BRAO), in der Ungültigerklärung der Wahl ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Amt im Sinne von § 69 III BRAO. *Hartung* begründet dies, freilich ohne einen Nachweis, damit, dass die gerichtliche Entscheidung nach § 112f BRAO rechtsgestaltende Wirkung habe und das Kammermitglied infolgedessen bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wirksam Mitglied des Vorstands gewesen sei.

*Hartung*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 69 Rn. 6.

Nach Auffassung von *Hartung* unterscheidet sich also der rechtliche Status eines ungültig gewählten Mitglieds des Kammervorstands nicht von dem eines rechtsgültig gewählten Mitglieds.

*Lauda* weist ausdrücklich darauf hin, dass in der gesetzlichen Aufzählung der Gründe für ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Kammervorstand der Grund der Ungültigkeit der Wahl nicht enthalten sei. Da aber, so *Lauda*, nach Rechtskraft eines Wahlanfechtungsverfahrens nach § 112f BRAO das Vorstandsmitglied nicht mehr wirksam im Amt sei, liege hierin ein „vorzeitiges Ausscheiden“ im Sinne der Norm.

*Lauda*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, § 69 Rn. 9.

Als ihre Sichtweise teilend wird von *Hartung* und *Lauda* auch *Weyland* zitiert. Allerdings äußert sich *Weyland* in seiner Kommentierung zu § 69 BRAO allein zur Amtszeit eines in Folge einer gerichtlichen Entscheidung nach § 112f BRAO im Zuge einer

durchgeführten Neuwahl gewählten Vorstandsmitglieds. Dass § 69 III BRAO schlechterdings auf eine für ungültig erklärte Wahl Anwendung findet, äußert *Weyland* nicht. Vielmehr stellt er lediglich fest, dass die Amtszeit eines neu gewählten Mitglieds lediglich dem Rest der hypothetischen Amtszeit des Mitglieds entspricht, dessen Wahl für ungültig erklärt worden ist.

*Weyland*, in: *Weyland*, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 69 Rn. 7.

*Kleine-Cosack* übernimmt in seiner Kommentierung ohne nähere Begründung die Aussage *Hartungs* einschließlich des bei *Hartung* vorzufindenden Fehlzitats.

*Kleine-Cosack*, BRAO, 8. Aufl. 2020, § 69 Rn. 1.

Alle Literaturmeinungen gehen also von der Annahme aus, dass eine gerichtliche Entscheidung nach § 112f BRAO hinsichtlich der wirksamen Bekleidung des Vorstandsamts Ex-nunc-Wirkung hat, also nicht auf den Zeitpunkt der Wahl, sondern „nur“ auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wirkt. Eine Ex-nunc-Wirkung der Entscheidung nach § 112f BRAO wird auch in der Kommentarliteratur zu dieser Norm, wiederum weitgehend selbstreferenziell, erwähnt.

*Kilimann*, in: *Weyland*, 10. Aufl. 2020, § 112f Rn. 51; *Deckenbrock*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 112f Rn. 32.

## **2. Rechtsprechung des Anwaltssenats**

Zur Begründung der Sichtweise, dass auf ein Urteil nach § 112f BRAO seitens der Kammer mit den in § 69b III BRAO genannten Handlungsoptionen zu reagieren ist, wird auf Kasuistik des BGH verwiesen, insbesondere auf eine Entscheidung des BGH vom 9.11.2009.

BGH Beschl v. 9.11.2009, AnwZ(B) 13/09 = BeckRS 2009, 87517 Rn. 9

Dort äußert sich der BGH allerdings nicht in dem in der Kommentarliteratur wiedergegebenen Sinne. Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit den Auswirkungen einer rechtskräftigen Ungültigkeitserklärung auf gefasste Beschlüsse des Kammervorstands. Er äußert sich gerade nicht zu der Frage, ob der Verlust des Vorstandsamts als solchem ex nunc oder ex tunc erfolgt: Der BGH führt dort aus (Hervorhebungen durch den Verfasser):



„Aber auch dann, wenn die Vorstandswahl für das Jahr 2007 rechtskräftig für ungültig erklärt werden sollte, hätte dies auf die Wirksamkeit der bis dahin unter Mitwirkung der unwirksam gewählten Mitglieder zustande gekommenen Beschlüsse keinen Einfluss. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass Handlungen eines rechtlich nicht mehr existierenden (BVerfGE 1, 14, 38) oder fehlerhaft gewählten Landtages (BVerfGE 34, 81, 103) sowie eines nichtig gewählten Kreistags oder Gemeinderats (BVerfGE 3, 41, 44) gleichwohl rechtsbeständig und verbindlich bleiben. Im Anschluss daran hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der schwebende Einspruch gegen die Wahl der Vollversammlung der Handwerkskammer der Gültigkeit eines von der Vollversammlung gefassten Beschlusses nicht entgegensteht (BVerwGE 108, 169). Diese Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, ist auch auf die Beschlüsse des Vorstands einer Rechtsanwaltskammer anwendbar... Führte die erfolgreiche Anfechtung einer Vorstandswahl rückwirkend zur Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit der von dem Vorstand zuvor gefassten Beschlüsse, so hätte dies erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge. Für die nicht kalkulierbare Dauer des Wahlanfechtungsverfahrens wäre die Funktionsfähigkeit der Rechtsanwaltskammer nicht mehr gewährleistet. ... Die bis zur rechtskräftigen Nichtigerklärung einer Wahl gefassten Beschlüsse des Vorstands haben daher trotz der für nichtig erklärten Wahl des Vorstands Bestand.

Der BGH differenziert also in dieser Entscheidung zwischen der Wirksamkeit von Beschlüssen eines Vorstands, dessen Wahl für ungültig erklärt worden ist, und der „Wirksamkeit“ der Amtsstellung als Vorstand. Würde die Wirksamkeit des Vorstandsamts erst ex nunc entfallen, bliebe keinerlei rechtlicher Raum für Betrachtungen zur Wirksamkeit von Beschlüssen des Kammervorstands bei einer erfolgreichen Wahlanfechtung – Kammermitglieder, die bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wirksam ihr Amt bekleidet haben, hätten – als rechtlich gleichsam „vollwertige“ Vorstandsmitglieder – in jedem Falle wirksame Beschlüsse gefasst, so dass die Problematisierung eines besonderen Vertrauensschutzes solcher Beschlüsse sinnfrei wäre. Sie erklärt sich nur daraus, dass das Vorstandsamt mit der Ungültigerklärung der Wahl rechtlich als zu keinem Zeitpunkt wirksam bekleidet zu behandeln ist.

Zu bedenken ist insofern auch, dass die Mitgliedschaft in einem Organ wie dem Kammervorstand allein auf der Wahl beruht und nicht auf einem nachgelagerten Ernennungsakt. Dies spricht gegen eine wirksame Begründung einer Amtsstellung auf der Grundlage einer für ungültig erklärten Wahl (vgl. Hess-StGH, Beschl. v. 13.8.2014, P St. 2466 = BeckRS 2014, 56139; ferner VG Koblenz, Beschl. v. 10.7.2013, 6 L 674/13.KO = LKRZ 2013, 397).

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass nach allgemeinem Verständnis eine fehlerhafte Wahl als solche zunächst wirksam ist.

Vgl. etwa *Kilimann*, in: Weyland, BRAO, 10 Aufl. 2020, § 112f Rn. 2.

Hiermit wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass eine fehlerhafte Wahl nicht ipso iure zu ihrer Nichtigkeit führt, sondern erst nach Abschluss eines gesetzlich zur Verfügung gestellten Wahlprüfungsverfahrens.

*Kilimann*, in: Weyland, BRAO, 10 Aufl. 2020, § 112f Rn. 2.

Welche Wirkung die entsprechende gerichtliche Entscheidung auf die Stellung des fehlerhaft gewählten Organmitglieds hat, insbesondere ob Rechtswirkungen ex tunc oder ex nunc eintreten, ist damit noch nicht determiniert.

### **3. Dogmatik: Notwendigkeit der Differenzierung von Konstituierung und Rechtshandlungen des Organs**

Eine Differenzierung zwischen der Erlangung des Amtes durch ein Organmitglied und den Rechtshandlungen des Organs unter Beteiligung des unwirksam gewählten Organmitglieds ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist im öffentlichen Recht zu unterscheiden zwischen der Berufung oder Konstituierung eines Organs, die nichtig sein kann, und den von diesem Organ im Rahmen seiner „Zuständigkeit“ erlassenen Hoheitsakten, die trotz jener Nichtigkeit der Wahl gültig sein können.

BVerfG v. 23.10.1951, 2 BvG 1/51 = BVerfGE 1, 14 (38). Mit dieser Entscheidung führte das BVerfG frühere Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich fort, vgl. StGH v. 22.3.1929, Az. 13/28.

Diese Grundsätze gelten auch für Wahlen von Selbstverwaltungskörperschaften, da sie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen.

BVerwG v. 17.12.1998, 1 C 7-98 = NJW 1999, 2292 (2295) (zu Wahlen einer Handwerkskammer).

Vergleichbare Entscheidungen finden sich daher etwa für das Recht der anwaltlichen Versorgungswerke

VG Potsdam, Urteil v. 22.2.2011, 3 K 2928/05 = BeckRS 2011, 48717: „Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und die daraus allgemein etwa im Beamtenrecht abgeleiteten Unterscheidung zwischen der Berufung oder Konstituierung eines Organs, die nichtig sein kann, und den von diesem Organ im Rahmen seiner „Zuständigkeit“ erlassenen Hoheitsakten, die trotz jener Nichtigkeit der Berufung des Organs gültig sein können, besteht bei einer

unwirksamen ebenso wie bei einer nichtigen Berufung oder Konstituierung des Organs.“

und im Berufsrecht der Zahnärzte.

VGH München, Beschl. v. 9.10.2001, 21 ZS 01.576 = BeckRS 2001, 29137: „Die spätere Wahlungültigkeitserklärung führt deshalb auch nicht zur nachträglichen Rechtswidrigkeit der von der Delegiertenversammlung in der damaligen Zusammensetzung 1998 gefassten Beschlüsse und Wahlen. Dies ist ein in Art. 50 IV GLKrWG enthaltener allgemeiner Rechtsgedanke des Wahlrechts, wonach Beschlüsse des gewählten Gremiums auch bei nachträglicher erfolgreicher Wahlanfechtung für Teile seiner Mitglieder rechtlich wirksam bleiben...“

Diesem Verständnis liegt ein über das öffentliche Recht hinausgehender Rechtsgedanke zu Grunde. Im Zivilrecht entspricht ihm die sog. Lehre vom fehlerhaften Organ in der vom BGH vertretenen sog. „gespaltenen Sichtweise“, nach der ein fehlerhaft bestelltes Organ zum Teil als wirksam, zum Teil als unwirksam bestellt zu behandeln ist.

BGH Urteil v. 19.2.2013, II ZR 56/12 = NJW 2013, 1535. Zum Ganzen grundlegend *Friedrichs*, Die Folgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, 2016.

#### **4. Einordnung der neueren Rspr. des Anwaltssenats**

Im Widerspruch zu seiner eigenen, aber auch der Rspr. von BVerfG und BVerwG steht eine Entscheidung des BGH vom 3.7.2018.

BGH Beschl. v. 3.7.2018, AnwZ(B) 15/18 = NJW-RR 2018, 1211.

Dort führt der BGH beiläufig aus:

Rn. 12: „Im Übrigen würden Fehler bei der Wahl eines Vorstands der Rechtsanwaltskammer nur im Falle einer Anfechtung dieser Wahl und – sofern die Wahl für ungültig erklärt wird – erst ab Rechtskraft des Urteils zum Verlust des Amtes führen.“

Der Anwaltssenat bezieht sich hierbei auf seine vorerwähnte Entscheidung aus dem Jahr 2009, die allerdings den fraglichen Aussagegehalt nicht hatte, sondern sich allein mit der Wirksamkeit der Beschlüsse eines unwirksam gewählten Vorstands befasste.

Soweit der Anwaltssenat mit dieser Entscheidung tatsächlich ein neues Verständnis entwickeln wollte, so würde dieses – allerdings nicht näher begründete – Verständnis im Widerspruch zur Rspr. zu unwirksamen Wahlen in verschiedenen Rechtsgebieten stehen.

So wird etwa bei der nach der Rspr. des Anwaltssenats des BGH mit Wahlen zum Vorstand einer Rechtsanwaltskammer vergleichbaren

Vgl. BGH Beschl. v. 8.2.2010, AnwZ (B) 112/09 = BeckRS 2010, 10579, Rn. 11.

Wahl zum Präsidium eines Gerichts, soweit es rein auf die Wirksamkeit der Amtsübernahme (und nicht auf die Wirksamkeit von Beschlussfassungen) ankommt, von einer Unwirksamkeit der Wahl ex tunc ausgegangen.

OLG Hamm v. 6.12.2012, I-15 Sbd 1/12 = NJOZ 2013, 1466.

Nichts Anderes gilt etwa im Kommunalrecht, wo die Wahl eines Bürgermeisters nach einer für unwirksam erklärten Wahl selbst dann als von Anfang an nichtig anzusehen ist, wenn der Betroffene beamtenrechtlich ernannt worden ist. Die gerichtliche Entscheidung führt in diesem Fall sogar dazu, dass der Ernennungsakt das Schicksal der für ungültig erklärten Wahl teilt und von Anfang an als nichtig anzusehen ist.

VG Koblenz, Beschl. v. 10.7.2013, 6 L 674/13.KO = LKRZ 2013, 397.

## **5. Historischer Wille des Gesetzgebers**

Instruktiv ist in diesem Kontext, dass der historische Gesetzgeber der Vorgängervorschrift, §§ 90, 91 BRAO, in den Gesetzesmaterialien das Problem ausdrücklich als Spielart eines allgemeinen Rechtsproblems charakterisiert hat. In den Gesetzesmaterialien verweist er auf das Aktienrecht und die dort in §§ 195 ff. AktG 1937 – nunmehr in § 250 AktG geregelte - Lösung.

BT-Drucks. III/120. Auf das Vorbild des AktG weist auch *Bülow*, der seinerzeit zuständige Referent im BMJ, in seinen Erläuterungen zur BRAO hin, vgl. *Bülow*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 1959, § 90 Anm. 4.

Hinsichtlich der vom Gesetzgeber als vergleichbar charakterisierten, nunmehr in §§ 250, 241 AktG geregelten Problematik der Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Hauptversammlung gilt, dass nach der Rspr. des BGH „nicht Mitglied des Aufsichtsrats nicht nur das nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglied [ist], sondern auch das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl erfolgreich angefochten wird.“

BGH Urteil v. 19.2.2013, II ZR 56/12 = NJW 2013, 1535 (1537), Rn. 17.

Ausdruck dieses Verständnisses ist auch, dass der BGH für Pflichten, Haftung und Vergütung die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung für anwendbar erklärt, die sachgedanklich voraussetzen, dass eine Mitgliedschaft im Organ Aufsichtsrat zu keinem Zeitpunkt bestanden hat.

BGH Urteil v. 3.7.2006, II ZR 151/04 = NZG 2006, 712 (715) Rn. 14.

Auch hinsichtlich unwirksamer Wahlen zu einem Aufsichtsrat unterscheidet der BGH also zwischen der Wirksamkeit der eigentlichen Wahl und der Wirksamkeit von Rechtshandlungen defizitär gewählter Organmitglieder.

## **6. Zwischenergebnis: Keine unmittelbare Anwendbarkeit von § 69 III BRAO**

Aus dem Vorstehenden folgt, dass eine Reaktion auf die für nichtig erklärte Wahl zum Kammervorstand mit § 69 III BRAO nicht möglich ist. Zwar verweist die Kommentarliteratur auf eine solche Möglichkeit, allerdings differenziert sie, anders als die Rechtsprechung bis hin zum BVerfG, nicht hinreichend zwischen dem Problem der Zugehörigkeit einer unwirksam gewählten Person zum Organ Kammervorstand und der Wirksamkeit von dessen Rechtshandlungen.

Es besteht insofern das Risiko, dass bei einer unmittelbar auf § 69 BRAO gestützten Reaktion der Kammer dieser entgegengehalten wird, dass § 69 III BRAO bereits nach seinem Wortlaut eine zunächst wirksame Zugehörigkeit zum Kammervorstand voraussetzt, da ein vorzeitiges Ausscheiden vor Ablauf der Wahlperiode, die in § 69 Abs. 1 Nr. 1 BRAO angesprochene Niederlegung des Amtes, ein Nachrücken einer anderen Person und eine „Ersetzung“ (jeweils § 69 III 3 BRAO) sachlogisch überhaupt nur denkbar sind, wenn das fragliche Vorstandsmitglied zunächst wirksam Mitglied des Vorstands geworden ist. Hieran fehlt es aber unter Zugrundelegung der Rspr. zahlreicher Obergerichte bei einer ungültig erklärten Wahl.

### III. Analoge Anwendung des § 69 III BRAO

Soweit richtigerweise davon ausgegangen werden muss, dass § 69 III BRAO auf den Fall einer ungültig erklärten Wahl nicht unmittelbar anwendbar ist, stellt sich die Frage, auf welche Weise die erforderliche Reaktion der Kammer auf eine für ungültig erklärte Wahl von Mitgliedern in den Vorstand zu gewinnen ist.

Eine Lösung über eine analoge Anwendung des § 69 III BRAO käme nur in Betracht, wenn hinsichtlich der Reaktionspflichten der Kammer auf eine für ungültig erklärte Vorstandswahl eine gesetzliche Regelungslücke bestünde, diese Regelungslücke planwidrig wäre und der von § 69 III BRAO geregelte Sachverhalt vergleichbar mit dem unregulierten Sachverhalt wäre.

Vgl. zu den Voraussetzungen einer Analogie nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 475 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 381.

Wie bereits festgestellt, fehlt es an einer gesetzlichen Regelung der Frage, wie eine Rechtsanwaltskammer auf eine für ungültig erklärte Wahl zu reagieren hat.

Ob diese Regelungslücke planwidrig ist, lässt sich auch unter Auswertung der Gesetzesmaterialien zu den einschlägigen Vorschriften nicht mit Sicherheit sagen; denkbar ist, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass sich eine Antwort unproblematisch aus allgemeinen, im Demokratieprinzip wurzelnden wahlrechtlichen Grundsätzen ableiten lässt.

Letztlich kann dies aber dahinstehen, wenn es jedenfalls an der Vergleichbarkeit von geregelterm und unreguliertem Sachverhalt fehlt. Insofern gilt, dass § 69 III BRAO an eine wirksame, dem Demokratieprinzip genügende Wahl und wirksame Mitgliedschaft des "vorzeitig ausscheidenden" Kammermitglieds anknüpft. Aus einer vorangegangenen, beanstandungsfreien Wahl rechtfertigt sich zum einen die Möglichkeit des Nachrückens von in dieser Wahl nicht zum Zuge gekommenen Bewerbern, da ihre wahlrechtliche Legitimation an keinen rechtlichen Defiziten leidet. Zum anderen erklärt sich die alternative Möglichkeit des Verzichts auf eine neuerliche Wahl, die insbesondere durch die Option des Unbesetzlassens freier Vorstandsämter zum Ausdruck kommt, damit, dass in der vorangegangenen Wahl keine Rechte unterlegener Bewerber, die die Wahl erfolgreich angefochten haben, verletzt worden sind. Eine Übertragung der

Regelungen des § 69 III BRAO auf eine für unwirksam erklärte Wahl würde im Ergebnis bedeuten, dass ein bei Kammerwahlen unterlegenes Kammermitglied zwar eine Wahl erfolgreich anfechten kann, ihm aber die Möglichkeit genommen wird, in einer beanstandungsfrei durchgeführten Wahl selbst zum Zuge zu kommen. Hinnehmbar wäre dies nur, wenn die Wahlanfechtung nicht den Zweck hätte, auch die Rechte unterlegener Bewerber zu schützen. Dies ist ersichtlich nicht der Fall, da hinsichtlich einer Anfechtung einer Wahl zum Kammervorstand eine Klagebefugnis nach § 112f II Nr. 2 BRAO sogar jedem Kammermitglied unabhängig davon zusteht, ob es in subjektiven Rechten verletzt ist.

Vgl. nur *Kilimann*, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 112f Rn. 35.

Aus diesem Grunde muss eine analoge Anwendung des § 69 III BRAO, also insbesondere auch eine Wahlmöglichkeit der Kammer, ob überhaupt und ggf. in welcher Weise sie die freien Vorstandsämter nachbesetzt, ausscheiden.

#### **IV. Allgemeine wahlrechtliche Grundsätze**

##### **1. Grundlagen**

Eine Antwort ist damit aus allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätzen und damit letztlich aus dem Demokratieprinzip zu gewinnen.

Vgl. zum Rückgriff auf Grundsätze der „(verfassungs-)gesetzlichen Konzeption des Rechtsschutzes in Wahlverfahren zuletzt SächsVerfGH v. 16.8.2019, Vf. 76-IV-19 (HS) = NVwZ 2019, 1829 Rn. 29; BVerfG v. 23.7.2013, 2 BvQ 30/13 = BVerfGE 134, 135 (138); ferner *Groß/Pautsch*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn. 64.

Allerdings ist bei Anwendung der allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze zu beachten, dass das Demokratieprinzip zwar eine demokratische Legitimation der Rechtsanwaltskammer und ihrer Organe verlangt, weil diese hoheitliche Aufgaben gegenüber ihren Mitgliedern wahrnimmt, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das demokratische Legitimationsniveau bei funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften aber geringer sind als bei der unmittelbaren Staatsverwaltung oder der kommunalen Selbstverwaltung.

BVerfG Beschl. v. 5.12.2002, 2 BvL 5/98 = BVerfGE 107, 59 (91 ff.); AGH Hamburg, Urteil v. 22.6.2011 = BeckRS 2010, 141032.

Soweit im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung geringere verfassungsrechtliche Anforderungen an das Niveau demokratischer Legitimation zu stellen sind als im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung, so hat dies auch Konsequenzen für den Stellenwert der Wahlrechtsgrundsätze. Diese müssen im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht notwendigerweise mit dem gleichen Gewährleistungsgehalt zur Anwendung gebracht werden wie bei der Wahl staatlicher Organe.

AGH Hamburg, Urteil v. 22.6.2011 = BeckRS 2010, 141032, Rn. 43; *Groß/Pautsch*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn. 56.

Vielmehr ist es mit Blick auf die ihr zukommende Autonomie zulässig, den Grad der Verwirklichung der Wahlrechtsgrundsätze der jeweiligen Selbstverwaltungseinrichtung zu überlassen und dabei gewisse Abstriche von den im staatlichen Bereich geltenden Anforderungen zuzulassen.

AGH Hamburg, Urteil v. 22.6.2011 = BeckRS 2010, 141032, Rn. 43.

## **2. Grundsatz der Wiederholungswahl**

Der BGH selbst hat in seiner Entscheidung vom 7.12.2020 beiläufig darauf hingewiesen, dass Rechtsfolge der Unwirksamklärung von Wahlen grundsätzlich eine neuerliche Wahl in Form einer sog. Wiederholungswahl ist (die auch auf einen Teilbereich der Wahl beschränkt sein kann).

BGH Urteil v. 7.12.2020, AnwZ (Brfg) 19/19, Rn. 112: „Darüber hinaus folgt bei der Anfechtung einer Wahl aus dem hier geltenden Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs..., dass die Aufhebung, wenn möglich, auf den abgrenzbaren Teil der Wahl, auf den der Wahlfehler sich ausgewirkt hat, zu beschränken ist. Dementsprechend ist etwa im Bundes- und Landeswahlrecht... sowie in Wahlgesetzen der Länder für Kommunalwahlen... die Möglichkeit einer teilweisen Ungültigerklärung und Wiederholungswahl nur in bestimmten Wahlbezirken ausdrücklich vorgesehen. Auch im Personalvertretungsrecht wird die Anordnung einer Wiederholungswahl nur in bestimmten Wahlbezirken und bei Gruppenwahlen die Aufhebung der Wahl nur einer Gruppe... für möglich erachtet.“

Wiederholungswahlen erfolgen stets dann, wenn eine Wahl zwar durchgeführt worden ist, diese Wahl aber nicht wirksam war, eine gewählte Person also zu keinem Zeitpunkt ein Mandat rechtsgültig wahrgenommen hat. Wahlrechtlich ist daher eine „Wiederholungswahl“ von einer „Nachwahl“ zu unterscheiden.



*Weber*, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 25. Edition 2020, Stichwort „Nachwahl“.

Angelegt ist diese Differenzierung zwischen Nach- und Wiederholungswahl in §§ 43 (Nachwahl), 44 (Wiederholungswahl) BundeswahlG, die für Wahlen auf Bundesebene gelten. Ähnliche Bestimmungen über Nachwahl und Wiederholungswahl finden sich in den Wahlvorschriften zu den Landesparlamenten und Kommunalvertretungen, so dass von einer allgemeingültigen wahlrechtlichen Differenzierung auszugehen ist.

Vgl. §§ 20, 21 LWG Berlin; §§ 40, 44 LWG Niedersachsen; §§ 43, 44 ThürLWG; §§ 42, 43 HessLWG; §§ 42, 43 SächsLWG; §§ 50, 51 BaWüLWG; §§ 52, 53 BbgKWahlG; §§ 70, 71 LWO Rh-P; §§ 44, 45 KWG LSA; §§ 41, 42 NKWG Nds.

### **3. Anwendbares Wahlrecht**

Eine Wiederholungswahl erfolgt nach Maßgabe der wahlrechtlichen Vorschriften, die zum Zeitpunkt der erfolgreich angefochtenen Wahl galten.

Vgl. etwa § 44 BundeswahlG: „Die Wiederholungswahl findet nach denselben Vorschriften... wie die Hauptwahl statt.“ Ebenso im Landeswahlrecht etwa § 43 II SächsLWG; § 21 II 1 LWG Berlin; § 44 ThürLWG; § 43 II HessLWG; § 45 II SaarLWG; § 56 III 1 LWG Rh-P; § 13 II WPrüfG Bbg; sowie im Kommunalwahlrecht § 49 II 1 SaarKWG; § 41 I GKWG S-H. Die Unterscheidung zwischen einer in § 69 III BRAO vorgesehenen Nachwahl und einer Wiederholungswahl ist damit nicht rein akademischer Natur: Eine Nachwahl erfolgt nach Maßgabe der wahlrechtlichen Vorschriften, die zum Zeitpunkt der Nachwahl gelten.

Damit findet bei einer teilweisen Wiederholung der Vorstandswahl aus dem Jahr 2017 die in diesem Jahr gültige Fassung der BRAO und nach § 64 II BRAO geltendes Binnenrecht der Kammer in Form einer Wahlordnung Anwendung.

2017 sah die BRAO für Wahlen zum Kammervorstand als Wahlform noch Präsenzwahlen in der Kammerversammlung vor (§ 64 BRAO a.F.). Der durch § 64 I 1 BRAO bestimmte Regelfall einer Briefwahl und die in § 64 I 3 BRAO eröffnete Alternative einer elektronischen Wahl ist erst mit Wirkung zum 1.7.2018 durch Art. 1 Nr. 25 des Gesetzes zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe eingeführt worden.

Damit muss die Wiederholungswahl grundsätzlich in einer nach § 85 BRAO einzuberufenden Kammerversammlung stattfinden.

#### **4. Maßgebliche Wahlvorschläge / Wählerverzeichnisse**

Von der Frage des grundsätzlich anwendbaren Rechts und der daraus zu folgenden Notwendigkeit einer Wiederholungswahl in einer Kammerversammlung zu unterscheiden, ist die Frage, welche Wählerverzeichnisse und Wahlvorschläge einer solchen Wiederholungswahl zu Grunde zu legen sind.

Weitgehend Einigkeit besteht im Wahlrecht der Länder und Kommunen, dass Wahlvorschläge grundsätzlich unverändert bleiben, also die seinerzeit zur Wahl stehenden Personen zur Abstimmung gestellt werden müssen (soweit sie weiterhin wählbar sind).

Bundesrecht: § 44 II BWG. Landesrecht: § 43 II SächsLWG; § 21 II 1 LWG Berlin; § 44 III LWG Niedersachsen; § 44 II ThürLWG; § 45 II SaarlWG; § 43 II HessLWG; § 51 II BaWüLWG; § 56 III 1 LWG Rh-P; § 13 II WPrüfG Bbg;. Kommunalrecht: § 29 IV SächsKomWG; § 49 II 1 SaarlKWG; § 37 III HamBezwahlG; § 41 I GKWG S-H; § 71 VI LWO Rh-P; § 67 IV 2 KWahlO NRW.

Im Kommunalwahlrecht finden sich aber vereinzelt auch Regelungen, dass nach Ablauf von sechs Monaten seit der Hauptwahl an die Stelle der Wiederholungswahl eine Neuwahl tritt, bei der sachlogisch aktuelle Wahlvorschläge (und, s.u., Wählerverzeichnisse) erforderlich sind.

Vgl. etwa § 45 III KWG LSA; § 42 III NKWG Nds.

Einen absoluten wahlrechtlichen Grundsatz, ob eine Wiederholungswahl mit alten oder neuen Wahlvorschlägen durchzuführen ist, gibt es jedenfalls für den Fall nicht, dass die Wahl – wie im zu begutachtenden Fall – mehr als sechs Monate zurückliegt.

Angesichts der im Vergleich zu Parlamentswahlen größeren Gestaltungsfreiheit von Selbstverwaltungskörperschaften bei der Organisation der Wahlen – die auch in den o.a. dokumentierten abweichenden Regelungen in einigen Kommunalwahlgesetzen zum Ausdruck kommt – ist davon auszugehen, dass es der Rechtsanwaltskammer beanstandungsfrei möglich wäre, der Wiederholungswahl sowohl das historische als auch ein aktuelles Wählerverzeichnis zu Grunde zu legen. Soweit die Kammer in dieser Frage grundsätzlich Ermessen hat, wird sie allerdings zu berücksichtigen haben, dass im konkreten Fall die Wahlwiederholung wegen der Verletzung der Rechte von

Wahlbewerbern während des Wahlvorgangs erfolgt. In Folge einer solchen entspricht es der Ratio einer Wiederholungswahl eher, wenn sich unterlegene Kandidaten nicht mit einem neuen Bewerberfeld auseinandersetzen müssen, durch das die Wahlausichten (und damit die Folgen der Korrektur der ursprünglichen Hauptwahl) gänzlich neu definiert würden. Daher sprechen die besseren Gründe dafür, von einer Ermessensreduzierung der Kammer dahin auszugehen, dass bei einer Wiederholungswahl die seinerzeit zur Abstimmung gestellten Kandidaten als Wahlvorschlag zu unterbreiten sind (soweit sie zum Zeitpunkt der Wiederholungswahl weiterhin wählbar sind).

Zu der Frage, welche Wähler über den unveränderten Wahlvorschlag abstimmen dürfen, lassen sich keine allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätze gewinnen. Meist gilt, dass die Wählerverzeichnisse zum Zeitpunkt einer angefochtenen Wahl maßgeblich sind – vorliegend wären damit also jene aus dem Jahr 2017 maßgeblich – allerdings finden sich in wahlrechtlichen Bestimmungen für Wahlen auf Bundes-, Länder- und Kommunalebene unterschiedliche Bestimmungen, ob dieser Grundsatz unbegrenzt oder nur für einen bestimmten Zeitraum nach der angefochtenen Wahl gilt.

Zeitlich begrenzte Verwendung des alten Wählerverzeichnisses im Bundeswahlrecht § 44 II BWG; im Landeswahlrecht § 43 II SächsLWG; § 21 II 1 LWG Berlin; § 44 III LWG Niedersachsen; § 44 II ThürLWG; § 45 II SaarlWG; § 43 II HessLWG; § 51 II BaWüLWG; § 56 III 1 LWG Rh-P; § 13 II WPrüfG Bbg; im Kommunalwahlrecht § 29 III SächsKomWG; § 49 IV SaarlKWG; § 53 III 1 BbgKWahlG; § 41 I GKWG S-H; § 71 IV LWO Rh-P; § 67 II KWahlO NRW; § 42 III 1 KWG Nds: sechs Monate nach Hauptwahl). Unbegrenzt: § 37 III Ham-BezWahlG.

Angesichts des mehrheitlich im Wahlrecht von Bund, Ländern und Kommunen angelegten Grundsatzes, dass jedenfalls nach Ablauf von sechs Monaten seit der wirksam angefochtenen Hauptwahl die Verwendung der „historischen“ Wählerverzeichnisse nicht mehr erforderlich ist, könnte eine Wiederholungswahl zum Vorstand der Rechtsanwaltskammer unter Verwendung aktueller Wählerverzeichnisse erfolgen, da die angefochtene Wahl mehr als drei Jahre zurückliegt.

## **5. Durchführung der Wiederholungswahl**

Hinsichtlich der konkreten Durchführung einer Wiederholungswahl gilt zunächst, dass eine Wiederholungswahl nicht zur Wiederholung der Wahl insgesamt zwingt. Vielmehr

ist eine Wiederholung auf den Ausschnitt der Wahl zu beschränken, der für ungültig erklärt worden ist.

Vgl. etwa § 56 II LWG Rh-P; § 53 I 1 BbgKWahlG; § 71 I LWO Rh-P; § 67 KWahlO NRW; § 42 IV KWG Nds. Näher BeckOK KommunalR Hessen/S. Fuhrmann, HGO § 29 Rn. 60 (zu § 30 HKWG)

Konkret bedeutet dies, dass die Vorstandswahl 2017 nicht vollständig zu wiederholen ist, sondern nur hinsichtlich der Vorstandspositionen, hinsichtlich derer die Wahl für ungültig erklärt worden ist.

Grundsätzlich entspricht es dem Grundgedanken demokratischer Wahlen, dass Wiederholungswahlen schnellstmöglich durchzuführen sind, um die demokratische Legitimation des betroffenen Organs schnellstmöglich herzustellen. Allerdings ist naturgemäß auf den mit der Organisation einer Wiederholungswahl verbundenen Aufwand Rücksicht zu nehmen. So finden sich im Wahlrecht Zeiträume von drei Wochen bis fünf Monaten, in denen ab Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung eine Wiederholungswahl durchzuführen ist.

Im Bundeswahlrecht 60 Tage: § 44 III 1 BWG. Im Landeswahlrecht: 60 Tage: § 43 III 1 SächsLWG; § 51 III 1 BaWüLWG; § 44 III 1 ThürLWG; 90 Tage: § 21 III 1 LWG Berlin; § 45 III 1 SaarLWG; § 13 III 1 WPrüfG Bbg. Im Kommunalwahlrecht: 3 Wochen; 60 Tage: § 1 III 1 GKWG S-H; 3 Monate: § 49 I 2 SaarLKWG § 37 I HamBezWahlG; 3 Monate (jeweils Sollvorschrift); 4 Monate: § 30 I 1 KWG Hessen; § 53 II 1 BbgKWahlG; 5 Monate. Nur ausnahmsweise wird auf zeitliche Vorgaben verzichtet: § 44 LWG Niedersachsen; § 43 II HesseLWG; § 71 LWO Rh-P; § 67 KWahlO NRW.

Bei einer Gesamtschau der wahlrechtlichen Regelungen gilt, dass ein großzügiger Zeitraum gewährt wird, soweit nicht Wahlen zum Bundestag oder zu Landesparlamenten im Raum stehen, sondern in kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften – obwohl der wahlorganisatorische Aufwand für die Durchführung solcher Wahlen geringer ist als der von Wahlen auf Bundes- oder Landesebene. Dies dürfte darauf beruhen, dass eine vollständige demokratische Legitimation von Parlamenten im Lichte des Demokratieprinzips bedeutsamer ist als von Organen der Selbstverwaltungskörperschaften. Grundsätzlich wird man daher einer Rechtsanwaltskammer als berufsständischer Selbstverwaltungskörperschaft ebenfalls einen eher großzügigen Zeitraum für die Durchführung einer Wiederholungswahl zubilligen können. Ein Zeitraum von jedenfalls

drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils, mit dem die angefochtene Wahl für unwirksam erklärt worden ist, dürfte nicht zu beanstanden sein.

## **6. Entbehrlichkeit der Wiederholungswahl?**

Fraglich ist allerdings, ob eine Wiederholungswahl überhaupt erforderlich ist oder ob sie nicht ausnahmsweise entbehrlich sein kann.

In dem zu beurteilenden Sachverhalt ist eine letztinstanzliche Entscheidung zur Unwirksamkeit der 2017 durchgeführten Wahl am 7.12.2020 erfolgt, diese Entscheidung wurde als letztinstanzliche Entscheidung mit Verkündung rechtskräftig. Zugestellt wurde der Rechtsanwaltskammer das Urteil am 20.12.2020. Die Wahlperiode der angefochtenen Wahl endet am 25.4.2021. Somit blieben für eine Durchführung der Wiederholungswahl, deren Durchführung lediglich zu einer Wahl neuer Vorstandsmitglieder für den verbleibenden, kurzen Zeitraum der Wahlperiode führen würde, ab Rechtskraft nur etwas mehr als vier Monate.

Dies ist ein typisches Problem von Wiederholungswahlen, da bis zu einer bestandskräftigen Klärung der Wirksamkeit einer Wahl die Wahlperiode, für die Amtsträger zu wählen sind, weit fortgeschritten sein kann. Deshalb ist es trotz des grundsätzlich umfassend durch das Wahlrecht geschützten Demokratieprinzips unbedenklich, wenn bei einer nur geringen Restdauer einer Wahlperiode trotz der Feststellung einer teilweisen Unwirksamkeit einer Wahl auf ihre Wiederholung verzichtet wird. Zum Ausdruck kommt dies sowohl in Regelungen auf der Ebene des Bundes als auch der Länder und der Kommunen.

Im Bundeswahlrecht: § 44 III 2. Im Landeswahlrecht: § 43 III 2 SächsLWG; § 51 III 2 BaWüLWG; § 21 III 2 LWG Berlin; § 45 III 2 SaarLWG; § 44 III 2 ThürLWG; § 56 IV 2 LWG Rh-P; § 13 III 2 WPrüfG Bbg. Im Kommunalwahlrecht: § 30 IV KWG Hessen.

Die Restdauer der Wahlperiode, die es erlaubt, auf eine Wiederholungswahl zu verzichten, variiert hierbei von sechs Monaten bis zu einem Jahr.

Im Bundeswahlrecht 6 Monate, § 44 III 2 BWG. Im Landeswahlrecht: 6 Monate § 43 III 2 SächsLWG; § 51 III 2 BaWüLWG; § 21 III 2 LWG Berlin; § 44 III 2 THürLWG; 6 Monate; § 56 IV 2 LWG Rh-P; § 13 III 2 WPrüfG Bbg. Im Kommunalwahlrecht: § 30 IV HessKWG: 1 Jahr.

Zum Teil verzichtet das Wahlrecht allerdings auch auf das Absehen von einer Wiederholungswahl bei geringer Restdauer der Wahlperiode.

§ 44 LWG Niedersachsen; § 43 II HessLWG; § 49 IV SaarKWG; § 53 III 1 BbgKWahlG; § 41 GKWG S-H; § 71 LWO Rh-P; § 67 KWahlO NRW.

Soweit im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung geringere verfassungsrechtliche Anforderungen an das Niveau demokratischer Legitimation zu stellen sind als im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung und dies Konsequenzen für den Stellenwert der Wahlrechtsgrundsätze hat, spricht nichts dagegen, dass die Rechtsanwaltskammer sich im Falle einer Wiederholungswahl an der deutlichen Mehrheit der wahlrechtlichen Regelungen auf Ebene des Bundes, der Länder und Kommunen orientiert und auf eine Wiederholungswahl verzichtet, wenn diese zu einem Zeitpunkt durchgeführt würde, zu dem die Wahlperiode nur noch wenige Monate läuft. Dies wird angesichts der in den Wahlgesetzen üblichen Grenzziehung von sechs Monaten Restdauer bis zur nächsten Wahl jedenfalls dann gelten müssen, wenn, wie hier, zwischen der Rechtskraft des Urteils und dem Ende der Wahlperiode lediglich wenig mehr als drei Monate liegen und die Vorbereitung einer Wiederholungswahl nach allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätzen bis zu 60 Tage in Anspruch nehmen dürfte.

## **7. Zwischenergebnis**

Die Rechtsanwaltskammer kann nach allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätzen davon absehen, die gerichtlich teilweise für unwirksam erklärte Vorstandswahl 2017 wiederholen zu lassen, da eine Wiederholungswahl zu einem Zeitpunkt stattfinden würde, zu dem die Wahlperiode, auf den sich die Wiederholungswahl bezieht, nach wenigen Wochen enden würde. Das Demokratieprinzip erfordert es angesichts der eingeschränkten Legitimationswirkung einer solchen Wahl für das Handeln des betroffenen Organs in solchen Fällen nicht, den sächlichen, personellen und finanziellen Aufwand zu betreiben, der mit einer Wiederholungswahl verbunden ist.

Würde eine Wiederholungswahl gleichwohl durchgeführt, müsste die Rechtsanwaltskammer diese nach Maßgabe des 2017 geltenden Wahlrechts in einer Kammerversammlung auf Grundlage der 2017 erstellten Wahlvorschläge von den aktuellen Mitgliedern der Kammer durchführen lassen.

## **V. Weiterungen der Unwirksamkeit der Wahl**

Aufgrund des Befunds, dass in Folge einer wirksam angefochtenen Wahl die betroffenen Vorstandsämter von den unwirksam „Gewählten“ nicht wirksam bekleidet worden sind (oben II. 6.), stellt sich die Folgefrage, welche Auswirkungen dies auf die Haftung der unwirksam gewählten Vorstandsmitglieder und auf die ihnen gezahlten Aufwandsentschädigungen hat.

### **1. Grundsätze der Rückabwicklung von fehlerhaften Dauerschuldverhältnissen**

Die BRAO enthält zu dieser Problematik keine ausdrücklichen Regelungen, an Rechtsprechung zu dieser Problematik fehlt es sowohl für Vorstandsmitglieder von Rechtsanwaltskammern wie auch von Amtsträgern anderer berufsständischer Selbstverwaltungskörperschaften.

Das Problem ist allerdings lediglich ein Anwendungsfall eines in verschiedenen Rechtsgebieten bekannten Problems. Sein prominentester Anwendungsfall ist die Rückabwicklung von in Vollzug gesetzten, fehlerhaften Dauerschuldverhältnissen.

Angesichts der Bezugnahmen des historischen Gesetzgebers der Wahlanfechtungsvorschriften der BRAO auf das Recht der Aufsichtsratswahlen im Aktienrecht

BT-Drucks. III/120, vgl. auch *Bülow*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 1959, § 90 Anm. 4.

ist es naheliegend, die dort entwickelten Grundsätze für die Rückabwicklung einer fehlerhaft in Vollzug gesetzten Bestellung zu einem Organ einer Aktiengesellschaft heranzuziehen, stellen sich doch für ein unwirksam gewähltes Vorstandsmitglied einer Rechtsanwaltskammer vergleichbare Fragen hinsichtlich seiner Pflichten, Haftung und Aufwendungsersatzansprüche.

Allgemeiner Anschauung entspricht es insofern seit einem Grundsatzurteil des BGH, dass ein fehlerhaft bestelltes Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft die gleichen Pflichten treffen wie ein wirksam bestelltes Mitglied.

BGH, Urteil v. 6.4. 1964 - II ZR 75/62 = NJW 1964, 1367.

Da mit Blick auf die Folgen einer fehlerhaften Bestellung ein Aufsichtsratsmitglied nicht anders behandelt wird als ein fehlerhaft bestelltes Vorstandsmitglied,

*Spindler*, in: BeckOGK AktG, Edition 19.10.2020, § 101 Rn. 115.

kommt es bei einem Parallelschluss nicht darauf an, ob man bei einem Vorstandsmitglied einer Rechtsanwaltskammer eher – wegen der Leitungsfunktion des Organs – eine Vergleichbarkeit mit einem Vorstand oder – wegen seiner Wahl und der nebenamtlichen Ausübung des Vorstandsamts – mit einem Aufsichtsratsmitglied sieht.

## **2. Haftung**

Aus dieser Pflichtenbindung folgt zunächst eine potenzielle Haftung eines unwirksam bestellten Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds.

*Spindler*, in: BeckOGK AktG, Edition 19.10.2020, § 101 Rn. 115; *Habersack*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl. 2019, § 101 Rn. 69; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 101 Rn. 109; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar AktienR, 5. Aufl. 2019; § 101 Anm. 23; *Breuer/Fraune*, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 101 Rn. 23; *Simons*, in: Hölter, AktG, 3. Aufl. 2017, § 101 Rn. 50; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 101 Rn. 20.

## **3. Vergütung**

Mit der potentiellen Haftung bei Pflichtverletzung trotz unwirksamer Bestellung korrespondiert ein Vergütungsanspruch des fehlerhaft bestellten Mitglieds.

*Spindler*, in: BeckOGK AktG, Edition 19.10.2020, § 101 Rn. 115; *Habersack*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl. 2019, § 101 Rn. 69; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 101 Rn. 109; *Hopt/Roth*, in: Großkommentar AktienR, 5. Aufl. 2019; § 101 Anm. 23; *Breuer/Fraune*, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 101 Rn. 23; *Simons*, in: Hölter, AktG, 3. Aufl. 2017, § 101 Rn. 50; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 101 Rn. 20.

Dogmatisch wird der Vergütungsanspruch überwiegend durch eine analoge Anwendung der Regeln zum fehlerhaften Dienstvertrag gewonnen.

Im Arbeitsrecht wird insofern darauf abgestellt, dass ein Arbeitnehmer, der ohne wirksamen Vertrag eingestellt wurde, nicht ohne Wissen und Wollen des Arbeitgebers tätig



werden kann. Mit dieser Tätigkeit erbringt der abhängig Beschäftigte auch ohne wirk- samen Arbeitsvertrag eine Leistung, die dem Arbeitgeber den gleichen Vorteil erbringt, wie die Arbeitsleistung eines ordnungsgemäß eingestellten Beschäftigten. Aus diesem Grund, aber auch wegen der Schwierigkeiten, die mit einer Rückabwicklung nach Be- reicherungsrecht zwangsläufig verbunden wären, hat die arbeitsrechtliche Rechtspre- chung dem abhängig Beschäftigten trotz fehlenden Anstellungsvertrages den verein- barten Vergütungsanspruch zuerkannt.

St. Rspr. des BAG, Urteil v. 15.11.1957 = NJW 1958, 397, 1 AZR 189/57; Urteil v. 19.6.1959, 1 AZR 565/57; Urteil v. 15.1.1986, 5 AZR 237/84 = NJW 1986, 2133.

Der BGH hat für den Fall eines unwirksam zustande gekommenen Vorstandsvertrages die Regeln des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses einschließlich der Bemessung des Vergütungsanspruchs sinngemäß übernommen.

BGH Urteil v. 6.4.1964, II ZR 75/62 = NJW 1964, 1367. Für den Geschäftsführ- rervertrag in der GmbH gelten dieselben Grundsätze, vgl. nur BGH Urteil v. 3.7.2000, II ZR 282/97 = NJW 2000, 2983.

Der BGH ist der Auffassung, dass die Bindung beider Seiten an die in dem fehlerhaften Anstellungsvertrag vereinbarten Pflichten dem wohlverstandenen Interesse beider Seiten entspreche. Insbesondere sei eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht ungeeignet, weil hierbei nur ausgetauschte Vermögenswerte gegenübergestellt wer- den, sowohl in einem Arbeits- wie auch in einem Dienstverhältnis nicht in Geld bere- chenbare Leistungen erbracht werden. Insbesondere bei einem Vorstandsmitglied käme es in erheblichem Umfang zu Leistungen solcher Art. Der BGH führt hierzu aus:

*„Beim fehlerhaften Anstellungsverhältnis eines Vorstandsmitglieds lässt sich die Entlohnung nach den Bereicherungsvorschriften noch weniger sachge- recht bestimmen als beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis eines sozial abhängi- gen Arbeitnehmers. Das zeigt sich schon daran, dass Dienste nicht zurücker- stattet werden können und dass deshalb nur Wertersatz (§ 818 II BGB) in Be- tracht kommt. Das zeigt sich erst recht daran, dass beim Arbeitsverhältnis nicht bloß Vermögenswerte, sondern auch in Geld nicht berechenbare Lei- stungen erbracht werden. Bei einem Vorstandsmitglied bestimmen derartige Leistungen in einem sehr erheblichen Umfang die Höhe der vereinbarten Ver- gütung. Man denke dabei nur an die Größe seiner Verantwortung und daran, dass seine Arbeitszeit und -leistung nicht nach Stunden, sondern nach seinen Aufgaben bemessen ist. Diese Faktoren lassen sich, je länger das Dienstver- hältnis dauert, umso schwieriger bewerten und ausgleichen. Sie dürfen bei der*

*Bemessung eines ohne Anstellungsvertrag tätig gewordenen Vorstandsmitglieds nicht unberücksichtigt bleiben. Das würde aber bei Anwendung der Bereicherungsvorschriften geschehen müssen, da sie den Ausgleich ohne rechtlichen Grund erbrachter Leistungen auf die beiderseits erhaltenen Vermögenswerte beschränken. Die Frage nach der Abgeltung rein tatsächlich erbrachter Vorstandsleistungen kann auch deshalb nicht mit den §§ 812 ff. BGB gelöst werden, weil der Aktiengesellschaft gegenüber jemandem, den sie ohne oder ohne wirksamen Anstellungsvertrag beschäftigt, eine Fürsorgepflicht obliegen muss, und diese Pflicht es verbietet, den Ausgleich über die für die ungerechtfertigte Bereicherung maßgebenden Vorschriften zu suchen.“*

Die Vergütung eines unwirksam bestellten Organmitglieds entspricht deshalb nach ganz h.M. jener eines ordnungsgemäß bestellten Organmitglieds.

A.A. einzig – für ein Vorstandsmitglied – *Meier*, NZA 2011, 267.

Maßgeblich ist also im Falle eines Aufsichtsratsmitglieds, dessen Wahl durch die Hauptversammlung – ohne dass es letztlich hierauf ankommt, s.o. – eine größere Nähe zu der Wahl eines Vorstandsmitglieds einer Rechtsanwaltskammer aufweisen dürfte als die Bestellung eines Vorstands der Aktiengesellschaft, die nach § 113 II AktG von der Hauptversammlung bewilligte Vergütung.

*Habersack*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl. 2019, § 101 Rn. 69; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 101 Rn. 30; *Simons*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 101 Rn. 50; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 101 Rn. 20. Für das Vorstandsmitglied: *Weber*, in: Hölters, aaO, § 84 Rn. 56; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Edition 15.1.2020, § 84 Rn. 24.

Zum Teil wird dieser Grundsatz eingeschränkt für den Fall des Bestehens von bestimmten Inkompatibilitäten in Person des unwirksam Gewählten. Dann soll kein Anspruch auf Vergütung, sondern lediglich auf Anspruch auf Aufwendungsersatz bestehen.

Für Aufsichtsrat: *Vetter*, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch Börsennotierte AG, 4. Aufl. 2017, Rn. 25.75. Für Vorstand: *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Edition 15.1.2020, § 84 Rn. 24.

Eine solche Ausnahme wird allerdings auf Fälle beschränkt, in denen kraft Gesetzes (§ 76 AktG) nicht vorstandsfähige Personen bestellt worden sind, da auf diese die Regeln über das fehlerhafte Organverhältnis keine Anwendung finden können.

*Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Edition 15.1.2020, § 84 Rn. 24.

Der für das fehlerhafte Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis gemachte Vorbehalt, dass die Grundsätze dann nicht gelten, wenn die Unwirksamkeit auf einem Grund beruht, der auch die bloß faktische Geltung des Vertragsverhältnisses mit höherrangigen Schutzinteressen nicht vereinbar erscheinen lässt, ist für die Bestellung von Organen einer Aktiengesellschaft bislang nicht praktisch relevant geworden.

*Thüsing, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 4 Rn. 137*

Allerdings lässt sich die soeben erwähnte, an § 76 Abs. 3 AktG geknüpfte Einschränkung durchaus als eine sinngemäße Übertragung der Grundsätze des fehlerhaften Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses auf das Recht des Vorstands im Aktienrecht begreifen. Nach den Grundsätzen des fehlerhaften Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses bestehen für die Dauer eines vollzogenen fehlerhaften Vertragsverhältnisses die gleichen Rechte und Pflichten wie im wirksam begründeten Arbeitsverhältnis – und damit zB ein Vergütungsanspruch – ausnahmsweise dann nicht, wenn die Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses auf vorsätzlichen Verstößen gegen Strafgesetze oder krassen Verstößen gegen die guten Sitten beruht.

Vgl. nur BAG Urteil v. 1.4.1976, 4 AZR 96/75. Typische Fälle sind das Erschleichen einer Anstellung als Angehöriger eines regulierten Berufs ohne erforderliche Berufsausübungserlaubnis (zB Arzt ohne Approbation) oder Arbeitsverträge, nach denen die Vornahme sexueller Handlungen geschuldet sein soll.

Dem in gewisser Weise vergleichbar sperrt § 76 Abs. 3 AktG eine Vorstandstätigkeit in der Aktiengesellschaft bei Bestehen von Berufs- bzw. Gewerbeverboten oder bei der Verurteilung wegen bestimmter Vorsatzstraftaten; also bei Inkompatibilitäten, bei denen dem Betroffenen das Vorliegen dieses Bestellungshindernisses bewusst sein muss, er dieses aber nicht offenlegt und sich das Vorstandsamt gleichwohl erschleicht.

Einschränkungen dergestalt, dass eine Vergütung für eine auf unwirksamer Bestel lunggrundlage geleistete Vorstandstätigkeit ausnahmsweise nicht geschuldet sein soll, wenn dem Organmitglied unterhalb einer solchen Schwelle die Unwirksamkeit seiner Bestellung lediglich im Sinne eines Verursachungsbeitrags zugerechnet werden kann, werden im Schrifttum – Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht – aber nicht gemacht. Eine auch in diesem Fall uneingeschränkte Vergütungspflicht dürfte vor dem Hintergrund, dass die Tätigkeit, für die eine Vergütung gezahlt wird, durch den

Bestellungsmangel für das Organ, in dem sie erbracht wird, nicht an Wert verliert, folgerichtig sein.

Überträgt man diese Grundsätze auf eine fehlerhafte Organstellung im Vorstand einer Rechtsanwaltskammer, käme ein Fortfall der Vergütungspflicht nur in Fällen in Betracht, in denen dort eine Person tätig wird, der es an der erforderlichen Eigenschaft für ein Vorstandsamt mangelt, also wenn sie etwa überhaupt nicht Rechtsanwalt ist oder in einem anderen Kammerbezirk zugelassen ist. Ein solcher Fall ist im zu begutachtenden Sachverhalt nicht gegeben.

Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze des fehlerhaften Organverhältnisses auf ein fehlerhaft gewähltes Vorstandsmitglied einer Rechtsanwaltskammer hat dieses somit einen Anspruch auf Vergütung in der Höhe, die ihm für seine Tätigkeit auf Grundlage einer ordnungsgemäßen Wahl zugestanden hätte.

Letztendlich beruht dieses Ergebnis auf einer sinngemäßen Übertragung arbeits- bzw. dienstvertragsrechtlicher Grundsätze auf das Aktienrecht und von dort, gestützt auf die Gesetzesmotive zur BRAO, sinngemäß auf das Kammerrecht. Angesichts dessen erscheint es nicht sehr wahrscheinlich, aber auch nicht völlig ausgeschlossen, dass ein Gericht zu einer anderen Bewertung kommt. Die Risiken einer entsprechenden Rechtsstreitigkeit dürften allerdings erheblich sein.

#### **4. Zwischenergebnis**

Nach den Grundsätzen der Rückabwicklung von fehlerhaften Dauerschuldverhältnissen in ihrer Ausprägung zur fehlerhaften Bestellung von Organmitgliedern hat ein unwirksam gewähltes Vorstandsmitglied einer Rechtsanwaltskammer im Verhältnis zu dieser dieselben Rechte und Pflichten wie ein wirksam gewähltes Vorstandsmitglied. Es haftet daher nach denselben Grundsätzen und hat einen Anspruch auf die den Vorstandsmitgliedern für ihre Vorstandstätigkeit bewilligte Vergütung.

#### **VI. Gesamtergebnis**

In Folge einer teilweise für unwirksam erklärten Vorstandswahl unbesetzte Vorstandsämter im Vorstand einer Rechtsanwaltskammer können nicht nach Maßgabe von § 69

BRAO unbesetzt bleiben oder durch Nachwahl oder ein Nachrücken von ursprünglich nicht gewählten Bewerbern nachbesetzt werden.

Die Anwendung von § 69 BRAO als Ausformung aus dem Demokratieprinzip folgender allgemeiner Wahlrechtsgrundsätze setzt eine ordnungsgemäße Hauptwahl und deshalb zunächst wirksam bekleidete Vorstandsämter voraus. Bei einer erfolgreichen Wahlanfechtung mangelt es aber an einer ordnungsgemäßen Hauptwahl und der wirksamen Übernahme eines Vorstandsamts, so dass der Anwendungsbereich des § 69 BRAO nicht eröffnet ist.

Aus diesem Grund scheidet auch eine analoge Anwendung des § 69 BRAO auf den Fall einer wirksam angefochtenen Vorstandswahl aus, da es an der Vergleichbarkeit des gesetzlich geregelten und des durch den Gesetzgeber unregulierten Sachverhalts mangelt.

Nach allgemeinen, aus dem Demokratieprinzip zu gewinnenden Wahlrechtsgrundsätzen ist im Falle einer wirksam angefochtenen Vorstandswahl eine Wiederholungswahl hinsichtlich der betroffenen Vorstandsämter durchzuführen.

Eine solche Wiederholungswahl hätte grundsätzlich binnen drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils nach § 112f BRAO nach Maßgabe des zum Zeitpunkt der angefochtenen Vorstandswahl maßgeblichen Wahlrechts und – im begutachteten Sachverhalt - der historischen Wahlvorschläge und des Wählerverzeichnisses zum Zeitpunkt der Wiederholungswahl stattzufinden.

Im konkreten Fall ist eine Wiederholungswahl allerdings nach allgemeinen wahlrechtlichen Grundsätzen aufgrund des unmittelbar bevorstehenden Endes der Wahlperiode ausnahmsweise entbehrlich.

Die Rechtsstellung der von der wirksam angefochtenen Wahl betroffenen, unwirksam gewählten Vorstandsmitglieder im Verhältnis zur Rechtsanwaltskammer ergibt sich aus der sinngemäßen Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis. Nach dieser hat ein fehlerhaft bestelltes Organ dieselben Rechte und Pflichten wie ein fehlerfrei bestelltes Organ, wenn die Organstellung in Vollzug gesetzt worden ist.

Hieraus folgt insbesondere, dass die unwirksam gewählten Vorstandsmitglieder einen Anspruch auf Vergütung in demselben Umfang haben wie wirksam gewählte Vorstandsmitglieder.

Köln, 9.2.2021

Prof. Dr. Matthias Kilian