

**Juristische Beratung
und
Tätigkeitsverhältnisse anwaltlicher Mitarbeiter und
nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter
zwischen Zivilrecht und anwaltlichem Berufsrecht**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von
Andrea Michaela Winter
aus München

2010

Meinen Eltern

Vorwort

Zum Gelingen dieser Arbeit hat maßgeblich die Betreuung meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Herbert Buchner, beigetragen. Seine zahlreichen Anregungen, sein Rat sowie sein Wohlwollen waren mir bei der Erstellung dieser Arbeit eine Hilfe.

Herrn Prof. Dr. Christoph Becker danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Die mündliche Prüfung an der Universität Augsburg fand am 29. Juli 2009 statt.

Meinen Freunden, die mir bei der Arbeit mit Rat und Tat zur Seite standen, gilt mein herzlicher Dank.

Ganz besonders möchte ich meinen lieben Eltern, Christel und Wolfgang Winter, danken, die mir die Dissertation ermöglicht haben. Sie haben mich stets gefördert und unterstützt, mit Interesse, Geduld und Fürsorge. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im März 2010

Andrea M. Winter

Glossar

ARB	Allgemeine Bedingungen für Rechtsschutzversicherung
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayJAPO	Bayerische Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen
BaySiGjurVD	Bayerisches Gesetz zur Sicherung des juristischen Vorbereitungsdienstes
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GewO	Gewerbeordnung
HRG	Hochschulrahmengesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz

Juristische Beratung und Tätigkeitsverhältnisse anwaltlicher Mitarbeiter und
nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter
zwischen Zivilrecht und anwaltlichem Berufsrecht

1. Einleitung.....	5
1.1. Situation der Anwaltschaft.....	6
1.2. Neue juristische Berufsformen.....	7
1.3. Thema und Gang der Untersuchung.....	8
2. Juristische Beratung durch Nicht-Anwälte.....	9
2.1. Rechtsberatungsgesetz.....	9
2.1.1. Historischer Rückblick.....	9
2.1.2. Ziel und Zweck des Gesetzes.....	11
2.1.3. Geschäftsmäßige Rechtsbesorgung.....	13
2.1.4. Erlaubnisfreie Annexberatung.....	14
2.2. Rechtsdienstleistungsgesetz.....	15
2.2.1. Motivation des Gesetzgebers zum Erlaß des Rechtsdienstleistungsgesetzes.....	16
2.2.2. Zweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes.....	16
2.2.3. Begriff der Rechtsdienstleistung.....	17
2.2.4. Begriff der Nebenleistung.....	17
2.2.5. Unentgeltliche Rechtsdienstleistung.....	18
2.2.6. Rechtsdienstleistung in Zusammenarbeit mit einem Volljuristen.....	18
2.2.7. Rechtsdienstleistung durch Vereinigungen und Genossenschaften.....	19
2.2.8. Haftpflichtversicherung und Ordnungswidrigkeiten.....	20
2.2.9. Möglichkeiten der Rechtsdienstleistung durch nicht-anwaltliche Volljuristen.....	21
2.2.10. Wertungswidersprüche des RDG zum anwaltlichen Berufsrecht.....	25
2.2.10.1. Ausscheiden der einzig qualifizierten Person.....	25
2.2.10.2. Untersagung von Rechtsdienstleistungen.....	26
2.2.10.3. Inkassodienstleistungen und geordnete Vermögensverhältnisse.....	27
2.2.11. Richtlinie 2005/36/EG und Rechtsdienstleistungsgesetz.....	28
2.2.11.1. Vorgaben der Richtlinie 2005/36/EG.....	28
2.2.11.2. Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG durch das RDG.....	29
2.2.12. Ausblick zum Rechtsdienstleistungsgesetz.....	30
3. Mögliche Formen juristischer Mitarbeit.....	32
3.1. Rechtsanwalt.....	33
3.2. Rechtsassessor.....	33
3.3. Rechtsreferendar.....	34
3.4. Diplomjurist.....	35
3.5. Wirtschaftsjurist.....	36
3.6. Syndikus.....	37
3.7. Syndikusanwalt.....	38
4. Ausgestaltungsmöglichkeiten der Verträge juristischer Mitarbeiter.....	39
4.1. Dienstvertrag als freies Arbeitsverhältnis.....	39
4.1.1. Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter.....	40
4.1.2. Rechtsassessor, Diplomjurist und Wirtschaftsjurist als freie Mitarbeiter.....	40
4.1.3. Rechtsreferendar außerhalb des Vorbereitungsdienstes als freier Mitarbeiter.....	41
4.2. Arbeitsvertrag.....	41
4.2.1. Rechtsanwalt als Arbeitnehmer.....	42
4.2.2. Rechtsassessor, Diplomjurist und Wirtschaftsjurist als Arbeitnehmer.....	43
4.2.3. Rechtsreferendar außerhalb des Vorbereitungsdienstes als Arbeitnehmer.....	44
4.3. Scheinselbständigkeit.....	45
4.4. Werkvertrag.....	45

4.5. Arbeitnehmerähnliche Personen	46
4.6. Juristische Mitarbeiter im Praktikum und Volontariat.....	48
4.6.1. Praktikantenverhältnis.....	48
4.6.2. Volontärverhältnis.....	49
4.7. Vertrag sui generis – Rechtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst.....	50
5. Sozialversicherungsrechtliche Folgen.....	52
5.1. Beschäftigungsverhältnis.....	52
5.2. Entgeltlichkeit der Beschäftigung.....	53
5.3. Meldepflicht des Arbeitgebers und die Beitragsabführung.....	54
5.4. Geringfügige Beschäftigung.....	54
5.4.1. Geringfügig entlohnte Beschäftigung.....	54
5.4.2. Kurzfristige Beschäftigung.....	55
5.5. Freies Mitarbeiterverhältnis.....	55
5.6. Sozialversicherungspflicht der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse juristischer Mitarbeiter.....	57
5.6.1. Arbeitsverhältnis.....	57
5.6.2. Juristischer Vorbereitungsdienst.....	58
5.6.3. Freies Mitarbeiterverhältnis.....	58
5.6.4. Arbeitnehmerähnliche Personen.....	59
5.6.5. Praktikantenverhältnis.....	60
5.6.6. Volontärverhältnis.....	60
6. Anwaltliches Berufsrecht	62
6.1. Entwicklung des Standesrechts und Berufsrechts.....	62
6.1.1. Standesrichtlinien.....	63
6.1.2. Berufsrecht.....	64
6.2. Rechtsnatur anwaltlichen Berufsrechts.....	64
6.2.1. Bundesrechtsanwaltsordnung.....	65
6.2.2. Berufsordnung für Rechtsanwälte.....	65
6.2.3. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz und Vergütungsverordnung.....	66
6.2.4. Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaften.....	66
6.3. Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege.....	67
6.3.1. „Organ der Rechtspflege“.....	68
6.3.2. Unabhängigkeit und freier Beruf des Rechtsanwalts.....	69
6.3.2.1. Unabhängigkeit der Berufsanfänger.....	70
6.3.2.2. Staatliche Unabhängigkeit.....	71
6.3.2.3. Gesellschaftsunabhängigkeit.....	72
6.3.2.4. Parteiunabhängigkeit.....	72
6.3.2.5. Persönliche Unabhängigkeit.....	73
6.3.2.6. Wirtschaftliche Unabhängigkeit.....	74
6.3.2.7. Fachliche Unabhängigkeit.....	77
6.4. Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts.....	78
6.4.1. Allgemeine Berufspflicht.....	78
6.4.2. Grundpflichten des Rechtsanwalts	81
6.4.3. Berufliche Unabhängigkeit	81
6.4.3.1. Rechtliche Bindungen.....	82
6.4.3.2. Tatsächliche Bindungen.....	83
6.4.4. Verpflichtung zur Verschwiegenheit.....	83
6.4.4.1. Inhaltlicher Umfang.....	83
6.4.4.2. Zeitlicher Umfang.....	84
6.4.4.3. Betroffener Personenkreis.....	84
6.4.4.4. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht.....	86

6.4.4.5. Verschwiegenheitsrecht.....	87
6.4.5. Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen.....	88
6.4.5.1. Dieselbe Rechtssache.....	88
6.4.5.2. Interessengegensatz.....	89
6.4.5.3. Berufliche Vorbefassung.....	90
6.4.5.4. Einverständnis der betroffenen Mandanten.....	92
6.5. Adressaten des anwaltlichen Berufsrechts.....	94
6.5.1. Rechtsanwälte.....	94
6.5.2. Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter.....	95
6.5.2.1. Satzungsautonomie der Kammer.....	96
6.5.2.2. Wirkung auf Außenstehende.....	97
6.5.3. Einzelne Regelungen anwaltlichen Berufsrechts bezüglich nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter	99
6.5.3.1. Ausbildung von Referendaren.....	99
6.5.3.2. Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter	100
6.5.3.3. Beschäftigung von Mitarbeitern.....	102
6.5.3.4. Ausbildungsverhältnisse.....	103
6.5.3.5. Vergütung von Tätigkeiten von Vertretern des Rechtsanwalts.....	103
6.5.4. Allgemeine Anwendbarkeit anwaltlichen Berufsrechts und nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter.....	104
6.5.4.1. Auslegung	104
6.5.4.1.1. Wortsinn.....	105
6.5.4.1.2. Bedeutungszusammenhang.....	105
6.5.4.1.3. Regelungsabsicht und Zweck.....	106
6.5.4.2. Analogie.....	106
6.5.5. Persönlicher Anwendungsbereich anwaltlichen Berufsrechts	107
7. Verhältnis von Arbeitsrecht und anwaltlichem Berufsrecht.....	109
7.1. Rangordnung der Normen.....	109
7.2. Vorbehalt des Gesetzes.....	110
7.3. Berufsordnung für Rechtsanwälte.....	111
7.4. Bundesrechtsanwaltsordnung	113
7.5. Widerstreit von anwaltlichem Berufsrecht und arbeitsrechtlicher Dispositionsbefugnis	113
7.5.1. Weisungsfreiheit des Rechtsanwalts und Dispositionsbefugnis des Arbeitgeber-Rechtsanwalts.....	114
7.5.1.1. Fachliche Unabhängigkeit des Anwalts.....	115
7.5.1.2. Fachliche Weisungen des Arbeitgeber-Rechtsanwalt gegenüber dem Arbeitnehmer-Rechtsanwalt	116
7.5.1.2.1. Umfang der Weisungen.....	117
7.5.1.2.2. Inhalt der Weisungen.....	119
7.5.1.2.2.1. Berufsrechtswidrige Weisungen	119
7.5.1.2.2.2. Berufsrechtskonforme Weisungen	120
7.5.1.3. Einschränkung der Weisungen	122
7.5.2. Weisungsfreiheit des Syndikusanwalts und Dispositionsbefugnis	124
7.5.2.1. Stellung des Syndikusanwalts.....	124
7.5.2.2. Fachliche Weisungen des Arbeitgebers	128
7.5.2.3. Weisungen im Interesse des Unternehmens.....	129
7.5.2.4. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.....	132
7.5.2.5. Nichtigkeit bei Verstoß gegen Berufsrecht.....	133
7.5.2.6. Verstoß gegen die guten Sitten.....	133

7.5.3. Weisungsfreiheit nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter und Dispositionsbefugnis des Arbeitgeber-Rechtsanwalt.....	135
7.5.3.1. Berufsrechtswidrige Weisungen.....	135
7.5.3.2. Berufsrechtskonforme Weisungen versus andere Rechtsauffassung.....	136
7.5.3.3. Weisungen gegenüber dem Referendar und Assessor als allgemeine Vertreter	137
7.5.3.4. Weisungen gegenüber dem nicht-anwaltlichen „Scheinsozius“	137
7.5.3.5. Fachliche Weisungen im freien Mitarbeiterverhältnis.....	139
8. Vertretung nach außen	140
8.1. Vertretung als allgemeiner Vertreter.....	140
8.1.1. Möglicher Personenkreis allgemeiner Vertreter.....	140
8.1.2. Umfang der Vertretung.....	141
8.1.3. Rechtsfolgen einer Vertretung durch einen allgemeinen Vertreter.....	141
8.2. Vertretung als Prozessbevollmächtigter.....	142
8.2.1. Möglicher Personenkreis Prozessbevollmächtigter.....	142
8.2.2. Umfang der Prozessvollmacht.....	143
8.2.3. Rechtsfolgen einer Prozessbevollmächtigung.....	144
8.3. Vertretung als Unterbevollmächtigter.....	144
8.3.1. Möglicher Personenkreis Unterbevollmächtigter.....	145
8.3.2. Umfang der Untervollmacht - Termisvollmacht.....	146
8.3.3. Rechtsfolgen einer Unterbevollmächtigung.....	146
8.3.3.1. Unterbevollmächtigung innerhalb einer Sozietät.....	147
8.3.3.2. Unterbevollmächtigung juristischer Mitarbeiter.....	147
9. Haftung.....	150
9.1. Haftung des Einzel-Anwalts.....	150
9.2. Haftung in Zusammenschlüssen.....	150
9.2.1. Bürogemeinschaft.....	151
9.2.2. Sozietät.....	151
9.2.2.1. Gesamtschuldnerische Haftung.....	152
9.2.2.2. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen.....	153
9.2.2.3. Haftung im Innenverhältnis einer Sozietät oder Scheinsozietät	156
9.2.3. Partnerschaftsgesellschaft.....	156
9.2.3.1. Haftung der Partnerschaftsgesellschaft.....	157
9.2.3.2. Haftung der Partner	157
9.2.3.3. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen.....	158
9.2.3.4. Haftung im Innenverhältnis.....	159
9.2.4. Anwalts – GmbH.....	160
9.2.4.1. Haftung des Gesellschaftsvermögens.....	160
9.2.4.2. Haftung im Innenverhältnis.....	161
9.2.5. Anwalts – AG.....	161
9.2.5.1. Haftung des Gesellschaftsvermögens	162
9.2.5.2. Durchgriffshaftung.....	162
9.3. Haftung beim Tätigwerden juristischer Mitarbeiter.....	163
9.3.1. Rechtsanwalt als juristischer Mitarbeiter	163
9.3.2. Rechtsanwalt und seine nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter.....	164
9.3.2.1. Haftung des Rechtsanwalts für nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter....	165
9.3.2.1.1. Umfang der Übertragung von Tätigkeiten auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter.....	165
9.3.2.1.2. Verschuldenszurechnung bei Hilfstätigkeiten.....	165
9.3.2.1.3. Haftungsumfang des Rechtsanwalts für Tätigkeiten des Hilfspersonals	166
9.3.2.1.4. Rückgriff im Innenverhältnis.....	168

9.3.2.2. Eigenhaftung nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter.....	169
9.3.2.2.1. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen.....	170
9.3.2.2.2. Sachwalterhaftung.....	170
9.3.3. Unterbevollmächtigter.....	172
9.3.4. Prozessbevollmächtigter.....	173
9.3.5. Allgemeiner Vertreter.....	174
9.3.6. Syndikus und Syndikusanwalt.....	176
9.4. Haftpflichtversicherung.....	176
9.4.1. Rechtsanwalt	176
9.4.2. Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter.....	177
9.5. Rechtsgeschäftliche Haftungsbegrenzung im Außenverhältnis	178
9.5.1. Haftungsbegrenzung durch Individualabrede.....	178
9.5.2. Haftungsbegrenzung durch allgemeine Geschäftsbedingungen.....	179
9.5.3. Haftungsbegrenzung auf einzelne Sozien.....	179
9.6. Rückgriffshaftung und Haftungsfreistellung im Innenverhältnis	180
10. Vergütung.....	182
10.1. Vergütungsanspruch gegenüber Mandanten bei Tätigwerden von Vertretern des Rechtsanwalts.....	182
10.1.1. Vertretung durch den Allgemeinen Vertreter.....	182
10.1.2. Vertretung durch den Assessor.....	183
10.1.3. Vertretung durch den Referendar.....	185
10.1.4. Vertretung durch einen sonstigen Mitarbeiter.....	185
10.2. Vergütung juristischer Mitarbeiter.....	186
10.2.1. Angemessene Bedingungen.....	187
10.2.2. Möglicher Personenkreis des § 26 BORA.....	188
10.2.3. Berufsrechtliche Wirkung.....	188
10.2.4. Höhe der Vergütung.....	190
11. Mandanteninteressen und Interessen juristischer Mitarbeiter.....	194
11.1. Berufliche Vorbefassung als nicht-anwaltlicher juristischen Mitarbeiter.....	194
11.1.1. Nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter mit anschließender Anwaltszulassung	196
11.1.2. Nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter mit anschließendem Kanzleiwechsel	199
11.2. Verletzung von Privatgeheimnissen.....	202
11.3. Konkurrenzschutzklauseln.....	205
11.3.1. Wettbewerbsverbotsklausel	207
11.3.2. Niederlassungsverbotsklausel.....	208
11.3.3. Mandantenschutzklausel.....	208
11.3.4. Personeller Geltungsbereich von Konkurrenzschutzklauseln.....	210
11.3.4.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt.....	210
11.3.4.1.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt im Angestelltenverhältnis.....	210
11.3.4.1.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt im freien Mitarbeitsverhältnis.....	211
11.3.4.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter	212
11.3.4.2.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsreferendar, Diplom-Jurist und Wirtschaftsjurist.....	213
11.3.4.2.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsassessor.....	214
12. Schlussbemerkung.....	216

1. Einleitung

Für die Ausübung von Tätigkeiten im juristischen Bereich kommen nicht nur Rechtsanwälte¹ in Betracht, sondern auch juristisch gebildete Mitarbeiter, die nicht als Rechtsanwalt zugelassen sind. Bei der Bearbeitung juristischer Fragestellungen sind neben Rechtsanwälten nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, wie beispielsweise Rechtsassessoren, Rechtsreferendare, Diplomjuristen oder Wirtschaftsjuristen tätig; dabei spielt einerseits das Zivilrecht eine Rolle und andererseits das anwaltliche Berufsrecht sowie das Rechtsdienstleistungsgesetz. Diese Abhandlung bezieht sich auf verschiedene Tätigkeitsverhältnisse anwaltlicher Mitarbeiter und nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter hinsichtlich Zivilrecht, anwaltlichem Berufsrecht und Rechtsdienstleistungsgesetz.

1.1. Situation der Anwaltschaft

Fortwährend erhöht sich die Zahl der Anwälte. Deshalb wurde immer wieder von „Anwaltsschwemmen“ gesprochen. Von Gneist² hält bereits 1867 die „chronisch werdenden Klagen der Überfüllung“ der Rechtsanwaltschaft fest. 1928 wird angesichts der bedrängten Lage der Anwaltschaft die Eindämmung des Zugangs zur Anwaltschaft diskutiert³. 1948 sieht Fischer⁴ die Anwaltschaft vor einer breiten „Front der jetzt das Examen durchschreitenden Jungjuristen“. 1987 spricht Ostler⁵ von einer schlimmen Entwicklung für die Anwaltschaft.

In der Tat nahm und nimmt die Zahl der Anwälte immer weiter zu. Im Deutschen Reich von 1915 bzw. 1928 wurden insgesamt 12.544 bzw. 15.329 zugelassene Rechtsanwälte gezählt⁶. 1960 umfaßte die Anwaltschaft 18.347 zugelassene Rechtsanwälte⁷. 1997 betrug die Zahl zugelassener Rechtsanwälte in der Bundesrepublik bereits 85.105⁸. Zum 1. Januar 2009, sind bereits 150.377 Rechtsanwälte bundesweit zugelassen⁹. Die Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München verzeichnet die meisten Rechtsanwälte im Vergleich zu den anderen Rechtsanwaltskammern bundesweit, nämlich 18.364 zum 01. Januar 2008¹⁰.

¹ Aufgrund der flüssigeren Lesbarkeit verwendet die Autorin grundsätzlich die männliche Bezeichnung; die Ausführungen gelten jeweils auch für die weibliche Form.

² von Gneist, S. 24.

³ Dittenberger, AnwBl. 1928, 116.

⁴ Fischer, MDR 1948, 467 (469).

⁵ Ostler, NJW 1987, 281.

⁶ Zahlen der Rechtsanwälte im Deutschen Reich, AnwBl. 1928, 110f.

⁷ <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/2008/gesamtab50.pdf> (Zugriff am 05.09.2008).

⁸ Stobbe, NJW 1997, 1284.

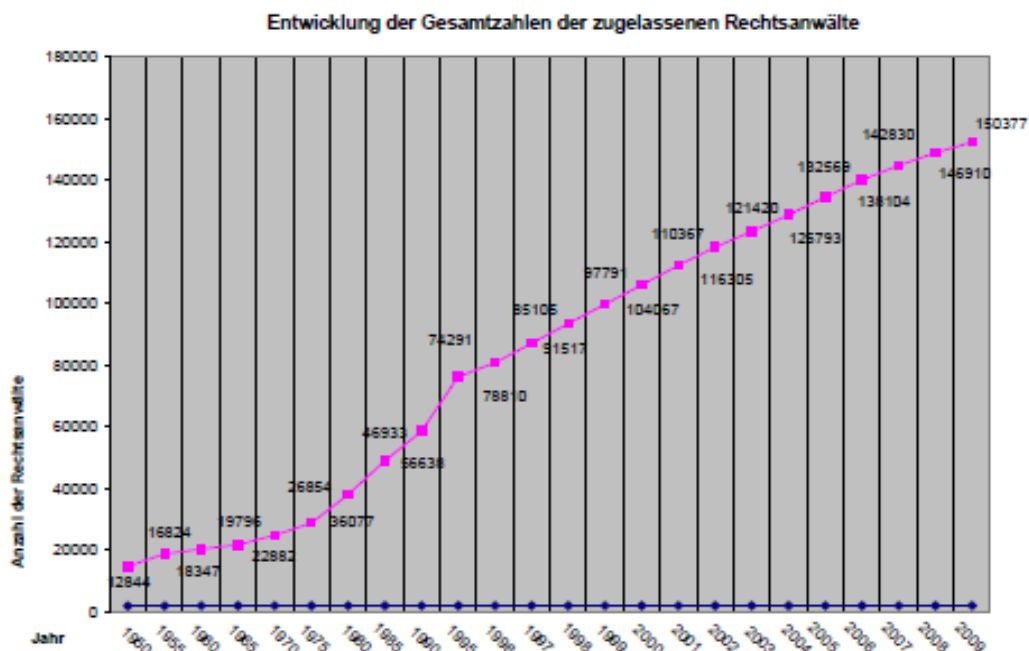
⁹ <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/2009/Diagramm.pdf> (Zugriff am 23.08.2009).

¹⁰ http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/2008/MG_klein_2009.pdf (Zugriff am 23.08.2009).

Diese Entwicklung setzt sich weiter fort und bleibt nicht ohne Folgen für die Rechtsanwaltschaft, insbesondere für die neu zugelassenen Rechtsanwälte und ebenso die nicht zur Anwaltschaft zugelassenen juristischen Mitarbeiter. Am einfachsten lassen sich die Auswirkungen an den Möglichkeiten und Chancen von Bewerbungen und am Verdienst festmachen.

1.2. Neue juristische Berufsformen

Der juristische Arbeitsmarkt unterliegt einem steten Wandel¹¹. In jüngerer Zeit wurde der Studiengang zum Wirtschaftsjuristen sowie der akademische Grad des Diplomjuristen eingeführt, was auch Auswirkungen auf den juristischen Arbeitsmarkt mit sich brachte. Volljuristen ohne Zulassung oder Assessoren sowie Diplom- und Wirtschaftsjuristen haben zwar eine akademische juristische Ausbildung, sind aber aufgrund einer fehlenden Anwaltszulassung nicht in der Statistik der Rechtsanwaltszahlen berücksichtigt. Doch auch sie drängen wie die zugelassenen Anwälte auf den Rechtsberatungsmarkt und konkurrieren sowohl untereinander als auch mit den zugelassenen Anwälten.



Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer¹²

¹¹ Redeker, NJW 1995, 1241.

¹² <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/2009/Diagramm.pdf> (Zugriff am 23.08.2009).

1.3. Thema und Gang der Untersuchung

Diese Arbeit befasst sich mit juristischen Mitarbeitern, die als solche nicht zur Anwaltschaft zugelassen sein müssen bzw. dazu gar nicht die Möglichkeit haben. Eine wissenschaftliche Behandlung der Beschäftigungsverhältnisse nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter liegt noch nicht vor. Bislang wurden vor allem die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte in Beschäftigungsverhältnissen behandelt. Im Bereich der Rechtsberatung ist nicht nur an Rechtsanwälte zu denken, sondern auch an andere juristisch ausgebildete Mitarbeiter; in diesem Zusammenhang ist gerade im Hinblick auf das anwaltliche Berufsrecht von Interesse, inwieweit deren Tätigkeitsverhältnisse – in Abgrenzung zu anwaltlichen Mitarbeitern – ausgestaltet werden können bzw. müssen.

Zu Beginn wird das Thema juristischer Beratung durch Nicht-Anwälte im Hinblick auf das nunmehr geltende Rechtsdienstleistungsgesetz besprochen. Im Folgenden wird ein Überblick darüber gegeben, welche Formen juristischer Mitarbeit möglich sind und wie die Tätigkeitsverhältnisse ausgestaltet werden können sowie welche sozialrechtliche Folgen damit verbunden sind. Sodann wird auf das anwaltliche Berufsrecht mit seinen Rechten und Pflichten eingegangen und dessen Adressatenkreis bestimmt. Darauf folgend wird das Verhältnis des anwaltlichen Berufsrechts und des Arbeitsrechts hinsichtlich juristischer Mitarbeiter insbesondere hinsichtlich des Weisungsrechts untersucht. Im Anschluß daran wird auf die Vertretung nach außen und die damit verbundenen Rechtsfolgen eingegangen. Sodann werden Haftungsfragen bei juristischer Tätigkeit sowohl in Zusammenschlüssen als auch bei Einschaltung juristischer Mitarbeiter behandelt. Abschließend werden Fragen hinsichtlich des Status- und Kanzleiwechsels juristischer Mitarbeiter untersucht.

2. Juristische Beratung durch Nicht-Anwälte

Nach bisherigem Recht, dem Rechtsberatungsgesetz, gemäß Art. 1 § 3 RBerG, war es Juristen, die nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind, untersagt, selbständig Rechtsberatung anzubieten¹³.

2.1. Rechtsberatungsgesetz

Das Rechtsberatungsgesetz wurde am 1.7.2008 vom Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) abgelöst, das nun eine eigenständige Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte erleichtert.

2.1.1. Historischer Rückblick

Im Kaiserreich des 19. Jahrhunderts ging man davon aus, daß im Rahmen eines liberalen Wirtschaftssystems sich der Rechtssuchende automatisch nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage für den fachlich besten Rechtsberater entscheiden würde¹⁴. Letztlich hatten sich jedoch die wirtschaftlich Stärksten durchgesetzt¹⁵. In der Weimarer Republik erbrachten gewerbliche Rechtsberater allgemeine Rechtsberatung – sie wurden abfällig als „Winkelkonsulenten“ oder „Winkeladvokaten“ betitelt¹⁶. Daneben waren weitere Personen und Unternehmen gewerblich mit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten tätig, wie Inkassounternehmen bei der Eintreibung von Forderungen, Vermögensverwaltungen, Wirtschafts- oder Steuerberater, die zugleich auch rechtliche Beratung anboten¹⁷. Rechtsberatung wurde zudem kostenlos oder gegen geringes Entgelt von verschiedenen Verbänden und Institutionen, wie z. B. kirchlichen Einrichtungen, gemeinnützigen Vereinen, Gewerkschaften, Industrie- und Handelskammern, oder landwirtschaftlichen Genossenschaften angeboten¹⁸.

§ 35 Abs. 1 GewO sah nach der Gewerbenovelle vom 1.7.1883 vor, dass die Fortsetzung des Gewerbes untersagt werden konnte, „wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf den Gewerbebetrieb dartun“; „Dasselbe gilt von der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und bei Behörden wahrzunehmender Geschäfte, insbesondere der Abfassung der darauf bezüglichen

¹³ Kleine-Cosack, Art. 1 § 3 RBerG Rn. 26.

¹⁴ von Schweinitz, S. 36f.

¹⁵ Dombek, BRAK-Mitt. 2001, 98 (99).

¹⁶ Rücker, S. 19, 37ff.

¹⁷ Rücker, S. 19.

¹⁸ Rücker, S. 22.

schriftlichen Aufsätze“ (§ 35 Abs. 3 GewO)¹⁹. Für gewerblich tätige Rechtsberater, von denen keine Qualifikationen vorausgesetzt wurden, bestanden somit nur wenig gesetzliche Schranken – im Gegensatz zur Rechtsanwaltschaft, deren Berufsausübung durch die Rechtsanwaltsordnung von 1878 geregelt wurde. Die Regelungen der Gewerbeordnung im Bereich der Rechtsberatung dienten keinem ausreichendem Schutz der Rechtssuchenden, so daß auch im Interesse des Staates eine Regelung gefunden werden mußte²⁰. In anderen Bereichen, wie z. B. bei den Gastwirten, Pfandleihern und Hebammen wurden bereits vor 1933 Berufsordnungen mit Bedürfnis- und Befähigungsprüfungen vorgesehen; an deren Entwicklung knüpfte auch das Rechtsberatungsgesetz an; bereits in der Weimarer Republik hatte es Vorarbeiten zu einem Gesetz im Bereich der Rechtsberatung gegeben²¹.

Während der Zeit des Nationalsozialismus wurden Reichsgesetze und Verordnungen erlassen, die sich gegen das Judentum insgesamt und gegen Juden in Justiz und Anwaltschaft richteten²². Das Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7.4.1933 verfügte die Möglichkeit der Zurücknahme der Zulassung gegen nichtarische Rechtsanwälte; die nichtarische Abstammung diente fortan als Versagungsgrund für die Zulassung²³. Als Folge waren insbesondere frühere jüdische Rechtsanwälte als Rechtskonsulenten tätig²⁴. Erste Juden, unter ihnen auch jüdische Rechtsanwälte, wurden im Jahr 1933 ermordet²⁵. Im Jahre 1933 gab es Initiativen, § 35 Abs. 3 GewO dahingehend zu ändern, um jüdischen Rechtsberatern ihre Tätigkeit verbieten zu können; in 1934 wollte die Regierung die „jüdische Winkeladvokatur“ gesetzlich verbieten²⁶.

Zuvor herrschte bezüglich der Rechtsbesorgung und -beratung außerhalb des Anwaltszwangs praktisch Gewerbefreiheit – dieses Problem beschäftigte die juristische Öffentlichkeit, insbesondere die betroffene Anwaltschaft, bereits lange vor dem Jahr 1933 und es hatte bereits in der Weimarer Republik Vorarbeiten für ein Gesetz gegeben²⁷. Am 13.12.1935 wurde das „Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung“²⁸, das sog. Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz, sowie die erste Ausführungsverordnung erlassen;

¹⁹ Chemnitz / Johnigk, Artikel 3, Rn. 863; Rücker, S. 37.

²⁰ Chemnitz / Johnigk, Vorbemerkung, S. 12.

²¹ Ostler, AnwBl. 1987, 263 (264); von Schweinitz, S. 47.

²² Ostler, S. 245ff.

²³ Ostler, S. 251f.

²⁴ Rücker, S. 446.

²⁵ Ostler, S. 249.

²⁶ Rücker, S. 259.

²⁷ Ostler, S. 256f.; Ostler, AnwBl. 1987, 263 (264); von Schweinitz, S. 47.

²⁸ RGBl.I 1935, 1478.

Gesetz und Verordnung traten am nächsten Tag, am 14.12.1935 in Kraft²⁹. Für die Regelung der nicht-anwaltlichen Rechtsberatung wurde ein Erlaubnisverfahren mit Kriterien der Zuverlässigkeit, der persönlichen Eignung, ausreichender Sachkunde und des Bedürfnisses nach nicht-anwaltlichen Rechtsberatern eingeführt³⁰. Das Gesetz sollte zur Beseitigung von Mißständen auf dem Gebiet der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung dienen; im Nationalsozialismus sollten jedoch Juden, die außerhalb des Anwaltszwangs als Rechtskonsultenten oder in Inkassobüros tätig waren, verdrängt und ihnen die Existenzgrundlage entzogen werden³¹. Die Erste Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes richtete sich gegen Juden; in § 5 dieser Ausführungsverordnung hieß es: „Juden wird die Erlaubnis nicht erteilt.“

Diese Verordnung wurde nach Kriegsende aufgehoben³². Nach Kriegsende blieb das Rechtsberatungsgesetz als Verbraucherschutzgesetz erhalten³³. Das RBerG hielt dem Grundgesetz³⁴ als verfassungskonform stand und wurde vom EuGH³⁵ als mit dem Europarecht vereinbar gehalten, da das RBerG nicht in Konflikt mit der durch Art. 49 EG geschützten Dienstleistungsfreiheit stand.

2.1.2. Ziel und Zweck des Gesetzes

Die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten sollte einer gesetzlichen Ordnung und staatlichen Aufsicht unterstellt werden, wie dies bereits in anderen Berufen geschehen war. Im Vorfeld der Diskussionen hinsichtlich des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes wurde unter anderem über den Schutz vor unzuverlässiger Rechtsberatung diskutiert³⁶. Mit Erlaß des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes war die Prozessvertretung der Anwaltschaft vorbehalten und die Befugnis zur Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte wurde stark eingeschränkt, so daß die Anwaltschaft weniger Wettbewerb ausgesetzt war und damit die Existenzgrundlage eines Anwalts gesichert war³⁷. Mit dem Gesetz wurde ursprünglich beabsichtigt, der Notlage der Anwaltschaft entgegen zu wirken und die

²⁹ Rücker, S. 353f.; In Zusammenhang mit der Entstehung des Rechtsdienstleistungsgesetzes sprach die Bundesregierung von einem „historisch belasteten Rechtsberatungsgesetz“ (BT-Drs. 16/3655, S. 1), „das ursprünglich auch in dem Bestreben erlassen wurde, jüdische Juristinnen und Juristen aus allen Bereichen des Rechts auszuschließen“ (BT-Drs. 16/3655, S. 48).

³⁰ Rücker, S. 354.

³¹ Ostler, S. 257.

³² Chemnitz / Johnigk, Vorbemerkung, S. 11f.

³³ Dombek, BRAK-Mitt. 2001, 98 (100ff.).

³⁴ BVerfGE 41, 378 (379); BVerfGE 75, 246 (275); BVerfG, NJW 2002, 1190ff

³⁵ EuGH, AnwBl. 1997, 114ff.

³⁶ Rücker, S. 368.

³⁷ von Schweinitz, S. 45f.

Einkommensverhältnisse der Anwälte zu verbessern³⁸. Dieser Zweck trat im Laufe der Zeit hinter den Schutz des Rechtssuchenden zurück³⁹.

Die grundsätzliche Fortgeltung in der Zeit nach 1945 der gesetzlichen Einschränkung der freien Rechtsbesorgung erschien unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes notwendig⁴⁰. Nach Bestätigung durch die Rechtsprechung⁴¹ galt das Gesetz ohne die anti-jüdischen Vorschriften weiter und wurde ab 1958 als Rechtsberatungsgesetz bezeichnet⁴². Der Rechtssuchende sollte vor unqualifizierten und unzuverlässigen Rechtsberatern geschützt werden und eine umfassende Rechtsberatung von einem Rechtsanwalt erhalten; Nicht-Anwälte durften keine umfassende Rechtsberatung erbringen, da sie nur in einem Teilgebiet des Rechts über Kenntnisse verfügten⁴³. Anliegen, denen das Rechtsberatungsgesetz entsprechen sollte, waren der Schutz des Rechtsverkehrs und die Gewährleistung eines ungestörten Ablaufs, ohne die Arbeit staatlicher Organe durch die Tätigkeit unqualifizierter Rechtsberater zu erschweren – vielmehr sollten rechtskundige Berater die Arbeit der Behörden und Gerichte erleichtern⁴⁴. Zum anderen bedurfte die Rechtsanwaltschaft als solche des Schutzes vor außenstehenden Mitbewerber, die als Nicht-Anwälte nicht an das anwaltliche Berufsrecht gebunden waren; das RBerG verhinderte die Gefahr der schrankenlosen Zulassung gewerblicher Rechtsbesorgung⁴⁵.

Im Laufe der Zeit hat sich jedoch der Anwendungsbereich des RBerG stark reduziert. In den 1990er Jahren stand das RBerG immer wieder auf dem Prüfstand und das Rechtsberatungsmonopol der Rechtsanwaltschaft geriet unter Druck⁴⁶. Das RBerG wurde zwar als mit dem Grundgesetz⁴⁷ konform bewertet und vom EuGH⁴⁸ als mit dem Europarecht vereinbar gehalten, jedoch wurde der Konkurrenzdruck mit Blick auf den europäischen und internationalen Rechtsberatungsmarkt immer größer⁴⁹.

³⁸ Rücker, S. 365; von Schweinitz, S. 46.

³⁹ von Schweinitz, S. 96.

⁴⁰ König, S. 22.

⁴¹ BVerwGE 19, 339 (340); OLG Hamm, NJW 1951, 815.

⁴² Chemnitz / Johnigk, Vorbemerkung, S. 6.; Kleine-Cosack, Allgemeiner Teil II B, Rn. 4.

⁴³ von Schweinitz, S. 48f.

⁴⁴ Chemnitz / Johnigk, Vorbemerkung, S. 18; Kleine-Cosack, Allgemeiner Teil II B, Rn. 17; König, S. 24f.; von Schweinitz, S. 51f.

⁴⁵ Chemnitz / Johnigk, Vorbemerkung, S. 19; König, S. 23f.

⁴⁶ Kleine-Cosack, Einführung II A, Rn. 4ff.

⁴⁷ BVerfGE 41, 378 (379); BVerfGE 75, 246 (275); BVerfG, NJW 2002, 1190ff.

⁴⁸ EuGH, AnwBl. 1997, 114ff.

⁴⁹ Kleine-Cosack, Einführung II A, Rn. 6, 15ff.

2.1.3. Geschäftsmäßige Rechtsbesorgung

Das RBerG untersagte Nicht-Anwälten generell, geschäftsmäßig die Rechtsbesorgung fremder Angelegenheiten anzubieten. Die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten war grundsätzlich erlaubnispflichtig. Nur Personen, die vom Erlaubniserfordernis durch das RBerG freigestellt waren (Art. 1 §§ 2 - 3, 5 - 7 RBerG) oder Inhaber einer sachbereichsbezogenen Erlaubnis waren (Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 2 RBerG) sowie die in Art. 1 §§ 3 und 4 RBerG genannten Personengruppen, durften fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgen; damit war den Rechtsanwälten die Erledigung fremder Rechtsangelegenheiten vorbehalten⁵⁰.

Nach dem RBerG war lediglich ausschlaggebend, ob einer Rechtsbesorgung fremder Angelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen geschäftsmäßig nachgegangen wurde. Geschäftsmäßig war eine Tätigkeit dann, wenn der Handelnde beabsichtigte, sie in gleicher Art zu wiederholen und dadurch zu einem dauernden und wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen⁵¹. Erforderlich war eine selbständige Rechtsberatung oder -besorgung⁵². Selbständigkeit lag dann vor, wenn sowohl die Annahme des Auftrags als auch die Ausführung der Tätigkeit frei von Weisungen waren und in eigener Verantwortung ausgeübt wurden⁵³. Eine gelegentliche Beratung wurde noch nicht als geschäftsmäßig eingestuft: ein Gelegenheitsfall, z.B. ein Rechtsrat an einen Mitreisenden oder eine gerichtliche Geltendmachung einer Forderung aus freundschaftlichen Gründen⁵⁴. Nach dem RBerG waren Familienangehörige – etwa die Tochter, die wiederholt ihren Vater in dessen Mietstreitigkeiten als Vermieter mehrerer Wohnungen vor Gericht vertritt – wegen Verstoßes gegen das RBerG von der Vertretung vor Gericht ausgeschlossen⁵⁵. Alleine eine nahe verwandtschaftliche Bindung genügte nicht, die Rechtsbesorgung zu rechtfertigen⁵⁶. Eine angestellte Person handelte niemals geschäftsmäßig⁵⁷. Folglich waren alle angestellten Juristen, die im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses Rechtsberatung erteilen, nicht vom RBerG betroffen, Art. 1 § 6 RBerG⁵⁸.

⁵⁰ Kleine-Cosack, Allgemeiner Teil II B, Rn. 111ff.

⁵¹ BGH, NJW 2001, 756.

⁵² Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 103; Kleine-Cosack, Allgemeiner Teil II B, Rn. 123.

⁵³ Rennen / Caliebe, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 57.

⁵⁴ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 104; Rennen / Caliebe, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 62.

⁵⁵ Bundesministerium der Justiz, 30.03.2005, S. 3.

⁵⁶ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 84f., 106.

⁵⁷ BGH, NJW 1963, 441; BayObLG, NJW 1994, 2302; Rennen / Caliebe, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 57.

⁵⁸ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 1 RBerG Rn. 59f., 103; Kleine-Cosack, Art. 1 § 6 RBerG Rn. 1ff.

Ob die rechtliche Beratung entgeltlich oder unentgeltlich, haupt- oder nebenberuflich erfolgte, war unerheblich.

2.1.4. Erlaubnisfreie Annexberatung

Erlaubnisfrei war nach Art. 1 § 5 RBERG lediglich die Annexberatung, die in Zusammenhang mit Haupttätigkeiten nicht rechtsberatender Art erbracht werden konnte⁵⁹. Zweck der Regelung war es, Berufe von der Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBERG freizustellen, bei denen eine Ausübung nicht immer ohne Rechtsberatung oder Rechtsbesorgung möglich war⁶⁰. Bezweckt wurde nicht, das Betätigungsfeld der in Art. 1 § 5 RBERG aufgeführten Personen zu erweitern oder weitere Rechtsbesorgungsberufe zu schaffen⁶¹. Bei der Rechtsbesorgungstätigkeit mußte es sich um ein notwendiges Hilfsgeschäft handeln, das der Ausführung eines bestimmten Geschäfts einer in Art. 1 § 5 RBERG genannten Person diene⁶². Die Beratung mußte in Bereichen stattfinden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der eigentlichen Haupttätigkeit, z.B. Bauträger, Unternehmensberater, Insolvenzberater, Sanierungsberater, standen⁶³. Der unmittelbare Zusammenhang mußte zwischen der ausgeübten beruflichen Haupttätigkeit und der Erledigung von Rechtsangelegenheiten gegeben sein⁶⁴. Zudem mußte die Vornahme einer Rechtsbesorgung bzw. Rechtsberatung für die Haupttätigkeit notwendig sein⁶⁵. Soweit die notwendige Beratung nicht in Zusammenhang mit der Haupttätigkeit erfolgte, war sie nicht als Annexberatung im Sinne des Art. 1 § 5 RBERG zu behandeln. Lag das Hauptgeschäft nicht außerhalb des RBERG, sondern fiel es selbst bereits unter den Anwendungsbereich des RBERG, so war es verboten; für den Anwendungsbereich des Art. 1 § 5 RBERG war kein Raum mehr⁶⁶. Wirtschaftlich gesehen, mußte es sich um eine Nebentätigkeit – mit lediglich nebengeschäftlichem Charakter⁶⁷ – handeln, die den Zwecken des Hauptgeschäftes diene, wobei das Hauptgeschäft selbst außerhalb des RBERG liegen mußte und noch nicht abgeschlossen sein durfte, in dessen Rahmen nebenher rechtlicher Rat zu erteilen war⁶⁸. Zwischen Rechtsbesorgung bzw. –beratung und dem Hauptgeschäft war nach Art. 1 § 5 RBERG ein sachlicher Zusammenhang

⁵⁹ Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 1.

⁶⁰ Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 3f.

⁶¹ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 509.

⁶² Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 501.

⁶³ Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 24ff.

⁶⁴ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 513, 522ff.; Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 22, 64, 77.

⁶⁵ Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 4.

⁶⁶ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 517.

⁶⁷ BGHZ 48, 12 (24); BGHSt, NJW 1954, 1295; Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 515; Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 20.

⁶⁸ BGH, NJW 2001, 70; Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBERG Rn. 514.

erforderlich; dieser durfte nicht künstlich herbeigeführt werden⁶⁹. Der unmittelbare Zusammenhang mußte objektiv oder subjektiv notwendig sein⁷⁰. Hinsichtlich der objektiven Betrachtung war maßgeblich, ob eine sachgemäße Erledigung bei Verzicht auf die Rechtsbesorgung erfolgen konnte⁷¹. Die subjektive Betrachtung des Kunden konnte nicht völlig ausgeblendet werden, da sich Kundenerwartung und -interesse mit der Zeit dahingehend ändern konnte, daß das Hauptgeschäft nur noch zusammen mit der rechtlichen Annexleistung erbracht werden konnte und der Beauftragte nur so wettbewerbsfähig war⁷². Ein ausschließliches Abstellen auf die rein subjektive Erwartung des Kunden unter Ausblenden der objektiven Betrachtung durfte nicht erfolgen⁷³.

Nach dem bislang geltenden RBerG war es Volljuristen, die dieselbe umfassende juristische Ausbildung wie ein Rechtsanwalt durchlaufen hatten, nicht erlaubt, ohne Zusammenhang im Sinne des Art. 1 § 5 RBerG mit einem anderen Hauptgeschäft rechtsberatend oder rechtsbesorgend tätig zu sein. Dies war lediglich dem Rechtsanwalt insbesondere wegen seiner Verschwiegenheitsverpflichtung, seiner Haftpflichtversicherung und dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen vorbehalten⁷⁴. Durch das Rechtsberatungsgesetz wurde die Rechtsanwaltschaft im Rechtsberatungsbereich umfassend privilegiert⁷⁵. Das „Anwaltsmonopol“ war stets umstritten und geriet immer mehr unter Druck – in die konkrete Diskussion geriet damit auch beim 65. Deutschen Juristentag 2004 die Frage und auch Empfehlung der Notwendigkeit einer Reform des Rechtsberatungsgesetzes⁷⁶.

2.2. Rechtsdienstleistungsgesetz

Das Rechtsberatungsgesetz wurde aufgehoben und durch das „Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“, das sog. Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), vollständig ersetzt. Die endgültige Fassung des RDG wurde am 12.12.2007 vom Bundestag beschlossen⁷⁷. Das RDG trat am 1.7.2008 in Kraft.

Inhaltlich wie strukturell fand eine Umgestaltung statt. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit des RBerG ist abgeschafft; nun wird zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher

⁶⁹ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBerG Rn. 518, 521.

⁷⁰ Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBerG Rn. 522ff.

⁷¹ Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBerG Rn. 22, 64.

⁷² Kleine-Cosack, Art. 1 § 5 RBerG Rn. 23.

⁷³ BGH, AnwBl. 1994, 571ff.; Chemnitz / Johnigk, Art. 1 § 5 RBerG Rn. 525.

⁷⁴ Dombek, BRAK-Mitt. 2001, 98 (102).

⁷⁵ Busse, S. 273.

⁷⁶ Busse, S.604.

⁷⁷ Bundesgesetzblatt 2007 Teil I Nr. 63, 17.12.2007.

Rechtsdienstleistung differenziert⁷⁸. Gemäß § 6 RDG sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, „die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen (unentgeltliche Rechtsdienstleistungen)“. Eine umfassende juristische Beratung bleibt weiterhin den Rechtsanwälten vorbehalten⁷⁹. Das RDG regelt die Rechtsdienstleistung im außergerichtlichen Bereich.

2.2.1. Motivation des Gesetzgebers zum Erlaß des Rechtsdienstleistungsgesetzes

Das Ziel des RDG ist es, den Markt der Rechtsberatung zu öffnen.

Unter anderem geht die Bundesregierung, wie oben bereits erwähnt, von einem „historisch belasteten Rechtsberatungsgesetz“⁸⁰ von 1935 aus, welches mit Einführung des Rechtsdienstleistungsgesetzes nicht mehr weiter besteht. An anderer Stelle der Begründung verweist die Bundesregierung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der „die Vorschriften des geltenden Rechtsberatungsgesetzes ausdrücklich für vereinbar mit dem europäischen Recht gehalten“ hat⁸¹.

Aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie des Bundesverfassungsgerichtes, die das RBerG als europarechts- bzw. verfassungskonform beurteilt haben, hätte es keiner ausgedehnten Erweiterung des Kreises derjenigen bedurft, die neben Rechtsanwälten Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen, wie nun durch das RDG vorgesehen ist. Der Verweis auf die Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen kann nicht auf das gesamte RDG bezogen werden, da nicht alle Regelungen des RDG von der Zielsetzung dieser Richtlinie gedeckt sind.

2.2.2. Zweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes

Das RDG hat insbesondere verbraucherschützenden Charakter, nämlich den Schutz der „Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen“, § 1 Abs. 1 S. 2 RDG. Das RDG soll zudem zu einer Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements beitragen⁸². Ob jedoch alleine durch die Schaffung eines Gesetzes, das die Erbringung unentgeltlicher Rechtsdienstleistungen erlaubt,

⁷⁸ BT-Drs. 16/3655, S. 48, A. I: am 30.1.2006 legte die Bundesregierung einen Entwurf zum RDG vor, www.bmj.bund.de/files/-/1306/RegE%20Rechtsdienstleistungsgesetz.pdf (Zugriff am 11.01.2007).

⁷⁹ BT-Drs. 16/3655, S. 47, A. I.

⁸⁰ BT-Drs. 16/3655, S. 1.

⁸¹ BT-Drs. 16/3655, S. 51.

⁸² BT-Drs. 16/3655, S. 1, 58.

die Bürger dazu veranlassen werden, sich in dieser Hinsicht zu engagieren, ist eher zweifelhaft – die weitere Entwicklung ist noch abzuwarten.

2.2.3. Begriff der Rechtsdienstleistung

In seiner Anwendung bezieht sich das RDG auf die „Rechtsdienstleistung“. Nach § 2 Abs. 1 RDG ist eine Rechtsdienstleistung „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“ Liegt ein konkreter Sachverhalt vor, so ist ein bestimmter Einzelfall gegeben, der rechtlich geprüft wird, und es wird nicht lediglich ein allgemeiner Rechtsrat erteilt.

Gemäß § 2 Abs. 3 RDG werden nicht als Rechtsdienstleistung gewertet: die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten (Nr. 1), die Tätigkeit von Einigungs- und Schiedsstellen, Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern (Nr. 2), die Erörterung der die Beschäftigten berührenden Rechtsfragen mit ihren gewählten Interessenvertretungen, soweit ein Zusammenhang zu den Aufgaben dieser Vertretungen besteht (Nr. 3), die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift (Nr. 4), an die Allgemeinheit gerichtete Darstellungen und Erörterungen von Rechtsfragen und Rechtsfällen in den Medien (Nr. 5), die Erledigung von Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen (Nr. 6).

2.2.4. Begriff der Nebenleistung

Rechtsdienstleistungen von Nicht-Rechtsanwälten sind in Zusammenhang mit der Haupttätigkeit erlaubt, „wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören“, so § 5 Abs. 1 RDG. Der Leistungserbringer, der Interesse daran hat, Rechtsdienstleistung anzubieten, wird den Freiraum zu nutzen versuchen und seine Tätigkeit derart definieren, daß er die Rechtsdienstleistung als zu seinem Tätigkeitsbild gehörend betrachtet und darstellt; andererseits unterliegt ein Berufsbild dem Wandel der Zeit, das sich hin zu einer Ausweitung in die rechtliche Beratung ändern kann⁸³. Solange sich eine generelle Ausdehnung des Begriffs der rechtlichen Beratung nicht verfestigt hat, kann der Leistungserbringer eine Leistung, die nicht Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist, selbst als Nebenleistung interpretieren und damit als zu seiner Pflichterfüllung zugehörig darstellen. Die Formulierung der Vorschrift des § 5 Abs. 1 RDG ermöglicht eine weitreichende Ausdehnung des Begriffs der Nebenleistung, der zunächst nur durch die Kreativität des

⁸³ Römermann, NJW 2006, 3025 (3028).

Leistungserbringers Grenzen gesetzt sind. Gerade durch eine geschickte Formulierung vertraglicher Pflichten kann der Leistungserbringer Nebentätigkeiten als mit der Hauptleistung zusammenhängend formulieren. Denn an ihm liegt es, wie geschickt er seine zu erbringende Leistung als Nebenleistung seiner Haupttätigkeit anbietet. Die konkrete Ausgestaltung eines Berufs- oder Tätigkeitsbildes kann vom Rechtsdienstleistenden zunächst dahingehend ausgelegt werden, daß die Rechtsdienstleistung vom Bild mit umfaßt ist. Die Regelung des § 5 Abs. 1 RDG wird allerdings seitens der Gerichte eine Eingrenzung und Konkretisierung erfahren.

2.2.5. Unentgeltliche Rechtsdienstleistung

Nach § 6 Abs. 1 RDG sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, „die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen (unentgeltliche Rechtsdienstleistungen)“. Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen im Rahmen familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlicher enger persönlicher Beziehungen (§ 6 Abs. 2 RDG) im außergerichtlichen Bereich sind erlaubt. In diesem Rahmen ist keine Nebenleistung in Verbindung mit einer Haupttätigkeit erforderlich, sondern eine selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen ist zulässig. Diese Regelung der unentgeltlichen Rechtsdienstleistung ist zu begrüßen, da sie all denen Rechnung trägt, die nahen Angehörigen rechtsberatend zur Seite stehen, aber bisher ein Ordnungswidrigkeits-Verfahren⁸⁴ zu fürchten hatten.

2.2.6. Rechtsdienstleistung in Zusammenarbeit mit einem Volljuristen

Ist eine Rechtsdienstleistung eine nicht mehr erlaubte Nebenleistung, läuft sie dem RDG grundsätzlich entgegen. Eine unentgeltliche Rechtsdienstleistung, die außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen liegt, kann dennoch erbracht werden, wenn sichergestellt ist, daß dies „durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt“, § 6 Abs. 2 S. 1 RDG. Damit eröffnet sich für nicht-anwaltliche Volljuristen die Möglichkeit, Rechtsberatung zu erteilen bzw. dazu anzuleiten. Aufgrund der Juristenschwemme und sinkender Vergütungen werden auch Rechtsanwälte für solch eine Zusammenarbeit nach § 6 Abs. 2 S. 1 RDG zur Verfügung stehen.

⁸⁴ BGHZ 148, 313.

In dieser Konstellation ist der Verbraucherschutz gewährleistet, da die Rechtsdienstleistung von einem Volljuristen bearbeitet bzw. angeleitet wird. Jedoch ist die genaue Ausgestaltung der Beziehung zwischen Volljurist und Leistungserbringer nicht festgelegt.

Wird die Rechtsdienstleistung durch einen Volljuristen erbracht, so ist sichergestellt, daß die rechtliche Prüfung für den Ratsuchenden durch eine rechtlich qualifizierte Person durchgeführt wird. Damit ist dem Verbraucherschutz Rechnung getragen.

Erfolgt die Erbringung der Rechtsdienstleistung nicht ausschließlich durch Volljuristen, sondern in Zusammenarbeit mit Nicht-Juristen, besteht bei der Befragung der Kunden durch den Nicht-Juristen die Gefahr, daß Informationen vom rechtsuchenden Kunden als unerheblich und nicht relevant eingestuft und damit nicht registriert werden. Der bearbeitende Volljurist erhält vom Dienstleister somit lediglich unvollständige Angaben zur juristischen Bearbeitung und kommt möglicherweise zu einem anderen Ergebnis, als hätten ihm vollständige Informationen zur Verfügung gestanden. Zwar kann der Volljurist im Laufe der Bearbeitung weitere Informationen beim Kunden einzuholen, jedoch besteht die Gefahr, daß aufgrund der ihm bereits vorliegenden Angaben gar kein Anlaß zu einer bestimmten Frage bzw. Klärung besteht.

Erfolgt die Erbringung der Rechtsdienstleistung lediglich unter Anleitung eines Volljuristen, so besteht die Gefahr, daß dem Ratsuchenden von den bearbeitenden Nicht-Juristen unvollständige bzw. falsche Informationen gegeben werden. § 6 Abs. 2 S. 2 RDG sieht zwar eine Einweisung und Fortbildung dieser Personen vor, jedoch können sich Nicht-Juristen nicht in kurzer Zeit umfassend juristischen Sachverstand aneignen. Selbst die Vorschrift, soweit es „im Einzelfall erforderlich ist“ (§ 6 Abs. 2 S. 2 RDG), den Volljuristen zur Mitwirkung hinzuzuziehen, mutet idealistisch an. Ein Nicht-Jurist wird oft nicht erkennen können, daß tatsächlich das Erfordernis besteht, einen Volljuristen zur Mitwirkung der Rechtsdienstleistung heranzuziehen, da dem Nicht-Juristen zu dieser Beurteilung der juristische Hintergrund fehlt. In dieser Hinsicht bestehen weiterhin erhebliche Bedenken am verbraucherschützenden Charakter dieser Vorschrift des RDG.

2.2.7. Rechtsdienstleistung durch Vereinigungen und Genossenschaften

Nicht-anwaltliche Volljuristen können in Unternehmen, Verbänden und Vereinigungen tätig werden. Nach § 7 Abs. 2 RDG bedarf eine Berufs- und Interessenvereinigung sowie eine Genossenschaft bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen zumindest der Anleitung einer Person mit Befähigung zum Richteramt, die somit nicht zwingend ein Rechtsanwalt sein muß,

sondern auch ein nicht-anwaltlicher Volljurist sein kann. In der Begründung der Bundesregierung wird lediglich verlangt, einen ausreichenden Informationsfluß über neue Rechtsentwicklungen sicherzustellen, „eine unmittelbare Beaufsichtigung und engmaschige Kontrolle einzelner rechtsdienstleistender Tätigkeiten durch eine juristisch qualifizierte Person [...] [sei] nicht erforderlich“⁸⁵. Wie die juristische Anleitung ausgestaltet werden soll, wird nicht erläutert. Eine Einweisung des beratenden Nicht-Juristen in wesentliche Rechtsfragen soll ausreichen, typische Fallkonstellationen selbständig zu erfassen, da Rechtsdienstleistung durch Volljuristen nicht realisierbar sei⁸⁶. Um typische Fallkonstellationen erkennen zu können, ist jedoch eine fundierte juristische Ausbildung erforderlich und eine lediglich juristische Einweisung ungenügend. Aufgrund der Komplexität des Rechts und maßgeblicher juristischer Feinheiten, die oft nicht auf den ersten Blick zu erkennen sind, entstehen durch eine Beratung durch juristisch nicht qualifizierte Personen, die lediglich angeleitet werden, Gefahren falscher rechtlicher Beratung, die durch diese Regelung bewusst in Kauf genommen werden. Der Verbraucherschützende Charakter dieser Regelung ist damit kaum erkennbar.

2.2.8. Haftpflichtversicherung und Ordnungswidrigkeiten

Das Rechtsdienstleistungsgesetz sieht nun unter § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG bei Rechtsdienstleistungen durch registrierte Personen (§ 10 Abs. 1 HS 1 RDG) die Rechtsdienstleistungen erbringen wollen, als Voraussetzung unter anderem einen Abschluß einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung vor⁸⁷. Durch das zwingende Erfordernis des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme in Höhe von EUR 250.000,00 für jeden Versicherungsfall wird der Verbraucherschützende Charakter zum Ausdruck gebracht und zudem der Leistungserbringer geschützt.

Mit § 20 RDG ist nun auch eine Bußgeldvorschrift eingeführt worden⁸⁸. § 20 RDG greift dann, wenn die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 RDG genannten Vorschriften des RDG nicht eingehalten werden. Ordnungswidrig handelt, wer ohne die nach § 10 Abs. 1 RDG

⁸⁵ BT-Drs. 16/3655, S. 126, Zu § 7 Abs. 2.

⁸⁶ BT-Drs. 16/3655, S. 126, Zu § 7 Abs. 2; S. 122, Zu § 6 Abs. 2.

⁸⁷ im Entwurf der Bundesregierung war die Versicherungspflicht noch nicht vorgesehen und wurde als unverhältnismäßig abgelehnt, unter anderem mit der Begründung, daß solche Versicherungsmodelle seitens der Versicherungen nicht angeboten würden, BT-Drs. 16/3655, S. 123, Zu § 6 Abs. 2.

⁸⁸ seitens der Regierung hieß es bislang lapidar: „Die Sicherung des Verbraucherschutzes erfordert keinen Bußgeldtatbestand“, BT-Drs. 16/3655, S. 88; der Bundesrat dagegen sah in seinem Änderungsvorschlag bereits als § 20 RDG einen Bußgeldtatbestand vor; BRAK, Kammerinfo Nr. 20/2006.

erforderliche Registrierung eine dort genannte Rechtsdienstleistung erbringt (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 RDG). Handelt der Leistungserbringer einer vollziehbaren Anordnung nach § 9 Abs. 1 RDG oder § 15 Abs. 5 RDG zuwider, handelt er ordnungswidrig nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 RDG. Wer entgegen § 11 Abs. 4 RDG eine dort genannte Berufsbezeichnung oder Bezeichnung führt, handelt nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 RDG ordnungswidrig. Mit einem Bußgeld ist beispielsweise zu rechnen bei unberechtigter Führung der Berufsbezeichnungen, die den Begriff „Inkasso“ und „Rentenberater“ beinhalten (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 RDG). Mit Einführung der Bußgeldvorschriften können nun Ordnungswidrigkeiten des § 20 Abs. 1 RDG nach § 20 Abs. 2 RDG mit einer Geldbuße mit bis zu fünftausend Euro geahndet werden. Damit wird der Verbraucherschützer Charakter des RDG bekräftigt, und die Leistungserbringer werden zu sorgfältigem Tätigwerden bei der Erbringung von Rechtsdienstleistung angehalten.

2.2.9. Möglichkeiten der Rechtsdienstleistung durch nicht-anwaltliche Volljuristen

Das RDG ermöglicht keine umfassende Rechtsdienstleistung unterhalb der Rechtsanwaltschaft. Beabsichtigt ein Volljurist, eigenständig entgeltlich und umfassend im Einzelfall rechtsberatend tätig zu sein, muß er sich weiterhin zur Anwaltschaft zulassen. Als Rechtsanwalt ist er an die anwaltlichen Pflichten gebunden.

Soweit Volljuristen nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind, wird ihnen keine weitergehende eigenständige Rechtsdienstleistung als im Rahmen von unentgeltlicher Tätigkeit, persönlicher Verbundenheit oder als Nebenleistung zugestanden. Im Rahmen enger persönlicher Beziehungen ermöglicht das RDG eine gerichtliche Vertretung: § 79 ZPO wurde entsprechend geändert⁸⁹. In einem Parteiprozess ist es den Parteien erlaubt, sich durch vertretungsberechtigte Personen vertreten zu lassen, § 79 Abs. 2 ZPO. Als vertretungsbefugte Bevollmächtigte gemäß § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO werden „volljährige Familienangehörige [...], Personen mit Befähigung zum Richteramt und Streitgenossen, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeiten steht“, genannt. Soweit ein Volljurist nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, hat er die Möglichkeit, im Parteiprozess unter den Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO als Bevollmächtigter aufzutreten, jedoch besteht für ihn - wie für andere Nicht-Anwälte - nicht die Möglichkeit, im Anwaltsprozess, aufzutreten.

Der Begründung der Bundesregierung zum RDG ist zu entnehmen, daß „die Belange des Verbraucherschutzes [...] auch der Einführung eines Rechtsdienstleistungsberufs unterhalb

⁸⁹ BT-Drs. 16/3655, S. 25, 192.

der Rechtsanwaltschaft entgegen⁹⁰ stehen. Für den Volljuristen ist demnach die formale anwaltliche Zulassung mit den damit verbundenen anwaltlichen Rechten und Pflichten erforderlich, wenn er umfassend Rechtsdienstleistungen erbringen will, selbst wenn er für den Verbraucher eine geringere Gefahr darstellt als ein Nicht-Jurist, der Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen erbringt.

§ 5 Abs. 1 S. 1 RDG sieht die Möglichkeit einer juristisch beratenden Nebenleistung nur in Verbindung mit einer anderen Haupttätigkeit, die allgemein keine rechtliche Dienstleistung darstellt, vor. Rechtsdienstleistungen für Kunden des Unternehmens als Nebenleistung in Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Syndikus fallen nicht unter § 5 RDG. Die Haupttätigkeit des Syndikus ist gerade die rechtliche Beratung: die juristisch beratende Tätigkeit des Syndikus erfolgt innerhalb des Unternehmens. Gemäß § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ZPO besteht die Möglichkeit, daß „Beschäftigte der Partei oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens (§ 25 Aktiengesetz)“ als vertretungsbefugte Bevollmächtigte im Rahmen eines Parteiprozesses auftreten. Folglich ist es einem Syndikus erlaubt, als Bevollmächtigter vor Gericht aufzutreten. Ist jedoch der Syndikus zugleich zur Anwaltschaft zugelassen, untersagt § 46 Abs. 1 BRAO dem Rechtsanwalt „für seinen Auftraggeber, dem er aufgrund eines ständigen, Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft zur Verfügung stellen muß, vor Gerichten oder Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig [zu] werden“; hier ist nach wie vor ist die gerichtliche Vertretung von einem externen Rechtsanwalt wahrzunehmen.

Der in einer Verbraucherzentrale oder bei einem Verbraucherverband beschäftigte Volljurist ist zu einer Prozessvertretung befugt, nachdem im Zuge des Erlasses des Rechtsdienstleistungsgesetzes der § 79 ZPO dahingehend geändert wurde⁹¹. Gemäß § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO sind „Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs“ als Bevollmächtigte vertretungsbefugt.

Ist der Syndikus bei einer Berufs- oder Interessenvereinigung oder Genossenschaft beschäftigt, so ist es diesen Vereinigungen erlaubt, Rechtsdienstleistungen nach § 7 RDG zu erbringen. Die Voraussetzung des § 7 Abs. 2 RDG, daß die Anleitungen des Personals durch

⁹⁰ BT-Drs. 16/3655, S. 59.

⁹¹ BT-Drs. 16/3655, S. 25, 193.

eine Person mit Befähigung zum Richteramt erfolgen muss, wird gerade mit einem Syndikus, der als Volljurist mit beiden Juristischen Prüfungen ausgebildet ist, erfüllt.

Ebenfalls ist die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG sowie durch Verbände der freien Wohlfahrtspflege nach § 8 Abs. 1 Nr. 5 RDG erlaubt, soweit die Voraussetzung des § 8 Abs. 2 RDG erfüllt ist. § 8 Abs. 2 RDG setzt unter Verweis auf § 7 Abs. 2 RDG voraus, daß unter anderem die Anleitungen des Personals durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt erfolgen müssen. Werden die Anleitungen von einem Syndikus, der Volljurist ist, erteilt, sind die Voraussetzungen für erlaubtes Erbringen von Rechtsdienstleistungen in dieser Hinsicht erfüllt.

Ist der Volljurist im Rahmen einer nicht juristisch beratenden Tätigkeit in einem Unternehmen tätig, so kommt eine Nebenleistung im Sinne des § 5 RDG in Betracht. Die Rechtsdienstleistung als Nebenleistung richtet sich in diesem Fall nach außen an die Kunden des Unternehmens. Voraussetzung des § 5 RDG ist, daß ein Zusammenhang der Rechtsdienstleistung mit der anderen nicht juristisch beratenden Tätigkeit besteht. § 5 Abs. 2 Nr. 1 – 3 RDG nennt ausdrücklich die erlaubten Nebentätigkeiten als Rechtsdienstleistung, die in Zusammenhang mit folgenden Tätigkeiten erbracht werden: Testamentsvollstreckung (Nr. 1), Haus- und Wohnungsverwaltung (Nr. 2) sowie Fördermittelberatung (Nr. 3). Der Volljurist kann nur in diesen gesetzlich genannten Fällen Rechtsdienstleistungen erbringen. Es handelt sich bei § 5 Abs. 2 RDG um eine abschließende Aufzählung, es wird nicht formuliert, daß „insbesondere“ in diesen Fällen Rechtsdienstleistung erbracht werden darf.

Nach der Begründung der Bundesregierung ist Hintergrund der Regelungen des RDG der Verbraucherschutz; vor diesem Hintergrund wird entschieden, ob die Tätigkeit als Nebenleistung zulässig ist oder nicht, oder ob sie nur zusammen „mit einer Person erbracht werden darf, die diese Rechtsdienstleistung als Hauptleistung erbringen“⁹² darf. Wenn jedoch Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung von einem Volljuristen erbracht werden sollen, besteht keine Gefahr für die Verbraucher, da ein Volljurist mit seiner juristischen Ausbildung Rechtsdienstleistungen als Hauptleistung erbringen darf, wenn er sich formal zur Anwaltschaft zulässt. Aus Sicht des Verbraucherschutzes erscheint es nicht nachvollziehbar, daß ein Volljurist zwar als Anwalt zugelassen werden kann, ihm aber die Rechtsdienstleistung als Nebenleistung – für die keinerlei juristischer Abschluß gefordert wird – untersagt ist,

⁹² BT-Drs. 16/3655, S. 106f.

soweit sie über die in § 5 Abs. 2 RDG genannten Fälle hinausgeht. Im Gegensatz zu zugelassenen Rechtsanwälten, die die berufsrechtlichen Pflichten einzuhalten haben, unterliegen die Volljuristen den anwaltlichen berufsrechtlichen Regelungen nicht. Würde ihnen das RDG die Möglichkeit eröffnen, unbeschränkt Rechtsdienstleistungen erbringen zu dürfen, ohne daß sie zuvor zur Anwaltschaft zugelassen wurden, so würden jedoch die anwaltlichen Berufspflichten umgangen und damit ausgehebelt.

Ist ein Volljurist in einer Kanzlei tätig, ohne als Anwalt zugelassen zu sein, ändert das RDG nichts an der Ausgestaltung seines Beschäftigungsverhältnisses. Eigenständige Rechtsdienstleistungen anzubieten, ist bereits deswegen ausgeschlossen, da der Volljurist bei Ausübung seiner Haupttätigkeit in der Kanzlei gerade Rechtsberatung erbringt. Beabsichtigt der Volljurist, selbst rechtsberatend tätig sein, muss er als Rechtsanwalt zugelassen sein.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß ein Volljurist lediglich im Rahmen eines Verbandes oder einer Vereinigung bzw. als Nebentätigkeit im Sinne des § 5 RDG Rechtsdienstleistung erbringen darf. Zudem ist es dem Volljuristen nach § 6 Abs. 2 RDG erlaubt, im Rahmen familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlicher enger persönlicher Beziehungen unentgeltlich Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Geht die Rechtsberatung jedoch darüber hinaus, so ist dem Volljuristen ein weiteres Erbringen von Rechtsdienstleistungen untersagt.

Diesem Ergebnis des RDG, daß Nicht-Anwälte, auch wenn sie Volljuristen sind, Rechtsdienstleistungen eigenständig nicht erbringen dürfen, ist zuzustimmen. Mit einer Einführung eines eigenständig rechtsberatenden Standes unterhalb der Rechtsanwälte würden die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte hinsichtlich der Mandanten und Mandantenschutzes, der Mandatsbearbeitung und der Rechtspflege insgesamt in Frage gestellt werden. Selbständig rechtsberatend tätige Diplom- und Wirtschaftsjuristen wären als Nicht-Anwälte nicht an das anwaltliche Berufsrecht, wie z. B. die Verschwiegenheitspflicht oder das Verbot widerstreitender Interessen, gebunden, was aber den Verbraucherschützenden Charakter eines RDG in Frage stellen würde. Zudem würde es keinen Sinn mehr machen, als Diplom-Jurist mit bestandener Erster Juristischer Prüfung den juristischen Vorbereitungsdienst zu durchlaufen und die Zweite Juristische Staatsprüfung auf sich zu nehmen, wenn die Möglichkeit eröffnet wäre, bereits als Diplom-Jurist Rechtsberatung

erbringen zu können. Auch vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, die selbständige Rechtsdienstleistung durch Nicht-Anwälte nicht freizugeben.

2.2.10. Wertungswidersprüche des RDG zum anwaltlichen Berufsrecht

Insgesamt schreibt die Bundesregierung dem RDG verbraucherschützenden Charakter zu⁹³ und lehnt unter Verweis darauf eine Einführung eines Rechtsdienstleistungsberufes unterhalb der Anwaltschaft ab⁹⁴. Zudem solle eine Ausweitung anwaltlicher Berufspflichten auf andere Berufe nicht erfolgen und eine Erosion dieser Berufspflichten verhindert werden⁹⁵.

Durch das RDG werden anwaltliche Berufspflichten nicht beeinträchtigt. Diese sind vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes zu sehen, wie auch das RDG. Jedoch zeigen sich beim Vergleich des RDG und des anwaltlichen Berufsrechts Wertungswidersprüche.

2.2.10.1. Ausscheiden der einzig qualifizierten Person

Bei dem Ausscheiden der einzig qualifizierten Person aus einer Organisation soll nach § 14 Nr. 4 RDG ein Widerruf der Registrierung der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit erst erfolgen, wenn nach sechs Monaten noch keine neue qualifizierte Person benannt wird. Ein vergleichbarer Fall ist denkbar, wenn ein Einzelanwalt als qualifizierte Person nicht mehr in seiner Kanzlei tätig ist. Das anwaltliche Berufsrecht sieht jedoch keine Regelung vor, daß eine Kanzlei über einen Zeitraum von sechs Monaten ohne einen Rechtsanwalt betrieben werden kann. Ein Weiterführen der Kanzlei durch das Büropersonal beim Ruhestand des Einzelanwalts müßte vor dem Hintergrund des § 14 Nr. 14 RDG beim Ausscheiden der einzig qualifizierten Person entsprechend als möglich erachtet werden, zumal das Büropersonal, wie beispielsweise eine Rechtsanwaltsfachangestellte, bei einem Anwalt ausgebildet wurde und im Vergleich zu Mitarbeitern anderen Organisationen somit aufgrund ihrer Sachkunde eine kleinere Gefahr für Verbraucher darstellt⁹⁶. Diese unterschiedliche Behandlung ähnlicher Konstellationen hinsichtlich der maßgeblichen ausscheidenden Person ist nicht nachvollziehbar. Eine Regelung, die eine gleiche Behandlung gewährleisten würde, wäre wünschenswert; entweder daß die vorgesehene Vorschrift des RDG mit dem sechsmonatigen Unterlassen des Widerrufs der Registrierung außer Kraft tritt oder in dem vergleichbaren Fall des Ausscheidens des einzigen Rechtsanwalts aus der

⁹³ BT-Drs. 16/3655, S. 58.

⁹⁴ BT-Drs. 16/3655, S. 59f.

⁹⁵ BT-Drs. 16/3655, S. 60.

⁹⁶ Römermann, NJW 2006, 3025 (3031).

Kanzlei eine entsprechende Regelung getroffen wird, daß die Kanzlei noch sechs Monate weiter bestehen kann. Ansonsten liegt ein Widerspruch dahingehend vor, daß einer Kanzlei, die der Einhaltung anwaltlichen Berufsrechts nachkommt, weniger Verbraucherschutz zugesagt wird als einer Organisation, der nur über die qualifizierte Person die Registrierung und Erbringung von Rechtsdienstleistung ermöglicht wurde. Die Sechsmonatsregelung des Widerrufs der Registrierung läuft damit dem Ziel des Verbraucherschutzes entgegen.

2.2.10.2. Untersagung von Rechtsdienstleistungen

Eine Untersagung von Rechtsdienstleistungen ist nach § 9 Abs. 1 RDG vorgesehen, wenn „dauerhaft unqualifizierte[r] Rechtsdienstleistungen zum Nachteil der Rechtsuchenden oder des Rechtsverkehrs“ dies rechtfertigen und Tatsachen diese Annahme begründen. Hiervon wird insbesondere dann ausgegangen, wenn „erhebliche Verstöße gegen die Pflichten nach § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 oder § 8 Abs. 2 vorliegen“. Als relevant für eine Untersagung nach § 9 Abs. 1 RDG wird die Erbringung von unentgeltlichen Rechtsdienstleistungen außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen erachtet, wenn nicht sichergestellt ist, daß die Rechtsdienstleistung durch eine Person mit der Befähigung zum Richteramt oder unter deren Anleitung erfolgt. Die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Berufs- und Interessenvereinigungen und Genossenschaften sowie von öffentlichen und öffentlich anerkannten Stellen erfordert unter anderem, daß die Rechtsdienstleistung durch eine Person mit der Befähigung zum Richteramt oder unter deren Anleitung erfolgt; liegt ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 RDG bzw. § 8 Abs. 2 RDG vor, ist dies hinsichtlich der Untersagung von Rechtsdienstleistung (§ 9 RDG) relevant. Für eine solche Untersagung bestehen relativ hohe Hürden, so daß von der eigentlichen Motivation zum Erlaß eines Rechtsdienstleistungsgesetzes, nämlich dem Verbraucherschutz, wenig zu erkennen ist. Es ist davon auszugehen, daß nach dem RDG relativ selten von einer Untersagung nach § 9 RDG Gebrauch gemacht werden wird, und zunächst nicht wenige Anbieter unqualifizierte Rechtsdienstleistungen anbieten, die dann lediglich der Marktregulierung unterworfen sein werden.

Das anwaltliche Berufsrecht dagegen schreibt die Ahndung von Pflichtverletzungen eines Anwalts vor (§§ 113 ff. BRAO) und sieht in § 114 Abs. 1 BRAO einen gestuften Katalog anwaltsgerichtlicher Maßnahmen vor, die von der Warnung bis zur Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft reichen. Auch hier ist nicht nachvollziehbar, weshalb mit dem Argument des Verbraucherschutzes Nicht-Anwälten trotz Nachteile für Rechtssuchende durch das RDG

kaum Sanktionen drohen und im Gegensatz dazu höher qualifizierten Rechtsanwälten, die regelmäßig aufgrund ihrer juristischen Ausbildung eine geringere Gefahr für die Verbraucher darstellen, mit schwerwiegenden Folgen zu rechnen haben.

2.2.10.3. Inkassodienstleistungen und geordnete Vermögensverhältnisse

Das RDG sieht vor, im Bereich von Inkassodienstleistungen Rechtsberatung erbringen zu können. § 2 Abs. 2 RDG definiert Inkassodienstleistung: „Rechtsdienstleistung ist [...] die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird“. Bei Anbietern von Inkassodienstleistungen „soll“ nach § 10 Abs. 3 S. 2 RDG eine Registrierung im Rechtsdienstleistungsregister unter der Auflage, „fremde Gelder unverzüglich an eine empfangsberechtigte Person weiterzuleiten oder auf ein gesondertes Konto einzuzahlen“, erfolgen. Es handelt sich lediglich um eine Soll-Vorschrift. Die Begründung der Bundesregierung führte hierzu an, daß es sich für Inkassodienstleister, die laufend mit fremden Geldern umgehen, von selbst verstehe, mit dem Fremdgeld ordnungsgemäß und gewissenhaft umzugehen⁹⁷. Diese Argumentation ist realitätsfern, da nach dieser Auffassung kaum Auflagen oder andere Regelungen vorzunehmen wären, wenn sich ohnehin jeder korrekt verhält.

Hinsichtlich fremder Gelder ist der Rechtsanwalt nach § 43 a Abs. 5 BRAO, § 4 BORA verpflichtet, diese unverzüglich weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen. Im Vergleich zum RDG handelt es sich im anwaltlichen Berufsrecht nicht lediglich um eine Sollvorschrift, sondern um eine zwingende Regelung. Diese unterschiedliche Wertung ist nicht nachvollziehbar, da es sich einerseits für Rechtsanwälte ebenfalls von selbst versteht, mit Fremdgeldern verantwortungsbewusst umzugehen, und andererseits Rechtsanwälte weniger oft als Inkassounternehmer mit Fremdgeldern umgehen. Eine erhöhte Gefährdung bei Rechtsanwälten liegt demnach nicht vor und kann somit die vergleichsweise harte Regelung nicht rechtfertigen.

Ein Wertungswiderspruch zum anwaltlichen Berufsrecht ergibt sich aus der wenig restriktiven Vorschrift des § 12 Abs. 2 S. 1 RDG, wonach ungeordnete Vermögensverhältnisse von registrierten Personen in der Regel erst dann vorliegen, wenn über das Vermögen das

⁹⁷ BT-Drs. 16/3655, S. 140, Zu § 10 Abs. 3.

Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Nach § 12 Abs. 2 S. 2 RDG liegen ungeordnete Vermögensverhältnisse unter anderem dann nicht vor, wenn Vermögensinteressen der Rechtssuchenden „nicht konkret gefährdet sind“. Der Verbraucherschützende Charakter dieser Vorschrift ist nicht erkennbar, da es für Betroffene regelmäßig zu spät ist, wenn eine konkrete Gefährdung vorliegt.

Nach anwaltlichem Berufsrecht ist die Zulassung zur Anwaltschaft nach § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zu widerrufen, „wenn der Rechtsanwalt in Vermögensverfall geraten ist, es sei denn, daß dadurch die Interessen der Rechtssuchenden nicht gefährdet sind“. Diese Formulierung stellt nicht auf eine konkrete Gefährdung, wie in § 12 Abs. 2 S. 2 RDG, ab, sondern bereits auf eine abstrakte Gefährdung, die kaum ganz ausgeschlossen werden kann⁹⁸.

Hinsichtlich der Schwelle, wann von ungeordneten Vermögensverhältnissen ausgegangen wird, liegen keine gleichen Maßstäbe in Bezug auf registrierte Personen nach RDG einerseits und in Bezug auf Rechtsanwälte nach BRAO andererseits vor. Es ist nicht begreiflich, weshalb einem Nicht-Anwalt eher zugebilligt wird, ordnungsgemäß und gewissenhaft mit Fremdgeld umgehen zu können als ein Rechtsanwalt, und beim Rechtsanwalt bereits eine abstrakte Gefährdung von Vermögensinteressen ausreicht, um ein berufsaufsichtliches Verfahren einzuleiten.

Aufgrund der bestehenden Wertungswidersprüche ist über eine Reform des anwaltlichen Berufsrechts nachzudenken, damit Rechtsanwälte künftig konkurrenzfähig bleiben können. Bis dahin bleibt Rechtsanwälten lediglich die Möglichkeit, verstärkt auf ihre Qualifikation und damit verbundene Qualität der Rechtsberatung sowie auf ihre Pflicht der anwaltlichen Verschwiegenheit und die abgeschlossene Haftpflichtversicherung hinzuweisen.

2.2.11. Richtlinie 2005/36/EG und Rechtsdienstleistungsgesetz

Mit dem RDG wird die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen umgesetzt.

2.2.11.1. Vorgaben der Richtlinie 2005/36/EG

Die Richtlinie 2005/36/EG soll der Erleichterung des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten dienen. Titel 1, Artikel 1 dieser Richtlinie legt den Gegenstand der Richtlinie fest, nach dem „ein Mitgliedstaat, der den

⁹⁸ Römermann, NJW 2006, 3025 (3031).

Zugang zu einem reglementierten Beruf oder dessen Ausübung in seinem Hoheitsgebiet an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen knüpft [...], für den Zugang zu diesem Beruf und dessen Ausübung die in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten [...] erworbenen Berufsqualifikationen anerkennt, die ihren Inhaber berechtigen, dort denselben Beruf auszuüben“. Im Rahmen reglementierter Berufe, die an eine bestimmte Berufsqualifikation gebunden sind, besteht die Möglichkeit, eine Eignungsprüfung zur Beurteilung der beruflichen Kenntnisse des Antragstellers durchzuführen, wenn die Kenntnis eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Berufs im Aufnahmemitgliedstaat ist, Titel 1, Artikel 2, (2), (h) Richtlinie.

2.2.11.2. Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG durch das RDG

Übt eine Person einen Beruf nach § 10 Abs. 1 RDG (Rechtsdienstleistung aufgrund besonderer Sachkunde) oder einen vergleichbaren Beruf als in seinem Heimatstaat rechtmäßig niedergelassen aus, so ermöglicht § 15 RDG dieser Person aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, diesen Beruf in Deutschland vorübergehend und gelegentlich auszuüben. Insoweit erfolgt nach den Vorgaben der Richtlinie 2005/36/EG eine Anerkennung der Berufsqualifikation, die außerhalb Deutschlands erworben und ausgeübt wurde. Damit wird der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen Rechnung getragen und entsprechend in deutsches Recht umgesetzt.

Bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien wird dem nationalen Gesetzgeber ein gewisser Gestaltungsspielraum gelassen, der jedoch bei sehr detaillierten Richtlinien nur schmal ausfällt⁹⁹.

Die Regelungen über die weitgehende Öffnung der Rechtsberatung für Nicht-Anwälte bzw. Nicht-Volljuristen, machen den Großteil des RDG aus - diese sind nicht auf die Umsetzung dieser Richtlinie zurückzuführen. Es besteht der Anschein, als wurde die Richtlinie zum Anlaß genommen, durch das RDG im Bereich der Rechtsberatung großzügige Liberalisierungsmaßnahmen durchzuführen. Die Richtlinie wurde am 07.09.2005 erlassen, es lag jedoch bereits ein Jahr zuvor im September 2004 ein Diskussionsentwurf zum neuen Rechtsdienstleistungsgesetz vor, als noch nicht abschließend klar war, welche genauen europäischen Vorgaben durch eine Richtlinie umzusetzen sind.

⁹⁹ Herdegen, S. 169.

Die Richtlinie 2005/36/EG verweist zu Beginn unter Punkt (42) darauf hin, daß sie nicht die Anwendung der bisherigen Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.03.1997 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte oder der Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, berührt.

Die Richtlinie 77/249/EWG zielt darauf ab, daß ein Rechtsanwalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Herkunftsstaat seine Rechtsanwalts-tätigkeit ausüben kann und der Aufnahmestaat die Person als Rechtsanwalt anerkennt. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 77/249/EWG sieht vor, daß die Tätigkeit im Aufnahmestaat unter den Bedingungen ausgeübt wird, die für die niedergelassenen Anwälte dieses Mitgliedstaates gelten. Folglich sieht diese Richtlinie keine Änderung des anwaltlichen Berufsrechts vor und auch keine Änderung der Auffassung, welche Tätigkeiten den Rechtsanwälten vorbehalten bleiben und von anderen Personen ohne diese spezifische Qualifikation nicht ausgeübt werden dürfen.

Die Richtlinie 98/5/EG sieht unter Art. 6 Abs. 1 vor, daß ein Rechtsanwalt sowohl den Berufs- und Standesregeln seines Herkunftsstaates, als auch in all seinen Tätigkeiten im Aufnahmestaat den jeweiligen Berufs- und Standesregeln unterliegt. Es wird lediglich die Beachtung der jeweiligen Regeln verlangt, nicht aber eine Änderung des Berufsrechts und keine Liberalisierung für Personen, die nicht als Rechtsanwalt tätig sind.

Selbst die so genannte Dienstleistungsrichtlinie, Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, nimmt unter Art. 17 Nr. 4 anwaltliche Dienstleistungen aus dem Bereich der Dienstleistungsfreiheit heraus. Eine Liberalisierung der Tätigkeit der Rechtsanwälte muß auch nach der Dienstleistungsrichtlinie nicht erfolgen.

Aus den Richtlinien ergibt sich nicht die Aufforderung, die Rechtsberatung, die bisher fast ausschließlich den Rechtsanwälten vorbehalten war, für andere Berufsgruppen in weiten Teilen zu liberalisieren, indem das Tätigkeitsfeld und Begrifflichkeiten neu definiert, umstrukturiert und neu gestaltet werden.

2.2.12. Ausblick zum Rechtsdienstleistungsgesetz

Die Regelungen des RDG laufen dem Verbraucherschutz zum Teil entgegen und provozieren durch die damit eröffneten Möglichkeiten unqualifizierter Rechtsberatung Gefahren für die Verbraucher. Der Gesetzgeber wird dem selbst gesteckten Ziel, „die Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu

schützen“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 RDG), nicht gerecht. Unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes wurde mit dem Erlaß des RDG der Bereich derjenigen, die nunmehr Rechtsberatung erbringen dürfen, geöffnet. Gerade juristisch nicht qualifizierten Personen, die als Haupttätigkeit einer anderen als der juristisch beratenden Tätigkeit nachgehen, wird pauschal die Möglichkeit eröffnet, Rechtsdienstleistung als Nebenleistung anzubieten, § 5 RDG.

Die Rechtsanwälte sind durch die weitgehende Öffnung des Beratungsmarktes für Nicht-Anwälte nicht mehr nur der Konkurrenz in den eigenen Reihen ausgesetzt, sondern müssen im außergerichtlichen Bereich künftig auch mit Nicht-Anwälten konkurrieren. Die wirtschaftliche Situation nicht weniger Anwälte wird sich dadurch erheblich verschlechtern. Die Möglichkeit liegt nicht fern, daß eine Situation entsteht, wie sie sich im Laufe des ausgehenden 19. Jahrhunderts bis zum Erlaß des RBerG hin entwickelt hat. Damals stand es schlecht um die wirtschaftliche Lage der Anwälte; gerade in Ballungszentren nahm die Zahl der Rechtsanwälte enorm zu, wobei die Bevölkerungszahlen sich nicht entsprechend entwickelten und damit nur noch geringe Verdienstmöglichkeiten für Anwälte bestanden¹⁰⁰. Eine ähnliche Entwicklung lässt sich seit einigen Jahren beobachten: die Anwaltschaft wächst ungebremst weiter, die Bevölkerungszahlen nehmen ab, die Verdienstmöglichkeiten eines Rechtsanwalts haben sich verschlechtert.

Mit Erlaß des Rechtsdienstleistungsgesetzes wurden neue unscharfe Begrifflichkeiten in den Raum gestellt, wie z. B. des Erfordernisses einer besonderen rechtlichen Prüfung des Einzelfalls (§ 2 Abs. 1 RDG) oder der Nebenleistung (§ 5 Abs. 1 RDG), deren Umfang im RDG nicht geklärt ist – eine Klärung wird vor allem durch gerichtliche Entscheidungen im Einzelfall erfolgen.

Hinsichtlich des Verhältnisses von Rechtsanwälten und anderen Berufen in der Rechtspflege, insbesondere mit Blick auf den Verbraucherschutz des rechtsuchenden Publikums, sollte die zutreffende Ansicht von Ostler berücksichtigt werden: „wie es den Schulzwang nicht zur Ernährung von Schullehrern und den Anwaltszwang nicht zur Ernährung von Rechtsanwälten gab und gibt [...] sondern des rechtsuchenden Publikums wegen“¹⁰¹.

¹⁰⁰ von Schweinitz, S. 36, 46f.

¹⁰¹ Ostler, NJW 1987, 281 (283).

3. Mögliche Formen juristischer Mitarbeit

Als Rechtsanwalt juristische Mitarbeiter zu beschäftigen, war nicht schon immer zulässig. Bis in die 30er Jahre des letzten Jahrhunderts war dies „grundsätzlich unzulässig“¹⁰². Anwaltsvereine, Landesjustizverwaltungen und Rechtsprechung waren der überwiegenden Meinung, daß grundsätzlich keine juristischen Hilfsarbeiter bestellt werden dürfen¹⁰³. Es galt die Auffassung, daß der Rechtsanwalt alle juristischen Arbeiten persönlich zu erledigen hatte; nur so würde er dem persönlichen Vertrauen im Rahmen des Mandantsverhältnisses gerecht¹⁰⁴. Der Einsatz juristischer Hilfsarbeiter wurde als „unzulässiger Konkurrenzkampf gegen [seine] Kollegen, die auf ihre eigene Arbeitskraft angewiesen sind“¹⁰⁵ betrachtet. Allmählich löste sich das Verbot der Beschäftigung von juristischen Mitarbeitern auf, und in den 1960er Jahren wurde die Zulässigkeit einer solchen Beschäftigung als möglich erachtet¹⁰⁶. Inzwischen wird mit § 26 BORA sichergestellt, daß ein Rechtsanwalt Anwälte und andere juristische Mitarbeiter beschäftigen darf. Neben einer Beschäftigung bei einem Rechtsanwalt kommt auch eine Beschäftigung juristischer Mitarbeiter bei Nicht-Anwälten in Betracht.

Zur Zeit der Deutschen Demokratischen Republik hatte das Recht die Funktion, sich der Partei- und Staatsführung unter zu ordnen und der Verwirklichung der sozialistischen Gesellschaft zu dienen¹⁰⁷. Der Bedarf an Juristen war zudem aufgrund eines geringen individuellen Rechtsschutzes nicht groß: im Jahre 1990 waren von insgesamt ca. 10.000 Juristen in der DDR rund 800 als Rechtsanwälte tätig, die übrigen Juristen waren als Richter, Staatsanwälte und Justitiare beschäftigt¹⁰⁸. Die juristische Ausbildung in der DDR war politisch und ideologisch ausgerichtet¹⁰⁹, begann im ersten Semester mit einem rein politischen Einführungskurs, wurde jeweils Anfang September vom Ernteeinsatz aller Studenten begleitet und wurde mit dem Diplomverfahren abgeschlossen¹¹⁰. Daran schloß sich eine Assistenzzeit für künftige Richter an, für Rechtsanwälte, Staatsanwälte und Wirtschaftsjuristen war diese nicht vorgesehen¹¹¹. Inhaltlich waren unter anderem Lehrveranstaltungen zum Marxismus / Leninismus sowie zum Staatsrecht der UdSSR und

¹⁰² Biermann, AnwBl. 1929, 337 (338); a.A. Lion-Levy, AnwBl. 1930, 67ff.

¹⁰³ Biermann, AnwBl. 1929, 337 (338).

¹⁰⁴ Friese, AnwBl. 1985, 601 (603); Stern, S. 27.

¹⁰⁵ Biermann, AnwBl. 1929, 337.

¹⁰⁶ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 2 - 6; Knief, AnwBl. 1985, 58.

¹⁰⁷ Lührig, S. 62.

¹⁰⁸ Lührig, S. 62.

¹⁰⁹ Lührig, S. 62.

¹¹⁰ Liwinska, S. 165, 220 ff., 288: die dreijährige bzw. seit 1952 auf zwei Jahre verkürzte Referendarzeit wurde bereits im Jahre 1953 abgeschafft zu Gunsten eines einstufigen Studiums mit Diplomabschluß.

¹¹¹ Liwinska, S. 165.

anderer sozialistischer Staaten zu besuchen; neben Russisch als zwingend vorgeschriebener Fremdsprache stand eine weitere Fremdsprache sowie auch Sport auf dem Stundenplan¹¹². Ebenfalls ist zu erwähnen, dass eine obligatorische Ausbildung auf dem Gebiet der Zivilverteidigung für Studentinnen und Studenten, die bislang keinen aktiven Wehrdienst geleistet hatten, von einer Dauer von vier bis fünf Wochen erfolgte, wobei bei einer Nichtteilnahme die Exmatrikulation drohte¹¹³. Dieser Abschnitt des Studiums diente dazu, auch die Juristen in der DDR „zu funktionierenden, nicht aufbegehrenden Befehlsempfängern zu machen“¹¹⁴.

Im Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – vom 31. August 1990 beschlossen die Regierungen der BRD und der DDR, daß alle schulischen, beruflichen und akademischen Abschlüsse und Befähigungsnachweise aus der DDR weiter gelten, und die in der DDR verliehenen Titel und akademischen Grade ohne Prüfung weiter geführt werden dürfen (Art. 37 Abs. 1 Einigungsvertrag). Nach dem Vollzug der deutschen Einheit durften die Juristen mit Ausbildung in der DDR somit weiter praktizieren.

Im Laufe der Zeit haben sich verschiedene Formen der juristischen Mitarbeit herausgebildet. Im Folgenden sollen jedoch lediglich juristische Mitarbeiter, die einen juristischen Hochschulabschluß erworben haben, dargestellt werden.

3.1. Rechtsanwalt

Es wird nicht mehr als unzulässig angesehen, als angestellter Rechtsanwalt für eine andere Person tätig zu sein. Der Status des Rechtsanwalts lässt sowohl eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter als auch eine Tätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu¹¹⁵. § 26 Abs. 1 BORA macht deutlich, daß Rechtsanwälte bei anderen Rechtsanwälten als juristische Mitarbeiter beschäftigt werden dürfen.

3.2. Rechtsassessor

Als juristischer Mitarbeiter ist nicht nur ein Rechtsanwalt denkbar, der bereits förmlich zur Anwaltschaft zugelassen ist. § 26 Abs. 2 BORA spricht auch von anderen Mitarbeitern, die bei einem Rechtsanwalt tätig sind. Als andere nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

¹¹² Liwinska, S. 220 ff.

¹¹³ Liwinska, S. 217.

¹¹⁴ Liwinska, S. 218.

¹¹⁵ BSG, BB 1981, 1581.

kommen Rechtsassessoren, auch Volljuristen¹¹⁶ genannt, in Betracht. Ein Volljurist hat beide Juristische Prüfungen erfolgreich abgelegt, § 68 Abs. 2 BayJAPO. Mit diesem Abschluß erwirbt der Rechtsassessor die „Befähigung zum Richteramt“ nach § 5 Abs. 1 DRiG. Ein Rechtsassessor ist noch kein Rechtsanwalt, da eine förmliche Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§§ 4 – 36 BRAO) noch nicht erfolgte.

3.3. Rechtsreferendar

Die Bezeichnung „Rechtsreferendar“ oder „Rechtsreferendarin“ (§ 46 Abs. 2 S. 3 BayJAPO¹¹⁷) darf derjenige tragen, der die Erste Juristische Prüfung bestanden hat (§ 46 Abs. 1 S. 1 BayJAPO¹¹⁸) und durch Aushändigung einer Bestellsurkunde in ein öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis berufen wurde (§ 46 Abs. 2 S. 1 BayJAPO). Während des Vorbereitungsdienstes, dem sog. Referendariat, werden die Referendare mit Blick auf die Zweite Juristische Staatsprüfung, sog. Assessorexamen, in verschiedenen Abschnitten weiter ausgebildet. Wer die Zweite Juristische Staatsprüfung bestanden hat, ist berechtigt, die Bezeichnung „Rechtsassessor“ bzw. „Rechtsassessorin“ zu führen (§ 68 Abs. 2 BayJAPO¹¹⁹).

Dem Rechtsreferendar wird es ermöglicht, während des Vorbereitungsdienstes eine Nebentätigkeit auszuüben. Diese Nebentätigkeit ist zu genehmigen vom jeweils zuständigen Präsident des Oberlandesgerichts, § 45 Abs. 1 S. 2 BayJAPO¹²⁰. Als Nebentätigkeit wählt der

¹¹⁶ Martin, ZRP 1993, 465 (466); Schlütter, AnwBl. 2003, 389 (391).

¹¹⁷ In Bayern gilt die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (BayJAPO); in Baden-Württemberg die Verordnung der Landesregierung über die Ausbildung und Prüfung der Juristen – Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPrO); in Berlin die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristinnen und Juristen im Land Berlin – Berliner Juristenausbildungsordnung (JAO); in Brandenburg die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen im Land Brandenburg – Brandenburgische Juristenausbildungsordnung (BbgJAO); in Bremen das Bremische Gesetz über die Juristenausbildung und die erste juristische Prüfung (JAPG); in Hamburg das Hamburgische Juristenausbildungsgesetz (HmbJAG); in Hessen die Verordnung zur Ausführung des Juristenausbildungsgesetzes – Juristische Ausbildungsordnung (JAO); in Mecklenburg-Vorpommern die Verordnung zur Ausführung des Juristenausbildungsgesetzes – Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPO M-V); in Nordrhein-Westfalen das Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst – Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen (JAG NRW); in Rheinland-Pfalz die Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPO); Saarland die Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über die juristische Ausbildung – Ausbildungsordnung für Juristen (JAO); in Sachsen die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen des Freistaates Sachsen (SächsJAPO); in Sachsen-Anhalt die Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Juristinnen und Juristen – JAPrVO LSA; in Schleswig-Holstein die Landesverordnung über die Ausbildung der Juristinnen und Juristen – Juristenausbildungsverordnung (JAVO); in Niedersachsen die Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO); in Thüringen die Thüringer Juristenausbildungs- und prüfungsordnung (ThürJAPO).

¹¹⁸ Bayern: § 46 Abs. 1 S. 1 BayJAPO; Bremen: § 34 Abs. 1 JAPG; Hamburg: § 36 Abs. 1 HmbJAG; Mecklenburg-Vorpommern: § 34 Abs. 2 JAPO M-V; Nordrhein-Westfalen: § 61 JAG NRW.

¹¹⁹ Bayern: § 68 Abs. 2 BayJAPO; Baden-Württemberg: § 45 Abs. 2 JAPrO; Sachsen-Anhalt: § 46 JAPrVO LSA.

¹²⁰ Bayern: § 45 Abs. 1 S. 2 BayJAPO; Baden-Württemberg: § 32 Abs. 1 JAPrO; Hessen: § 13 AJO; Mecklenburg-Vorpommern: § 39 JAPO M-V; Thüringen: § 42 ThürJAPO.

Referendar in der Regel eine Beschäftigung in einer Kanzlei¹²¹, sog. Nebentätigkeitsreferendar. Er wird damit wie ein Diplomjurist mit Erster Juristischer Prüfung als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter tätig.

3.4. Diplomjurist

Ein Diplomjurist hat das juristische Studium an einer Universität bis zum Abschluss der Ersten Juristischen Prüfung durchlaufen und ein Diplomzeugnis ausgehändigt bekommen. Das Referendariat und die Zweite Staatsprüfung absolviert ein Diplomjurist nicht.

In Deutschland erfolgt eine juristische Ausbildung in der Regel durch Ablegen beider Juristischer Prüfungen, sog. Zweistufiges Jurastudium¹²². Mit dem Erwerb der Zweiten Juristischen Staatsprüfung, der Befähigung zum Richteramt, hat der Rechtsassessor die Möglichkeit, zur Anwaltschaft zugelassen zu werden. Es ist jedoch nicht unbedingt erforderlich, für jede Arbeitsstelle im juristischen Bereich die Zulassung zur Anwaltschaft oder der Abschluß der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vorzuweisen. Die „klassischen“ Betätigungsfelder in Justiz, öffentliche Verwaltung und Anwaltschaft¹²³ sind nicht die einzigen Möglichkeiten juristischer Betätigung. Mit der Zeit haben sich vielfältige Betätigungsbereiche herausgebildet: beispielsweise werden im unternehmerischen Bereich Juristen für den innerbetrieblichen Ablauf, wie z.B. die Personalabteilung, beschäftigt; diese Tätigkeit erfordert nicht zwingend den Abschluß der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Auch in Kanzleien werden Juristen beschäftigt, die nur die Erste Juristische Prüfung absolviert haben. Der Arbeitsmarkt hat sich gewandelt und stellt neue Anforderungen an die Bewerber.

Mit Abschluß der Ersten Juristischen Prüfung hat der Jurist die Möglichkeit, den Vorbereitungsdienst bezüglich der Zweiten Juristischen Staatsprüfung als Referendar abzuleisten, jedoch erwarb er bisher keinen Hochschulgrad. In Konkurrenz mit diplomierten Bewerbern anderer Fachbereiche sind die Chancen eines Bewerbers, der keinen Titel vorweisen kann – selbst wenn er ein entsprechendes Juristisches Zeugnis vorlegen kann – geringer¹²⁴. Der Diplomgrad soll eine Einschränkung von Berufschancen auf dem Arbeitsmarkt verhindern¹²⁵.

¹²¹ Der Begriff „Kanzlei“ wird auch im Folgenden rechtlich neutral für den Ort, wo rechtliche Arbeit verrichtet wird, verwendet, ohne daß es auf die rechtliche Ausgestaltung ankommt.

¹²² z.B. wurde in den 80er Jahren an der Universität Augsburg für einige Jahre ein einstufiges Jura-Studium angeboten.

¹²³ Pressemitteilung Uni Göttingen, NJW 2001, 2155.

¹²⁴ Schlütter, AnwBl. 2003, 389 (391).

¹²⁵ Schlütter, AnwBl. 2003, 389 (391).

Die Erste Juristische Prüfung ohne Verleihung eines akademischen Grades wurde dem veränderten Arbeitsmarkt nicht mehr gerecht, da zwar ein Jurist mit einem Referendarexamen einen Abschluß erworben hat, jedoch auf dem Arbeitsmarkt dieser nicht so hoch bewertet wird wie z.B. Abschlüsse anderer Fachrichtungen mit Diplomtiteln. Daher bestand durchaus Bedarf, den Juristen mit nur Erster Juristischer Prüfung eine verbesserte Startposition zu verschaffen. Die Justizministerkonferenz vom 24.11.2000 regte die Einführung des Hochschulgrades des Diplomjuristen an, um diese Lücke zu schließen¹²⁶. Damit reagierte sie auf diese veränderten Rahmenbedingungen auf dem juristischen Arbeitsmarkt und ermöglicht den Universitäten, den Absolventen der Ersten Juristischen Prüfung den Hochschulgrad Diplomjurist (Dipl.-jur.) zu verleihen. Nach § 18 Abs. 1 S. 3 HRG ist es Hochschulen möglich, einen Diplomgrad auch auf Grund einer Prüfung, mit der ein Hochschulstudium abgeschlossen wird, zu verleihen. Als bundesweit erste Universität führte die Georg-August-Universität Göttingen den Hochschulgrad des Diplomjuristen ein¹²⁷.

3.5. Wirtschaftsjurist

Die Praxis auf dem Arbeitsmarkt verlangt nicht mehr den sog. Einheitsjuristen¹²⁸. Wirtschaftsjuristen sind unter anderem als nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter tätig. Die Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen¹²⁹ strebt von vorneherein keine spätere Betätigung in den „klassischen“ juristischen Berufsfeldern Justiz, Anwaltschaft und öffentlicher Verwaltung¹³⁰ an. Ein Wirtschaftsjurist hat mangels abgelegter Zweiter Juristischer Staatsprüfung nicht die Möglichkeit, Richter oder Rechtsanwalt zu werden, § 4 BRAO, § 5 Abs. 1 DRiG. Wirtschaftsjuristen haben einen Diplomstudiengang durchlaufen, der nicht nur juristische Inhalte vermittelt. Aufgrund der immer weitergehenden wirtschaftlichen Verflechtungen in den meisten Lebensbereichen ist nicht nur juristischer Sachverstand gefragt, wirtschaftliche Kenntnisse sind auch für Juristen unverzichtbar.

Die herkömmliche Juristenausbildung bildet stark „justizlastig“¹³¹ aus und weniger intensiv bzw. gar nicht in anderen Aufgabengebieten. Ein Studium, das einen Abschluß als Wirtschaftsjurist zum Ziel hat, ist eine Schnittmenge aus Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaft. Dieses Studium zielt darauf ab, den tatsächlichen Anforderungen in der

¹²⁶ Pressemitteilung Uni Göttingen, NJW 2001, 2155.

¹²⁷ Pressemitteilung Uni Göttingen, NJW 2001, 2155.

¹²⁸ Martin, ZRP 1993, 465 (466).

¹²⁹ Diese Arbeit bezieht sich grundsätzlich auf Wirtschaftsjuristen mit Universitätsdiplom.

¹³⁰ Martin, ZRP 1993, 465 (466).

¹³¹ Martin, ZRP 1993, 465 (466).

Praxis in den sich überschneidenden Bereichen von Recht und Wirtschaft gerecht zu werden. Diese Bereiche sollen vom Wirtschaftsjuristen abgedeckt werden.

Der Studiengang mit dem Abschluß zum Wirtschaftsjuristen wird beispielsweise an den Universitäten Augsburg, Erlangen-Nürnberg und Siegen angeboten¹³². Jedoch besteht die Möglichkeit, Juristen, die eine Tätigkeit als Richter oder Rechtsanwalt nicht anstreben, auch an einer Fachhochschule zum Wirtschaftsjuristen auszubilden¹³³. In Mainz wurde erstmals ein Wirtschaftsrechtsstudium angeboten, sodann in Lüneburg, worauf weitere Fachhochschulen folgten¹³⁴. Aus überregionalen Treffen der Fachschaften der Studiengänge Wirtschaftsrecht ging bereits im Jahr 2000 ein Verband von Wirtschaftsjuristen¹³⁵ hervor, um unter anderem den Studiengang des Wirtschaftsjuristen bei Unternehmen zu etablieren sowie den Absolventen nach dem Studium ein Netzwerk bieten zu können.

Eine neuere Variante des Wirtschaftsjuristen ist der Master of Business Law, der aufgrund § 19 HRG eingerichtet werden konnte. Hierbei handelt es sich nicht um einen gesonderten, in sich abgeschlossenen Studiengang, sondern um einen Aufbaustudiengang, der den Abschluß der Ersten Juristischen Prüfung voraussetzt. An der Fachhochschule Kiel wurde ein solcher Studiengang eingeführt, der darauf abzielt, bereits erworbene juristische Kenntnisse mit einem Abschluß der Ersten Juristischen Prüfung um wirtschaftliche Kenntnisse zu erweitern¹³⁶. Mit diesem Master of Business Law sollen die fehlenden wirtschaftlichen Inhalte in einem herkömmlichen Jurastudiums vermittelt werden¹³⁷.

3.6. Syndikus

Wird ein Jurist für einen Arbeitgeber, der nicht Rechtsanwalt ist, tätig, so nennt sich dieser Syndikus. Der Syndikus ist angestellter Jurist und nicht Rechtsanwalt¹³⁸, er muß nicht beide Juristische Prüfungen absolviert haben. Bereits ein Jurist mit Erster Juristischer Prüfung, also ein Diplomjurist, kann den Beruf des Syndikus ausüben. Der Unternehmer, der den Syndikus anstellt, sucht sich einen Syndikus mit den juristischen Qualifikationen, die für das Unternehmen wichtig sind. Für manchen Unternehmer ist es nicht maßgeblich, daß die als

¹³² Kort, BB 2004, 2706 (2707).

¹³³ Martin, ZRP 1993, 465 (467); Schlütter, AnwBl. 2003, 289 (392).

¹³⁴ Schomerus, JuS 1999, 930.

¹³⁵ Der Bundesverband der Wirtschaftsjuristen von Fachhochschulen e.V. wurde am 25.11.2000 in Mainz gegründet. Die Aufnahme von Mitgliedern beschränkt sich jedoch laut Satzung nicht auf Wirtschaftsjuristen an Fachhochschulen, sondern ist auch für Wirtschaftsjuristen mit Diplomprüfung, Bachelor- oder Masterprüfung an anderen Hochschulen, wie Universitäten, möglich. (<http://www.wjfh.de> Zugriff am 23.08.2009).

¹³⁶ Beer, NJW 2001, 46.

¹³⁷ Beer, NJW 2001, 46.

¹³⁸ Henssler, RdA 1999, 38 (41).

Syndikus einzustellende Person beide juristische Prüfungen abgelegt hat. Gerade kleine und mittlere Betriebe, die nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügen, beabsichtigen, den Syndikus auch in anderen Bereichen, die vermehrt wirtschaftlichen Sachverstand verlangen, einzusetzen. Solche Betriebe werden eher Wirtschaftsjuristen bevorzugen, die sowohl im juristischen, als auch wirtschaftlichen Bereich ausgebildet wurden. Die Praxis verlangt daher nicht nur nach Diplom- und Volljuristen als Syndici. Die nicht-anwaltliche Stellung des Arbeitgebers macht die Stellung des Syndikus aus und nicht der juristische Ausbildungsstatus des angestellten Syndikus. Der Begriff des Synikus ist auch für Wirtschaftsjuristen offen. Damit ist es neben Diplom- oder Volljuristen auch Wirtschaftsjuristen möglich, eine Tätigkeit in der Stellung des Syndikus auszuüben.

3.7. Syndikusanwalt

Die Stellung des Syndikusanwalts ist in § 46 BRAO unter dem Titel „Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen“ gesetzlich festgehalten. Ist ein Jurist als Rechtsanwalt zugelassen und zugleich bei einem Arbeitgeber, der selbst nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, aufgrund eines Dienstvertrages gegen eine feste Vergütung als ständiger Rechtsberater tätig, so spricht man von Syndikusanwalt¹³⁹. Ein Syndikusanwalt ist einerseits als Syndikus im Unternehmen beschäftigt und andererseits als Rechtsanwalt tätig, wobei es ihm jedoch untersagt ist, für einen Auftraggeber, dem er aufgrund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft zur Verfügung stellen muß, vor Gerichten oder Schiedsgerichten in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig zu werden, § 46 BRAO. Als Syndikusanwälte kommen nur Volljuristen in Betracht, die zur Anwaltschaft zugelassen sind.

Vom Syndikusanwalt zu unterscheiden ist der Justitiar, auch Hausanwalt genannt; dieser steht in keinem Arbeitsverhältnis zum Unternehmer, sondern ist selbständiger Rechtsanwalt und bearbeitet in dieser Funktion sämtliche rechtliche Angelegenheiten seines Mandanten¹⁴⁰.

¹³⁹ BGH, NJW 1999, 1715; Bissel, S. 28; Kleine-Cosack, § 46 BRAO Rn. 3.

¹⁴⁰ von Lewinski, S. 24.

4. Ausgestaltungsmöglichkeiten der Verträge juristischer Mitarbeiter

Juristische Mitarbeiter sind nicht ausschließlich im Angestelltenverhältnis tätig. Die Beschäftigungsverhältnisse der verschiedenen juristischen Mitarbeiter können unterschiedlich ausgeprägt sein.

4.1. Dienstvertrag als freies Mitarbeiterverhältnis

Juristische Mitarbeiter werden häufig im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses tätig. Der Begriff der freien Mitarbeit findet sich nicht im Gesetz. Das freie Mitarbeiterverhältnis ergibt sich aus der Negativabgrenzung zum Arbeitsverhältnis. Wer Dienstleistungen für einen anderen erbringt, ist ein freier Mitarbeiter und kein Arbeitnehmer¹⁴¹. Freie Mitarbeiter stehen grundsätzlich in einem Dienstverhältnis¹⁴²; sie erbringen einem anderen gegenüber die vereinbarten Dienste zu einer vereinbarten Vergütung. Der Dienstvertrag ist ein schuldrechtlicher gegenseitiger Vertrag¹⁴³. Durch den Dienstvertrag wird das Dienstverhältnis begründet; öffentlich-rechtlich geregelte Dienstverhältnisse werden nicht mit umfasst¹⁴⁴. Es handelt sich folglich um ein privatrechtliches Dienstverhältnis. Der Dienstverpflichtete erbringt die versprochenen Dienste, und der Dienstberechtigte hat die vereinbarte Vergütung zu leisten¹⁴⁵. Bei einem Dienstvertrag wird die Leistung im Rahmen persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Selbstständigkeit und Unabhängigkeit geleistet; insbesondere trifft dies auf Dienstverpflichtete zu, die einen freien Beruf ausüben¹⁴⁶. Die §§ 621, 627 Abs. 1 BGB nehmen jeweils Bezug auf ein „Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist“. Werden selbständige Dienste geleistet, so liegt ein „freier“ Dienstvertrag vor. Kann der freie Mitarbeiter Zeit, Ort und Dauer der Dienstleistung selbst bestimmen, so scheidet eine Einordnung als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person aus¹⁴⁷. Die Tätigkeit eines Rechtsanwalts kann als freies Mitarbeiterverhältnis ausgestaltet werden¹⁴⁸.

Die im Rahmen der freien Mitarbeit zu erbringenden Leistungen sind im Einzelnen nicht vertraglich festgelegt, da in der juristischen Beratung beispielsweise eine vertragliche

¹⁴¹ Richardi, in: Staudinger, Vorbem zu § 611 BGB Rn. 238ff.; Stehmann, S. 143.

¹⁴² Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 10.

¹⁴³ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 1.

¹⁴⁴ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 2.

¹⁴⁵ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 1.

¹⁴⁶ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 16.

¹⁴⁷ BAG, BB 1990, 779; Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 10.

¹⁴⁸ BAG, NJW 1998, 3661.

Vereinbarung, nur Klageschriften zu erstellen, aufgrund auch anderer anfallender Tätigkeiten praxisfern ist. Der Diplombjurist wird materiellrechtliche Vorlagen zu einem Fall, der Assessor Vorlagen für Schriftsätze an Mandanten und Klageschriften erstellen und der Rechtsanwalt wird in eigener Verantwortung in dem Fall tätig werden. Dabei werden die Juristen selbständig und unabhängig tätig und unterliegen keinen Weisungen. Sie sind insbesondere frei hinsichtlich der Bearbeitung der Fälle und der Arbeitszeit.

Rechtsanwälte, Rechtsassessoren wie auch Diplombjuristen oder Wirtschaftsjuristen können aufgrund eines Dienstverhältnisses persönlich, wirtschaftlich und sozial selbständig und unabhängig für einen Dienstherrn gegen die vereinbarte Vergütung tätig werden. Häufig wird seitens der Kanzleien lediglich die Möglichkeit einer freien Mitarbeit angeboten – da bei einem Angestelltenverhältnis auf den Arbeitgeber mehr Kosten und auch arbeitsrechtliche Pflichten zukommen. Die Tätigkeit eines juristischen Mitarbeiters als freier Mitarbeiter ist häufig anzutreffen.

4.1.1. Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter

Ob ein Angestelltenverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis vorliegt, hängt vom jeweiligen Grad der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit ab¹⁴⁹. Gegenüber dem als freier Mitarbeiter tätigen Rechtsanwalt besteht kein Direktionsrecht. Dieser teilt sich seine Arbeitszeit frei ein. Dem freien Mitarbeiter steht es frei, zu entscheiden, ob er einen Auftrag erledigen möchte oder nicht¹⁵⁰. Der freie Mitarbeiter erklärt sich zunächst lediglich grundsätzlich bereit, für bestimmte Aufgaben zur Verfügung zu stehen, eine Pflicht, Leistungen zu erbringen, erfolgt erst mit der Übernahme der einzelnen Tätigkeit¹⁵¹. Die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts sind im wesentlichen nicht anwendbar¹⁵². Die inhaltlich zu erbringende Leistung eines freien Mitarbeiters und eines angestellten Rechtsanwalts unterscheidet sich in der Regel nicht¹⁵³.

4.1.2. Rechtsassessor, Diplombjurist und Wirtschaftsjurist als freie Mitarbeiter

Die Möglichkeit, als freier Mitarbeiter in einer Kanzlei tätig zu sein, nutzen gerade Assessoren nach dem Examen, um so den Kanzleialltag mit den verschiedenen Abläufen genau kennen zu lernen, bevor sie zur Rechtsanwaltschaft zugelassen sind und damit als

¹⁴⁹ BAG, NJW 1993, 2458.

¹⁵⁰ Moll, in: Henssler / Streck, S. 800.

¹⁵¹ Bohle, Rn. 83, S. 52, Fußn. 135; Moll, in: Henssler / Streck, S. 800f.

¹⁵² BAG, NZA 1998, 1165; Moll, in: Henssler / Streck, S. 790.

¹⁵³ Rewolle, AnwBl. 1978, 388ff.

Rechtsanwalt volle Verantwortung übernehmen. Ein Diplom- oder Wirtschaftsjurist hat ebenfalls, wie der Rechtsassessor, die Möglichkeit, für einen Dienstherrn als freier Mitarbeiter tätig zu werden. Die mit einem freien Mitarbeiterverhältnis einhergehende Flexibilität, insbesondere hinsichtlich der Arbeitszeit, ist dabei attraktiv.

4.1.3. Rechtsreferendar außerhalb des Vorbereitungsdienstes als freier Mitarbeiter

Während der Dauer des öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnisses hat ein Referendar sich entsprechend einem Beamten, „mit voller Hingabe“ den Tätigkeiten des Vorbereitungsdienstes zu widmen (§ 47 BayJAPO, Art. 2 Abs. 2 S. 1 BaySiGjurVD, Art. 64 Abs. 1 S. 1 BayBG). Der Referendar hat jedoch die Möglichkeit, neben dem Vorbereitungsdienst einer Nebentätigkeit nachzugehen. Diese Nebentätigkeit ist von dem Präsident des Oberlandesgerichts zu genehmigen, § 45 Abs. 1 S. 2 BayJAPO. Als Nebentätigkeit wählt der Referendar in der Regel eine Beschäftigung bei einer Rechtsanwaltskanzlei, sog. Nebentätigkeitsreferendar im Gegensatz zum Stationsreferendar. Er ist im Rahmen der Nebentätigkeit ähnlich einem Diplomjuristen mit Erster Juristischer Prüfung tätig.

Rechtsreferendare haben die Möglichkeit, im Rahmen eines Dienstverhältnisses in einer Kanzlei tätig zu sein. Sie sind meist in einem freien Mitarbeiterverhältnis für ihren Nebentätigkeits-Arbeitgeber tätig. Der Referendar übernimmt einzelne Aufgaben, ohne an feste Dienstzeiten gebunden zu sein¹⁵⁴. Das freie Mitarbeiterverhältnis bietet beiden Parteien Vorteile. Der Referendar kann im Rahmen seiner freien Zeiteinteilung den verpflichtenden Veranstaltungen des juristischen Vorbereitungsdienstes nachkommen und profitiert zudem von steuerlichen Abzugsmöglichkeiten, z.B. hinsichtlich der von ihm erworbenen Fachliteratur. Der Dienstherr hat im Vergleich zu einem bei ihm fest angestellten Arbeitnehmer weniger Ausgaben, z.B. muß er keine Sozialabgaben leisten.

4.2. Arbeitsvertrag

Juristische Mitarbeit erfolgt auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen. Ein Arbeitsvertrag ist ein Dienstvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber; der schuldrechtliche gegenseitige Vertrag begründet das Arbeitsverhältnis¹⁵⁵. Das Arbeitsverhältnis ist ein besonderes Dienstverhältnis mit sozialbestimmter Gestaltung der Rechte und Pflichten¹⁵⁶. Der

¹⁵⁴ Moll, in: Henssler / Streck, S. 790.

¹⁵⁵ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 4.

¹⁵⁶ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 5.

Arbeitnehmer erbringt die Leistung weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber¹⁵⁷. Der Arbeitgeber schuldet für die geleistete Arbeit eine Vergütung.

Im Gegensatz zu freien Mitarbeitern ist auf Angestellte beispielsweise das Bundesurlaubsgesetz anzuwenden¹⁵⁸ und das Arbeitszeitgesetz.

4.2.1. Rechtsanwalt als Arbeitnehmer

Bevor die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) mit § 81 RiLi¹⁵⁹ und nun ausdrücklich in § 26 BORA deutlich machte, daß ein Rechtsanwalt in einem Angestelltenverhältnis tätig werden kann, wurde diskutiert¹⁶⁰, ob ein Rechtsanwalt als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“, § 1 BRAO, überhaupt Angestellter sein könne. Die Zulässigkeit eines angestellten Anwalts wird nicht mehr bestritten¹⁶¹, sogar vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligt¹⁶².

Ob ein Angestelltenverhältnis vorliegt, richtet sich nach den Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs, die vom BAG entwickelt wurden, und damit vor allem nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit¹⁶³. Maßgeblich ist, wie die Parteien das Rechtsverhältnis „nach objektivem Maßstab praktiziert haben“¹⁶⁴ und wie das Gesamtbild und die „tatsächliche Ausgestaltung“¹⁶⁵ sich darstellen - nicht relevant ist die vertragliche Vereinbarung.

Der Arbeitgeber hat gegenüber seinen Angestellten ein sog. Direktionsrecht¹⁶⁶, §§ 6 Abs. 2, 106 GewO. Diese Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer charakterisiert gerade das Angestelltenverhältnis und grenzt es zur freien Mitarbeit ab. Nach einhelliger Auffassung des BAG¹⁶⁷ sowie der Literatur¹⁶⁸ ist das Ausmaß dieser persönlichen Abhängigkeit maßgeblich und entscheidend. Weisungen des Arbeitgebers betreffen Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit¹⁶⁹. Der angestellte Anwalt bearbeitet lediglich Mandate, die nicht von ihm selbst erworben wurden, insoweit ist er aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers nicht befugt, die ihm zur Bearbeitung zugewiesenen Mandate abzulehnen¹⁷⁰. Weisungen kann

¹⁵⁷ Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 7.

¹⁵⁸ Wettlaufer, AnwBl. 2000, 213 (216ff.).

¹⁵⁹ „Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts“ (RiLi), BRAK 21.06.1973.

¹⁶⁰ Biermann, AnwBl. 1929, 337; dagegen Lion-Levy, AnwBl. 1930, 67 erachtete dies als unzulässig.

¹⁶¹ BGHZ 65, 238; Eylmann in: Henssler-Prütting, § 43 a BRAO Rn. 12; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 8; Fuhrmann, S. 89, 92; Kleine-Cosack § 1 BRAO Rn. 17; Stehmann, S. 58ff.; Streck, S. 83.

¹⁶² BVerfG, NJW 1993, 317ff.

¹⁶³ BAGE 78, 343 (347ff.); Reinecke, in: FS Dieterich 1999, S. 463ff.

¹⁶⁴ LAG Frankfurt am Main, BRAK-Mitt. 1991, 61 (61f.).

¹⁶⁵ BAG, DB 1977, 2459; BAG NJW 1984, 1985; Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (195).

¹⁶⁶ Lakies, BB 2003, 364; Popp, MDR 1998, 18 (19f.).

¹⁶⁷ BAG, NZA 1995, 622; BAG, NZA 1998, 1165.

¹⁶⁸ Reinecke, in: FS Dieterich 1999, S. 463 (467, 469).

¹⁶⁹ BAG, NZA 1995, 622.

¹⁷⁰ OLG Köln, BB 1994, 145 (146); Bohle S. 17; Knief, AnwBl. 1985, 58.

der Arbeitgeber bezüglich der Büroorganisation, der Bürostunden, der Aktenführung u.ä. erteilen¹⁷¹. Der Rechtsanwalt bleibt auch dann Angestellter und wird nicht zum freien Mitarbeiter, wenn einzelne Weisungsbefugnisse ausgeschlossen sind¹⁷². Wie jeder andere Angestellte hat der angestellte Rechtsanwalt „seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation“¹⁷³ regelmäßig in der Kanzlei zu erbringen.

Wird ein Rechtsanwalt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für einen Nicht-Juristen tätig, beispielsweise für ein Unternehmen, so spricht man bei diesem Arbeitnehmer vom Syndikusanwalt. Berufsrechtlich ist diese Tätigkeit unter dem Titel „Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen“, § 46 BRAO, gesetzlich festgehalten.

4.2.2. Rechtsassessor, Diplomjurist und Wirtschaftsjurist als Arbeitnehmer

Wie § 26 Abs. 2 BORA klarstellt, darf ein Rechtsanwalt auch andere Mitarbeiter als Rechtsanwälte beschäftigen, also auch Assessoren, Referendare, Diplom- und Wirtschaftsjuristen. Das Angestelltenverhältnis eines Assessors unterscheidet sich inhaltlich unwesentlich von dem eines angestellten Rechtsanwalts. Ein Assessor ist fachlich ebenso qualifiziert wie ein Rechtsanwalt – beide haben die Befähigung zum Richteramt erworben – nur wurde bisher beim Rechtsassessor der formale Akt der anwaltlichen Zulassung, der Rechte und Pflichten mit sich bringt, nicht vollzogen.

Wie auch im Angestelltenverhältnis in Bezug auf einen Rechtsanwalt hat der Arbeitgeber gegenüber angestellten Assessoren, Diplom- und Wirtschaftsjuristen ein Weisungsrecht.

Wird ein Rechtsassessor, Diplomjurist oder Wirtschaftsjurist für einen Nicht-Anwalt im Rahmen eines Arbeitsvertrages tätig, so spricht man vom Syndikus. Der Syndikus ist angestellter Jurist und nicht Rechtsanwalt¹⁷⁴. Aufgrund des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber dem Syndikus gegenüber ein Weisungsrecht.

¹⁷¹ Berghahn, S. 58; Henssler, RdA 1999, 38 (40); Rewolle, DB 1978, 1497.

¹⁷² LAG Düsseldorf, NZA-RR 2002, 567 (568); Weidenkaff, in: Palandt, Einf v § 611 BGB Rn. 12.

¹⁷³ Bohle, S. 8; BAG, NZA 1998, 1165.

¹⁷⁴ Henssler, RdA 1999, 38 (41).

4.2.3. Rechtsreferendar außerhalb des Vorbereitungsdienstes als Arbeitnehmer

Fraglich ist, ob auch Rechtsreferendare, neben ihrer Tätigkeit als Rechtsreferendar, beispielsweise bei einem Rechtsanwalt, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sein können. § 45 Abs. 1 S. 2 BayJAPO spricht lediglich von „Nebentätigkeit“, ohne die Tätigkeit oder den damit verbundenen Vertrag näher zu beschreiben. Vom Wortlaut der Regelung kann davon ausgegangen werden, daß eine Nebentätigkeit auch im Angestelltenverhältnis möglich ist. Die strikten Vorgaben des Angestelltenverhältnisses bezüglich Zeit und Ort der zu erbringenden Arbeit und das Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Rechtsreferendar muß aber mit dem Vorbereitungsdienst, der gerade in den Ausbildungszeiten stark variieren kann, vereinbar sein. Während des Referendariats hat der Vorbereitungsdienst für den Rechtsreferendar Priorität. Wird dem Referendar eine Nebentätigkeit genehmigt, so darf diese in keiner Weise den vorgeschriebenen Vorbereitungsdienst beeinträchtigen.

Damit ist jedoch nicht auszuschließen, daß ein Arbeitsverhältnis des Rechtsreferendars neben dem Vorbereitungsdienst möglich ist. Aufgrund der verpflichtenden Veranstaltungen der Referendarausbildung ist der Arbeitsvertrag so auszugestalten, daß insbesondere kein zeitlicher Konflikt entsteht. Das Arbeitsverhältnis ist damit mit einer Einschränkung zu vereinbaren, daß der Referendar nur dann im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, das die Nebentätigkeit darstellt, zur Verfügung steht, soweit er keine verpflichtenden Kurse zu besuchen hat. Weisungen gegenüber dem Referendar sind folglich nur zu den Zeiten zu befolgen, zu denen er keine Verpflichtungen als Rechtsreferendar in Zusammenhang mit dem juristischen Vorbereitungsdienst nachzukommen hat. Der Nebentätigkeits-Arbeitgeber des Referendars hat die Ausbildungszeiten zu berücksichtigen und den Referendar zum Vorbereitungsdienst zu entlassen; da der Vorbereitungsdienst bereits gegenüber einer Ausbildungsstation in einer Kanzlei Vorrang genießt¹⁷⁵, muß dies erst recht im Verhältnis von Vorbereitungsdienst gegenüber einer Nebentätigkeit, die seitens des Referendars zusätzlich zum Referendardienst aufgenommen wurde, gelten.

Eine Nebentätigkeit des Rechtsreferendars als Arbeitsverhältnis ist folglich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst zu vereinbaren.

¹⁷⁵ Scharmer, in: Hartung, § 59 BRAO Rn. 24

4.3. Scheinselbständigkeit

Die Beschäftigung juristischer Mitarbeiter ist auf den ersten Blick nicht immer klar als Arbeitsverhältnis oder freies Mitarbeitsverhältnis erkennbar. Juristische Mitarbeiter sind häufig formal als freie Mitarbeiter beschäftigt, aber die tatsächliche Beschäftigung wird dennoch von Vorgaben und Weisungen des Beschäftigenden geprägt. Scheinselbständige sind Personen, die dauerhaft für eine andere Person Leistungen erbringen und von dieser Person weisungsabhängig bzw. wirtschaftlich abhängig sind¹⁷⁶. Maßgeblich ist nicht die formelle Vereinbarung der Selbständigkeit, sondern die tatsächliche Ausgestaltung des Tätigkeitsverhältnisses.

Bei Scheinselbständigkeit liegt tatsächlich ein Arbeitsverhältnis, mit dem sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vor. Ist tatsächlich von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, so wandelt sich dieses nicht dadurch in ein freies Mitarbeitsverhältnis, daß gegenüber einem Rechtsanwalt einzelne Weisungsbefugnisse ausgeschlossen sind¹⁷⁷. Eine Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, in die Kanzleiorganisation ohne Selbständigkeit und Unabhängigkeit, zieht arbeitsrechtliche Schutzvorschriften wie Sozialversicherungspflichten nach sich. Es liegt nahe, daß mit dieser Regelung selbständige Mitarbeiter wegen ihrer Schutzbedürftigkeit bzw. als Beitragszahler in die Sozialversicherungssysteme einbezogen werden sollten¹⁷⁸.

Scheinselbständigkeit kommt nicht nur bei Rechtsanwälten, sondern ebenfalls bei anderen juristischen Mitarbeitern in Frage, da lediglich die Ausgestaltung der Tätigkeit maßgeblich ist und nicht das absolvierte Examen oder die Anwaltszulassung.

4.4. Werkvertrag

Werden juristische Mitarbeiter tätig, so ist nicht stets von einer auf Dauer angelegten Tätigkeit auszugehen. Juristische Mitarbeiter können auch für einzelne Projekte herangezogen werden. Ein Werkvertrag ist ein entgeltlicher gegenseitiger Vertrag, der auf ein vereinbartes fassbares Arbeitsergebnis gerichtet ist; im Gegensatz dazu ist bei einem Dienstvertrag das bloße Wirken an sich, wie z. B. die rechtliche Beratung, geschuldet¹⁷⁹. Der Werkvertrag ist auf den herbeizuführenden Erfolg gerichtet, beim Dienstvertrag wird die Arbeit als solche zugesagt¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v § 611 BGB Rn. 11.

¹⁷⁷ LAG Düsseldorf, NZA-RR 2002, 567 (568).

¹⁷⁸ Buchner, DB 1999, 146.

¹⁷⁹ Sprau, in: Palandt, Einf. v § 631 BGB Rn. 8.

¹⁸⁰ Richardi, in: Staudinger, Vorbem zu § 611 BGB Rn. 26, 60.

Wird ein Rechtsanwalt gegenüber einem Mandanten tätig, kann bei einer Rechtsauskunft in einem Einzelfall ein Werkvertrag vorliegen¹⁸¹, wenn gerade keine umfassende dauerhafte Beratung gewünscht wird. Bei Erstellung eines Gutachtens wird eben dieses Werk zum Ende der Tätigkeit geschuldet, so daß von einem Werkvertrag auszugehen ist¹⁸².

Sind juristische Mitarbeiter in einer Kanzlei tätig, wird regelmäßig von umfassender rechtlicher Beratung ausgegangen und nicht von einzelnen zu erstellenden Werken. Läge jeweils ein Werkvertrag vor, müsste mit jedem Schriftsatz und jeder Klage von einem neuen Werkvertrag ausgegangen werden und jeweils gesondert das Entgelt vereinbart werden. Ein solches Vorgehen ist jedoch zeitintensiv und daher wenig praktikabel für die Arbeit juristischer Mitarbeiter. Zudem kann bei einer ständigen Mitarbeit in einer Kanzlei nicht von einer Aneinanderreihung von Werkverträgen ausgegangen werden; bei einer solchen Sachlage ist die Tätigkeit eher als eine freie Mitarbeit einzustufen.

Ein Werkvertrag kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn gerade zu einem Spezialthema ein Mitarbeiter ein Gutachten erstellt, und mit Erstellung des Gutachtens die Tätigkeit beendet ist.

4.5. Arbeitnehmerähnliche Personen

Die tatsächliche Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen juristischer Mitarbeiter ist ausschlaggebend für die rechtliche Einordnung. Maßgeblich für die Abgrenzung und Zuordnung ist insbesondere die persönliche Abhängigkeit. Nicht unbedeutend ist zudem der Grad der wirtschaftliche Abhängigkeit eines Beschäftigten. Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis des freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bei der Erbringung der Dienstleistung; entscheidendes Kriterium der Unselbständigkeit ist die persönliche Abhängigkeit¹⁸³. Arbeitnehmerähnliche Personen sind in dieser Hinsicht weniger abhängig als Angestellte und unterliegen einem schwächeren Weisungsrecht¹⁸⁴. Arbeitnehmerähnliche Personen werden durch die wirtschaftliche, nicht durch die persönliche Abhängigkeit gekennzeichnet¹⁸⁵. Im Gesetz werden arbeitnehmerähnliche Personen in § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG und § 2 S. 2 BUrlG erwähnt: „Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.“ Die Dienstleistungen aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrags

¹⁸¹ BGH, NJW 1965, 106; BGH, NJW 1996, 661

¹⁸² BGHZ 56, 355 (364); Müller-Glöge, in: MüKo, § 611 BGB Rn. 120; Richardi, in: Staudinger, Vorbem zu § 611 BGB Rn. 55.

¹⁸³ Junker, Rn. 97.

¹⁸⁴ BAG, NJW 2003, 3365 (3366).

¹⁸⁵ BAG, NZA 2002, 1412 (1415); Junker, Rn. 97.

werden im Wesentlichen ohne Mithilfe anderer erbracht, und die Vergütung hieraus stellt die Existenzgrundlage dar¹⁸⁶. Eine arbeitnehmerähnliche Person ist auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft und die daraus erzielten Einkünfte als Existenzgrundlage angewiesen¹⁸⁷. Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige¹⁸⁸, sie sind aber vereinzelt den Arbeitnehmern gleichgestellt¹⁸⁹. Bei Klagen gegen den Auftraggeber ist das Arbeitsgericht zuständig (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG); ein Anspruch auf bezahlten Urlaub besteht nach § 2 BUrlG; Arbeitsbedingungen können in einem Tarifvertrag nach § 12 a Abs. 1 TVG geregelt werden¹⁹⁰.

Es ist denkbar, daß juristische Mitarbeiter, sei es ein zugelassener Anwalt, ein Assessor oder Diplombjurist, als arbeitnehmerähnliche Personen Dienstleistungen erbringen. Bei der Bearbeitung juristischer Fragen und Sachverhalte ist der juristische Mitarbeiter hinsichtlich der inhaltlichen und fachlichen Weisungen weniger weisungsgebunden als andere Angestellte. Entscheidend ist vielmehr die wirtschaftliche Abhängigkeit. Dient die ausgeübte Tätigkeit dazu, eine Existenzgrundlage zu schaffen, liegt Arbeitnehmerähnlichkeit vor. Stehmann¹⁹¹ spricht sich im Hinblick auf Rechtsanwälte dafür aus, daß Rechtsanwälte nicht ohne weiteres als arbeitnehmerähnliche Personen einzuordnen seien, da diese die Möglichkeit haben, mit ihrer Tätigkeit auf dem freien Markt eigene Mandate zu bearbeiten; er schließt jedoch nicht aus, daß bei einer Änderung der Verhältnisse auf dem Markt ein Rechtsanwalt als arbeitnehmerähnliche Person in Frage komme. Dieser Auffassung kann jedoch hinsichtlich nicht-anwaltlicher Mitarbeiter nicht gefolgt werden, da diesen mangels Zulassung zur Anwaltschaft aufgrund des Rechtsdienstleistungsgesetzes auf dem freien Markt eine eigenständige Rechtsberatung ähnlich einem Rechtsanwalt gerade untersagt ist. Demnach können Rechtsreferendare, Rechtsassessoren, Diplom- und Wirtschaftsjuristen, die über keine anwaltliche Zulassung verfügen, als arbeitnehmerähnliche Personen in Erscheinung treten. Wird die Tätigkeit jedoch nur an einigen Tagen im Monat ausgeübt, so ist nicht von einer arbeitnehmerähnlichen Person auszugehen, da in der restlich verbleibenden Zeit des Monats andere Erwerbschancen genutzt werden können¹⁹², um die Existenz zu sichern.

¹⁸⁶ BAG, NJW 2003, 3365 (3366); Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v § 611 BGB Rn. 9.

¹⁸⁷ BAG, NJW 2003, 3365 (3366).

¹⁸⁸ BAG, NJW 2003, 3365 (3366); Junker Rn. 97.

¹⁸⁹ Richardi, in: Staudinger, Vorbem zu § 611 BGB Rn. 244.

¹⁹⁰ Junker, Rn. 97.

¹⁹¹ Stehmann, S. 200.

¹⁹² BAG, NJW 2003, 3365 (3366).

4.6. Juristische Mitarbeiter im Praktikum und Volontariat

Aufgrund der schwierigen Lage am Arbeitsmarkt ist es für Juristen nicht einfach, eine adäquat bezahlte Tätigkeit zu finden. Viele Juristen sind daher als Praktikanten oder Volontäre tätig, um zumindest während dieser Zeit Berufserfahrung sammeln zu können.

4.6.1. Praktikantenverhältnis

Ein Praktikum soll auf einen bestimmten Beruf vorbereiten, in der Regel gegen Entgelt¹⁹³. Es handelt sich um Beschäftigungsverhältnisse von Personen mit bereits abgeschlossenem Studium, denen ein Ersteinstieg in den Arbeitsmarkt nur über gering oder gar nicht vergütete Praktika ermöglicht wird¹⁹⁴. Praktikanten sind Personen, die sich, ohne eine systematische Berufsausbildung zu absolvieren, zeitweise einer bestimmten Tätigkeit im Rahmen einer Gesamtausbildung unterziehen: der Kenntniserwerb steht im Vordergrund, jedoch werden von Praktikanten auch verwertbare Tätigkeiten erbracht¹⁹⁵. Soll lediglich der Erwerb von Berufserfahrung ermöglicht werde, handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis mit der Verpflichtung zu Entgeltleistung¹⁹⁶. Werden übliche Aufgaben von Arbeitnehmern übernommen, so liegt kein Praktikum mehr vor¹⁹⁷.

Insbesondere ein Rechtsreferendar wird während des Juristischen Vorbereitungsdienstes mit den verschiedenen Ausbildungsabschnitten auf die verschiedenen Berufe, unter anderem auch den des Rechtsanwalts, vorbereitet. Insofern ist ein weiteres Praktikum oder sind mehrere Praktika, um auf den Beruf des Rechtsanwalts vorzubereiten, nicht angebracht. Vielmehr muß sich ein neu zugelassener Rechtsanwalt oder ein Assessor als Berufsanfänger zunächst einarbeiten und erste Berufserfahrung sammeln. Aufgrund der vielen Juristen, die auf den Markt drängen, sind diese folglich in einer schwierigen Situation. Viele Kanzleien finden daher Juristen, die als Praktikant tätig werden wollen. Als Praktikant denkbar ist der Rechtsanwalt, der Rechtsassessor, der Diplom- und Wirtschaftsjurist¹⁹⁸; diese werden vorwiegend tätig, um Berufserfahrung zu sammeln und damit ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern. Letztlich verrichten diese Personen in der Regel dieselben Tätigkeiten, als seien sie als normale Arbeitskraft eingestellt worden – ein Praktikum liegt

¹⁹³ Scherer, NZA 1986, 280 (281); Weidenkaff, in: Palandt, 66. A., 2007, Einf. v § 611 BGB Rn. 61.

¹⁹⁴ Schlachter, in: Müller-Glöge / Preis / Schmidt § 26 BBiG Rn. 3.

¹⁹⁵ Schlachter, in: Müller-Glöge / Preis / Schmidt § 26 BBiG Rn. 3.

¹⁹⁶ ArbG Berlin, AuR 2004, 74.

¹⁹⁷ Schlachter, in: Müller-Glöge / Preis / Schmidt § 26 BBiG Rn. 3.

¹⁹⁸ Rechtsreferendare werden in der Regel nicht als Praktikanten tätig, da sie ohnehin verschiedene Stationen im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes absolvieren und eher bei einem Rechtsanwalt in Nebentätigkeit tätig sind.

damit aber nicht vor. Wird der Person faktisch wie ein Arbeitnehmer beschäftigt, so liegt ein Arbeitsverhältnis vor; die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses ist irrelevant¹⁹⁹. Dies ist die rein rechtliche Folge, wenn ein „Praktikant“ weisungsgebunden wie ein Arbeitnehmer tätig wird, jedoch wird letztlich in der Praxis dennoch keine Behandlung wie bei einem Arbeitsverhältnis daraus folgen, da keine der beteiligten Parteien diese Folge einfordern wird; am wenigsten der faktische Arbeitgeber, da auf diesen ansonsten mehr Kosten zukämen, und auch nicht seitens des „Praktikanten“, da dieser bereits froh ist, überhaupt die Möglichkeit erhalten zu haben, Berufserfahrung zu sammeln.

Aufgrund dessen läuft in den meisten Fällen die Folge einer Behandlung des Praktikantenverhältnisses als Arbeitsverhältnis ins Leere.

4.6.2. Volontärverhältnis

§ 82 a HGB regelt das Volontärverhältnis. Volontäre werden definiert als Personen, die „zum Zwecke ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt werden (Volontäre)“ (§ 82 a HGB). Es handelte sich um eine unentgeltliche Beschäftigung: ein Volontariat besteht bei Unentgeltlichkeit der Tätigkeit, um berufliche Kenntnisse und Erfahrungen zu erwerben und zu erweitern²⁰⁰. Im Rahmen eines Volontärverhältnisses ist der Volontär daran interessiert, sich einen Überblick über die Zusammenhänge von Vorgängen zu verschaffen²⁰¹. Es besteht weder ein echtes Berufsausbildungsverhältnis noch ein Arbeitsverhältnis²⁰². Bei einem Arbeitsverhältnis würde der Arbeitnehmer eine Vergütung für seine Tätigkeit erhalten, bei einem Volontärverhältnis war dies gerade nicht der Fall. Es liegt auch kein Ausbildungsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 1 BBiG vor, denn der fertig ausgebildete Jurist mit Erster oder Zweiter Juristischer Prüfung hat bereits die Grundlagen, notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten des juristischen Berufes während des Studiums erlernt. Diese sollen während dieser Tätigkeit lediglich ausgebaut und vertieft werden, ohne daß eine Ausbildung im eigentlichen Sinne stattfinden soll.

Volontäre im Sinne des § 82 a HGB gibt es nicht mehr. Nach § 26 BBiG gelten die §§ 10 – 23, 25 BBiG entsprechend. Volontäre gehören nun zum Personenkreis des § 26 BBiG, zu Personen, die außerhalb eines Arbeitsverhältnisses „eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne daß es sich um eine Berufsausübung im Sinne“ des Berufsbildungsgesetzes handelt. Es gilt § 17

¹⁹⁹ LAG RhPf, NZA 1986, 293 (294).

²⁰⁰ Hopt, in: Baumbach, § 82 a HGB Rn. 1; Weidenkaff, in: Palandt, 66. A., 2007, Einf. v § 611 BGB Rn. 62.

²⁰¹ Scherer, NZA 1986, 280 (281).

²⁰² Hopt, in: Baumbach, § 82 a HGB Rn. 1.

BBiG, der § 82 a HGB derogiert, und damit ist das Volontärverhältnis nicht unentgeltlich²⁰³. Volontäre haben somit eine angemessene Vergütung zu erhalten. Eine Vereinbarung, die zu Ungunsten des Auszubildenden bzw. des Volontärs von dieser Regelung hinsichtlich der Vergütung abweicht, ist nach § 25 BBiG nichtig.

Einige Juristen werden in Kanzleien dennoch ohne Entgelt tätig, nur um Berufserfahrung erwerben zu können und damit bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu haben. Für diese Tätigkeiten kommen, wie beim Praktikantenverhältnis, Rechtsanwälte, Rechtsassessoren sowie auch Diplom- und Wirtschaftsjuristen in Betracht²⁰⁴. Nach § 17 BBiG haben Volontäre eine Vergütung zu erhalten. Wird der Volontär aber faktisch unentgeltlich tätig und macht seinen Vergütungsanspruch nicht geltend, läuft die Regelung der Volontärverhältnisse mit angemessenem Vergütungsanspruch ins Leere. Damit wird es weiterhin unbezahlte Volontärverhältnisse im Sinne des § 82 a HGB geben.

4.7. Vertrag sui generis – Rechtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst

Referendare, die im juristischen Vorbereitungsdienst das Rechtsreferendariat durchlaufen, werden weder im Rahmen eines freien Arbeitsverhältnisses, noch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt. Der juristische Vorbereitungsdienst ist ein öffentlich rechtlicher Vertrag sui generis. Der Referendar erhält eine festgesetzte Vergütung aufgrund des Vertrages mit dem jeweiligen Bundesland, innerhalb dessen der Referendar seinen Vorbereitungsdienst ableistet.

Auch während des Ausbildungsabschnitts in einer Rechtsanwaltskanzlei ist ein Referendar nicht in einem gesonderten Arbeitsverhältnis mit dem ausbildenden Rechtsanwalt verbunden; während des gesamten juristischen Vorbereitungsdienstes in allen Ausbildungsabschnitten bleibt der öffentlich rechtlicher Vertrag sui generis bestehen. Es liegt weder ein Angestelltenverhältnis, noch freie Mitarbeit vor. Das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis umfasst den gesamten Zeitraum des Referendariats und damit auch den Ausbildungsabschnitt in einer Rechtsanwaltskanzlei nach § 48 Abs. 2 S. 1 Ziff. 3 BayJAPO.

Während des gesamten Vorbereitungsdienstes ist der Dienstvorgesetzte eines Referendars der Präsident des jeweiligen Oberlandesgerichts, §§ 52 Abs. 1, 2; 45 Abs. 1 S. 1 BayJAPO, und nicht der nach § 59 BRAO ausbildende Anwalt. Bezüglich der Arbeitszeit in der ausbildenden Kanzlei hat der Vorbereitungsdienst gegenüber den Ausbildungszeiten in der Kanzlei

²⁰³ Weidenkaff, in: Palandt, 66. A., 2007, Einf. v § 611 BGB Rn. 61.

²⁰⁴ Der Rechtsreferendar wird regelmäßig im Rahmen einer Nebentätigkeit seine Kenntnisse erweitern.

Vorrang²⁰⁵, insoweit besteht seitens des ausbildenden Rechtsanwalts kein Recht, dem Referendar Weisungen zu erteilen.

²⁰⁵ Scharmer, in: Hartung, § 59 BRAO Rn. 24.

5. Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Welche sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen sich aus einem Tätigkeitsverhältnis ergeben, hängt davon ab, wie das Tätigkeitsverhältnis ausgestaltet ist und in welchem Rahmen die Tätigkeit ausgeführt wird.

5.1. Beschäftigungsverhältnis

Der zentrale Anknüpfungspunkt für das Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses ist die Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV²⁰⁶. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist unter Beschäftigung eine „nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“, zu verstehen. Allein die tatsächliche Erbringung nichtselbständiger Arbeit für einen anderen begründet die Versicherungspflicht²⁰⁷.

Maßgeblich ist die persönliche Abhängigkeit, die sich in der Weisungsabhängigkeit und der Eingliederung in eine fremde Organisation äußert²⁰⁸. Der Weisungsabhängigkeit bzw. der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers steht die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber. Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers gibt ihm Verfügungsmacht hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Dauer, Ort und sonstiger Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit²⁰⁹. Eine Weisungsgebundenheit ist oft nur schwer festzustellen; der Ausführende entscheidet oft selbst ohne Rücksprache über die Ausführung seiner Arbeit und trifft selbständig sachbezogene Entscheidungen²¹⁰. Auch bei juristischen Mitarbeitern ist häufig eine eigenständige fachliche Entscheidung zu treffen, wie in der Bearbeitung weiter fort zu fahren ist, womit die Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer reduziert wird. Das Bundessozialgericht hat ausgeführt, daß eine sichere Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit ausschließlich an Hand des Kriteriums der äußeren Weisungsgebundenheit kaum möglich ist; eine Tätigkeit als Rechtsanwalt lässt beide Arten der Erwerbstätigkeit zu²¹¹.

Das Bundessozialgericht lässt es nicht bei dem Kriterium der Weisungsgebundenheit bewenden, sondern misst dem Kriterium des Unternehmerrisikos eine größere Bedeutung bei, um eine Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit zu erleichtern²¹². Das Unternehmerrisiko und

²⁰⁶ Fuchs / Preis, S. 146, 149f.

²⁰⁷ Fuchs / Preis, S. 150.

²⁰⁸ Fuchs / Preis, S. 151; Junker Rn. 104; Waltermann, S. 62, 64.

²⁰⁹ Lauterbach, in: Dornbusch / Fischmeier / Löwisch, § 7 SGB IV Rn. 13.

²¹⁰ Lauterbach, in: Dornbusch / Fischmeier / Löwisch, § 7 SGB IV Rn. 14.

²¹¹ BSG, BB 1981, 1581ff.

²¹² Fuchs / Preis, S. 152.

die freie Gestaltung der eigenen Tätigkeit stehen in engem Zusammenhang²¹³. Hat der Dienstverpflichtete größere Gestaltungs- sowie Verdienstmöglichkeiten, so liegt das Unternehmerrisiko bei ihm, was für Selbständigkeit spricht²¹⁴. In einem Angestelltenverhältnis werden dem juristischen Mitarbeiter die zu bearbeitenden Akten zugewiesen, er erhält seine vereinbarte Vergütung und trägt darüber hinaus kein Risiko. Für eine abhängige Beschäftigung spricht es, wenn der Mitarbeiter eine monatliche Honorarpauschale erhält und die ihm persönlich angetragenen Mandate an die Kanzlei abzugeben hat²¹⁵.

Ist ein juristischer Mitarbeiter in einer Kanzlei als freier Mitarbeiter tätig, so entscheidet er selbst, wann er welche Fälle und ob er bestimmte Fälle bearbeiten will; es besteht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Insofern entscheidet er selbst, ob und wie viel Einkommen er erzielen will, so daß er selbst das Unternehmerrisiko trägt. Die Gestaltungsfreiheit zeichnet sich auch dadurch aus, daß der Selbständige die Möglichkeit hat, für mehrere von ihm ausgewählten Auftraggeber tätig zu sein²¹⁶. Ein freies Mitarbeiterverhältnis ist kein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne.

Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien den Vertrag benennen, sondern es ist alleine entscheidend, wie die tatsächliche Durchführung erfolgt. Deckt sich die tatsächliche Durchführung nicht mit der vertraglichen Regelung, so ist die tatsächliche Durchführung maßgeblich.

5.2. Entgeltlichkeit der Beschäftigung

Lediglich Beschäftigungen, die entgeltlich erfolgen, sind versicherungspflichtig, § 13 Abs. 1 SGB IV. Als Arbeitsentgelt werden Einnahmen betrachtet, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Beschäftigung stehen²¹⁷. Nicht darunter fallen z. B. Abfindungen und Aufwandsentschädigungen – diese spielen jedoch bei der Tätigkeit juristischer Mitarbeiter kaum eine Rolle²¹⁸.

Die Höhe des Entgelts ist maßgeblich für die zu leistenden Versicherungsbeiträge²¹⁹.

²¹³ BSGE 51, 164 (170).

²¹⁴ BSG, NZA 1991, 907 (908).

²¹⁵ SG Münster, Urteil vom 22. Oktober 1998 – S 6 RJ 127/97.

²¹⁶ Lauterbach, in: Dornbusch / Fischmeier / Löwisch, § 7 SGB IV Rn. 21.

²¹⁷ Fuchs / Preis, S. 158.

²¹⁸ Fuchs / Preis, S. 159f.

²¹⁹ Fuchs / Preis, S. 158.

5.3. Meldepflicht des Arbeitgebers und die Beitragsabführung

Nach § 28 a SGB IV hat der Arbeitgeber für jeden sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer der Meldepflicht nachzukommen.

Die Beiträge zu den jeweiligen Zweigen der Sozialversicherung werden grundsätzlich hälftig von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gezahlt. Der Arbeitgeber führt gemäß § 28 d SGB IV für einen Versicherten einen Gesamtsozialversicherungsbeitrag (für Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung) an die Einzugsstelle ab. Die Beiträge werden in einem Lohnabzugsverfahren eingezogen²²⁰. Der vom Beschäftigten zu leistende Beitrag, in der Regel die Hälfte, wird seitens des Arbeitgebers vom Arbeitsentgelt abgezogen (§ 28 g S.1, 2 SGB IV)²²¹.

5.4. Geringfügige Beschäftigung

Eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB IV liegt vor, wenn die Beschäftigung geringfügig entlohnt wird oder wenn es sich um eine kurzfristige Beschäftigung handelt. Zur Renten- und Krankenversicherung sind jeweils Pauschalbeiträge zu zahlen, für Lohn- und Kirchensteuer sowie den Solidaritätszuschlag ist eine geringe Pauschalsteuer in Höhe von 2 % zu entrichten.

5.4.1. Geringfügig entlohnte Beschäftigung

Bei einer geringfügig entlohnten Beschäftigung darf nach § 14 SGB IV das regelmäßige Entgelt die Höhe von € 400,00 pro Monat nicht überschreiten. Die Arbeitsentgeltgrenze in Höhe von € 400,00 pro Monat meint das brutto Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 SGB IV. Unregelmäßige Sonderzahlungen, wie Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld sind mit zu berücksichtigen²²².

Eine Beschäftigung juristischer Mitarbeiter zu € 400,00 monatlich ist nicht ausgeschlossen. Diplomjuristen arbeiten z. B. für einige Tage im Monat in einer Kanzlei oder bei einem Unternehmen, um somit etwas Einkommen zu erzielen und Berufserfahrung zu gewinnen. Diese sog. 400.- Euro - Jobs sind reguläre Arbeitsverhältnisse mit Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, Weisungsrecht des Arbeitgebers und allen anderen arbeitsrechtlichen Regelungen eines Arbeitsverhältnisses. Häufiger ist jedoch bei Nebentätigkeiten die freie Mitarbeit anzutreffen, die aufgrund der flexiblen Ausgestaltung attraktiver sein kann.

²²⁰ Waltermann, S. 70.

²²¹ Fuchs / Preis, S. 182.

²²² Lauterbach, in: Dornbusch / Fischmeier / Löwisch, § 8 SGB IV Rn. 4.

5.4.2. Kurzfristige Beschäftigung

Eine geringfügige Beschäftigung kann auch als kurzfristige, unregelmäßige, gelegentlich ausgeübte Tätigkeit vorliegen²²³. Kurzfristig heißt innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate bzw. 50 Arbeitstage oder bereits im Voraus begrenzt, § 8 Abs. 2 S. 2 SGB IV.

Übersteigt jedoch die Beschäftigung € 400,00 monatlich und wird sie berufsmäßig ausgeübt, so ist eine kurzfristige Beschäftigung nach § 8 Abs. 2 S. 2 SGB IV ausgeschlossen. Berufsmäßigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Beschäftigte von dem Arbeitsentgelt überwiegend seinen Lebensunterhalt bestreitet²²⁴, selbst wenn die zeitlichen Grenzen nicht überschritten werden. Die Versicherungspflicht ruht auf dem Grundgedanken, daß Beschäftigungsverhältnisse typischerweise die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Arbeitnehmers darstellen²²⁵.

Das Bundessozialgericht²²⁶ hat bereits entschieden: Ist ein Rechtsassessor bei einem Rechtsanwalt für einen Monat befristet tätig und nimmt er im Anschluß daran eine Tätigkeit als Richter auf, so sei er nicht zu den Nicht-Erwerbstätigen zu zählen, die nur gelegentlich einer vorübergehenden Beschäftigung nachgehen; dies könne nicht anders zu beurteilen sein, als wenn ein Arbeitnehmer die Zwischenzeit zweier Arbeitsverhältnisse überbrücke. Wird ein Diplombjurist, Assessor, Rechtsanwalt oder Wirtschaftsjurist als juristischer Mitarbeiter vorübergehend tätig, so liegt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor – soweit keine freie Mitarbeit vorliegt – wenn der Beschäftigung in absehbarer Zeit eine weitere Beschäftigung folgen werde. Nutzt der juristische Mitarbeiter die vorübergehende Beschäftigung zur Erlangung von Berufserfahrung und zum Einstieg in den Beruf, so soll damit gerade für die Zukunft eine darauf folgende Beschäftigung angestrebt werden; damit liegt kein kurzfristiges Beschäftigungsverhältnis mehr vor.

5.5. Freies Arbeitsverhältnis

Da eine nichtselbständige Arbeit, eine Beschäftigung im Sinne von § 7 SGB IV, die Versicherungspflicht auslöst, folgt daraus, daß für selbständig Tätige grundsätzlich keine Versicherungspflicht vorgesehen ist²²⁷. Selbständige müssen sich auf eigene Kosten selbst

²²³ Fuchs / Preis, S. 176.

²²⁴ BSG, NZA 1992, 232 (233).

²²⁵ Fuchs / Preis, S. 177.

²²⁶ BSG, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 31.

²²⁷ Padé, in: Schlegel / Voelzke, § 2 SGB IV Rn. 19.

versichern²²⁸. Der selbständig Tätige hat die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nach § 169 Nr. 1 SGB VI selbst zu tragen. Im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis, das ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne darstellt, bei dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich je zur Hälfte die Beiträge zahlen (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI), kommen im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses auf den Dienstberechtigten diese Zahlungen und auch Meldepflichten nicht zu. Ebenso sind die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts im Wesentlichen nicht anwendbar²²⁹.

Folglich ist eine Ausgestaltung der Tätigkeit als freies Mitarbeiterverhältnis gerade für den Dienstberechtigten vorteilhaft. Insbesondere kann der freie Mitarbeiter sich nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen, da dieses das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber voraussetzt; somit kann im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses der Dienstberechtigte flexibel auf die jeweilige Situation reagieren. Besteht ein Arbeitsverhältnis, so ist seitens des Arbeitgebers bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zumindest eine Kündigungsfrist von einem Monat (§ 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB) einzuhalten. Liegt ein freies Mitarbeiterverhältnis vor, also ein Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, so ist eine Kündigung zulässig. Für den Ablauf des folgenden Tages ist eine Kündigung an jedem Tag zulässig, wenn die Vergütung nach Tagen bemessen ist, § 621 Nr. 1 BGB. Die zeitliche Zulässigkeit der Kündigung bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, hängt unmittelbar mit der Vergütungsauszahlung zusammen. Bei der Vereinbarung mit dem freien Mitarbeiter hinsichtlich der Vergütung hat es der Dienstberechtigte damit bereits hinsichtlich der zeitlichen Gestaltung der Vergütungsauszahlung in der Hand, wie flexibel er sodann das Dienstverhältnis kündigen kann.

Fallen, z.B. in einer Kanzlei, viele Mandate an, so kann zusätzlich ein freier Mitarbeiter zur Bewältigung der Arbeit eingesetzt werden; wenn die Mandate wieder abflauen, ist weniger Arbeit für den freien Mitarbeiter vorhanden oder wird der freie Mitarbeiter nicht mehr gebraucht, kann ihm nach § 621 BGB gekündigt werden.

Ein freies Mitarbeiterverhältnis hat aber auch für die freien Mitarbeiter Vorteile. Freie Mitarbeiter haben die Möglichkeit, eine private Krankenversicherung abzuschließen. Sie sind nicht verpflichtet, in die gesetzliche Rentenversicherung einzubezahlen, und haben damit die Möglichkeit, sich selbständig um eine Altersvorsorge zu kümmern und für sich selbst zu sparen, ohne auf die künftige Politik angewiesen zu sein. Bei Rechtsanwälten besteht zudem eine berufsständige Versorgung im Versorgungswerk der Rechtsanwälte.

²²⁸ Waltermann, S. 63.

²²⁹ BAG, NZA 1998, 1165; Moll, in: Henssler / Streck, S. 790.

5.6. Sozialversicherungspflicht der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse juristischer Mitarbeiter

Liegt ein Tätigkeitsverhältnis vor, so ist damit je nach Ausgestaltung eine Versicherungspflicht in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung verbunden. In Betracht kommen insbesondere die Kranken- und Rentenversicherung.

5.6.1. Arbeitsverhältnis

Liegt ein entgeltliches Arbeitsverhältnis vor, so besteht damit Sozialversicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV. Das Arbeitsverhältnis ist eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Für die Versicherungspflicht ist das Arbeitsentgelt konstituierend²³⁰.

Versicherungspflicht besteht für Beschäftigte in der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Versicherungspflicht besteht grundsätzlich in der gesetzlichen Krankenversicherung, § 5 Abs. 1 SGB V. Versicherungsfreiheit nach § 6 SGB V besteht für Beschäftigte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt und in der aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat. Für diesen Fall besteht die Möglichkeit einer freiwilligen Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. einer privaten Absicherung in einer privaten Krankenkasse. Im Jahre 2009 liegt die Jahresarbeitsentgeltgrenze bei EUR 48.600,00.

Als Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung sind Angestellte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig. Privat Krankenversicherte haben einen privaten Pflegeversicherungsvertrag abzuschließen, § 23 Abs. 1, 2 SGB XI.

Grundsätzlich besteht für einen Arbeitnehmer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI. Versicherungsfreiheit ergibt sich aus § 5 Abs. 1 SGB VI, wenn es einer Sicherung durch die gesetzliche Rentenversicherung nicht bedarf²³¹. Ist der angestellte juristische Mitarbeiter bereits zur Anwaltschaft zugelassen, so ist dessen Altersversorgung bereits durch die Beiträge zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte gesichert. Unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI besteht die Möglichkeit, daß sich ein Rechtsanwalt von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht auf Antrag befreien lassen kann. Folglich hat dieser, wie auch dessen Arbeitgeber, keine Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu entrichten. Um von der Versicherungspflicht

²³⁰ Werner, in: Schlegel / Voelzke, § 14 SGB IV Rn. 14.

²³¹ Waltermann, S. 166.

hinsichtlich der gesetzlichen Rentenversicherung befreit zu werden, muß jedoch der angestellte Rechtsanwalt einen Antrag auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht stellen, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB VI.

Bei Scheinselbständigkeit liegt tatsächlich ein Angestelltenverhältnis vor mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten hinsichtlich der Sozialversicherungen für beide Parteien. Scheinselbständige sind als tatsächliche Arbeitnehmer damit ebenfalls versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung, § 5 Abs. 1 SGB V sowie in der gesetzlichen Rentenversicherung, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI. Da es sich bei Scheinselbständigen tatsächlich um Arbeitnehmer handelt, sind diese ebenso in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert.

5.6.2. Juristischer Vorbereitungsdienst

Während des juristischen Vorbereitungsdienstes, der ohne Berufung ins Beamtenverhältnis auf Widerruf ausgestaltet ist, liegt eine versicherungspflichtige Tätigkeit vor²³². Es sind Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherungen wie bei einem Arbeitsverhältnis zu leisten.

Da ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, besteht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

Nach § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI gilt: „Versicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind“. Referendare erhalten zum einen ein Entgelt und zum anderen ist der juristische Vorbereitungsdienst als zur Berufsausbildung zu betrachten, so daß Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung während des juristischen Vorbereitungsdienstes besteht.

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sind versicherungspflichtig „zu Ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Entgelt beschäftigt sind“. Rechtsreferendare zählen zu diesem Personenkreis; damit besteht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind Rechtsreferendare als Beschäftigte kraft Gesetzes in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert.

5.6.3. Freies Arbeitsverhältnis

Eine nichtselbständige Arbeit ist eine Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist das Vorliegen einer Beschäftigung. Bei einer selbständigen Tätigkeit liegt keine nichtselbständige Arbeit und somit keine Beschäftigung im

²³² BSG, SozR 3-2500 § 8 Nr. 2; Padé, in: Schlegel / Voelzke, § 2 SGB IV Rn. 22.

Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV vor. Eine selbständige Tätigkeit im Rahmen eines freien Arbeitsverhältnisses oder im Rahmen eines Werkvertrages zieht folglich keine Versicherungspflicht in die gesetzlichen Sozialversicherungen nach sich.

Der freie Mitarbeiter bzw. der Werkersteller hat selbst für die eigene Versicherung und Absicherung zu sorgen. Anstatt der gesetzlichen Rentenversicherung ist die berufsständige Versorgung im Versorgungswerk der Rechtsanwälte für die Rentenversorgung der Rechtsanwälte zuständig. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI ist ein Rechtsanwalt daher von der Versicherungspflicht befreit. Der Rechtsanwalt hat seine Beiträge für seine spätere Versorgung an das Versorgungswerk zu erbringen. Nicht-Anwälte haben nicht die Möglichkeit, in das Versorgungswerk der Rechtsanwälte einzuzahlen. Assessoren, Diplom- und Wirtschafts-Juristen sind nicht von der Versicherungspflicht des § 2 SGB VI betroffen. Ihnen bleibt entweder die freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 7 Abs. 1 SGB VI) oder die private Vorsorge.

Ein Selbständiger hat die Wahl zwischen privater Krankenkasse oder einer freiwilligen Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse unter den Voraussetzungen des § 9 SGB V. Selbständig Tätige sind nicht in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert, da kein Beschäftigungsverhältnis nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV vorliegt.

5.6.4. Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige²³³. Grundsätzlich muß ein Selbständiger sich selbst um seine Versicherungen kümmern. Für Selbständige, bei denen der Gesetzgeber typischerweise eine wirtschaftliche Abhängigkeit und ein gesetzliches Schutzbedürfnis annimmt, begründet § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI eine Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung. Ein arbeitnehmerähnlicher Selbständiger ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI rentenversicherungspflichtig – eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht wird nur in der Existenzgründungsphase von 3 Jahren nach § 6 Abs. 1a Nr. 1 SGB VI gewährt und nach Vollendung des 58. Lebensjahres, § 6 Abs. 1a Nr. 2 SGB VI. Mit dieser Regelung der Rentenversicherungspflicht sollte der zunehmenden Erosion versicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse entgegengewirkt werden²³⁴.

²³³ BAG, NJW 2003, 3365 (3366).

²³⁴ BT-Drs. 14/45, S. 46; Lauterbach, in: Dornbusch / Fischmeier / Löwisch, § 2 SGB VI Rn. 2.

5.6.5. Praktikantenverhältnis

Ein Praktikant wird innerhalb der Organisationsstruktur für eine Person oder ein Unternehmen gegen ein bestimmtes Entgelt tätig. Somit liegt ein Beschäftigungsverhältnis vor. Bei Vorliegen eines Praktikantenverhältnisses besteht Versicherungspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung²³⁵, § 5 Abs. 1 SGB V. Praktikanten sind als Beschäftigte in der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versichert. In der gesetzlichen Rentenversicherung besteht Versicherungspflicht, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI.

5.6.6. Volontärverhältnis

Ein Volontärverhältnis ist darauf gerichtet, berufliche Kenntnisse und Erfahrungen zu erwerben²³⁶. In § 82 a HGB werden der Volontäre definiert als Personen, die „zum Zwecke ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt werden (Volontäre)“. Der Rechtsbegriff des Volontärs sowie die Rechtsfolgen im Sinne des § 82 a HGB werden jedoch als gegenstandslos betrachtet²³⁷. Für ein Volontärverhältnis ist ebenfalls das BBiG maßgebend, welches unter § 26 BBiG einzuordnen ist, das Personen „eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne daß es sich um eine Berufsausbildung“ im Sinne des BBiG handelt. Nach Maßgabe des § 26 BBiG gilt § 17 BBiG, so daß das Volontärverhältnis nicht unentgeltlich ist²³⁸. Die Pflicht, Sozialabgaben zu entrichten, knüpft an eine entgeltliche Beschäftigung an, § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV. Damit liegt bei Volontären, die ein Entgelt erhalten, ein Beschäftigungsverhältnis vor, das wie beim Praktikantenverhältnis Sozialversicherungspflicht auslöst.

Ist das Volontärverhältnis – entgegen der §§ 26 ff. BBiG – unentgeltlich ausgestaltet, liegt keine entgeltliche Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vor. Aufgrund der Unentgeltlichkeit der Arbeitstätigkeit eines Volontärs wird sodann keine Sozialversicherungspflicht ausgelöst. Werden juristische Mitarbeiter lediglich zum Sammeln von Berufserfahrung ohne ein Entgelt tätig, so muß weder der juristische Mitarbeiter noch derjenige, für den die Tätigkeit erbracht wird, Sozialabgaben leisten. Im Gegensatz zu den anderen gesetzlichen Versicherungen knüpft die gesetzliche Unfallversicherung, § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, nicht an eine Entgeltlichkeit der Tätigkeit an. Ausreichend ist, daß jemand

²³⁵ Waltermann, S. 82f.

²³⁶ Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v § 610 BGB Rn. 60.

²³⁷ Koller / Roth / Morck, § 82 a HGB; Schmidt, § 17 I 3; Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v § 611 BGB Rn. 60.

²³⁸ Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v § 611 BGB Rn. 60.

überhaupt beschäftigt ist²³⁹. Folglich ist demnach ein Volontär in jedem Falle in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert.

²³⁹ Waltermann, S. 127.

6. Anwaltliches Berufsrecht

Werden Juristen als Rechtsanwälte tätig, so sind die Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts von Belang.

6.1. Entwicklung des Ständerechts und Berufsrechts

Wie Taupitz²⁴⁰ und Ring²⁴¹ bereits hinsichtlich des Ständerechts feststellten, sei dieses in doppelter Weise vom staatlichen Gesetzgeber abhängig: nämlich durch Legitimation des Parlamentes, so daß sich ein eigenständiges Recht innerhalb der Berufe nicht entwickeln kann, sowie durch staatliche Reglementierung bezüglich des Inhalts; einen Freiraum für ständerechtliche Regelungen gibt es nur, soweit und solange der Staat seine höherrangige Legislativkompetenz nicht gebraucht. Die Regelungen für Rechtsanwälte gehen nicht auf sachliche Gründe, sondern historische Gegebenheiten zurück²⁴².

Die Rechtsanwaltsordnung vom 01.07.1878 kannte noch keine Ermächtigung der Rechtsanwaltskammer zum Erlass von anwaltlichem Ständerecht²⁴³. Dem Anwaltstag von 1927 folgend stellte der Deutsche Anwaltverein ein einheitliches „Vademecum“ zusammen²⁴⁴, das vorwiegend als Leitfaden für jüngere Anwälte dienen sollte.

In der Deutschen Demokratischen Republik hatte die Anwaltschaft nicht die Möglichkeit, auf die frühere, vor der Zeit des Nationalsozialismus bestehende Rechtsanwaltsordnung zurückzugreifen und diese, wie in der Bundesrepublik Deutschland, weiterzuentwickeln. Vielmehr wurde die Politisierung der Anwaltschaft und das Ende der freien Advokatur bemerkbar²⁴⁵. Bereits am 15.05.1953 erging die „Verordnung über die Bildung von Kollegien der Rechtsanwälte“; es wurde zwar keine Zwangsmitgliedschaft vorgesehen, aber Neuzulassungen sollte es nur als Anwalt eines Kollegiums geben; zudem wurden Einzelanwälte stärker besteuert, indem die Anwälte eines Kollegiums lediglich der Lohnsteuer des unselbständigen Arbeitnehmers unterfielen²⁴⁶. Innerhalb eines Kollegiums hatte der Vorsitzende die Hauptaufgabe, daß die Anwälte seines Kollegiums ihre politische Aufgabe beim Aufbau des Sozialismus erfüllten²⁴⁷. In der DDR wurde der Rechtsanwalt eines

²⁴⁰ Taupitz, S. 163.

²⁴¹ Ring, DÖV 1989, 838 (842f.).

²⁴² Taupitz, S. 163.

²⁴³ Koch, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 14.

²⁴⁴ Hartung, in: Hartung, Einl. BORA Rn. 1.

²⁴⁵ Ostler, S. 388.

²⁴⁶ GBl 53,725; Ostler, S. 382.

²⁴⁷ Ostler, S. 383.

Kollegiums unterstützt und der Einzelanwalt benachteiligt, da dieser vom Staat nicht gewünscht war. Der Einzelanwalt unterstand dem Justizminister, der die unmittelbare Aufsicht führte, den Anwalt disziplinieren und ihm die Zulassung entziehen konnte²⁴⁸. Mit Rechtspflegeerlass des Staatsrates vom 04.04.1963 wurde „die Rechtsanwaltschaft der DDR eine gesellschaftliche Einrichtung der sozialistischen Rechtspflege“ und damit die politische Aufgabe der Anwaltschaft verdeutlicht²⁴⁹. Die Anwaltschaft in der DDR kannte keine anwaltliche Selbstverwaltung²⁵⁰.

6.1.1. Standesrichtlinien

Die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 01.08.1959 entstand, nachdem der Bundesrechtsanwaltskammer die Aufgabe zugewiesen wurde, Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs aufzustellen. Diese Richtlinien haben jedoch keinen normativen Charakter, sondern damit wird lediglich die Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer über Fragen der Ausübung des Anwaltsberufs festgestellt. Die Überarbeitung und Neufassung der Richtlinien wurde am 2./3. Mai 1963 in der Hauptversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer²⁵¹ gemäß § 177 Abs. 2 BRAO a.F. verabschiedet und brachte die Umbenennung von *Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufes* in *Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts* mit sich.

Die Standesrichtlinien der Rechtsanwälte wurden zum Teil zwar wie ein Gesetz zitiert, jedoch handelte es sich lediglich um widerlegbare Ansichten der Rechtsanwaltschaft und gerade nicht um eine Rechtsschöpfung, wie Hettinger²⁵² rückblickend feststellt. Koch²⁵³ hebt hervor, daß die anwaltlichen Standesrichtlinien nur als Orientierungshilfe und Erkenntnisquellen gewertet wurden, nicht aber als Rechtssätze.

Mit den Beschlüssen vom 14.07.1987 erklärte das Bundesverfassungsgericht²⁵⁴ die Standesrichtlinien für verfassungswidrig, da ihnen eine demokratische Legitimation nicht zugrunde lag, keine Ermächtigung der Bundesrechtsanwaltskammer seitens des Gesetzgebers vorlag bzw. dieser nicht selbst regelte. Die Regelung des § 177 Abs. 2 BRAO a.F. übertrug der Bundesrechtsanwaltskammer lediglich die Aufgabe, Richtlinien aufzustellen, nicht aber eine weitergehende Befugnis²⁵⁵. Im Leitsatz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts²⁵⁶

²⁴⁸ Ostler, S. 383.

²⁴⁹ GBl I,21; Ostler, S. 381, 386.

²⁵⁰ Ostler, S. 387.

²⁵¹ Zuck in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, Einl. Rn. 6.

²⁵² Hettinger, RAK-Mitt. München 2004, 47.

²⁵³ Koch in: Henssler / Prütting, Einl. Rn. 15.

²⁵⁴ BVerfG, NJW 1988, 191 und 194; BVerfGE 76, 171 (196).

²⁵⁵ BVerfG, NJW 1974, 232; BVerfG, NJW 1988, 191 (192).

²⁵⁶ BVerfG, NJW 1988, 191.

heißt es: „Eine rechtserhebliche Bedeutung kommt den Richtlinien nur [...] noch für eine Übergangszeit bis zur Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts zu, soweit ihre Heranziehung unerlässlich ist, um die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege aufrechtzuerhalten.“

6.1.2. Berufsrecht

Der Forderung des Bundesverfassungsgerichtes, das anwaltliche Berufsrecht neu zu ordnen, wurde einige Jahre später nachgekommen. Im Jahr 1994 wurde die Bundesrechtsanwaltsordnung reformiert²⁵⁷. Neben den Regelungen der Rechte und Pflichten für Rechtsanwälte wurde mit §§ 59 b, 191 a – e BRAO eine Ermächtigungsgrundlage für die Satzungsversammlung zum Erlass einer Berufsordnung festgesetzt. Die Satzungscompetenz der Satzungsversammlung umfasst gemäß § 59 b Abs. 2 BRAO verschiedene Regelungsbereiche, die durch Satzungsrecht ausgestaltet werden können. Die Satzungsversammlung kam im September 1995 in Berlin zusammen und verabschiedete am 29.11.1996 die Berufs- und Fachanwaltsordnung. Nach Prüfung durch das Bundesministerium der Justiz gemäß § 191 e BRAO und nach Abschluß der ministeriellen Prüfung ist mit der Meinung des Bundesverfassungsgerichtes²⁵⁸ vom Inkrafttreten der Berufsordnung am 11.03.1997 durch die Veröffentlichung in den Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen²⁵⁹ auszugehen.

Mit der Neuregelung werden die Normen hinsichtlich des Anwaltsberufes nicht mehr als „Standesrecht“, sondern als „Berufsrecht“²⁶⁰ bezeichnet. Somit verdeutlicht bereits die Änderung der Bezeichnung der anwaltlichen Regelungen einen Neuanfang.

6.2. Rechtsnatur anwaltlichen Berufsrechts

Das anwaltliche Berufsrecht erschöpft sich nicht in einem Regelwerk. Das Berufsrecht ist insbesondere in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) sowie der Fachanwaltsordnung (FAO) geregelt, daneben bestehen noch Regelungen zur Vergütung anwaltlicher Tätigkeiten. Im Rahmen des

²⁵⁷ Gesetz zur Neuordnung des Berufsrecht der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2. September 1994, BGBl. 1994 Teil I Nr. 59, S. 2278ff.

²⁵⁸ BVerfG, NJW 2000, 347.

²⁵⁹ Haas / Muhr, Amtliche Bekanntmachung, BRAK-Mitt. 1997, 81; ohne die Streichungen nach der ministeriellen Prüfung, war das Berufsrecht bereits zuvor bekannt, BRAK-Mitt. 1996, 241.

²⁶⁰ Neben der Bundesrechtsanwaltsordnung besteht die Berufsordnung, die ebenso als Berufsrecht oder besser Berufsordnungsrecht bezeichnet wird: Römermann / Hartung, S. 22ff.; Hartung in: Büchting / Heussen, S. 1493 Rn. 1.

grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft kommt den europäischen Berufsregeln Relevanz zu.

6.2.1. Bundesrechtsanwaltsordnung

Die Bundesrechtsanwaltsordnung ist als einfaches Gesetz ausgestaltet. Die Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, das Recht der Anwaltschaft einheitlich zu regeln. Sie beschreibt zunächst den Rechtsanwalt an sich und regelt insbesondere das Verfahren der Zulassung zur Anwaltschaft, §§ 4 - 43 BRAO, die materiellen Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts, §§ 43 – 59 m BRAO, die Funktion der Rechtsanwaltskammern, §§ 60 - 91 BRAO, und der Bundesrechtsanwaltskammer, §§ 175 – 191 e BRAO, und die Anwaltsgerichtsbarkeit, §§ 113 - 174 BRAO.

Mit § 59 b BRAO wurde eine Ermächtigungsnorm geschaffen, die es der Anwaltschaft ermöglicht, auf Satzungsebene genauere Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts zu schaffen.

6.2.2. Berufsordnung für Rechtsanwälte

Als Satzung²⁶¹ ausgestaltet sind die untergesetzlichen Regelungen des Berufsrechts, nämlich die Berufsordnung für Rechtsanwälte und die Fachanwaltsordnungen. Die Berufsordnung reglementiert ebenfalls die anwaltliche Berufsausübung. Eine Juristische Person des öffentlichen Rechts erläßt Satzungen „im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörenden und unterworfenen Personen“²⁶². Die Regelung der Aufgaben erfolgt eigenverantwortlich, wodurch der Abstand zwischen Normgeber und Normadressat verringert wird und zugleich der Gesetzgeber aufgrund der Sachkunde des Satzungsgebers entlastet wird²⁶³. In der Regel sind diejenigen, die die Entscheidungen treffen, zugleich deren Adressaten²⁶⁴. Die Satzungsgewalt darf sich nicht über das Selbstverwaltungsinteresse hinaus auf für die Allgemeinheit relevante Bereiche erstrecken, sondern muß sich im Rahmen der vom Gesetzgeber verliehenen Grenzen bewegen²⁶⁵. Die Regelungen der BORA dienen nicht dem Schutz individueller Interessen und Rechte der Anwälte, sondern einer funktionstüchtigen Anwaltschaft im Rahmen der Rechtspflege²⁶⁶.

²⁶¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 19

²⁶² BVerfGE 10, 20 (50).

²⁶³ BVerfGE 33, 125 (156f.).

²⁶⁴ Kleine-Cosack, S. 105.

²⁶⁵ BVerfGE 33, 125 (147); Bürkle-Storz, S. 108.

²⁶⁶ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl BORA Rn. 12.

Die Satzungsversammlung (§§ 191 a ff. BRAO) wurde aufgrund der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in § 59 b BRAO tätig und erließ die Berufsordnung für Rechtsanwälte, die die bereits in der Bundesrechtsanwaltsordnung festgelegten Rechte und Pflichten konkretisiert. Einzelne Normen der BORA wurden seit Inkrafttreten für verfassungswidrig erklärt (z. B. § 3 Abs. 2 BORA²⁶⁷)²⁶⁸.

6.2.3. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz und Vergütungsverordnung

Für den Rechtsanwalt von besonderer Bedeutung ist das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) mit Vergütungsverzeichnis, Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 5. Mai 2004²⁶⁹. Zuvor rechneten die Rechtsanwälte nach der Bundesrechtsanwaltgebührenordnung ab. Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz trat zum 01.07.2004 in Kraft. Es handelt sich um ein formelles Gesetz, sowohl hinsichtlich der Vergütungsregelungen im Gesetz an sich, als auch hinsichtlich der Vergütungshöhen, die als Vergütungsverzeichnis in der Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG geregelt sind.

6.2.4. Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaften

Der Berufsstand der Anwälte verfügt auf europäischer Ebene über eine Organisation, nämlich den Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne (Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaften – CCBE), Art. 1.3.1. CCBE.

Der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft nahm die Dienstleistungsrichtlinie für Anwälte (77/249/EWG)²⁷⁰ zum Anlaß, Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zu verabschieden. Zu Beginn wurde eine Harmonisierung des Standesrechts angestrebt. Das ließ sich jedoch nicht verwirklichen, so daß lediglich für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr einheitliche europäische Standesregeln²⁷¹ geschaffen wurden, „unabhängig davon, welcher Anwaltschaft der Anwalt angehört“²⁷².

Am 28.10.1988 wurden die Standesregeln der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft einstimmig von den anwaltlichen Delegationen angenommen²⁷³. Auf der Satzungsversammlung am 15./16.02.2001 wurde beschlossen, daß die nun bereits

²⁶⁷ BVerfGE 108, 150.

²⁶⁸ Diese Arbeit beschäftigt sich nicht mit der Fachanwaltsordnung (FAO), die nur für Fachanwälte gilt.

²⁶⁹ BGBl. 2004 Teil I Nr. 21, S. 718ff., 788ff.

²⁷⁰ Lörcher, in: Hartung, Einf CCBE Rn. 6.

²⁷¹ Lörcher, in: Hartung, Einf CCBE Rn. 7.

²⁷² Art. 1.3.1. CCBE.

²⁷³ AnwBl. 1989, 647 Fußnote; Lörcher, in: Hartung, Einf CCBE Rn. 8.

reformierten Berufsregeln des CCBE in der Fassung vom 28.11.1998 auch für die deutsche Anwaltschaft gelten. Mit dem Reyners-Urteil stellt der EuGH²⁷⁴ klar, daß die Tätigkeit eines Rechtsanwalts eine Dienstleistung ist. Somit unterfällt er der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Der EuGH betonte in diesem Zusammenhang die Wettbewerbsförderung und die Marktfreiheit²⁷⁵.

Die CCBE hat zwar keine Regelungskompetenz gegenüber dem einzelnen europäischen Rechtsanwalt, aber die Mitgliedstaaten verpflichteten sich, durch die nationalen Gesetzgeber Regelungen zu erlassen²⁷⁶. Hinsichtlich der deutschen Umsetzung wurden auf der 2. Sitzung der Satzungsversammlung am 15./16.02.2001 die CCBE-Berufsregeln beschlossen²⁷⁷. Die europäischen Berufsregeln, die Satzungsrecht sind, können nur durch Beschluß der Satzungsversammlung im Rahmen der ihr übertragenen Befugnisse implementiert werden²⁷⁸. § 29 BORA wurde geändert und trat am 01. November 2001 in Kraft²⁷⁹. Diese Kollisionsklausel regelt, welche Berufsregeln im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr jeweils anzuwenden sind²⁸⁰. Nach § 26 Abs. 1 BORA finden die CCBE-Berufsregeln Anwendung, wenn Anwälte aus den EU-Mitgliedstaaten oder aus Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums stammen, ansonsten ist § 26 Abs. 2 BORA anzuwenden.

6.3. Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege

Der Ehrgerichtshof bezeichnete den Anwalt in einer Entscheidung von 1882²⁸¹ erstmals als „Organ der Rechtspflege“. Dieser Begriff wurde von diesem Zeitpunkt an von der Literatur aufgegriffen. Die Bundesrechtsanwaltsordnung greift seit ihrem Inkrafttreten am 01.10.1950 in § 1 BRAO auf diese Bezeichnung „Organ der Rechtspflege“ zurück.

Das Leitbild der Bundesrechtsanwaltsordnung ist die Freiheit der Advokatur. Die Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts beruhen auf dem Spannungsverhältnis²⁸² der Freiheit der Advokatur²⁸³ bzw. deren Unabhängigkeit²⁸⁴ und der funktionsfähigen Rechtspflege.

²⁷⁴ EuGH, NJW 1975, 513.

²⁷⁵ Koch, in: Henssler / Prütting, Einl. Rn. 33ff.

²⁷⁶ Lörcher, in: Hartung, Einf CCBE Rn. 12; Weil, AnwBl. 1988, 632.

²⁷⁷ Lörcher, in: Hartung, § 29 BORA Rn. 7.

²⁷⁸ Lörcher, in: Hartung, § 29 BORA Rn. 30, 72.

²⁷⁹ Lörcher, in: Hartung, § 29 BORA Rn. 7.

²⁸⁰ Lörcher, in: Hartung, § 29 BORA Rn. 26, 58.

²⁸¹ Krämer, AnwBl. 1995, 422, Fußn. 3.; Senninger, AnwBl. 1990, 238 (239).

²⁸² Hartung, in: Büchting / Heussen, S. 1494 Rn. 4.

²⁸³ Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn.11.

²⁸⁴ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (423)

6.3.1. „Organ der Rechtspflege“

Organ ist nicht im Sinne von Staatsorgan, Staatsamt²⁸⁵ oder Beamter²⁸⁶ zu verstehen, sondern im Sinne von Werkzeug²⁸⁷ der Rechtspflege im Rahmen des § 3 BRAO²⁸⁸. Neben Richtern und Staatsanwälten, die in die Staatsorganisation eingebunden sind, übt der Rechtsanwalt eigenständig²⁸⁹ und gleichberechtigt²⁹⁰ zu diesen und nicht als „Organ“, sondern im Dienste der Rechtspflege, einen freien und unabhängigen Beruf²⁹¹ aus. Er stellt somit ein unverzichtbares²⁹² Element des rechtsstaatlichen Rechtspflegesystems²⁹³ dar und ist Garant²⁹⁴ für den Zugang zu Recht und Gerechtigkeit. Insoweit besteht ein gewisser Bezug zum Gemeinwohl²⁹⁵. Die Rechtspflege ist zur Wahrung des Rechts wesentlich²⁹⁶. Sie ist Verwirklichung und Vollziehung des Rechts²⁹⁷ und der Ordnung sowie Entscheidung rechtlicher Fragen in einem rechtsstaatlichen Verfahren. Der Rechtsanwalt soll gerade als „Organ der Rechtspflege“ zur Verwirklichung des Rechts beitragen.

In der Literatur bestehen entgegengesetzte Meinungen im Hinblick auf den Rechtsanwalt als „Organ der Rechtspflege“. Diese Bezeichnung wird von Redeker²⁹⁸ als dunkel und schillernd bezeichnet, auch bei Borgmann / Jungk / Grams²⁹⁹ wird festgestellt, daß der Begriff des „Organs der Rechtspflege“ immer wieder genutzt wird, „anwaltliche Rechte und Pflichten mit einer wohlklingenden aber oft fragwürdige Begründung“ zu versehen. Stürner / Bormann³⁰⁰ sehen die Vorstellung des „unabhängigen Organs der Rechtspflege“ immer mehr dem Markt ausgeliefert und damit zu einer inhaltsleeren Worthülse verkommen. Knapp³⁰¹ verlangt sogar die Streichung dieses Begriffs aus der BRAO. Jaeger³⁰² dagegen ist der Auffassung, daß wir der Sache nach das „Organ der Rechtspflege“ brauchen.

²⁸⁵ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (423); Stern, S. 3.

²⁸⁶ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (423); Prütting, AnwBl. 1994, 315 (317).

²⁸⁷ Griechisch *organon* = Werkzeug ([www.babylon.com/definition/Organ_\(Biologie\)/German](http://www.babylon.com/definition/Organ_(Biologie)/German)) (Zugriff am 05.09.2008).

²⁸⁸ Biermann, AnwBl. 1990, 420 (422); Borgmann / Jungk / Grams, S. 14f.; Senninger, AnwBl. 1990, 238 (239)

²⁸⁹ BVerfGE 63, 266 (284); BVerfG, NJW 1983, 1535 (1536).

²⁹⁰ BVerfGE 63, 266 (284); Henssler, AnwBl. 2004, 458; Stern, S. 13

²⁹¹ BVerfGE 34, 293 (302f.); Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 21; Stern, S. 8.

²⁹² Henssler, AnwBl. 2004, 458.

²⁹³ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (423ff.); Zuck, AnwBl. 1990, 589 (591).

²⁹⁴ Henssler, AnwBl. 2004, 458 (459); Streck, AnwBl. 2000, 335; Zuck, AnwBl. 1990, 589 (591).

²⁹⁵ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (424).

²⁹⁶ Stern, S. 13.

²⁹⁷ Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 2; Redecker, NJW 1987, 2610 (2612).

²⁹⁸ Redeker, NJW 1987, 2610 (2612).

²⁹⁹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 12.

³⁰⁰ Stürner / Bormann, NJW 2004, 1481 (1483).

³⁰¹ Knapp, S. 128.

³⁰² Jaeger, NJW 2004, 1(7).

In der Rechtsprechung wurde der Anwaltsberuf vom Bundesverfassungsgericht zunächst als „staatlich gebundener Vertrauensberuf“ und „amtsähnlich“ bezeichnet³⁰³. Davon rückte das Bundesverfassungsgericht jedoch wieder ab und stellte klar, daß sich nicht herleiten ließe, daß der „freie und durch das Grundrecht der Berufsfreiheit geschützte Anwaltsberuf entgegen der rechtsstaatlichen Tradition der freien Advokatur an die Staatsorganisation herangeführt, beamtenrechtlichen Treuepflichten unterworfen oder berufsrechtlich der Stellung von Richtern und Staatsanwälten angeglichen werden sollte“³⁰⁴. In darauffolgenden Entscheidungen hebt das Bundesverfassungsgericht³⁰⁵ immer wieder die Bedeutung der freien Advokatur und der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts hervor.

6.3.2. Unabhängigkeit und freier Beruf des Rechtsanwalts

§ 1 BRAO bezeichnet den Rechtsanwalt als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“. Er übt diesen Beruf nicht als Gewerbe aus, sondern als freien Beruf, § 3 Abs. 1, 2 BRAO. Mit der ersten Rechtsanwaltsordnung vom 01.07.1878 entstand das Berufsbild eines unabhängigen, freiberuflich tätigen Rechtsvertreters mit normativ geregelter Pflichtenkatalog und Standesverantwortung zur Wahrung der Interessen seines Mandanten³⁰⁶. Eine Legaldefinition des Begriffs des freien Berufes des Rechtsanwalts existiert nicht.

Die Unabhängigkeit ist ein unangefochtenes, selbstverständliches Wesensmerkmal³⁰⁷ anwaltlicher Berufsausübung, sie gehört zum Kernbereich des Berufes des Rechtsanwalts³⁰⁸. Sie begründet die Glaubwürdigkeit und Vertrauensstellung des Rechtsanwalts³⁰⁹. Jedoch ist die Unabhängigkeit³¹⁰, ohne zu einem schrankenlosen, bedingungslosen Individualismus auszuarten, an den freiheitlichen, demokratischen Rechtsstaat, der diese Unabhängigkeit erst ermöglicht und voraussetzt, gebunden.

Die Bundesrechtsanwaltsordnung sowie die durch die Satzungsversammlung erlassene Berufsordnung für Rechtsanwälte legen die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte fest.

§ 43 a Abs. 1 BRAO schreibt dem Rechtsanwalt vor, keine Bindungen einzugehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden. Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf nach § 1 Abs. 1 BORA selbstbestimmt, frei und unreglementiert aus, soweit dies nicht durch

³⁰³ BVerfG, NJW 1975, 103 (105)

³⁰⁴ BVerfG, NJW 1983, 1535 (1536).

³⁰⁵ BVerfG, NJW 1988, 191 und 194; BVerfG, NJW 1993, 317.

³⁰⁶ Friese, AnwBl. 1985, 601 (602).

³⁰⁷ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 38.

³⁰⁸ BT-Drs. 12/4993, S. 27.

³⁰⁹ Quack, NJW 1975, 1337 (1342).

³¹⁰ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 38.

verfassungskonforme Regelungen im Sinne des Art. 12 GG beschränkt wird³¹¹. Der einzelne soll in den Grenzen der Gemeinverträglichkeit und ohne die Verletzung von Rechten Dritter (abhängige) Arbeit als Beruf frei wählen und ausüben dürfen³¹². Das Bundesverfassungsgericht³¹³ hat festgelegt, daß bei Eingriffen in die anwaltliche Freiheit Art. 20 Abs. 3 GG (Vorbehalt des Gesetzes) zu beachten sei, sowie das sich aus den Grundrechten i. V. m. dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ergebende. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist bei Eingriffen zu beachten. Dies ist gewahrt, soweit der Eingriff zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege³¹⁴ unerlässlich bzw. erforderlich und geeignet ist. Eingriffe sind nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nur „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ mittels Rechtsverordnung oder Satzung zulässig. Somit können sich Berufspflichten nur aus Gesetz oder der Berufsordnung ergeben³¹⁵, nicht aber aus Gewohnheitsrecht³¹⁶, kraft Anscheins³¹⁷ oder Anwaltsvertrages³¹⁸.

6.3.2.1. Unabhängigkeit der Berufsanfänger

Unabhängigkeit bedeutet freien Zugang zum Beruf des Anwalts, wie 1948 von Fischer³¹⁹ diskutiert wurde. Bereits v. Gneist³²⁰ brachte 1867 eine mit der Freiheit der Advokatur, der freien Zugänglichkeit zum Anwaltsberufe zusammenhängenden Bedrohung der anwaltlichen Unabhängigkeit durch „künftige[n] Überfüllung“ zu Sprache.

Der Anwalt hat freien Zugang zum Beruf³²¹. Eine Beschränkung besteht nur durch verfassungskonforme Regelungen der Berufsausübungsfreiheit³²². Art. 12 GG ist die verfassungsrechtliche Grundlage der Freiheit und Unabhängigkeit; Beschränkungen der anwaltlichen Berufsfreiheit sind nur zulässig, soweit diese zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erforderlich sind³²³.

Das Bundesverfassungsgericht hebt hervor, daß es gerade Berufsanfängern nicht möglich sei, keine Bindungen einzugehen: „Wer den Beruf des Rechtsanwalts ergreifen will, muss sich den besonderen Bedingungen des Anwaltsmarktes stellen. Auf diesem besteht eine äußerst

³¹¹ BVerfG, NJW 1979, 1159 (1160); Koch, in: Henssler / Prütting, Vorb § 1 BRAO Rn. 11.

³¹² Stehmann, S. 21.

³¹³ BVerfGE 33 125 (158).

³¹⁴ BVerfGE 76, 171 (189); BVerfG, NJW 1990, 2122 (2123).

³¹⁵ Hartung, in: Büchting / Heussen, S. 1493 Rn. 1; Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 17ff., 20ff.

³¹⁶ BVerfGE 76, 171; BVerfGE 76, 196.

³¹⁷ BVerfGE 76, 171; BVerfGE 76, 196.

³¹⁸ Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 23f.

³¹⁹ Fischer, MDR 1948, 467 (468).

³²⁰ von Gneist, S. 88.

³²¹ Fischer, MDR 1948, 467.

³²² BVerfGE 50, 16 (29).

³²³ BVerfGE 76, 171 (191ff.); Kessal, S. 5.

angespannte Wettbewerbssituation, die sich durch eine wachsende Zahl von Berufsanfängern, die Niederlassungsfreiheit der Europäischen Gemeinschaft und die rechtsberatende Tätigkeit anderer Berufsgruppen (vor allem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) zunehmend verschärft. Bei dieser Sachlage ist die Ausübung eines zweiten Berufs für viele Berufsanfänger unentbehrlich, um den Lebensunterhalt zu sichern, bis ein ausreichender Mandantenstamm oder die erforderliche Bekanntheit erreicht sind. Inkompatibilitätsvorschriften können sich deshalb hier besonders einschneidend auswirken³²⁴.

6.3.2.2. Staatliche Unabhängigkeit

Der Beruf des Rechtsanwalts ist vor allem als ein vom Staat unabhängiger Beruf³²⁵ anerkannt und grundsätzlich ohne staatliche Kontrolle³²⁶, wie bei Richtern und Notaren³²⁷; das Bundesverfassungsgericht betont diese staatliche Unabhängigkeit des freien Berufes des Rechtsanwalts, jedoch ohne diesen Begriff zu definieren.

Diese Unabhängigkeit vom Staat bestand nicht von Anfang an, da die anwaltliche Zulassung im Ermessen des Staates lag sowie eine Disziplinaraufsicht bestand, gegen die sich vor allem Rudolf v. Gneist richtete³²⁸. Heute ist der Anwalt nicht mehr Staatsfunktionär³²⁹. Folglich sind Tätigkeiten im öffentlichen Dienst mit dem Anwaltsberuf unvereinbar³³⁰. Vor staatlichen Eingriffen schützt Art. 12 Abs. 1 GG³³¹, soweit sie nicht dem Leitbild der §§ 1, 3 BRAO entsprechen.

Kleine-Cosack³³² hebt die „Chancen- und Waffengleichheit“ hervor, daß dem Bürger als Rechtssuchendem Rechtskundige zur Verfügung stehen sollen, die seine Interessen ohne staatlichen Einfluß wahrnehmen können. Diese Unabhängigkeit vom Staat macht den Anwalt zu einer Vertrauensperson des Mandanten³³³.

³²⁴ BVerfGE 87, 287 (317); BVerfG, AnwBl. 1993, 120.

³²⁵ BVerfG, NJW 1983, 1535 (1536); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BRAO Rn. 15; Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 11f.; Papier, in: FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V., 111 (113); Prütting, AnwBl. 1994, 315 (317).

³²⁶ BVerfGE 34, 292 (302); 50, 16 (29); 63, 266 (282ff.).

³²⁷ Pfeiffer, BRAK-Mitt. 87, 102 (104).

³²⁸ von Gneist, S. 50 ff.

³²⁹ von Gneist, S. 3; Habscheid, NJW 1962, 1985 (1988); Henssler, AnwBl. 2004, 458 (459).

³³⁰ Borgmann / Jungk / Grams, S. 17.

³³¹ BVerfG, NJW 1983, 1535.

³³² Kleine-Cosack § 1 BRAO Rn. 12.

³³³ Borgmann / Jungk / Grams, S. 16; Taupitz, S. 52f.

6.3.2.3. Gesellschaftsunabhängigkeit

Die größere Gefahr sieht Habscheid³³⁴ in der Abhängigkeit von der Gesellschaft, da jeder Kind seiner Gesellschaft und seiner Zeit sei und damit eine völlige Unabhängigkeit nicht möglich sei. Eine völlige Unabhängigkeit wird vom Anwalt aber gar nicht gefordert. Es ist durchaus gewünscht, daß sich auch Anwälte als Teil der Gesellschaft einbringen. Jedoch verlangt keiner von einem Anwalt, weltanschaulich ungebunden zu sein; dies ist als Grundrecht in Art. 4 und 5 des Grundgesetzes verankert³³⁵. Handelt der Anwalt allerdings ausschließlich im Sinne einer Ideologie, einer parteipolitischen, religiösen oder anderen Vorgabe, verlässt er den ihm zugestandenen Rahmen und handelt nicht mehr unabhängig³³⁶. Probleme ergeben sich nach Pfeiffer³³⁷, wenn die Stellung des Anwalts nach § 3 BRAO nicht mehr sichergestellt ist.

6.3.2.4. Parteiunabhängigkeit

Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bedeutet nicht Unabhängigkeit von privaten Dritten, wie Mandanten, Kollegen oder dem Arbeitgeber³³⁸. Allein durch den Abschluß des Geschäftsbesorgungsvertrages ist der Anwalt dem Mandanten gegenüber verpflichtet, die vereinbarten Leistungen zu erbringen, und ist damit nicht mehr völlig unabhängig.

Der Anwalt ist Interessenvertreter³³⁹ seines Mandanten in dem Sinne, daß er das rechtlich erhebliche Interesse seines Mandanten erkennt und formuliert und nicht das tut, was der Mandant als sein Interesse definiert. Insoweit muß zum Mandanten Unabhängigkeit gewahrt werden³⁴⁰. Eine objektive Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit ist nach Ansicht von Hartstang³⁴¹ dann nicht mehr gegeben, wenn ein Rechtsanwalt von seinem Mandanten persönlich und wirtschaftlich abhängig sei. Pfeiffer³⁴² sieht die Gefahr der Identifikation zwischen Anwalt und Partei, wenn der Anwalt seine Aufgabe nur noch als Interessenvertretung sehe. Borgmann / Jungk / Grams³⁴³ stellen klar heraus, daß ein Anwalt seiner Partei am besten nutze, „wenn er sich nicht mit ihr identifiziert“. Streck³⁴⁴ hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß die Interessenvertretung gerade durch das Gebot der

³³⁴ Habscheid, NJW 1962, 1985 (1989).

³³⁵ BGHSt 24, 235 (237); Grunewald, AnwBl. 2004, 463 (465).

³³⁶ Ahrens, S. 87f.; Hartstang, S. 336ff.

³³⁷ Pfeiffer, BRAK-Mitt. 1987, 102 (104).

³³⁸ Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 4.

³³⁹ Streck, S. 14; Streck, AnwBl. 2000, 335; AnwBl. 2004, 266 (267).

³⁴⁰ Krämer, AnwBl. 1995, 422 (423); Prütting, AnwBl. 1994, 315 (317); Streck, S. 23; Streck, AnwBl. 2000, 335; Streck, AnwBl. 2004, 266 (268).

³⁴¹ Hartstang, S. 330.

³⁴² Pfeiffer, BRAK-Mitt. 1987, 102 (106).

³⁴³ Borgmann / Jungk / Grams, S. 17.

³⁴⁴ Streck, AnwBl. 2004, 266 (268).

Unabhängigkeit des Anwalts begrenzt werde; der Anwalt dürfe nicht zum Handlanger der Mandanten werden. Er³⁴⁵ differenziert zwischen der durchaus gegebenen Abhängigkeit vom Mandanten, von dem er beauftragt wurde, und der notwendigen Distanz³⁴⁶ zum Mandanten, die Unabhängigkeit genannt wird.

Unabhängigkeit vom Mandanten heißt aber nicht, daß der Rechtsanwalt nach Mandatserteilung freie Hand hat. In gewisser Weise ist der Anwalt an seinen Mandanten gebunden: als Beauftragter des Mandanten ist der Rechtsanwalt an Weisungen von dessen Seite gebunden; dieser trägt das Erfolgs- und Kostenrisiko; lediglich unerlaubte, unzulässige und aussichtslose Weisungen muß der Anwalt nicht befolgen bzw. kann davon abweichen, ansonsten bleibt dem Anwalt lediglich, das Mandat niederzulegen oder gar nicht erst anzunehmen³⁴⁷.

6.3.2.5. Persönliche Unabhängigkeit

Anwälte sind überwiegend nicht als Einzelanwalt tätig; meist schließen sich mehrere zusammen. Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bedeutet nicht Unabhängigkeit von Kollegen oder vom Arbeitgeber³⁴⁸. Auch die damit zusammenhängende wirtschaftliche Selbständigkeit eines Rechtsanwalts ist nicht zwingendes Kriterium der Freiberuflichkeit³⁴⁹: nach § 26 BORA kann ein Rechtsanwalt in einem Angestelltenverhältnis tätig werden. Anwälte sind auch häufig als freie Mitarbeiter tätig. In diesem Zusammenhang befürchtet Eylmann³⁵⁰ „die Denaturierung der Unabhängigkeit zur Lebenslüge des Anwaltsstands“. Auch Kleine-Cosack³⁵¹ erkennt, daß von einer Unabhängigkeit im tradierten Sinne insbesondere dann nicht mehr gesprochen werden könne, wenn in Sozietäten wenigen Partnern eine „Heerschar angestellter Juristen“ gegenüber stehe.

Andererseits stellt Eylmann fest, unverzichtbar sei „die Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis [...] für die Ausbildung eines qualifizierten anwaltlichen Nachwuchses“³⁵². Die BORA regelt die Beschäftigung von Rechtsanwälten sowie von juristischen Mitarbeitern. Das Bundesverfassungsgericht³⁵³ hebt gerade für Berufsanfänger hervor, daß es von Vorteil sein kann, zunächst in einer abhängigen Stellung tätig zu sein. Die Stellung des Anwalts als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ hindert ihn nicht, ein

³⁴⁵ Streck, AnwBl. 2000, 335 (337).

³⁴⁶ Hermann, S. 102

³⁴⁷ Borgmann / Jungk / Grams, S. 167.

³⁴⁸ Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 4.

³⁴⁹ Gelking, S. 6.

³⁵⁰ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 14.

³⁵¹ Kleine-Cosack § 1 BRAO Rn. 17.

³⁵² Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 14.

³⁵³ BVerfG, AnwBl. 1993, 120.

weisungsgebundenes persönliches Abhängigkeitsverhältnis³⁵⁴ einzugehen, § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO, § 26 BORA.

Das Angestelltenverhältnis steht nach Koch³⁵⁵ nicht in Widerspruch zur anwaltlichen Unabhängigkeit, die zu wahren ist, soweit sich die persönliche Abhängigkeit gegenüber dem anwaltlichen Dienstherrn lediglich auf die Vergütung und Einordnung in die Betriebsorganisation bezieht. Henssler³⁵⁶ hingegen hat hinsichtlich der Bewahrung der Unabhängigkeit Bedenken, selbst wenn sie lediglich die Büroorganisation betrifft, da der angestellte Anwalt auch hier in Konflikt geraten kann, wenn er sich den Weisungen zu beugen hat. § 26 BORA ermöglicht es ausdrücklich, daß Rechtsanwälte im Angestelltenverhältnis tätig werden können und damit in jedem Falle Weisungen im Bereich der Büroorganisation nachzukommen haben. Dieser Bereich betrifft im übrigen lediglich die technische Organisation eines Kanzleiablaufes, der geregelt werden muß, um eine reibungslose Arbeit aller in der Kanzlei Tätigen zu ermöglichen und zu gewährleisten.

6.3.2.6. Wirtschaftliche Unabhängigkeit

Eng mit der Parteionabhängigkeit verbunden, ist die wirtschaftliche Unabhängigkeit, da der Anwalt gegenüber dem Mandanten Vergütungsansprüche aus Honorarvereinbarung oder Vergütungsverordnung hat. Die Vereinbarung von Erfolgshonoraren³⁵⁷ oder einer quota litis³⁵⁸ waren nach dem bisherigen Wortlaut des § 49 b Abs. 2 S. 1 BRAO a.F. ausnahmslos nicht zulässig. Erfolgshonorare waren in § 49 b Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BRAO a.F. geregelt als „Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird“; eine quota litis war gemäß § 49 b Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BRAO a.F. eine Vereinbarung, nach der „der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält“. Das Verbot wurde damit begründet, daß der Anwalt durch seine Tätigkeit seinen Lebensunterhalt sichern und damit Gewinn erzielen müsse³⁵⁹ und sich nicht durch ein Erfolgshonorar in die Abhängigkeit vom Mandanten zu begeben habe.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung vom 12.12.2006³⁶⁰ die Regelung des § 49 b Abs. 2 BRAO a.F. als nicht verfassungsgemäß beanstandet: Das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare sowie das Verbot der quota litis sind soweit nicht mit Art. 12

³⁵⁴ Henssler, RdA 1999, 38 (40); LAG Düsseldorf, NZA-RR 2002, 567.

³⁵⁵ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 53.

³⁵⁶ Henssler, RdA 1999, 38 (40).

³⁵⁷ BGH NJW 1961, 313 (315); BGH, AnwBl. 2003, 721 m. Anm. Mankowski, AnwBl. 2004, 63 (64).

³⁵⁸ BGHZ 51, 290 (293f.).

³⁵⁹ Kandelhard, BRAK-Mitt. 2002, 203 (205); Quack, NJW 1975, 1337 (1341).

³⁶⁰ BVerfGE, Beschl. v. 12.12.2006, I. Senat, 1 BvR 2576/04.

Abs. 1 GG vereinbar, als keine Ausnahme für den Fall besteht, „daß der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen“³⁶¹. Der Gesetzgeber wurde verpflichtet, bis zum 30.06.2008 eine Neuregelung zu treffen; bis zum Vorliegen einer Neuregelung war die bislang geltende Vorschrift anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht forderte keine vollständige Aufgabe des Verbots von Erfolgshonoraren, sondern lediglich eine verfassungskonforme Ausgestaltung. Für eine vollständige Freigabe von Vereinbarungen von Erfolgshonoraren sprach sich das Gericht nicht aus, da es die Gefahr sah, daß eine „ausschließliche anwaltliche Orientierung am Erfolg der Bemühungen zur Folge habe, daß die unabhängige und kritische Vertretung des Mandanten weniger an dessen Interessen, dem Recht als solchem und den Regeln des Rechtsstaats orientiert sei als vielmehr an wirtschaftlichen Interessen des Rechtsanwalts“³⁶².

Somit war davon auszugehen, daß das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren sowie das Verbot der *quota litis* nicht abgeschafft, sondern lediglich jeweils um Ausnahmetatbestände ergänzt werden, etwa einer Vereinbarung eines Erfolgshonorars für den Fall, daß der Mandant sich ansonsten keinen Rechtsanwalt leisten und seine ihm zustehenden Rechte nicht geltend machen könnte.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat am 14.09.2007 eine Empfehlung in Form eines Gesetzgebungsvorschlags zur Neuregelung des Erfolgshonorars beschlossen³⁶³. An einem generellen Verbot des Erfolgshonorars sollte weiterhin festgehalten werden, und nur ausnahmsweise zugelassen werden, für den Fall, daß erst durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars der Mandant aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen erst ermöglicht wird³⁶⁴. Damit soll lediglich Personen, die sich in einer schwierigen wirtschaftlichen Lage befinden, die Vertretung ihrer rechtlichen Interessen durch einen Rechtsanwalt nicht länger vorenthalten bleiben. Eine generelle Öffnung des Erfolgshonorars war nicht beabsichtigt; somit droht keine wirtschaftliche Abhängigkeit des Rechtsanwalts vom Mandanten.

Die Neuregelung zu den anwaltlichen Erfolgshonoraren wurde am 25.04.2008 vom Bundestag verabschiedet. Den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts wurde mit der Neufassung des § 49 b Abs. 2 BRAO entsprochen, da das absolute Verbot von

³⁶¹ BVerfGE, Beschl. v. 12.12.2006, I. Senat, 1 BvR 2576/04.

³⁶² BVerfGE, Beschl. v. 12.12.2006, I. Senat, 1 BvR 2576/04.

³⁶³ RAK München Mitteilungen, IV/2007, S. 8f.

³⁶⁴ RAK München Mitteilungen, IV/2007, S. 8f.

Erfolgshonoraren gelockert wurde. Der aktuelle Gesetzeswortlaut des § 49 b Abs. 2 BRAO beinhaltet nunmehr lediglich eine Legaldefinition des Erfolgshonorars als „Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält“; die vormals gesonderte Legaldefinition der *quota litis* ist nun in der Legaldefinition der Erfolgshonorar mit beinhaltet. Nunmehr sind Ausnahmetatbestände zum grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars vorgesehen. Ein Erfolgshonorar ist dann unzulässig, „soweit das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nichts anderes bestimmt“. Nach § 4 a Abs. 1 RVG gilt nun: „Ein Erfolgshonorar (§ 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO) darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.“ Mit dieser Regelung können nun Personen, denen weder Prozesskostenhilfe gewährt wird noch eigene finanzielle Mittel für eine anwaltliche Vertretung ihrer rechtlichen Interessen nicht zur Verfügung stehen, im Einzelfall mit einem Rechtsanwalt ein Erfolgshonorar vereinbaren.

Am grundsätzlichen Verbot von Erfolgshonoraren wurde festgehalten. Nach Rabe darf „der Anwalt [darf] nicht zum bloßen Wirtschaftsberater denaturieren mit der Gefahr der Assimilierung, des Verlustes der [...] Unabhängigkeit“³⁶⁵. Wird dem Anwalt vom Mandanten ein großes Honorar geboten und macht er ihn sich damit gefügig³⁶⁶, ist die Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet. Ein Anwalt, der wirtschaftlich abgesichert ist, unterliegt weniger der Gefahr, rechtlich nicht annehmbaren Wünschen eines Mandanten zu entsprechen, als ein Anwalt, dessen wirtschaftliche Existenz von jedem einzelnen Mandanten abhängt³⁶⁷. Der Justitiar, der als selbständiger Rechtsanwalt sämtliche rechtliche Angelegenheiten seines Mandanten bearbeitet, darf nicht in eine wirtschaftliche Abhängigkeit von diesem Mandanten geraten³⁶⁸.

Grunewald³⁶⁹ sieht die Unabhängigkeit nicht gefährdet, wenn der Umsatz im wesentlichen von einem Mandanten abhängt, da der Anwalt im Gegensatz zu Wirtschaftsprüfern nicht im öffentlichem Interesse, sondern im Interesse seines Mandanten seine Tätigkeit ausübe. Bei

³⁶⁵ Rabe, in: FS für Walter Oppenhoff, S. 299, 309.

³⁶⁶ Streck, AnwBl. 2004, 266 (268).

³⁶⁷ von Schweinitz, S. 52.

³⁶⁸ von Lewinski, S. 24.

³⁶⁹ Grunewald, AnwBl. 2004, 463 (464).

Feuerich³⁷⁰ wird die wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht gesondert behandelt und Koch³⁷¹ spricht sie gar nicht an. Kleine-Cosack³⁷² geht explizit nur auf die Staatsunabhängigkeit ein und stellt weitere Formen lediglich als „sonstige Unabhängigkeit“ dar; er bezeichnet die Herausstellung dieser Unabhängigkeit als Pathos, über das die Literatur nicht hinwegkomme.

6.3.2.7. Fachliche Unabhängigkeit

Die fachliche Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit machen gerade den Beruf des Rechtsanwalts aus³⁷³. Geistige Abhängigkeit und Druck seitens des Arbeitgebers können zu Konflikten führen³⁷⁴.

Koch³⁷⁵ bezeichnet die Unabhängigkeit als das „höchste Gut“ und plädiert dafür, sie „in dieser Rigorosität aufrechtzuerhalten“. Nach dieser Auffassung ist an erster Stelle die berufliche, fachliche Unabhängigkeit zu wahren. Henssler³⁷⁶ hebt hervor: „Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes bedeutet damit in einer modernen zeitgerechten Interpretation zum einen die persönliche Unabhängigkeit von staatlichen Organen, zum anderen aber auch die fachliche Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit in der spezifisch anwaltlichen Tätigkeit“. Die fachliche Unabhängigkeit bezieht sich sowohl auf angestellte Anwälte, freie Mitarbeiter, Scheinselbständige als auch auf arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse³⁷⁷. Sobald sich ein Jurist als Rechtsanwalt zulässt, unterliegt er dem anwaltlichen Berufsrecht, sei es als ein beschäftigter Rechtsanwalt oder als Dienstherr.

Im Angestelltenverhältnis darf auf den bearbeitenden Rechtsanwalt kein Druck ausgeübt werden, nach außen eine Rechtsauffassung zu vertreten, die seiner Überzeugung zuwiderläuft; derartige Weisungen sind unzulässig und unbeachtlich³⁷⁸.

Moll hingegen teilt diese Auffassung nicht. Nach seiner Auffassung heißt Unabhängigkeit im Sinne des § 1 BRAO nicht Abwesenheit von Weisungen, sondern lediglich Staatsunabhängigkeit, Gesellschafts- und Parteiunabhängigkeit³⁷⁹. Er sieht keine Gefahr des Konfliktes zwischen arbeitsrechtlichem Direktionsrechts und der Stellung als Rechtsanwalt.

³⁷⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BRAO Rn. 16.

³⁷¹ Koch in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 36ff.

³⁷² Kleine-Cosack, § 1 BRAO Rn. 15f.

³⁷³ Henssler, RdA 1999, 38 (39f.).

³⁷⁴ Hermann, S. 115.

³⁷⁵ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 54.

³⁷⁶ Henssler, RdA 1999, 38 (40); ebenso zitiert bei Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 54.

³⁷⁷ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 54.

³⁷⁸ Fuhrmann, S. 127ff.; Henssler, RdA 1999, 38 (39f.); Knief, AnwBl. 1985, 58 (59).

³⁷⁹ Moll, in: Henssler / Streck, S. 804.

6.4. Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts

Das anwaltliche Berufsrecht in der BRAO regelt verschiedene Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts, §§ 43 – 59 m BRAO. Insbesondere sind die Generalklausel des § 43 BRAO und § 43 a BORA mit den allgemeinen Berufspflichten hervorzuheben, die die BORA noch näher ausgestaltet.

6.4.1. Allgemeine Berufspflicht

§ 43 BRAO ist überschrieben mit „Allgemeine Berufspflicht“. Dieser Paragraph des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet und verpflichtet den Rechtsanwalt zu gewissenhafter Ausübung seines Berufes. Laut ständiger Rechtsprechung³⁸⁰ bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Generalklauseln; eine Umschreibung in einer Generalklausel³⁸¹ ist zulässig, da eine erschöpfende Aufzählung der Berufspflichten, die den Berufsangehörigen im allgemeinen bekannt sind, unmöglich ist. An der Generalklausel des § 43 BRAO wurde somit festgehalten³⁸².

Nach h. M. können jedoch spezielle Berufspflichten durch die Generalklausel des § 43 BRAO nicht begründet werden³⁸³. Eine Berufspflicht aus sich heraus, ohne Bezug zu anderen Normen, kann die Generalklausel nach h. M. der Literatur³⁸⁴ nicht konkretisieren. Der pflichtenkonstituierende Charakter des § 43 BRAO ist mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes³⁸⁵ weggefallen.

Die allgemeine Berufspflicht § 43 BRAO wird durch konkret geregelte Pflichten abgelöst - ohne selbständige Bedeutung in diesem Zusammenhang -, wobei auf die Regelung des § 113 Abs. 1 BRAO, der einen Verstoß gegen die „in diesem Gesetz oder in der Berufsordnung“ bestimmten anwaltlichen Pflichten vorschreibt, verwiesen werden kann³⁸⁶. Neben der Generalklausel des § 43 BRAO wurden mit den Regelung des § 43 a BRAO statusbildende Grundspflichten ins Gesetz aufgenommen. Bestimmte anwaltliche Berufspflichten sind auch in anderen Gesetzen geregelt (z.B. §§ 204, 352, 356 StGB)³⁸⁷. Unter Beachtung des § 113 Abs. 2 BRAO verbietet es die Gesetzssystematik³⁸⁸ nicht, auf Berufspflichten

³⁸⁰ BVerfGE 66, 337 (355); BVerfG, AnwBl. 1991, 45 (46); BVerfG, NJW 1988, 191 (192); BVerfG, NJW 1988, 194 (195); BVerfG, NJW 1990, 2122 (2123).

³⁸¹ AP ZPO § 337 Nr. 4; Bultmann, AnwBl. 2003, 607.

³⁸² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7.

³⁸³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 8, 17, 18; Römermann / Hartung, S. 89; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7.

³⁸⁴ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 8; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7; Grunewald / Piepenstock, MDR 2000, 869 (871).

³⁸⁵ BVerfG, NJW 1988, 191ff.; BVerfG, NJW 1988, 194ff.

³⁸⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7.

³⁸⁷ Eylmann, in: Henssler / Prütting, Vorb § 43 BRAO Rn. 5; Römermann / Hartung, S. 86.

³⁸⁸ Grunewald / Piepenstock, MDR 2000, 869 (871).

zurückzugreifen, die außerhalb der BRAO und BORA liegen. Die speziellen Berufspflichten werden in andere Vorschriften als der Generalklausel (§ 43 BORA) geregelt. Die Generalklausel wird somit durch diese Regelungen ausgefüllt: Soweit berufsbezogene Pflichten außerhalb der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelt sind, kommt § 43 BRAO als sog. Transportnorm³⁸⁹ zur Anwendung.

Über die Funktion des § 43 BRAO als Transportnorm erhalten die Vorschriften außerhalb der Bundesrechtsanwaltsordnung, die berufsrechtliche Pflichten regeln, den Charakter einer Berufspflicht. Unbedingte Voraussetzung dabei ist das Bestehen einer Norm außerhalb der BRAO mit Bezugspunkt zum freiberuflichen Status des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“; damit soll eine Instrumentalisierung des Berufsrechts für andere Zwecke und ein Missbrauch mit dem Ziel, die anwaltliche Tätigkeit einzuschränken, vermieden werden³⁹⁰. Soweit Normen eine anwaltliche Berufspflicht nicht enthalten, können diese gemäß der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁹¹ nicht zur Ausfüllung des § 43 BRAO zur Festlegung und Konkretisierung von Rechten und Pflichten von Rechtsanwälten herangezogen werden.

Kleine-Cosack³⁹² schließt grundsätzlich einen Rückgriff auf § 43 BRAO aus, soweit der Satzungs- bzw. Gesetzgeber gerade auf eine Berufspflicht verzichten wollte. Ein Rückschluß vom Schweigen des Gesetzgebers auf die Anwendbarkeit des § 43 BRAO kann nach Kleine-Cosack³⁹³ nicht ohne weiteres gezogen werden, auch nicht, wenn nach § 59 a BRAO die Regelungskompetenz besteht, von ihr aber kein Gebrauch gemacht wurde. Dieses Schweigen drücke gerade den Willen aus, nichts regeln zu wollen. Einen geringen, aber dennoch bestehenden Anwendungsbereich des § 43 BRAO sieht Kleine-Cosack für den Fall, daß aufgrund der beschränkten Satzungscompetenz nach § 59 b BRAO eine Regelung nicht im Katalog der enumerativ abschließend bestimmten³⁹⁴ Regelungsgegenstände aufgenommen ist³⁹⁵, die Satzungsversammlung Verhaltensweisen nicht regeln konnte, nicht behandelt bzw. übersehen hat oder neuartige Verhaltensweisen sich erst ergaben, die einer berufsrechtlichen

³⁸⁹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 7; Feuerich spricht von Überleitungsnorm, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 8ff.; Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 6; Jähne spricht von Transformationsnorm: NJW 1988, 1888 (1889); ebenso Hartung, in: Hartung, Einf BORA Rn. 19; Zuck spricht von Transmissionsnorm: MDR 1996, 1204 (2111).

³⁹⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 8; Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 6.

³⁹¹ BVerfG NJW 1988, 194 (195); Grunewald / Piepenstock, MDR 2000, 869 (871).

³⁹² Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 12.

³⁹³ Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 15.

³⁹⁴ Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 22; Koch, in: Henssler / Prütting, § 59 b BRAO Rn. 15.

³⁹⁵ Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 13.

Sanktion bedürfen³⁹⁶. Kleine-Cosack³⁹⁷ ist hinsichtlich § 43 BRAO der Ansicht, daß „ein solcher Auffangtatbestand auch schwer verzichtbar“ ist, gerade vor dem Hintergrund der abschließend bestimmten Berufsordnung Bundesrechtsanwaltsordnung. Insoweit sei auf den Willen des Satzungsgebers und dessen Wissen bei Erlaß der Satzungsnormen abzustellen.

Feuerich³⁹⁸ vertritt demgegenüber die Auffassung, daß § 43 BRAO durch andere Regelungen der BRAO oder der BORA konkretisiert werden müsse - § 43 BRAO ist nur noch mit Hilfe anderer Normen auslegungsfähig; die Berufspflichten könnten nach Ansicht von Feuerich auch durch andere, nicht anwaltsspezifische Pflichten näher inhaltlich ausgeführt werden.

Ein Unterschied dieser Ansichten ist dann erkennbar, wenn eine planwidrige Lücke der Berufsordnung vorliegt. Mit der Ansicht von Kleine-Cosack ist in diesem Falle eine Berufspflicht aus der Generalklausel des § 43 BRAO als Auffangtatbestand abzuleiten.

Hinsichtlich eines Eingriffes verlangt das Bundesverfassungsgericht³⁹⁹ stets die Beachtung des Bestimmtheitsgebots, so daß die Rechtslage erkennbar ist und das Verhalten sich danach orientieren kann. Diese Orientierung wäre nicht mehr gegeben, wenn § 43 BRAO als Auffangnorm angewendet würde. Der Rechtsanwalt wäre damit überfordert, da dieser prüfen müsste, ob eine unbewusste Regelungslücke und damit trotz Nicht-Regelung ein berufsrechtswidriges Verhalten seinerseits vorliegt⁴⁰⁰.

Andere Ansichten⁴⁰¹ als die von Kleine-Cosack, die § 43 BRAO dahingehend betrachten, daß die Generalklausel aus sich heraus keine Berufspflicht festsetzen kann, kommen im Falle einer unbeabsichtigten Lücke im Berufsrecht zu keiner Sanktion. Der Rechtsanwalt muß sich im Fall einer planwidrigen Lücke auf die Rechtssicherheit berufen können und davon ausgehen können, daß er keiner Berufspflicht unterliegt⁴⁰². Selbst wenn die Satzungsversammlung eine Regelung übersehen hat, ist eine Ableitung einer Berufspflicht aus § 43 BRAO unzulässig. Lediglich die Satzungsversammlung (§ 59 b BRAO) kann „fehlende“

³⁹⁶ Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 15.

³⁹⁷ Kleine-Cosack, § 43 BRAO Rn. 3, § 59 b Rn. 22; auch Kilian, S. 105, spricht von Auffangfunktion des § 43 BRAO.

³⁹⁸ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7f.

³⁹⁹ BVerfGE 54, 237 (247f.); BVerfGE 87, 287 (316ff.).

⁴⁰⁰ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Fußn. 33.

⁴⁰¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 8; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 BRAO Rn. 7; Grunewald / Piepenstock, MDR 2000, 869 (871).

⁴⁰² BT-Drs. 12/4993, S. 35; Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 17; Hartung, in: Hartung, § 43 BRAO Rn. 10.

Normen schaffen und eine Berufspflicht einführen, über die eine Sanktion verhängt werden kann⁴⁰³.

Die Auffassung von Kleine-Cosack, § 43 BRAO als Auffangtatbestand zu charakterisieren, ist als zu weitgehend abzulehnen. Hartung⁴⁰⁴ vertritt zutreffend die Ansicht, daß aus § 43 BRAO keine weiteren Berufspflichten isoliert herauszulesen sind, da ansonsten eine abschließend bestimmte Satzungscompetenz ohne Sinn wäre.

6.4.2. Grundpflichten des Rechtsanwalts

Neben der Generalklausel des § 43 BRAO, der die „Allgemeinen Berufspflichten“ eines Anwalts regelt, besteht der mit der Novelle von 1994 eingeführte § 43 a BRAO, der die berufsrechtlichen „Grundpflichten des Rechtsanwalts“ regelt. Damit haben die speziellen Regelung des § 43 a BRAO und die BORA Vorrang vor § 43 BRAO⁴⁰⁵.

In § 43 a BRAO sind „Grundpflichten des Rechtsanwalts“ geschaffen, die nach § 59 b BRAO von der Satzungsversammlung (§§ 191 a-e BRAO) in der Berufsordnung weiter konkretisiert wurden. Insbesondere sind hervorzuheben die Pflicht zur Verschwiegenheit, § 43 a Abs. 1 BRAO, das Gebot der Sachlichkeit, § 43 a BRAO, und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, § 43 a Abs. 4 BRAO. Diese haben vor allem auch Bedeutung bei zusammenschlossener Berufsausübung. Eine genauere Ausgestaltung erfahren diese Normen in der BORA, wie beispielsweise die Regelung zur Verschwiegenheit, § 2 BORA, und die Regelung zu widerstreitenden Interessen, § 3 BORA.

6.4.3. Berufliche Unabhängigkeit

§ 43 a Abs. 1 BRAO untersagt dem Rechtsanwalt, Bindungen einzugehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden. Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts ist eine entscheidende Komponente dieses Berufsbildes, da hierauf das Vertrauen⁴⁰⁶ der Mandanten beruht. Bereits in § 1 BORA wird die Stellung des Rechtsanwalts als selbstbestimmt, unreglementiert (Abs. 1) und unabhängig (Abs. 3) bezeichnet. Unter den Grundpflichten des Rechtsanwalts wird die Unabhängigkeit an erster Stelle erwähnt, § 43 a Abs. 1 BRAO und in der Berufsordnung erneut unter § 1 BORA mit der Bezeichnung „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ vorangestellt. Der Bundesgerichtshof⁴⁰⁷ hebt hervor, daß bei Verlust der

⁴⁰³ Hartung, in: Hartung, § 43 BRAO Rn. 10.

⁴⁰⁴ Hartung, in: Hartung, § 43 BRAO Rn. 10.

⁴⁰⁵ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 5.

⁴⁰⁶ Hermann, S. 102; Taupitz, S. 52f.

⁴⁰⁷ BGH, NJW 1999, 1715 (1716).

Unabhängigkeit „nicht mehr von einer gleichwertigen und gleichberechtigten Partnerschaft des Rechtsanwalts mit den anderen an der Rechtspflege beteiligten Organen gesprochen“ werden könne.

Ursprünglich war insbesondere die Freiheit von staatlichen Bindungen Hauptanliegen, bis sich ein Wandel bis heute dahingehend vollzogen hat, daß die Unabhängigkeit gegenüber jedermann als Voraussetzung anwaltlicher Tätigkeit gesehen wird⁴⁰⁸.

Unabhängigkeit⁴⁰⁹ besteht in dem Maße, in dem es dem Rechtsanwalt möglich ist, seine Tätigkeit in Übereinstimmung mit anwaltlichen Rechten und Pflichten auszuüben. Dies drückt aus, daß es in der Rechtswirklichkeit zu unvermeidbaren Abhängigkeiten und Bindungen kommt⁴¹⁰. Ein Rechtsanwalt muß ständig rechtliche und tatsächliche Bindungen bei seiner Arbeit eingehen⁴¹¹.

6.4.3.1. Rechtliche Bindungen

Die Unabhängigkeit wird beeinflusst, wenn ein Rechtsanwalt einen Vertrag als Angestellter abgeschlossen hat, wobei zwischen anwaltlichem und nicht-anwaltlichem Arbeitgeber zu unterscheiden ist⁴¹². Letzteres trifft auf den Syndikusanwalt zu. Der Syndikusanwalt (§ 46 BRAO) hat eine Doppelstellung, da er in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu seinem Arbeitgeber steht und zugleich als Rechtsanwalt eine unabhängige Stellung innehat⁴¹³. Ist ein Rechtsanwalt bei einem Kollegen beschäftigt, so ist dies heute unbestritten zulässig⁴¹⁴. Im Angestelltenverhältnis erzeugt das Direktionsrecht die größten Spannungen mit Blick auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts⁴¹⁵. Als angestellter Rechtsanwalt bei einem Kollegen oder als angestellter Syndikusanwalt hat der Rechtsanwalt den sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden rechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.

Im freien Mitarbeiterverhältnis unterliegt der beschäftigte Rechtsanwalt keiner Weisungsgebundenheit⁴¹⁶ und damit insoweit auch keinen rechtlichen Bindungen.

⁴⁰⁸ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 1ff.

⁴⁰⁹ Bissel, S. 40.

⁴¹⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 6; Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 8.

⁴¹¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 9ff.; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 6; Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 9.

⁴¹² Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 10.

⁴¹³ BGHZ 33, 276 (279); Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 11.

⁴¹⁴ BGHZ 65, 238; Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 12; Fuhrmann, S. 89.

⁴¹⁵ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 18.

⁴¹⁶ BGH, BRAK-Mitt. 1986, 166.

6.4.3.2. Tatsächliche Bindungen

Im Gegensatz zu rechtlichen Bindungen ziehen tatsächliche Bindungen⁴¹⁷ keine rechtlichen Verpflichtungen nach sich, sie nehmen aber in moralischer, psychologischer, wirtschaftlicher, sozialer oder gesellschaftlicher Art Einfluß; tatsächliche Bindungen entziehen sich zudem jeglicher Kontrolle und damit auch der Sanktionsfähigkeit⁴¹⁸. Beispielsweise liegen tatsächliche Bindungen zum Mandanten vor, umso mehr, je mehr der Mandant zum wirtschaftlichen Umsatz beiträgt⁴¹⁹. Eine solche tatsächliche Bindung des Rechtsanwalts kann zur Abhängigkeit führen.

6.4.4. Verpflichtung zur Verschwiegenheit

Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist eine der „tragenden Säulen des Anwaltsberufs“⁴²⁰. Sie ist in § 43 a Abs. 2 BRAO geregelt und in § 2 BORA gem. § 59 b Abs. 2 Nr. 1 c BRAO näher konkretisiert. Diese „wichtigste Grundpflicht“⁴²¹ anwaltlichen Arbeitens bildet die Grundlage des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant⁴²². Das Interesse des Mandanten, daß seine Angaben gegenüber dem Rechtsanwalt von diesem verschwiegen werden, resultiert bereits aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG⁴²³.

6.4.4.1. Inhaltlicher Umfang

Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht des § 43 a Abs. 2 BRAO geht weit über die strafrechtlich sanktionierte Pflicht aus § 203 StGB hinaus⁴²⁴. § 203 StGB erstreckt sich nur auf „fremde Geheimnisse“. § 43 a Abs. 2 BRAO dagegen bezieht sich auf alles, was dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist⁴²⁵. Maßgeblich ist lediglich, daß der Anwalt die Informationen „in Ausübung seines Berufes“⁴²⁶ erfährt, § 2 Abs. 2 BORA; Im übrigen ist irrelevant, auf welche Art und Weise der Rechtsanwalt Kenntnis erlangt oder was der Inhalt der Information ist⁴²⁷. Wird etwas ausschließlich privat bekannt, unterfällt dies

⁴¹⁷ Siehe oben „Gesellschaftsunabhängigkeit“, „Parteiunabhängigkeit“, „persönliche Unabhängigkeit“, „wirtschaftliche Unabhängigkeit“.

⁴¹⁸ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 24; Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 10.

⁴¹⁹ Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 10.

⁴²⁰ Hartung, in: Hartung / Holl, § 43 a BRAO Rn. 21; Hartung, in: Büchting / Heussen, S. 1495 Rn. 11.

⁴²¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 33.

⁴²² BT-Drs. 12/4993, S. 27; Hartung, in: Hartung / Holl, § 43 a BRAO Rn. 24; Henssler, NJW 1994, 1817 (1818).

⁴²³ Kilian, S. 84.

⁴²⁴ BT-Drs. 12/4993, S. 27; Henssler, NJW 1994, 1817 (1818).

⁴²⁵ BT-Drs. 12/4993, S. 27.

⁴²⁶ Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 17; Henssler, NJW 1994, 1817 (1823).

⁴²⁷ Römermann / Hartung, S. 93.

nicht der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts⁴²⁸. Tatsachen, die offenkundig⁴²⁹ sind, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen⁴³⁰ und Informationen, die öffentlich⁴³¹ zugänglich sind, werden von § 43 a Abs. 2 BRAO nicht erfaßt.

6.4.4.2. Zeitlicher Umfang

Die Verschwiegenheitspflicht endet nicht mit Beendigung des Mandats oder Rückgabe der Zulassung, sondern besteht darüber hinaus weiter, § 2 Abs. 2 BORA. Auch über den Tod des Mandanten hinaus ist der Rechtsanwalt grundsätzlich weiter zur Verschwiegenheit verpflichtet. Als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts erlischt das Verfügungsrecht des Mandanten mit dessen Tod und geht nicht auf dessen Erben über, somit ist der Rechtsanwalt gegenüber den Erben grundsätzlich nicht berechtigt, Auskunft zu geben⁴³².

6.4.4.3. Betroffener Personenkreis

Die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gilt gegenüber jedermann⁴³³, selbst wenn auch diese Person, z.B. ein Rechtsanwalt, wieder zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Verstößt der Rechtsanwalt gegen die Verschwiegenheitspflicht, folgt darauf eine berufsaufsichliche Maßnahme, §§ 43, 74, 113 Abs. 1 BRAO. Liegt eine schuldhaftes Pflichtverletzung eines Rechtsanwalts vor, eine Verletzung von Pflichten, die sich aus der BRAO und der BORA, gegebenenfalls in Verbindung mit sonstigen Vorschriften, ergeben, so wird eine Rüge des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer (§ 74 BRAO) oder eine anwaltsgerichtliche Maßnahme verhängt (§ 113 BRAO). Als anwaltsgerichtliche Maßnahmen kommen nur Maßnahmen des § 114 BRAO in Betracht: die Warnung (Nr. 1), der Verweis (Nr. 2), die Geldbuße bis € 25.000,00 (Nr. 3), das Verbot, auf bestimmten Rechtsgebieten als Vertreter und Beistand für die Dauer von einem Jahr bis fünf Jahre tätig zu werden (Nr. 4) sowie die Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft (Nr. 5).

Auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter ist die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht des § 43 a Abs. 2 BRAO nicht unmittelbar anzuwenden, da sich diese Vorschrift nur an Rechtsanwälte richtet. Die BRAO richtet sich an Rechtsanwälte, andere Personen werden

⁴²⁸ Römermann / Hartung, S. 93.

⁴²⁹ Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 23.

⁴³⁰ Römermann / Hartung, S. 93.

⁴³¹ Henssler, NJW 1994, 1817 (1823); Kilian, S. 86.

⁴³² Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 67; Zuck, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 42 RiLi Rn. 11ff.

⁴³³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 54ff.

nicht unmittelbar zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch die BORA als Satzung kann nicht unmittelbar zu Lasten von Nicht-Kammermitgliedern gelten. Die Satzungsversammlung kann sich lediglich an Mitglieder richten, also nur an Rechtsanwälte und nicht unmittelbar an außenstehende Dritte. Es entstünde aber eine Lücke und würde dem Sinn und Zweck der Verschwiegenheitspflicht nicht gerecht werden, wenn lediglich der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet wäre, aber die mit ihm zusammenarbeitenden nicht-anwaltlichen Mitarbeiter, die wie der Anwalt über dieselben sensiblen Informationen und Daten der Mandanten verfügen, diese nach außen tragen und damit die Verschwiegenheit des Anwalts unterlaufen könnten. Ob nun ein Arbeitnehmer „als Hilfskraft in den Herrschaftsbereich eines anderen eingebunden“⁴³⁴ und als ein „Glied eines größeren Ganzen“⁴³⁵ oder ein freier Mitarbeiter für den Rechtsanwalt tätig ist, macht hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht keinen Unterschied. Der beschäftigende Rechtsanwalt muß seine Kanzleimitarbeiter zur Verschwiegenheit, in dem Sinne, wie ein Rechtsanwalt sie zu befolgen hat, „ausdrücklich [zu] verpflichten und an[zuh]alten“, § 43 a Abs. 2 BRAO i.V.m. § 2 Abs. 4 BORA. Über § 2 Abs. 4 BORA unterliegen die Mitarbeiter der Verschwiegenheitspflicht wie ein Rechtsanwalt nach § 203 Abs. 3 StGB⁴³⁶. Die Gehilfenstellung des Rechtsreferendars ergibt sich bereits aus § 203 Abs. 3 StGB und § 53 a StPO⁴³⁷. Die Pflicht der Kanzleimitarbeiter zu schweigen, leitet sich von der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts ab⁴³⁸. Unerheblich ist, welchen Status die nicht-anwaltlichen Mitarbeiter innehaben, da alle Personen, die bei der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts mitwirken, die Pflicht zur Verschwiegenheit zu wahren haben. Reinigungspersonal und technischer Wartungsdienst in einer Kanzlei sind zwar nicht inhaltlich für den Rechtsanwalt tätig, aber sie erlangen dennoch Kenntnis von Mandantendaten, wie z. B. über die Akten, auf denen die Namen der Mandanten vermerkt sind. Denn schon die Tatsache, daß eine Person in einem Mandatsverhältnis zu einem Rechtsanwalt steht, fällt bereits unter die Verschwiegenheitspflicht. Um zu verhindern, daß sensible Daten nach außen dringen, sind auch Reinigungspersonal und technischer Wartungsdienst vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten⁴³⁹.

In der Regel werden Verschwiegenheitsverpflichtungserklärungen der Mitarbeiter abgegeben⁴⁴⁰ und die Belehrungen vom Belehrteten abgezeichnet⁴⁴¹. Dies erfolgt im Rahmen

⁴³⁴ Fuhrmann, S. 78.

⁴³⁵ Fuhrmann, S. 78.

⁴³⁶ Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 27.

⁴³⁷ Pfordte / Gotzens, BRAK- Mitt. 1997, 82 (84).

⁴³⁸ Pfordte / Gotzens, BRAK- Mitt. 1997, 82.

⁴³⁹ a.A.: Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 51; Pfordte / Gotzens, BRAK- Mitt. 1997, 82 (84).

⁴⁴⁰ Römermann / Hartung, S. 92.

⁴⁴¹ Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 27; Pfordte / Gotzens, BRAK- Mitt. 1997, 82 (85).

einer dienstvertraglichen Vereinbarung⁴⁴² oder einer gesonderten Verschwiegenheitsverpflichtung des nicht-anwaltlichen Mitarbeiters. Verstößt ein Mitarbeiter dennoch gegen die Schweigepflicht, wirkt sich dies nicht auf den Rechtsanwalt aus, sondern wird strafrechtlich gem. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB verfolgt⁴⁴³.

6.4.4.4. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Die Pflicht zur Verschwiegenheit wird in bestimmten Ausnahmesituationen aufgehoben. Der Mandant selbst kann den Rechtsanwalt jederzeit von der Schweigepflicht entbinden und die Offenlegung der Informationen fordern⁴⁴⁴.

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit wird ohne Zustimmung des Mandanten dann aufgehoben, wenn das Recht aus Gründen des Gemeinwohls einzuschränken ist⁴⁴⁵. Dies liegt vor, wenn die Verschwiegenheitspflicht mit anderen Rechtsgütern und Interessen kollidiert und im Wege der Güterabwägung letztlich die Verschwiegenheitspflicht weniger schutzwürdig ist⁴⁴⁶. Erhält der Anwalt beispielsweise Kenntnis von geplanten schweren Straftaten im Sinne von § 138 StGB, so ist er zur Anzeige verpflichtet, jedoch unter Einschränkung des § 139 Abs. 3 S. 2 StGB⁴⁴⁷. Wurde dem Rechtsanwalt eine geplante Straftat in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertraut, so entfällt die Pflicht zur Anzeige; ebenso sind die berufsmäßigen Gehilfen eines Rechtsanwalts und die zur Berufsvorbereitung beim Rechtsanwalt Tätigen nach § 139 Abs. 2 S. 3 StGB nicht zur Anzeige verpflichtet, was ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft bekannt geworden ist. Befindet sich ein Anwalt im Konflikt zwischen der Einhaltung des Berufsrechts und seiner Stellung als „Organ der Rechtspflege“ bei der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden und damit der Verhinderung von Entstehung neuen Unrechts, so ist Henssler⁴⁴⁸ der Ansicht, daß der Anwalt subjektiv und frei nach seinem Gewissen entscheiden können sollte.

Ebenso ist der Anwalt von der Verschwiegenheitspflicht befreit, wenn er seinen Vergütungsanspruch gegen den Mandanten gerichtlich geltend macht, § 3 Abs. 3 BORA. daß in diesem Falle die Verschwiegenheitspflicht zurücktritt, ergibt sich nicht aus dem höher zu bewertenden vermögensrechtlichen Interesse des Rechtsanwalts gegenüber den Interessen des

⁴⁴² Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 27; Kilian, S. 85.

⁴⁴³ Pfordte / Gotzens, BRAK- Mitt. 1997, 82 (85).

⁴⁴⁴ Hartung, in: Hartung, § 2 BORA Rn. 28; Henssler, NJW 1994, 1817 (1824); Kilian, S. 87.

⁴⁴⁵ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 35; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 14; Henssler, NJW 1994, 1817 (1823).

⁴⁴⁶ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 68; Kilian, S. 88.

⁴⁴⁷ Kilian, S. 88.

⁴⁴⁸ Henssler, NJW 1994, 1817 (1823).

Mandanten, sondern alleine daraus, daß der Mandant durch sein Verhalten der Zahlungsverweigerung den Interessenkonflikt selbst verursacht hat⁴⁴⁹. Der Mandant hat es somit in der Hand, ob eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts in diesem Falle in Betracht kommt oder nicht.

6.4.4.5. Verschwiegenheitsrecht

Die europäische Berufsrechtsregelung des Nr. 2.3. Abs. 1 S. 3 CCBE gesteht dem Rechtsanwalt das Berufsgeheimnis als Grundrecht zu⁴⁵⁰. Im deutschen Recht ist ein solches Grundrecht nicht vorgesehen, der Rechtsanwalt hat aber neben der Verschwiegenheitspflicht auch ein Verschwiegenheitsrecht.

Der Rechtsanwalt hat nach § 2 Abs. 1 BORA ein Verschwiegenheitsrecht⁴⁵¹, wohingegen § 43 a Abs. 2 BRAO ihm dieses Recht nicht einräumt. Aufgegriffen wird das Verschwiegenheitsrecht in verfahrensrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO), hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts und als Schweigerecht gegenüber der Rechtsanwaltskammer, § 56 Abs. 1 BRAO⁴⁵². Kilian⁴⁵³ bemängelt, daß ein unabhängiges Schweigerecht des Rechtsanwalts nirgends ausdrücklich festgeschrieben ist; er fordert ein solches, um „die Rechtsgemeinschaft vor Eingriffen in die Geheimsphäre und ihr diesbezügliches Vertrauen zu schützen“. Der Rechtsanwalt kann sich nach Meinung von Henssler⁴⁵⁴ gegenüber seinem Mandanten auf die Verschwiegenheit berufen, wenn der Mandant damit Öffentlichkeitswirksamkeit zu erzielen beabsichtigt; denn Sinn der Aufhebung der Schweigepflicht ist nicht, den Mandanten in seiner Skandalfreudigkeit zu unterstützen. Vom Verschwiegenheitsrecht muß ernsthaft und konsequent Gebrauch gemacht werden⁴⁵⁵, um letztlich nicht die Integrität der Anwaltschaft als solche in Frage zu stellen.

⁴⁴⁹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 80; Hartung, in: Hartung, § 2 BerufsO Rn. 43.

⁴⁵⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 13.

⁴⁵¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 34; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 13.

⁴⁵² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 13.

⁴⁵³ Kilian, S. 89.

⁴⁵⁴ Henssler, NJW 1994, 1817 (1824).

⁴⁵⁵ Kilian, S. 86.

6.4.5. Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen ist einer der Grundwerte⁴⁵⁶ der Anwaltschaft und wird mit dem Schutz des Vertrauensinteresses des Mandanten, der Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und der „[die] im Interesse der Rechtspflege gebotene[n] Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung“⁴⁵⁷ begründet. Dieses berufsrechtliche Verbot ist in § 43 a Abs. 4 BRAO geregelt und in § 3 BORA gem. § 59 b Abs. 2 Nr. 1 e BRAO konkretisiert. Die Vorschrift hat präventiven Charakter und hat zum Ziel, den Rechtsanwalt vor einer Gefährdung seiner Unabhängigkeit zu bewahren⁴⁵⁸. Auf europäischer Ebene gilt Nr. 3.2. CCBE.

Berufsrechtlich hat ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gemäß § 3 Abs. 4 BRAO zu Folge, daß der Anwalt beide betroffenen Mandate niederzulegen hat. Die anwaltliche Berufspflicht, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten, geht über die Strafbestimmung des § 356 StGB hinaus, bereits deswegen, da für § 113 Abs. 1 BRAO Fahrlässigkeit ausreichend ist⁴⁵⁹.

6.4.5.1. Dieselbe Rechtssache

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen des § 43 a Abs. 4 BRAO ist weit auszulegen; nämlich dahingehend, daß widerstreitende Interessen dieselbe Rechtssache voraussetzen⁴⁶⁰. Diese wird in § 356 StGB gefordert und ist auch in § 3 Abs. 1 BORA Tatbestandesmerkmal. Dieselbe Rechtssache meint nicht daßelbe Verfahren mit denselben Parteien, sondern „die Identität des anvertrauten Sachverhalts“⁴⁶¹; „anvertrauter Gegenstand eines Verfahren ist grundsätzlich alles, was für den Ausgang dieses Verfahrens relevant sein kann“⁴⁶². Maßgeblich ist, ob ein Tatsachenkomplex vorliegt, der Gegenstand der Beratung oder Vertretung eines anderen Mandanten sein soll, wobei bereits bei teilweisem Überschneiden der Lebenssachverhalte dieselbe Rechtssache vorliegt⁴⁶³. Unerheblich ist, ob

⁴⁵⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 20.

⁴⁵⁷ BT-Drs. 12/4993, S. 27.

⁴⁵⁸ Kilian, S. 91.

⁴⁵⁹ BT-Drs. 12/4993, S. 27; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 54; Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 59.

⁴⁶⁰ Kilian, S. 91.

⁴⁶¹ BayOLG, NJW 1995, 606; BGH, NJW 1953, 430; Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 140f.; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 84.

⁴⁶² BayObLG, NJW 1995, 606.

⁴⁶³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 139f.

der Streitstoff in verschiedenen Verfahren verhandelt wird⁴⁶⁴, ob es sich um verschiedene Rechtsgebiete handelt⁴⁶⁵ oder ob bereits ein längerer Zeitablauf zu verzeichnen ist⁴⁶⁶.

6.4.5.2. Interessengegensatz

Die Interessenlage ist objektiv zu bestimmen, Einwilligungen seitens der Mandanten sind grundsätzlich unerheblich⁴⁶⁷. Diese sind nicht befugt, über die berufsrechtlichen Regelungen zu verfügen⁴⁶⁸, deren Schutzgut der allgemeine Rechtsverkehr und damit die Mandantschaft und die Rechtsanwaltschaft im Gesamten ist⁴⁶⁹.

Interessenvertretung meint jede berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts⁴⁷⁰, wobei die Erteilung privaten Rechtsrats nicht unter diese Vorschriften fällt, da dies eben gerade nicht beruflich motiviert ist⁴⁷¹. Vertretung umfasst daher sowohl die prozessuale, als auch die außergerichtliche Vertretung, damit auch die reine Rechtsberatung⁴⁷². Voraussetzung eines Interessengegensatzes ist, daß der Rechtsanwalt eine andere Partei bereits in derselben Rechtssache schon einmal im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten hat, diese berät oder vertritt; der Rechtsanwalt muß schon für zwei oder mehr Parteien tätig gewesen sein bzw. tätig sein, deren Interessen gegenläufig, ganz oder teilweise konträr sind⁴⁷³. Der Rechtsanwalt darf somit denselben Tatsachenkomplex nicht einmal in dieser und einmal in der anderen Richtung würdigen. Solange die Interessen der vom Rechtsanwalt beratenen oder vertretenen Parteien gleichgerichtet sind, darf der Rechtsanwalt beide Mandate weiter betreiben. Ergibt sich jedoch im Laufe des Verfahrens ein Interessengegensatz, so hat der Rechtsanwalt, sobald er dies erkennt, beiden Mandanten unverzüglich zu unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden (§ 3 Abs. 4 BORA). Die Fortführung nur eines Mandates ist berufsrechtlich nicht zulässig.

⁴⁶⁴ BGHSt 9, 341; BGH NJW 1953, 430.

⁴⁶⁵ BGHSt 7, 261.

⁴⁶⁶ BGHSt 9, 341 (346); 17, 305; 18, 192.

⁴⁶⁷ Römermann / Hartung, S. 100f.

⁴⁶⁸ Henssler, NJW 1994, 1817 (1824).

⁴⁶⁹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 131; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 79.

⁴⁷⁰ Kilian, S. 94f.; Römermann / Hartung, S. 101.

⁴⁷¹ BGHSt, 20, 41 (43); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 56; Hartung, in: Hartung, § 3 BORA Rn. 69; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 87.

⁴⁷² Kilian, S. 94.

⁴⁷³ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 64.

6.4.5.3. Berufliche Vorbefassung

Das Verbot widerstreitender Interessen des § 43 a Abs. 4 BRAO ist nicht lediglich in Bezug auf die anwaltliche Tätigkeit als solche relevant, sondern bezieht auch die beruflichen Tätigkeiten des zugelassenen Rechtsanwalts mit ein, die dieser vor seiner Zulassung ausgeübt hat⁴⁷⁴. Die BRAO sieht neben den Grundpflichten des § 43 a Abs. 4 BRAO genauere Regelungen für Vorbefassungen seitens eines Rechtsanwalts im Zweitberuf, § 45 BRAO, und als Syndikus, § 46 BRAO, vor.

§ 3 Abs. 1 BORA verdeutlicht das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen dahingehend, daß der Rechtsanwalt ebenso „in sonstiger Weise im Sinne von §§ 45, 46 BRAO beruflich befaßt“ gewesen sein kann. In Betracht kommt eine Vertretung oder Beratung z.B. als Insolvenzvertreter, Nachlaßverwalter oder Betreuer. Befaßt gewesen ist der Rechtsanwalt im Sinne von §§ 45, 46 BRAO dann, wenn er die Rechtssache in einer anderen Eigenschaft beruflich bearbeitet oder dabei mitgewirkt hat⁴⁷⁵. Kollegiale Gespräche über die entsprechende Rechtssache sind ausreichend⁴⁷⁶. Maßgeblich ist nur, daß der Rechtsanwalt früher mit der Sache beruflich befasst war; unerheblich ist, ob dies in anwaltlicher Eigenschaft oder in einer anderen Funktion geschah⁴⁷⁷.

Hinsichtlich der Art der Vorbefassung des zugelassenen Rechtsanwalts kommt nicht jedwede Tätigkeit in Betracht. Eylmann sieht Bedenken hinsichtlich einer Ausdehnung der Vorbefassung auf Tätigkeiten ohne rechtlichen Bezug⁴⁷⁸, wie z.B. im kaufmännischen oder gewerblichen Bereich⁴⁷⁹, da sich dies aus der Berufsbezogenheit dieser Regelung ergebe. Nach dieser Auffassung soll lediglich eine Vorbefassung mit rechtlichem Bezug, also im Rahmen beruflicher rechtlicher Beratung, relevant sein. Der Begriff der rechtlich relevanten Tätigkeit wird weit gefasst⁴⁸⁰.

Die Art der Vorbefassung kann nicht über eine rechtliche Befassung hinaus ausgedehnt werden, da eine andere als rechtliche Beschäftigung mit der Sache eine andere Zielrichtung als Rechtsberatung hat und von der Sache her zu keiner Interessenkollision führen kann. Das anwaltliche Berufsrecht soll unter anderem die Interessen des Mandanten im Rahmen der

⁴⁷⁴ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 56.

⁴⁷⁵ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 130; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 57; von Falkenhausen, AnwBl. 1995, 440.

⁴⁷⁶ von Falkenhausen, AnwBl. 1995, 440.

⁴⁷⁷ Hartung, in: Hartung, § 43 a BRAO Rn. 37f.

⁴⁷⁸ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 3; ebenso in der Vorbefassung nur für eine anwaltliche Tätigkeit: BGHSt 20, 41 (43); Gillmeister, in: Leipziger-Kommentar, § 356 StGB Rn. 29.

⁴⁷⁹ BGH, NJW 1996, 2377.

⁴⁸⁰ BGH, NJW 1996, 2377; Kleine-Cosack, § 43 a Rn. 90.

rechtlichen Beratung wahren und nicht darüber hinaus in nicht-rechtliche Beratung hineinwirken. Im Vorfeld muß damit eine rechtlich relevante Tätigkeit vorgelegen haben, bei der eine Befassung mit dieser Rechtssache gegeben war⁴⁸¹, die letztlich zu einer Interessenkollision führt.

Der Ansicht, daß ein rechtlicher Bezug der jetzigen Tätigkeit des Rechtsanwalts zur vorherigen Tätigkeit bestehen muß, ist zuzustimmen.

§ 3 Abs. 2 BORA a.F. erstreckte die Disqualifikationswirkung des § 43 a Abs. 4 BRAO auf alle Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft, ohne auf ein tatsächliches Vorliegen einer Befassung mit kollidierenden Mandaten abzustellen⁴⁸². § 3 Abs. 2 BORA wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluß vom 3.7.2003 – 1 BvR 238/01⁴⁸³ als verfassungswidrig aufgehoben. Die neue Fassung des § 3 Abs. 2 BORA sieht vor, die Mandanten in die Entscheidung mit einzubeziehen, ob die Tätigkeit fortgeführt werden kann oder nicht. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen bezieht sich auf die mit dem vorbefaßten Rechtsanwalt in einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwälte. Ausnahmen vom Verbot kommen dann in Betracht, wenn sich „im Einzelfall die betroffenen Mandanten in den widerstreitenden Mandanten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich einverstanden erklärt haben“ (§ 3 Abs. 2 S. 2 BORA). Am grundsätzlichen Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen wird damit festgehalten.

Eine Einbeziehung der betroffenen Mandanten ist einerseits zu befürworten, da es sich um ihre Interessen handelt, andererseits haben es damit die Mandanten alleine in der Hand, über das Tätigkeitsverbot zu entscheiden. Bei Berufsausübungsgemeinschaften mit vielen Rechtsanwälten und großem Mandantenstamm besteht damit die Gefahr, daß häufiger widerstreitende Interessen vorliegen als bei einer kleinen Kanzlei, die weniger Mandate bearbeitet. Gerade bei großen Berufsgemeinschaften mit öfter wechselnden Rechtsanwälten besteht besonders die Gefahr der Vorbefassung von Rechtsanwälten. Nach der aktuellen Regelung des § 3 Abs. 2 BORA müssen die Mandaten beendet werden, soweit die Mandanten nicht ausdrücklich mit der Fortführung einverstanden sind. Damit gehen Mandate verloren.

Um dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gerecht zu werden, ist es jedoch nicht notwendig, daß grundsätzlich alle in der Berufsgemeinschaft Tätigen von dem Verbot betroffen werden. Ein Ausschluß eines Mitarbeiters, der im Vorfeld tatsächlich inhaltlich an

⁴⁸¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 3; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 90.

⁴⁸² Kilian, S. 95.

⁴⁸³ BVerfGE 108, 150 (164).

der Bearbeitung eines Mandats mitgewirkt hat, ist in jedem Fall relevant und auch ausreichend⁴⁸⁴ für die Vermeidung widerstreitender Interessen.

Der aktuelle Gesetzestext spricht in § 3 Abs. 2 S. 1 BORA von „Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft“. Inwieweit jedoch bei einer Bürogemeinschaft überhaupt widerstreitende Interesse vorliegen und erkannt werden können, bleibt fraglich. Bei einer Bürogemeinschaft liegt keine gemeinschaftliche Berufsausübung vor⁴⁸⁵. In einer Bürogemeinschaft werden lediglich die Betriebsmittel gemeinsam genutzt, die Mandate werden nicht gemeinsam entgegen genommen, sondern getrennt voneinander bearbeitet. Bei einer tatsächlichen Bürogemeinschaft besteht folglich gar keine Kenntnis, welche Mandate der andere Rechtsanwalt bearbeitet. Damit kann sich in einer Bürogemeinschaft keine Konfliktsituation aus widerstreitenden Interessen ergeben. Das Problem stellt sich hier bei berufsrechtskonformen Verhalten der Bürogemeinschafter nicht. Werden dennoch widerstreitende Interessen hinsichtlich der Mandate der Bürogemeinschafter erkannt, gilt folglich § 3 Abs. 4 BORA.

6.4.5.4. Einverständnis der betroffenen Mandanten

Grundsätzlich hat der Rechtsanwalt nach Erkennen eines Interessenwiderstreits alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden (§ 3 Abs. 4 BORA). Im Einzelfall besteht die Möglichkeit gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 BORA, daß der Rechtsanwalt die Mandate in derselben Rechtssache weiterführt; Voraussetzung ist jedoch, daß sich die betroffenen Mandanten in den widerstreitenden Mandaten nach umfassender Information mit der Vertretung ausdrücklich einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 BORA sollen sowohl die Information, als auch die Einverständniserklärung in Textform erfolgen.

„Belange der Rechtspflege“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Hartung⁴⁸⁶ bezeichnet ihn als „kaum handhabbar“. Das Bundesverfassungsgericht⁴⁸⁷ hat entschieden, daß § 43 a BRAO nicht nur dem Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant und der Wahrung der Unabhängigkeit diene, sondern auch dem Gemeinwohl in Gestalt der Rechtspflege, die auf die Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung

⁴⁸⁴ von Falkenhausen, AnwBl. 1995, 440.

⁴⁸⁵ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 12; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 149; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 372.

⁴⁸⁶ Hartung, in: Hartung / Römermann, § 3 BORA Rn. 153.

⁴⁸⁷ BVerfG NJW 2003, 2520.

angewiesen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸⁸ hat eine Satzungsvorschrift dem Bestimmtheitsgebot zu genügen, damit der Betroffene sein Verhalten danach ausrichten kann. Ein Rechtsanwalt hat in der Regel Schwierigkeiten, zu bewerten, ob im Einzelfall Belange der Rechtspflege einer Weiterführung der Mandate entgegenstehen oder nicht. Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes „Belange der Rechtspflege“ wird dieser daher von Hartung⁴⁸⁹ als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuft.

Bei der Auslegung des Begriffes „Belange der Rechtspflege“ kann der Rechtsanwalt bei seiner Entscheidungsfindung im Einzelfall auf keine konkreten Definitionen zurückgreifen. Bei komplexen Fallgestaltungen, wie z.B. in familien- oder scheidungsrechtlichen Angelegenheiten, kann der Rechtsanwalt regelmäßig nicht davon ausgehen, daß die persönlich betroffenen Parteien ihre Position derart – auch nach umfassender Aufklärung durch den Rechtsanwalt – überschauen, um entscheiden zu können, ob sie in die anwaltliche Tätigkeit auf beiden Seiten einwilligen. Bei verwobenen Lebenssachverhalten, die insbesondere auch in persönliche Lebensbereiche hineinreichen, ist gerade das Vertrauensverhältnis zum Rechtsanwalt maßgeblich, unter anderem auch für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Würde ein Rechtsanwalt gleichzeitig bei widerstreitenden Interessen tätig, wäre das Gemeinwohlinteresse in Form der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege betroffen.

Betrifft dieselbe Rechtssache z.B. lediglich wirtschaftsrechtliche Mandate, bei denen Emotionalität keine wesentliche Rolle spielt, kommt ein Fortführen der Mandate mit widerstreitenden Interessen bei Einwilligung beider Parteien nach § 3 Abs. 2 S. 2, 3 BORA eher in Betracht. Hier ist von einer nüchterneren Betrachtung der Parteien auszugehen als in familienrechtlichen Mandaten.

Letztlich entscheidet jedoch der Rechtsanwalt, ob er die Mandate nach Erkennen des Vorliegens widerstreitender Interessen niederlegen möchte, um nicht Gefahr zu laufen, vor Gericht für sein Verhalten, die Mandate nicht beendet und weiter beraten bzw. vertreten zu haben, verantwortlich gemacht zu werden. Ein Rechtsanwalt, der unter Verstoß gegen das anwaltliche Berufsrecht für beide Parteien tätig ist bzw. war, setzt sich zudem Schadensersatzansprüchen (§ 311 Abs. 1 BGB) der Mandanten aus.

⁴⁸⁸ BVerfGE 21, 73 (79f.); 52, 1 (41).

⁴⁸⁹ Hartung, in: Hartung / Römermann, § 3 BORA Rn. 156.

6.5. Adressaten des anwaltlichen Berufsrechts

Adressaten des autonomen Satzungsrechts sowie des Berufsrechts sind grundsätzlich Personen, die der mit Autonomie ausgestatteten Körperschaft angehören⁴⁹⁰, hinsichtlich des anwaltlichen Berufsrechts also die Rechtsanwälte als Kammer-Mitglieder. Diese sind unmittelbar vom anwaltlichen Berufsrecht betroffen. Zu klären ist, inwieweit auch Nicht-Rechtsanwälte wie Diplomjuristen, Referendare oder Assessoren etc. vom anwaltlichen Berufsrecht erfasst werden. Fraglich ist, ob eine unmittelbare Wirkung, die nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter ausdrücklich als Adressaten benennt, in Frage kommt oder nur eine mittelbare Wirkung, die von einer direkten Wirkung auf Kammermitglieder herrührt.

6.5.1. Rechtsanwälte

Das anwaltliche Berufsrecht wird von der Satzungsversammlung auf Bundesebene erlassen. Der einzelne Rechtsanwalt ist unmittelbar Mitglied der regionalen Rechtsanwaltskammer und damit mittelbar der Bundesrechtsanwaltskammer. Die Rechtsanwaltskammern sind in der Bundesrechtsanwaltskammer als Dachorganisation⁴⁹¹ zusammengeschlossen, § 175 Abs. 1 BRAO. Zunächst wurde vertreten, daß gegenüber den Berufsangehörigen bereits wegen dieser Mittelbarkeit keine Sitzungsgewalt ausgeübt werden könne⁴⁹². Die Kompetenz sei dahingehend beschränkt, daß die Sitzungsgewalt der Kammer nicht über ihren eigenen Mitgliederkreis hinausreichen und nur ihre eigenen Angelegenheiten regeln könne⁴⁹³. Die Rechtssetzungsmacht hinsichtlich Nicht-Kammermitgliedern ist nur zulässig, wenn eine hinreichende Verbundenheit⁴⁹⁴ zwischen den Berufsangehörigen und den Bundeskammern besteht. Der einzelne Rechtsanwalt ist nicht unmittelbares Mitglied bei der bundesweiten Bundesrechtsanwaltskammer, sondern bei der jeweiligen Rechtsanwaltskammer. Die Rechtsanwaltskammern sind jedoch bei der Bundesrechtsanwaltskammer zusammengeschlossen (§ 175 Abs. 1 BRAO); damit ist jeder Rechtsanwalt über seine unmittelbare Mitgliedschaft bei der jeweiligen Rechtsanwaltskammer auch mit der Bundesrechtsanwaltskammer verbunden. Bei der Bundesrechtsanwaltskammer ist also die Verbundenheit über die Mitgliedschaft des einzelnen Anwalts bei der regionalen Rechtsanwaltskammer gegeben, wobei die Bundesrechtsanwaltskammer „über die einzelnen Rechtsanwaltskammern die gesamte Rechtsanwaltschaft korporativ zusammenfaßt und insoweit die Dachorganisation der Rechtsanwälte in ihrer Eigenschaft als unabhängige

⁴⁹⁰ Brandstetter, S. 148; Schneider, in: FS Möhring, S. 530.

⁴⁹¹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 175 BRAO Rn. 2.

⁴⁹² Kleine-Cosack, AnwBl. 1987, 561 (563); Taupitz, S. 677.

⁴⁹³ BVerfGE 76, 171 (185); Tettinger, S. 98f.; sog. Originalitätslehre: Taupitz, S. 677, Fußn. 25.

⁴⁹⁴ Taupitz, S. 679.

Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO) auf Bundesebene bildet⁴⁹⁵. Diese Verbundenheit der Mitglieder zur Bundesrechtsanwaltskammer ist damit ausreichend hinsichtlich einer Erstreckung der Satzungsgewalt auf diese Mitglieder.

Unmittelbare und vollumfängliche Anwendung findet das anwaltliche Berufsrecht auf den Rechtsanwalt. Entschließt sich ein Volljurist, als Rechtsanwalt tätig zu sein, so ist dies nur im Rahmen einer Zwangsmitgliedschaft bei der regionalen Rechtsanwaltskammer möglich, womit er den Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung und der Berufsordnung der Rechtsanwälte unterliegt. Ob der Rechtsanwalt schließlich selbständig beruflich oder als Angestellter oder freier Mitarbeiter tätig ist, ist ohne Einfluß darauf, daß er als Rechtsanwalt dem anwaltlichen Berufsrecht unterworfen ist.

6.5.2. Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

Zu ermitteln ist nun, inwieweit auch nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter unter die Normen anwaltlichen Berufsrechts fallen und Wirkungen für Nicht-Anwälte und damit Nicht-Kammermitglieder entfalten.

Hinsichtlich der Bundesrechtsanwaltsordnung ergeben sich keine Schwierigkeiten, da der Bundesrechtsanwaltsordnung als förmliches Gesetz bereits eine Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde liegt. Es handelt sich nicht um autonomes Satzungsrecht, sondern um ein förmliches Gesetz auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Im Rahmen eines förmlichen Gesetzes darf in Rechte Dritter eingegriffen werden, solange diese Eingriffe verfassungskonform sind. Die Berufsordnung der Rechtsanwälte bezieht sich in ihrem Pflichtenkatalog ausschließlich auf Rechtsanwälte. Der Gesetzgeber entschied sich, der Bundesrechtsanwaltsordnung keine unmittelbare Geltung gegenüber Nicht-Rechtsanwälten zu verleihen. Sie richtet sich nur an Rechtsanwälte. Damit sind Nicht-Rechtsanwälte nicht unmittelbar von den Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung betroffen.

Hinsichtlich der Berufsordnung der Rechtsanwälte als Satzungsrecht gilt: Aufgrund der eingeschränkt demokratischen Legitimation⁴⁹⁶ der Satzungsversammlung gilt die Berufsordnung für Rechtsanwälte grundsätzlich nur für die Kammermitglieder⁴⁹⁷, § 191 b BRAO, also Rechtsanwälte. „Selbstverwaltungsbereiche sind keine „Freiräume kreativer Illegalität“⁴⁹⁸. In Rechte Dritter darf nicht ohne weiteres eingegriffen werden. Soweit weite

⁴⁹⁵ BGHZ 33, 381 (385).

⁴⁹⁶ Kleine-Cosack, S. 105; Papenfuß, S. 150; Tettinger, S. 96 – 99.

⁴⁹⁷ Kleine-Cosack, S. 267f.

⁴⁹⁸ Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 260.

Bereiche der Bevölkerung hinsichtlich der Grundrechte betroffen sind und nicht nur die eigenverantwortliche Berufsausübung der Kammermitglieder, ist eine gesetzliche Ermächtigung notwendig⁴⁹⁹. Geringfügige Reflexwirkungen der Berufsordnung für Rechtsanwälte gegenüber Nicht-Kammer-Mitgliedern, insbesondere gegenüber nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern, sind aber unvermeidbar und zulässig⁵⁰⁰.

6.5.2.1. Satzungsautonomie der Kammer

Als Teil der öffentlichen Verwaltung ist die Selbstverwaltung dem staatlichen Bereich der vollziehenden Gewalt zuzuordnen, womit das Demokratieprinzip gilt⁵⁰¹. Autonome Satzungsgebung in mitgliedschaftlich demokratisch organisierten Körperschaften mit engem Legitimationszusammenhang weist ausgeprägte demokratische Teilhabemöglichkeiten auf⁵⁰², wie z.B. bei der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer, die mit Kammermitgliedern besetzt ist. Die berufsständische Selbstverwaltung, hier die Rechtsanwaltskammern, entspricht diesen Anforderungen. Aufgrund der vom Gesetzgeber verliehenen Satzungsautonomie ist die Bundesrechtsanwaltskammer berechtigt, sich eine Satzung zu geben.

Aufgrund der Auffassung, daß der Staat einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft Satzungsautonomie verleiht, kommt es darauf an, inwieweit der staatliche Gesetzgeber von seiner Gestaltungsfreiheit Gebrauch macht und bereit ist, der Körperschaft eine über die eigenen Belange hinausgehende Rechtssetzungskompetenz zu gewähren⁵⁰³. Eine erweiterte Autonomie oder externe Geltung wäre also möglich⁵⁰⁴. Im Rahmen von Satzungen ermächtigt der Gesetzgeber innerhalb eines bestimmten Bereiches eine Körperschaft, ihre eigenen Aufgaben zu regeln⁵⁰⁵. Grenzen ergeben sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip⁵⁰⁶ und den Aufgaben der Körperschaft⁵⁰⁷. Eine willkürliche Gewährung von Rechtssetzungskompetenz durch den parlamentarischen Gesetzgeber bezüglich Dinge, die mit

⁴⁹⁹ Tettinger, S. 116f. führt in diesem Zusammenhang die Ethik-Kommission der Ärztekammern an.

⁵⁰⁰ BVerfGE 101, 312 (323); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 4; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 36; Kleine-Cosack, S. 263, 271; Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 81; Papenfuß, S. 27.

⁵⁰¹ Frotscher, in: FS v. Unruh, S. 143f.; Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 257.

⁵⁰² Clemens, in: FS Böckenförde, S. 264f., 273; Dölker, S. 140.

⁵⁰³ BVerfGE 33, 125 (158); Taupitz, S. 677, sowie Fußn. 25.

⁵⁰⁴ Schneider, in: FS Möhring, S. 531; Taupitz, S. 677, sowie Fußn. 26, 27, 28.

⁵⁰⁵ BVerfGE 12, 319 (325); BVerfGE 33, 125 (157f.).

⁵⁰⁶ BVerfGE 33, 125 (158); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 175 BRAO Rn. 7; Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 255-257; Schneider, in: FS Möhring, S. 529.

⁵⁰⁷ Dölker, S. 32; Schneider, in: FS Möhring, S. 529.

der ermächtigten Körperschaft in keinem Zusammenhang⁵⁰⁸ stehen, kommt jedoch nicht in Betracht; eine hinreichend bestimmte formellgesetzliche Grundlage⁵⁰⁹ ist notwendig.

Der Zweck des Satzungserlasses liegt im Allgemeininteresse, das so wichtig ist, daß das Interesse des Einzelnen zurücktreten muß⁵¹⁰. In § 177 BRAO ist der nicht abschließende⁵¹¹ Aufgabenkatalog festgelegt, wobei der durch die Bundesrechtsanwaltskammer verfolgte Zweck die Grenzen hinsichtlich des legitimen Wirkungskreises aufzeigt⁵¹². Durch die Selbstverwaltung werden das Individuum und die Institution verbunden, sowie Mitwirkung angestrebt⁵¹³. Die rechtsstaatliche Distanz zwischen Entscheidungsfindung und Entscheidungsbetroffenheit, die durch die Selbstverwaltung entsteht, muß vermindert werden⁵¹⁴. Bereits der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Verleihung der Autonomie auf eine Körperschaft eine gesteigerte Verantwortung übertragen, soweit damit eine Ermächtigung zu Eingriffen in den Grundrechtsbereich verbunden ist⁵¹⁵. In diesem sich ergebenden Freiraum kann sich autonome Gesetzgebung entfalten⁵¹⁶.

Die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie der Rechtsanwaltschaft zeigen zugleich die Grenzen des Wirkungskreises auf, bis zu dem die Bundesrechtsanwaltskammer ihre Satzungsautonomie auszuüben ermächtigt ist.

6.5.2.2. Wirkung auf Außenstehende

Grundsätzlich ist autonomes Recht nur für diejenigen verbindlich, die in einer autonomen Gesamtheit zusammengefasst sind, nämlich die Mitglieder⁵¹⁷. Hinsichtlich des anwaltlichen Berufsrechts sind die Rechtsanwälte als Mitglieder der Rechtsanwaltskammern die Adressaten dieses autonomen Rechts. Regelmäßig nicht betroffen vom autonomen Satzungsrecht sind außenstehende Nicht-Anwälte, die den Beruf erst ergreifen wollen⁵¹⁸, also Referendare und Assessoren; die Geltung von Kammerrecht für sie als Nicht-Kammermitglieder beträfe ihre Belange und schutzwürdigen Interessen. Berufsrecht ist auch dann nicht auf außenstehende Personen anzuwenden, wenn diese tatsächlich dieselbe

⁵⁰⁸ Schneider, in: FS Möhring, S. 530f.

⁵⁰⁹ Clemens, in: FS Böckenförde, S. 265; Taupitz, S. 678.

⁵¹⁰ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1506).

⁵¹¹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 177 BRAO Rn. 2; Hartung, in: Henssler / Prütting, § 177 BRAO Rn. 8.

⁵¹² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 177 BRAO Rn. 3.

⁵¹³ Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 255.

⁵¹⁴ Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 256.

⁵¹⁵ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1506).

⁵¹⁶ Dölker, S. 134.

⁵¹⁷ Ossenbühl, in: Isensee / Kirchhof, S. 479.

⁵¹⁸ BVerfGE 33, 125 (160); Clemens, in: FS Böckenförde, S. 270; Starck, AöR 92 (1967), 449 (469, 478).

Tätigkeit ausüben wie die Berufsangehörigen; maßgeblich ist lediglich die formelle Zugehörigkeit⁵¹⁹.

Die Satzungsautonomie erfährt grundsätzlich dort ihre Schranken, wo in die Freiheit der Berufswahl eingegriffen würde und hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung vorliegt⁵²⁰. Die Regelung der wesentlichen Dinge, insbesondere bei grundrechtsrelevanten Vorschriften, bleibt dem Gesetzgeber überlassen⁵²¹. Je mehr eine Regelung auf die Allgemeinheit wirkt und in Rechte Außenstehender eingreift, um so eher ist ein Normerlaß durch den parlamentarischen Gesetzgeber erforderlich⁵²². Denn nur dieser ist unmittelbar vom Volk legitimiert⁵²³. Eine Erstreckung autonomen Rechts auf Nicht-Mitglieder bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung⁵²⁴. Der Gesetzgeber hat die Satzungsversammlung nicht dazu ermächtigt, das anwaltliche Berufsrecht direkt auf Nicht-Rechtsanwälte und damit Nicht-Kammermitglieder zu erstrecken. Ein Eingriff in die Rechte außenstehender Nicht-Kammermitglieder ist damit vom Gesetzgeber nicht gedeckt.

Die Geltung von Satzungsrecht auf Außenstehende ist dann vertretbar, wenn sie bezüglich ihres Gewichts und des Personenkreises von untergeordneter Bedeutung ist⁵²⁵. Für Regelungen, die die Belange der Nicht-Kammermitglieder betreffen und für den Einzelnen oder die Allgemeinheit weniger bedeutend sind, ist ein notwendiger enger Sachzusammenhang⁵²⁶ erforderlich. Bei der Erstreckung von Kammerrecht auf Außenstehende muß dieser Zusammenhang als beruflicher zwischen Regelungen, die nur intern gelten und sich auf Kammermitglieder beziehen, und denen, die Außenwirkung haben, vorliegen⁵²⁷. Bei einer mittelbaren Außenwirkung der Satzungsnormen ist ein Ausgleich durch eine starke inhaltliche Bindung des Satzungsgebers, möglich; Voraussetzung ist dabei, daß dies in Erfüllung der legitimen Autonomiefunktionen der Selbstverwaltung geschieht⁵²⁸. Diese Reflexwirkungen müssen hingenommen werden, wenn diese notwendig sind, um den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Berufsrechts in Einklang zu bringen; sie können nicht ohne weiteres für verfassungswidrig erklärt werden⁵²⁹.

⁵¹⁹ BGH, NJW 1983, 45 (46).

⁵²⁰ BVerfGE 101, 312 (323); Kleine-Cosack, S. 269.

⁵²¹ BVerfGE 58, 257 (268-271); Brandstetter, S. 152; Clemens, in: FS Böckenförde, S. 268; Kleine-Cosack, S. 269f.; Starck, AöR 92 (1967), 449 (470).

⁵²² BVerfGE 33, 303 (342); Kleine-Cosack, S. 270.

⁵²³ Papenfuß, S. 154.

⁵²⁴ Ossenbühl, in: Isensee / Kirchhof, S. 479.

⁵²⁵ Ossenbühl, in: Isensee / Kirchhof, S. 480.

⁵²⁶ Clemens, in: FS Böckenförde, S. 271; Kleine-Cosack, S. 270; Ossenbühl, in: Isensee / Kirchhof, S. 480; Schneider, in: FS Möhring, S. 532.

⁵²⁷ Brandstetter, S. 151; Kleine-Cosack, S. 271; Schneider, in: FS Möhring, S. 532.

⁵²⁸ Papenfuß, S. 157f., 179.

⁵²⁹ BVerfGE 33, 303 (342); Kleine-Cosack, S. 271; wobei Sanktionen gegenüber Außenstehenden seitens Kammerorganen mangels Kompetenz unzulässig sind; ähnlich Brandstetter, S. 153.

6.5.3. Einzelne Regelungen anwaltlichen Berufsrechts bezüglich nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter

Gesetze sind in der Regel an einen unbegrenzten Adressatenkreis, also an jedermann, gerichtet; im Gegensatz dazu bezieht sich Satzungsrecht lediglich auf diejenigen, die auch berechtigt sind, an der Satzung mitzuwirken⁵³⁰. Die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer, § 191 a BRAO, kann gegenüber Nicht-Anwälten, da diese keine Mitglieder sind, keine Regelungen treffen - ansonsten läge eine Überschreitung des Kreises der eigenen Angelegenheiten vor; eine Regelung zur Einbeziehung nicht-anwaltlicher juristische Mitarbeiter kann nur vom Gesetzgeber getroffen werden⁵³¹. Soweit der Gesetzgeber in der Bundesrechtsanwaltsordnung jedoch eine Einbeziehung der Nicht-Anwälte ermöglicht, kann der Satzungsgeber dies in der Berufsordnung für Rechtsanwälte näher konkretisieren, wobei er seine Kompetenzen in diesem Fall nicht überschreitet.

Hinsichtlich der Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung, die sich auf Nicht-Anwälte beziehen, liegt bereits eine Entscheidung des Gesetzgebers vor, da die Bundesrechtsanwaltsordnung als förmliches Gesetz insbesondere zur Regelung der Verhältnisse der Rechtsanwälte und der einheitlichen Rechtspflege erlassen wurde.

Im anwaltlichen Berufsrecht finden sich Regelungen, die sich auf das Verhalten nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter beziehen. Auf diese Regelungen soll im Folgenden eingegangen werden.

6.5.3.1. Ausbildung von Referendaren

Im Rahmen der Referendarausbildung sollen Rechtsanwälte in der Anwaltsstation der Referendare an deren Ausbildung mitwirken. § 59 BRAO richtet sich damit unmittelbar an den Rechtsanwalt, der zur Mitwirkung bei der Referendarausbildung aufgerufen ist. § 59 BRAO bezieht sich damit auch mittelbar auf den Referendar, der während des Vorbereitungsdienstes als Stationsreferendar einem Rechtsanwalt zur Ausbildung zugewiesen ist. Der Umfang der Anwendung beschränkt sich auf Referendare, da diese im Rahmen ihrer Ausbildung gewisse Kenntnisse anwaltlichen Arbeitens vermittelt bekommen sollen. Andere juristische Mitarbeiter werden von dieser Regelung nicht betroffen.

⁵³⁰ Hartung, in: Hartung, Einf BRAO Rn. 63.

⁵³¹ BVerfGE 33, 125 (160).

Nach § 59 S. 2 BRAO hat der ausbildende Rechtsanwalt den Referendar „in den Aufgaben eines Rechtsanwalts zu unterweisen, ihm anzuleiten und ihm Gelegenheit zu praktischen Arbeiten zu geben“. Hierin ist zunächst eine Berufspflicht des Rechtsanwalts zu sehen. Die Ausbildungspflicht betrifft nicht individuell den einzelnen Rechtsanwalt, aber die Anwaltschaft als solche⁵³², insoweit hat ein Referendar einen Anspruch auf Ausbildung bei einem Rechtsanwalt, es ist vielmehr Pflicht des Referendars, eine anwaltliche Ausbildung im Rahmen des Vorbereitungsdienstes zu absolvieren, § 48 BayJAPO. Mittlerweile umfasst die Ausbildung bei einem Anwalt während der Referendarzeit neun Monate in Bayern, § 48 Abs. 2 Nr. 3 BayJAPO. Ein weitergehender Anspruch des Referendars lässt sich aus der Vorschrift nicht ableiten, da diese hierfür zu unpräzise ist und keinen Tätigkeits- oder Aufgabenkatalog enthält. Was die praktischen Arbeiten betrifft, hat der Rechtsanwalt dem Referendar lediglich die Gelegenheit zu geben. Wenn sich diese jedoch während des Zeitraums der Ausbildung beim Rechtsanwalt nicht ergibt, kann sie nicht erzwungen werden.

Die Regelung des § 59 BRAO ist von ihrer Wirkung her auf Referendare gerichtet. Im Rahmen des anwaltlichen Berufsrechts ist dies nicht unzulässig, da diese Vorschrift für den Referendar lediglich von Vorteil⁵³³ ist und seine Ausbildung während des Referendariats sichert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß sich § 59 BRAO während der Ausbildung bei einem Anwalt mittelbar an Referendare richtet und ihnen im Hinblick auf die Ausbildung einen Vorteil dahingehend gewährt, daß den Referendaren ein möglichst umfassender Einblick in die anwaltliche Tätigkeit gegeben werden soll. Ein Verstoß des Rechtsanwalts gegen die berufsrechtliche Pflicht des § 59 BRAO kann jedoch nur in diesem Rahmen, nämlich berufsaufsichtlich, geahndet werden, da die Satzungscompetenz der Bundesrechtsanwaltskammer nicht über den berufsrechtlichen Bereich hinausreicht. Folglich ergibt sich daraus kein zivilrechtlicher Anspruch des Rechtsreferendars. Es folgt auch keine unmittelbare oder mittelbare Pflicht des Rechtsreferendars aus der Regelung des § 59 BRAO.

6.5.3.2. Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter

Nach § 2 Abs. 4 BORA hat der Rechtsanwalt seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit ausdrücklich zu

⁵³²Scharmer, in: Hartung, § 59 BRAO Rn. 4.

⁵³³Papenfuß, S. 181.

verpflichten und anzuhalten. Kanzleimitarbeiter⁵³⁴ unterliegen zunächst unmittelbar bereits der Verschwiegenheitspflicht des Strafgesetzbuches. Nach § 203 Abs. 3 StGB bezieht sie sich auf „berufsmäßig tätige Gehilfen“ des Anwalts sowie Personen, die „zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind“. Die Verschwiegenheitspflicht nach § 2 Abs. 4 BORA, die sich ausdrücklich auf § 43 a Abs. 2 BRAO bezieht, geht weiter als die Pflicht des § 203 Abs. 3 StGB⁵³⁵.

§ 2 Abs. 4 BORA wendet sich nicht direkt an die Mitarbeiter des Anwalts, sondern ist an den Rechtsanwalt gerichtet, für den die Mitarbeiter tätig sind, und der Rechtsanwalt verpflichtet seine Mitarbeiter zur Verschwiegenheit⁵³⁶. Durch anwaltliches Berufsrecht, hier durch die Vorschrift des § 2 BORA, werden juristische Mitarbeiter nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zur Verschwiegenheit verpflichtet, indem sie gegenüber dem Rechtsanwalt, für den sie tätig sind, konkrete Verschwiegenheitserklärungen⁵³⁷ abgeben.

Papenfuß⁵³⁸ geht, abgeleitet von der Rechtsprechung⁵³⁹ des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 12 GG, dann von einer mittelbaren Außenwirkung aus, wenn die Satzungsvorschrift infolge ihrer Gestaltung in einem engen Sachzusammenhang mit Externen steht und objektiv eine außenregelnde Tendenz deutlich erkennen lässt. Dem ist zuzustimmen: da je enger ein externer, nicht-anwaltlicher Mitarbeiter in die Arbeit von Kammermitgliedern eingebunden und in deren Wirkungskreis beruflich tätig ist, es um so mehr der Einbindung in die anwaltlichen Pflichten bedarf, um dem legitimen Zweck des anwaltlichen Berufsrechts, private Informationen und Daten von Mandanten vertraulich zu behandeln und damit zusammenhängend die Integrität der Anwaltschaft aufrechtzuerhalten, nicht zuwiderzulaufen. Somit ist eine solche Geltungserstreckung des Verschwiegenheitsrechts auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter unvermeidlich und notwendig.

Unvermeidlich ist diese Wirkung auf außenstehende Nicht-Kammermitglieder, da der Rechtsanwalt nach § 43 a BRAO gesetzlich verpflichtet ist, Verschwiegenheit zu wahren. § 59 b Abs. 2 Nr. 1 c) BRAO ermächtigt daher die Satzungsversammlung unter anderem zur näheren Regelung der Verschwiegenheit. § 2 BORA ist eine Konkretisierung dieser Vorschrift dahingehend, daß, soweit der Rechtsanwalt seine Kanzlei nicht völlig eigenständig ohne Hilfspersonal betreibt, die mit dem Anwalt zusammenarbeitenden Mitarbeiter ebenso

⁵³⁴ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 BRAO Rn. 51, Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 21.

⁵³⁵ BT-Drs. 12/4993, S. 27.

⁵³⁶ Vgl. oben „Verschwiegenheit“

⁵³⁷ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 22.

⁵³⁸ Papenfuß, S. 29.

⁵³⁹ BVerfGE 13, 181 (186); BVerfGE 22, 380 (383f.).

der Verschwiegenheitspflicht unterliegen müssen, um dem Zweck des § 43 a BRAO gerecht werden zu können.

Eine Interessenabwägung kommt zu dem Ergebnis, daß das individuelle Interesse auf informationelle Selbstbestimmung des einzelnen Mandanten hinsichtlich seiner sensiblen Daten, die innerhalb der Kanzlei auch nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern zugänglich sind, und das damit verbundene Interesse der Integrität der Anwaltschaft schwerer wiegen als das Interesse des juristischen Mitarbeiters an der privaten Nutzung und Verbreitung fremder Daten.

Ein Recht auf Verschwiegenheit, wie es dem Rechtsanwalt in § 2 Abs. 1 und 2 BORA zugestanden wird, lässt sich bezüglich juristischer Mitarbeiter aus der Vorschrift nicht herauslesen⁵⁴⁰.

6.5.3.3. Beschäftigung von Mitarbeitern

Gemäß der Satzungsermächtigungsnorm § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO regelte die Satzungsversammlung mit § 26 BORA Beschäftigungsverhältnisse. § 26 Abs. 2 BORA verpflichtet den Rechtsanwalt dazu, Auszubildende und andere Mitarbeiter als Rechtsanwälte (§ 26 Abs. 1 BORA) nicht zu unangemessenen Bedingungen zu beschäftigen. Diese Regelung (§ 26 Abs. 2 BORA) umfasst durch ihre Negativabgrenzung gegenüber Rechtsanwälten alle nicht-anwaltlichen Mitarbeiter eines Rechtsanwalts. Diese werden nicht unmittelbar angesprochen, sondern die Vorschrift wirkt mittelbar auf die juristischen Mitarbeiter, da dem Rechtsanwalt Vorgaben gemacht werden, wie er sich gegenüber seinen juristischen Mitarbeitern hinsichtlich der Vergütung zu verhalten hat, womit der Interessenkreis der juristischen Mitarbeiter, die nicht als Rechtsanwalt zugelassen sind, berührt wird.

Die Vorschrift des § 26 Abs. 2 BORA enthält für die außenstehenden Nicht-Anwälte, die Mitarbeiter eines Rechtsanwalts sind, lediglich den Vorteil, daß sie nur zu angemessenen Vertragsbedingungen beschäftigt werden dürfen. § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO ermächtigt die Satzungsversammlung unter anderem zur näheren Regelung der Beschäftigung anderer Mitarbeiter. Die Ermächtigung der Satzungsversammlung bezieht sich jedoch nur auf den berufsrechtlichen Bereich und reicht nicht in das Zivi- und Arbeitsrecht hinein⁵⁴¹. Folglich resultieren aus der Vorschrift nur berufsrechtliche Pflichten, deren Verstoß lediglich

⁵⁴⁰ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 2 BORA Rn. 1.

⁵⁴¹ Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 6.

berufsrechtlich geahndet werden kann⁵⁴². Zivilrechtliche Ansprüche der Beschäftigten gegen den Rechtsanwalt können aus § 26 Abs. 2 BORA nicht hergeleitet werden⁵⁴³.

6.5.3.4. Ausbildungsverhältnisse

Nach § 28 BORA hat der Rechtsanwalt eine Ausbildung, die auf das Ausbildungsziel gerichtet ist, zu gewährleisten. § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO ermächtigt die Satzungsversammlung, diesbezüglich eine nähere Regelung zu treffen, wovon mit der Regelung des § 28 BORA Gebrauch gemacht wurde. Der Begriff der Ausbildung ist im Rahmen dieser Vorschrift eng zu verstehen. Ausbildungsverhältnisse beziehen sich auf die Ausbildung von Rechtsanwaltsfachangestellten⁵⁴⁴, wobei ein Referendar während des Vorbereitungsdienstes nicht unter diese Vorschrift fällt. Denn bereits § 59 BRAO bezieht sich auf die Ausbildung von Referendaren im Vorbereitungsdienst und regelt diesen Ausbildungsbereich bereits gesondert.

Die Regelung des § 28 BORA ist an den Rechtsanwalt adressiert und hat die umfassende Verpflichtung des Rechtsanwalts zum Inhalt, den Auszubildenden hinsichtlich der Erreichung des Ausbildungszieles zu fördern. Ein Auszubildender wird damit mittelbar von der Vorschrift erfasst, sein Interessenbereich wird ausdrücklich berührt, jedoch ist die Vorschrift für den Auszubildenden lediglich vorteilhaft hinsichtlich seiner Ausbildung. Einen zivilrechtlichen Anspruch kann der Auszubildende jedoch nicht aus § 28 BORA ableiten⁵⁴⁵.

6.5.3.5. Vergütung von Tätigkeiten von Vertretern des Rechtsanwalts

Im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wird in § 5 auf Assessoren und Rechtsreferendare Bezug genommen. Direkt wendet sich § 5 RVG an den Rechtsanwalt, der gegenüber seinem Mandanten abrechnet. Wenn ein Assessor oder ein dem Rechtsanwalt zur Ausbildung zugeteilter Rechtsreferendar für den Rechtsanwalt tätig wurde, rechnet der Rechtsanwalt gegenüber dem Mandanten gemäß § 5 RVG ab, wie wenn er selbst tätig geworden wäre. Zwar nimmt § 5 RVG Bezug auf Assessoren und Referendare, aber nur im Rahmen der Abrechnung des beauftragten Rechtsanwalts hinsichtlich des Vergütungsanspruches gegenüber dem Mandanten. Das Verhältnis des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten

⁵⁴² Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 12.

⁵⁴³ Hartung, in: Hartung, Einf BORA Rn. 79; Henssler, AnwBl. 2000, 213 (216f.); Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 8, 15.

⁵⁴⁴ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 28 BORA Rn. 2; Hartung, in: Hartung / Holl, § 28 BORA Rn. 1; Holl, in: Hartung / Holl, § 28 BORA Azubi-Merkblatt und Rn. 6, 7.

⁵⁴⁵ Wegen der beschränkten Kompetenz der Satzungsversammlung, die sich lediglich auf den berufsrechtlichen Bereich bezieht, aber keine Regelungen im zivilrechtlichen Bereich festschreiben kann; vgl. oben.

hinsichtlich der Vergütung für die juristische Beratung hat keinen Einfluß auf die Vergütung des Assessor bzw. Referendars durch den Rechtsanwalt, für den der Assessor bzw. Referendar tätig wurde. Auch auf eine mittelbare Wirkung zielt diese Vorschrift nicht ab. Die Interessen des Assessors bzw. des Referendars sind durch die Abrechnung gegenüber dem Mandanten nicht mehr berührt. Der Assessor oder Referendar hat seine Leistung bereits erbracht, die nun im Außenverhältnis gegenüber dem Mandanten in Rechnung gestellt wird. Der Assessor bzw. Referendar wird im Innenverhältnis bereits gemäß seinem Tätigkeitsvertrag, der zwischen ihm und dem ihn beschäftigenden Rechtsanwalt besteht, für seine Leistung bezahlt.

Im Hinblick auf mittelbare Wirkungen verdeutlicht diese Vergütungsvorschrift lediglich, daß der Referendar im Rahmen des Vorbereitungsdienstes, § 157 ZPO, den Rechtsanwalt vertreten darf.

6.5.4. Allgemeine Anwendbarkeit anwaltlichen Berufsrechts und nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

Ob und inwieweit nicht-anwaltliche Mitarbeiter, wie Diplomjuristen, Referendare und Assessoren, vom anwaltlichen Berufsrecht insgesamt, also über die Ermächtigungsnorm des § 59 b BRAO hinaus, allgemein unmittelbar erfasst werden, kann durch Auslegung ermittelt werden. Soweit eine Gesetzeslücke vorliegt, kann diese Mittels der Analogie geschlossen werden⁵⁴⁶.

6.5.4.1. Auslegung

Durch Auslegung⁵⁴⁷ kann ermittelt werden, ob und inwieweit die Anwendung einer Norm reicht⁵⁴⁸. Eine einzelne Auslegung ist keine unabänderbare Erkenntnis, sie ist niemals abschließend wegen der Mannigfaltigkeit und des ständigen Wandels der Lebensverhältnisse⁵⁴⁹. Die Gesetzesauslegung hat zum Ziel, den heute rechtlich maßgeblichen, normativen Sinn zu ermitteln⁵⁵⁰. Hierbei sind sowohl subjektive, wie objektive Gesichtspunkte mit einzubeziehen, also wie die jeweilige Norm im Kontext der Gesetze und des Grundgesetzes zu sehen sowie der Wille des historischen Gesetzgebers mit zu berücksichtigen ist⁵⁵¹. Die Auslegung wird in der Regel in das „grammatikalische“, das

⁵⁴⁶ Larenz / Canaris, S. 202.

⁵⁴⁷ Hinsichtlich der Auslegungsmethoden beschränke ich mich auf die allgemein anerkannte 4gliedrige Auslegung, wie sie Larenz beschreibt.

⁵⁴⁸ Larenz / Canaris, S. 135.

⁵⁴⁹ Larenz / Canaris, S. 135.

⁵⁵⁰ Larenz / Canaris, S. 139.

⁵⁵¹ Larenz / Canaris, S. 138f.

„logische“, das „historische“ und das „systematische“ Element aufgeteilt; diese stehen nicht getrennt nebeneinander, sondern wirken als methodische Gesichtspunkte zusammen⁵⁵².

6.5.4.1.1. Wortsinn

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortsinn. Die Auslegung bewegt sich innerhalb des Rahmens des möglichen Wortsinns - was mit diesem Ausdruck noch verstanden werden kann⁵⁵³. daß insbesondere Rechtsanwälte vom anwaltlichen Berufsrecht betroffen sind, darauf deutet bereits der Name des Berufsrechts hin: Bundesrechtsanwaltsordnung, Berufsordnung für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltvergütungsgesetz. Die Bundesrechtsanwaltsordnung ist das Berufsgesetz der Anwaltschaft⁵⁵⁴. Der Begriff Rechtsanwalt ist nicht gleich zu setzen mit Diplomjurist, Referendar oder Assessor. Ein Rechtsanwalt hat möglicherweise ebenso den akademischen Grad des Diplom- oder Wirtschaftsjuristen erworben, jedoch hat er als Rechtsanwalt die Zulassung zur Anwaltschaft inne und hebt sich damit von den anderen Juristen ab. Spricht man von einer Person als Rechtsanwalt, so versteht man auch im alltäglichen Sprachgebrauch und -verständnis einen zur Anwaltschaft zugelassenen Juristen und nicht beispielsweise einen Diplomjuristen oder Referendar. Im Rahmen des Wortsinns des Rechtsanwalts besteht demnach keine Möglichkeit, andere nicht zur Anwaltschaft zugelassene Juristen unter das anwaltliche Berufsrecht zu fassen, selbst eine weite Auffassung führt nicht zu einem solchen Verständnis. Eine Überschreitung des Rahmens des möglichen Wortsinns ist keine Auslegung mehr, sondern eine Umdeutung⁵⁵⁵.

6.5.4.1.2. Bedeutungszusammenhang

Auch hinsichtlich des Bedeutungs- und Regelungszusammenhangs ergibt sich kein anderes Ergebnis; hierbei ist auch der Zweck des Gesetzes zu berücksichtigen⁵⁵⁶. Bei dieser systematischen Interpretation ist bereits der Übergang zur teleologischen Methode zu erkennen, die den Sinn und Zweck einer Norm in den Mittelpunkt rückt⁵⁵⁷.

Die Bundesrechtsanwaltsordnung dient der Rechtspflege und der Rechtsanwalt wird als „Organ der Rechtspflege“, § 2 BRAO, verstanden; die Berufsordnung für Rechtsanwälte basiert ebenso auf dieser Stellung des Rechtsanwalts⁵⁵⁸. Der Rechtsanwalt hat als

⁵⁵² Larenz / Canaris, S. 140.

⁵⁵³ Larenz / Canaris, S. 143.

⁵⁵⁴ Koch, in: Henssler / Prütting, BORA § 26 Rn. 10.

⁵⁵⁵ Larenz / Canaris, S. 143.

⁵⁵⁶ Larenz / Canaris, S. 148.

⁵⁵⁷ Larenz / Canaris, S. 216.

⁵⁵⁸ Henssler, in: Henssler / Prütting, § 1 BORA Rn. 17ff.; Einl. BORA Rn. 2

rechtskundiger Berater gegenüber dem Bürger eine bestimmte Mittlerfunktion im System der Rechtspflege⁵⁵⁹. Diese Aufgabe kommt lediglich dem Rechtsanwalt zu (§ 2 BRAO), nicht aber Juristen, die nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind und damit nicht die Funktion eines „Organs der Rechtspflege“ innehaben.

6.5.4.1.3. Regelungsabsicht und Zweck

Die Vorstellungen des Gesetzgebers der Bundesrechtsanwaltsordnung bzw. des Satzungsgebers der Berufsordnung für Rechtsanwälte orientieren sich weiterhin an diesen Zwecken und sehen grundsätzlich keine Anwendung auf Nicht-Rechtsanwälte vor. Wäre eine Abweichung vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers gewollt gewesen, hätte dies im Rahmen von Reformen und einer Ausweitung der Anwendung Ausdruck finden können⁵⁶⁰; Anhaltspunkte hierfür gibt es aber nicht.

6.5.4.2. Analogie

Geht die Auslegung eines Begriffs über seinen möglichen Wortsinn hinaus, kann bereits die Schwelle zur Analogie überschritten sein, die Auslegung kann ohne Bruch in die Rechtsfortbildung übergehen⁵⁶¹. Rechtsfortbildung ist aber nur in dem Rahmen möglich, in dem das Gesetz in seiner logischen Geschlossenheit eine Lücke aufweist, eine „planwidrige Unvollständigkeit“⁵⁶² im Rahmen des Regelungszusammenhangs des Gesetzes⁵⁶³.

Soweit eine offene Gesetzeslücke vorliegt, kann diese mittels Analogie geschlossen werden⁵⁶⁴. Für solch eine Anwendung müssen jedoch bestimmte Voraussetzungen gegeben sein: die vorliegenden Sachverhalte müssen sich ähnlich sein, so daß eine gleichartige Bewertung in dem Maße möglich ist, daß die für den einen Tatbestand geltende Regel auch auf den anderen, gleich zu wertenden Sachverhalt Anwendung findet, sog. Einzelanalogie⁵⁶⁵.

Der formale Anknüpfungspunkt einer planwidrigen Regelungslücke liegt nicht vor, da die Bundesrechtsanwaltsordnung und Berufsordnung für Rechtsanwälte sich bewußt nur auf zugelassene Rechtsanwälte beziehen und Nicht-Anwälte bewußt nicht einbeziehen, da diese nicht formal zur Anwaltschaft zugelassen und damit keine Mitglieder der Rechtsanwaltskammer sind – im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung können sich

⁵⁵⁹ BT-Drs. 12/4993, S. 23.

⁵⁶⁰ BT-Drs. 12/4993, S. 22.

⁵⁶¹ Larenz / Canaris, S. 143ff., 187f.

⁵⁶² Elze, S. 6; Larenz / Canaris, S. 194.

⁵⁶³ Larenz / Canaris, S. 191ff.

⁵⁶⁴ Larenz / Canaris, S. 202.

⁵⁶⁵ Larenz / Canaris, S. 204f.

Bundesrechtsanwaltsordnung und Berufsordnung nur auf Kammermitglieder beziehen, da ansonsten eine unzulässige Drittwirkung⁵⁶⁶ hervorgerufen würde. Das anwaltliche Berufsrecht ist bereits mehrmals reformiert worden, unter anderem mit der Begründung, dem erheblichen Wandel des anwaltlichen Berufsbildes gerecht zu werden⁵⁶⁷. Dies zeugt davon, daß das Bewußtsein hinsichtlich dieses Wandels bei den jeweiligen Reformen vorhanden war. Dennoch erfolgte eine Änderung der Berufsregeln hinsichtlich einer Einbeziehung juristischer Mitarbeiter nicht. Insoweit liegt keine mittels Analogie auszufüllende planwidrige Lücke vor, sondern ein bewußtes Schweigen des Gesetzgebers.

Eine generelle unmittelbare Anwendung des anwaltlichen Berufsrechts auf Nicht-Anwälte kann weder im Wege der Auslegung noch durch Analogie herbeigeführt werden. Letztlich ist aus der einzelnen Vorschrift herauszulesen, ob eine Anwendung auf Referendare, Assessoren oder andere Nicht-Anwälte erfolgen soll.

6.5.5. Persönlicher Anwendungsbereich anwaltlichen Berufsrechts

Der persönliche Anwendungsbereich anwaltlichen Berufsrechts erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Mitglieder⁵⁶⁸ der jeweiligen Rechtsanwaltskammer⁵⁶⁹, also die zugelassenen Rechtsanwälte.

Berufskörperschaften sind befugt, Satzungen zu erlassen, und zwar im Rahmen der ihnen gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihnen angehörigen und unterworfenen Personen⁵⁷⁰. Dies bedeutet, daß von der Berufsordnung für Rechtsanwälte lediglich die bei den Rechtsanwaltskammern zugelassenen Rechtsanwälte betroffen sind und keine Nicht-Rechtsanwälte. Das anwaltliche Berufsrecht entfaltet demnach grundsätzlich keine Wirkung für Nicht-Anwälte⁵⁷¹. Soweit eine Drittwirkung bezweckt ist, bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigung⁵⁷², die diesen Eingriff deckt.

⁵⁶⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 b BRAO Rn. 2a.

⁵⁶⁷ BT-Drs. 12/4993, S. 22f.

⁵⁶⁸ Taupitz, S. 1253.

⁵⁶⁹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 b BRAO Rn. 2a.

⁵⁷⁰ Taupitz, S. 1253.

⁵⁷¹ Soweit eine Ausweitung des Anwendungsbereiches gewollt ist, wird dies mit der entsprechenden Vorschrift verdeutlicht; z.B. Verschwiegenheit von Mitarbeitern, § 2 Abs. 4 BORA, § 43 a Abs. 2 BRAO.

⁵⁷² BVerfGE 33, 125 (160); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 b BRAO Rn. 2a; Taupitz, S. 1258, 1265.

In der Ermächtigungsnorm des § 59 b Abs. 2 Nr. 5 bis 9 BRAO hat der Gesetzgeber die Regelungsbereiche mit Außenwirkung ausdrücklich genannt, wobei diese Norm in den Regelungszusammenhang der Bundesrechtsanwaltsordnung eingebettet ist⁵⁷³, also nicht isoliert im Raume steht. Insbesondere § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO bezieht sich auf die Beschäftigung anderer Mitglieder und damit auf Nicht-Rechtsanwälte und Nicht-Kammermitglieder. Aufgrund der eingeschränkt demokratischen Legitimation⁵⁷⁴ der Satzungsversammlung gilt die Berufsordnung für Rechtsanwälte grundsätzlich nur für Kammermitglieder, § 191 b BRAO. Im Rahmen der Satzungsermächtigung des § 59 b BRAO wurden Regelungen getroffen, die auch Nicht-Kammermitglieder betreffen. Diese sind nicht unwirksam, da sie sich im Rahmen der Ermächtigung bewegen und entweder dem außenstehenden Betroffenen einen Vorteil bieten, z.B. §§ 26 Abs. 2, 28 BORA, oder, soweit der Außenstehende Beschränkungen, wie sie sich aus § 2 BORA ergeben, hinnehmen muß, diese mit dem Zweck des Berufsrechts inhaltlich so stark verknüpft sind, daß sich eine solche Wirkung zwangsläufig ergibt und nicht vermieden werden kann. Diese geringfügigen Reflexwirkungen der Berufsordnung für Rechtsanwälte gegenüber Nicht-Kammermitgliedern sind unvermeidbar und zulässig⁵⁷⁵. Die Regelung des § 59 b Abs. 2 Nr. 8 BRAO ist erforderlich, um die Rechte und vor allem die Pflichten der Rechtsanwälte, die Nicht-Rechtsanwälte beschäftigen, gewährleisten zu können und nicht Gefahr zu laufen, daß diese durch Außenstehende unterlaufen werden, wenn sie nicht in gewisser Weise in die Pflichten der Rechtsanwälte mit eingebunden werden.

Damit bleibt festzuhalten, daß die Geltung für Außenstehende keine unmittelbare ist. Das anwaltliche Berufsrecht ist damit unmittelbar ausschließlich auf Rechtsanwälte anzuwenden und wirkt nicht direkt auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, die keine Kammermitglieder sind. Nicht-Kammermitglieder werden nicht unmittelbar durch das anwaltliche Berufsrecht verpflichtet, sondern lediglich in direktem Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt. Der Rechtsanwalt, der jeweils unmittelbar zur Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet ist, ist somit der Mittler bestimmter Berufspflichten, in die auch Nicht-Anwälte mit einbezogen werden müssen, um nicht das anwaltliche Berufsrecht als solches in Frage zu stellen. Damit liegt eine mittelbare Wirkung anwaltlichen Berufsrechts auf Nicht-Anwälte vor.

⁵⁷³ BVerfGE 101, 312 (323f.).

⁵⁷⁴ Kleine-Cosack, S. 105; Papenfuß, S. 150; Tettinger, S. 96 – 99.

⁵⁷⁵ BVerfGE 101, 312 (323); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 4; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 36.

7. Verhältnis von Arbeitsrecht und anwaltlichem Berufsrecht

Liegen Tätigkeitsverhältnisse von nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern und Rechtsanwälten vor, sind einerseits die zivilrechtlichen Regelungen des Beschäftigungsverhältnisses von Belang und andererseits sind die Vorschriften des anwaltlichen Berufsrechts zu beachten. Im Folgenden soll zunächst der Rang des anwaltlichen Berufsrechts dargestellt werden und sodann auf das Verhältnis von Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts und Normen des Arbeitsrechts eingegangen werden.

7.1. Rangordnung der Normen

Jede Norm muß, um nicht rechtswidrig zu sein, mit höherrangigem Recht vereinbar sein; dieser Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) ist ein Grundprinzip der deutschen Rechtsordnung⁵⁷⁶. So muß auch das von einer Körperschaft gesetzte Recht hinsichtlich seines materiellen Inhalts mit höherrangigem Recht in Einklang stehen⁵⁷⁷. Bestehen Kollisionen, werden diese dahingehend gelöst, daß das ranghöhere Gesetz dem niedrigeren vorangeht: *lex superior derogat legi inferiori*⁵⁷⁸. Damit ist jedoch generell nicht ausgeschlossen, daß berufsrechtlich gesetzte Normen, die als Satzung unterhalb des förmlichen Gesetzes stehen, strengere Anforderungen stellen⁵⁷⁹.

Wurden Gesetze vom selben Rechtssetzungsorgan erlassen, z.B. Parlamentsgesetze, so haben diese im Verhältnis zueinander keine vor- oder nachrangige Stellung, sondern stehen auf gleicher Stufe. Berufsrecht und allgemeines Recht stehen für den jeweils eigenen Bereich unverbunden nebeneinander⁵⁸⁰. Das allgemeine Gesetz gilt in der Regel gegenüber jedermann, wohingegen das anwaltliche Berufsrecht in Gestalt der BRAO als Gesetz die Rechtsanwälte als Adressaten hat. Ein Gleichordnungsverhältnis innerhalb einer Stufe der Rechtsquellen gilt nur, soweit die gleichen Adressaten betroffen sind⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ Gusy, JuS 1983, 189; Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 23, 27; Pietzcker, JuS 1979, 710.

⁵⁷⁷ BVerfGE 33, 125 (160).

⁵⁷⁸ Kiess, S. 189.

⁵⁷⁹ Taupitz, in: Smid / Fehl, S. 454.

⁵⁸⁰ Kiess, S. 195; Taupitz, in: Smid / Fehl, S. 454.

⁵⁸¹ Kiess, S. 194.

7.2. Vorbehalt des Gesetzes

Neben dem Vorrang des Gesetzes als ein Grundprinzip der deutschen Rechtsordnung ist auch der Vorbehalt des Gesetzes bei der Anwendung zu berücksichtigen. Der Vorbehalt des Gesetzes ist ebenfalls einer der Grundzüge der deutschen Rechtsordnung⁵⁸². Dieses Grundprinzip beruht auf dem rechtsstaatlichen Postulat der generellen, vorherigen Normierung staatlichen Handelns und auf dem demokratischen Postulat der Selbstbestimmung, die über das unmittelbar gewählte Parlament vermittelt wird: wesentliche Entscheidungen im Bereich des Grundgesetzes sind demnach vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu treffen⁵⁸³. In engem Zusammenhang mit der Rangordnung der Normen steht die Aufteilung staatlicher Kompetenzen auf verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts⁵⁸⁴, wie z.B. die Bundesrechtsanwaltskammer. Einschränkungen der Berufsfreiheit müssen nach der Verfassung nicht ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber, sondern können auch durch Satzungen einer autonomen Körperschaft angeordnet werden⁵⁸⁵. Es besteht eine Kompetenzordnung der verschiedenen Gewalten, innerhalb derer stets das Grundgesetz an der Spitze steht und die Parlamentsgesetze den Regelungen anderer staatlicher Gewalten vorgeordnet sind⁵⁸⁶. Der Gesetzgeber entscheidet, welche Gemeinschaftsinteressen bedeutender sind als individuelle Freiheitsrechte. Weniger wesentliche Regelungen kann der parlamentarische Gesetzgeber somit auf autonome Körperschaften delegieren⁵⁸⁷. Der Parlamentsvorbehalt wird dahingehend relativiert, daß an die Stelle der vollständigen gesetzlichen Regelung eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß einer materiell gesetzlichen Regelung tritt. Insoweit kann der Gesetzgeber einem Berufsverband den notwendigen Spielraum gewähren und ihn mit Satzungsgewalt ausstatten⁵⁸⁸. Wird einer Körperschaft eine Satzungsermächtigung nur in bestimmten ausdrücklich erwähnten Bereichen erteilt, darf der Satzungsgeber nicht darüber hinausgehende Regelungen treffen und damit den Vorbehalt des Gesetzes mißachten⁵⁸⁹. Die gewährten Rechte dürfen nur konkretisiert werden⁵⁹⁰. Werden Rechte Dritter eingeschränkt, so bedarf dies einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber⁵⁹¹. Diese

⁵⁸² Pietzcker, JuS 1979, 710.

⁵⁸³ Pietzcker, JuS 1979, 710 (715).

⁵⁸⁴ Pietzcker, JuS 1979, 710.

⁵⁸⁵ BVerfGE 76, 171 (185); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 2a.

⁵⁸⁶ Gusy, JuS 1983, 189 (189, 193); Pietzcker, JuS 1979, 710.

⁵⁸⁷ BVerfGE 33, 125 (155, 158); BVerfGE 98, 49 (60); Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl BORA Rn. 5; Jaeger, AnwBl. 2000, 475 (482); Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 17, 23.

⁵⁸⁸ BVerfGE 33, 125 (159); BVerfGE 76, 171 (185).

⁵⁸⁹ BVerfG, NJW 2000, 347 (348); Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 24.

⁵⁹⁰ BVerfG, NJW 2000, 347 (348); Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 27.

⁵⁹¹ BVerfGE 101, 312 (323); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 2; Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 3, 4.

Vorbeugung einer Gefahr für Freiheitsrechte des Einzelnen durch den Gesetzgeber ist Ausdruck des Gesetzesvorbehalts⁵⁹². Hinsichtlich der BORA bedarf es einer Satzungsautonomie auf Grund eines Gesetzes (Art. 12 GG); diese Satzungscompetenz aus § 59 b BRAO wurde auf die Kammermitglieder übertragen und auf diese beschränkt⁵⁹³. Die Satzungsautonomie wurde ausdrücklich erteilt und ist abschließend⁵⁹⁴.

7.3. Berufsordnung für Rechtsanwälte

Von dieser Satzungscompetenz wurde Gebrauch gemacht. Die Berufsordnung für Rechtsanwälte wurde von der Satzungsversammlung erlassen. Die BORA ist als Satzungsrecht den Parlamentsgesetzen, wie der Bundesrechtsanwaltsordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, gegenüber grundsätzlich nachrangig⁵⁹⁵. Höherrangiges Recht nimmt Einfluß auf niederrangiges Satzungsrecht: beispielsweise entschied das Bundesverfassungsgericht⁵⁹⁶, daß § 3 Abs. 2 BORA mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Berufsausübungsregelungen müssen sich im Rahmen des Art. 12 GG bewegen⁵⁹⁷; ein Eingriff ist nur durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls – in diesem Zusammenhang insbesondere der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege – gerechtfertigt⁵⁹⁸. Hinsichtlich Art. 3 GG dürfen ohne sachlichen Grund keine schärferen Anforderungen und Rechtsfolgen festgeschrieben werden⁵⁹⁹.

Die Satzungsermächtigung des § 59 b BRAO⁶⁰⁰ bezieht sich nur auf die Ausgestaltung und Konkretisierung anwaltlicher Rechte und Pflichten, diese sind abschließend enumerativ aufgezählt⁶⁰¹. Der Satzungsversammlung ist es wegen des Vorrangs des Gesetzes untersagt, durch niederes Satzungsrecht höherrangige Gesetze abzuändern⁶⁰². Die BORA zueht unmittelbare zivilrechtliche Rechtsfolgen nicht nach sich⁶⁰³. Zivilrechtliche Folgen aus der BORA als anwaltliche Disziplinarvorschriften abzuleiten, wäre systemwidrig⁶⁰⁴. Zudem ist es nicht Aufgabe der ordentlichen Gerichte, anwaltliches Berufsrecht durchzusetzen, welches

⁵⁹² BVerfGE 33, 125 (160).

⁵⁹³ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 2.

⁵⁹⁴ BT-Drs. 12/7656, S. 50; Kleine-Cosack, § 59 BRAO Rn. 22.

⁵⁹⁵ Bürkle-Storz, S. 101; Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 77; Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 5.

⁵⁹⁶ BVerfGE 108, 150 (164).

⁵⁹⁷ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 9.

⁵⁹⁸ BVerfGE 65, 116 (125); BVerfGE 70, 1 (28); BVerfGE 78, 155 (162); Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 8.

⁵⁹⁹ Henssler, JZ 1998, 1065 (1067); Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 8.

⁶⁰⁰ Henssler, AnwBl. 2000, 213 (214f.); Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 31; Henssler, MDR 2002, 315 (317); Kleine-Cosack, § 59 b BRAO Rn. 27, 31.

⁶⁰¹ BT-Drs. 12/7656, S. 50; Henssler, AnwBl. 2000, 213 (215); Kleine-Cosack, § 59 BRAO Rn. 22.

⁶⁰² Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 6.

⁶⁰³ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 9f.

⁶⁰⁴ Borgmann / Jungk / Grams, § 4 Rn. 40; Hartung, in: Hartung / Holl, Einf. BORA Rn. 79; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 10.

autonom durch die Satzungsversammlung geschaffen wurde⁶⁰⁵. Insoweit nimmt das anwaltliche Berufsrecht in Form von Satzungsrecht, also der Berufsordnung für Rechtsanwälte, grundsätzlich keinen unmittelbaren Einfluß auf Parlamentsgesetze, wie die Bundesrechtsanwaltsordnung oder das Bürgerliche Gesetzbuch. Ein solcher Einfluß auf Normen des Zivilrechts bedarf einer gesamtstaatlichen Legitimation und nicht lediglich einer Satzungskompetenz nur eines Standes, dessen Zuständigkeit sich lediglich auf die Konkretisierung seiner berufsrechtlichen Rechte und Pflichten bezieht⁶⁰⁶.

Generell sind die Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung keine Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB, die eine Nichtigkeit berufsordnungswidriger Rechtsgeschäfte nach sich ziehen⁶⁰⁷. Das Verbotsgesetz, in diesem Falle eine Norm der Bundesrechtsanwaltsordnung, müsste gerade die Nichtigkeit bezwecken⁶⁰⁸, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts müsste ausdrücklich im Rechtsfolgeausspruch der Norm festgelegt sein⁶⁰⁹. Eine solche Rechtsfolge widerspräche⁶¹⁰ dem Sinn und Zweck des Berufsrechts, nämlich der disziplinarrechtlichen Ausrichtung und deren Einhaltung mittels berufsrechtlicher Sanktionen⁶¹¹. Zudem fehlt der Satzungsversammlung eine Kompetenz dahingehend, unmittelbare zivilrechtliche Folgen herbeizuführen⁶¹². § 45 BRAO jedoch wird als Verbotsgesetz charakterisiert, so daß ein Verstoß dagegen die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages zu Folge hat⁶¹³. Im Vordergrund des § 45 BRAO steht der Schutz der Rechtssuchenden und der Rechtspflege⁶¹⁴, der die Nichtigkeitsfolge rechtfertigt, selbst wenn sich die Verbote nur an den Rechtsanwalt richten.

In Einzelfällen kann eine Berufsrechtsverletzung zugleich einen Verstoß gegen § 138 BGB darstellen, für den Fall, daß dieser Verstoß gleichzeitig eine Verletzung allgemeiner Wertvorstellungen darstellt⁶¹⁵. Jedoch sind beide Verstöße unabhängig voneinander zu

⁶⁰⁵ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 10; Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (133).

⁶⁰⁶ Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 79; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 32; Kleine-Cosack, S. 272.

⁶⁰⁷ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 6; Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 79; Henssler, AnwBl. 2000, 213 (217); Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 11; Henssler, RdA 1999, 38 (42); Taupitz, JZ 1994, 221 (227); Taupitz, MedR 1992, 271 (272) (Anm. zu BGH Urt. v. 6.2. 1992 – IX ZR 95/91).

⁶⁰⁸ Henssler, RdA 1999, 38 (42); Kleine-Cosack, Einl. BRAO Rn. 52; Taupitz, JZ 1994, 221 (227).

⁶⁰⁹ Taupitz, JZ 1994, 221 (227); Taupitz, MedR 1992, 271 (272) (Anm. zu BGH Urt. v. 6.2. 1992 – IX ZR 95/91).

⁶¹⁰ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 11.

⁶¹¹ Taupitz, MedR 1992, 271 (272) (Anm. zu BGH Urt. v. 6.2. 1992 – IX ZR 95/91).

⁶¹² Henssler, AnwBl. 2000, 213 (217); Taupitz, JZ 1994, 221 (227); Taupitz, MedR 1992, 271 (272) (Anm. zu BGH Urt. v. 6.2. 1992 – IX ZR 95/91).

⁶¹³ OLG Hamm, MDR 1989, 266; OLG Köln, AnwBl. 1980, 70; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 41; Hartung, in: Hartung, § 45 BRAO Rn. 57.

⁶¹⁴ Hartung, in: Hartung, § 45 BRAO Rn. 57.

⁶¹⁵ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 13.

prüfen⁶¹⁶ und zu verfolgen: einerseits vor den Anwaltsgerichten und andererseits vor den ordentlichen Gerichten.

7.4. Bundesrechtsanwaltsordnung

Die Bundesrechtsanwaltsordnung steht als Parlamentsgesetz mit dem allgemeinen Gesetz, wie z. B. dem Bürgerlichen Gesetzbuch, auf einer Stufe. Die Gesetze stehen jeweils für den eigenen Bereich nebeneinander⁶¹⁷. Hier können sich Spannungen ergeben. Spezialvorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung haben gegenüber Generalklauseln sonstigen einfachen Rechts Vorrang⁶¹⁸. Es kann aber nicht ohne weiteres von berufsrechtlichen Normen, gegen die verstoßen wird, auf die Unwirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen geschlossen werden⁶¹⁹. Eine konkrete Prüfung⁶²⁰ ist erforderlich, welche Bedeutung den einzelnen Bestimmungen der Bundesrechtsanwaltsordnung für die Rechtswirksamkeit zivilrechtlicher Verhältnisse zukommt.

Die Berufspflichten, denen ein Anwalt unterliegt, haben grundsätzlich keine unmittelbare zivilrechtliche Wirkung⁶²¹. Es besteht die Möglichkeit geringfügiger Reflexwirkungen der Berufsordnung für Rechtsanwälte als Satzungsrecht gegenüber Nicht-Kammermitgliedern, die unvermeidbar und zulässig⁶²² sind – wie bereits oben erwähnt.

Andererseits sind Einschränkungen der anwaltlichen Freiheit als Eingriff in Art. 12 GG jedoch nur durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls, der Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, zu rechtfertigen⁶²³.

7.5. Widerstreit von anwaltlichem Berufsrecht und arbeitsrechtlicher Dispositionsbefugnis

Arbeitsrechtliche Normen finden sich z. B. im BGB, im KSchG oder im BUrIG, also in formellen Gesetzen. Berufsrechtlich gelten die BRAO mit Gesetzescharakter und die BORA mit Satzungsrang.

Bei Zusammentreffen von Satzung und Gesetz setzt sich die Norm mit Gesetzescharakter gegenüber der Satzungsnorm durch⁶²⁴. Hinsichtlich eines Aufeinandertreffens einer Norm mit

⁶¹⁶ Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 13; Kleine-Cosack, EWiR 2000, 611 (612).

⁶¹⁷ Taupitz, in: Smid / Fehl, S. 454.

⁶¹⁸ Kleine-Cosack, Einl. BRAO Rn. 49.

⁶¹⁹ Kleine-Cosack, Einl. BRAO Rn. 50.

⁶²⁰ Kleine-Cosack, Einl. BRAO Rn. 48.

⁶²¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 24; Eylmann, in: Henssler / Prütting, Vorb § 43 BRAO Rn. 12.

⁶²² BVerfG, NJW 2000, 347; BVerfGE 101, 312 (323f.); Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 BORA Rn. 4; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 36.

⁶²³ BVerfGE 61, 291 (312); BVerfGE 68, 272 (282); Hartung, in: Hartung / Holl, § 43 BRAO Rn. 2.

⁶²⁴ Hartung, in: Hartung, Einl. BORA Rn. 77.

Gesetzescharakter und einer berufsrechtlichen Satzungs Vorschrift, also der BORA, ergibt sich damit der Vorrang des Gesetzes, wobei die BORA als Satzung zurücktritt. Auf der Ebene der Gesetzesnorm ist sodann zu klären, ob die arbeitsrechtliche oder berufsrechtliche Gesetzesregelung vorrangig ist, die sich dann als höherrangiges Recht gegenüber der Satzungsnorm durchsetzt.

Treffen ein arbeitsrechtliches Gesetz und die BRAO, die ebenfalls Gesetzescharakter besitzt, aufeinander, also zwei gleichrangige Normen, sind weitere Kriterien heranzuziehen, um den Vorrang einer Norm festzustellen.

Im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses hat der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ein Weisungsrecht. Wird das fachliche Weisungsrecht beschränkt oder völlig aufgehoben, liegt dennoch ein Arbeitsverhältnis vor⁶²⁵, wie z.B. bei einem Chefarzt⁶²⁶; dem Arbeitnehmer werden dann im fachlichen Bereich keine Weisungen bis ins Einzelne erteilt, so daß in diesem Bereich weitgehend keine Einflussnahme des Arbeitgebers vorliegt, der Arbeitnehmer aber im übrigen im wesentlichen weisungsgebunden ist. Je nach Stellung des Arbeitgebers und Arbeitnehmers können sich Probleme hinsichtlich fachlicher Weisungen ergeben.

7.5.1. Weisungsfreiheit des Rechtsanwalts und Dispositionsbefugnis des Arbeitgeber-Rechtsanwalts

Gemäß § 611 BGB besteht zwischen Arbeitnehmer-Rechtsanwalt und Arbeitgeber-Rechtsanwalt ein Dienstverhältnis. Ein Arbeitgeber kann auf dieser Grundlage Weisungen z.B. hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung erteilen und den Arbeitsvertrag damit näher bestimmen⁶²⁷. Auch als Arbeitnehmer hat der Rechtsanwalt aufgrund seiner Zulassung zur Anwaltschaft die Rechte und Pflichten des anwaltlichen Berufsrechts einzuhalten. Der Arbeitgeber-Rechtsanwalt ist verpflichtet, die anwaltliche Unabhängigkeit des angestellten Rechtsanwalts zu wahren⁶²⁸.

⁶²⁵ Fuhrmann, S. 128.

⁶²⁶ BAG, DB 1961, 1136; LAG Bad-Württ, DB 1960, 1159.

⁶²⁷ Richardi / Woltzke, § 12 Rn. 52; Schaub, S. 140.

⁶²⁸ Zuck, Stichwort „Angestellte“, S. 17.

7.5.1.1. Fachliche Unabhängigkeit des Anwalts

Das Angestelltenverhältnis eines Rechtsanwaltes und dessen anwaltliche Unabhängigkeit wurde bereits mehrfach diskutiert. Koch⁶²⁹ hebt hervor, daß das Angestelltenverhältnis den Anwalt nicht in der unabhängigen anwaltlichen Tätigkeit hindern darf. Eylmann⁶³⁰ stellt klar, daß alle Differenzierungen und „juristischen Konstruktionskünste“ nichts daran ändern, daß die unabhängige freie Berufsausübung offensichtlich erheblich eingeengt wird.

Streck⁶³¹ ist der Ansicht, daß eine angestellte Anwältin sich stets „auf dem Weg zur Rechtsanwältin“ befinde, ein dauerhaft angestellter Anwalt nie Vollanwalt sei und die anwaltliche Unabhängigkeit eines angestellten Anwalts sich „gut auf geduldigem Papier“ schreibe. Auch Fuhrmann⁶³² betrachtet das Angestelltenverhältnis als „Durchgangsstadium“.

Ein wesentliches Merkmal der Tätigkeit des Rechtsanwalts als freier Beruf ist die Eigenverantwortung⁶³³. Soweit der Arbeitgeber ebenso Rechtsanwalt ist und damit selbst den anwaltlichen Standesregeln unterworfen ist, verzichtet der Bundesgerichtshof⁶³⁴ im Gegensatz zum Syndikusanwalt auf das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit. Im Falle eines Arbeitgeber-Rechtsanwalts stehe der Zulässigkeit des Angestelltenverhältnisses die fehlende Eigenverantwortlichkeit des angestellten Anwalts nicht entgegen⁶³⁵. Henssler⁶³⁶ führt aus, daß diese fehlende Eigenverantwortlichkeit nicht so verstanden werden dürfe, daß der angestellte Anwalt alle Weisungen des Arbeitgeber-Anwalts zu befolgen habe. Vielmehr ist der angestellte Anwalt in seiner fachlichen Tätigkeit frei⁶³⁷. Der angestellte Anwalt genießt fachliche Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit in der spezifisch anwaltlichen Tätigkeit⁶³⁸.

⁶²⁹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 2 BORA Rn. 29; Koch, in: Henssler / Prütting, § 2 BORA Rn. 18; Zuck, Stichwort „Angestellte“, S. 17.

⁶³⁰ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 13.

⁶³¹ Streck, S. 84.

⁶³² Fuhrmann, S. 142.

⁶³³ BT-Drs 12/21, S.8; Gelking, S. 5; Henssler, RdA 1999, 38 (39f.).

⁶³⁴ BGHZ 65, 238 (239f.); Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 15.

⁶³⁵ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 2 BRAO Rn. 18.

⁶³⁶ Henssler, RdA 1999, 38 (39f.).

⁶³⁷ Fuhrmann, S. 127ff; Henssler, RdA 1999, 38 (39f.); Knief, AnwBl. 1985, 58 (59); Müller, MDR 1998, 1061(1063).

⁶³⁸ Henssler, RdA 1999, 38 (40); Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 54; Müller, MDR 1998, 1061 (1063).

7.5.1.2. Fachliche Weisungen des Arbeitgeber-Rechtsanwalt gegenüber dem Arbeitnehmer-Rechtsanwalt

Nach überwiegender Ansicht⁶³⁹ darf der Arbeitgeber-Rechtsanwalt sein Direktionsrecht nur hinsichtlich organisatorischer Fragen ausüben, nicht aber durch inhaltliche und somit fachliche Weisungen, damit die anwaltliche fachliche Unabhängigkeit gewahrt bleibt. daß der Rechtsanwalt fachliche Unabhängigkeit genießt, bedeutet jedoch nicht, daß ihm gegenüber tatsächlich auch keine fachlichen Weisungen mehr erteilt würden. Fraglich ist, in welchem Maße der angestellte Rechtsanwalt die fachlichen Weisungen seines Arbeitgeber-Rechtsanwalts zu beachten hat. Was fachliche Weisungen in Bezug auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts betrifft, werden verschiedenen Ansichten vertreten: von der Gewissens- und Überzeugungsfreiheit des Anwalts bis hin zur Konfliktlosigkeit des Direktionsrechts zur anwaltlichen Unabhängigkeit.

Die „geistige“ Unabhängigkeit und das Freisein von fachlichen Weisungen sind maßgeblich⁶⁴⁰. Bezüglich des „Wie“ seiner Tätigkeit ist der Rechtsanwalt frei⁶⁴¹. Pfeiffer⁶⁴² spricht von innerer Unabhängigkeit. Die innere Freiheit⁶⁴³ zeichnet sich aus durch Weisungsunabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit der Berufsausübung und Leistungserbringung⁶⁴⁴. Weisungen in der juristischen Beratung sind nach Rewolle⁶⁴⁵ nicht möglich, da Wissenschaft nicht dirigierbar sei – der Bearbeiter kann seitens seines Arbeitgebers aber Rügen wegen ihm unterlaufener vermeidbarer Fehler erhalten. Knief⁶⁴⁶ verweist auf eine wesensimmanente Unterwerfung der Entscheidung allein dem Gewissen und der Überzeugung des Anwalts ähnlich der Tätigkeit des Arztes. Dieser Auffassung zufolge unterläge der Rechtsanwalt keiner Weisungsgebundenheit, sondern hätte seine Tätigkeit lediglich vor seinem Gewissen zu verantworten. Soweit das Gewissen des Rechtsanwalts dem anwaltlichen Pflichtenkatalog des Berufsrechts entspricht, deren Maßstab ein pflichtbewusster Anwalt ist, ist gegen diese Ansicht nichts einzuwenden. Als zu weitgehend abzulehnen, ist diese Auffassung allerdings dann, wenn von einem willkürlich entscheidenden Gewissen ausgegangen wird.

⁶³⁹ Fuhrmann, S. 127ff.; Henssler, RdA 1999, 38 (40); Koch, in: Henssler / Prütting, § 2 BRAO Rn. 54; Stürner / Bormann, NJW 2004, 1481 (1485); Knief, AnwBl. 85, 58 (59); a.A. Moll, in: Henssler / Streck, S. 804ff.

⁶⁴⁰ Knief, AnwBl. 85, 58 (59); Ring, DÖV 1989, 838 (840).

⁶⁴¹ Fleischmann, S. 108.

⁶⁴² Pfeiffer, BRAK-Mitt. 1987, 102 (106).

⁶⁴³ Prütting, AnwBl. 1994, 315 (321); Taupitz, S. 44.

⁶⁴⁴ Taupitz, S. 44.

⁶⁴⁵ Rewolle, DB 1978, 1497 (1498).

⁶⁴⁶ Knief, AnwBl. 85, 58 (59).

Moll⁶⁴⁷ ist der Auffassung, daß das arbeitsrechtliche Direktionsrecht und die berufsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts nicht in Konflikt geraten, da beide Bereiche auf unterschiedlichen Ebenen lägen. Unter Unabhängigkeit im Sinne von § 1 BRAO versteht er nicht eine Abwesenheit von Weisungen; Weisungen des Arbeitgebers verstoßen nach Moll weder gegen die Staatsunabhängigkeit, noch gegen die Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit⁶⁴⁸. Verstoßen Weisungen des Arbeitgebers nicht gegen die Vorschriften anwaltlichen Berufsrechts betreffen sie die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nicht, so Moll⁶⁴⁹. Maßgeblich ist jedoch, in welchem Umfang die Weisung des Arbeitgeber-Rechtsanwalts gegenüber dem Arbeitnehmer-Rechtsanwalt erteilt wird und welche Wirkungen sie nach sich zieht.

7.5.1.2.1. Umfang der Weisungen

Im Hinblick auf die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis ist nach Ansicht von Moll⁶⁵⁰ die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts lediglich vom Außenverhältnis in Form von Staats-, Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit betroffen; im Innenverhältnis werde die Unabhängigkeit durch Weisungen nicht betroffen - für Moll ist es bezüglich einer Arbeitnehmerstellung gerade notwendig, Weisungen konkret erteilen zu können. Moll ist zudem der Ansicht, daß mit Erteilung von Weisungen keine Bindungen im Außenverhältnis begründet würden, da bei einem Verstoß gegen eine Weisung die anwaltliche Handlung nach außen hin wirksam sei und diese lediglich im Innenverhältnis arbeitsrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen könnten⁶⁵¹. Andererseits stünde dem Rechtsanwalt dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er bei Ausführung der Weisung einen Verstoß gegen geltendes Recht beginge⁶⁵². Moll⁶⁵³ geht davon aus, daß Weisungen lediglich im Innenverhältnis wirken würden und daher eine nur im Außenverhältnis bestehende anwaltliche Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nicht betroffen ist; Moll stellt zutreffend fest, daß prozessrechtliche Handlungen des Rechtsanwalt entgegen der Anweisung dennoch wirksam sind. Jedoch können nicht lediglich die Handlungen vor Gericht als Gegenpol des Innenverhältnisses betrachtet werden. Dies muß noch differenzierter betrachtet werden. Zu unterscheiden ist das Innen- und das Außenverhältnis und in welchem Umfang die Weisung Wirkung entfaltet.

⁶⁴⁷ Moll, in: Henssler / Streck, S. 804.

⁶⁴⁸ Moll, in: Henssler / Streck, S. 805.

⁶⁴⁹ Moll, in: Henssler / Streck, S. 805.

⁶⁵⁰ Moll, in: Henssler / Streck, S. 805.

⁶⁵¹ Moll, in: Henssler / Streck, S. 806.

⁶⁵² Moll, in: Henssler / Streck, S. 806.

⁶⁵³ Moll, in: Henssler / Streck, S. 806.

Herschel und Stehmann⁶⁵⁴ sind der Auffassung, daß weiter zu differenzieren sei: sie unterscheiden zwischen Weisungen, die sich nur auf den Bereich innerhalb des Arbeitsplatzes beziehen, z.B. internes Zuarbeiten und Schriftsatzentwurf unter Zugrundelegung einer bestimmten angewiesenen Rechtsauffassung, und zwischen Weisungen, die der angewiesene Anwalt, obwohl er entgegengesetzter Auffassung ist, nach außen hin vertreten soll. Eine Bekundung nach außen schränkt den Arbeitnehmer-Rechtsanwalt in seiner Freiheit in jedem Falle weiter ein, als nur eine Weisung, die nach innen wirkt. Diesen Weisungen mit Außenwirkung schreibt Reuter⁶⁵⁵ zu, daß sie in die persönliche Rechtsstellung des Rechtsanwalts eingriffen. Der Anwalt muß für das einstehen, was er nach außen hin äußert⁶⁵⁶. Wäre dem nicht so, würde zudem das Vertrauen der rechtssuchenden Bürger⁶⁵⁷ in die Unabhängigkeit der Anwaltschaft erschüttert. Folgerichtig darf der angewiesene Anwalt eine Weisung, die ein nach außen gerichtetes Verhalten beinhaltet, zurückweisen⁶⁵⁸ bzw. hat der Arbeitgeber-Anwalt diese bereits zu unterlassen.

Eine Unterscheidung zwischen lediglich intern wirkenden Weisungen und Weisungen, die auf ein nach außen gerichtetes Verhalten des angestellten Rechtsanwalts abzielen, ist sinnvoll und angezeigt. Im Hinblick auf Weisungen, Schriftsätze entgegen der Auffassung des angewiesenen Rechtsanwalts zu fertigen, kann der Arbeitgeber-Rechtsanwalt vom Arbeitnehmer-Rechtsanwalt nicht verlangen, diese Auffassung nach außen hin zu vertreten.

Wird ein Rechtsanwalt angewiesen, eine bestimmte juristische Meinung nach außen hin zu vertreten, von der er selbst nicht überzeugt ist, muß er als Rechtsanwalt für diese Auffassung, z.B. durch Abzeichnen des Schriftsatzes einstehen und haften⁶⁵⁹.

Weisungen des Arbeitgebers, die der Rechtsauffassung des Anwalts entgegenlaufen, kann dieser als unzulässig und unbeachtlich ignorieren⁶⁶⁰.

7.5.1.2.2. Inhalt der Weisungen

⁶⁵⁴ Stehmann, S. 78f.

⁶⁵⁵ Reuter, BB 1986, 385 (388).

⁶⁵⁶ BGH, NJW 1962, 1724; BAG, NJW 1987, 3279; Reuter, BB 1986, 385 (388).

⁶⁵⁷ Stehmann, S. 80.

⁶⁵⁸ Stehmann, S. 80.

⁶⁵⁹ BGH, NJW 1962, 1724; BAG, NJW 1987, 3279; Reuter, BB 1986, 385 (388).

⁶⁶⁰ Henssler, RdA 1999, 38 (39f.); Knief, AnwBl. 1985, 58 (59).

Koch⁶⁶¹ ist der Auffassung, daß jede inhaltliche Weisung eines anwaltlichen Arbeitgebers als unzulässig anzusehen sei; die fachliche Unabhängigkeit sei rigoros aufrechtzuerhalten, sei es im Angestelltenverhältnis, im freien Mitarbeiterverhältnis, im Rahmen der Scheinselbständigkeit oder bei arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen. Maßgeblich für Eylmann⁶⁶² ist lediglich der Status des Rechtsanwalts und dessen Unabhängigkeit, wobei es diesbezüglich keinen Unterschied mache, welche Ausgestaltung das Tätigkeitsverhältnis habe; würden inhaltliche Weisungen die eigene Rechtsauffassung beeinträchtigen, könnte von einer unabhängigen Berufsausübung nicht mehr gesprochen werden. Ein Unterschied zwischen inhaltlichen Weisungen, die nicht nach außen wirken und die der angewiesene Anwalt nach außen zu vertreten habe, wie dies bei Herschel und Stehmann⁶⁶³ der Fall ist, wird nicht gemacht.

Maßgeblich ist folglich der Inhalt der fachlichen Weisung. Dies beeinflusst die möglichen Verhaltensweisen des angestellten Rechtsanwalts. Zu unterscheiden ist zwischen berufsrechtswidrigen und berufsrechtskonformen Weisungen des Arbeitgeber-Rechtsanwalts.

7.5.1.2.2.1. Berufsrechtswidrige Weisungen

Der Arbeitnehmer ist dann berechtigt, die ihm zugewiesene Arbeit zu verweigern, wenn der Arbeitgeber die Grenzen seines Direktionsrechts überschritten hat⁶⁶⁴. Ist der Arbeitnehmer als zugelassener Rechtsanwalt an die anwaltlichen Berufsregeln gebunden, so ist es diesem Arbeitnehmer aufgrund seines Status nicht gestattet, dem anwaltlichen Berufsrecht entgegenstehende Weisungen auszuführen. In diesem Fall findet das Direktionsrecht des Arbeitgebers seine Grenzen im anwaltlichen Berufsrecht des angestellten Rechtsanwalts.

Der angestellte Anwalt darf nicht zu berufswidrigem Verhalten angewiesen werden⁶⁶⁵. Wird eine berufsrechtswidrige Weisung erteilt, so ist nach herrschender Meinung der Rechtsanwalt nicht zu deren Ausführung verpflichtet; eine derartige Weisung ist nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt – sie ist unbeachtlich⁶⁶⁶. Die fachliche Unabhängigkeit geht also soweit, daß Weisungen in diesem Bereich unbeachtlich sind und vom angestellten Anwalt ignoriert werden können⁶⁶⁷. Ein angestellter Rechtsanwalt hat nicht die Verpflichtung,

⁶⁶¹ Koch, in: Henssler / Prütting, § 1 BRAO Rn. 54

⁶⁶² Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 18.

⁶⁶³ Stehmann, S. 78f.

⁶⁶⁴ Schaub, S. 265.

⁶⁶⁵ Brieske, AnwBl. 1992, 519; Zuck, Stichwort „Angestellte“, S. 17.

⁶⁶⁶ Henssler, RdA 1999, 38 (39f.); Knief, AnwBl. 1985, 58 (59); Stehmann, S. 76f.

⁶⁶⁷ Henssler, RdA 1999, 38 (39f.); Knief, AnwBl. 1985, 58 (59); Müller, MDR 1998, 1061(1063).

Weisungen zu berufsrechtswidrigem oder gesetzeswidrigem Verhalten nachzukommen⁶⁶⁸: *impossibilium nulla obligatio est*⁶⁶⁹. Würde der angestellte Anwalt solchen Weisungen nachkommen, zöge dies berufsrechtliche Sanktionen gegen ihn und möglicherweise auch zivilrechtliche oder strafrechtliche Folgen nach sich. Der Arbeitgeber-Anwalt hätte ebenfalls mit berufsrechtlichen Sanktionen zu rechnen, da dieser als zugelassener Rechtsanwalt mit einer berufsrechtswidrigen Anweisung ebenso gegen anwaltliches Berufsrecht verstieße. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung⁶⁷⁰ zu verweisen, die nicht einerseits gesetzeskonformes Verhalten verlangen kann und über Weisungen ein entgegen gesetztes Tätigwerden fordern kann.

7.5.1.2.2.2. Berufsrechtskonforme Weisungen

Liegt eine Weisung vor, die sowohl dem anwaltlichen Berufsrecht, als auch der Rechtsauffassung des Rechtsanwalts entspricht, entsteht keine Konfliktsituation.

Liegt eine Weisung vor, die einerseits berufsrechtskonform ist, der aber eine andere Rechtsauffassung als der des angestellten Rechtsanwalts zugrunde liegt, ist weiter zu differenzieren. Maßgeblich ist, ob mit der Weisung ein Verhalten des Rechtsanwalts nur innerhalb der Kanzlei oder nach außen hin verbunden ist. Ein lediglich internes Verhalten, das der Rechtsauffassung des Anwalts widerspricht, betrifft zwar dessen wissenschaftliche Freiheit. Jedoch ist bei einer Ausarbeitung einer Vorlage zu einem Schriftsatz nicht die anwaltliche Unabhängigkeit betroffen, die gegenüber außenstehenden Mandanten zu wahren ist. Soweit intern eine rechtliche Stellungnahme eines Rechtsproblems auszuarbeiten ist, liegt regelmäßig eine Hilfstätigkeit vor. Mit dem Angestelltenverhältnis stellt der Anwalt seine Arbeitskraft zur Verfügung und muß sich in den Betrieb einordnen⁶⁷¹ und in diesem Zusammenhang auch Zuarbeiten mit bestimmten Rechtsauffassungen erbringen. Insoweit ist eine fachliche Weisung im internen Bereich seitens des Rechtsanwalts zu beachten und kann nicht mit dem Argument der anwaltlichen Unabhängigkeit verweigert werden⁶⁷². Der Arbeitgeber-Rechtsanwalt trägt einerseits das wirtschaftliche Risiko, andererseits hat er nach außen hin für die Mandatsführung einzustehen, unabhängig davon, ob er sich dabei der Hilfe

⁶⁶⁸ Fuhrmann, S. 138; Hruschka, in: FS Reimers, S. 459ff.; Stehmann, S. 76f.

⁶⁶⁹ Hruschka, in: FS Reimers, S. 459.

⁶⁷⁰ Ruppel, S. 56; Stehmann, S. 77.

⁶⁷¹ Fuhrmann, S. 139.

⁶⁷² Stehmann, S. 79f.; ebenso Fuhrmann, S. 136f., 138 ohne daß dieser explizit zwischen Innen- und Außenverhältnis unterscheidet; er stellt jedoch auf die Eigenverantwortung des Kanzleihinhabers ab und dessen Einflußnahme auf Hilfspersonen.

von Mitarbeitern bedient oder nicht⁶⁷³. Dem Arbeitgeber-Anwalt ist daher in dessen eigenem Interesse im internen Bereich ein fachlicher Einfluß auf Mitarbeiter zuzugestehen. Denn der Arbeitgeber, der verantwortlich für die Mandatsführung ist, hat dafür zu sorgen, daß die Tätigkeit „den Stempel der Eigenpersönlichkeit des Berufsträgers“ trägt, so der Bundesgerichtshof⁶⁷⁴. Wie Fuhrmann richtigerweise feststellt, würde es der Haftungsübernahme des Arbeitgeber-Anwalts widersprechen, wenn ein zuarbeitender Anwalt unter Berufung auf die anwaltliche Unabhängigkeit der Mandatsführung seine eigene entgegengesetzte Rechtsauffassung aufzwingen könnte, ohne dafür haftungsrechtlich einstehen zu müssen⁶⁷⁵.

Eine andere Konstellation liegt dann vor, wenn mittels einer Weisung vom Anwalt verlangt wird, nach außen hin eine bestimmte Rechtsauffassung zu vertreten, z.B. durch Unterschrift eines Schriftsatzes an den Mandanten, hinsichtlich einer bestimmten inhaltlichen Beratung von Mandanten o. ä. Mit dem Auftreten nach außen, wie z.B. der Unterzeichnung eines Schriftsatzes hat der Rechtsanwalt für sein Handeln die Verantwortung zu übernehmen⁶⁷⁶. Müßte der Rechtsanwalt einer Weisung Folge leisten, die seiner Rechtsauffassung widerspricht, würde er für etwas haftungsrechtlich einstehen müssen, was er selbst nach außen hin, ohne die Weisung, nicht vertreten würde. Als Folge einer solchen Weisung ist nach der Ansicht von Reuter⁶⁷⁷ demnach das Risiko eines Misserfolges auf den anweisenden Arbeitgeber abzuwälzen, der den angestellten Anwalt entgegen dessen Überzeugung zu einem solchen Verhalten angewiesen hat. Das Auftreten nach außen vermittelt den Eindruck, daß der Anwalt eigenverantwortlich hinter dem steht, was er äußert⁶⁷⁸. Hierauf beruht auch das dem Rechtsanwalt entgegengebrachte Vertrauen⁶⁷⁹, welches erschüttert wäre, wenn außenstehende Dritte, insbesondere Mandanten nicht mehr davon ausgehen können, daß der Anwalt hinter den von ihm unterzeichneten Schriftsätzen steht.

Fachliche Weisungen mit dem Inhalt eines nach außen gerichteten Verhaltens greifen in die Rechtsstellung des Rechtsanwalts⁶⁸⁰ als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ ein. Eine Ausführung kann nicht erwartet werden; der angewiesene Rechtsanwalt kann derartige Weisungen vielmehr zurückweisen. Er muß solchen Weisungen jedoch nicht zwingend

⁶⁷³ Fuhrmann, S. 138.

⁶⁷⁴ Fuhrmann, S. 110.

⁶⁷⁵ Fuhrmann, S. 139.

⁶⁷⁶ BAG, NJW 1987, 3279; BGH, VersR 1980, 331; BGH, NJW 1981, 2741; BGH, NJW 1988, 210; Kunz-Schmidt, NJW 1987, 1296 (1297).

⁶⁷⁷ Reuter, BB 1986, 385 (388); Stehmann, S. 81

⁶⁷⁸ BAG, NJW 1987, 3279; BGH, NJW 1988, 210; Kunz-Schmidt, NJW 1987, 1296 (1297); Stehmann, S. 80.

⁶⁷⁹ Stehmann, S. 80.

⁶⁸⁰ Stehmann, S. 81f.

widersprechen. Wenn er sich in der Lage sieht, der Weisung Folge zu leisten und damit auch nach außen hin Verantwortung zu übernehmen, kann er diese selbstverständlich befolgen⁶⁸¹.

7.5.1.3. Einschränkung der Weisungen

Der Rechtsanwalt kann eine Weisung, die auf ein nach außen gerichtetes Verhalten abzielt und die mit seiner Auffassung nicht übereinstimmt, zurückweisen⁶⁸² und hat ein Leistungsverweigerungsrecht⁶⁸³ - wie bereits oben erwähnt.

Es besteht die Möglichkeit, eine vertragliche Beschränkung des Arbeitgebers hinsichtlich seines Weisungsrechtes zu vereinbaren⁶⁸⁴. Jedoch muß der Arbeitgeber-Anwalt seinen Rechten und Pflichten als Anwalt wie als Arbeitgeber weiterhin nachkommen können und nicht durch eine arbeitsrechtliche Beschränkung des Weisungsrechts daran gehindert werden. Die Tätigkeit eines Rechtsanwalts ist maßgeblich davon abhängig, wie dieser von seinen Mandanten eingeschätzt wird. Bei der Rechtsberatung handelt es sich nicht um eine Ware, die bei jedem beliebigen Unternehmer erworben werden kann, ohne auf die an der Herstellung beteiligten Personen zu achten, sondern um eine höchstpersönliche Dienstleistung. Wie ein Patient einen bestimmten Arzt aufsucht, achtet der Mandant bei der Wahl des Rechtsanwalts auf dessen Vorbildung oder Verhandlungsgeschick⁶⁸⁵. Höchstpersönliche Leistungserbringung erfasst nicht zwangsläufig die gesamte Mandatsbearbeitung, die oft sehr umfassend sein kann. Eine Unterstützung durch Mitarbeiter und Hilfskräfte ist möglich, § 26 BORA. Diese Mitarbeit darf nicht ohne Kontrolle vom Rechtsanwalt übernommen werden⁶⁸⁶. Eine Abwälzung der Verantwortung des Rechtsanwalts auf andere darf nicht erfolgen⁶⁸⁷.

Inwieweit eine Mitarbeit durch andere als den beauftragten Dienstleister in Frage kommt, hängt vom Willen des Mandanten ab. Soweit der Mandant ausdrücklich oder konkludent mit einer Mandatsführung durch einen Mitarbeiter einverstanden ist oder keinen Widerspruch einlegt, liegt bezüglich einer Einschränkung der persönlichen Leistungserbringung durch teilweise Erledigung durch andere juristische Mitarbeiter kein Problem vor⁶⁸⁸.

⁶⁸¹ Stehmann, S. 82.

⁶⁸² Stehmann, S. 80.

⁶⁸³ Moll, in: Henssler / Streck, S. 806.

⁶⁸⁴ Stehmann, S. 83, 131.

⁶⁸⁵ Fuhrmann, S. 42.

⁶⁸⁶ Knief, AnwBl. 85, 58 (59); Stehmann, S. 130.

⁶⁸⁷ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 7.

⁶⁸⁸ Fuhrmann, S. 104.

Für den Fall daß keine Vereinbarung mit dem Mandanten getroffen wurde, werden unterschiedliche Ansichten vertreten:

Der Ansicht, daß nur die Delegation einfacher Arbeiten, wie z.B. Schreibarbeiten, als zulässig erachtet wird, kann aufgrund der sehr eng gefassten, unpraktikablen Auffassung nicht gefolgt werden. Bereits § 26 BORA ermöglicht es dem Rechtsanwalt, juristische Mitarbeiter zu beschäftigen, wobei sich diese Tätigkeiten nicht auf unselbständige Hilfsarbeiten beschränken.

Mit Hinweis auf § 53 BRAO soll der Rechtsanwalt sich von Kollegen, Assessoren und Referendaren vertreten lassen können⁶⁸⁹. Eine gewisse Kontrolle der Mitarbeiter hinsichtlich der Mandatsbearbeitung wird verlangt, der Rechtsanwalt muß den Überblick über die Kanzlei behalten⁶⁹⁰. Vom Rechtsanwalt selbst zu erbringen ist die eigentliche anwaltliche Tätigkeit, wie z.B. rechtliche Beratung, Belehrung und Vertretung⁶⁹¹ und die geistig-schöpferische Bearbeitung des Mandats⁶⁹². Der Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit darf grundsätzlich⁶⁹³ nicht auf andere Mitarbeiter delegiert werden. Die Aufbereitung des Problems sowie die Befassung mit dem Mandanten bleiben Sache des mandatierten Anwalts.

Die interne Erledigung kann dann durch einen Angestellten erfolgen, der auf diesem Gebiet Spezialkenntnisse hat, da in diesem Falle der Mandant kein schutzwürdiges Interesse daran hat, daß eine höchstpersönliche Bearbeitung des Falles durch den mandatierten Anwalt vorgenommen wird⁶⁹⁴. Rein formell auf das Vorliegen des Einverständnisses des Mandanten abzustellen, wie Stehmann⁶⁹⁵ dies verlangt, wird in manchen Fällen nicht dem Interesse des Mandanten gerecht. Das persönliche Verhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt spielt eine wichtige Rolle, jedoch steht im Interesse des Mandanten die sachgerechte Bearbeitung seiner Rechtsfragen im Vordergrund. Der Mandant verliert eher durch die Niederlegung des Mandats das Vertrauen in die Anwaltschaft als durch eine kompetente Erledigung seines Falles durch einen fachlich spezialisierten Kollegen⁶⁹⁶ des mandatierten Anwalts.

Mit Blick auf die Interessen des Mandanten und das Vertrauensverhältnis zu diesem hat der Arbeitgeber-Rechtsanwalt letztlich zu entscheiden, in wieweit er seinen angestellten Rechtsanwälten Weisungen erteilt, Arbeiten für das jeweilige Mandat zu erledigen.

⁶⁸⁹ Müller-Glöge, in: Mü-Ko § 613 BGB Rn. 4.

⁶⁹⁰ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck, § 81 RiLi Rn. 7.

⁶⁹¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 30; BGH NJW 1981, 2741.

⁶⁹² Fuhrmann, S. 107.

⁶⁹³ Fuhrmann, S. 107.

⁶⁹⁴ Fuhrmann, S. 107.

⁶⁹⁵ Stehmann, S. 130f.

⁶⁹⁶ Fuhrmann, S. 107.

7.5.2. Weisungsfreiheit des Syndikusanwalts und Dispositionsbefugnis

Zwischen Syndikusanwalt und Arbeitgeber besteht ein Dienstverhältnis, aufgrund dessen der angestellte Syndikusanwalt verpflichtet ist, dem Dienstherrn die vereinbarte Arbeit zu leisten und den Weisungen des Arbeitgebers nachzukommen. Die Weisungen richten sich nach dem Arbeitsvertrag und konkretisieren diesen⁶⁹⁷. Das Dienstverhältnis stellt ein Austauschverhältnis dar; daraus ergibt sich als Primärpflicht des Arbeitgebers, die Vergütung des Syndikusanwalts zu zahlen, und als Primärpflicht des Syndikusanwalts, die vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen.

Weisungen kann der Arbeitgeber z.B. hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung erteilen⁶⁹⁸. Der Arbeitgeber des Syndikusanwalts ist als Nicht-Anwalt nicht an anwaltliches Berufsrecht gebunden⁶⁹⁹. Der Syndikusanwalt, der als Rechtsanwalt die Rechte und Pflichten des anwaltlichen Berufsrechts einhalten muß, kann bei arbeitsrechtlichen Weisungen seines Arbeitgebers, die mit seinen anwaltlichen Pflichten kollidieren, in eine Konfliktsituation⁷⁰⁰ geraten. Grundsätzlich hat der angestellte Syndikusanwalt den Weisungen seines Arbeitgebers Folge zu leisten, jedoch nicht uneingeschränkt.

7.5.2.1. Stellung des Syndikusanwalts

Ist ein Jurist als Rechtsanwalt zugelassen und bei einem Arbeitgeber tätig, der selbst nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, so spricht man von Syndikusanwalt⁷⁰¹. Ein Syndikusanwalt ist zur Rechtsberatung bei einem Unternehmen als angestellter Jurist und nicht als freier Mitarbeiter tätig⁷⁰². Auf der anderen Seite ist er zur Anwaltschaft zugelassen und unterliegt somit den Rechten und Pflichten des anwaltlichen Berufsrechts. Nach der Doppelberufstheorie des Bundesverfassungsgerichtes⁷⁰³ übt der Syndikusanwalt demnach zwei voneinander zu unterscheidende Berufe aus: „In das Berufsbild des Anwalts, das sich von ihm als einem „unabhängigen Organ der Rechtspflege“ geformt hat, lässt sich nur die Tätigkeit einfügen, die der Syndikus als Anwalt außerhalb seines Dienstverhältnisses ausübt“⁷⁰⁴. Die Doppelberufstheorie unterscheidet die Tätigkeit des freiberuflichen

⁶⁹⁷ Moll, in: Henssler / Streck, S. 802; Richardi / Woltzke, § 12 Rn. 52.

⁶⁹⁸ Richardi / Woltzke, § 12 Rn. 52.

⁶⁹⁹ Fuhrmann, S. 90.

⁷⁰⁰ Bissel, S. 97.

⁷⁰¹ Bissel, S. 28.

⁷⁰² Henssler, RdA 1999, 38 (41); Prütting, AnwBl. 2001, 313; Zuck, Stichwort „Syndikusanwalt“, S. 217.

⁷⁰³ BVerfG, NJW 1993, 317 (319).

⁷⁰⁴ BVerfG, NJW 1993, 317.

Rechtsanwalts außerhalb des Unternehmens von der Tätigkeit des Syndikusanwalts, also die Tätigkeit im Unternehmen des Arbeitgebers⁷⁰⁵.

Die Stellung des Syndikusanwalts ist in § 46 BRAO unter dem Titel „Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen“ gesetzlich geregelt. § 46 BRAO bestimmt lediglich, daß die Stellung eines Syndikusanwalts der anwaltlichen Zulassung nicht entgegensteht. § 46 BRAO untersagt dem Syndikusanwalt, für seinen Arbeitgeber vor Gerichten und Schiedsgerichten nicht in der Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig zu werden. Die Untersagung des Tätigwerdens vor Gericht umfasst alle Gerichte, persönliches Auftreten, Einreichen von Schriftsätzen, also jegliche Betätigung, ein gerichtliches Verfahren zu beeinflussen⁷⁰⁶. Soweit kein Anwaltszwang besteht, kann er als Bevollmächtigter oder Beauftragter seines Unternehmens auftreten, jedoch nicht in der Eigenschaft des Anwalts⁷⁰⁷, denn die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber dem fest angestellten Syndikusanwalt berührt auch den gerichtlichen Bereich⁷⁰⁸, so daß der Syndikusanwalt nicht mehr frei und unabhängig tätig sein kann.

Fraglich ist, ob bei der Tätigkeit für den Nicht-Anwalt der Syndikusanwalt einer anwaltlichen Tätigkeit nachgeht oder nicht. Ginge man davon aus, daß keine anwaltliche Tätigkeit für den Nicht-Rechtsanwalt vorläge, wäre der Schluß zu ziehen, daß der Syndikusanwalt in diesem Rahmen seinen anwaltlichen Berufspflichten nicht nachzukommen habe. Es bestehen unterschiedliche Auffassungen, wie die Tätigkeit des Syndikusanwalts einzustufen ist:

Fuhrmann⁷⁰⁹ sieht für diese unterschiedliche Behandlung von Rechtsanwälten und Syndikusanwälten sachliche Gründe. Der Syndikusanwalt befindet sich als angestellter Jurist in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, womit der Arbeitgeber ein Direktionsrecht gegenüber dem Syndikusanwalt hat. In diesem Rahmen kann der angestellte Syndikusanwalt gegenüber den Weisungen des Unternehmers, der selbst nicht an das Berufsrecht gebunden ist, keine anwaltlichen Privilegien wie die anwaltliche Unabhängigkeit⁷¹⁰ geltend machen.

Die Tätigkeit für das Unternehmen kann nach Henssler⁷¹¹, der sich auf die nicht mehr geänderte Empfehlung des Rechtsausschusses⁷¹² bezieht, nicht als eine anwaltliche Tätigkeit eingestuft werden. Im Bericht der Abgeordneten des Bundestags wird deutlich herausgestellt,

⁷⁰⁵ BGH, MDR 2000, 671, m. Anm. Hartung.

⁷⁰⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 46 BRAO Rn. 16.

⁷⁰⁷ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 46 BRAO Rn. 17.

⁷⁰⁸ BVerfG, NJW 2002, 503 (504).

⁷⁰⁹ Fuhrmann, S. 89.

⁷¹⁰ Henssler, RdA 1999, 38 (41).

⁷¹¹ Henssler, in: Henssler / Prütting, § 46 BRAO Rn. 22.

⁷¹² BT-Drs. 12/7656, S. 9 (24.5.1994) entspricht Gesetzestext § 46 BRAO.

daß der Syndikusanwalt im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber nicht als Anwalt, sondern weiterhin zunächst als angestellter Rechtsberater tätig ist und „das [...] Berufsbild des Rechtsanwalts [...] mit der Tätigkeit unvereinbar ist, wenn der Syndikus im Rahmen seines Dienstverhältnisses als Anwalt auftritt“⁷¹³.

Für Hartstang⁷¹⁴ stellt sich die Frage, ob es nicht „schizophren“ sei, demjenigen die Rechtsanwaltschaft einzuräumen, der gerade in einem abhängigen Dienstverhältnis mit einem Nicht-Anwalt steht. Habscheid⁷¹⁵ gibt weiter zu bedenken, daß der Syndikusanwalt aufgrund des Dienstvertrages, der ihm weit mehr als ein Einzelmandat binde, an die Weisungen gebunden sei, wodurch die Unabhängigkeit gefährdet, wenn nicht sogar aufgehoben werde.

Kleine-Cosack⁷¹⁶ betitelt diese „Mär der angeblich fehlenden Unabhängigkeit des Syndikusanwalt [...] unhaltbar“; eine differenzierte Betrachtung habe zu erfolgen.

Prütting hebt hervor, daß es keinen Anwalt gebe, der nicht von finanziellen Zuwendungen seines Vertragspartners unabhängig sei, ansonsten müsste man „den Anwalt als alimentierten Staatsbeamten fordern“⁷¹⁷. Prütting⁷¹⁸ zieht den Schluß, daß es sich bei der anwaltlichen Unabhängigkeit tatsächlich um eine persönliche, innere Unabhängigkeit handle, die eine Frage des Charakters sei.

Roxin⁷¹⁹ stellt klar, daß die Selbständigkeit eines Syndikusanwalts nicht bestritten werden könne, da sich bereits aus früherem Recht ergeben habe, daß ein Syndikusanwalt auch für seinen ständigen Dienstherren als Anwalt tätig werde. § 46 Abs. 1 BRAO lautet dahingehend, daß der Rechtsanwalt für seinen ständigen Auftraggeber „vor Gerichten [...] nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden“ darf, woraus sich im Umkehrschluß ergebe, daß der Syndikusanwalt außerhalb der forensischen Tätigkeit durchaus für das Unternehmen als Rechtsanwalt handeln darf. Ein Auftreten des Syndikusanwalts als Anwalt mit allen Rechten und Pflichten bleibt in diesem Bereich also möglich⁷²⁰.

Alfes⁷²¹ betont, daß es nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sei, mit der Neufassung des § 46 BRAO die Stellung des Syndikusanwalts grundlegend zu ändern, sondern an der Tätigkeit des Syndikusanwalts als anwaltliche Tätigkeit festzuhalten; zudem gelten die Vorschriften der BRAO - mit Ausnahme des § 46 BRAO - sowohl für Syndikusanwälte als auch für

⁷¹³ BT-Drs. 12/7656, S. 49.

⁷¹⁴ Hartstang, S. 88.

⁷¹⁵ Habscheid, NJW 1962, 1985 (1989).

⁷¹⁶ Kleine-Cosack § 7 BRAO Rn.62, 74.

⁷¹⁷ Prütting, AnwBl. 2001, 313 (315f.).

⁷¹⁸ Prütting, AnwBl. 2001, 313 (316).

⁷¹⁹ Roxin, NJW 1992, 1129 (1131); Roxin, NJW 1995, 17 (20).

⁷²⁰ Roxin, NJW 1995, 17 (21).

⁷²¹ Alfes, S. 122, 136.

niedergelassene Rechtsanwälte. Bissel⁷²² weist daraufhin, daß im außergerichtlichen Bereich die anwaltliche Tätigkeit des Syndikusanwalts für das Unternehmen möglich ist. Nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins⁷²³ ist „die Tätigkeit des Syndikusanwalts in toto und insbesondere für seinen ständigen Auftraggeber anwaltliche Tätigkeit“. Ist die Tätigkeit des Syndikusanwalts im Unternehmen eine anwaltliche, so unterliegt er auch in diesem Bereich dem anwaltlichen Berufsrecht – das sei einhellige Meinung⁷²⁴.

Der Auffassung, daß der Syndikusanwalt auch im Rahmen seiner Tätigkeit für seinen nicht-anwaltlichen Arbeitgeber eine anwaltliche Tätigkeit ausführt, ist zu folgen. Auch bei dieser Tätigkeit trägt der Syndikusanwalt weiterhin den Titel des Rechtsanwalts und ist damit den Rechten und Pflichten des anwaltlichen Berufsrechts unterworfen. Würde man die Tätigkeit des Syndikusanwalts nicht als anwaltliche betrachten und dem Syndikusanwalt damit ermöglichen, nicht an das anwaltliche Berufsrecht gebunden zu sein und dagegen handeln zu können, wäre die Geradlinigkeit und Integrität der Anwaltschaft und das Vertrauen in sie betroffen. Alleine die formale Zulassung zur Anwaltschaft verpflichtet den Rechtsanwalt und damit auch den Syndikusanwalt, das anwaltliche Berufsrecht bei der Ausübung ihrer Tätigkeit zu beachten. Von maßgeblicher Bedeutung ist folglich, daß der Anwalt in jedem Fall seine anwaltlichen Berufspflichten erfüllen muß⁷²⁵.

Bei seiner Tätigkeit für den Nicht-Anwalt kann der Syndikusanwalt in seiner anwaltlichen Unabhängigkeit beeinträchtigt sein. Die finanzielle Bindung des Syndikusanwalts an seinen Dienstherrn kann eine Gefährdung oder Aufhebung der Unabhängigkeit⁷²⁶ darstellen. Allein das Arbeitsverhältnis kann aber keine Aufhebung der Unabhängigkeit begründen. Denn auch angestellte Rechtsanwälte sind im Rahmen ihres Anstellungsvertrages gebunden⁷²⁷, erhalten monatlich eine Vergütung und sind gegenüber ihrem Arbeitgeber weisungsgebunden.

Auch im Vergleich zu einem selbständigen Rechtsanwalt ist die wirtschaftliche Abhängigkeit kein Argument gegen die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts. Denn gerade diese finanzielle Abhängigkeit des Syndikusanwalts führt dazu, daß er die Anwaltstätigkeit unabhängig und ohne dabei auf die finanziellen Gegebenheiten zu achten ausführen kann.

⁷²² Bissel, S. 44.

⁷²³ Hamacher, S. 109; Prütting, AnwBl. 2001, 313 (318); Roxin, NJW 1992, 1129 (1131).

⁷²⁴ Roxin, NJW 1992, 1129 (1131).

⁷²⁵ Bissel, S. 69.

⁷²⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 17.

⁷²⁷ Hamacher, S. 106.

In der Literatur⁷²⁸ wird die überzeugende Ansicht vertreten, daß für die Unabhängigkeit des Syndikusanwalts maßgeblich sei, daß er die Möglichkeit habe, den anwaltpflichtwidrigen Weisungen des Dienstherrn zu widersprechen.

Ob und inwieweit eine selbständige, d.h. eigenständige und von fachlichen Weisungen freie Bearbeitung durch den Rechtsanwalt gewährleistet ist, ist im jeweiligen Einzelfall festzustellen. Zu prüfen ist stets, ob der Rechtsanwalt in seiner Syndikustätigkeit hinsichtlich bestimmter Anforderungen fachlich unabhängig gewesen ist und die ihm übertragenen Fälle selbständig bearbeitet hat⁷²⁹.

7.5.2.2. Fachliche Weisungen des Arbeitgebers

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob ein Arbeitgeber, der selbst kein Rechtsanwalt oder Jurist ist, einem angestellten Syndikusanwalt überhaupt fachliche, sachliche Weisungen erteilen kann. Eine Weisungsgebundenheit kann aus tatsächlichen Gründen entfallen⁷³⁰. Gerade einem Unternehmer, der selbst nicht Jurist ist, fehlen fachspezifische Kenntnisse, um den angestellten Syndikusanwalt fachliche Weisungen zu erteilen⁷³¹ – gerade wegen der eigenen fachlichen Unkenntnis wird ein Jurist im Unternehmen angestellt.

Berghahn⁷³² schließt eine fachliche Weisungsgebundenheit eines Rechtsanwalts vollständig aus. Lieb⁷³³ stellt fest, daß bei hoch qualifizierten Dienstleistungen eine fachliche Weisung entweder aufgrund der Natur der Sache ausgeschlossen bzw. den betreffenden Personen nicht zumutbar sei.

Der angestellte Jurist ist als Syndikusrechtsanwalt fachlich genauso qualifiziert wie andere Rechtsanwälte und damit ebenso wenig wie diese hinsichtlich fachlicher Weisungen gebunden. Für den Syndikusanwalt muß daselbe gelten wie für den Rechtsanwalt. Einer fachlichen Weisung des Nicht-Anwalts gegenüber dem Syndikusanwalt, die dieser nach außen hin vertreten soll, aber der eigenen fachlichen Auffassung des Syndikusanwalts entgegenläuft, kann der Syndikusanwalt widersprechen. Fachliche Weisungen des Unternehmers scheiden aufgrund des regelmäßig fehlenden juristischen Wissens meist bereits tatsächlich aus; sollten dennoch fachliche Weisungen erteilt werden, sind diese bei Außenwirkung vom Syndikusanwalt nicht zu beachten. Hinsichtlich fachlicher Weisungen

⁷²⁸ Bissel, S. 68, 98ff.; Kalsbach, S. 16; Roxin, NJW 1992, 1129 (1134ff.).

⁷²⁹ BayAGH, BRAK-Mitt. 2004, 316.

⁷³⁰ Berghahn, S. 53.

⁷³¹ Berghahn, S. 53.

⁷³² Berghahn, S. 53ff.

⁷³³ Lieb, RdA 1977, 210 (213).

innerhalb des Unternehmens, die keine Außenwirkung entfalten, ist davon ausgehen, daß diese zu beachten sind. Der Unternehmer ist an der Wahrung seiner Interessen interessiert und dies soll auch bei der Tätigkeit des Syndikusanwalts sichergestellt sein. Steht die vorgegebene Rechtsauffassung der Auffassung des Syndikusanwalts entgegen und ist mit der Vorgabe keine Außenwirkung verbunden, wie z. B. ein Vortrag innerhalb des Unternehmens oder Fortbildungsmaßnahmen, so hat der Syndikusanwalt diese Unternehmenshaltung mit zu vertreten, da er nach außen hierfür keine Verantwortung übernimmt.

7.5.2.3. Weisungen im Interesse des Unternehmens

Wie bereits festgehalten, übt der Syndikusanwalt auch bei seiner Tätigkeit im Unternehmen eine anwaltliche Tätigkeit aus. Ist für den Arbeitgeber ein Syndikus tätig, der nicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, so hat dieser das anwaltliche Berufsrecht nicht zu beachten. Mit Blick auf den Arbeitgeber könnte die Auffassung vertreten werden, daß der anstellende Nicht-Anwalt nicht schlechter gestellt werden dürfe, wenn sein Syndikus zugleich zur Anwaltschaft zugelassen ist und dieser ihm anwaltliche Rechte entgegenhalten kann. Die Interessen des Unternehmens und die Interessen der Anwaltschaft als Ganzes stehen sich gegenüber. Für den Arbeitgeber als Nicht-Anwalt steht das Interesse und das Fortkommen des Unternehmens im Vordergrund und zwar ohne berufsrechtliche Regelungen, die einen Angestellten, hier den Syndikusanwalt, betreffen. Verschiedene Unternehmen verfolgen unterschiedliche Interessen. Der Syndikusanwalt hat als Angestellter eines Unternehmens die Unternehmensinteressen mit zu verfolgen, jedoch nur soweit diese mit dem anwaltlichen Berufsrecht vereinbar ist. Das anwaltliche Berufsrecht hat zur Aufgabe, die Integrität und Geradlinigkeit der Rechtsanwaltschaft zu wahren und das Vertrauen der Mandanten in die Rechtsanwaltschaft zu erhalten, wovon auch Syndikusanwälte betroffen sind, da sie zur Anwaltschaft zugelassen sind. Die Interessen von Unternehmen dürfen folglich grundsätzlich weder die Berufsregeln der Anwaltschaft in Frage stellen, noch aushebeln, da die Anwaltschaft ein Teil der Rechtspflege des Staates ist und damit eine bundesweit wichtige Aufgabe wahrnimmt. Interessen von Unternehmen können folglich nicht in den Vordergrund gerückt werden.

Soweit Weisungen mit dem anwaltlichen Berufsrecht vereinbar sind, besteht keine Konfliktsituation.

Werden dem Syndikusanwalt jedoch Weisungen erteilt, die mit dem anwaltlichen Berufsrecht nicht vereinbar sind, liegen berufsrechtswidrige Weisungen vor. Von Bedeutung ist, mit welcher Norm der Syndikusanwalt aufgrund der Weisung in Konflikt gerät, wenn ihn der Arbeitgeber zu einem berufsrechtswidrigen Handeln anweisen würde.

Die Normen des Berufsrechts umfassen einerseits die BRAO als Gesetz und andererseits die BORA als Satzung. Bei einem Konflikt setzt sich nach formellen Kriterien grundsätzlich die Norm mit Gesetzescharakter gegenüber der Norm mit Satzungscharakter durch. Die BORA konkretisiert die BRAO, so daß sich im Ergebnis zwei Normen gleichen Ranges, nämlich das Arbeitsrecht und die BRAO, gegenüberstehen.

Kollidiert eine Gesetzesnorm des Arbeitsrechts mit einer Gesetzesnorm der BRAO, ist maßgeblich, welches Ziel die berufsrechtliche Norm verfolgt. Generell hat das anwaltliche Berufsrecht zum Ziel, die Interessen des Mandanten, für den der Anwalt tätig wird, also die Interessen, die das Verhältnis zwischen Mandant und Anwalt ausmachen, zu schützen⁷³⁴. Von maßgeblicher Bedeutung ist das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt. Aufgrund dessen ist es einem Rechtsanwalt untersagt, widerstreitende Interessen wahrzunehmen. Als besondere Variante eines Interessenwiderstreits sind §§ 45, 46 BRAO aufzufassen⁷³⁵. Ist ein Syndikusanwalt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit für das Unternehmen mit bestimmten Sachverhalten befaßt, so ist es dem Syndikusanwalt nach §§ 45 Abs. 1 Nr. 4, 46 BRAO nicht erlaubt, im Anschluss für seinen Arbeitgeber als Rechtsanwalt tätig zu werden. Selbst wenn der Arbeitgeber der Auffassung ist, daß der Syndikusanwalt sich in diese Materie bereits eingearbeitet hat und mit der Angelegenheit vertraut ist und die Unternehmensinteressen vertreten könnte, ist eine Weisung des Arbeitgebers hinsichtlich künftigen Tätigwerdens des Syndikusanwalts im selben Lebenssachverhalt nicht berufsrechtskonform.

Die Verschwiegenheitspflicht, § 43 a Abs. 2 BRAO, ist ebenfalls eine bedeutende Pflicht der Rechtsanwaltes. Vertritt der Syndikusanwalt beispielsweise Mandanten, die für den Unternehmer, den Arbeitgeber des Syndikusanwalts für geschäftliche Beziehungen von Interesse sind, so kann der Arbeitgeber den Syndikusanwalt nicht als Arbeitnehmer anweisen, Informationen preiszugeben, die für das Unternehmen wichtig sein könnten. Der Syndikusanwalt ist aufgrund des Mandatsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet und darf an dritte Personen keine Informationen, die der Geheimhaltung bedürfen, offenbaren. Nach Beendigung des Mandates besteht die Schweigepflicht fort, § 43 a Abs. 2 BRAO i.V.

⁷³⁴ Bissel, S. 83, 98f. nennt diese Pflichten „innere Berufspflichten“.

⁷³⁵ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 4.

m. § 2 BORA. Lediglich der Mandant selbst kann als „Herr des Geheimnisses“ den Rechtsanwalt von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden⁷³⁶. Eine Weisung des Arbeitgebers, die den Syndikusanwalt dazu anhalten würde, seine Verschwiegenheitsverpflichtung zu verletzen, geht nicht mit dem anwaltlichen Berufsrecht konform.

Ein Rechtsanwalt darf sich zudem bei seiner Berufsausübung gemäß § 43 a Abs. 3 BRAO nicht unsachlich verhalten. Hierunter fällt auch das gesetzliche Verbot der bewußten Verbreitung von Unwahrheiten. Das Verbot der Lüge gilt gegenüber jedermann, nicht nur gegenüber Gerichten und Behörden und in eigenen Sachen⁷³⁷. Ist dem Arbeitgeber bekannt, daß der angestellte Syndikusanwalt ein bestimmtes Mandat betreut, so darf der Arbeitgeber den Syndikusanwalt nicht dazu anweisen, Tatsachen zu verbreiten, von denen der Syndikusanwalt weiß, daß diese nicht der Wahrheit entsprechen. Eine bewußte Verbreitung auf Weisung des Arbeitgebers, nur um die Unternehmensinteressen zu wahren oder um das Unternehmen besser bewerben zu können, steht damit mit dem anwaltlichen Berufsrecht in Konflikt.

Der Arbeitgeber kann dem Syndikusanwalt soweit Weisungen erteilen, als keine Rechte Dritter betroffen oder beeinträchtigt sind und der Syndikusanwalt nicht mit dem anwaltlichen Berufsrecht in Konflikt gerät. In diesem Rahmen kann von einem Dispositionsrecht des Arbeitgebers ausgegangen werden.

Das Berufsrecht verfolgt insbesondere das Ziel der Integrität der Anwaltschaft insgesamt und des Schutzes des rechtsuchenden Bürgers. Folglich kann nicht davon ausgegangen werden, daß die anwaltlichen Pflichten ohne weiteres durch individualrechtliche Vereinbarungen abbedungen werden können. Ist eine Berufspflicht des Anwalts durch die Weisung des Arbeitgebers betroffen, steht dem Arbeitgeber des Syndikusanwalts kein Dispositionsrecht zu, und er kann dem Syndikus keine Weisung entgegen dem anwaltlichen Berufsrecht erteilen. Bei Weisungen, die dem Berufsrecht entgegenlaufen, steht der Syndikusanwalt in Konflikt zwischen der Berufspflicht und der Weisung seines Arbeitgebers. Da der Syndikusanwalt als Rechtsanwalt stets die Rechte und Pflichten eines Anwalts beachten muß, selbst wenn er im Rahmen des Dienstverhältnisses für seinen Arbeitgeber tätig ist, muß er die Möglichkeit haben, entgegen standeswidrigen Weisungen seines Arbeitgebers zu handeln, um seiner

⁷³⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 23ff.

⁷³⁷ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 37.

Rechtsanwaltsstellung gerecht zu werden. Es ist nicht möglich, zugleich gegenläufigen Anforderungen nachzukommen: Entweder handelt er der zivilrechtlichen Verpflichtung oder der berufsrechtlichen Pflicht zuwider. Eine weisungsgebundene Tätigkeit, die dem anwaltlichen Berufsrecht unterliegt, wäre ein Widerspruch in sich⁷³⁸.

7.5.2.4. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Soweit die Regeln der BRAO dem Anwalt ein bestimmtes Verhalten verbieten und eine Sanktion (§§ 113 ff. BRAO) anordnen, sind sie Verbotsnormen⁷³⁹ im Sinne von § 134 BGB. Die Widerspruchsfreiheit in der Rechtsordnung zu gewährleisten, ist Sinn und Zweck des § 134 BGB⁷⁴⁰. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt zu einem Widerspruch in der Rechtsordnung, ebenso ist die Unterlassung einer gesetzlich gebotenen Handlung gesetzeswidrig⁷⁴¹. Ebenfalls werden Verstöße gegen Gebotsnormen von § 134 BGB umfasst; somit fallen auch Verstöße gegen Gebotsnormen der BRAO unter den Anwendungsbereich des § 134 BGB⁷⁴².

Die Satzungsregelungen der BORA dagegen werden nicht von § 134 BGB erfaßt⁷⁴³, da die Bundesrechtsanwaltskammer keine Sanktionen bei Verstößen vorgesehen hat und ihr vom Gesetzgeber nicht die Kompetenz verliehen wurde, ein Rechtsgeschäft bei Verstößen für nichtig zu erklären und über ihre eigenen Angelegenheiten hinaus in das Zivilrecht hineinzuwirken. Die Normen der BORA haben vorwiegend disziplinarrechtlichen Charakter⁷⁴⁴. Jedoch sind die Normen der BORA Konkretisierungen der Normen der BRAO und diese sind wiederum sanktionsbewehrt.

§ 45 BRAO regelt Verbote, wann ein Rechtsanwalt nicht tätig werden darf und welche Tätigkeiten ihm untersagt sind. Diese Verbote können nicht abbedungen werden, sie sind zwingend⁷⁴⁵. Diese Verbote des § 45 BRAO haben Verbotscharakter im Sinne von § 134 BGB⁷⁴⁶. Eine gegen ein berufsrechtliches Verbot gerichtete Weisung⁷⁴⁷ ist demnach nichtig. Das Verbotsgesetz, die berufsrechtliche Pflicht, entwickelt hinsichtlich der zivilrechtlichen

⁷³⁸ Roxin, NJW 1995, 17 (19).

⁷³⁹ Bissel, S. 101; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 41; § 46 BRAO Rn. 30.

⁷⁴⁰ Medicus, S. 251.

⁷⁴¹ Bissel, S. 105.

⁷⁴² Bissel, S. 105.

⁷⁴³ Taupitz, S. 1073 ff., 1083; Taupitz, JZ 1994, 221 (225ff.).

⁷⁴⁴ Hartung, in: Hartung, Einf. BORA Rn. 79; Henssler, in: Henssler / Prütting, Einl. BORA Rn. 10.

⁷⁴⁵ OLG Hamm, NJW 1992, 1174; OLG Frankfurt, NJW 1964, 1033; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 42.

⁷⁴⁶ BGH, MittBayNot 1997, 248 (249); Feuerich / Weyland, § 45 BRAO Rn. 36.

⁷⁴⁷ Eine Weisung als einseitiges Rechtsgeschäft, die eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen soll, ist vom Anwendungsbereich des § 134 BGB mitumfaßt, Bissel, S. 107f.; Palm, in: Erman, § 134 BGB Rn. 7.

Norm eine Reflexwirkung, um die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gewährleisten zu können⁷⁴⁸.

7.5.2.5. Nichtigkeit bei Verstoß gegen Berufsrecht

Grundsätzlich ergibt sich aus § 134 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Weisung des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer ist als Konkretisierung des Arbeitsvertrages ein einseitiges Rechtsgeschäft⁷⁴⁹, das den Arbeitnehmer verpflichtet. Mit der Weisung des Arbeitgebers selbst liegt jedoch noch kein Verstoß gegen das Berufsrecht vor, da der Arbeitgeber als Nicht-Anwalt dem anwaltlichen Berufsrecht nicht unterworfen ist. Erst wenn der Syndikusanwalt der berufsrechtswidrigen Weisung nachkommt, verstößt er gegen das Berufsrecht; die Weisung verstößt somit nur mittelbar gegen das anwaltliche Berufsrecht. Forderte man einen beiderseitigen Verstoß, um zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu gelangen, wäre der Syndikusanwalt zivilrechtlich gezwungen, eine berufsrechtswidrige Handlung auszuführen, sobald ihm der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses eine berufsrechtswidrige Weisung erteilt. Dieses Ergebnis wird den Zielen der BRAO zum Schutz der rechtsuchenden Bürger und der Integrität der Anwaltschaft nicht gerecht. Nach Sinn und Zweck der BRAO ist dieses Ziel nur erreichbar, wenn der Anspruch des Arbeitgebers auf die Befolgung seiner Weisung durch den Rechtsanwalt wegfällt⁷⁵⁰, die Weisung des Arbeitgebers also nach § 134 BGB nichtig ist. Die Beachtung der anwaltlichen Berufspflichten steht für den Syndikusanwalt damit im Vordergrund; er muß und darf die Weisungen des Arbeitgebers nicht befolgen, wenn sie gegen die Normen der BRAO⁷⁵¹ verstoßen. Das Berufsrecht wirkt insofern reflexartig auf die zivilrechtlichen Normen zurück⁷⁵².

7.5.2.6. Verstoß gegen die guten Sitten

Die Anwendung des § 138 BGB ist in Erwägung zu ziehen, soweit ein Verstoß gegen rechtliche Grundsätze vorliegt, die kein Verbotsgesetz sind.

In diesem Zusammenhang kommen Verstöße gegen die anwaltliche Berufsordnung in Betracht. Verstößt der Anwalt dabei sowohl gegen die Vorschriften der Berufsordnung als

⁷⁴⁸ Bissel, S. 109.

⁷⁴⁹ Bissel, S. 107f.; Schaub, S. 139f.

⁷⁵⁰ Ähnlich liegt der Fall eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, wonach der Erfüllungsanspruch des Auftraggebers vernichtet wird, da der Rechtsberater nicht entgegen dem RBerG die Tätigkeit weiter ausführen müsse, BGH, NJW 1962, 2010 (2011).

⁷⁵¹ Bissel, S. 113; Prütting, AnwBl. 2001, 313 (317).

⁷⁵² Bissel, S. 109.

Satzungsrecht, als auch gegen Verbotsnormen der BRAO⁷⁵³, die Gesetzescharakter besitzen, ist das Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig. Aufgrund der Subsidiarität⁷⁵⁴ des § 138 BGB gegenüber § 134 BGB ist die Prüfung eines möglichen Verstoßes gegen die guten Sitten ausgeschlossen. Sind ausschließlich Vorschriften des Satzungsrechts betroffen, kann § 138 BGB erfüllt sein.

Nach einhelliger Auffassung ist ein Verstoß gegen die BRAO nicht mit Sittenwidrigkeit gleichzusetzen⁷⁵⁵. Bei Annahme von Sittenwidrigkeit und der damit verbundenen Nichtigkeit des Anwaltsvertrages würde der Mandant stets seine Ansprüche aus diesem Vertrag verlieren⁷⁵⁶. Nur gewichtige Verletzungen führen zur Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB⁷⁵⁷. Die Nichtigkeit ergibt sich unmittelbar aus § 138 BGB selbst und nicht aus der Verletzung der Norm des anwaltlichen Berufsrechts⁷⁵⁸; der Bundesgesetzgeber und nicht der Satzungsgeber, die Bundesrechtsanwaltskammer, ordnet die Rechtsfolge der Nichtigkeit an.

Weisungen an den angestellten Rechtsanwalt, die gegen anwaltliche Berufspflichten verstoßen, sind somit nicht von vorneherein sittenwidrig. Erforderlich ist eine Einzelfallprüfung⁷⁵⁹, eine Feststellung auf Grundlage wertender Kriterien. Soweit die anwaltliche Unabhängigkeit von der Weisung, die zwar gegen das anwaltliche Berufsrecht verstößt, nicht betroffen ist, liegt Sittenwidrigkeit nicht vor⁷⁶⁰.

Weisungen, die gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind nicht auszuführen. Wird vom Arbeitgeber eine Weisung erteilt, die gegen das anwaltliche Berufsrecht verstößt, darf der Syndikusanwalt aufgrund seiner Bindung an das anwaltliche Berufsrecht diese Weisung nicht befolgen. Der Syndikusanwalt ist im Rahmen des Arbeitsvertrages für seinen Arbeitgeber tätig, zugleich ist er dem anwaltlichen Berufsrecht verpflichtet. Um in keine Konfliktsituation zu geraten, sollte der Syndikusanwalt bereits im Rahmen seines Arbeitsvertrages regeln, daß er auch bei seiner Angestelltentätigkeit die anwaltlichen Berufsregeln zu beachten hat und er die Weisungen, die dem anwaltlichen Berufsrecht entgegenlaufen, nicht zu befolgen hat und ihm für diesen Fall ein

⁷⁵³ zum Teil werden die in der BRAO festgelegten anwaltlichen Pflichten durch das Satzungsrecht der BORA weiter konkretisiert, § 59 b Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 BRAO.

⁷⁵⁴ BAG NJW 1993, 2701 (2703); Heinrichs, in: Palandt, § 138 BGB Rn. 13.

⁷⁵⁵ BGHZ 78, 263 (267); Hummel, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 52 RiLi Rn. 8; Heinrichs, in: Palandt, § 138 BGB Rn. 57; Hanna, S. 40ff.; Taupitz, NJW 1989, 2871 (2872f.).

⁷⁵⁶ Hummel, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 52 RiLi Rn. 8.

⁷⁵⁷ BGH, NJW 1981, 998 ; BGH, NJW 1980, 1851 (1853).

⁷⁵⁸ Armbrüster, in: MüKo, § 138 BGB Rn. 40.

⁷⁵⁹ BGHZ 60, 28 (29, 33).

⁷⁶⁰ Bissel, S. 119.

Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Damit wird nochmals privatrechtlich ausgeschlossen, daß der Arbeitgeber den Syndikusanwalt zu berufsrechtswidrigem Verhalten verbindlich anweisen kann.

7.5.3. Weisungsfreiheit nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter und Dispositionsbefugnis des Arbeitgeber-Rechtsanwalt

Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter können sich nicht direkt auf das anwaltliche Berufsrecht berufen, da ihnen dies unmittelbar weder Rechte verschafft, noch Pflichten auferlegt. Sie haben jedoch als Angestellte innerhalb einer Kanzlei die Verpflichtung, Verschwiegenheit zu bewahren. Diese Wirkung wird ihnen über den Rechtsanwalt, bei dem sie angestellt sind, vermittelt, § 43 a Abs. 2 BRAO i.V.m. § 2 Abs. 4 BORA. Die anwaltliche Unabhängigkeit wirkt nicht mittelbar zugunsten der nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter. Die anwaltliche Unabhängigkeit können sie demnach als Nicht-Anwälte den fachlichen Weisungen nicht entgegenhalten.

7.5.3.1. Berufsrechtswidrige Weisungen

Macht der Arbeitgeber von seiner Dispositionsbefugnis Gebrauch und erteilt berufsrechtswidrige Weisungen, stellt sich die Frage, ob nicht-anwaltliche Mitarbeiter solchen Weisungen Folge zu leisten haben.

Es entspricht jedoch nicht dem Sinn des anwaltlichen Berufsrechts, daß Rechtsanwälte sich ihrer angestellten nicht-anwaltlichen Mitarbeiter bedienen, um das anwaltliche Berufsrecht zu umgehen. Würde man dies hinnehmen, wäre es ein Widerspruch zu den Zielen und Interessen anwaltlichen Berufsrechts. Ein angestellter Mitarbeiter ist ein „verlängerter Arm eines Rechtsanwalts“, so daß in jedem Fall der berufsrechtswidrig anweisende Rechtsanwalt selbst mit berufsrechtlichen Sanktionen zu rechnen hat.

Hinsichtlich des Mitarbeiters können berufsrechtliche Sanktionen oder Disziplinarstrafen nicht ausgesprochen werden, da er nicht zur Anwaltschaft zugelassen und damit kein Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist. Jedoch muß sich ein juristischer Mitarbeiter über die Rechte und Pflichten eines Rechtsanwalts informieren, wenn er bei einem Rechtsanwalt angestellt ist, auch wenn er selbst nicht als Anwalt zugelassen ist; denn er hat sich in die Organisationsstruktur der Kanzlei einzuordnen - dazu gehört auch die Kenntnis des anwaltlichen Berufsrechts. Soweit ein berufsrechtlicher Verstoß vorliegt, der zugleich zivilrechtliche Folgen nach sich zieht, hat der nicht-anwaltliche Mitarbeiter als Adressat des

allgemeinen Gesetzes mit zivilrechtlichen Sanktionen zu rechnen. Seitens des Berufsrechts ist an eine Ermahnung oder Rüge (§ 74 BRAO) durch die zuständige Anwaltskammer gegenüber dem Rechtsanwalt zu denken. Die Beachtung des anwaltlichen Berufsrechts auch durch einen Nicht-Anwalt kann angemahnt werden, um eine Umgehung mittels Weisungen gegenüber nicht-anwaltlichen Mitarbeitern zu vermeiden und den Rechtsanwalt zu erinnern, daß er an seine Mitarbeiter nur berufsrechtskonforme Weisungen zu erteilen hat.

Einem Nicht-anwaltlichen Mitarbeiter ist, um nicht als Werkzeug des Arbeitgebers zur Mißachtung des Berufsrechts genutzt zu werden, in diesem Falle ein Widerspruchsrecht zuzugestehen, das im Interesse der Allgemeinheit liegt, das Ansehen und die Integrität der Anwaltschaft zu wahren.

7.5.3.2. Berufsrechtskonforme Weisungen versus andere Rechtsauffassung

Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter treten nicht durch Schriftsätze nach außen auf, sie übernehmen selbst keine Verantwortung für die Rechtsauffassung gegenüber dem Gericht und den Mandanten, denn der Rechtsanwalt unterschreibt den Schriftsatz und übernimmt damit die Haftung und nicht der nicht-anwaltliche Mitarbeiter.

Insoweit beschränkt sich die Tätigkeit nicht-anwaltlicher Mitarbeiter überwiegend auf interne rechtliche Ausarbeitungen. Hierbei ist ein fachliches Weisungsrecht des Arbeitgebers, soweit es berufsrechts- und gesetzeskonform ist, zu beachten. Der Mitarbeiter ist nicht berechtigt, eine eigene Rechtsauffassung an dessen Stelle zu setzen bzw. die Weisung des Arbeitgebers zu missachten. Hier zeigt sich der Unterschied eines nicht-anwaltlichen Mitarbeiters zu einem mitarbeitenden Rechtsanwalt, dem aufgrund seiner anwaltlichen Zulassung seitens des Berufsrechts die anwaltliche Unabhängigkeit zugesprochen wird.

Ein nicht-anwaltlicher Mitarbeiter übernimmt unterstützende Arbeiten für das Mandat des Rechtsanwalts und hat sich mit der Mandatsbearbeitung des Rechtsanwalts und der damit zusammenhängenden, von diesem vertretenen Rechtsauffassung vertraut zu machen. Der unterzeichnende und damit haftende Anwalt, tritt nach außen auf und ist daran interessiert, daß ein zuarbeitender nicht-anwaltlicher Mitarbeiter in der Bearbeitung keine entgegengesetzte Rechtsauffassung vertritt.

Über die anwaltliche Unabhängigkeit, die sich auch gegenüber fachlichen Weisungen durchsetzt, verfügt ein nicht-anwaltlicher Mitarbeiter nicht und kann sie daher gegenüber seinem Arbeitgeber nicht einfordern und hat somit dessen Weisungen zu befolgen.

7.5.3.3. Weisungen gegenüber dem Referendar und Assessor als allgemeine Vertreter

Ein Rechtsreferendar als allgemeiner Vertreter des Rechtsanwalts hat grundsätzlich die Rechte des Rechtsanwalts⁷⁶¹ und kann somit seine eigene Rechtsauffassung vertreten. In diesem Falle hat der Referendar den Mandanten nach seiner rechtlichen Auffassung bestmöglich zu vertreten. Hierbei kann es sein, daß der Referendar eine Rechtsauffassung vertritt, die nicht der des vertretenen Rechtsanwalts entspricht.

Ein Referendar ist kein Rechtsanwalt, er hat nicht dessen formale Stellung. Über die Tätigkeit als allgemeiner Vertreter nach § 53 Abs. 4 S. 2 BRAO wird ihm in diesem Rahmen die Stellung als Rechtsanwalt vermittelt. Denn er muß nach außen auftreten und den Mandanten effektiv vertreten. Dem Mandanten darf kein Nachteil daraus erwachsen, daß der allgemeine Vertreter ein Referendar und noch nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist.

Aufgrund der geringeren anwaltlichen Erfahrung von Referendaren und Assessoren liegt es im Interesse des Mandanten, daß die juristischen Mitarbeiter fachliche Weisungen erhalten und das Mandat im Sinne des Anwalts weiterführen und diesen nur zeitweise vertreten. Zudem ist der allgemeine Vertreter lediglich Erfüllungsgehilfe und der vertretene Anwalt haftet für ihn nach § 278 BGB. Aufgrund dessen kann dem allgemeinen Vertreter keine vollständig selbständige Bearbeitung des Mandats zugesprochen werden, wenn dieser für seine Handlungen letztlich nicht einzustehen hat⁷⁶². Insoweit muß der allgemeine Vertreter die fachlichen Weisungen des vertretenen Anwalts beachten, also dessen Rechtsauffassung respektieren und in diesem Sinne gegenüber dem Mandanten und Behörden sowie Gerichten auftreten. Dennoch sind Handlungen des Rechtsreferendars vor Gericht wirksam, auch wenn sie entgegen der Weisung des Rechtsanwalts erfolgen. Bei entgegengesetzten Auffassungen von vertretenem Anwalt und vertretendem Referendar kommt lediglich ein internes Vorgehen im Verhältnis Referendar und Anwalt in Betracht, sofern der Referendar vorherigen Absprachen der Vorgehensweise zuwider handelte.

7.5.3.4. Weisungen gegenüber dem nicht-anwaltlichen „Scheinsozius“

Ist ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter innerhalb der Kanzlei tätig, wird er aber dennoch auf dem Briefkopf oder dem Kanzleischild aufgeführt, so wird nach außen hin der

⁷⁶¹ BGH, NJW 1981, 1740 (1741).

⁷⁶² Übernimmt der allgemeine Vertreter das Mandat und nimmt das Vertrauen des Mandanten in Anspruch, so kann nicht mehr von einer Vertretung gesprochen werden, sondern es liegt eher eine angemäße Übertragung des Mandats auf den ursprünglich als allgemeinen Vertreter vorgesehenen Mitarbeiter vor.

Anschein vermittelt, daß er Sozius sei. Regelmäßig sind Scheinsozien Rechtsanwälte, die auf dem Briefkopf aufgeführt sind, aber tatsächlich nicht die Stellung eines Sozius inne haben. Werden Nicht-Rechtsanwälte auf dem Briefkopf aufgelistet, wird zum einen der Eindruck erweckt, daß diese Sozien seien, werden also als „Scheinsozien“ wahrgenommen, und zum anderen liegt eine berufsrechtswidrige, nämlich unzulässige Bürogemeinschaft vor, da Nicht-Anwälte nicht zu den sozietätsfähigen Personen des § 59 a Abs. 1 S. 1 BRAO gehören. Wird z.B. ein Diplom-Ökonom⁷⁶³ oder eine Unternehmensberaterin⁷⁶⁴ auf dem Briefkopf einer Rechtsanwaltssozietät aufgeführt, so wird nach außen der Anschein erweckt, daß alle aufgeführten Personen Sozien in dieser Sozietät wären, obwohl bereits die Nennung von Personen, die nicht zu den Personen- oder Berufsgruppen, die in § 59 a BRAO umschrieben sind, gehören, nicht zulässig ist⁷⁶⁵. Sogenannte nicht-sozietätsfähige Personen dürfen nicht auf dem Briefkopf einer Rechtsanwaltssozietät aufgeführt werden. Ist dies dennoch der Fall, so ist diese Person quasi als Scheinsozius zu qualifizieren.

Sofern der Arbeitgeber-Rechtsanwalts berufsrechtswidrige Weisungen erteilt, darf das anwaltliche Berufsrecht nicht mit Hilfe des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters, an den die Weisungen gerichtet sind, umgangen werden. Die verfolgten Ziele des anwaltlichen Berufsrechts müssen weiterhin gewahrt bleiben. Dem Scheinsozius ist daher ebenfalls ein Weigerungsrecht zuzubilligen, um die Verfolgung der Ziele des anwaltlichen Berufsrechts sicherzustellen. In diesem Fall muß zum Erhalt der Geschlossenheit und Integrität der Anwaltschaft auch einem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter, der als „Scheinsozius“ nach außen den Anschein erweckt, daß er Rechtsanwalt sei, das Recht zugebilligt werden, sich auf das anwaltliche Berufsrecht zu berufen und Weisungen nicht nachzukommen. Denn ein außenstehender Dritter weiß nicht, daß dieser als „Scheinsozius“ auftretende nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter in Wirklichkeit kein Rechtsanwalt ist.

Erhält der Scheinsozius eine Weisung, die seiner eigenen Rechtsauffassung entgegensteht, und der Scheinsozius soll dies dem Mandanten gegenüber vertreten, so hat er der Weisung Folge zu leisten, da der mandatsführende Anwalt die Verantwortung trägt, auch wenn der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter „Scheinsozius“ ist.

Der Scheinsozius hat somit grundsätzlich fachliche Weisungen zu befolgen und die Rechtsauffassung des mandatsführenden Anwalts zu beachten, solange diese nicht berufsrechtswidrig sind.

⁷⁶³ Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05.

⁷⁶⁴ AGH Baden-Württemberg, BRAK-Mitt. 1995, 169, 169ff.

⁷⁶⁵ AGH Baden-Württemberg, BRAK-Mitt. 1995, 169, 169ff.; Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05; Henssler / Prütting, § 59 a BRAO Rn. 72; Jessnitzer / Blumberg, § 59 a BRAO Rn.4.

7.5.3.5. Fachliche Weisungen im freien Mitarbeiterverhältnis

In einem freien Mitarbeiterverhältnis ist der juristische Mitarbeiter nicht derart gebunden wie ein Arbeitnehmer, aber auch als freier Mitarbeiter ist er nicht völlig frei von Anweisungen seines Dienstherrn. Als freier Mitarbeiter ist der juristische Mitarbeiter in die Arbeitsorganisation der Kanzlei eingebunden. Ein selbständig tätiger Handelsvertreter beispielsweise (§ 84 Abs. 1 HGB) ist an Weisungen und Richtlinien des Auftraggebers gebunden und somit nicht völlig frei; solange er seine Arbeit im wesentlichen frei gestalten kann und die Selbständigkeit nicht im Kern betroffen ist, ist er in seiner Selbständigkeit nicht berührt⁷⁶⁶. Fachliche Weisungen des Dienstherrn beeinträchtigen die wissenschaftliche Freiheit. Weisungen werden dem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter kanzleiintern erteilt; er muß die Auffassung nicht nach außen hin vertreten. Ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter bearbeitet ein Mandat nicht in seiner Gesamtheit eigenverantwortlich, da ohnehin ein Rechtsanwalt den Schriftsatz unterschreibt und damit die Haftung übernimmt. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ist das Interesse des Rechtsanwalts zu beachten: Sind nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter tätig, so besteht seitens des beschäftigenden Rechtsanwalts bzw. der Kanzlei ein eigenes Interesse, den Mitarbeitern inhaltlich Hinweise und Anregungen zu geben, wie ein bestimmtes Rechtsproblem zu lösen ist, da letztlich der unterzeichnende Rechtsanwalt für die Richtigkeit einsteht. Um beispielsweise einen Schriftsatz zu erhalten, den der Rechtsanwalt ohne Änderungen unterschreiben kann, hat er entweder die Möglichkeit, im Vorfeld inhaltlich auf die Arbeitsweise des Mitarbeiters einzuwirken und dessen Tätigkeit in die gewünschte Richtung zu lenken oder im Nachhinein den Schriftsatz grundlegend zu ändern bzw. selbst neu zu schreiben. Letztere Möglichkeit liegt nicht im Interesse des Rechtsanwalts. Zudem hat ein Mitarbeiter ein Interesse daran, im Rahmen dieser Tätigkeit eventuell noch Erfahrung zu sammeln und bei der praktischen Tätigkeit angeleitet zu werden.

⁷⁶⁶ BSGE 51, 164 (165).

8. Vertretung nach außen

Ein Rechtsanwalt kann nicht alle Termine selbst wahrnehmen. Für den Fall einer Verhinderung kann der Rechtsanwalt sich anderer Personen bedienen, die die anwaltliche Tätigkeit für ihn wahrnehmen. Im Folgenden wird dargestellt, welche Möglichkeiten der Rechtsanwalt hat, sich vertreten zu lassen, welche Personen er zu seiner Vertretung einsetzen kann und welche Folgen damit verbunden sind.

8.1. Vertretung als allgemeiner Vertreter

Nach § 53 Abs. 1 BRAO hat ein Rechtsanwalt die Pflicht, einen allgemeinen Vertreter zu bestellen, wenn er länger als eine Woche daran gehindert ist, seinen Beruf auszuüben oder wenn er sich länger als eine Woche von seiner Kanzlei entfernen will. Der Anwalt kann seinen allgemeinen Vertreter selbst bestellen, wenn die Vertretung „von einem derselben Rechtsanwaltskammer angehörenden Rechtsanwalt übernommen wird“, § 53 Abs. 2 S. 1 BRAO.

8.1.1. Möglicher Personenkreis allgemeiner Vertreter

Neben Rechtsanwälten kann nach § 53 Abs. 4 S. 2 BRAO ein Referendar, der sich seit mindestens 12 Monaten im Vorbereitungsdienst befindet, als allgemeiner Vertreter eines Rechtsanwalts bestellt werden. Der Rechtsanwalt selbst darf einen Referendar nicht bestellen, sondern lediglich einen Rechtsanwalt aus demselben Prozessgerichtsbezirk auswählen, § 53 Abs. 2 S. 1 BRAO. Nach § 53 Abs. 2 S. 3 BRAO ist die Rechtsanwaltskammer generell für die Bestellung von Vertretern zuständig. Die ordnungsgemäße Bestellung eines Referendars liegt im Ermessen der Rechtsanwaltskammer⁷⁶⁷. Auch sonstige Personen, die die Befähigung zum Richteramt haben, können als Vertreter des Rechtsanwalts bestellt werden⁷⁶⁸. Das sind beispielsweise Assessoren, die noch nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind.

⁷⁶⁷ OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1296; eine Bestellung durch den Präsidenten eines LG ist nicht ordnungsgemäß: BVerfG, NJW 1994, 930. Vormalig erfolgte die Bestellung eines allgemeinen Vertreters durch die Landesjustizverwaltung, § 53 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5 BRAO a.F. Nach § 224 a BRAO a.F. war es der jeweiligen Landesregierung möglich, durch Rechtsverordnung die Aufgaben und Befugnisse, die der Landesjustizverwaltung zugeschrieben sind, ganz oder teilweise auf die Rechtsanwaltskammern zu übertragen.

⁷⁶⁸ BGH, NJW 1981, 1740; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 53 BRAO Rn. 23.

8.1.2. Umfang der Vertretung

Als allgemeiner Vertreter stehen dem Referendar bzw. dem Assessor grundsätzlich alle anwaltlichen Befugnisse des Rechtsanwalts zu, der vertreten wird⁷⁶⁹. Der allgemeine Vertreter ist im gleichen Umfang postulationsfähig, wie der von ihm vertretene Rechtsanwalt, auch wenn der allgemeine Vertreter selbst kein Rechtsanwalt ist⁷⁷⁰. Ein allgemeiner Vertreter ist aber nicht in jedem Fall Vertreter des Prozessbevollmächtigten⁷⁷¹. Ob der bestellte Vertreter die volle anwaltliche Verantwortung übernimmt, hängt davon ab, ob er intern selbständig tätig mit einer Sache betraut ist und als Vertreter des Prozessbevollmächtigten und der Partei gelten kann⁷⁷².

Ein Referendar kann als bestellter Vertreter eines Rechtsanwalts auch eine Pflichtverteidigung übernehmen⁷⁷³. Ein Referendar, der nur im Rahmen einer Nebentätigkeit bei einem Rechtsanwalt tätig ist, kann wirksam keine Pflichtverteidigung übernehmen⁷⁷⁴. Ebenso wenig kommt ein Assessor als Pflichtverteidiger in Betracht⁷⁷⁵.

8.1.3. Rechtsfolgen einer Vertretung durch einen allgemeinen Vertreter

Der vertretene Anwalt hat für das Verhalten des für ihn eingesetzten allgemeinen Vertreters nach § 278 BGB einzustehen. Der allgemeine Vertreter wird im Namen des Vertretenen tätig⁷⁷⁶. Ein Mandant wählt in der Regel seinen Anwalt als Mann seines Vertrauens und geht davon aus, daß dieser für die ordnungsgemäße Bearbeitung weiter einstehe. Eine Eigenhaftung des allgemeinen Vertreters kommt nur dann in Frage, wenn dessen konkrete Tätigkeit wie die eines eigens beauftragten Rechtsanwalts mit daraus resultierenden eigenen Anwaltspflichten zu qualifizieren wäre⁷⁷⁷.

⁷⁶⁹ BGH, NJW 1981, 1740 (1741); OLG München, AnwBl. 1985, 589.

⁷⁷⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 53 BRAO Rn. 42.

⁷⁷¹ BGH, VersR 1982, 770.

⁷⁷² BGH, VersR 1982, 770.

⁷⁷³ BGH, NJW 1975, 2351; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 53 BRAO Rn. 42, § 59 BRAO Rn. 8.

⁷⁷⁴ BGH, StV 1989, 465.

⁷⁷⁵ BGHSt 20, 95 (96).

⁷⁷⁶ OLG Köln, VersR 1997, 619; Borgmann / Jungk / Grams, S. 299; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 242; Vollkommer / Heinemann, S. 248; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 273.

⁷⁷⁷ OLG Frankfurt a.M., NJW 1986, 3091 (3092); OLG Köln, VersR 1997, 619.

8.2. Vertretung als Prozessbevollmächtigter

Hat ein Rechtsanwalt nicht die Möglichkeit alle Angelegenheiten selbst zu erledigen bzw. ist er verhindert, kann er von der Möglichkeit Gebrauch machen, eine andere geeignete Person als Prozessbevollmächtigten einzuschalten. Die Bestellung eines Vertreters und Bevollmächtigten ist gemäß § 81 ZPO aufgrund der Prozessvollmacht erlaubt⁷⁷⁸. Wer für die ganze Instanz eine Vollmacht erhält, heißt Prozessbevollmächtigter⁷⁷⁹.

Der Hauptbevollmächtigte erlangt ein eigenes Mandat mit dem Mandanten, ebenso besteht ein eigenes Mandatsverhältnis zwischen dem Prozessbevollmächtigten und dem Mandanten. Beide Anwälte stehen mit eigenem Aufgabenkreis in eigenständigen vertraglichen Beziehungen zum Mandanten⁷⁸⁰.

8.2.1. Möglicher Personenkreis Prozessbevollmächtigter

Prozessbevollmächtigte können Anwälte⁷⁸¹, aber auch andere nicht juristisch ausgebildete Personen⁷⁸², die prozessfähig sind, sein. Nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter, wie Referendaren und Assessoren, ist die Möglichkeit, als Prozessbevollmächtigter aufzutreten nicht pauschal abzusprechen⁷⁸³. Auch Diplom- oder Wirtschaftsjuristen, Referendaren oder Assessoren kann Prozessvollmacht erteilt werden. Soweit jedoch ein Anwaltsprozess vorliegt, ist ein zugelassener Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter zu bestellen, ansonsten sind die vorgenommenen Prozesshandlungen unwirksam⁷⁸⁴. Ein Syndikusanwalt kann, wie ein Rechtsanwalt, als Prozessbevollmächtigter tätig werden, soweit er nicht seinen Arbeitgeber im Rahmen seines Dienstverhältnisses (§ 46 BRAO) im Prozess vertreten soll⁷⁸⁵. In Angelegenheiten, die nicht das ständige Dienstverhältnis betreffen, kann der Syndikusanwalt Prozessvollmacht erteilt bekommen.

⁷⁷⁸ Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, § 81 ZPO Rn. 5.

⁷⁷⁹ Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, § 81 ZPO Rn. 5.

⁷⁸⁰ BGH, NJW 1988, 1079 (1082); Vollkommer / Heinemann, Rn. 444; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 211.

⁷⁸¹ Thomas / Putzo, § 78 ZPO Rn. 2, 81 Rn. 5; nicht Prozessbevollmächtigte können sein Rechtsanwälte in Bürogemeinschaft: BGH VersR 1979, 160.

⁷⁸² mit Ausnahme der Rechtsanwalts-GmbH (§ 51 Abs. 1 S. 3 BRAO), Henssler, NJW 1999, 241.

⁷⁸³ So aber Vollkommer, in: Zöller, § 85 ZPO Rn. 18, 20, der lediglich die Möglichkeit der Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO bei einem amtlich bestellten Referendar sieht.

⁷⁸⁴ Weth, in: Musielak, § 80 ZPO Rn. 7.

⁷⁸⁵ Vgl. oben: Syndikusanwalt

8.2.2. Umfang der Prozessvollmacht

Zwischen dem Mandanten und dem mandatierten Rechtsanwalt besteht mit Abschluß des Anwaltsvertrages ein Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675 BGB. Die Vollmachtserteilung durch den Mandanten zur Vornahme der Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte im Prozess erfolgt durch Prozessvollmacht⁷⁸⁶. Die Prozessvollmacht legitimiert den Rechtsanwalt nach außen⁷⁸⁷. § 81 ZPO regelt ausdrücklich: „Die Prozessvollmacht ermächtigt [...] zur Bestellung eines Vertreters“. Der Mandant unterschreibt dem beauftragten Rechtsanwalt eine Vollmacht, die zunächst den beauftragten Rechtsanwalt zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Mandanten bevollmächtigt, und zugleich sieht die Vollmacht – in Übereinstimmung mit § 81 ZPO – vor, daß der bevollmächtigte Rechtsanwalt, der Hauptbevollmächtigte, ermächtigt wird, einen Vertreter zu bestellen. Indem der Mandant einem Anwalt Vertretungsmacht im Prozess erteilt und ihn damit zur gerichtlichen Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, erlangt der weitere Anwalt Prozessvollmacht, womit die vom Anwalt vorgenommenen Prozesshandlungen für und gegen den Vertretenen wirken⁷⁸⁸.

Die vom Hauptbevollmächtigten beauftragten Prozessbevollmächtigten sind grundsätzlich zur selbständigen Bearbeitung eines Rechtsstreits beauftragt, wobei es ausreicht, daß ihnen ein wesentlicher Teilbereich des Verfahrens übertragen wurde⁷⁸⁹; insbesondere sind sie für die Einhaltung der prozessualen Fristen verantwortlich⁷⁹⁰.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes wirkt der Umfang der Prozessvollmacht nur soweit nach außen, wie sich der vom Hauptbevollmächtigten herangezogenen Prozessbevollmächtigte als ermächtigt ansehen kann; wobei auf den Einzelfall abzustellen ist und auf den inneren Zusammenhang der vom Mandanten abgegebenen Erklärung mit Gegenstand des Rechtsstreits⁷⁹¹. Wird dagegen zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten individuell vereinbart, daß keine weitere Bevollmächtigung durch den Rechtsanwalt erteilt werden darf, so ist es dem Rechtsanwalt in diesem Falle nicht erlaubt, weiteren Personen Vollmacht zu erteilen, und er muß selbst handeln.

⁷⁸⁶ Putzo, in: Thomas / Putzo, Vorbem § 78 ZPO Rn. 1ff.

⁷⁸⁷ Kilian, S. 53.

⁷⁸⁸ Putzo, in: Thomas / Putzo, Vorbem § 78 ZPO Rn. 1ff.

⁷⁸⁹ BAG, NJW 1987, 1355.

⁷⁹⁰ BGH, NJW-RR 1997, 824; OLG München, MDR 1998, 968.

⁷⁹¹ BGH, NJW 1992, 1963.

8.2.3. Rechtsfolgen einer Prozessbevollmächtigung

Wird eine Sozietät beauftragt, ein Mandat wahrzunehmen, kommt in der Regel – soweit kein Einzelmandat bezüglich eines bestimmten Rechtsanwalts vorliegt – ein Mandatsvertrag mit der ganzen Sozietät zustande, so daß nicht ein einzelner Rechtsanwalt mandatiert wird, sondern alle Sozietätsmitglieder⁷⁹², also alle Sozien. Die in der Sozietät tätigen juristischen Mitarbeiter, die keine Sozien sind, werden nicht mandatiert, und der Mandant hat auch keinen Anspruch darauf, mit den Nicht-Sozien unmittelbar eine Besprechung zu vereinbaren⁷⁹³. Sozien sind Bevollmächtigte im Sinne des § 85 Abs. 2 ZPO⁷⁹⁴.

Wird ein Prozessbevollmächtigter für den Hauptbevollmächtigten tätig, so ist das Verschulden bei Ausführung seiner Tätigkeit der Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbar. Maßgeblich ist, daß die juristischen Mitarbeiter den Rechtsstreit selbst und eigenständig bearbeiten, also nicht nur untergeordnete Tätigkeiten verrichten⁷⁹⁵. Dies ist unabhängig von ihrem Status in der Kanzlei, sei es als angestellter Rechtsanwalt, freier Mitarbeiter, Referendar, Diplom- oder Wirtschaftsjurist oder Assessor⁷⁹⁶. Als Bevollmächtigter kommt in Betracht, sofern er den Rechtsstreit selbständig bearbeitet hat und nicht nur als bloßer Hilfsarbeiter tätig geworden ist⁷⁹⁷.

Waren Mitarbeiter dagegen lediglich „als bloße Hilfsarbeiter“⁷⁹⁸ in untergeordneter Funktion tätig, sind sie nicht als Bevollmächtigte im Sinne von § 85 Abs. 2 ZPO einzustufen. Wird jedoch eine Person als Prozessbevollmächtigter für den Hauptbevollmächtigten tätig, liegt damit nicht nur eine Hilfstätigkeit vor. So ist der Prozessbevollmächtigte im Sinne des § 85 Abs. 2 ZPO als Bevollmächtigter einzuordnen und damit dessen Verschulden der Partei zuzurechnen.

8.3. Vertretung als Unterbevollmächtigter

Nach § 81 HS 2 ZPO ist der beauftragte Rechtsanwalt aufgrund der Prozessvollmacht ermächtigt, einen Vertreter sowie einen Bevollmächtigten zu bestellen. Die Prozessvollmacht ermächtigt den vom Mandanten beauftragten Rechtsanwalt zu Führung des ganzen Prozesses sowie zur Bestellung eines Vertreters für einzelne Prozesshandlungen. Untervollmacht

⁷⁹² BGH, NJW 1971, 1801; Borgmann / Jungk / Grams, S. 59; Weth, in: Musielak, § 84 ZPO Rn. 2, § 85 Rn. 12.

⁷⁹³ BGH, NJW 1971, 1801 (1892); Berghahn, S. 60.

⁷⁹⁴ BGH, NJW 1971, 1801; Henssler, EWiR 1994, 127 (128); Weth, in: Musielak, § 85 ZPO Rn. 12.

⁷⁹⁵ BAG, NJW 1987, 1355; BGH, NJW 1974, 1511 (1512); BGH, NJW 2001, 1575; OLG Hamburg, NJW 1996, 2939; Mettenheim, in: MüKo, § 85 ZPO Rn. 17; Weth, in: Musielak, § 85 ZPO Rn. 13.

⁷⁹⁶ BGH, VersR 1984, 239 (240); von Mettenheim, in: MüKo, § 85 ZPO Rn. 20; Weth, in: Musielak, § 85 ZPO Rn. 13.

⁷⁹⁷ BGH, NJW 2004, 2901; BGH, NJW 2006, 2334; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1686; Hüßtege, in: Thomas / Putzo, § 85 Rn.9.

⁷⁹⁸ Hüßtege, in: Thomas / Putzo, § 85 Rn.9.

bezieht sich lediglich auf einen Teil des Mandates oder auf einen einzelnen Termin. Regelmäßig kommt zwischen dem Mandanten und dem Unterbevollmächtigten ein Vertrag zustande, nicht aber zwischen dem Haupt- und Unterbevollmächtigten⁷⁹⁹, da üblicherweise der beauftragte Rechtsanwalt im Namen des Mandanten eine Untervollmacht erteilt⁸⁰⁰. Der postulationsfähige Unterbevollmächtigte handelt im Namen der Partei und nicht für den Hauptbevollmächtigten⁸⁰¹.

8.3.1. Möglicher Personenkreis Unterbevollmächtigter

Soweit der vom Mandanten beauftragte Rechtsanwalt den Termin nicht selbst wahrnehmen kann, kann dieser einer geeigneten Person Untervollmacht erteilen.

Nach § 157 ZPO kann der bevollmächtigte Rechtsanwalt „in Verfahren, in denen die Parteien den Rechtsstreit selbst führen können, zur Vertretung in der Verhandlung einen Referendar bevollmächtigen, der im Vorbereitungsdienst bei im beschäftigt ist“. Diese ausdrückliche Regelung sieht eine Untervollmacht an einen Referendar damit lediglich in Verhandlungen vor, bei denen kein Anwaltszwang besteht. Nach § 157 ZPO darf ein Referendar innerhalb des Vorbereitungsdienstes für den Rechtsanwalt fremde Rechtsangelegenheiten wahrnehmen und den ausbildenden Rechtsanwalt zu vertreten. Ein Auftreten eines Rechtsreferendars für den ausbildenden Rechtsanwalt in Untervollmacht ist dann möglich, soweit kein Anwaltszwang vor Gericht besteht und keine Geschäftsmäßigkeit vorliegt; wobei geschäftsmäßig als selbständig tätig und unabhängig von Weisungen zu verstehen ist⁸⁰². Der Nicht-Anwalt kann den Hauptbevollmächtigten vertreten⁸⁰³, so auch in Untervollmacht. Wie auch Assessoren, Diplom- und Wirtschaftsjuristen als Prozessbevollmächtigte bestellt werden können, ist ein Auftreten als Unterbevollmächtigte folglich möglich, soweit es sich nicht um einen Anwaltsprozess handelt⁸⁰⁴. Damit kommt als Unterbevollmächtigter derselbe Personenkreis in Betracht, wie bei den Prozessbevollmächtigten.

⁷⁹⁹ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 26; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 230; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁸⁰⁰ BGH, NJW-RR 2003, 51; Borgmann / Jungk / Grams, S. 60, 295; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243.

⁸⁰¹ BHG, NJW-RR 2003, 51; Thomas / Putzo, § 81 ZPO Rn. 7; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁸⁰² OLG Oldenburg, NJW 1958, 1930f.; Winterstein, NAZ 1988, 574 (576).

⁸⁰³ BGH NJW-RR 2001, 427.

⁸⁰⁴ BVerfG, NJW 2005, 966.

8.3.2. Umfang der Untervollmacht - Terminsvollmacht

Nach § 81 HS 1 ZPO besteht eine Ermächtigung zu allen Prozesshandlungen, die den Rechtsstreit betreffen. Insoweit verfügt der Unterbevollmächtigte wie der Hauptbevollmächtigte über dieselben Befugnisse, da ein Vertrag zwischen dem Unterbevollmächtigten und dem Mandanten besteht und keine Vertretung des Hauptbevollmächtigten vorliegt⁸⁰⁵. Der Hauptbevollmächtigte des Mandanten bleibt der Prozessanwalt, der Unterbevollmächtigte nimmt nur diesen einzelnen Termin wahr und tritt nicht als zusätzlicher, genereller Prozessanwalt des Mandanten hinzu⁸⁰⁶. Der Unterbevollmächtigte handelt nur in einem einzelnen Termin für den verhinderten Hauptbevollmächtigten⁸⁰⁷ bzw. erhält lediglich für einen Teil Untervollmacht erteilt. Jedoch ist der Unterbevollmächtigte nicht zur weiteren Erteilung von Prozessvollmacht an einen anderen zur Vertretung für den Prozess im Ganzen neben dem bestellten Prozessbevollmächtigten ermächtigt⁸⁰⁸.

Nimmt der Unterbevollmächtigte lediglich diesen einen Termin an Stelle des verhinderten Hauptbevollmächtigten wahr, spricht man auch von Terminsvollmacht; eine Terminsvollmacht ist eine für den Verhandlungstermin ausgestellte Vollmacht und ermächtigt grundsätzlich dazu, alle den Rechtsstreit betreffenden Rechtshandlungen vorzunehmen⁸⁰⁹.

8.3.3. Rechtsfolgen einer Unterbevollmächtigung

Soweit eine wirksame Unterbevollmächtigung, sog. Substitution, vorliegt, bestehen zwei Vertragsbeziehungen nebeneinander, nämlich zwischen Mandant und Hauptbevollmächtigtem und zwischen Mandant und Unterbevollmächtigtem⁸¹⁰. Jeder leistet im eigenen Aufgabenkreis selbständige Arbeit, ist dafür verantwortlich und haftet unmittelbar selbst für Pflichtverletzungen⁸¹¹. Der Unterbevollmächtigte handelt demnach weder als Vertreter noch als Erfüllungsgehilfe des Hauptbevollmächtigten⁸¹².

⁸⁰⁵ Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 247.

⁸⁰⁶ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 26.

⁸⁰⁷ BGH, NJW 1981, 1727; Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, § 81 ZPO Rn. 5, 19.

⁸⁰⁸ BGH, NJW 1981, 1727.

⁸⁰⁹ LArbG Kiel, BeckRS 2004, Nr. 41207; Breßler, JuS 2004, 307 (310f.); Bork, in: Stein / Jonas, § 83 ZPO Rn. 6, § 81 ZPO Rn. 8.

⁸¹⁰ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 26; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 274; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁸¹¹ Bay AGH, BRAK-Mitt. 2004, 316; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 26; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁸¹² Borgmann / Jungk / Grams, S. 295; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Grams, BRAK-Mitt. 2003, 11; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 248; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

Hat der Mandant die Unterbevollmächtigung nicht ausdrücklich genehmigt und liegt für eine schlüssige Zustimmung seitens des Mandanten keine sachliche Begründung für die Unterbevollmächtigung vor, handelt es sich um eine unberechtigte Substitution.

Besteht keine wirksame Unterbevollmächtigung, so besteht kein Vertrag zwischen Mandant und „unterbevollmächtigtem“ Rechtsanwalt, sondern zwischen den beiden Rechtsanwälten⁸¹³. Der Hauptbevollmächtigte bedient sich des „unterbevollmächtigten“ Rechtsanwalts, womit eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB möglich ist⁸¹⁴. Es liegt eine unwirksame Unterbevollmächtigung vor, die gegen den Willen des Mandanten erteilt wurde. Der mandatierte Anwalt ist der „Mann des Vertrauens“⁸¹⁵. Lediglich der ursprünglich mandatierte Anwalt wird vom Mandanten akzeptiert; der Mandant hat nicht mehrere Personen beauftragt. Angesichts der ursprünglichen Interessen des Mandanten ist nach § 278 BGB das Verhalten des unwirksam tätigen Unterbevollmächtigten dem mandatierten Anwalt zuzurechnen.

8.3.3.1. Unterbevollmächtigung innerhalb einer Sozietät

Wird einem Rechtsanwalt oder einer Sozietät ein Mandat erteilt und wird ein anderer als der mandatierte Anwalt aus dieser Kanzlei in dieser Angelegenheit tätig, ist wegen desselben Organisationsbereiches von einer Anwendung des § 278 BGB auszugehen, so Borgmann / Jungk / Grams⁸¹⁶. Diese Annahme erscheint sachgerecht, da eine Sozietät als ein Ganzes betrachtet wird und von diesem Standpunkt aus unerheblich ist, wer innerhalb tätig wurde. Der Mandatsvertrag wird regelmäßig mit der Sozietät geschlossen⁸¹⁷ und nicht mit dem einzelnen Sachbearbeiter.

8.3.3.2. Unterbevollmächtigung juristischer Mitarbeiter

Bei einer Sozietät bzw. Scheinsozietät treten die Sozien bzw. Scheinsozien erkennbar dem Mandanten gegenüber auf, z.B. auf dem Briefkopf, wohingegen die sonstigen Mitarbeiter gegenüber dem Mandanten nicht zwangsläufig in Erscheinung treten.

Eich⁸¹⁸ unterscheidet bezüglich juristischer Mitarbeiter – wobei er nur auf anwaltliche Mitarbeiter abstellt – generell zwischen Angestelltenverhältnis und freier Mitarbeit. Lediglich

⁸¹³ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 254.

⁸¹⁴ Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 244; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 254.

⁸¹⁵ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 259.

⁸¹⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 299; bezüglich angestellter Anwälte ebenso Terlau, in: Henssler / Streck, S. 288.

⁸¹⁷ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 34.

⁸¹⁸ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn.47 - 53.

der mandatierte Rechtsanwalt, der zugleich Arbeitgeber-Anwalt ist, sei dem Mandanten gegenüber verantwortlich, auch wenn der angestellte Anwalt für diesen einen Gerichtstermin wahrnehme⁸¹⁹. Die Verantwortung verbleibe beim anstellenden Rechtsanwalt und könne nicht übertragen werden⁸²⁰. Rechtsanwälte in freier Mitarbeit erbringen nach Eich nur Teilleistungen, wie „wissenschaftliche Hilfsleistungen bzw. –arbeiten“⁸²¹; sie kommen folglich für eine Vertretung vor Gericht nicht in Frage. Für eine solche Entlastung müsse ein zumindest faktisches Angestelltenverhältnis vorliegen⁸²².

Diese Ansicht ist jedoch etwas verkürzt, da ein juristischer Mitarbeiter, egal welchen Status er inne hat, in Untervollmacht den Rechtsanwalt vor Gericht vertreten kann.

Im Gegensatz zu einer Sozietät und deren Anwälten sind nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter des mandatierten Anwalts mangels anwaltlicher Unabhängigkeit noch enger in dessen Wirkungsbereich eingebunden. Jedoch muß dahingehend unterschieden werden, welche Tätigkeiten sie wahrnehmen. Der Anwalt haftet uneingeschränkt für seine juristischen Mitarbeiter, soweit sie nicht Scheinsozietäten sind, und für seine Hilfskräfte, wenn diese in dessen Pflichtenkreis in Erfüllung einer dem Rechtsanwalt obliegenden Verpflichtung tätig werden⁸²³. Diese Tätigkeiten dienen jedoch nur einer internen Arbeitsteilung und –erleichterung⁸²⁴. Bei lediglich interner ganz oder teilweiser Mandatsbearbeitung ist das Verschulden des juristischen Mitarbeiters nach § 278 BGB als das eines Erfüllungsgehilfen zuzurechnen⁸²⁵; hierbei handelt es sich um den Organisationsbereich der Kanzlei und nicht ausschließlich um ein Auftreten nach außen vor Gericht in Untervollmacht. Sobald juristisches Hilfspersonal nach außen hin tätig wird, liegt eine Beschäftigung außerhalb des Bereichs der internen Arbeitsteilung vor⁸²⁶.

Ein Unterbevollmächtigter handelt grundsätzlich im Rahmen von Vertragsbeziehungen zum Mandanten, er kann daher nicht Erfüllungsgehilfe des Hauptbevollmächtigten sein. Jeder nimmt seine eigenen Aufgaben wahr, womit eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB nicht in Betracht kommt⁸²⁷. Haupt- und Unterbevollmächtigter haften jeweils für Pflichtverletzungen des eigenen Aufgabenkreises, eine gesamtschuldnerische Haftung kommt aber dann in Betracht, wenn sich die Aufgabenkreise überschneiden⁸²⁸. Tritt der nicht-

⁸¹⁹ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 48.

⁸²⁰ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 48.

⁸²¹ Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 52.

⁸²² Eich, in: Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich, § 81 RiLi Rn. 53.

⁸²³ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241.

⁸²⁴ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300.

⁸²⁵ Borgmann / Jungk / Grams, S. 299; Vollkommer / Heinemann, Rn. 453.

⁸²⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300.

⁸²⁷ Borgmann / Jungk / Grams, S. 295; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Grams, BRAK-Mitt. 2003, 11; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁸²⁸ Borgmann / Jungk / Grams, S. 295.

anwaltliche juristische Mitarbeiter als Unterbevollmächtigter des Rechtsanwalts auf, bei dem er beschäftigt ist, nimmt er gerade Aufgaben aus dem Aufgaben- und Pflichtenkreis des Hauptbevollmächtigten wahr; damit liegt ein Überschneiden der Aufgabenkreise vor. In diesem Fall besteht nicht nur zwischen dem jeweils Bevollmächtigten und dem Mandanten ein Vertrag, sondern auch zwischen den beiden Bevollmächtigten, nämlich der Beschäftigungsvertrag, der eine enge Bindung zwischen den Bevollmächtigten begründet. Eine völlig getrennte Behandlung der Haftung der Bevollmächtigten ist hier nicht mehr sachgerecht, so daß nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter und der sie beschäftigende Rechtsanwalt gesamtschuldnerisch gegenüber dem Mandanten haften.

9. Haftung

Auch einem Rechtsanwalt unterlaufen Fehler bei der Berufsausübung. Jeder Rechtsanwalt ist verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten, § 51 BRAO. Diese Versicherungspflicht des Rechtsanwalts besteht insbesondere zum Schutz des rechtsuchenden Publikums⁸²⁹ - zugleich wird damit in einem Haftungsfall der Rechtsanwalt vor der Zerstörung seiner wirtschaftlichen Existenz geschützt. Damit ein Mandant einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, muß dem Rechtsanwalt ein pflichtwidriges Verhalten sowie Verschulden vorzuwerfen sein, und zudem muß zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden Kausalität vorliegen.

9.1. Haftung des Einzel-Anwalts

Ist ein Rechtsanwalt als einzelner Anwalt tätig, so hat er für seine Pflichtverletzungen dem Mandanten gegenüber einzustehen; der Rechtsanwalt haftet ihm gegenüber persönlich.

Bedient sich der Rechtsanwalt angestellter oder freier Mitarbeiter, begründen diese nicht selbst mit dem Mandanten ein Vertragsverhältnis, sondern es wird lediglich zwischen dem Einzel-Anwalt und dem Mandanten ein Vertrag geschlossen. Das Verhalten der Mitarbeiter, die für den Einzel-Anwalt tätig sind, ist diesem nach § 278 BGB zuzurechnen. Somit haftet nach außen hin gegenüber dem Mandanten lediglich der beauftragte Rechtsanwalt.

Inwieweit im Rahmen des Deckungsverhältnisses die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts den Schaden übernimmt, hängt insbesondere von der Deckungssumme (§ 3 Abs. 2 Ziff. 2 ARB-R) und der Höhe des Selbstbehaltes des Rechtsanwaltes ab (§ 3 Abs. 2 Ziff. 4 – 7 ARB-R).

9.2. Haftung in Zusammenschlüssen

Haben sich mehrere Rechtsanwälte zusammengeschlossen und üben in einer Gemeinschaft ihren Anwaltsberuf aus, so ist für die Haftung gegenüber dem Mandanten maßgeblich, wie dieser Zusammenschluss der Rechtsanwälte ausgestaltet ist.

⁸²⁹ BT-Drs. 12/4993, 31.

9.2.1. Bürogemeinschaft

Eine Bürogemeinschaft zeichnet sich durch die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln (Räume, Bibliothek, Sekretärin...) aus Rationalisierungsgründen aus⁸³⁰. Eine Bürogemeinschaft liegt dann vor, wenn Rechtsanwälte ein gemeinsames Büro betreiben und entsprechend vertraglicher Abreden auch die Kosten für die Führung des Büros angemessen teilen, die Aufträge nicht gemeinsam entgegennehmen und demgemäß auch nicht gesamtschuldnerisch haften. Es liegt keine gemeinschaftliche Berufsausübung vor⁸³¹. Ein gemeinsames Auftreten, wie ein gemeinsames Kanzleischild oder ein gemeinsamer Briefkopf, liegt nicht vor; Mandanten schließen nur mit dem jeweiligen Anwalt einen Mandatsvertrag⁸³². Hieraus ergibt sich gegenüber dem Mandanten keine Haftung als Gesamtschuldner der Mitglieder der Bürogemeinschaft; jeder Anwalt haftet für sich selbst gegenüber seinen Mandanten⁸³³.

Treten die Mitglieder der Bürogemeinschaft jedoch nach außen hin so auf, als wären sie eine Sozietät, haften sie als Gesamtschuldner nach Rechtsscheinsgrundsätzen⁸³⁴, die insbesondere hinsichtlich der Form der Scheinsozietät anzuwenden sind.

9.2.2. Sozietät

In einer Sozietät schließen sich mehrere Rechtsanwälte zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁸³⁵ zusammen und nehmen Aufträge der Mandanten und das Entgelt gemeinsam entgegen, wobei das gemeinsame Auftreten bereits durch ein einheitliches Praxisschild, sowie einen einheitlichen Briefkopf erkennbar ist⁸³⁶. Im Gegensatz zu einer Bürogemeinschaft üben sie im gemeinsamen Interesse und auf Rechnung aller Sozien ihre Tätigkeit aus und treten als Einheit nach außen auf⁸³⁷. Das Mandat wird der Sozietät erteilt⁸³⁸. Nimmt ein Sozius ein

⁸³⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 79; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 149; Vollkommer / Heinemann, Rn. 66.

⁸³¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 12; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 149; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 372.

⁸³² Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 149; Hartung, in: Henssler / Streck, S. 616f.; Vollkommer / Heinemann, Rn. 66.

⁸³³ Hartung, in: Henssler / Streck, S. 616f.; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 50; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 373.

⁸³⁴ BHG, NJW 1978, 996.

⁸³⁵ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 337; Vollkommer / Heinemann, Rn. 68.

⁸³⁶ BGH, NJW 1982, 1866; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 6f.

⁸³⁷ BGHZ 56, 354 (357).

⁸³⁸ BGH, NJW 1982, 1866; BGH, NJW 1996, 2859; Borgmann / Jungk / Grams, S. 59; Vollkommer / Heinemann, Rn. 69.

Mandat an, so handelt er im Namen der Sozietät und verpflichtet sowohl sich selbst, als auch die Sozien⁸³⁹; sämtliche Mitglieder der Sozietät sind Vertragspartner des Mandanten⁸⁴⁰.

9.2.2.1. Gesamtschuldnerische Haftung

§ 51 a Abs. 2 S. 1 BRAO regelt, daß Mitglieder einer Sozietät „aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner“ haften.

Was die Haftung nach außen gegenüber dem Mandanten betrifft, knüpft der Bundesgerichtshof⁸⁴¹ an den Standpunkt des Reichsgerichts an: bei einer Beauftragung seitens eines Mandanten haften sämtliche Anwälte einer Sozietät als Gesamtschuldner dem Mandanten auf Schadensersatz, selbst wenn nur einer bei der Bearbeitung den Schaden verursacht hat. In ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung der Sozien ausgegangen⁸⁴². Jeder Mitgesellschafter kann folglich für Fehler anderer Mitgesellschafter zum vollen Schadenersatz verpflichtet werden⁸⁴³.

Der Bundesgerichtshof⁸⁴⁴ entschied, daß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig und im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig und Vertragspartner eines Auftraggebers ist; ebenso haften die Gesellschafter kraft Gesetz für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Rechtsanwälte einer Sozietät haften nach dieser Rechtsprechung als Gesamtschuldner⁸⁴⁵. Das Handeln der Sozien wird der Sozietät über § 31 BGB⁸⁴⁶ bzw. über § 278 BGB zugerechnet.

Zur internen Arbeitserleichterung einer Sozietät sind weitere juristische Mitarbeiter im Angestellten- oder freien Mitarbeiterverhältnis zur Unterstützung tätig. Diese Mitarbeiter sind keine Sozien und werden nicht Vertragspartei, wenn der Anwaltsvertrag zwischen Mandant und Sozietät geschlossen wird. Das Verhalten der Nicht-Sozien wird der Sozietät nach § 278 BGB zugerechnet. Somit haftet die Sozietät für das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten ihrer Mitarbeiter, die nicht Sozien sind. Eine Eigenhaftung im Rahmen der Sachwalterhaftung dieser Mitarbeiter scheidet regelmäßig aus.

⁸³⁹ BGH, NJW 1971, 1801 (1802f.); BGH, NJW 1992, 3037; Borgmann / Jungk / Grams, S. 276; Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 7; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 67; Vollkommer / Heinemann, Rn. 69.

⁸⁴⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 8; Jatzkowski / Zipprick, in: Prütting, S. 172.

⁸⁴¹ BGHZ 56, 354 (355f.).

⁸⁴² BGH, NJW 1971, 1801; BGH, NJW 1982, 1866; OLG München, BB 2001, 592 (594).

⁸⁴³ Borgmann / Jungk / Grams, S. 275.

⁸⁴⁴ BGHZ 146, 341.

⁸⁴⁵ BGH, NJW 1971, 1801; BGH, VersR 1977, 453; OLG München, BB 2001, 592 (594); Borgmann / Jungk / Grams, S. 175; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 346; Vollkommer / Heinemann, Rn. 69.

⁸⁴⁶ Schmidt, NJW 2001, 993 (998).

9.2.2.2. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen

Erwecken Anwälte entgegen dem tatsächlich vorliegenden Innenverhältnis nach außen hin auf einem gemeinsamen Briefkopf, Kanzleischild, Stempel usw. mit anderen Berufsträgern das Erscheinungsbild einer Sozietät, so liegt eine Scheinsozietät vor⁸⁴⁷. Es liegt in Wirklichkeit keine Gesellschaft aller vor, die auf dem Briefkopf und dem Praxisschild aufgezählt sind; der Freiberufler soll gerade nicht Gesellschafter der Sozietät sein⁸⁴⁸. Tatsächlich besteht nur eine Bürogemeinschaft oder ein Anstellungsverhältnis oder eine andere Tätigkeit eines Nicht-Sozius in der Kanzlei⁸⁴⁹. Nach außen hin entsteht der Eindruck, daß alle auf dem Briefkopf genannten Namen Mitglieder der Sozietät seien⁸⁵⁰. Ein Außenstehender kann weder unterscheiden noch überprüfen, ob ein juristischer Mitarbeiter im Angestelltenverhältnis oder als freier Mitarbeiter tätig ist⁸⁵¹, noch ob dieser den Status eines Sozius hat oder nicht. Werden die auf dem Briefkopf oder Praxisschild aufgeführten Personen besonders hervorgehoben, erweckt dies gegenüber außenstehenden Dritten den Eindruck, daß sie Gesellschafter seien⁸⁵². Sie treten als Einheit auf. Am gesetzten Rechtsschein müssen sich alle Rechtsanwälte festhalten lassen⁸⁵³.

Die Rechtsprechung⁸⁵⁴ und die herrschende Meinung in der Literatur⁸⁵⁵ vertreten die Ansicht, daß auf eine gemeinschaftliche Berufsausübung nach § 8 S. 1 BORA nur hingewiesen werden darf, „wenn sie in einer Sozietät oder in sonstiger Weise mit sozietätsfähigen Personen i. S. d. § 59 a BRAO erfolgt“⁸⁵⁶. § 59 a Abs. 1 S. 1 BRAO läßt eine gemeinsame berufliche Zusammenarbeit von Rechtsanwälten „mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern“ zu. Eine Aufführung im Briefkopf von nicht nach § 59 a BRAO sozietätsfähige Personen ist unzulässig⁸⁵⁷. Handelt es sich nicht um einen zugelassenen Rechtsanwalt oder um einen Angehörigen aus den anderen in § 59 a BORA genannten

⁸⁴⁷ BGH, NJW 1978, 996; BGH, NJW 1991, 1225; BGH, WM 1992, 1964; BGH, NJW 2001, 165 (166); Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 148; Kamps / Alvermann, NJW 2001, 2121(2123); Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 51; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 355.

⁸⁴⁸ Grunewald, FS P. Ulmer, S. 141.

⁸⁴⁹ BGHZ 70, 247 (249).

⁸⁵⁰ BGH, NJW 1999, 3040.

⁸⁵¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 285; Kamps / Alvermann, NJW 2001, 2121; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 355; Streck, S. 84; Vollkommer / Heinemann, Rn. 80.

⁸⁵² Grunewald, FS P. Ulmer, S. 141 (143).

⁸⁵³ BGHZ 70, 247 (249).

⁸⁵⁴ AGH Baden-Württemberg, BRAK-Mitt. 1995, 169, 169ff.; Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05.

⁸⁵⁵ Hensler / Prütting, § 59 a BRAO Rn. 72; Jessnitzer / Blumberg, § 59 a BRAO Rn. 4.

⁸⁵⁶ Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05.

⁸⁵⁷ Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 BORA Rn. 1, 2.

Berufsgruppen, so ist diese Person nicht sozietätsfähig im Sinne von § 59 a BRAO. Ein Diplom-Ökonom⁸⁵⁸ oder eine Unternehmensberaterin⁸⁵⁹ zählt nicht zu der Personen- bzw. Berufsgruppe, die in § 59 a BRAO umschrieben wird.

Werden nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter neben den Rechtsanwälten, die Sozien sind, auf dem Briefkopf geführt, wird nach außen hin der Anschein erweckt, daß diese ebenso als Sozien in der Kanzlei tätig sind. daß sie nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind, ändert nichts an dem erweckten Anschein nach außen. Einem außenstehenden Mandanten wird suggeriert, daß die im Briefkopf genannte Person, selbst wenn sie als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter tätig ist, neben den anderen in dieser hervorgehobenen Stellung den Status eines Sozius habe. Maßgeblich ist lediglich das nach außen hin zurechenbar veranlasste Auftreten⁸⁶⁰. Jede Person, die nach außen hin auf dem Praxisschild oder dem Briefkopf genannt wird, erweckt den Eindruck des Status eines Gesellschafters der Sozietät zu haben. Damit kommen auch nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter als Scheinsozien in Betracht.

Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze⁸⁶¹ sind anzuwenden, da dem Mandanten eine Überprüfung der tatsächlichen gesellschaftlichen Situation unzumutbar ist⁸⁶². Ein Außenstehender kann nicht zwischen echtem Sozius und Scheinsozius unterscheiden⁸⁶³, wenn eine Scheinsozietät vorliegt.

Der Dritte, der auf den Rechtsschein vertraut, muß schutzbedürftig sein⁸⁶⁴. Da der Mandant als Außenstehender den tatsächlichen Status der Person nicht prüfen kann, ergibt sich hieraus dessen Schutzbedürftigkeit. Maßgeblich ist der erste Eindruck, den der Mandant erhält, der insbesondere durch die einheitliche Gestaltung des Kanzleischildes und die gemeinsamen Räumlichkeiten vermittelt wird und somit auf eine Sozietät schließen lässt⁸⁶⁵.

Mit dem gemeinsamen Auftreten nach außen erwecken die auftretenden Personen den Eindruck, gemeinsam als Sozien tätig zu sein. Sie setzen damit einen Rechtsschein nach außen, der nicht der Wirklichkeit entspricht. Die beteiligten Personen hätten bei pflichtgemäßer Sorgfalt die Möglichkeit, das Setzen des Rechtsscheins nach außen, nämlich das Auftreten von tatsächlichen Nicht-Sozien als Sozien gegenüber Mandanten, zu erkennen.

⁸⁵⁸ Niedersächsischer AGH, Beschl. v. 27.4.2006 – AGH 18/05.

⁸⁵⁹ AGH Baden-Württemberg, BRAK-Mitt. 1995, 169, 169ff.

⁸⁶⁰ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 355.

⁸⁶¹ BGHZ 5, 111 (116); BGHZ 70, 246 (249)

⁸⁶² Borgmann / Jungk / Grams, S. 285.

⁸⁶³ Grunewald, FS P. Ulmer, S. 141 (146).

⁸⁶⁴ BGH, NJW-RR 2006, 707.

⁸⁶⁵ BGH, NJW-RR 2004, 279 (280).

Die tatsächlichen Sozien haben die Kenntnis, wer in Wirklichkeit Sozius ist und eindeutig als Sozius haftet. Die Nicht-Sozien haben ebenso Kenntnis davon, daß sie tatsächlich nicht den Status des Sozius haben. Der Aufnahme der Namen von Nicht-Sozien auf den Briefkopf, das Kanzleischild, den Stempel o.ä. können sowohl die Sozien, als auch die Nicht-Sozien entgegenwirken. Der Schein, daß tatsächliche Nicht-Sozien angeblich Sozien seien, kann in zumutbarer Weise, ohne größeren Aufwand unterbunden bzw. schnell wieder rückgängig gemacht werden.

Ein bloß in der Ecke abgedruckter Hinweis auf dem Briefbogen, daß die Kanzleikonten nur auf den Sozius lauten, ist nicht ausreichend, daß allein diese Person mit der Vertretung des Mandanten beauftragt sein sollte⁸⁶⁶. Wird im Briefkopf der Zusatz „in Kanzleigemeinschaft“ aufgeführt, so ist dies nicht ausreichend, um nach außen deutlich zu machen, daß es sich um keine Sozietät handele; auch besteht begrifflich kaum ein Unterschied zwischen „Kanzleigemeinschaft“ und „Gemeinschaftskanzlei“; letztere läßt wie eine Gemeinschaftspraxis auf eine Gemeinschaft bürgerlichen Rechts bzw. Sozietät schließen⁸⁶⁷. Selbst der Zusatz „in Bürogemeinschaft“, der lediglich auf die gemeinsame Nutzung der Büroorganisation hinweist, ohne daß die Rechtsanwälte hinsichtlich der inhaltlichen anwaltlichen Tätigkeit zusammenarbeiten, wird von der Rechtsprechung⁸⁶⁸ als gänzlich irrelevant für potentielle Mandanten gesehen; zudem geht der durchschnittliche Mandant davon aus, daß bei der Nennung mehrerer Namen auf dem Briefkopf es sich auch bei der anwaltlichen Tätigkeit um eine Zusammenarbeit handele.

Sind Mitglieder einer Sozietät mit einer anderen Sozietät, anderen Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Patentanwälten in einem Kooperationsverhältnis tätig, so muß aus dem Briefbogen für den Mandanten eindeutig hervorgehen, daß die nur in Kooperation tätigen Personen keine Sozien sind. Es darf kein Eindruck entstehen, der nicht der Wirklichkeit entspricht; zwar darf auf die Kooperation hingewiesen werden, nämlich in deutlicher Trennung zu den tatsächlichen Mitgliedern der Sozietät, jedoch ist lediglich der Zusatz „in Kooperation“ in ähnlicher optischer Gestaltung wie für Sozietätsmitglieder nicht zulässig⁸⁶⁹. Dem Mandanten kann nicht zugemutet werden, die verschiedenen Formen der beruflichen Zusammenarbeit der Rechtsanwälte, wie büroorganisatorischer, inhaltlich bezogener anwaltlicher Tätigkeit oder Kooperationsverhältnis, zu unterscheiden.

⁸⁶⁶ BGHZ 70, 247 (250).

⁸⁶⁷ BGH, NJW-RR 2004, 279 (280).

⁸⁶⁸ BGH, NJW-RR 2004, 279 (280).

⁸⁶⁹ Huff, LMK 2003, 16.

Gehen die beteiligten Sozien und Scheinsozien nicht gegen den Rechtsschein vor, sei es aus Nachlässigkeit oder bewusst, um nach außen hin als größere Sozietät oder erweiterte Sozietät in Erscheinung treten zu können, so haben sie für die haftungsrechtlichen Konsequenzen einzustehen. Das Mandat wird der gesamten nach außen in Erscheinung tretenden Sozietät erteilt und führt zur Haftung aller Sozien wie auch Scheinsozien. Tritt ein angestellter Anwalt oder freier Mitarbeiter nach außen als Sozios in Erscheinung, so haftet er im Außenverhältnis wie ein echter Sozios⁸⁷⁰. Aus denselben Gründen ist auch von einer Haftung eines nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters, wie eines Assessors oder Diplom- oder Wirtschaftsjuristen, der lediglich als Scheinsozios auftritt, auszugehen. Die Scheinsozien haften wie echte Sozien als Gesamtschuldner mit ihrem Privatvermögen neben dem Gesellschaftsvermögen⁸⁷¹.

9.2.2.3. Haftung im Innenverhältnis einer Sozietät oder Scheinsozietät

Im Innenverhältnis sind die Sozien einander gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu gleichen Teilen verpflichtet, soweit im Sozietätsvertrag keine abweichende Regelung vereinbart wurde⁸⁷². Wurde im Innenverhältnis eine Freistellungsvereinbarung geschlossen, kann der Scheinsozios zwar im Außenverhältnis zur Haftung herangezogen werden, er ist aber im Innenverhältnis freigestellt und hat einen Anspruch gegen die Sozien – soweit er im Außenverhältnis zur Haftung herangezogen wurde. Die Freistellungsvereinbarung kann jedoch mangels Zahlungsfähigkeit oder Greifbarkeit des Schuldners ins Leere⁸⁷³ gehen.

9.2.3. Partnerschaftsgesellschaft

Eine neue Form beruflicher Zusammenarbeit ist die Partnergesellschaft, die mit Wirkung zum 1.7.1995 eingeführt wurde⁸⁷⁴ und ähnlich der offenen Handelsgesellschaft gestaltet ist⁸⁷⁵. Die Partnerschaftsgesellschaft ist keine juristische Person, ist jedoch als Rechtssubjekt und Träger des Partnerschaftsvermögens anzusehen, § 7 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 124 HGB⁸⁷⁶. Die

⁸⁷⁰ BGH, NJW 2001, 165 (166); NJW 1999, 3040 (3041); Borgmann / Jungk / Grams, S. 284f.; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 148; Grunewald, FS P. Ulmer 2003, S. 141 (143); Jatzkowski / Zipprick, in: Prütting, S. 172.; Rewolle, DB 1978, 1497; Streck, S. 85.

⁸⁷¹ BGH, NJW 1971, 1801; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 148; Vollkommer / Heinemann, Rn. 81.

⁸⁷² Borgmann / Jungk / Grams, S. 286.

⁸⁷³ BGH, NJW 1999, 3040 = BRAK-Mitt. 1999, 257 m. Anm. Borgmann = EWiR 1999, 1165 m. Anm. Jungk.

⁸⁷⁴ BGBl. 1994 I, S. 1744.

⁸⁷⁵ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 1 PartGG Rn. 5f., § 7 PartGG Rn. 5; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44.

⁸⁷⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 7 PartGG Rn. 5; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44.

Partnerschaftsgesellschaft ist eine rechtsfähige Berufsausübungsgesellschaft. Der Mandantsvertrag kommt regelmäßig mit der Partnerschaftsgesellschaft zustande⁸⁷⁷ und nicht mit einzelnen Partnern, § 7 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 124 HGB.

9.2.3.1. Haftung der Partnerschaftsgesellschaft

Die Partnerschaftsgesellschaft haftet mit ihrem Vermögen für schuldhafte vertragliche Pflichtverletzungen ihrer Partner oder bei ihr angestellten Personen⁸⁷⁸, § 8 Art. 1 PartGG.

Werden in einer Partnerschaftsgesellschaft intern zur Arbeitserleichterung weitere juristische Mitarbeiter im Angestellten- oder freien Mitarbeiterverhältnis zur Unterstützung tätig, so sind diese keine Partner der Partnerschaftsgesellschaft und werden nicht Vertragspartei, wenn der Anwaltsvertrag mit dem Mandanten geschlossen wird. Werden diese Mitarbeiter für die Partnerschaftsgesellschaft tätig, so wird deren schuldhaft pflichtwidriges Verhalten der Partnerschaftsgesellschaft nach § 278 BGB zugerechnet und die Partnergesellschaft haftet dafür.

9.2.3.2. Haftung der Partner

Für die Verbindlichkeiten der Partnerschaftsgesellschaft haften neben dem Vermögen der Partnerschaftsgesellschaft sämtliche Partner persönlich mit ihrem Vermögen gesamtschuldnerisch, § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG⁸⁷⁹.

Die Partner erbringen die Leistungen regelmäßig eigenverantwortlich⁸⁸⁰. Sind nicht alle Partner mit einem Auftrag befasst, so ordnet § 8 Abs. 2 PartGG an: „Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gemäß Abs. 1 für berufliche Fehler neben der Gesellschaft“. Mit § 8 Abs. 2 PartGG gilt die Haftungskonzentration von Gesetzes wegen, nach der allein die tatsächlich mit der Sachbearbeitung befassten Partner persönlich neben der Partnerschaftsgesellschaft für Bearbeitungsfehler haften; die übrigen nicht befassten Partner sind aus der Haftung

⁸⁷⁷ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 374; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44; Vollkommer / Heinemann, Rn. 82.

⁸⁷⁸ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 2; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 375.

⁸⁷⁹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 288; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 5; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 151; Kopp, in: Henssler / Streck, S. 553f.; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 376; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44; Vollkommer / Heinemann, Rn. 82.

⁸⁸⁰ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44.

entlassen⁸⁸¹. Jedoch bezieht sich diese Haftungskonzentration lediglich auf berufliche Fehler einzelner Partner⁸⁸².

9.2.3.3. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen

Wird nach außen hin durch Auflisten einer Person auf Briefkopf oder Kanzleischild der Anschein erweckt, daß diese Person Partner der Partnerschaftsgesellschaft sei, ist dies aber vom tatsächlich bestehenden Innenverhältnis nicht gedeckt, so greifen allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze, so daß die nach außen als Partner auftretende Person wie ein Partner haftet⁸⁸³. Nach Ansicht des OLG München⁸⁸⁴ tritt ein Scheinpartner nach außen wie ein Partner auf, und der Verkehr geht davon aus, daß er als Handelnder auch hafte; für eine Einsicht ins Partnerschaftsregister zur Ermittlung, wer Partner sei, gebe es keinen Anlaß, so daß der Auffassung, Rechtsscheinsgrundsätze auf die Partnerschaftsgesellschaft nicht anzuwenden, nicht zu folgen sei. Die zur Scheinsozietät entwickelten Grundsätze sind folglich nach Ansicht des OLG München⁸⁸⁵ auch für die Partnerschaftsgesellschaft heranzuziehen. Auf den Scheinpartner ist die Haftungskonzentration des § 8 Abs. 2 PartGG anzuwenden, so daß dieser im Außenverhältnis persönlich mit seinem Privatvermögen neben dem Partnerschaftsgesellschaftsvermögen haftet⁸⁸⁶. Wird ein Scheinpartner nach außen hin tätig, und bearbeitet nur er das Mandat, so haftet er nach außen neben dem Vermögen der Partnerschaftsgesellschaft mit seinem Privatvermögen⁸⁸⁷ nach Rechtsscheinsgrundsätzen⁸⁸⁸. Die herrschende Auffassung der Literatur⁸⁸⁹ sowie die Rechtsprechung⁸⁹⁰ gehen von der Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 PartGG auf Scheinpartner aus. In diesem Fall ist ebenfalls das Vertrauen des Mandanten in die persönliche Haftung des ihm als Partner gegenüber tretenden Rechtsanwalt maßgeblich. Die Haftungskonzentration bezweckt, daß lediglich der oder die Sachbearbeiter des jeweiligen Mandates neben der Partnerschaftsgesellschaft für berufliche Fehler haften. Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, die eine Anwendung des § 8

⁸⁸¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 288f; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 9, 10; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 151f.; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 44; Vollkommer / Heinemann, Rn. 439, 583.

⁸⁸² Borgmann / Jungk / Grams, S. 288.

⁸⁸³ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 7; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 377; Vollkommer / Heinemann, Rn. 583.

⁸⁸⁴ OLG München, Urt. v. 18.1.2001 – 29 U 2962/00.

⁸⁸⁵ OLG München, Urt. v. 18.1.2001 – 29 U 2962/00.

⁸⁸⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 7.

⁸⁸⁷ Grams, AnwBl. 2001, 292 (294f.).

⁸⁸⁸ OLG München, BB 2001, 592 (594f.); Borgmann / Jungk / Grams, S. 290.

⁸⁸⁹ Grams, AnwBl. 2001, 292 (294f.); Henssler, in: Henssler / Prütting, § 8 PartGG Rn. 10, 21; Vollkommer / Heinemann, Rn. 583.

⁸⁹⁰ OLG München, BB 2001, 592.

Abs. 2 PartGG auf Scheinpartner ausschließen würde. Eine Schlechterstellung des Scheinpartners gegenüber dem echten Partner hinsichtlich der Haftungskonzentration erscheint nicht gerechtfertigt⁸⁹¹.

Werden nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter auf Briefkopf oder Kanzleischild als Partner aufgeführt, ohne daß sie in Wirklichkeit diese Position inne haben, so löst dies ebenso eine Rechtsscheinhaftung des Scheinpartners aus, da unabhängig von einer Zulassung zur Anwaltschaft außenstehenden Dritten das Bild vermittelt wird, daß diese Person Partner der Partnergesellschaft sei.

9.2.3.4. Haftung im Innenverhältnis

Wird ein Partner von dem Mandanten in Anspruch genommen, so kann dieser im Innenverhältnis der Partnerschaftsgesellschaft von dieser einen Ausgleich verlangen.

Im Innenverhältnis besteht für Nicht-Partner für den Fall, daß diese nach außen den Eindruck eines Partners erwecken und als Scheinpartner vom Mandanten nach § 8 Abs. 2 PartGG in die Haftung genommen werden, die Möglichkeit eine Freistellungs- oder Rückgriffsvereinbarung⁸⁹² zu treffen und damit einen Ausgleichsanspruch zu begründen. Der Freistellungs- oder Rückgriffsanspruch richtet sich gegen die echten Partner⁸⁹³, § 8 Abs. 1 PartGG.

Auch ein Scheinpartner kann sich auf die Haftungskonzentration des § 8 Abs. 2 PartGG berufen. Wird der tatsächliche Nicht-Partner vom Mandanten nach § 8 Abs. 1 PartGG persönlich in Anspruch genommen, so haftet der Scheinpartner zwar dem Mandanten nach außen hin, jedoch hat der Scheinpartner im Innenverhältnis gegenüber der Partnerschaftsgesellschaft die Möglichkeit, seinen Freistellungsanspruch geltend zu machen. Die echten Partner haben den Freistellungsanspruch des Scheinpartners zu erfüllen, § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG. Hat der Scheinpartner das Mandat jedoch gänzlich selbst bearbeitet, so hat dieser auch ausschließlich persönlich neben dem Vermögen der Gesellschaft zu haften⁸⁹⁴. Ein Anspruch des Scheinpartners auf gänzliche Freistellung der Haftung gegenüber den echten Partnern besteht in diesem Falle nicht.

⁸⁹¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 290.

⁸⁹² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 7; Grams, AnwBl. 2001, 294 (295).

⁸⁹³ OLG München, BB 2001, 592; Grams, AnwBl. 2001, 294 (295).

⁸⁹⁴ Borgmann / Jungk / Grams, S. 290; OLG München, BB 2001, 592.

9.2.4. Anwalts – GmbH

Es besteht die Möglichkeit, eine gemeinschaftliche Rechtsberatung und Vertretung von Rechtsangelegenheiten im Rahmen einer Rechtsanwalts-GmbH zu betreiben, § 59 c BRAO. Hierbei müssen die Gesellschafter mehrheitlich Rechtsanwälte sein, § 59 e Abs. 2 S. 1 BRAO. Die Anwalts-GmbH ist postulatiionsfähig und hat die Rechte und Pflichten eines Rechtsanwalts, sie handelt durch ihre Organe und Vertreter, § 59 I S. 2, 3 BRAO. Gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG ist die Rechtsanwalts-GmbH rechtlich selbständig und Vertragspartei eines Mandatsvertrages⁸⁹⁵. Der Mandatsvertrag kommt alleine mit der Anwalts-GmbH als juristische Person zustande⁸⁹⁶.

9.2.4.1. Haftung des Gesellschaftsvermögens

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Auch bei einer Rechtsanwalts-GmbH ist die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Nicht die Rechtsanwälte, sondern die GmbH an sich haftet mit dem Gesellschaftsvermögen für schuldhaft vertragliche Pflichtverletzungen gegenüber den Mandanten⁸⁹⁷. Damit ergibt sich alleine aus der Rechtsform der GmbH automatisch eine Begrenzung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen⁸⁹⁸. Eine persönliche Inanspruchnahme der einzelnen Anwälte ist aufgrund von § 13 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen⁸⁹⁹.

Der Anwalts-GmbH wird das Verhalten der Organe und Vertreter nach § 31 BGB bzw. § 278 BGB zugerechnet⁹⁰⁰. Damit haftet die Anwalts-GmbH für deren schuldhaft pflichtwidriges Verhalten.

Sind neben Rechtsanwälten weitere juristische Mitarbeiter tätig, so haften diese nicht persönlich. Der Anwaltsvertrag kommt zwischen dem Mandanten und der Anwaltsgesellschaft zustande und gerade nicht mit den im Angestellten- oder freien Mitarbeiterverhältnis tätigen Mitarbeitern. Zudem nehmen die als Mitglieder der Gesellschaft tätigen Rechtsanwälte die Mandate wahr und bearbeiten sie größtenteils selbst. Sonstige Mitarbeiter, die nicht Gesellschafter sind, sind in der Regel nur unterstützend im internen Bereich tätig. Das Verhalten der Mitarbeiter wird der Anwalts-GmbH über § 278 BGB

⁸⁹⁵ Borgmann / Jungk / Grams, S. 291.

⁸⁹⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 291; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 153; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 390; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 46; Vollkommer / Heinemann, Rn. 84.

⁸⁹⁷ Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 153; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 391; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 46.

⁸⁹⁸ Grams, AnwBl. 2001, 294 (295).

⁸⁹⁹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 291; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 391f.

⁹⁰⁰ Borgmann / Jungk / Grams, S. 291; Vollkommer / Heinemann, Rn. 84, 440.

zugerechnet. Damit haftet die Anwalts-GmbH auch für das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten ihrer Mitarbeiter, die nicht Gesellschafter sind.

9.2.4.2. Haftung im Innenverhältnis

Soweit Geschäftsführer einer GmbH Obliegenheiten verletzt hat, haften sie generell der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden, § 43 Abs. 2 GmbHG. Im Innenverhältnis einer GmbH richtet sich gegen den Haftungsverursacher ein Regressanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG für den Fall, daß die Pflichtverletzung gegenüber dem Auftraggeber seitens des Geschäftsführers der Gesellschaft zugerechnet wird. Im Rahmen einer Rechtsanwalts-GmbH ist diese Regelung jedoch belanglos. Eine Rechtsanwalts-GmbH hat gegenüber ihren Mandanten die anwaltlichen Pflichten, wie z. B. die Verschwiegenheitspflicht, zu beachten. Im Gegensatz zu einer GmbH ohne Rechtsanwälte besteht bei einer Rechtsanwalts-GmbH ein anderer Wirkungskreis, nämlich die Beachtung von anwaltlichen Pflichten gegenüber Dritten. Eine Pflichtverletzung des Rechtsanwalts-Geschäftsführers gegenüber dem Mandanten aus Anwaltsvertrag kann folglich nicht mit einer Pflichtverletzung eines sonstigen Geschäftsführers gleichgesetzt werden; denn § 43 Abs. 2 GmbHG begründet keine Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten⁹⁰¹, wie z.B. Mandanten einer Rechtsanwalts-GmbH.

9.2.5. Anwalts – AG

Eine weitere Möglichkeit eines Zusammenschlusses von Rechtsanwälten ist die Anwalts-Aktiengesellschaft. Diese Ausgestaltung ist gesetzlich nicht geregelt. Es kann nicht geschlussfolgert werden, daß eine Aktiengesellschaft von Anwälten nicht zulässig wäre, nur weil sich eine entsprechende Regelung nicht im Gesetz findet. Zunächst haben Stimmen in der Literatur⁹⁰² die Anwalts-AG für zulässig erachtet. Die Rechtsprechung⁹⁰³ bestätigte die Auffassung der Literatur, daß die Anwalts-AG zulässig ist – mittlerweile hat auch der Bundesgerichtshofs⁹⁰⁴ die Zulässigkeit der Anwalts-AG bestätigt. Auch der Bundesfinanzhof⁹⁰⁵ hält eine Zulassung der Anwalts-AG hinsichtlich der freien Berufswahl,

⁹⁰¹ BGHZ 31, 258; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 395.

⁹⁰² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 34f.; Jawansky, DB 2002, 2699 (2702f.); Vollkommer / Heinemann, Rn. 86.

⁹⁰³ BayObLG, NJW 2000, 1647.

⁹⁰⁴ BGH, NJW 2005, 1586.

⁹⁰⁵ BFH, NJW 2004, 1974.

Art. 12 Abs. 1 GG, für geboten und spricht sich für eine entsprechende Anwendung der §§ 59 c Abs. 1, 59 g BRAO aus. Eine gesetzliche Regelung liegt bislang nicht vor⁹⁰⁶.

9.2.5.1. Haftung des Gesellschaftsvermögens

Schließen sich mehrere Anwälte zu einer AG zusammen, so ist die Anwalts-AG Vertragspartner des Mandanten⁹⁰⁷ und nicht der einzelne beratende Rechtsanwalt. Gegenüber den Mandanten haftet allein die Anwalts-AG. Die Haftung wird grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG haftet allein das Gesellschaftsvermögen der Rechtsanwalts-AG. Das Verhalten der Gesellschafter und des Vorstands wird der Anwalts-AG zugerechnet, § 31 BGB bzw. § 278 BGB⁹⁰⁸.

Werden innerhalb der Anwalts-AG weitere juristische Mitarbeiter im Angestellten- oder freien Mitarbeiterverhältnis zur Unterstützung tätig, so werden diese nicht Vertragspartei des Anwaltsvertrages, der zwischen dem Mandanten und der Anwalts-AG geschlossen wurde. Das schuldhaft und pflichtwidrige Verhalten dieser juristischen Mitarbeiter wird der Anwalts-AG über § 278 BGB zugerechnet, und die Anwalts-AG hat somit für deren Verhalten zu haften. In der Regel scheidet eine Eigenhaftung im Rahmen der Sachwalterhaftung dieser juristischen Mitarbeiter aus.

9.2.5.2. Durchgriffshaftung

Macht der Geschädigte Schadensersatzansprüche geltend, ist er nicht in jedem Falle auf das Vermögen der AG beschränkt. Im Wege der Durchgriffshaftung besteht die Möglichkeit auf die Vorstandsmitglieder zuzugreifen. Der Mandant kann die Vorstandsmitglieder der AG in Anspruch nehmen⁹⁰⁹, wenn es ausnahmsweise zu einer Durchgriffshaftung kommt. Damit haften Vorstände und Aufsichtsräte der Aktiengesellschaft für Schulden der Gesellschaft.

Eine Haftung kommt unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung in entsprechender Anwendung der §§ 128, 129 HGB in Betracht⁹¹⁰. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs darf über die Rechtsform der juristischen Person nicht leichtfertig oder schrankenlos hinweggegangen werden, so daß ein Haftungsdurchgriff nur in Betracht kommt, wenn die Rechtsform mißbraucht oder dem Zweck der Rechtsordnung zuwider eingesetzt wird⁹¹¹. Ein

⁹⁰⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 59 a BRAO Rn. 35; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 153.

⁹⁰⁷ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 399; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 48; Vollkommer / Heinemann, Rn. 86.

⁹⁰⁸ Vollkommer / Heinemann, Rn. 440.

⁹⁰⁹ Muthers, NZG 2001, 930 (931); Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 48.

⁹¹⁰ OLG Rostock, Urt. v. 25.7.1996 – 1 U 045/95.

⁹¹¹ BGHZ 20, 4, 10 ff.; 22, 226; 26, 31, 37; 31, 258, 270 f.; 78, 318, 333 ff.; 102, 95, 101 ff.

Missbrauch und folglich eine Haftung kann dann angenommen werden, wenn zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem des Gesellschafters nicht unterschieden wird; ist das Vermögen der Gesellschaft in den Büchern nicht ausreichend ausgewiesen, so kommt eine Durchgriffshaftung in Betracht⁹¹². Zur Begründung der Durchgriffshaftung bedarf es keines Schuldvorwurfes, es ist ausreichend, wenn objektiv nicht zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem des Gesellschafters unterschieden wird⁹¹³.

9.3. Haftung beim Tätigwerden juristischer Mitarbeiter

Kanzleien, in denen keine juristischen Mitarbeiter zur Unterstützung herangezogen werden, sind kaum denkbar. Beim Tätigwerden juristischer Mitarbeiter stellt sich somit die Frage, in wie weit der Rechtsanwalt für den Mitarbeiter zu haften hat und wann eine Eigenhaftung des Mitarbeiters in Betracht kommt.

9.3.1. Rechtsanwalt als juristischer Mitarbeiter

Wird ein Rechtsanwalt als angestellter oder freier Mitarbeiter bei einer Sozietät, Partnerschaft oder Anwaltsgesellschaft tätig, so ist er nicht Sozius, Partner oder Gesellschafter, sondern lediglich für diese tätig, und wird bei Abschluß eines Anwaltsvertrages mit dem Mandanten nicht Vertragspartei⁹¹⁴. Der Vertrag kommt als Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) lediglich zwischen dem beauftragten Rechtsanwalt bzw. der Kanzlei und dem Mandanten zustande. Zwischen dem angestellten Rechtsanwalt bzw. dem als freier Mitarbeiter tätigen Rechtsanwalt und dem Mandanten wird kein Vertrag geschlossen⁹¹⁵. Die Einschaltung des als juristischer Mitarbeiter tätigen Rechtsanwalts ist regelmäßig im Interesse des beauftragten Rechtsanwalts mit Blick auf die Arbeitserleichterung und ebenfalls im Interesse des Mandanten, beispielsweise mit Blick auf eine rasche Bearbeitung des Mandates. Der Rechtsanwalt bedient sich des weiteren Rechtsanwalts als Erfüllungsgehilfe bei der Bearbeitung der Mandate und hat sich folglich dessen Verhalten zurechnen zu lassen. Der vom Mandanten beauftragte Rechtsanwalt haftet diesem gegenüber, auch für Fehler des mitarbeitenden Rechtsanwalts. Der beauftragte Rechtsanwalt hat dem Mandanten gegenüber für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten aus dem Mandatsvertrag einzustehen.

⁹¹² BGHZ 95,330, 333 f.

⁹¹³ OLG Rostock, Urt. v. 25.7.1996 – 1 U 045/95.

⁹¹⁴ Vollkommer / Heinemann, Rn. 459.

⁹¹⁵ Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S.150; van Bühren, S. 52.

9.3.2. Rechtsanwalt und seine nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter

Eine Haftung des Rechtsanwalts ergibt sich aus dem Mandatsvertrag⁹¹⁶. Der Pflichtenkreis der anwaltlichen Vertragserfüllung ist nach vielen Seiten offen, und soweit sich aus dem Anwaltsvertrag nicht genaueres ergibt, muß er ausgelegt werden⁹¹⁷. Die zivilrechtliche Haftung des einzelnen Anwalts gegenüber seinem Mandanten ergibt sich aus dem BGB und weist keine Besonderheiten auf. Der Einzelanwalt hat dem Mandanten gegenüber für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten aus dem Anwaltsvertrag sowie die eigenen Fehler selbst einzustehen.

Der Rechtsanwalt haftet nach § 278 BGB für schuldhafte Handlungen bzw. Unterlassungen seiner Erfüllungsgehilfen, die er zur Erfüllung des Anwaltsvertrages einsetzt⁹¹⁸.

Ein Vertragsschluß kommt zwischen dem beauftragten Rechtsanwalt und dem Mandanten zustande, andere Mitarbeiter des Rechtsanwalts werden nicht Vertragspartei. Wie bereits oben dargestellt, haftet dem Mandanten gegenüber nur beauftragte Rechtsanwalt, der sich eines weiteren Rechtsanwalts als Erfüllungsgehilfe bedient. Werden nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter für den vom Mandanten beauftragten Rechtsanwalt tätig, so muß auch für nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter gelten, daß dem Mandanten gegenüber nur der beauftragte Rechtsanwalt haftet.

Zusätzlich einen Anspruch des Mandanten auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter des Anwalts ausdehnen zu wollen, ist für den Fall eines Schadenseintritts nicht angezeigt. Von Vorteil, gegen mehrere Personen vorgehen zu können, wäre allenfalls, die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit des für seine Mitarbeiter haftenden Rechtsanwalts durch Inanspruchnahme zahlungskräftigerer Mitarbeiter dieses Anwalts eindämmen zu wollen. Jedoch ist dem zu entgegen, daß ohnehin jeder Rechtsanwalt zwingend eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen hat, die im Falle einer Haftung einspringt und der Fall, daß der Mandant seinen Schadensersatzanspruch nicht realisieren kann, gerade nicht eintritt.

⁹¹⁶ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262; Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 5ff.: der Anwaltsvertrag ist nach h.M. ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 BGB.

⁹¹⁷ Borgmann / Jungk / Grams, S. 99, 194; S. U. Huber, in: FS für E.R. Huber, S. 253 (282ff.).

⁹¹⁸ BGH, VersR 1965, 43; Borgmann / Jungk / Grams, S. 300; Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262, 795ff.; Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1835ff.

9.3.2.1. Haftung des Rechtsanwalts für nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

Dem Anwalt ist es unmöglich, alle mit einem Mandat verbundene Pflichten persönlich zu erfüllen; daher bedient er sich nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter zur Unterstützung⁹¹⁹. Der Rechtsanwalt hat gegenüber seinem Mandanten aufgrund des Anwaltsvertrages für die schuldhaften Pflichtverletzungen durch seine Mitarbeiter zu haften.

9.3.2.1.1. Umfang der Übertragung von Tätigkeiten auf nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

Der Rechtsanwalt kann sich nicht durch die Übertragung von Tätigkeiten auf andere Personen von der Haftung gegenüber dem Mandanten befreien, der ihn mandatiert hat. Eine vollständige Übertragung der Mandatsführung auf andere kommt nicht in Frage, da dies dem Anwaltsvertrag widersprechen würde, bei dessen Bearbeitung es gerade auf die Person des Anwalts ankommt. Mit dem Anwaltsvertrag, einem Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB, wird grundsätzlich der Anwalt verpflichtet. Eine Übertragung von Tätigkeiten des Anwalts auf dessen Personal in gewissem Maße ist aber durchaus möglich. Eine Abwälzung aller anfallenden Tätigkeiten, die sich aus dem übernommenen Mandat ergeben, würde jedoch den anwaltlichen Berufspflichten widersprechen. Einen bestimmten Aufgabenbereich kann der Anwalt nicht auf andere Mitarbeiter übertragen, diese Aufgaben muß der Anwalt persönlich wahrnehmen⁹²⁰, wie z.B. die Annahme des Mandats, die Rechtsberatung, Vertretung nach außen⁹²¹. Tätigkeiten, die nicht persönlich vom Anwalt wahrzunehmen sind, können von Hilfspersonal übernommen werden. Bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten unterlaufen diesen Mitarbeitern Fehler, für die der Rechtsanwalt in unterschiedlicher Weise einzustehen hat⁹²².

9.3.2.1.2. Verschuldenszurechnung bei Hilfstätigkeiten

Soweit der Rechtsanwalt Hilfspersonal zur Erledigung der Aufgaben heranzieht, verbleibt weiterhin die Auftrags erledigung und die Verantwortung gegenüber dem Mandanten beim mandatierten Rechtsanwalt⁹²³, der nach § 278 BGB für das Verschulden seiner

⁹¹⁹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 293; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 395.

⁹²⁰ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300.

⁹²¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300; RG, JW 1906, 332f.

⁹²² Borgmann / Jungk / Grams, S. 293.

⁹²³ Borgmann / Jungk / Grams, S. 299; Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

Kanzleihilfen haftet⁹²⁴. Für Fehler von Erfüllungsgehilfen haftet der Dienstherr gegenüber dem Mandanten nach § 278 BGB⁹²⁵. Die Haftung nach § 278 BGB des Anwalts gilt für alle seine Erfüllungsgehilfen, auch für Rechtsassessoren⁹²⁶, Referendare⁹²⁷ und Bürovorsteher⁹²⁸. Diplomjuristen und Wirtschaftsjuristen sind ebenfalls mit in diese Haftungsübernahme des § 278 BGB einzubeziehen, soweit sie eine unterstützende Tätigkeit für den Rechtsanwalt ausüben.

Maßgeblich für eine Verschuldenszurechnung ist nach § 278 BGB nicht die juristische Qualifikation⁹²⁹, sondern die Art der Tätigkeit und die übertragenen Aufgaben. Der konkrete Aufgabenbereich, in dem der Erfüllungsgehilfe tätig ist, ist ausschlaggebend. Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist jeder, der mit Willen des Rechtsanwalts bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als Hilfsperson in dessen Pflichtenkreis tätig wird⁹³⁰. Auch ein Assessor kann in einer Kanzlei lediglich Hilfstätigkeiten übernehmen, z. B. um sich zunächst in die Kanzlei einzuarbeiten und mit der Tätigkeit vertraut zu werden. Unterläuft dem Erfüllungsgehilfen des Rechtsanwalts ein Fehler, so ist nicht seine juristische Qualifikation ausschlaggebend, sondern, ob eine Hilfstätigkeit vorliegt oder eine umfangreiche eigene Bearbeitung, die nicht mehr als Hilfstätigkeit einzustufen ist.

9.3.2.1.3. Haftungsumfang des Rechtsanwalts für Tätigkeiten des Hilfspersonals

Die Verschuldenshaftung hat der Rechtsanwalt solange zu übernehmen, wie die juristischen Mitarbeiter im Rahmen des Mandats unterstützend⁹³¹ in Erfüllung einer dem Anwalt obliegenden Verbindlichkeit⁹³² tätig sind. Hierbei muß ein innerer, sachlicher Zusammenhang zwischen den zugewiesenen Aufgaben und der Vertragserfüllung für den Mandanten bestehen⁹³³. Selbst wenn Weisungen des Rechtsanwalts mißachtet werden, wird dem Rechtsanwalt das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zugerechnet.

⁹²⁴ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262; Zuehör, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1835ff.; Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

⁹²⁵ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300f.; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 150.

⁹²⁶ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262; Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

⁹²⁷ BGH, NJW 1961, 601f.; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241; Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262; Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

⁹²⁸ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262; 795.

⁹²⁹ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 262.

⁹³⁰ Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241; Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 795.

⁹³¹ Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

⁹³² Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241.

⁹³³ BGHZ 114, 263 (270); BGH, NJW 1993, 1704 (1705); Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241; Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 796.

Ebenfalls wird dem Rechtsanwalt das Verhalten der Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zugerechnet, wenn diese mit Zustimmung des Mandanten hinzugezogen werden⁹³⁴. Einem Mandanten ist alleine durch die Zuziehung einer Hilfsperson die haftungsrechtliche Ausgestaltung nicht präsent. Würde eine Eigenhaftung der Hilfsperson durch die Zustimmung des Mandanten zu dessen Zuziehung zum Mandat erfolgen, müsste sich der Mandant im Falle einer Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen an ihn wenden. Eine solche Abkopplung der Haftung vom beauftragten Rechtsanwalt würde vom Mandanten verlangen, daß dieser einen genauen Einblick in die Arbeitsorganisation seines Rechtsanwalts und insbesondere dahingehend hat, wer welche Tätigkeit in welcher Funktion ausgeführt hat.

Erfolgt eine schuldhafte Handlung des Erfüllungsgehilfen lediglich bei Gelegenheit der Vertragserfüllung, besteht kein innerer, sachlicher Zusammenhang; der Anwalt haftet nicht für dessen pflichtwidriges Verhalten, das aus dem allgemeinen Rahmen der Tätigkeiten herausfällt, die ein Erfüllungsgehilfe wahrzunehmen hat⁹³⁵. Eine Einsetzung von Erfüllungsgehilfen erfolgt lediglich zur internen Arbeitsteilung und –erleichterung⁹³⁶ und grundsätzlich nicht zur Arbeitsentlastung im externen Bereich.

Eine Übertragung von Aufgaben, die in den vom Rechtsanwalt höchstpersönlich wahrzunehmenden Bereich fallen, dürfen zulässigerweise vom Anwalt auf Hilfspersonal nicht erfolgen. Dehnen die Mitarbeiter ihre Tätigkeit eigenmächtig über den Aufgabenbereich des Mandantenauftrags hinaus aus, steht dies damit nicht mehr im sachlichen Zusammenhang, und der Rechtsanwalt hat sich deren Verschulden nicht mehr zurechnen zu lassen⁹³⁷. Duldet oder billigt der Anwalt ein solches Verhalten der Erfüllungsgehilfen, kommt es nicht mehr auf eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB an, sondern der Anwalt haftet bereits wegen eigenen Verschuldens⁹³⁸ und verstößt gegen seine Berufspflichten⁹³⁹. Der Anwalt hat intern derartigen Tätigkeiten des Hilfspersonals durch Anweisungen und Kompetenzverteilungen vorzubeugen, um keinen falschen Anschein nach außen zu erwecken und, um seinen Berufspflichten gerecht zu werden sowie um seiner eigenen Haftung zu entgehen⁹⁴⁰.

Überträgt der Rechtsanwalt Aufgaben auf seine Mitarbeiter, die in seinen persönlich wahrzunehmenden Aufgabenbereich fallen, insbesondere die Mandatsannahme und die

⁹³⁴ BGH, NJW-RR 1990, 459 (460); Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241.

⁹³⁵ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, S. 797.

⁹³⁶ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300.

⁹³⁷ Vollkommer / Heinemann, Rn. 463.

⁹³⁸ BGH, NJW 1981, 2741 (2743); Borgmann / Jungk / Grams, S. 300f.; Vollkommer / Heinemann, Rn. 463; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 798.

⁹³⁹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 300f.

⁹⁴⁰ Borgmann / Jungk / Grams, S. 301.

Klärung des Sachverhalts, kommt § 278 BGB nicht zur Anwendung⁹⁴¹. Statt dessen kann eine Eigenhaftung des Anwalts nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB in Frage kommen, da er nicht dazu befugt ist, höchstpersönliche Vertragserfüllung seinen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern oder anderem Büropersonal zu überlassen bzw. dies zu dulden und damit den Anschein erwecken, daß diese dazu bevollmächtigt wären⁹⁴². Mit einer solchen Aufgabenübertragung nimmt der Anwalt bewusst die Gefahr einer Eigenhaftung in Kauf.

9.3.2.1.4. Rückgriff im Innenverhältnis

Bei einer Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB haftet der Anwalt für das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen dem Mandanten gegenüber. Der Rechtsanwalt kommt für den Schaden grundsätzlich nicht selbst mit seinem persönlichen Vermögen auf. Hier ist das Deckungsverhältnis mit zu berücksichtigen. Für begründete Schadensersatzansprüche von Mandanten gegen den Rechtsanwalt tritt die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts ein und gleicht den finanziellen Schaden aus.

Liegt ein freies Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters beim Rechtsanwalt vor, so besteht im Falle des Nichteintritts der Berufshaftpflichtversicherung (Selbstbehalt, an Mandant zurückzuzahlendes Honorar, nicht ausreichende Versicherungssumme, anwaltsfremde Tätigkeit, Veruntreuung durch den Mitarbeiter) die Möglichkeit, beim freien Mitarbeiter Rückgriff zu nehmen⁹⁴³. Übernimmt die Berufshaftpflichtversicherung einen Teil des Schadens, so kann der Rechtsanwalt beim freien Mitarbeiter ja nach dessen Verschuldensgrad Rückgriff nehmen. Je mehr der freie Mitarbeiter an Verschulden anzulasten ist, umso mehr hat er im Innenverhältnis gegenüber dem Rechtsanwalt zu haften. Ein eventuelles Mitverschulden des Rechtsanwaltes ist jedoch hierbei zu berücksichtigen. Ein Rückgriff auf den freien Mitarbeiter bleibt dann ausgeschlossen, wenn die Berufshaftpflichtversicherung der Anwälte, in deren Kanzlei der freie Mitarbeiter arbeitet, eintritt⁹⁴⁴.

Im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses wird bei einem Schadenseintritt durch das Verhalten eines Angestellten sodann auf der Ebene des Deckungsverhältnisses zwischen versichertem Rechtsanwalt und der Berufshaftpflichtversicherung der Schaden von der

⁹⁴¹ Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 241; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, S. 797.

⁹⁴² Borgmann / Jungk / Grams, S. 301; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 242.

⁹⁴³ Brieske, AnwlBl. 1992, 519; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 150.

⁹⁴⁴ OLG Hamburg, VersR 1985, 229; Borgmann / Jungk / Grams, S. 286.

Versicherung übernommen, so besteht kein Anlaß einer Rückgriffshaftung. Wird der Schaden jedoch nicht vollständig ausgeglichen – in der Regel hat der Rechtsanwalt mit der Versicherung einen Selbstbehalt vereinbart – so kommt ein Rückgriff des Rechtsanwalts bei schuldhaft handelnde Angestellten in Betracht. Voraussetzung für einen Rückgriff des Arbeitgebers gegen einen angestellten Anwalt im Innenverhältnis ist ein Regressanspruch. Ein Arbeitnehmer haftet nur nach den vom Bundesarbeitsgericht⁹⁴⁵ entwickelten folgenden Grundsätzen: leichte Fahrlässigkeit des Angestellten zieht grundsätzlich keine Haftung nach sich, bei mittlerer Fahrlässigkeit des Angestellten wird die Haftung in der Regel geteilt, bei Vorsatz haftet der Angestellte grundsätzlich voll. Liegt mittlere Fahrlässigkeit vor, ist bei einem deutlichen Missverhältnis des Verdienstes des angestellten Rechtsanwalts zum Schadensrisiko der Tätigkeit eine Haftungserleichterung in Erwägung zu ziehen⁹⁴⁶. Eine umfassende Billigkeitsprüfung dient unter anderem, das Ergebnis zu korrigieren, insbesondere mit Blick auf den konkreten Einzelfall und den besonderen Umständen, wie z.B. die Höhe des Arbeitsentgelts, Vorkehrungen des Arbeitgebers zur Vermeidung von Schäden, das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers.

Kennt und billigt der Arbeitgeber die Art und Sorgfalt des Arbeitnehmers bei der Bearbeitung, kommt ein Anspruch des Arbeitgebers auf vollständigen Schadensausgleich gegen den Arbeitnehmer nicht in Betracht, denn das an den Tag gelegte Verhalten des Arbeitnehmers, das vom Arbeitgeber gebilligt wurde, kann dem Arbeitnehmer nicht nachträglich als Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden⁹⁴⁷. Den Arbeitnehmer im Innenverhältnis zur Gänze verantwortlich zu machen, wäre nicht sachgerecht. In einem solchen Fall kommt keine vollständige Rückgriffshaftung im Innenverhältnis in Betracht.

9.3.2.2. Eigenhaftung nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter

Eine eigene vertragliche Haftung des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters scheidet regelmäßig aus⁹⁴⁸. Zwischen diesen Mitarbeitern und dem Mandanten kommt kein Vertragsverhältnis zustande. Ein Erfüllungsgehilfe haftet grundsätzlich nicht im Außenverhältnis gegenüber dem Mandanten⁹⁴⁹. Eine Eigenhaftung nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter kommt jedoch unter den Voraussetzungen der Haftung nach

⁹⁴⁵ BAG, NJW 1995, 210; BAGE 78, 56.

⁹⁴⁶ Diem, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 83f.

⁹⁴⁷ LAG München, NJW-RR 1988, 542f.

⁹⁴⁸ Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 264, 798.

⁹⁴⁹ BGH, NJW-RR 1990, 459 (460); Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 263.

allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen und unter den Voraussetzungen der Sachwalterhaftung in Betracht.

9.3.2.2.1. Haftung nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen

Tritt ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter nach außen gegenüber den Mandanten als Sozius oder als Partner auf, obwohl er die Stellung des Sozius oder des Partners im Innenverhältnis tatsächlich nicht hat, so haftet dieser gegenüber den Mandanten selbst nach Rechtsscheinsgrundsätzen als derjenige, als der er sich ausgibt (s.o.). Als Scheinsozius haftet er wie ein echter Sozius als Gesamtschuldner mit dem Privatvermögen neben dem Gesellschaftsvermögen⁹⁵⁰, als Scheinpartner einer Partnerschaftsgesellschaft haftet er wie ein Partner⁹⁵¹ persönlich mit seinem Privatvermögen neben dem Partnerschaftsgesellschaftsvermögen⁹⁵².

9.3.2.2.2. Sachwalterhaftung

Eine Sachwalterhaftung steht wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens oder Deliktshaftung in Frage⁹⁵³. Diese Haftung richtet sich nach §§ 280, 311 Abs. 3 BGB⁹⁵⁴. Eine eigene vertragliche Ersatzpflicht des Erfüllungsgehilfen kann dann vorliegen, wenn Nebenpflichten verletzt wurden und der Erfüllungsgehilfe bei der Anbahnung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses das Vertrauen des Mandanten in Anspruch nimmt⁹⁵⁵. Das Vertrauen, das dem Erfüllungsgehilfen entgegengebracht wird, muß in einem besonderem Maße bestehen⁹⁵⁶.

Eine Sachwalterhaftung kommt bislang dann in Betracht, wenn an dem angestrebten Geschäft ein unmittelbares, eigenes wirtschaftlichen Interesse des Erfüllungsgehilfen besteht und er dabei schuldhaft Pflichten verletzt⁹⁵⁷, §§ 280, 311 Abs. 3 S. 2 BGB⁹⁵⁸. Für ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, das dem eines Geschäftsführers vergleichbar ist⁹⁵⁹, ist das normale

⁹⁵⁰ BGH, NJW 1971, 1801; Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 148; Vollkommer / Heinemann, Rn. 81.

⁹⁵¹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 7; Vollkommer / Heinemann, Rn. 583.

⁹⁵² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 8 PartGG Rn. 7.

⁹⁵³ Vollkommer / Heinemann, Rn. 464; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 264.

⁹⁵⁴ Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 145.; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 264.

⁹⁵⁵ BGH, NJW 1979, 1449; 1989, 293; 1990, 1907; 1991, 32; NJW-RR 1990, 94 und 459; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 264ff.

⁹⁵⁶ BGH, NJW-RR 1990, 459 (460); Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 264.

⁹⁵⁷ BGHZ 14, 313 (318); BGHZ 74, 103 (108); BGH, DB 1967, 281; Ballerstedt, AcP 151, 501 (502); Fuhrmann, S. 119 Fußn. 482; Herrmann, JZ 1983, 422ff.; Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1844.

⁹⁵⁸ Grams, in: Axmann / Bischoff / Demuth / u.a., S. 145.

⁹⁵⁹ BGH, NJW 1997, 1233 (1234); Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 74; Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1844.

Interesse eines Angestellten, Prokuristen, Handelsvertreters, Geschäftsführers oder Gesellschafters nicht ausreichend⁹⁶⁰. Angestellten und, um so mehr, frei mitarbeitendem Hilfspersonal des Rechtsanwalts kann unterstellt werden, ein eigenes Interesse daran zu haben, daß es zu Vertragsschlüssen mit Mandanten kommt, da ihre Arbeitstätigkeit und Vergütung von der Zahl und dem Umfang der Mandantenverhältnisse in Zusammenhang steht bzw. abhängt. Dieses Interesse der Mitarbeiter ist jedoch nicht als ein unmittelbares zu bewerten. Haben Mitarbeiter lediglich ein mittelbares wirtschaftliches Interesse, ist eine Sachwalterhaftung nicht in Erwägung zu ziehen.

Eine Eigenhaftung aufgrund eines unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen Interesses am Vertragsschluß mit dem Mandanten wird seitens der Rechtsprechung nicht aufrechterhalten werden, da das Kriterium der Eigenhaftung des Vertreters im Gesellschaftsrecht größtenteils aufgegeben wurde, und der für das Anwaltsrechts zuständige IX. Zivilsenat ankündigte⁹⁶¹, daß er daran ebenso nicht festzuhalten werde. Dem ist zuzustimmen. Bislang ist aufgrund des Erfordernisses des Kriteriums des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses eine Sachwalterhaftung regelmäßig nicht anwendbar. Mit Aufgabe dieses Kriteriums wird voraussichtlich eine Sachwalterhaftung eher erwogen werden.

Eine Sachwalterhaftung kommt dann in Betracht, wenn ein schutzwürdiges Vertrauen in den Auskunftgeber auf geschäftlichen Kontakten beruht⁹⁶².

Damit eine Eigenhaftung im Rahmen der Sachwalterhaftung gerechtfertigt ist, muß ein besonderes persönliches Vertrauen seitens des Mandanten gegenüber dem Erfüllungsgehilfen gegeben sein, das über das normale Vertrauen bei Verhandlungen hinausgeht. Eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für den Bestand und die Erfüllung des anvisierten Rechtsgeschäfts stellt ein besonderes persönliches Vertrauen dar, das für die Entscheidung des Mandanten bestimmend war⁹⁶³ und vom Erfüllungsgehilfen dem Mandanten entgegen gebracht wurde.

Hinsichtlich nicht-anwaltlicher Mitarbeiter ist die Bejahung der Sachwalterhaftung aufgrund mangelnder außergewöhnlicher Sachkunde oder großer persönlicher Sorgfalt⁹⁶⁴ auszuschließen, da für die Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe diese Sachkunde nicht notwendig ist. Ein solcher Ausschluß der Sachwalterhaftung ergibt sich bereits aufgrund der Tatsache, daß der Mandantenkontakt und die Rechtsberatung an sich als höchstpersönliche Aufgaben

⁹⁶⁰ Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1845.

⁹⁶¹ BGH, NJW 1994, 2220 (2221).

⁹⁶² Lorenz, in: FS Larenz, S. 618f.; Vollkommer / Heinemann, Rn. 121.

⁹⁶³ BGH, NJW-RR 2004, 1064 (1067); Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1840.

⁹⁶⁴ Zugehör, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 1840.

durch den Anwalt zu pflegen sind und nicht durch seine juristischen Mitarbeiter. Deren Fachkompetenzen dürfen den Anwalt nicht zu einer Verlagerung seiner anwaltlichen Pflichten und damit zu einer Haftungsverlagerung auf sein Kanzleipersonal veranlassen. Überträgt der Anwalt seinem Hilfspersonal Aufgaben, die in seinen persönlich wahrzunehmenden Aufgabenbereich fallen, so haftet nicht das Hilfspersonal, sondern der Rechtsanwalt. Ansonsten wäre es dem Rechtsanwalt möglich, seine Aufgaben und die Gefahr, Fehler zu machen, an das Personal zu verteilen und zugleich die Haftung abzuwälzen, ohne selbst herangezogen zu werden.

9.3.3. Unterbevollmächtigter

Zwischen dem Mandanten und dem Unterbevollmächtigten kommt regelmäßig ein Vertrag zustande, nicht aber zwischen dem Hauptbevollmächtigten und dem Unterbevollmächtigten⁹⁶⁵. Der Unterbevollmächtigte leistet selbständige Arbeit und trägt dafür das Haftungsrisiko⁹⁶⁶. Der Unterbevollmächtigte ist nicht lediglich Erfüllungsgehilfe, sondern Vertreter der Partei und haftet aufgrund des eigenen Vertragsverhältnisses zum Mandanten selbst⁹⁶⁷.

Liegt eine unberechtigte Substitution vor, die seitens des Mandanten nicht genehmigt wird, so besteht lediglich der Anwaltsvertrag zwischen dem Hauptbevollmächtigten und dem Mandant. Das Verschulden des Unterbevollmächtigten wird sodann dem Hauptbevollmächtigten nach § 278 BGB zugerechnet⁹⁶⁸, da der Hauptbevollmächtigte sich des Unterbevollmächtigten bei der Ausübung des Mandates bedient hat.

Der Rechtsreferendar kann nach § 157 ZPO als Unterbevollmächtigter für den im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes ausbildenden Rechtsanwalt in der Gerichtsverhandlung tätig werden, wie bereits oben erwähnt. Die Handlungen durch den Referendar sollen – letztlich auch im Interesse des ausbildenden Rechtsanwalts – nach Absprache mit dem Rechtsanwalt erfolgen. Der Rechtsanwalt hat sich somit das Verhalten des Referendars als Unterbevollmächtigter nach § 278 BGB zurechnen zu lassen und dafür einzustehen.

Weitere nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter wie Assessoren, Diplom- und Wirtschaftsjuristen, kommen auch als Unterbevollmächtigte in Betracht⁹⁶⁹. Bei der Unterbevollmächtigung eines Rechtsanwalts kommt neben dem Anwaltsvertrag mit dem

⁹⁶⁵ Terbille, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 26; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 243; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 230; Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁹⁶⁶ BayAGH, BRAK-Mitt. 2004, 316.

⁹⁶⁷ Grams, BRAK-Mitt. 2003, 11.

⁹⁶⁸ vgl. bereits oben unter Rechtsfolgen einer Unterbevollmächtigung.

⁹⁶⁹ BVerfG, NJW 2005, 966.

Hauptbevollmächtigten ein weiterer Vertrag mit dem Unterbevollmächtigten und dem Mandanten zustande. Der Hauptbevollmächtigte erteilt im Namen des Mandanten die Untervollmacht an den Anwaltskollegen⁹⁷⁰: es bestehen zwei verschiedene Mandatsbeziehungen, zwischen Mandant und Hauptbevollmächtigtem und zwischen Mandant und Unterbevollmächtigtem, wobei jeder für seinen eigenen Aufgabenkreis verantwortlich ist und für Pflichtverletzungen haftet⁹⁷¹. Hinsichtlich nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter des beauftragten Rechtsanwalts kann in der Regel nicht eine Zustimmung des Mandanten angenommen werden, die eine Unterbevollmächtigung der nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter rechtfertigen würde. In erster Linie werden diese Mitarbeiter für die interne Arbeitserleichterung eingesetzt und nicht für ein Tätigwerden nach außen hin. Würde davon ausgegangen werden, daß der Rechtsanwalt im Namen des Mandanten die Untervollmacht an einen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter erteilen kann, so käme ein Vertrag zwischen diesem Mitarbeiter und dem Mandanten zustande, was gerade dem Charakter eines nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters in einer Kanzlei widerspräche und ihn zu einem eigenständigen Interessenvertreter des Mandanten machen würde. Zudem würde dem Mandanten ein Nicht-Anwalt ohne Berufshaftpflichtversicherung als Unterbevollmächtigter aufgedrängt, an den er sich im Haftungsfall halten müßte.

Um den Schutzinteressen des Mandanten zu entsprechen, ist von einer Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB im Verhältnis des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters als Unterbevollmächtigter zum hauptbevollmächtigten Rechtsanwalt auszugehen, soweit der Mandant nicht mit einer solchen Unterbevollmächtigung einverstanden war. Der mandatierte Anwalt ist der „Mann des Vertrauens“⁹⁷².

Nimmt der Unterbevollmächtigte allerdings besonderes Vertrauen des Mandanten in Anspruch und hat ein wirtschaftliches Eigeninteresse, kommt die Eigenhaftung des Unterbevollmächtigten im Rahmen der Sachwalterhaftung in Betracht⁹⁷³.

9.3.4. Prozessbevollmächtigter

Beauftragt ein Mandant einen Rechtsanwalt mit der Vollmacht zugleich, einen Vertreter zu bestellen, so kann der primär bestellte Anwalt einen zweiten Anwalt, der als Prozessbevollmächtigter handelt, bestellen. Es besteht zum einen ein eigenes

⁹⁷⁰ Vollkommer / Heinemann, Rn. 441.

⁹⁷¹ Borgmann / Jungk / Grams, S. 295.

⁹⁷² Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 259.

⁹⁷³ Sieg, in : Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 256; Vollkommer / Heinemann, Rn. 442.

Mandatsverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Hauptbevollmächtigten und zum anderen ein eigenes Mandatsverhältnis zwischen dem Mandanten und dem weiteren Prozessbevollmächtigten. Beide Anwälte stehen mit eigenem Aufgabenkreis in eigenständigen vertraglichen Beziehungen zum Mandanten⁹⁷⁴. Jeder ist für seine Pflichtverletzungen in seinem Aufgabenkreis verantwortlich; eine gesamtschuldnerische Haftung kommt dann in Betracht, wenn beide, jeweils im eigenen Pflichtenkreis schuldhaft und pflichtwidrig eine Ursache für denselben Schaden gesetzt haben⁹⁷⁵.

Grundsätzlich kommen auch Diplom- oder Wirtschaftsjuristen, Referendaren oder Assessoren als Prozessbevollmächtigte in Betracht, soweit es sich nicht um einen Anwaltsprozess handelt. Beauftragt der Mandant jedoch mit der Wahrnehmung seiner Interessen einen Rechtsanwalt und schließt aus, daß dieser weitere Personen als Prozessbevollmächtigte einsetzt, so ist der Mandant gerade daran interessiert, durch den beauftragten Rechtsanwalt vertreten zu werden und nicht durch einen anderen Rechtsanwalt oder Nicht-Anwalt. Einen Nicht-Anwalt hätte der Mandant als Prozessbevollmächtigten beauftragen können, ohne daß er zuvor eine Kanzlei aufsucht. Nimmt ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter des beauftragten Rechtsanwaltes diese Interessen dennoch als Prozessbevollmächtigter wahr, so hat der vom Mandanten beauftragte Rechtsanwalt für eine schuldhafte Pflichtverletzung seines Mitarbeiters einzustehen, § 278 BGB. Dem Mandanten kann nicht zugemutet werden, daß ein anderer Prozessbevollmächtigter als der von ihm beauftragte Rechtsanwalt ihm gegenüber haftet. Vielmehr hat der beauftragte Rechtsanwalt für sein Verhalten, das auch das von ihm veranlasste Handeln seines Mitarbeiters als Prozessbevollmächtigten miteinschließt, gegenüber seinem Mandanten einzustehen.

Besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis des Mandanten zum nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter, der als Prozessbevollmächtigter tätig wurde, und hat dieser ein wirtschaftliches Eigeninteresse, kommt die Eigenhaftung dieses Prozessbevollmächtigten im Rahmen der Sachwalterhaftung in Betracht.

9.3.5. Allgemeiner Vertreter

Der vertretene Anwalt hat für das Verhalten des für ihn eingesetzten allgemeinen Vertreters gemäß § 278 BGB einzustehen; die Tätigkeit des allgemeinen Vertreters, der lediglich der

⁹⁷⁴ BGH, NJW 1988, 1079 (1082); Vollkommer / Heinemann, Rn. 444; Sieg, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 211.

⁹⁷⁵ Vollkommer / Heinemann, Rn. 444.

Erfüllungsgehilfe oder gesetzliche Vertreter des Rechtsanwalts ist, erfolgt nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Vertretenen⁹⁷⁶.

Eine Eigenhaftung des Vertreters scheidet in der Regel aus, da der amtlich bestellte Vertreter grundsätzlich der gesetzliche Vertreter des beauftragten Rechtsanwalts ist⁹⁷⁷. Eine Eigenhaftung aus eigenem Anwaltsvertrag, den der Vertreter mit dem Auftraggeber des vertretenen Rechtsanwalts geschlossen hat⁹⁷⁸, ist in Erwägung zu ziehen, wenn der Vertreter selbst zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist und wirksam Anwaltsverträge schließen kann.

Eine Eigenhaftung als Sachwalter kommt für nicht-anwaltliche Vertreter, wie Referendare und Assessoren, in Betracht. Der Vertreter muß sich so behandeln lassen, als hätte er eigene Anwaltpflichten gegenüber dem Mandanten des Vertretenen übernommen, wenn er eine Stellung einnimmt, als wäre er selbst vom Mandanten beauftragt worden⁹⁷⁹. Der Fall der Eigenhaftung kommt nur ausnahmsweise in Betracht; in der Regel haftet der beauftragte Anwalt für seinen Vertreter nach § 278 BGB.

Im Innenverhältnis hat der vertretene Anwalt im Falle der Haftung möglicherweise einen Ausgleichsanspruch gegen seinen Vertreter. Es besteht kein Vertragsverhältnis zwischen vertretenem Anwalt und amtlich bestelltem Vertreter. Das Innenverhältnis richtet sich nach § 53 Abs. 9, 10 BRAO, so daß der Vertreter zwar in eigener Verantwortung, aber im Interesse, auf Rechnung und auf Kosten des Vertretenen tätig wird. Nach § 53 Abs. 9 S. 2 BRAO gelten die §§ 666, 667, 670 BGB entsprechend. Der allgemeine Vertreter hat damit dem vertretenen Rechtsanwalt die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf dessen Verlangen über den Stand des Mandates Auskunft zu erteilen und nach Ausführung Rechenschaftsbericht abzulegen (§ 666 BGB entsprechen). Das im Rahmen des Verhältnisses als allgemeiner Vertreter von vertretenen Rechtsanwalt Erlangte hat der allgemeine Vertreter entsprechend § 667 BGB nach Beendigung der allgemeinen Vertretung herauszugeben. Der vertretenen Rechtsanwalt ist dem allgemeinen Vertreter entsprechend § 670 BGB zum Wertersatz für erforderliche Aufwendungen im Rahmen der allgemeinen Vertretung verpflichtet.

⁹⁷⁶ OLG Köln, VersR 1997, 619; Fahrendorf, in: Rinsche / Fahrendorf / Terbille, S. 242; Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 273; Vollkommer / Heinemann, S. 248.

⁹⁷⁷ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 274.

⁹⁷⁸ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 275.

⁹⁷⁹ OLG Frankfurt, NJW 1986, 3091 (3092); Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 276.

9.3.6. Syndikus und Syndikusanwalt

Ist ein Jurist bei einem Unternehmen tätig, kommt es für diese Arbeit nicht darauf an, welchen Status dieser Jurist hat, ob er also Diplombjurist, Wirtschaftsjurist, Rechtsassessor oder zugelassener Rechtsanwalt ist. Für die Tätigkeit im Unternehmen ist es haftungsrechtlich gesehen auch unerheblich, ob der Jurist lediglich Syndikus oder Syndikusanwalt ist. Im Angestelltenverhältnis des Juristen sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen sowie die sich daraus ergebenden Haftungsfolgen maßgeblich. Der als Arbeitnehmer beim Unternehmen angestellte Syndikus haftet nicht wie ein freiberuflich tätiger Anwalt, sondern nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung⁹⁸⁰.

9.4. Haftpflichtversicherung

Die Versicherungspflicht für Rechtsanwälte ergibt sich aus § 51 BRAO. Jeder Rechtsanwalt ist nach § 51 Abs. 1 S. 1 BRAO verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen und während der Zeit seiner Zulassung aufrechtzuerhalten. Diese Regelung dient vor allem dem Schutz der Mandanten, aber auch der Rechtsanwalt selbst soll mittels dieser Versicherungspflicht vor einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz geschützt werden⁹⁸¹.

9.4.1. Rechtsanwalt

Jeden Rechtsanwalt trifft die Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten, § 51 BRAO. Die Mindestversicherungssumme für Rechtsanwälte liegt bei 250.000.- EUR für jeden Versicherungsfall, § 51 Abs. 4 S. 1 BRAO, und bei einer Rechtsanwaltsgesellschaft bei 2.500.000.- Euro für jeden Versicherungsfall, § 59 j Abs. 2 S. 1 BRAO. Nach § 51 Abs. 3 BRAO besteht jedoch für die Versicherung die Möglichkeit, bestimmte Sachverhalte aus der Haftung herauszunehmen, wie z.B. Haftungsansprüche wegen wissentlicher Pflichtverletzung oder Ersatzansprüche wegen Veruntreuung des Anwalts oder des Personals. In der Regel machen die Versicherungsgesellschaften in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen von diesen Ausschlüssen Gebrauch⁹⁸².

Die Versicherungspflicht ergibt sich alleine aus dem Status des Rechtsanwalts. Sobald ein Jurist als Rechtsanwalt zugelassen ist, trifft ihn die Versicherungspflicht. Andere Kriterien spielen im Hinblick auf diese Versicherungspflicht keine Rolle.

⁹⁸⁰ Schnorbus, MDR 1994, 961ff.

⁹⁸¹ Schlee, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 2085.

⁹⁸² Schlee, in: Zuehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 2086.

Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts bezieht sich jedoch lediglich auf dessen eigene Mandate, nicht aber auf Mandate, die er im Rahmen eines Angestellten- oder freien Arbeitsverhältnisses für einen anderen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwaltskanzlei bearbeitet. Die Beschäftigung eines Mitarbeiters, der nicht Sozius bzw. Scheinsozius ist, gilt nach § 13 Abs. 1 AVB als Erweiterung des versicherten Risikos. Aufgrund dessen fällt bei der Beschäftigung eines mitarbeitenden Rechtsanwalts für den beschäftigenden Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwaltskanzlei zusätzlich ein abzuführender Betrag an die Versicherung an. Für die Mitarbeit eines Rechtsanwalts hat der beschäftigende Anwalt einen Zuschlag in Höhe von 80% an die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung zu leisten. Entsprechend erhält der mitarbeitende Rechtsanwalt eine Ermäßigung in Höhe von 80%.

9.4.2. Nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter

Beschäftigt ein Rechtsanwalt nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, so haben diese Mitarbeiter keine eigene Berufshaftpflichtversicherung, da sie nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind. Eine Eigenhaftung nach der Sachwalterhaftung kommt jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht, so daß der nicht-anwaltliche Mitarbeiter in der Regel keine Haftung für seine Tätigkeiten zu befürchten hat. Der Rechtsanwalt, für den der nicht-anwaltliche Mitarbeiter tätig ist, hat nach § 278 BGB für das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten seiner Mitarbeiter einzustehen bzw. haftet für diese nach § 831 BGB. Dabei können sich ebenso hohe Beträge der Schadensersatzhaftung gegenüber dem Mandanten ergeben. Nach § 51 Abs. 1 S. 2 BRAO hat sich die Haftpflichtversicherung auch auf solche Vermögensschäden zu erstrecken, für die der Rechtsanwalt nach § 278 BGB oder § 831 BGB einzustehen hat. Diese Regelung soll einerseits den Mandanten schützen und andererseits den haftenden Rechtsanwalt, der ohne eine Erstreckung der Versicherung auf Tätigkeiten nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter bei einer Inanspruchnahme seitens des geschädigten Mandanten vor wirtschaftlichen Verlusten nicht geschützt wäre. Diesem Schutz wird über § 1 Abs. 1 AVB Rechnung getragen. Für diese Mitarbeiter schließt der Rechtsanwalt daher eine Fremdversicherung nach § 7 AVB ab. Je nach Status des nicht-anwaltlichen Mitarbeiters bemisst sich der Beitrag an die Versicherung unterschiedlich prozentual bezüglich des Beitrags des Rechtsanwalts; für Scheinsozien liegt der Beitrag an die Versicherung höher als für Rechtsassessoren. Im Rahmen der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung werden Scheinsozien wie Sozien behandelt, ungeachtet der vertraglichen Beziehungen im Innenverhältnis, § 1 Abs. 3 AVB.

9.5. Rechtsgeschäftliche Haftungsbegrenzung im Außenverhältnis

§ 51 a BRAO ermöglicht eine Begrenzung der Haftung durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung. Der Anspruch des Mandanten auf Ersatz eines fahrlässig verursachten Schadens kann nach § 51 a Abs. 1 BRAO entweder durch eine Vereinbarung im Einzelfall oder durch vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen beschränkt werden. Eine Haftungsbeschränkung kommt dann nicht in Frage, wenn das Schuldverhältnis zwischen Anwalt und Rechtssuchendem auf Gesetz oder auf einer öffentlich-rechtlichen Anordnung beruht, also z.B. nach § 141 Abs. 4 StPO bei der Bestellung des Anwalts zum Pflichtverteidiger⁹⁸³. Auch eine Haftungsbeschränkung für den Fall vorsätzlichen Handelns ist ausgeschlossen⁹⁸⁴.

9.5.1. Haftungsbegrenzung durch Individualabrede

§ 51 a Abs. 1 HS 1 BRAO ermöglicht eine schriftliche Haftungsbegrenzung im Einzelfall bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme. Die Haftungsbegrenzung umfasst sowohl einfache wie grobe Fahrlässigkeit⁹⁸⁵. Der Fall der Haftungsbegrenzung durch vorformulierte Vertragsbedingungen kann sich im Gegensatz zur Haftungsbegrenzung durch Individualabrede lediglich auf die einfache Fahrlässigkeit beziehen. Die Haftungsbegrenzung ist betragsmäßig auf die Mindestversicherungssumme begrenzt. Zur Zeit liegt die Mindestversicherungssumme nach § 51 Abs. 4 S. 1 BRAO bei 250.000.- Euro für jeden Versicherungsfall und bei einer Rechtsanwaltsgesellschaft bei 2.500.000.- Euro für jeden Versicherungsfall, § 59 j Abs. 2 S. 1 BRAO.

Wird für den Rechtsanwalt ein Erfüllungsgehilfe tätig, so kann sich der Geschäftsherr nach § 278 Abs. 2 BGB für dessen vorsätzliches Verhalten freizeichnen. Im Bereich anwaltlicher Beratung ist zu unterscheiden, welchen Status der Erfüllungsgehilfe inne hat. Handelt es sich um einen zugelassenen Rechtsanwalt, der im Rahmen des Angestellten- oder freien Arbeitsverhältnisses tätig wurde, muß eine Haftungsbegrenzung, die über die in § 51 a Abs. 1 HS 1 BRAO genannten Haftungsbegrenzungsfälle hinausgeht, ausgeschlossen sein, da ansonsten die Funktion dieser Vorschrift untergraben würde⁹⁸⁶. Sind Erfüllungsgehilfen nicht zur Anwaltschaft zugelassen, sondern als nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter tätig, so kommt ein Haftungsausschluß nach § 278 Abs. 2 BGB in Betracht⁹⁸⁷. Auf nicht-anwaltliche

⁹⁸³ Stobbe, in: Henssler / Prütting § 51 a BRAO Rn. 33; Vollkommer / Heinemann, Rn. 586.

⁹⁸⁴ Vollkommer / Heinemann, Rn. 594.

⁹⁸⁵ Kleine-Cosack, § 51 a BRAO Rn. 4; Vollkommer / Heinemann, Rn. 594.

⁹⁸⁶ Vollkommer / Heinemann, Rn. 596.

⁹⁸⁷ Vollkommer / Heinemann, Rn. 596.

juristische Mitarbeiter sind die Vorschriften des anwaltlichen Berufsrechts nicht anzuwenden, so daß § 51 a Abs. 1 HS 1 BRAO nicht greift. Dem Geschäftsherr, der Rechtsanwalt, der die Mitarbeiter beschäftigt, wird damit ein Haftungsausschluß für vorsätzliches Verhalten von Erfüllungsgehilfen und Vertretern ermöglicht. Der Rechtsanwalt muß damit das vorsätzliche Verhalten seiner Mitarbeiter nicht zurechnen lassen.

9.5.2. Haftungsbegrenzung durch allgemeine Geschäftsbedingungen

§ 51 a Abs. 1 HS 2 BRAO bietet die Möglichkeit, in vorformulierten Vertragsbedingungen für den Fall einfacher Fahrlässigkeit die Haftung auf das Vierfache der Mindestversicherungssumme zu begrenzen; das sind mindestens 1.000.000.- Euro bzw. bei Rechtsanwaltsgesellschaften 10.000.000.- Euro. Diese Haftungsbegrenzung setzt jedoch voraus, daß ein entsprechender Versicherungsschutz zur Zeit des Versicherungsfalles besteht. Hinsichtlich der Tätigkeit von Erfüllungsgehilfen verbietet bereits § 309 Nr. 7 BGB die Freizeichnung von vorsätzlichem wie grob fahrlässigem Verhalten von Erfüllungsgehilfen. Damit kommt lediglich ein Haftungsausschluß für leicht fahrlässiges Verhalten von Erfüllungsgehilfen in Betracht. Wie bereits bei der Individualvereinbarung festgestellt, ist auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Haftungsausschluß bei Tätigwerden eines Rechtsanwalts als Erfüllungsgehilfen nicht möglich. Somit ist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen lediglich das fahrlässige Verhalten nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter von der Haftung ausschließbar.

9.5.3. Haftungsbegrenzung auf einzelne Sozien

§ 51 a Abs. 2 S. 2 BRAO ermöglicht eine Haftungsbegrenzung auf den Sozius, der tatsächlich das Mandat bearbeitet. Eine solche Haftungskonzentration soll nach Ansicht von Stobbe⁹⁸⁸ lediglich für echte Sozien gelten, nicht aber für Scheinsozien.

daß die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit des § 51 a Abs. 1 BRAO auch auf die Scheinsozietät angewendet wird, erscheint Römermann⁹⁸⁹ nur konsequent, denn gerade der Scheinsozius hat kein Interesse daran, für Fehler von Kollegen zu haften, deren Mandanten er nicht kennt und auf deren Sachbearbeitung er keinen Einfluß hat. Auch Feuerich⁹⁹⁰ will die Haftungsbegrenzung auf alle auf dem Briefkopf genannten Mitglieder der Kanzlei beziehen, also auch auf die Scheinsozien. Hinsichtlich einer Scheinpartnerschaft wurde seitens des OLG

⁹⁸⁸ Stobbe, in: Henssler / Prütting, § 51 a BRAO Rn. 69.

⁹⁸⁹ Römermann, in: Hartung, § 51 a BRAO Rn. 35.

⁹⁹⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 51 a BRAO Rn. 18.

München eine Haftungskonzentration angenommen⁹⁹¹. Dieser Auffassung ist auch zu folgen, denn ein Scheinsozius kann nicht schlechter gestellt werden, als ein „echter“ Sozius, dem die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung des § 51 a Abs. 2 BRAO offen steht. Zudem gehen Außenstehende bei einer Scheinsozietät ohnehin davon aus, daß die nach außen gemeinsam z.B. auf dem Briefkopf oder Kanzleischild auftretenden Personen alle Sozien sind und die gleiche Position haben.

9.6. Rückgriffshaftung und Haftungsfreistellung im Innenverhältnis

Hat der Rechtsanwalt für das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten seiner nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter einzustehen und dem Mandanten gegenüber Schadensersatzzahlungen zu leisten, so kann der Rechtsanwalt im Innenverhältnis auf den eigentlichen Verursacher des Schadens zurückgreifen, soweit ein Ausgleich durch die Berufshaftpflichtversicherung auf der Ebene des Deckungsverhältnisses nicht erfolgt. Ein Rückgriffsanspruch gegen einen freien Mitarbeiter kommt nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn die Haftpflichtversicherung des Dienstherrn nicht eintritt, wie z. B. im Falle des Selbstbehalts, Gebühren, wissentliche Pflichtverletzung, Veruntreuung durch den Mitarbeiter⁹⁹². Die Haftung eines freien Mitarbeiters ist im Innenverhältnis in der Regel unbegrenzt; ein Arbeitnehmer haftet im Innenverhältnis nach allgemeinen Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts über die Arbeitnehmerhaftung; der Angestellte haftet dem Arbeitgeber nur in der Höhe der seitens der Versicherung nicht erstatteten Beträge (Selbstbehalt und eigene Gebühren), vorausgesetzt der Angestellte ist mitversichert; eine Unterversicherung seitens des Arbeitgebers geht nicht zu Lasten des Arbeitnehmers⁹⁹³.

Begleitet die Haftpflichtversicherung den Schaden gegenüber dem Mandanten, so scheidet ein Rückgriff auf den juristischen Mitarbeiter des Anwalts aus. Dem Anwalt, dem die schuldhaft Pflichtverletzung durch seinen Mitarbeiter zugerechnet wurde, ist wegen des Ausgleichs durch seine Versicherung kein Schaden entstanden, den er gegenüber seinem Mitarbeiter geltend machen könnte.

Eine Rückgriffshaftung ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwischen dem Mitarbeiter, sei es im Angestelltenverhältnis oder im freien Arbeitsverhältnis, und dem Anwalt eine Freistellungsvereinbarung geschlossen wurde. Im Innenverhältnis besteht die Möglichkeit der

⁹⁹¹ OLG München, BB 2001, 592 (594).

⁹⁹² Grams, BRAK-Mitt. 2003, 12 (13).

⁹⁹³ Grams, BRAK-Mitt. 2003, 61f.

Vereinbarung einer gänzlichen oder nur teilweisen Freistellung bei Schadensersatzpflicht nach außen. Eine Vereinbarung der Freistellung des Mitarbeiters ist empfehlenswert und sollte zumindest für eigene Pflichtverletzungen im Falle einfacher Fahrlässigkeit vereinbart werden⁹⁹⁴. Selbst wenn der Mitarbeiter als Rechtsanwalt zugelassen ist und damit über eine eigene Berufshaftpflichtversicherung verfügen muß, deckt diese keine Rückgriffsansprüche gegen ihn; die Berufshaftpflichtversicherung deckt lediglich Ansprüche aus eigenen Mandaten ab⁹⁹⁵.

Im Innenverhältnis können Freistellungsvereinbarungen für den Fall getroffen werden, daß ein Angestellter oder freier Mitarbeiter nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen haftet⁹⁹⁶, wenn er beispielsweise auf dem Briefkopf geführt wird und als Scheinsozius von einem geschädigten Mandanten in Anspruch genommen wird. Gerade im Falle einer Scheinsozietät, die auch bewusst eingegangen werden kann, um sich nach außen als große Kanzlei darzustellen, profitiert die Sozietät von der Scheinsoziusstellung des Mitarbeiters. Daher scheint es gerechtfertigt, wenn durch eine Freistellungsvereinbarung im Innenverhältnis von einer Rückgriffsansprüchen gegenüber dem Mitarbeiter abgesehen wird.

⁹⁹⁴ Grams, BRAK-Mitt. 2003, 12 (13); Grams, BRAK-Mitt. 2003, 61 (62).

⁹⁹⁵ Grams, BRAK-Mitt. 2003, 61 (62).

⁹⁹⁶ Sieg, in: Zugehör / Fischer / Sieg / Schlee, Rn. 265.

10. Vergütung

Bei der Vergütung ist zu unterscheiden zwischen dem Vergütungsanspruch für die geleistete rechtsberatende Tätigkeit gegenüber dem Mandanten und der Vergütung, die juristische Mitarbeiter aufgrund ihrer Tätigkeit im Angestelltenverhältnis oder im freien Mitarbeiterverhältnis erhalten.

10.1. Vergütungsanspruch gegenüber Mandanten bei Tätigwerden von Vertretern des Rechtsanwalts

Für Mandate im Rahmen eines Gerichtsverfahrens rechnet der Rechtsanwalt bzw. die Rechtsanwaltsgesellschaft gegenüber dem Mandanten nach der Vergütungsverordnung ab, soweit keine höhere Vergütungsvereinbarung getroffen wurde. Bei außergerichtlichen Tätigkeiten besteht seit 01.07.2006 die Möglichkeit, unabhängig von der Vergütungsverordnung die Höhe der Vergütung frei auszuhandeln, § 34 Abs. 1 S. 1 RVG.

Wird der Rechtsanwalt nicht selbst tätig, sondern einer seiner Mitarbeiter, kommt es für die Abrechnung gegenüber dem Mandanten darauf an, in welcher Position dieser Mitarbeiter gehandelt hat. Nach § 5 RVG wird diese Vergütung nach dem RVG bemessen, wenn der Rechtsanwalt durch einen anderen Rechtsanwalt, den allgemeinen Vertreter, einen Assessor bei einem Rechtsanwalt oder einen zur Ausbildung zugewiesenen Referendar vertreten wird. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch nur zulässig, wenn der Mandant nicht eine persönliche Wahrnehmung des Mandats durch den Rechtsanwalt vereinbart hat⁹⁹⁷. Die Aufzählung in § 5 RVG ist erschöpfend, so daß eine Abrechnung nach RVG nicht in Betracht kommt, wenn anderen Personen als die genannten für den Rechtsanwalt tätig werden.

Folglich scheiden Diplomjuristen, die nicht zugleich den Status des zur Ausbildung zugewiesenen Referendars haben, aus, wie auch Wirtschaftsjuristen und Referendare, die sich in einem anderen Ausbildungsabschnitt befinden als dem der Zuweisung zu einem Rechtsanwalt zur Ausbildung.

10.1.1. Vertretung durch den Allgemeinen Vertreter

Als allgemeine Vertreter kommen neben Rechtsanwälten auch Rechtsreferendare, die sich mindestens 12 Monate im Vorbereitungsdienst befinden (§ 53 Abs. 4 S. 2 BRAGO) und sonstige Juristen mit der Befähigung zum Richteramt, somit Assessoren (§ 53 Abs. 4 BRAO),

⁹⁹⁷ Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 15.

in Betracht. Dabei ist unerheblich, ob der allgemeine Vertreter als Anwalt zugelassen ist oder nicht, § 53 BRAO⁹⁹⁸. Für die Tätigkeit dieser Mitarbeiter als allgemeine Vertreter berechnet der mandatierte Rechtsanwalt gegenüber dem Mandanten die volle Vergütung, als sei der Anwalt selbst tätig geworden, § 5 RVG.

10.1.2. Vertretung durch den Assessor

Im Gegensatz zur Vorgängervorschrift § 4 BRAGO wurde die Gruppe der Assessoren nun in der Neufassung des Gebührenrechts in § 5 RVG aufgenommen. Bisher war die Abrechnung der Tätigkeit eines Assessors für einen Rechtsanwalt sehr umstritten⁹⁹⁹. Sie reichte von der Auffassung, daß gar keine Vergütung zu zahlen sei, bis dahin, daß die vollen Rechtsanwaltsgebühren in Anspruch genommen werden können¹⁰⁰⁰.

§ 5 RVG bezieht sich auf den „Assessor bei einem Rechtsanwalt“. Der Zusatz „bei einem Rechtsanwalt“ ist unklar. Zieht man den Gesetzentwurf heran, verweist dieser in der Begründung auf die Übergangszeit bis zur Zulassung zur Anwaltschaft¹⁰⁰¹. Jedoch ist der Begriff der Übergangszeit nicht näher ausgestaltet und kann daher auf verschiedene Weise verstanden werden. Zunächst kann ein Assessor bei einem Rechtsanwalt sogleich nach der Zweiten Juristischen Staatsprüfung oder noch Jahre danach ohne Anwaltszulassung tätig sein. In einer Übergangszeit befindet sich sowohl der Assessor, der demnächst zur Anwaltschaft zulassen wird, als auch der Assessor, der dies erst in ferner Zukunft eventuell für möglich hält. Die Übergangszeit kann, eng betrachtet, lediglich als die Zeit verstanden werden, die zwischen Antragstellung bei der jeweiligen Rechtsanwaltskammer auf Zulassung zur Anwaltschaft und der darauffolgenden tatsächlichen Zulassung, der Eintragung in die Rechtsanwaltsliste, der Aushändigung der Urkunde und der Eidesformel liegt¹⁰⁰². Jedoch findet sich die Einschränkung hinsichtlich einer Übergangszeit nicht im Gesetzestext, wie Madert¹⁰⁰³ zutreffend feststellt.

⁹⁹⁸ Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 5; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 15.

⁹⁹⁹ OLG Frankfurt, NJW 1975, 2211; LG Freiburg, AnwBl. 1989, 665 dehnten § 4 BRAGO zu Gunsten des Assessors, der sich bereits im Zulassungsverfahren befand entgegen dem Gesetzeswortlaut aus; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 2.

¹⁰⁰⁰ BT-Drs. 15/1971, S. 188 zu § 5.

¹⁰⁰¹ BT-Drs. 15/1971, S. 188 zu § 5.

¹⁰⁰² Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 26; diese Auffassung wurde z. T. bereits hinsichtlich der Vorgängerfassung § 4 BRAGO vertreten: OLG Frankfurt, NJW 1975, 2211; LG Freiburg, AnwBl. 1989, 665.

¹⁰⁰³ Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 6.

Fraunholz¹⁰⁰⁴ weist lediglich darauf hin, daß nun auch der Assessor bei einem Rechtsanwalt ausdrücklich genannt ist, ohne auf den Zusatz „bei einem Rechtsanwalt“ einzugehen. Bischof¹⁰⁰⁵ geht nicht auf den Wortlauf des Zusatzes ein, spricht jedoch die Übergangszeit zwischen Antragstellung und Zulassung zur Anwaltschaft an und weist auf die höhere Qualifizierung des Assessors gegenüber dem Referendar hin. In der Gesetzesbegründung wird ebenso auf die höhere Qualifikation eines Assessors im Gegensatz zu einem Stationsreferendar, der bereits von dieser Vergütungsvorschrift erfasst wurde, eingegangen¹⁰⁰⁶. Römermann¹⁰⁰⁷ hält zudem fest, daß die Bezeichnung bei „einem“ Rechtsanwalt nicht nachvollziehbar sei, da dies auf einen Assessor abstelle, der bei einem Rechtsanwalt angestellt sei und einen Assessor nicht berücksichtigte, der im freien Mitarbeiterverhältnis nicht nur für einen, sondern für mehrere Anwälte tätig ist. Bischof¹⁰⁰⁸ geht nicht ausdrücklich auf die Formulierung „bei einem Rechtsanwalt“ ein und bezieht sich in seinen Ausführungen zum Assessor auch nicht ausdrücklich auf einen angestellten Assessor; jedoch weist er im Rahmen der Behandlung der Vergütung der nicht in § 5 RVG genannten Personen daraufhin: „der angestellte Assessor ist jetzt in § 5 RVG [...] genannt“¹⁰⁰⁹. Das Beschäftigungsverhältnis sagt aber nichts darüber aus, ob der Assessor besser oder schlechter qualifiziert ist.

Ein Assessor, der keinen Zulassungsantrag gestellt hat, ist nicht als weniger qualifiziert zu betrachten, als ein Assessor, der bereits bei der Rechtsanwaltskammer einen Antrag auf Zulassung zur Anwaltschaft gestellt hat¹⁰¹⁰. Demnach ist der Auffassung zuzustimmen, die eine einheitliche Behandlung nach § 5 RVG der Assessoren befürwortet, ohne daß es auf den Zusatz „bei einem Rechtsanwalt“ ankommt¹⁰¹¹. Die h. M. vertritt die Ansicht, daß wenn jemand, der den Status eines Assessors hat und einen Rechtsanwalt vertritt, die Vergütung nach dem RVG vorzunehmen ist¹⁰¹². Bei einer künftigen Überarbeitung des RVG sollte dieser unklare Zusatz „bei einem Rechtsanwalt“ entfernt werden.

Letztlich macht der mandatierte Rechtsanwalt gegenüber dem Mandanten die volle Vergütung geltend, wenn er von einem Assessor vertreten wurde.

¹⁰⁰⁴ Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 5.

¹⁰⁰⁵ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 14.

¹⁰⁰⁶ BT-Drs. 15/1971, S. 188 zu § 5.

¹⁰⁰⁷ Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 28.

¹⁰⁰⁸ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 1-6, 14.

¹⁰⁰⁹ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 23.

¹⁰¹⁰ Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 29.

¹⁰¹¹ Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 6; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 29.

¹⁰¹² Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 6; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 8; Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 6; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 29.

10.1.3. Vertretung durch den Referendar

Soweit ein Referendar einen Rechtsanwalt vertritt, ist für die Höhe der Vergütung ausschlaggebend, in welcher Phase der Ausbildung sich dieser befindet. § 5 RVG nennt lediglich „einen zur Ausbildung zugewiesenen Referendar“, also den Referendar in der Anwaltsstation¹⁰¹³. Somit sind Referendare, die beispielsweise in der Verwaltungsstation sind, nicht von § 5 RVG erfasst, selbst wenn sie einen Rechtsanwalt vertreten¹⁰¹⁴. Nach h. M. ist es nicht notwendig, daß der Referendar gerade den Rechtsanwalt vertritt, dem er zur Ausbildung zugeordnet ist, er kann auch einen anderen Rechtsanwalt vertreten¹⁰¹⁵, z. B. den Kollegen des ausbildenden Anwalts.

Somit wird seitens des Rechtsanwalts die volle Vergütung verlangt, wenn er von einem Referendar vertreten wurde, der sich in der Anwaltsstation des juristischen Vorbereitungsdienstes befand.

Gebührenrechtlich erfolgt eine unterschiedliche Behandlung des Referendars einerseits innerhalb des Vorbereitungsdienstes und andererseits als ein in der Nebenbeschäftigung Tätiger¹⁰¹⁶. § 5 RVG bezieht sich lediglich auf „einen zur Ausbildung zugewiesenen Referendar“ und nicht auf einen Referendar, der in Nebentätigkeit in einer Kanzlei tätig ist.

10.1.4. Vertretung durch einen sonstigen Mitarbeiter

Heftig umstritten ist die Frage der Höhe der Vergütung, wenn andere Personen als die in § 5 RVG aufgeführten den Rechtsanwalt vertreten¹⁰¹⁷. Die Bandbreite der Meinungen reicht von gar keiner Vergütung bis hin zur vollen Anwaltsgebühr. Nichts sei zu vergüten, da § 5 RVG eine abschließende Regelung mit Ausnahmecharakter sei und diese Personen nicht genannt werden¹⁰¹⁸. Jedoch hat jede Leistung einen Geldwert¹⁰¹⁹ und ist gem. § 612 Abs. 2 BGB angemessen bzw. mangels Vereinbarung gem. §§ 315, 316 BGB üblich zu vergüten¹⁰²⁰.

¹⁰¹³ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 15; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 6; Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 7; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 31.

¹⁰¹⁴ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 15; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 6.

¹⁰¹⁵ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 15; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 6; Lotze, AnwBl. 1957, 239; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 31; a. A. OLG Düsseldorf, AnwBl. 1991, 272.

¹⁰¹⁶ Junge-Ilges, AnwBl. 1996, 16 (18); Lotze, AnwBl. 1957, 239; OLG Frankfurt, NJW 1975, 2211; LG Heilbronn, NJW-RR 1996, 51; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 6.

¹⁰¹⁷ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 18ff.

¹⁰¹⁸ OLG Düsseldorf, AnwBl. 1991, 272 (273).

¹⁰¹⁹ Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 11.

¹⁰²⁰ LG Düsseldorf, JurBüro 1987, 1031; Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 20; Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 11; Römermann, in: Hartung / Römermann / Schons, § 5 RVG Rn. 34f.

Eine volle Vergütung¹⁰²¹ nach Anwaltsgebühren beispielsweise bei der Vertretung durch einen Bürovorsteher erscheint im Hinblick auf die Regelung des § 5 RVG überzogen.

Eine prozentuale Vergütung bezogen auf die Anwaltsgebühr erscheint angemessen. Je nach Status und juristischer Qualifikation ist von den Gerichten ein niedrigerer oder höherer Prozentsatz veranschlagt: im Durchschnitt bei mitarbeitenden Referendare mit 50%¹⁰²².

Andere juristisch gebildete, nicht-anwaltliche Mitarbeiter, wie z.B. der Diplomjurist oder der Wirtschaftsjurist, wurden bei der Neufassung des Gebührenrechts nicht berücksichtigt. Somit ist festzustellen, daß zwar der Gebührenstreit hinsichtlich des Assessors beigelegt ist¹⁰²³, jedoch nun an anderer Stelle, mit nahezu gleichem Inhalt, weitergeführt wird.

Zu begrüßen wäre eine Auseinandersetzung mit diesen in § 5 RVG nicht genannten Personen, die einen Rechtsanwalt vertreten können, insbesondere juristisch ausgebildete Personen wie Diplom- und Wirtschaftsjuristen; hierbei kann hinsichtlich der Diplomjuristen eine Gleichstellung mit Referendaren erfolgen, da beide Personengruppen die Erste Juristische Prüfung bestanden haben. Zu denken ist an eine Tabelle, die verschiedene Vertreter berücksichtigt, wie z.B. den Referendar außerhalb der Rechtsanwaltsstation, den Diplomjuristen, den Wirtschaftsjuristen und den Bürovorsteher. Am praktikabelsten ist eine prozentuale Vergütung, die sich an der jeweiligen Vergütung des Rechtsanwalts orientiert. Hinsichtlich der Rechtsform einer Vergütungstabelle anderer als in § 5 RVG genannter Personen, die als Anhaltspunkt für die Höhe der Vergütung dienen soll, ist nicht an ein Gesetz oder eine Satzung zu denken, sondern vielmehr an eine unverbindliche Empfehlung ähnlich der Düsseldorfer Tabelle, die auf Koordinierungsgesprächen zwischen Richtern und Oberlandesgerichten sowie Umfrageergebnissen beruht.

Bis zur Erstellung einer solchen Tabelle ist dem Rechtsanwalt bezüglich seiner Vertretung durch andere Personen, als die in § 5 RVG genannten, eine Vereinbarung¹⁰²⁴ mit dem Mandanten anzuraten.

10.2. Vergütung juristischer Mitarbeiter

Der Vergütungsanspruch gegenüber dem Mandanten hängt nicht mit der Vergütung der Mitarbeiter eines Rechtsanwalts zusammen. Selbst wenn nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter für den Rechtsanwalt und damit für den Mandanten tätig werden, entsteht kein

¹⁰²¹ Lappe, MDR 1984, 990.

¹⁰²² LG Braunschweig, JurBüro 1986, 53; LG Darmstadt, JurBüro 1982, 72.

¹⁰²³ Seitens der Rsp. wurde beim Tätigwerden eines Assessors für den Rechtsanwalt vor Gericht keine Vertretungsgebühr bzw. kein Kostenerstattungsanspruch zugebilligt, LG Kiel, NJW-RR 2002, 498 und LG Berlin, AnwBl. 2001, 243.

¹⁰²⁴ Bischof, in: Bischof / Jungbauer / Podlech-Trappmann, § 5 RVG Rn. 24; Fraunholz, in: Riedel / Sußbauer, § 5 RVG Rn. 11; Madert, in: Gerold / Schmidt / v. Eicken / Madert / Müller-Rabe, § 5 RVG Rn. 7.

Vergütungsanspruch des tätig gewordenen Mitarbeiters gegenüber dem Mandanten. Gegenüber dem Mandanten hat lediglich der mandatierte Rechtsanwalt bzw. die Rechtsanwaltsgesellschaft einen Vergütungsanspruch. Der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter erhält seine Vergütung von seinem Dienstherrn. Hierbei ist maßgeblich, daß es sich um eine angemessene Vergütung der juristischen Mitarbeiter handelt¹⁰²⁵.

10.2.1. Angemessene Bedingungen

Im Grunde handeln beide Vertragspartner die Höhe der Vergütung des juristischen Mitarbeiters frei aus. In der Praxis herrscht jedoch seit längerem ein Mißstand, daß insbesondere viele junge Anwälte zu miserablen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden¹⁰²⁶. Bereits § 81 RichtlIRA¹⁰²⁷ sah vor, die juristischen Mitarbeiter zu „angemessenen Bedingungen“ zu beschäftigen. Im darauffolgenden Berufsrecht in Satzungsform hat der Satzungsgeber von der Ermächtigungsnorm des § 59 Abs. 2 Nr. 8 BORA Gebrauch gemacht und regelte die Beschäftigungsverhältnisse in § 26 BORA. Die wenig greifbare Formulierung, Angestellte nur „zu angemessenen Bedingungen“ zu beschäftigen, wurde als verfehlte Berufspolitik¹⁰²⁸ oder als Bärenienst¹⁰²⁹ bezeichnet. § 26 Abs. 1 S. 2 BORA macht nähere Ausführungen, welche Bedingungen angemessen sind, jedoch geht auch dies nicht über eine Umschreibung des Begriffes der Angemessenheit mit unbestimmten¹⁰³⁰ Begriffen hinaus: nach § 26 Abs. 1 S. 2 b) BORA wird eine Vergütung, die der Qualifikation, den Leistungen und dem Umfang der Tätigkeit des Beschäftigten sowie den Vorteilen des beschäftigenden Rechtsanwalts entspricht, als angemessen angesehen.

Die jeweilige Qualifikation des Beschäftigten wird sich nicht lediglich auf besondere Zusatzqualifikationen beziehen, wie z.B. LL.M., Promotion oder Fachanwalt, oder nur urkundlich nachweisbare Qualifikationen betreffen; ein spezialisierter Beschäftigter ohne Zusatzqualifikationen kann ebenso qualifiziert sein¹⁰³¹.

Hinsichtlich der Leistung, die erbracht wird und als Kriterium für eine angemessene Vergütung eine Rolle spielt, ist auf die Effizienz¹⁰³² des Arbeitens abzustellen und nicht auf die Anzahl der Stunden.

¹⁰²⁵ Henssler, RdA 1999, 38 (42); Henssler, MDR 2002, 315 (319); Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 142.

¹⁰²⁶ Henssler, MDR 2002, 315; Seul, NJW 2002, 197.

¹⁰²⁷ in der Fassung von 1973.

¹⁰²⁸ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 182.

¹⁰²⁹ Seul, NJW 2002, 197 (198).

¹⁰³⁰ Henssler, RdA 1999, 38 (42).

¹⁰³¹ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 159.

¹⁰³² Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 160.

Der Umfang der Tätigkeit spielt selbstverständlich eine maßgebliche Rolle bei der Vergütung, da Vollzeitbeschäftigte eine höhere Vergütung bekommen sollen, als Halbzeitbeschäftigte¹⁰³³. § 26 Abs. 1 S. 2 b) BORA führt als Kriterium den Vorteil des beschäftigenden Rechtsanwalts auf. Wenn der Beschäftigte weiterhin in der Kanzlei tätig ist und nicht während oder nach Ablauf der Probezeit gekündigt wird, ist davon auszugehen, daß der beschäftigende Rechtsanwalt einen Vorteil aus der Beschäftigung zieht. Der Gesetzestext spricht im Plural, von Vorteilen, differenziert aber nicht weiter. Es kann somit einerseits von finanziellen Vorteilen ausgegangen werden, die ein Beschäftigter für die Kanzlei erwirtschaftet, aber auch von ideellen Vorteilen, die sich nicht unmittelbar finanziell auswirken, wie z. B. Zuwachs von Ansehen durch Mitarbeit eines renommierten Kollegen oder ein ideeller Vorteil, wenn ein Mitarbeiter lediglich zur Unterstützung und Entlastung eines Kollegen beschäftigt wird¹⁰³⁴.

10.2.2. Möglicher Personenkreis des § 26 BORA

Eine Differenzierung zwischen Beschäftigten im Angestelltenverhältnis oder in freier Mitarbeit erfolgt nicht¹⁰³⁵; es werden umfassend alle juristischen Mitarbeiter von § 26 BORA erfasst.

§ 26 Abs. 1 BORA nennt Rechtsanwälte und § 26 Abs. 2 BORA andere Mitarbeiter und Auszubildende. Hinsichtlich der Angemessenheit der Rechtsanwälte wird die Angemessenheit positiv, hinsichtlich der anderen Mitarbeiter und Auszubildenden wird sie negativ formuliert. Inhaltlich macht dies keinen Unterschied, da, soweit eine Bewertung der Vertragsbedingungen anhand der Maßstäbe des ersten Absatzes möglich ist, dies entsprechend für nicht-anwaltliche Mitarbeiter gilt¹⁰³⁶. Bezüglich der Vergütung nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter sind dieselben Kriterien zu beachten, wie sie in § 26 Abs. 1 S. 2 b) BORA für die Rechtsanwälte aufgeführt sind.

10.2.3. Berufsrechtliche Wirkung

§ 26 BORA sieht eine Verpflichtung des Rechtsanwalts gegenüber seinen juristischen Mitarbeitern vor, die über die allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien hinausgeht¹⁰³⁷. Die Mindestanforderungen wurden auf berufsrechtlicher Ebene festgelegt¹⁰³⁸. Dem Satzungsgeber ist es mangels entsprechender Ermächtigung nicht möglich, in zivil- und

¹⁰³³ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 161.

¹⁰³⁴ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 162.

¹⁰³⁵ Henssler, AnwBl. 2002, 215 (216).

¹⁰³⁶ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 180.

¹⁰³⁷ Henssler, AnwBl. 2000, 213 (215); Henssler, RdA 1999, 38 (42).

¹⁰³⁸ Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 5.

arbeitsrechtliche Kompetenzen einzugreifen und konkrete Zahlen als Mindestlöhne festzulegen¹⁰³⁹. „Die Satzungsversammlung hat keine Kompetenz, unmittelbar das Außenprivatrecht der Anwaltschaft im Verhältnis zu Mandanten und Mitarbeitern zu regeln“¹⁰⁴⁰. Eine Verletzung dieser berufsrechtlichen Pflicht zieht lediglich eine berufsrechtliche Sanktion nach sich und begründet weder einen zivilrechtlichen Anspruch¹⁰⁴¹ noch eine unmittelbare Drittwirkung zu Gunsten des Angestellten¹⁰⁴². Ein zivilrechtlicher Anspruch kann über § 138 BGB begründet werden¹⁰⁴³. Eine Rechtsfolge folgt erst, wenn es sich um Lohnwucher im Sinne von § 138 BGB handelt¹⁰⁴⁴.

Wenngleich auch der Mitarbeiter für sich keinen Anspruch aus der Vorschrift des § 26 BORA ziehen kann, ist bei einem Verstoß die Möglichkeit gegeben, daß gegen den berufsrechtswidrig handelnden Rechtsanwalt berufsrechtliche Sanktionen ergriffen werden können. Die Sanktionsmöglichkeiten der Rechtsanwaltskammer reichen von der Rüge bei geringem Verschulden, § 74 BRAO, bis zu anwaltsgerichtlichen Maßnahmen gem. §§ 113 ff. BRAO bei schwerwiegenden Verstößen¹⁰⁴⁵. Die Rechtsanwaltskammer muß allerdings vorab von dem Fall Kenntnis erlangen, um bei Bedarf handeln zu können. Aus Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes wird der betroffene Beschäftigte wohl eher von einer Inkenntnissetzung der Rechtsanwaltskammer absehen¹⁰⁴⁶, zumal er keinen unmittelbaren Anspruch aus § 26 BORA ableiten kann. Um solche Mißstände aufzudecken, öffentlich schlecht heißen und Betroffene zu unterstützen, ist eine Interessenorganisation hilfreich. Bisher besteht noch keine umfassende Interessenvertretung¹⁰⁴⁷ von nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern, die sich der Interessen und Rechte dieser Berufsgruppe annimmt und somit auf eine Einhaltung des § 26 BORA hinwirken würde. Die Wirtschaftsjuristen der Fachhochschulen haben sich bereits zu einem Verein¹⁰⁴⁸ zusammengeschlossen, um somit mehr Einfluß nehmen zu können. Ein umfassender Verband nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter könnte § 26 BORA als Druckmittel einsetzen und zu Gunsten seiner Mitglieder gezielt auf berufsrechtswidrig handelnde Rechtsanwälte einwirken¹⁰⁴⁹.

¹⁰³⁹ Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (133); Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 6.

¹⁰⁴⁰ Henssler, AnwBl. 2000, 213 (216); Quaas / Sieben, BRAK-Mitt. 2002, 162f.

¹⁰⁴¹ Kleine-Cosack, Vor § 59a Rn. 64; Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 8, 15.

¹⁰⁴² Henssler, AnwBl. 2000, 213 (218); Henssler, RdA 1999, 38 (42f.).

¹⁰⁴³ Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 15.

¹⁰⁴⁴ von Lewinski, S. 137.

¹⁰⁴⁵ Henssler, AnwBl. 2000, 213 (218); Henssler, RdA 1999, 38 (43).

¹⁰⁴⁶ Compensis, BB 1996, 321 (324).

¹⁰⁴⁷ Henssler, RdA 1999, 38 (43).

¹⁰⁴⁸ Der Bundesverband der Wirtschaftsjuristen von Fachhochschulen e.V. wurde am 25.11.2000 in Mainz gegründet. Es handelt sich nicht um eine Zwangsmitgliedschaft, sondern um einen freiwilligen Vereinsbeitrag Interessierter (<http://www.wjfh.de> Zugriff am 23.08.2009).

¹⁰⁴⁹ Henssler, RdA 1999, 38 (43).

10.2.4. Höhe der Vergütung

Bereits vor 20 Jahren wurde die rasante Zunahme immer neuer Rechtsanwälte als schlimme Entwicklung für die Anwaltschaft und die gesamte Rechtspflege betrachtet¹⁰⁵⁰. Seither sind die Anwaltszahlen noch weiter gestiegen. Bezüglich der Höhe der Vergütung juristischer Mitarbeiter, insbesondere von Berufsanfängern in der Anwaltschaft, kann weiterhin davon gesprochen werden, daß „der Beruf des Rechtsanwalts für den Nachwuchs zum finanziellen Abenteuer“¹⁰⁵¹ werden kann.

Der Satzungsversammlung ist es jedoch verwehrt, zahlenmäßige Mindestlöhne festzulegen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß jede Vergütung, die dem Mitarbeiter für seine Arbeit gezahlt wird, als angemessen anzusehen ist, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstößt, § 138 BGB. Einige Stimmen in der Literatur¹⁰⁵² konkretisieren den Begriff der Angemessenheit durch den Begriff der guten Sitten. Ein direkter Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB ist jedoch ausgeschlossen, da davon auszugehen ist, daß der Satzungsgesetzgeber direkt darauf verwiesen hätte. Unangemessenheit ist folglich nicht gleichbedeutend mit Sittenwidrigkeit¹⁰⁵³. Die untere Grenze für eine angemessene Vergütung liegt oberhalb derer der Sittenwidrigkeit¹⁰⁵⁴. Jedoch bietet § 26 Abs. 1 S. 2 b) BORA keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Grenze der Angemessenheit.

Kommentierungen zur Vorläufervorschrift, § 81 RichtlIRA, orientierten sich an der Beamtenbesoldung der Besoldungsgruppe A12 mit Zuschlägen und als unterste Grenze wurde das Referendarsgehalt mit Zulagen gesehen. Jedoch bieten Beamtenbesoldungen und Referendarsgehälter keine Parallelen zu in der Privatwirtschaft frei ausgehandelten Gehältern¹⁰⁵⁵. Der Rechtsanwalt als Arbeitgeber und als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ hat eine gewisse Vorbildfunktion inne; unterschreitet der Arbeitgeber gegenüber seinen Mitarbeitern die Vergütung im Vergleich zu üblichen Durchschnittsgehältern um mehr als 1/3, liegt Unangemessenheit vor¹⁰⁵⁶.

Bereits die Urteile des ArbG Bad Hersfeld und des LAG Frankfurt ziehen jährliche Durchschnittsgehälter zur Orientierung heran¹⁰⁵⁷. In einem jüngsten Urteil des Anwaltsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen¹⁰⁵⁸ wurde die Auffassung der Rechtsanwaltskammer Hamm bestätigt, daß eine vollenwaltliche Tätigkeit mit maximal

¹⁰⁵⁰ Pfeiffer, BRAK-Mitt. 1987, 102 (106).

¹⁰⁵¹ Pfeiffer, BRAK-Mitt. 1987, 102 (106).

¹⁰⁵² Zuck, AnwBl. 2002, 3.

¹⁰⁵³ Henssler, MDR 2002, 315 (316).

¹⁰⁵⁴ Kleine-Cosack, EWiR 2000, 611.

¹⁰⁵⁵ Henssler, MDR 2002, 315 (316); Seul, NJW 2002, 197 (198).

¹⁰⁵⁶ Henssler, MDR 2002, 315 (316).

¹⁰⁵⁷ ArbG Bad Hersfeld, BRAK-Mitt. 2000, 147 (148ff.); LAG Frankfurt, BRAK-Mitt. 2000, 151.

¹⁰⁵⁸ Anwaltsgerichtshof NRW, Az.: ZU 7/07 in FAZ, 11.02.2008, Nr.35, S. 9.

1.000,00 EUR brutto völlig unangemessen sei. Die Durchschnittsgehälter als Orientierung sind in regelmäßigen Abschnitten an die aktuelle Marktsituation anzupassen¹⁰⁵⁹, um nicht bereits von vornherein Verzerrungen in Kauf zu nehmen. Ebenso muß ein gewisser Spielraum gegeben sein, um die Vergütung dem Einzelfall anpassen zu können¹⁰⁶⁰.

Durchschnittsgehälter von Anwälten werden z. B. vom Institut für Freie Berufe Nürnberg erhoben. Die Erhebung der Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte aus den Jahren 1998 bis 2004 bezieht sich auf die Einkommensverhältnisse von Rechtsanwälten, die nicht erst Berufseinsteiger sind¹⁰⁶¹. Der durchschnittliche Einkommensüberschuß eines Rechtsanwalts in einer Einzelkanzlei im Jahr 2004 lag in Westdeutschland bei 45.000,00 EUR und in Ostdeutschland bei 40.000,00 EUR (arithmetischer Mittelwert), wobei in Westdeutschland ein Rückgang des Überschusses und in Ostdeutschland eine Steigerung des Überschusses im Vergleich zum Jahr 2002 zu verzeichnen war; der Jahresüberschuß für denselben Zeitraum eines Rechtsanwalts in einer lokalen Sozietät konnte gesteigert werden und lag 2004 bei 84.000,00 EUR (West) bzw. 51.000,00 EUR (Ost); in überörtlichen Sozietäten dagegen ging der Überschuß 2002 etwas zurück auf 86.000,00 EUR (West) bzw. 63.000,00 EUR (Ost)¹⁰⁶². Dieser Erhebung lässt sich bereits entnehmen, daß es zunächst einen Unterschied macht, ob der Rechtsanwalt die Tätigkeit in West- oder Ostdeutschland ausübt und zudem, ob der Rechtsanwalt in einer Einzelkanzlei, einer lokalen oder überörtlichen Sozietät tätig ist. Ebenfalls macht es einen Unterschied, ob ein Rechtsanwalt im Angestelltenverhältnis (43.000,00 EUR im Westen bzw. 36.000,00 EUR im Osten) oder in freier Mitarbeit (47.000,00 EUR im Westen bzw. 30.000,00 EUR im Osten) beschäftigt ist¹⁰⁶³.

Ein Rechtsanwalt, der z. B. in einer überörtlichen Kanzlei tätig ist, kann auf die Umfrageergebnisse des Instituts für Freie Berufe Nürnberg zurückgreifen und damit seinen eigenen Verdienst überprüfen, ob dieser stark vom Durchschnittswert abweicht. Die Umfragewerte bilden jedoch lediglich einen Durchschnitt ab. Der individuelle Verdienst hängt aber auch von anderen Faktoren, wie z. B. den eigenen Zusatzqualifikationen oder von der Größe der Kanzlei ab. Die Umfragewerte können jedoch als grober Anhaltspunkt dafür dienen, um einen Lohnwucher zu überprüfen.

Diese Durchschnittsgehälter der Rechtsanwälte können jedoch keinen unmittelbaren Anhaltspunkt für Rechtsanwälte bieten, die Berufsanfänger sind, und erst Recht nicht für nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, die gerade keine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

¹⁰⁵⁹ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 182.

¹⁰⁶⁰ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 164.

¹⁰⁶¹ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46.

¹⁰⁶² Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (47).

¹⁰⁶³ Spengler, BRAK-Mitt. 2007, 46 (48).

haben. Da ein Rechtsanwalt aufgrund seiner Zulassung bereits mehr Verantwortung zu übernehmen hat, ist eine Gleichstellung der nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter hinsichtlich der Vergütung nicht gerechtfertigt; vielmehr müsste eine gesonderte Erhebung von üblichen Durchschnittsgehältern je nach Status des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters durchgeführt werden, um dem Unterschied gerecht zu werden bzw. müsste ein Abschlag von der Höhe der Durchschnittsgehälter der Rechtsanwälte erfolgen.

Der Satzungsgeber wird aufgefordert, Kategorien aufzustellen, an denen sich der Rechtsanwalt orientieren kann, wenn er Vergütungsabreden trifft¹⁰⁶⁴. Jedoch sind hinsichtlich der Vergütung die Kategorien als Anhaltspunkte weit weniger konkret als blanke Zahlen und damit selbst ebenfalls auslegungsbedürftig. Am praktikabelsten ist demnach eine Orientierung an Durchschnittsgehältern, die sich im jeweiligen Einzelfall flexibel gestalten lässt. Es könnten grobe Vergütungsgruppen gebildet werden, die den nötigen Spielraum lassen¹⁰⁶⁵.

Hinsichtlich der Rechtsanwälte, ob im Angestelltenverhältnis oder in freier Mitarbeit, ist eine Befragung der Rechtsanwälte selbst, z.B. über die Rechtsanwaltskammern, die über die Anschriften der bei ihnen zugelassenen Rechtsanwälte verfügen, möglich. Nach § 24 Abs. 1 Nr. 5 BORA haben Rechtsanwaltskammern die Möglichkeit, Erhebungen durchzuführen, die der Einteilung in Vergütungsgruppen dienen können¹⁰⁶⁶. Eine Erhebung der Daten über nicht-anwaltliche Juristen gestaltet sich schwieriger, da diese nicht in einer umfassenden Interessenvertretung zentral verwaltet werden. Hier besteht lediglich die Möglichkeit, deren Arbeitgeber, z.B. Kanzleien und Unternehmen, zu befragen. Denkbar wäre sodann, eine Orientierungshilfe für eine angemessene Entlohnung der Rechtsanwälte und nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter seitens der Rechtsanwaltskammern herauszugeben. Hinsichtlich der Entlohnung von Rechtsanwaltsfachangestellten wird eine solche Orientierung seitens des Deutschen Anwaltvereins gegeben¹⁰⁶⁷.

Jedoch bedeutet nicht jede Unterschreitung des Durchschnittsgehalts einen Verstoß gegen § 26 BORA, da regionale und qualifikatorische Unterschiede¹⁰⁶⁸ mit zu berücksichtigen sind. Letztlich ist im Einzelfall zu unterscheiden.

¹⁰⁶⁴ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 182.

¹⁰⁶⁵ Nerlich, in : Hartung, § 26 BORA Rn. 163f.

¹⁰⁶⁶ Nerlich, in : Hartung, § 26 BORA Rn. 166.

¹⁰⁶⁷ Koch, in: Henssler / Prütting, § 26 BORA Rn. 7.

¹⁰⁶⁸ Henssler, MDR 2002, 315 (316); Hommerich, S. 17, 128.

Selbst wenn eine Beschäftigung zu angemessenen Vertragsbedingungen nicht gegeben ist und damit ein Verstoß gegen § 26 BORA vorläge, so ist dies zivilrechtlich bedeutungslos und zieht lediglich berufsrechtliche Konsequenzen nach sich, wobei aufgrund mangelnder Konkretheit § 26 BORA kaum sanktionsfähig ist¹⁰⁶⁹. Der juristische Mitarbeiter bewirkt mit seiner Inkenntnissetzung der Rechtsanwaltskammer über die Höhe seiner Vergütung durch seinen Dienstherrn möglicherweise eine Rüge seitens der Rechtsanwaltskammer gegenüber seinem Dienstherrn, aber wohl keine höhere Vergütung seiner Tätigkeit.

¹⁰⁶⁹ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 64.

11. Mandanteninteressen und Interessen juristischer Mitarbeiter

Treten nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter ein Tätigkeitsverhältnis an, so waren sie, soweit sie keine Berufsanfänger sind, in der Regel bereits in einer anderen Kanzlei tätig. Hierbei haben sie Kenntnis über verschiedene Informationen über die jeweiligen Mandanten erhalten. Bei einem Kanzleiwechsel besteht die Gefahr, daß diese Informationen und Kenntnisse im Rahmen der Mandatsbearbeitung in der neuen Kanzlei zu Ungunsten des Mandanten genutzt werden.

Ebenso kann die Gefahr eines unzulässigen Wissenstransfers bestehen, wenn der Mitarbeiter vom Status eines nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters zum anwaltlichen übergeht.

11.1. Berufliche Vorbefassung als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter

Wird eine Person als Rechtsanwalt tätig, so ist es nicht unerheblich, mit welchen Dingen sich der Rechtsanwalt zuvor beruflich beschäftigt hat. Das Verbot widerstreitender Interessen richtet sich dem Wortlaut des § 43 a Abs. 4 BRAO nach an den Rechtsanwalt: „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“ § 43 a Abs. 4 BRAO findet Anwendung, wenn jeweils eine Tätigkeit als Anwalt fremdnützig ausgeübt wurde, wobei Rechtsraterteilung auf lediglich privater Ebene nicht unter diesen Anwendungsbereich fällt¹⁰⁷⁰.

Widerstreitende Interessen können nicht nur innerhalb der Tätigkeit als Rechtsanwalt entstehen, sondern auch durch eine berufliche Vorbefassung und eine erst dann als Anwalt anschließende Mandatsbearbeitung. Die BRAO sieht Regelungen für Vorbefassungen seitens eines Rechtsanwalts (§ 43 a Abs. 4 BRAO), im Zweitberuf (§ 45 BRAO), und als Syndikus (§ 46 BRAO) vor.

Strittig ist die Frage, ob der nun handelnde Rechtsanwalt mit derselben Rechtssache als Rechtsanwalt befasst gewesen sein musste¹⁰⁷¹ oder ob eine nicht-anwaltliche Vorbefassung für einen Verstoß ausreichend ist¹⁰⁷².

Der Wortlaut selbst beschränkt die Anwendung des § 43 a Abs. 4 BRAO nicht auf die Wahrnehmung widerstreitender Interessen in Funktion eines Rechtsanwalts¹⁰⁷³. Einer Vorbefassung als Nicht-Anwalt steht der Wortlaut demnach nicht entgegen. Eine rechtliche

¹⁰⁷⁰ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 43 a BRAO Rn. 55.

¹⁰⁷¹ BGHSt 20, 41 (43).

¹⁰⁷² OLG Frankfurt, NJW 1990, 2131; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 88.

¹⁰⁷³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 135; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 88.

Vorbefassung, z.B. durch Diplomjuristen, Referendare oder Assessoren, die in einer Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt sind, kommt dem Wortlaut nach in Frage.

Ausgehend vom Zweck der Norm¹⁰⁷⁴, wird einerseits auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten und andererseits auf die „Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung“¹⁰⁷⁵ abgestellt. Eine Erstreckung auf nicht-anwaltliche berufliche Tätigkeiten sei erforderlich¹⁰⁷⁶. Durch eine Tätigkeit von Nicht-Juristen in Kanzleien darf der Schutz der Mandanten nicht unterlaufen werden, da ansonsten die Vorschrift ausgehöhlt würde und ihren eigentlichen Zweck verfehle. Beim Mandantenschutz kommt es nicht darauf an, ob eine rechtliche Vorbefassung, beispielsweise als Referendar oder Assessor erfolgte. Aus Sicht des Mandanten sind bei einer Vorbefassung mit der Rechtssache formale Gesichtspunkte, wie die anwaltliche Zulassung, irrelevant, für ihn ist das faktisch Vorliegende maßgeblich, um einen künftigen Interessenwiderstreit bei einem Statuswechsel des Nicht-Anwalts zum Rechtsanwalt auszuschließen.

Gerade angesichts der Diplomjuristen, der Referendare und Assessoren, die in Kanzleien tätig sind und sich nach gewisser Zeit zur Rechtsanwaltschaft zulassen, besteht dieses Problem. Während ihrer Tätigkeit als Nicht-Anwalt liegt bereits eine Befassung mit der Rechtssache vor, die bei anschließendem Statuswechsel zum Rechtsanwalt zu einem Interessenwiderstreit führen kann.

Der Normzweck, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Anwaltschaft¹⁰⁷⁷ zu wahren, darf nicht untergraben werden, indem von einer engen Auslegung ausgegangen wird, die der Rechtswirklichkeit, die diesbezüglich Gefahren mit sich bringt, nicht gerecht wird¹⁰⁷⁸. Angestellte und frei mitarbeitende Rechtsanwälte werden ebenso von § 43 a Abs. 4 BRAO erfaßt, da sie mit dem sie beschäftigenden Rechtsanwalt in sonstiger Weise zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbunden sind¹⁰⁷⁹. § 43 a Abs. 4 BRAO erreicht nur dann Effektivität, wenn die Personen, die zusammenarbeiten, von der Regelung mit betroffen sind¹⁰⁸⁰, wie zum Beispiel Diplomjuristen, Referendare und Rechtsassessoren. Bei einer nicht-anwaltlichen Tätigkeit liegt bereits eine Befassung mit der Rechtssache vor. Die nicht-anwaltliche Vorbefassung wird damit der anwaltlichen gleichgestellt¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁴ OLG Frankfurt, NJW 1990, 2131; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 88; Wirtz, S. 209.

¹⁰⁷⁵ BT-Drs. 12/4993, S. 27.

¹⁰⁷⁶ OLG Frankfurt, NJW 1990, 2131; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 88; Geppert, S. 117 Fußn. 168.

¹⁰⁷⁷ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 43 a BRAO Rn. 131; Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 88.

¹⁰⁷⁸ Kleine-Cosack sieht gerade im Falle des Syndikusanwalts die Interessenkollision gegeben, da die Übereinstimmungen der Tätigkeit als Rechtsanwalt und der als Syndikusanwalt verkannt werden: Kleine-Cosack, § 43 a BRAO Rn. 89.

¹⁰⁷⁹ Hartung, in: Hartung / Holl, § 3 BORA Rn. 48.

¹⁰⁸⁰ Wirtz, S. 209f.

¹⁰⁸¹ von Lewinski, S. 47.

In § 43 a Abs. 4 BRAO ist lediglich die Grundpflicht des Rechtsanwalts, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten, geregelt. Die Versagung der Berufstätigkeit eines Rechtsanwalts bei beruflicher Vorbefassung ist in § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO genauer geregelt. Der Anwalt darf nicht tätig werden, wenn er bereits in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer Tätigkeit innerhalb einer Sozietät im Sinne von § 59 a Abs. 1 S. 1 BRAO beruflich tätig war.

War der nun zugelassene Rechtsanwalt zuvor, ohne dem anwaltlichen Berufsrecht zu unterliegen, mit derselben Sache irgendwie befasst¹⁰⁸², so liegt ein Interessenkonflikt vor und der Rechtsanwalt darf, um seine Unabhängigkeit nicht zu gefährden¹⁰⁸³ und die Gefahr von Interessenkollisionen einzudämmen¹⁰⁸⁴, in dieser Sache nicht weiter tätig werden. Diese Vorschrift findet insbesondere Anwendung auf Rechtsanwälte, die einen Zeitberuf ausüben, wie z. B. als Architekt, Vermögensverwalter oder Bausanierer¹⁰⁸⁵.

11.1.1. Nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter mit anschließender Anwaltszulassung

Der Wortlaut des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO bezieht sich nicht ausschließlich auf einen Zweitberuf des Rechtsanwalts, sondern spricht lediglich von beruflicher Befassung außerhalb der Anwaltstätigkeit. Diese Vorschrift schließt dem Wortlaut nach nicht den Fall aus, daß eine Vorbefassung mit derselben Angelegenheit zeitlich vor der Zulassung zur Anwaltschaft erfolgt und damit außerhalb der Anwaltstätigkeit. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein juristischer Mitarbeiter in einer Kanzlei beruflich tätig ist, sich mit mehreren Angelegenheiten befasst und sich sodann zur Anwaltschaft zulässt. Dieser Ablauf ist sehr häufig, da nicht gleich jeder Rechtsassessor nach bestandener Zweiter Juristischer Staatsprüfung sogleich zur Anwaltschaft zugelassen werden möchte, sondern zunächst ohne Anwaltszulassung praktische Erfahrung in einer Kanzlei sammeln möchte bzw. bereits während des Referendariats eine Tätigkeit in einer Kanzlei ausübt. Während dieser Zeit ist der Referendar bzw. Assessor mit Rechtssachen befasst, die außerhalb einer Anwaltstätigkeit liegen. Erfolgt später eine Zulassung zur Anwaltschaft, so ist nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 HS 1 BRAO eine weitere Bearbeitung dieser Rechtssache durch dieselbe Person ausgeschlossen, da bereits eine berufliche Befassung mit derselben Angelegenheit außerhalb der Anwaltstätigkeit

¹⁰⁸² Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 27; Jessnitzer / Blumberg, § 45 BRAO Rn. 16.

¹⁰⁸³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 45 BRAO Rn. 9.

¹⁰⁸⁴ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 2.

¹⁰⁸⁵ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 27, 29.

vorliegt, nämlich als Referendar bzw. als Assessor; der Rechtsanwalt darf dieselbe Rechtssache nicht weiterbearbeiten bzw. sich nicht mit derselben Angelegenheit nun als Rechtsanwalt befassen. Während der Vorbefassung ist der später zugelassene Anwalt noch als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter des mit dieser Rechtsangelegenheit beauftragten Rechtsanwalts tätig. Das Mandantenverhältnis besteht zwischen dem Mandanten und dem Anwalt und nicht dem juristischen Mitarbeiter; daran ändert sich auch dann nichts, wenn sich der zuvor juristische Mitarbeiter zur Anwaltschaft zulässt und weiterhin als Anwaltskollege mit in die Bearbeitung des Falles einbezogen wird. Der zugelassene mitarbeitende Anwalt wird hinsichtlich der Rechtsangelegenheit z. B. bei Beratungen miteinbezogen, es ist aber der mandatierte Rechtsanwalt, der über das weitere Vorgehen in der Sache entscheidet.

Verbleibt das Mandat nicht beim ursprünglich mandatierten Rechtsanwalt, sondern wird es auf den vormals nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter, der nun als Rechtsanwalt zugelassen ist, übertragen, liegt die weitere Bearbeitung des Mandats in den Händen des neu zugelassenen Rechtsanwalts, der bereits zuvor mit der Sache befasst war. Eine solche Übertragung des Mandats wäre wegen der nicht-anwaltlichen Vorbefassung des Rechtsanwalts nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 HS 1 BRAO ausgeschlossen. Ein solches Ergebnis würde jedoch auf wenig Verständnis stoßen, da lediglich der Wechsel des Status des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters und eine anschließende eigenständige Betreuung des Mandats, an dem zuvor mitgearbeitet wurde, in keiner Weise etwas mit Interessenkollision zu tun hat, die eine Versagung der Tätigkeit rechtfertigen würde. Die Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung wird nicht gefährdet – da ohnehin erst mit der Zulassung als Rechtsanwalt die Anwaltschaft als Berufsstand mitbetroffen ist und nicht bereits unmittelbar bei Tätigkeiten durch nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter. Kommt noch hinzu, daß der Mandant nichts gegen die Weiterbearbeitung des Falles durch den nun zugelassenen Rechtsanwalt hat, der bereits mit der Angelegenheit vertraut ist, so kann nicht von einer Gefahr eines Vertrauensverlustes der Mandanten in die Anwaltschaft gesprochen werden. Ebenfalls besteht keine Gefahr eines unzulässigen Wissenstransfers, wenn innerhalb derselben Kanzlei Wissen ausgetauscht wird, da ohnehin in derselben Kanzlei keine widerstreitenden Mandate bearbeitet werden dürfen und somit ein Wissensaustausch unter den Kanzleikollegen üblich ist.

Für den Fall, daß die berufliche Tätigkeit beendet ist (§ 45 Abs. 1 Ziff. 4 HS 2 BRAO), aus der die Vorbefassung herrührt, wird dem Anwalt die Tätigkeit in derselben Angelegenheit nicht versagt. Insbesondere wurde mit dieser Regelung den Syndikusanwälten Rechnung getragen, die ihre Tätigkeit als Syndikus im Unternehmen beenden, um ihnen im Anschluß

eine Bearbeitung der Fälle, mit denen sie während ihrer Tätigkeit im Unternehmen befasst waren, zu ermöglichen¹⁰⁸⁶. Die Beendigung der beruflichen Tätigkeit nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 HS 2 BRAO trifft auch auf die Konstellation zu, daß ein zuvor nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter in einer Rechtsangelegenheit in der Kanzlei tätig ist, diese berufliche Tätigkeit beendet und sich nach Zulassung zur Anwaltschaft nun beruflich als Rechtsanwalt mit der Rechtssache weiter befasst. Mit dem Statuswechsel vom nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter zum Rechtsanwalt ist die berufliche Tätigkeit als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter beendet und steht einer Weiterbearbeitung des Mandats nicht entgegen. Ein Interessenkonflikt ist nicht gegeben, wenn sich der vormalige nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter nun als Rechtsanwalt weiter mit derselben Rechtssache für dieselbe Mandantschaft befaßt. Jedoch liegt eine andere Konstellation vor, wenn der Rechtsanwalt nicht weiter für den ursprünglichen Mandanten tätig ist und die Parteiseiten wechselt, was eine Interessenkollision und damit ein Tätigkeitsverbot nach sich ziehen würde.

§ 3 Abs. 1 BORA konkretisiert die Vorbefassung mit rechtlichem Bezug eines Rechtsanwalts¹⁰⁸⁷. § 45 BRAO und § 3 Abs. 1 BORA haben dieselbe Intention, nämlich widerstreitende Interessen zu vermeiden¹⁰⁸⁸. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 BORA regelt den Fall, daß ein Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, „wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 Bundesrechtsanwaltsordnung beruflich befasst war“. Bei § 3 Abs. 1 BORA ist eine Vorbefassung „gleich in welcher Funktion“ ausreichend. Damit wird eine nicht-anwaltliche Vortätigkeit erfaßt¹⁰⁸⁹, worunter die nicht-anwaltliche Mitarbeit in einer Kanzlei, z. B. durch einen Referendar, Diplom-Juristen oder Rechtsassessor zu fassen ist. Die Vorbefassung muß nicht mit dem Status eines Rechtsanwalts erfolgen, auch wenn sich die Passage „wenn er [...] befasst war“ auf den vorangegangenen Begriff „Der Rechtsanwalt“ bezieht, denn der Rechtsanwalt darf als solcher nicht tätig werden, wenn zuvor eine berufliche Vorbefassung vorliegt, gleich in welcher Funktion, also auch in einer anderen Funktion als der des Rechtsanwalts. Ist ein Jurist mit einer Angelegenheit als nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter befasst und lässt er sich daraufhin zur Anwaltschaft zu, so ist ihm untersagt, die Gegenpartei derselben Angelegenheit nun als Rechtsanwalt zu vertreten, sei es

¹⁰⁸⁶ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 29.

¹⁰⁸⁷ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 1ff.

¹⁰⁸⁸ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 2; Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 45 BRAO Rn. 2.

¹⁰⁸⁹ Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 3 BORA Rn. 5.

als Einzelanwalt oder durch Wechsel in die gegnerische Kanzlei. Einem Rechtsreferendar oder Assessor mit früherer Beratertätigkeit wie z. B. der Befassung mit der Erstellung einer Klage, ist es nach erfolgter Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht gestattet, den Beklagten zu vertreten¹⁰⁹⁰. Zur Vermeidung von widerstreitenden Interessen ist diese Vorschrift unerlässlich, da es sich bei dieser Konstellation um einen Parteiwechsel des mittlerweile zugelassenen Anwalts handelt. Als Rechtsanwalt könnte er das zuvor in Funktion des nicht-anwaltlichen Mitarbeiters erworbene Wissen bei der eigenständigen Bearbeitung des Mandats einsetzen und selbst die weitere Vorgehensweise inhaltlich und taktisch bestimmen.

Im Unterschied zu § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO, der lediglich von „derselben Angelegenheit“ spricht, wird in § 3 Abs. 1 BORA die Situation weiter konkretisiert. § 3 Abs. 1 BORA stellt klar, daß es sich um „andere Parteien“ derselben Angelegenheit handeln muß. Es wird ein Wechsel seitens des nun tätigen Anwalts von der einen Partei zur anderen Partei bezüglich derselben Rechtssache vorgenommen, was eine eindeutige Kollision darstellt. Für diese Konstellation ist dem Rechtsanwalt eine Tätigkeit untersagt. Liegt kein Parteiwechsel vor, so sind keine Mandanteninteressen betroffen und die Tätigkeit des Rechtsanwalts muß nicht untersagt werden. Dieser Fall ist zwar im Wortlaut des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO mit enthalten, in dessen Konkretisierung durch § 3 Abs. 1 BORA gar nicht aufgeführt.

11.1.2. Nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter mit anschließendem Kanzleiwchsel

Die Vorschrift des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO soll dazu dienen, Interessenkonflikte vorzubeugen. Das Tätigkeitsverbot für Rechtsanwälte soll verhindern, den Rechtsanwalt in Gefahr zu bringen, Berufspflichten zu verletzen; insbesondere soll die anwaltliche Unabhängigkeit gewahrt werden¹⁰⁹¹. Ein Interessenkonflikt kann sich auch dann ergeben, wenn ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter sich mit einer Rechtssache befasst und später in nicht-anwaltlicher Funktion dieselbe Angelegenheit weiterbearbeitet, jedoch zuvor den Dienstherren gewechselt hat und nun beim gegnerischen Rechtsanwalt mit derselben Sache befasst ist. Eine Verwertung, der bei der Bearbeitung des Falles für die eine Partei erworbenen Kenntnisse, kann in dieser Konstellation bei der Befassung des Falles für die andere Partei genutzt werden und führt zu einem Vertrauensverlust.

Ist die Vorbefassung nicht-anwaltlicher Art und ist sie noch nicht beendet, kommt eine Versagung der Berufstätigkeit nach § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO nicht in Betracht, da es sich

¹⁰⁹⁰ Beispiel bei Feuerich, in: Feuerich / Weyland / Vossebürger, § 3 BORA Rn. 5.

¹⁰⁹¹ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 45 BRAO Rn. 9.

weiterhin um einen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter handelt und nicht um einen Rechtsanwalt. Dadurch daß der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter mit der Rechtsangelegenheit vorbefaßt war und nun beim gegnerischen Anwalt sich weiter mit derselben Sache befaßt, ist er für diesen Rechtsanwalt in dessen Einflußbereich tätig. Eine Kollision von Interessen liegt damit tatsächlich vor, unabhängig vom Status der bearbeitenden Person.

Man kann die Auffassung vertreten, daß die Vorbefassung des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters dem Rechtsanwalt zuzurechnen sei, denn auf diesen ist eine Versagung der Berufstätigkeit wegen widerstreitender Interessen anwendbar, § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA. Der Rechtsanwalt kann auf das Wissen des Mitarbeiters zurückgreifen, das dieser während der Vorbefassung mit dem Fall sammeln konnte, und kann damit in einen Interessenskonflikt geraten.

Jedoch war der Rechtsanwalt nicht persönlich mit derselben Rechtssache vorbefaßt und eine darüber hinausgehende Interpretation des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO von Zurechnung fremden Wissens ist bereits nicht vom Wortlaut gedeckt; zum anderen sind die Informationen des nicht-anwaltlichen Mitarbeiters über diese Rechtsangelegenheit nur aus zweiter Hand und bereits von diesem Mitarbeiter gewertet worden – der Rechtsanwalt selbst hätte eventuell bei einer persönlichen Befassung mit dem Fall andere Fragen gestellt, andere Informationen erhoben und anders gewertet. Insofern ist ein Unterschied zu machen, ob die Vorbefassung mit der Sache durch einen Rechtsanwalt oder seinen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter erfolgte.

Eine Zurechnung der Vorbefassung durch einen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter auf den Rechtsanwalt über § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO scheidet damit aus. Dieser Fall wird jedoch nicht von der BRAO erfasst. Jessnitzer / Blumberg¹⁰⁹² bemerken zutreffend, daß mit der Vorschrift des § 45 Abs. 1 Ziff. 4 BRAO nicht allen Gefahren von Interessenkollisionen und Vertrauensverlusten wirksam begegnet werden könne.

Dennoch ist dieses Ergebnis gerade aus Sicht der Mandanten nicht befriedigend. Eine Regelung, daß vorbefaßte Mitarbeiter nicht in die gegnerische Kanzlei wechseln dürfen, wäre zwar die beste Möglichkeit, um einem solchen Interessenkonflikt zu begegnen, wäre aber gegenüber dem Kanzleiwechsler unverhältnismäßig. Dies würde einen Eingriff in dessen Recht auf einen Arbeitsplatzwechsel aus Art. 12 GG bedeuten¹⁰⁹³. Eine mildere Regelung wäre, den Kanzleiwechsel zuzulassen, aber den Rückgriff auf Informationen des vorbefaßten nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters auszuschließen. Der Kanzleiwechsler und die

¹⁰⁹² Jessnitzer / Blumberg, § 45 BRAO Rn. 1.

¹⁰⁹³ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 17.

aufnehmende Anwaltsgesellschaft müssten entsprechende Erklärungen abgeben, um einem Vertrauensverlust¹⁰⁹⁴ und einem Wissenstransfer, der die Interessen der Mandanten beeinträchtigen könnte, vorzubeugen. Erklären sich die Mandanten zudem für eine Weiterführung der Mandate unter diesen geänderten Umständen einverstanden, so kann nicht mehr von einer Beeinträchtigung des Vertrauens der Mandanten in die Anwaltschaft gesprochen werden.

Die gegenüber der BRAO rangniedrigere Norm des § 3 Abs. 2 BORA a.F., mit einer Erstreckung des Tätigkeitsverbots bei widerstreitenden Interessen auf die gesamte Sozietät, wurde durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt. Die Regelung besagte, daß das Tätigkeitsverbot auch dann greife, wenn ein Dritter als der Rechtsanwalt in derselben Rechtssache beruflich befasst war. Die Anordnung des § 3 Abs. 2 BORA a.F. war zu pauschal, ohne Einzelfallabwägungen zuzulassen¹⁰⁹⁵. Das Bundesverfassungsgericht hat die Unvereinbarkeit dieser Satzungsregelung mit Art. 12 Abs. 1 GG beanstandet und die Nichtigerklärung nicht mit einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage begründet, damit kann in der BORA eine nähere Regelung hinsichtlich der Vorbefassung vorgenommen werden¹⁰⁹⁶. Dem Satzungsgeber steht die Möglichkeit offen, den Gefahren von Interessenkollisionen durch eine Satzungsvorschrift zu begegnen. Es sollte eine Regelung gefunden werden, die auch die Interessen der nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter, der mandatierten Rechtsanwälte, sowie die der Mandanten angemessen berücksichtigt.

Einerseits dürfen nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, die in die gegnerische Kanzlei wechseln, nicht in Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt werden, der Wechsel in die gegnerische Kanzlei an sich muß ihnen möglich sein. Die Ausgestaltung der Tätigkeit in der Kanzlei und mit welchen Mandaten sich der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter befassen darf, hängt von den Interessen der Rechtsanwälte in der Kanzlei und den Interessen der Mandanten ab.

Die Rechtsanwälte in den Kanzleien dürfen durch den Kanzleiwechsel des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters nicht in ihrer Mandatsbearbeitung behindert werden; die weitere Befassung mit den Mandaten, wie vor dem Kanzleiwechsel, muß gewährleistet bleiben. Ein Einfluß von außen darf nicht bewirken, daß Mandate nicht weiterbearbeitet werden können. Der Wechsel des neuen Mitarbeiter ist zwar kein Ereignis, das ohne jeglichen Einfluß der Kanzlei von außen auf diese einwirkt, denn die Personen in den entscheidenden Positionen haben sich gerade dazu entschlossen, diesen nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter neu

¹⁰⁹⁴ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 17.

¹⁰⁹⁵ Federle / Fried, in: Henssler / Prütting, § 3.2. CCBE Rn. 4.

¹⁰⁹⁶ Eylmann, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 6.

zu beschäftigen. Die Entscheidung hinsichtlich der Beschäftigung des neuen Mitarbeiters kann jedoch nur befürwortet oder verneint werden. Wird der Mitarbeiter schließlich beschäftigt, darf dies nicht zur Folge haben, daß wegen dessen Vorbeschäftigung und Wissen, ein Großteil der Mandate nicht weitergeführt werden kann.

Das Wissen des nicht-anwaltlichen juristischen Kanzleiwechslers aus seiner Vorbefassung kann nicht pauschal allen Rechtsanwälte und der gesamten Kanzlei zugerechnet werden. Damit wäre die weitere Mandatsbearbeitung obsolet. Es muß ein Unterschied zwischen Rechtsanwalt und nicht-anwaltlichem juristischen Mitarbeiter gemacht werden, da letzterer weder eigene Mandate aquiriert und bearbeitet, noch sich einen eigenen Mandantenstamm aufbauen darf. Einem Rechtsanwalt ist dies möglich, und er kann zusätzlich Mandate aufbringen.

Ausreichend muß sein, daß der wechselnde nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter in der neuen Kanzlei nicht mit derselben Sache befasst wird, in der er zuvor für die Gegenseite tätig war, um ihm den Kanzleiwechsel zu ermöglichen und der Kanzlei, in die dieser Mitarbeiter wechselte, damit nicht die Weiterbearbeitung solcher Fälle zu verbieten.

In der Praxis ist einer solchen Regelung Nachdruck zu verleihen, indem die Beteiligten entsprechende Äußerungen abgeben, was eine vorherige Prüfung der Sachlage erfordert und den Beteiligten die Situation nochmals vor Augen führt. Seitens der Mandanten sollte ein Einverständnis abgegeben werden hinsichtlich der Weiterbearbeitung der Mandate durch die Kanzleien.

11.2. Verletzung von Privatgeheimnissen

Die Verletzung von Privatgeheimnissen von Mandanten ist nicht nur bei einem Kanzleiwechsel des Kanzleipersonals relevant, sondern auch bei Offenbarungen von Geheimnissen durch Personen, die in der Kanzlei tätig sind, ohne in eine andere Kanzlei zu wechseln. Der Tatbestand enthält keine zeitliche oder örtliche Bestimmung, sondern ist anzuwenden, wenn Privatgeheimnisse von Mandanten verletzt werden.

§ 203 StGB sieht für bestimmte Personengruppen, denen persönliche oder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse anvertraut oder bekannt wurden, eine strafrechtliche Verfolgung bei Offenbarung des Geheimnisses vor.

Ein zugelassener Rechtsanwalt wird von § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB erfaßt. Maßgeblich ist alleine die formelle Zulassung zur Anwaltschaft und nicht die Ausgestaltung des Tätigkeitsverhältnisses. Somit sind unter § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB sowohl Rechtsanwälte im Angestelltenverhältnis sowie in freier Mitarbeit und Einzelanwälte zu fassen.

Ein angestellter Anwalt ist zwar weisungsgebunden, jedoch nicht als Gehilfe im Sinne von § 203 Abs. 3 S. 2 StGB tätig. Ein angestellter Rechtsanwalt, der im Team arbeitet, wird nicht von § 203 Abs. 3 StGB, sondern von Abs. 1 erfaßt, da Rechtsanwälte, auch wenn sie zusammenarbeiten funktionell als Anwälte gleichzustellen sind¹⁰⁹⁷. Ein Mitglied eines Organs einer Rechtsanwalts-gesellschaft wird bei einer Verletzung von Privatgeheimnissen ebenso von § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB erfaßt.

Strafrechtlich relevant ist nicht nur die Verletzung von Privatgeheimnissen durch den zugelassenen Rechtsanwalt gemäß § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB, sondern auch durch seine berufsmäßig tätigen Gehilfen gemäß § 203 Abs. 3 S. 2 StGB. Diese müssen mit ihrer Tätigkeit gerade in den Vertrauensbereich des Rechtsanwalts miteinbezogen sein, aus Sicht des Geheimnis-Berechtigten dem organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich zuzuordnen sein¹⁰⁹⁸. Ein Gehilfe ist unmittelbar unterstützend tätig, wobei die tatsächliche Tätigkeit maßgeblich ist, es also nicht auf eine arbeitsrechtlich wirksame Tätigkeit ankommt¹⁰⁹⁹. Als Gehilfen einer Rechtsanwaltskanzlei werden der Bürovorsteher genannt und allgemein Kanzleiangestellte¹¹⁰⁰, wobei Schönemann¹¹⁰¹ auf die Weisungsgebundenheit abstellt. Nach dieser Auffassung sind demnach alle in einer Kanzlei tätigen Personen, die gerade zur Unterstützung der Rechtsanwälte tätig werden sollen, als Gehilfen einzustufen, soweit sie weisungsgebunden sind. Eine Rechtsanwaltsfachangestellte z.B. ist regelmäßig in einem Angestelltenverhältnis tätig und wird damit als weisungsgebundene Gehilfin von § 203 Abs. 3 S. 2 StGB erfaßt. Indem Schönemann¹¹⁰² Weisungsgebundenheit voraussetzt, wird der Personenkreis der möglichen Täter bereits von vornherein begrenzt, ohne daß dies im Tatbestand des § 203 StGB vorausgesetzt wird, zum anderen läßt er die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit durch einen Gehilfen genügen.

Lenckner¹¹⁰³ und Kühl¹¹⁰⁴ stellen auf die Berufsmäßigkeit der Gehilfen ab und nicht auf Weisungsgebundenheit. Die Kenntniserlangung von Privatgeheimnissen von Mandanten in einer Kanzlei erfolgt bei der Tätigkeit an sich, egal in welcher Art und Weise das Tätigkeitsverhältnis rechtlich ausgestaltet ist. Lenckner¹¹⁰⁵ fordert einen inneren Zusammenhang zwischen der unterstützenden Tätigkeit des Gehilfen und der Tätigkeit des

¹⁰⁹⁷ Schönemann, in: Leipziger Kommentar § 203 StGB Rn. 77.

¹⁰⁹⁸ Tröndle / Fischer, § 203 StGB Rn. 21.

¹⁰⁹⁹ Schönemann, in: Leipziger Kommentar § 203 StGB Rn. 77.

¹¹⁰⁰ BGHSt 9, 59; Schönemann, in: Leipziger Kommentar § 203 StGB Rn. 78.

¹¹⁰¹ Schönemann, in: Leipziger Kommentar § 203 StGB Rn. 78.

¹¹⁰² Schönemann, in: Leipziger Kommentar § 203 StGB Rn. 78.

¹¹⁰³ Lenckner, in: Schönke / Schröder § 203 StGB Rn. 64.

¹¹⁰⁴ Kühl, § 203 StGB Rn. 11 b.

¹¹⁰⁵ Lenckner, in: Schönke / Schröder § 203 StGB Rn. 64.

Rechtsanwalts. Somit ist derjenige als Gehilfe zu betrachten, der in seiner beruflichen Tätigkeit den Rechtsanwalt bei seiner tatsächlichen Arbeit unterstützt. Unabhängig von ihrer Ausbildung sind damit die Personen, die eine berufliche Tätigkeit in einer Kanzlei ausüben und selbst nicht Rechtsanwalt sind, Gehilfen im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB.

Sind in der Kanzlei nur gelegentlich Personen unterstützend tätig, so fallen diese ebenso als Gehilfen unter die Strafvorschrift. Anderer Auffassung ist Kühl¹¹⁰⁶, der einen gelegentlich tätigen Helfer nicht unter § 203 Abs. 3 S. 2 StGB faßt. Die gelegentliche Unterstützung von Personen des § 203 Abs. 1 StGB ist jedoch als ausreichend zu betrachten¹¹⁰⁷, da die Kenntniserlangung von Privatgeheimnissen auch dann erfolgt, wenn der Gehilfe nicht dauerhaft in einer Kanzlei tätig ist. Für die Person, deren Privatgeheimnis betroffen ist, macht es keinen Unterschied, ob der Gehilfe in der Kanzlei nur gelegentlich oder dauerhaft tätig ist und damit Kenntnis von Privatgeheimnissen erlangt. Somit sind Mitarbeiter der Kanzlei, die nur aushilfsweise tätig sind, wie auch Praktikanten oder Volontäre, als Gehilfen zu betrachten, und unterfallen § 203 Abs. 3 S. 2 StGB.

Im Rahmen des § 203 StGB ist der Rechtsassessor nicht eigens erwähnt. Ist ein Rechtsassessor in einer Kanzlei tätig, so ist dieser nicht einem Rechtsanwalt gleichzustellen, da für § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB die formale Zulassung zur Rechtsanwaltschaft maßgeblich ist, die der Rechtsassessor gerade nicht vorweist. Er ist jedoch bei seiner Tätigkeit in den Kanzleibetrieb eingebunden und erlangt dabei Kenntnis von Privatgeheimnissen der Mandanten. § 203 StGB stellt eine Schutznorm für die Personen dar, die ihre Geheimnisse im Rahmen des auf die Kanzlei übertragenen Mandates zur Verfolgung ihrer rechtlichen Interessen preisgeben. Damit kann es nicht darauf ankommen, ob der Rechtsassessor im Angestelltenverhältnis oder im Rahmen freier Mitarbeit Kenntnis von den Privatangelegenheiten der Mandanten erlangt, maßgeblich kann nur die faktische Erlangung von Kenntnis sein, egal in welchem Rahmen. Der Rechtsassessor ist in der Kanzlei zur Unterstützung der Aufgabenwahrnehmung des Rechtsanwalts tätig und damit als Gehilfe im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB zu betrachten.

Weitere Erscheinungsformen der juristischen Ausbildung, wie z.B. der Diplom-Wirtschaftsjurist und der Diplomjurist, mit abgeschlossener Erster Juristischer Prüfung, sind nicht eigens unter § 203 StGB aufgeführt. Als rechtskundige Mitarbeiter des Rechtsanwalts werden sie unterstützend tätig und erlangen bei ihrer berufsmäßigen Ausübung zwangsläufig

¹¹⁰⁶ Kühl, § 203 StGB Rn. 11 b.

¹¹⁰⁷ Lenckner, in: Schönke / Schröder, § 203 StGB Rn. 64; Schünemann, in: Leipziger Kommentar, § 203 StGB Rn. 82.

Kenntnis von Privatgeheimnissen der Mandanten. Um dem Schutzbedürfnis der Mandanten gerecht werden zu können, sind Diplomjuristen, Diplom-Wirtschaftsjuristen und andere unter § 203 StGB nicht eigens aufgeführte juristisch ausgebildete Personen, die in einer Kanzlei die Tätigkeit des Rechtsanwalts unterstützen, als Gehilfen im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB zu erfassen.

Neben Gehilfen ist ebenso der Rechtsreferendar, der während seines juristischen Vorbereitungsdienstes einem Rechtsanwalt zur Ausbildung zugewiesen wurde, gesondert aufgeführt, nämlich unter Personen, die „zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind“, § 203 Abs. 3 S. 2 StGB. Auch der Rechtsreferendar kommt damit als Täter in Betracht.

Treten juristische Mitarbeiter als Scheinsozius oder Scheinpartner auf, so kann eine formale Erscheinung nach außen für § 203 StGB nicht ausschlaggebend sein. Es wird zwischen zugelassenen Rechtsanwälten nach § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB und deren Gehilfen nach § 203 Abs. 3 S. 1 StGB unterschieden und auf die tatsächliche Tätigkeit abgestellt. Strafrechtlich relevant ist lediglich, ob eine Person als Rechtsanwalt zum Geheimnisträger wurde oder als dessen Hilfe. Erlangen Rechtsanwälte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Kenntnis von Geheimnissen, so ist § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB maßgeblich; sind nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter tätig und erlangen Kenntnisse, so ist § 203 Abs. 3 S. 1 StGB einschlägig. Eine Ausdehnung des § 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB über die formale Bezeichnung des Rechtsanwalts und des Organs einer Rechtsanwaltsgesellschaft hinaus, würde den Wortlaut der Strafvorschrift überdehnen. Das Strafrecht bedarf keiner Übertragung der zivilrechtlichen Handhabung der Haftung nach Rechtsscheinsgrundsätzen.

11.3. Konkurrenzschutzklauseln

Der Konkurrenz- und Wettbewerbsschutz zwischen Rechtsanwälten ist insbesondere durch anwaltliche Konkurrenzschutzklauseln gestaltet, wie durch Wettbewerbsverbote, Niederlassungsverbote oder Mandantenschutzklauseln¹¹⁰⁸.

Scheidet ein Mitarbeiter aus der Kanzlei aus, so stehen sich im Anschluß oft die Kanzlei und der Ausgeschiedene als Konkurrenten gegenüber. Die Kanzlei wird daran interessiert sein, all ihre Mandanten weiter zu vertreten, auch wenn diese Mandate von dem ausgeschiedenen Mitarbeiter bearbeitet wurden. Zudem wird die Kanzlei ein Interesse daran haben, daß der Ausgeschiedene nicht im gleichen Rechtsgebiet, wie die Kanzlei, tätig wird und sich damit

¹¹⁰⁸ Henssler, in: FS für Geiß, S. 271.

beide als Konkurrenten gegenüber stehen. Der ausgeschiedene Mitarbeiter dagegen wird Interesse daran haben, die Mandate, die er bislang bearbeitet hat, weiter zu führen.

Die Interessen der Kanzlei und des ausgeschiedenen Mitarbeiters stehen sich konträr gegenüber. Konkurrenzschutzklauseln sollen diesem Interessenkonflikt begegnen und die Möglichkeiten regeln, wie die beiden Seiten nach Beendigung der Tätigkeit des Mitarbeiters weiter tätig sein können.

Solange ein Vertragsverhältnis besteht, gilt bereits wegen der Treuepflicht des Arbeitnehmers grundsätzlich ein Wettbewerbsverbot¹¹⁰⁹. Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses kommen verschiedene sog. nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Betracht¹¹¹⁰: insbesondere Niederlassungsverbot und Mandantenschutzklausel¹¹¹¹. Diese Klauseln verbieten nach Beendigung der beruflichen Tätigkeit die Ausübung des Berufes des Rechtsanwalts innerhalb eines zeitlich, gegenständlich und/oder räumlich begrenzten Bereiches¹¹¹². Mit vertraglichen Vereinbarungen versucht die Kanzlei beim Ausscheiden eines Mitarbeiters den Verlust von Mandaten der Kanzlei zu vermeiden; hierdurch kann das künftige berufliche Fortkommen des Ausscheidenden beeinträchtigt werden¹¹¹³. Dieser Interessenwiderstreit darf nicht auf Kosten des Ausscheidenden gelöst werden¹¹¹⁴; ansonsten kommt die Wirkung einer solchen Vereinbarung einem teilweisen Berufsverbot gleich¹¹¹⁵. Eine Einengung der im Grundgesetz geschützten freien Berufsausübung ist nur in begrenztem Umfang möglich¹¹¹⁶. Es dürfen lediglich legitime Bestandsschutzinteressen der Kanzlei für einen Eingriff in die Interessen des ausscheidenden Mitarbeiters angeführt werden¹¹¹⁷. Wird diese Grenze überschritten, so liegt der Zweck der vertraglichen Klausel ausschließlich darin, den ausscheidenden Mitarbeiter als potentiellen Konkurrenten auszuschalten¹¹¹⁸. Unbegrenzte Konkurrenzschutzklauseln sind jedoch nicht durchsetzbar, da die widerstreitenden Interessen der Kanzlei einerseits und des Ausgeschiedenen andererseits gegeneinander abgewogen werden müssen. Weder das Interesse der Kanzlei noch das Interesse des Ausgeschiedenen ist so gewichtig, daß es das andere Interesse völlig zurückdrängen würde.

¹¹⁰⁹ Berghahn, S. 70; Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (133); Kilian, S. 170; Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 68; Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (435).

¹¹¹⁰ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 70; Römermann, NJW 2002, 1399ff.

¹¹¹¹ Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (134); Römermann, NJW 2002, 1399 (1399f.).

¹¹¹² Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (439); Römermann, NJW 2002, 1399 (1399f.).

¹¹¹³ BFH, BB 1987, 951; Römermann, NJW 2002, 1399; Winterstein, NJW 1989, 1463 (1464).

¹¹¹⁴ BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); Winterstein, NJW 1989, 1463 (1464).

¹¹¹⁵ Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (439).

¹¹¹⁶ BGH, WM 1986, 1251 (1252f.); LAG Köln, NAZ-RR 2000, 65 (67); Römermann, NJW 2002, 1399.

¹¹¹⁷ BGH, WM 1986, 1251 (1252f.); BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); BGH, NJW 2000, 2584 (2585).

¹¹¹⁸ BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); BGH, NJW 2000, 2584 (2585); Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 75; Römermann, NJW 2002, 1399; Winterstein, NJW 1989, 1463 (1464).

11.3.1. Wettbewerbsverbotsklausel

Zur Beurteilung der nachvertraglichen Wettbewerbsklauseln, die bei angestellten Mitarbeitern greifen sollen, werden die §§ 74 ff. HGB herangezogen¹¹¹⁹. Die §§ 74 ff. HGB sind entsprechend auf die angestellten Mitarbeiter anzuwenden, um diesen wegen der persönlichen Abhängigkeit ausreichend Schutz zu gewähren – im Gegensatz zu den unabhängigeren freien Mitarbeitern¹¹²⁰. Die Wirksamkeit der Klausel ist von der räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen Reichweite abhängig¹¹²¹. Entscheidend ist die Verhältnismäßigkeit¹¹²² der Klausel.

Im Rahmen der Interessenabwägung unter Einbeziehung der Gesamtumstände ist die örtliche, zeitliche und gegenständliche Beschränkung zu prüfen¹¹²³, § 74 a Abs. 1 S. 2 HGB. Als zeitliche Grenze des Wettbewerbsverbots werden vom Bundesgerichtshofes¹¹²⁴ zwei Jahre festgelegt. Regelmäßig haben sich dann die Beziehungen des Verpflichteten zum Mandanten verflüchtigt, so daß keine wesentliche Konkurrenz mehr für den Berechtigten besteht; eine weit über zwei Jahre hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung hat nur zum Ziel, einen Konkurrenten auszuschalten und dient keinem schutzwürdigen Interesse des Berechtigten mehr, woraus sich die Unvereinbarkeit mit der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit des Berufes ergibt¹¹²⁵. Diese zeitliche Begrenzung ist in § 74 a Abs. 1 S. 3 HGB festgelegt. Hinsichtlich der räumlichen Grenze kommt es auf den Einzelfall an; die räumliche Ausdehnung in ländlichen Gegenden kann grundsätzlich weiter gezogen werden als in Ballungszentren¹¹²⁶. Was die gegenständlichen Grenzen einer Wettbewerbsverbotsklausel betrifft, so soll damit lediglich die unrechtmäßige Nutzbarmachung zuvor gemeinsamer Arbeit unterbunden werden, nicht aber einen Wettbewerber auf diesem Gebiet auszuschließen¹¹²⁷.

Zudem ist für die Wirksamkeit der Wettbewerbsverbotsklausel eine Karenzentschädigung ausschlaggebend, § 74 Abs. 2 HGB¹¹²⁸. Ohne eine wirksame Karenzentschädigung ist ein

¹¹¹⁹ Henssler, in FS für Geiß, S. 271 (272).

¹¹²⁰ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 72; Knief, AnwBl. 1985, 58 (61); Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (443); Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (208).

¹¹²¹ Henssler, in: Henssler / Prütting, § 32 BORA Rn. 17.

¹¹²² Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 74.

¹¹²³ LAG Köln, NZA-RR 2000, 65 (67).

¹¹²⁴ BGH, NJW-RR 1996, 741; BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206).

¹¹²⁵ Henssler, in: FS für Geiß, S. 271 (273).

¹¹²⁶ Henssler, in: FS für Geiß, S. 271 (274).

¹¹²⁷ BGH, WM 1990, 2121 (2122); Henssler, in: FS für Geiß, S. 271 (275).

¹¹²⁸ BAG, NJW 1995, 151; LAG Köln, NZA-RR 2000, 65 (67); Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 79; Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (440); Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (203); Winterstein, NJW 1989, 1463 (1465).

nachvertragliches Wettbewerbsverbot nichtig¹¹²⁹. Die Karenzentschädigung selbst ist dann wirksam vereinbart, wenn sie vor oder während des Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde und nicht erst im Nachhinein¹¹³⁰. Gemäß § 74 Abs. 2 HGB ist das Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

11.3.2. Niederlassungsverbotsklausel

Gemäß Niederlassungsverbotsklauseln ist es dem ehemaligen Mitarbeiter untersagt, sich im räumlich näheren Einzugsgebiet der Kanzlei niederzulassen¹¹³¹. Indem auf den Einzugsbereich der Kanzlei abgestellt wird, wird hervorgehoben, daß lediglich der Mandantenstamm der Kanzlei geschützt werden soll¹¹³². Niederlassungsverbotsklauseln sind dann zulässig, wenn sie sich räumlich auf ein nicht allzu großes Gebiet erstrecken, wobei hierfür die tatsächliche Tätigkeit der Kanzlei maßgeblich ist¹¹³³. Ein Verbot gegenüber einem angestellten Rechtsanwalt, das sich auf den gesamten Gerichtsbezirk erstreckt, ist wegen des massiven Eingriffs in dessen anwaltliche Unabhängigkeit als berufsrechtswidrig anzusehen¹¹³⁴. Zeitlich und räumlich unbegrenzte Niederlassungsverbote sind sittenwidrig¹¹³⁵. Der Bundesgerichtshof setzte eine zeitliche Grenze von zwei Jahren fest¹¹³⁶. Ein zulässiges Niederlassungsverbot darf damit die zeitliche Dauer von zwei Jahre nicht überschreiten und hinsichtlich des Tätigkeitsgebietes nicht den gesamten Bereich der anwaltlichen Tätigkeit betreffen¹¹³⁷. In Verbindung mit einer Niederlassungsverbotsklausel ist eine Karenzentschädigung mit zu vereinbaren¹¹³⁸.

11.3.3. Mandantenschutzklausel

Das Interesse der Kanzlei besteht darin, ihre Mandanten weiter beraten und vertreten zu können – unabhängig davon, ob Mitarbeiter aus der Kanzlei ausscheiden. Das Interesse des Mitarbeiters, der nicht weiter in dieser Berufsgemeinschaft tätig sein wird, ist es, die Mandate,

¹¹²⁹ BAG, NJW 1971, 2245; BAG, NJW 1995, 151; LAG Köln, NAZ-RR 2000, 65 (67); Hanna, S. 44.

¹¹³⁰ Winterstein, NJW 1989, 1463 (1465).

¹¹³¹ Kilian, S. 170; Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (439); Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 41; Römermann, NJW 2002, 1399.

¹¹³² Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (441).

¹¹³³ Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (440f.); Römermann, NJW 2002, 1399 (1340).

¹¹³⁴ Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (134); Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 41.

¹¹³⁵ Kilian, S. 170; ; Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (440).

¹¹³⁶ BGH, NJW-RR 1996, 741; BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); Römermann, NJW 2002, 1399 (1400).

¹¹³⁷ BGH, NJW 2000, 2584; Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 75; Römermann, NJW 2002, 1399 (1400).

¹¹³⁸ Knief, AnwBl., 1985, 58 (61); Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (440);

die er selbständig bearbeitet hat und bei denen sich zum Mandanten ein Vertrauensverhältnis gebildet hat, weiterhin zu bearbeiten.

Mandantenschutzklauseln können einerseits verbieten, Mandanten nach Ausscheiden „mitzunehmen“, oder andererseits dies gegen eine Vergütung gestatten, sog. Mandantenübernahmeklausel¹¹³⁹; Mandantenschutzklauseln sind mit Blick auf ihre Zulässigkeit zeitlich und gegenständlich zu begrenzen¹¹⁴⁰. In der Rechtsprechung hat sich eine Laufzeit von zwei Jahren herausgebildet¹¹⁴¹.

Erweiterte Mandantenschutzklauseln, die ausnahmslos eine Beratung und Vertretung von Mandanten des ehemaligen Arbeitgebers nach Beendigung der Beschäftigung verbieten, sind wegen § 3 Abs. 3 BRAO i. V. m. § 1 BRAO unwirksam¹¹⁴². § 3 Abs. 3 BRAO als wesentliche Voraussetzung einer geordneten Rechtspflege¹¹⁴³ soll grundsätzlich gewährleisten, daß jeder Mandant die Möglichkeit hat, sich von dem Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vertreten zu lassen¹¹⁴⁴.

Im Gegensatz zu erweiterten Mandantenschutzklauseln bestehen bei beschränkten Mandantenschutzklauseln keine Bedenken; diese untersagen lediglich das Abwerben der Mandanten des früheren Arbeitgebers¹¹⁴⁵. Eine solche Klausel ist jedoch nur in Verbindung mit der Vereinbarung einer Karenzentschädigung wirksam und verbindlich¹¹⁴⁶.

Bei Mandantenübernahmeklauseln ist hinsichtlich der Mitnahme von Mandanten nach Meinung der Literatur eine Ausgleichszahlung zu erbringen, die aus einer Gesamtschau von Abführungsquote und –dauer vorzunehmen ist, in der Regel eine Gewinnabführung von 25 % des erzielten Honorarvolumens im Zeitraum von zwei Jahren¹¹⁴⁷. Die Rechtsprechung legte sich bisher nicht fest, hält aber ein ganzes Jahreshonorar für zu hoch¹¹⁴⁸.

¹¹³⁹ Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (134).

¹¹⁴⁰ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 78; Römermann, NJW 2002, 1399 (1400).

¹¹⁴¹ BGH, NJW-RR 1996, 741; BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); BGH, ZIP 1990, 586 (588).

¹¹⁴² BGH, AnwBl. 1986, 399; LAG Baden-Württemberg, AnwBl. 1987, 142; Henssler, in: Henssler / Prütting, § 32 BORA Rn. 19; Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 73; Winterstein, NJW 1989, 1463 (1464).

¹¹⁴³ Koch, in: Henssler / Prütting, § 3 BRAO Rn. 34.

¹¹⁴⁴ Berghahn, S. 82f.; Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 73; Henssler, in: Henssler / Prütting, § 32 BORA Rn. 19; Koch, in: Henssler / Prütting, § 3 BORA Rn. 33.

¹¹⁴⁵ Kilian, S. 171f; Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (446); Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 43.

¹¹⁴⁶ BAG, NJW 1971, 2245 (2246); Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (203).

¹¹⁴⁷ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 78; Henssler / Holthausen, BRAK-Mitt. 2001, 132 (134); Koch, in: Henssler / Prütting, § 3 BRAO Rn. 33; Römermann, NJW 2002, 1399 (1400) Fußn. 14.

¹¹⁴⁸ BGH, NJW 1996, 741.

11.3.4. Personeller Geltungsbereich von Konkurrenzschutzklauseln

Konkurrenzschutzklauseln haben zum Ziel, den Bestand und die Erhaltung der Kanzlei zu sichern und dies nicht durch ständige Fluktuation der Mitarbeiter zu gefährden¹¹⁴⁹. Konkurrenzschutzklauseln sind nicht nur unter Rechtsanwälten denkbar, sondern auch gegenüber anderen Mitarbeitern, die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses als Konkurrenten des bisherigen Dienstherrn in Frage kommen können. Damit wird zunächst der Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt und sodann der Konkurrenzschutz gegenüber dem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter betrachtet.

11.3.4.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt

Da mittels Konkurrenzschutzklauseln das Ziel der Erhaltung der Kanzlei verfolgt wird, können nur solche Personen von Konkurrenzschutzklauseln betroffen sein, die gerade dem Bestand der Kanzlei schaden könnten. In Betracht kommen in jedem Fall die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte, da diese als zugelassene Rechtsanwälte in der Lage sind, sich nach Ausscheiden aus der Kanzlei entweder selbständig zu machen oder in einer anderen konkurrierenden Kanzlei tätig zu werden und so direkt mit Mandanten in Kontakt zu treten. Gerade dieser Mandantenkontakt ist maßgeblich, da dadurch ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wird, welches für die Mandatsführung von großer Bedeutung ist.

11.3.4.1.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt im Angestelltenverhältnis

Grundsätzlich beziehen sich die Konkurrenzschutzklauseln auf Rechtsanwälte, die in einem Angestelltenverhältnis tätig sind. Angestellte Rechtsanwälte genießen einerseits in gewisser Weise anwaltliche Unabhängigkeit, andererseits sind sie aufgrund des Anstellungsverhältnisses in die Kanzlei eingebunden und beraten und vertreten die Mandanten des Kanzleiinhabers. Mit dem Ausscheiden des angestellten Rechtsanwalts treffen die unterschiedlichen Interessen des beschäftigenden Rechtsanwalts und des angestellten Rechtsanwalts aufeinander¹¹⁵⁰: der vormalige Arbeitgeber ist daran interessiert, seine Mandanten zu halten und den ehemals angestellten Rechtsanwalt nicht als eigenen Konkurrenten vorzufinden; der vormalige angestellte Rechtsanwalt wechselt möglicherweise nicht als angestellter Rechtsanwalt in eine andere Kanzlei, sondern als freier Mitarbeiter oder

¹¹⁴⁹ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 70; Römermann, NJW 2002, 1399.

¹¹⁵⁰ Berghahn, S. 70; Winterstein, NJW 1989, 1463 (1464).

er eröffnet eine eigene Kanzlei; hierbei möchte der ehemals angestellte Rechtsanwalt nicht von seinem vormaligen Arbeitgeber eingeschränkt werden. Somit müssen hinsichtlich der Konkurrenzschutzklauseln beide Seiten berücksichtigt werden und die Interessen in Ausgleich gebracht werden. In jedem Falle muß es dem ehemals angestellten Rechtsanwalt möglich sein – und nicht unter erschwerten Umständen –, sich selbständig zu machen und eine eigene Kanzlei zu gründen¹¹⁵¹.

11.3.4.1.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsanwalt im freien Arbeitsverhältnis

Im Unterschied zum angestellten Rechtsanwalt ist der freie Mitarbeiter nicht in die Kanzleiorganisation eingebunden und unterliegt damit nicht dem Direktionsrecht eines Arbeitgebers¹¹⁵². Eines so umfangreichen Schutzes durch §§ 74 ff. HGB, wie des Angestellten, bedarf der freie Mitarbeiter nicht, da dieser nicht in dem Maße persönlich von dem Arbeitgeber abhängig ist¹¹⁵³. Dem Arbeitgeber gegenüber hat der frei mitarbeitende Rechtsanwalt eine weitreichende persönliche Unabhängigkeit¹¹⁵⁴. Die anwaltliche Unabhängigkeit und auch die arbeitsrechtliche Unabhängigkeit des freien Mitarbeiters muß jedoch in gewissem Maße die Interessen des beschäftigenden Rechtsanwalts berücksichtigen¹¹⁵⁵.

Da der freie Mitarbeiter bereits während der Beschäftigung in der Kanzlei grundsätzlich nicht so stark wie ein Arbeitnehmer in die Kanzleiorganisation eingebunden ist und bereits währenddessen eigene Mandate bearbeiten kann, ist ein Niederlassungsverbot während und auch nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht gerechtfertigt. Selbst aquirierte Mandanten dürfen vom ausscheidenden Mitarbeiter ohne Ausgleichszahlung an den Arbeitgeber mitgenommen werden¹¹⁵⁶, denn es handelt sich gerade um eigene Mandanten des ausscheidenden freien Mitarbeiters und nicht um Mandate der Kanzlei des Arbeitgebers.. Bezüglich der Mandantenschutzklauseln besteht in der Regel gar kein Bedarf, da der freie Mitarbeiter ohnehin neben seiner Tätigkeit für seinen Auftraggeber eigene Mandate bearbeitet¹¹⁵⁷ und bereits während des Bestehens des Tätigkeitsverhältnisses als Konkurrent gegenüber seinem Auftraggeber auftritt.

¹¹⁵¹ Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (446); Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 39.

¹¹⁵² Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 62; 68; Kunz / Kunz, DB 1993, 326 (327).

¹¹⁵³ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 72.

¹¹⁵⁴ Knief, AnwBl. 1985, 58; Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 65; Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (204).

¹¹⁵⁵ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 66.

¹¹⁵⁶ Henssler, in: Henssler / Prütting, § 32 BORA Rn. 19.

¹¹⁵⁷ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 67.

Bei freien Mitarbeitern plädiert lediglich Wettlaufer¹¹⁵⁸ für ein Vorgehen in Anlehnung an die §§ 74 ff. HGB, indem er den Anknüpfungspunkt des Angestelltenverhältnisses in Frage stellt und auf den Inhalt der Tätigkeit abstellt, mit dem Hinweis, daß dieser bei freien Mitarbeitern sowie Angestellten derselbe sein kann. Zwar lehnt die herrschende Meinung eine entsprechende Anwendung der §§ 74 ff. HGB ab¹¹⁵⁹, jedoch werden bezüglich der Wirksamkeit der Klausel die räumlichen, zeitlichen und gegenständlichen Ausmaße geprüft¹¹⁶⁰. Im Ergebnis werden somit dieselben Kriterien herangezogen, so daß die verschiedenen Auffassungen einer entsprechenden Anwendung der §§ 74 ff. HGB oder nicht sich letztlich nur auf formaler Ebene unterscheiden.

11.3.4.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter

Von Konkurrenzschutzklauseln sollen gerade solche Personen betroffen sein, die dem Bestand der Kanzlei schaden könnten. Es kommen nicht lediglich Rechtsanwälte in Betracht. Auch nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, die bei der Bearbeitung der Mandate tätig sind, können nach Beendigung ihrer Tätigkeit der Kanzlei schaden. Auch gegenüber nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern kann es damit sinnvoll sein, Konkurrenzschutzklauseln zu vereinbaren.

Zunächst ist maßgeblich, welcher Vertrag hinsichtlich der Tätigkeit des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters vorliegt. Ist lediglich ein Volontärverhältnis gegeben, so ist eine Konkurrenzschutzklausel nicht möglich¹¹⁶¹. Bei anderen Formen der Tätigkeit dagegen ist im Umkehrschluß dazu eine Vereinbarung von Konkurrenzschutzklauseln möglich.

Es ist festzuhalten, daß sich ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das sich auf einen Rechtsanwalt einer Kanzlei bezieht, nicht unmittelbar auf dessen juristischen Mitarbeiter auswirkt – der Vertrag, der die Verbotsklausel beinhaltet, besteht zwischen dem Kanzleiinhaber bzw. der Sozietät und dem jeweiligen Rechtsanwalt. Eine mittelbare Auswirkung kann möglicherweise in Frage kommen, wenn der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter sehr eng an den betroffenen Rechtsanwalt gebunden ist. In der Regel sind jedoch juristische Mitarbeiter für die Kanzlei tätig und haben keinen gesonderten Vertrag mit „ihrem“ Rechtsanwalt geschlossen. Unabhängig davon, mit wem der Beschäftigungsvertrag des nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters geschlossen wurde, hat dieser in der Regel

¹¹⁵⁸ Wettlaufer, AnwBl. 1989, 194 (208f.).

¹¹⁵⁹ Kleine-Cosack, Vor § 59 a BRAO Rn. 72; Knief, AnwBl. 1985, 58 (61); Michalski / Römermann, ZIP 1994, 433 (443).

¹¹⁶⁰ BGH, WM 1997, 1707; BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206).

¹¹⁶¹ Hopt, in: Baumbach, § 74 HGB Rn. 3, § 82 a HGB Rn. 1.

keinen eigenständigen Kontakt zu Mandanten, so daß es aufgrund der mangelnden Gefahr einer Mandantsmitnahme einer solchen Schutzklausel nicht bedarf. Soll der Gefahr vorgebeugt werden, so muß es als zulässig betrachtet werden, Konkurrenzschutzklauseln mit nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern zu vereinbaren, soweit diese sich im zulässigen zeitlichen und örtlich umfänglichen Rahmen halten, der bei Konkurrenzschutzklauseln gegenüber Rechtsanwälten gilt (s.o.).

Sollte der Rechtsanwalt eigene juristische Mitarbeiter angestellt haben, so scheiden diese ohnehin bei Verlassen der Kanzlei durch den Rechtsanwalt mit aus, da sie keinen Vertrag mit dem Kanzleiinhaber bzw. der Sozietät haben.

Ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter kann zwar den Rechtsanwalt in Untervollmacht vertreten und in diesem Rahmen dem Mandanten gegenüberreten, jedoch gehört dies nicht zu seinen primären Tätigkeiten. In der Regel verrichtet er lediglich Zuarbeiten im internen Bereich und ist bei Mandantengesprächen nur als Assistent anwesend. Folglich kann ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter beim Ausscheiden und Wechsel der Kanzlei grundsätzlich nicht das Bestehen und den Erfolg der Kanzlei gefährden.

Hinsichtlich einer Vereinbarung von Konkurrenzschutzklauseln mit nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern ist jedoch maßgeblich, in welchem Rahmen diese in der Kanzlei tätig sind.

11.3.4.2.1. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsreferendar, Diplom-Jurist und Wirtschaftsjurist

Rechtsreferendare, Diplom-Juristen und Wirtschafts-Juristen, die nicht den Abschluß der Zweiten Juristischen Staatsprüfung erworben haben und sich damit auch nicht zur Anwaltschaft zulassen können, gefährden in der Regel eine Kanzlei nicht. Diplom- und Wirtschaftsjuristen können für die Kanzlei keine Konkurrenz darstellen, da sie, selbst wenn sie die Zweite Juristische Staatsprüfung anstreben, zunächst noch das zweijährige Referendariat durchlaufen müssen. Die Laufzeit einer vereinbarten Wettbewerbsverbotsklausel von maximal zwei Jahren würde sich ohnehin mit dem Zeitraum des Referendariats decken und damit ins Leere laufen. Im Referendariat bereits fortgeschrittene Referendare mit nur noch wenigen Monaten Referendariatsausbildung vor sich und damit der Möglichkeit, sich sogleich mit Bestehen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung zur Anwaltschaft zuzulassen, stellen in der Regel für eine Kanzlei keine bedrohliche Gefahr dar. Berufsanfängern fehlt zu Beginn ihrer Tätigkeit noch die notwendige

Berufspraxis, so daß sie gegenüber langjährig tätigen erfahrenen Anwälten nicht eine Konkurrenz in dem Maße darstellen, wie dies ein erfahrener Anwalt an ihrer Stelle täte. Ein Wettbewerbsverbot mit dieser Personengruppe zum Schutz der Kanzlei abzuschließen ist bereits aus tatsächlichen Gründen nicht notwendig bzw. läuft ins Leere. Um eine mögliche Konkurrenz auszuschließen, wäre die Vereinbarung einer Konkurrenzschutzklausel zulässig, soweit die für die Konkurrenzschutzklauseln gegenüber Rechtsanwälten herausgebildeten Kriterien hinsichtlich der Zulässigkeit berücksichtigt werden.

11.3.4.2.2. Konkurrenzschutz gegenüber dem Rechtsassessor

Es ist denkbar, daß Rechtsassessoren den Bestand der Kanzlei gefährden können. Sie mögen zwar bisher als nicht-anwaltliche Mitarbeiter tätig gewesen sein, aber aufgrund der erworbenen Zweiten Juristischen Staatsprüfung können sie sich jederzeit dazu entschließen, sich zur Anwaltschaft zu zulassen und in einer anderen Kanzlei oder selbständig als Rechtsanwalt tätig zu sein – genauso wie ein bereits zugelassener Anwalt. Viele Volljuristen sind zunächst als Assessoren in einer Kanzlei tätig, um Berufserfahrung zu sammeln, um im Anschluß an eine Einarbeitungszeit in den anwaltlichen Beruf als Anwalt tätig zu werden. Was die Personengruppe der Assessoren betrifft, so kann es somit sinnvoll sein, mit diesen Mitarbeitern Wettbewerbsverbotsklauseln abzuschließen, um die Kanzlei zu schützen. Konkurrenzschutzklauseln mit Rechtsassessoren zu vereinbaren muß ebenfalls den Grundsätzen entsprechen, die für Konkurrenzschutzklauseln gegenüber Rechtsanwälten gelten – insbesondere mit einer Geltungsdauer von maximal zwei Jahren seit Beendigung der Tätigkeit und einer örtlichen Begrenzung.

Es ist festzuhalten, daß Wettbewerbsverbote mit nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern zwar zulässigerweise vereinbart werden können, diese werden aber meist ins Leere laufen, sei es wegen der maximal zulässigen Laufzeit von zwei Jahren oder wegen der Tatsache, daß diesen Mitarbeitern als Nicht-Rechtsanwälten seitens der Mandanten nicht im selben Maße Vertrauen entgegengebracht wird wie einem Rechtsanwalt. Ein Anwalt pflegt eigenständig und eigenverantwortlich Mandantenkontakte, im Gegensatz dazu fehlt ein solches Vertrauensverhältnis zwischen einem nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter und dem Mandanten und es wird keine so feste Bindung aufgebaut, als daß der Mandant mit dem vormals nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiter mit zu dessen neuem anwaltlichen

Arbeitsplatz wechseln würde. Der BGH nimmt an, daß anzunehmen ist, daß sich Beziehungen eines Rechtsanwalts zum Mandantenkreis seines vormaligen Rechtsanwalt-Arbeitgebers im Laufe von zwei Jahren verflüchtigen¹¹⁶². Im Hinblick darauf sind Beziehungen eines nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeiters zum Mandantenkreis aufgrund des weitaus geringer ausgeprägten Kontaktes zu diesem noch weniger intensiv¹¹⁶³. Solch wenig ausgeprägte, lockere Beziehungen sind demnach eine kaum geeignete Grundlage für ein späteres Mandat, das der vormalige Mitarbeiter dann als zugelassener Rechtsanwalt betreut. Folglich bestehen in der Regel keine Schutzinteressen gegen nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter, da die Gefahr einer wirklichen Konkurrenz mit deren Ausscheiden aus dem bisherigen Beschäftigungsverhältnis nicht gegeben ist.

Soweit sich die Klauseln im zulässigen Bereich bewegen und Schutzinteressen des Kanzleiinhabers bzw. der Sozietät bestehen, kann ein nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter keine eigenen Rechte und Interessen dagegen setzen, um einen solchen Vertrag zu verhindern. Berufrechtliche Bedenken bestehen bei nicht-anwaltlichen juristischen Mitarbeitern nicht¹¹⁶⁴, da diese grundsätzlich nicht dem anwaltlichen Berufsrecht unterstehen.

¹¹⁶² BGH, BRAK-Mitt. 2000, 205 (206); BGH, ZIP 1990, 586 (588).

¹¹⁶³ BGH, ZIP 1990, 586 (588).

¹¹⁶⁴ Nerlich, in: Hartung, § 26 BORA Rn. 84.

12. Schlussbemerkung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß hinsichtlich der Ausübung einer rechtsberatenden Tätigkeit es einen Unterschied macht, ob ein Rechtsanwalt oder ein Nicht-Anwalt dieser Tätigkeit nachkommt. Allein das formale Kriterium der anwaltlichen Zulassung bewirkt, daß der Rechtsanwalt das anwaltliche Berufsrecht zu beachten hat. Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Rahmen er seiner juristischen Tätigkeit nachkommt, allein der Status als Rechtsanwalt verpflichtet ihn zur Beachtung anwaltlichen Berufsrechts.

Für den Nicht-Anwalt kommt es darauf an, welche Tätigkeiten er ausführt. Er kann einerseits vom anwaltlichen Berufsrecht berührt werden oder wird andererseits vom Rechtsdienstleistungsgesetz erfaßt. Der nicht-anwaltliche juristische Mitarbeiter ist, obwohl er nicht zur Anwaltschaft zugelassen ist, in gewisser Weise vom anwaltlichen Berufsrecht betroffen, sofern er für einen Rechtsanwalt tätig wird. Übt der Nicht-Anwalt selbständig, also ohne bei oder mit einem Rechtsanwalt tätig zu sein, Rechtsberatung aus, so ist nach dem RDG dies erlaubt, soweit die selbständige Rechtsdienstleistung eine Nebentätigkeit darstellt. Dem Nicht-Anwalt bleibt unabhängig von dessen juristischem Ausbildungsstand damit weiterhin verwehrt, selbständige Rechtsberatung als Haupttätigkeit zu erbringen; dies bleibt nach wie vor den Rechtsanwälten vorbehalten. Streben daher Nicht-Anwälte eine eigenständige Rechtsberatung an, müssen diese weiterhin beide juristische Prüfungen erfolgreich absolvieren und anschließend zur Anwaltschaft zugelassen sein.

Daß mit Einführung des RDG kein eigenständiger rechtsberatender Berufsstand unterhalb der Anwaltschaft eingeführt wurde, ist begrüßenswert und sinnvoll, da durch die Beachtung anwaltlichen Berufsrecht durch Rechtsanwälte die einheitliche Rechtspflege und das Vertrauen der Mandanten in die Anwaltschaft gewährleistet wird; hinsichtlich des Verbraucherschutzes wird durch die zweistufige juristische Ausbildung sowie durch die Einhaltung anwaltlichen Berufsrechts eine qualitativ hochwertige Rechtsberatung gesichert. Vor diesem Hintergrund hat die Anwaltschaft nicht-anwaltliche Berufsformen und das Rechtsdienstleistungsgesetz nicht zu fürchten.

- Büchting, Hans-Ulrich / Heussen, Benno
Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 8. A., C.H. Beck, München, 2004
- Bühren, Martin van
Die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, Bonn, Deutscher Anwaltsverlag, 2004
- Bundesministerium der Justiz
Eckpunkte zur Reform des Rechtsberatungsrechts, Informationen für die Presse, Berlin, 30.03.2005
- Bundesrechtsanwaltskammer
Kammerinfo, Ausgabe Nr. 20/2006 v. 19.10.2006
- Bürkle-Storz, Stefan M.
Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Satzungsautonomie berufsständischer Korporationen, Frankfurt am Main, 1970
- Busse, Felix
Deutsche Anwälte – Geschichte der deutschen Anwaltschaft 1945-2009, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2010
- Busse, Felix
Gedanken zur anwaltlichen Berufsordnung, NJW 1999, 3017
- Canaris, Claus-Wilhelm
Schutzgesetze - Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Diederichsen, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München, C.H. Beck, 1983, S. 27
- Chemnitz, Jürgen / Johnigk, Frank
Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, 11. A, Münster, Aschendorff Rechtsverlag / Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003
- Clemens, Thomas
Normstrukturen im deutschen Recht, in: Grawert, Rolf / Schlink, Bernhard / Wahl, Rainer / Wieland, Joachim (Hrsg.), Offene Staatlichkeit, Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag, S. 259
- Dittenberger, Hienrich
Aus der Vereinstätigkeit, AnwBl. 1928, 116
- Dölker, Walter
Anforderungen an Ermächtigungsgrundlagen von Satzungen, 1984
- Dombek, Bernhard
„Rechtsberatungsmonopol“ der Anwaltschaft – Berechtigung und Grenze, BRAK-Mitt. 2001, 98
- Dornbusch, Gregor / Fischmeier, Ernst / Löwisch, Manfred
Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, München, Luchterhand, 2008
- Elze, Hans
Lücken im Gesetz – Begriff und Ausfüllung, Duncker & Humblot, München, Leipzig, 1916

- Falkenhausen, Joachim v. Weitere Inhalte der Berufsordnung, AnwBl. 1995, 440
- Feuerich, Wilhelm E. / Weyland, Dag / Vossebürger Albert
Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 7. A., München,
Franz Vahlen, 2008
- Fischer, Walther Die Freiheit der Advokatur, MDR 1948, 467
- Fleischmann, Eugen Die freien Berufe im Rechtsstaat, Schriften zum
öffentlichen Recht, Bd.127, Berlin, Duncker & Humblot,
1970
- Friese, Franz-Josef Die Freie Advokatur als notwendiger Bestandteil der
Rechtspflege im demokratischen Rechtsstaat, AnwBl.
1985, 601
- Fuchs, Maximilian / Preis, Ulrich Sozialversicherungsrecht, Praxis-Lehrbuch, Köln, Verlag
Dr. Otto Schmidt, 2005
- Fuhrmann, Markus Rechtstellung des angestellten Rechtsanwalts,
Baden-Baden, Nomos, 1989
- Gelking, Christoph Deregulierung der Freien Berufe, Frankfurt am Main,
Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Peter Lang Verlag,
1997
- Geppert, Otto Der strafrechtliche Parteiverrat, Dr. N. Stoytscheff,
Darmstadt, 1961
- Gerold, Wilhelm / Schmidt, Herbert / von Eicken, Kurt / Madert, Wolfgang / Müller-
Schwabe, Steffen
Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, Kommentar, 17. A.,
München, C.H. Beck, 2006
- Gneist, Rudolf von Freie Advokatur – Die erste Forderung aller Justizreform
in Preußen, Berlin, Verlag Julius Springer, 1867
- Grams, Holger Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung für
Rechtsanwälte, AnwBl. 2001, 292
- Grams, Holger Zusammenschluss von Anwälten,
BRAK-Mitt. 2002, 119
- Grams, Holger Zusammenschluss von Anwälten,
BRAK-Mitt. 2003, 13
- Grams, Holger Zusammenschluss von Anwälten,
BRAK-Mitt. 2003, 61

- Hartung, Wolfgang / Römermann, Volker / Schons, Herbert P.
Praxiskommentar zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz,
C.H. Beck, München, 2006
- Hellwig, Hans-Jürgen
EU-Harmonisierung–Globalisierung–
Kommerzialisierung– Anwaltschaft quo vadis?, AnwBl.
2000, 705
- Henssler, Martin
Anwaltsgesellschaften, NJW 1993, 1237
- Henssler, Martin
Arbeitsrecht und Anwaltsrecht, RdA 1999, 38
- Henssler, Martin
Anwaltssozietät, Neueintritt von Sozietätsmitgliedern,
Zurechnung des Anwaltsverschuldens – Kurzkomentar,
EWirR 1994, 127
- Henssler, Martin
Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, 1817
- Henssler, Martin
Das Berufsbild des europäischen Rechtsanwalts
Harmonisierung durch Deregulierung?, AnwBl. 2004,
458
- Henssler, Martin
Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen,
NJW 2001, 1521
- Henssler, Martin
Die Vergütung angestellter Junganwälte - „Kinderarbeit
im Haifischbecken?“, MDR 2002, 315
- Henssler, Martin
Ist der freie Mitarbeiter abgeschafft? Was nun? – Der
freie Mitarbeiter im Spiegel des anwaltlichen
Berufsrechts, AnwBl. 2000, 213
- Henssler, Martin
Mandantenschutzklauseln in Sozietätsverträgen, in:
Brandner, Hans Erich / Hagen, Horst / Stürner, Rolf,
Festschrift für Karlmann Geiß – Zum 65. Geburtstag,
Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Hexmanns Verlag
KG, S. 271
- Henssler, Martin / Holthausen, Joachim
Berufseinstieg, BRAK-Mitt. 2001, 132
- Henssler, Martin / Prütting, Hanns
Bundesrechtsanwaltsordnung - Kommentar, 2. A.,
München, C.H. Beck, 2004
- Henssler, Martin / Streck, Michael
Handbuch des Sozietätsrechts, Köln, Verlag Dr. Otto
Schmidt, 2001
- Herdegen, Matthias
Europarecht, 8. A., München, C.H. Beck, 2006

- Hermann, Heiner Die „Freien Berufe“ – Herkunft, Wandlung und heutiger Inhalt des Begriffs, Frankfurt am Main, 1971
- Herrmann, Harald Die Sachwalterhaftung vermögenssorgender Berufe, JZ 1983, 422
- Hommerich, Christoph Der Einstieg in den Anwaltsberuf – eine empirische Untersuchung der beruflichen Situation von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2001
- Hruschka, Joachim Zwei Axiome des Rechtsdenkens, in: Ackermann, Heinrich / Albers, Jan / Bettermann, Karl August, Aus dem Hamburger Rechtsleben, Walter Reimers zum 65. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, S. 459.
- Huber, Ulrich Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: Forsthoff, Ernst / Weber, Werner / Wieacker, Franz, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1973, S. 253
- Huff, Martin W. Anmerkung zur Nennung der Kooperationspartner im Kopf eines Anwaltsbriefbogens, LMK, 2003, 16
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III – Das Handeln des Staates, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988
- Jaeger, Renate Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, AnwBl. 2000, 475
- Jaeger, Renate Künftige Stellung der Rechtsanwälte im System der Rechtspflege und in der Gesellschaft, NJW 2004, 1492
- Jähnke, Burkhard Rechtliche Vorgaben einer künftigen Neuregelung des anwaltlichen Standesrechts, NJW 1988, 1888
- Jähnket, Burkhard / Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Odersky, Walter Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Fünfter Band, 11. A., Berlin, De Gruyter Recht, 2006
- Jatzkowski, Doris / Zipprik, Jörg Probleme der Anwaltshaftung, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Die deutsche Anwaltschaft zwischen heute und morgen, Carl Heymanns, Köln, 1989
- Jawansky, Martin Aktuelle Entwicklungen im Berufs- und Gesellschaftsrecht der Anwaltschaft – Abschied vom Verbot der Sternsozietät, hin zur AG und zum Konzern, DB 2002, 2699

- Jawansky, Martin Haftung und Vertrauensschutz bei Berufsausübung der Partnergesellschaft, DB 2001, 2281
- Jessnitzer, Kurt / Blumberg, Hanno Bundesrechtsanwaltsordnung, 9. A., Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000
- Jungk, Antje Die Rechtsanwaltssozietät als Haftungsgemeinschaft, AnwBl. 1996, 297
- Junker, Abbo Grundkurs Arbeitsrecht, 7. A., C.H. Beck, München, 2008
- Kandelhard, Ronald Das neue Berufsbild des Rechtsanwalts, BRAK-Mitt, 2003, 203
- Kalsbach, Werner Über Fragen des rechtsanwaltlichen Standesrechts, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1956
- Kamps, Heinz-Willi / Alvermann, Jörg Außen- und Scheinsozietäten von Rechtsanwälten – Haftungsgefahren, Berufsrecht und Steuerrisiken NJW 2001, 2121
- Kessal, Hans-Ulrich Organisation der Anwaltschaft und berufsgerichtliche Ahndung anwaltlicher Pflichtverletzungen, München, Dr. von Göhler Verlagsgesellschaft, 2002
- Kiess, Adolf Rechtsverordnung und Satzung – Unterschiede und Stellung im geltenden Verfassungsrecht, Stuttgart, 1961
- Kilian, Matthias Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 3.7.2003, Interessenkonflikte beim Sozietätswechsel: Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen contra Berufsfreiheit, BB 2003, 2189
- Kilian, Matthias Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit, München, C.H. Beck, 2005
- Kleine-Cosack, Michael Berufs- und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte, NJW 1997, 1257
- Kleine-Cosack, Michael Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986
- Kleine-Cosack, Michael Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, Kommentar, 4. A., München, C.H. Beck, 2003

Kleine-Cosack, Michael	Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 1994, 2249
Kleine-Cosack, Michael	Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, München, C.H. Beck, 2004
Kleine-Cosack, Michael	Vergütung von angestellten Rechtsanwälten, wucherähnliche Vereinbarung – Kurzkomentar, EWIR 2000, 611
Kleine-Cosack, Michael	Zukunft der Anwaltsgerichtsbarkeit – Abschaffung oder Reform?, AnwBl. 1999, 565
Knief, Hannelore	Der Rechtsanwalt als Angestellter und freier Mitarbeiter, AnwBl. 1985, 58
Knapp, Wolfgang	Der Verteidiger – ein Organ der Rechtspflege, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1974
König, Hartmut	Rechtsberatungsgesetz – Grundfragen und Reformbedürftigkeit, Bonn, Essen, Deutscher Anwaltverlag, 1993
Koller, Ingo / Roth, Wulf-Henning / Morck, Wilfried	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 6. A., München, C.H. Beck, 2007
Kort, Michael	BB-Forum: Rechtsberatung öffnen – für Wirtschaftsjuristen mit Universitätsdiplom!, BB 2004, 2706
Krämer, Achim	Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, AnwBl. 1995, 422
Kühl, Kristian	Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. A., München, C.H. Beck, 2004
Kunz, Jürgen / Kunz, Susanne	Freie-Mitarbeiter-Verträge als Alternative zur Festanstellung?, DB 1993, 326
Kunz-Schmidt, Susanne	Das Unterschriftserfordernis für bestimmende Schriftsätze im Zivilprozess, NJW 1987, 1296
Lakies, Thomas	Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) – Inhalt und Grenzen, BB 2003, 364
Lappe, Friedrich	Der Bürovorsteher als Schadensregulierer, MDR, 1984, 990

- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin,
Heidelberg, Springer, 2003
- Lewinski, Kai von
Grundriss des Anwaltlichen Berufsrechts, Baden-Baden,
Nomos Verlagsgesellschaft, 2006
- Lieb, Manfred
Beschäftigung auf Produktionsdauer – selbständige oder
unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, 210
- Lingenberg / Hummel / Zuck / Eich
Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen
Standesrechts, 2.A., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt,
1988
- Lion-Levy
„Juristische Hilfsarbeiter“, AnwBl. 1930, 67
- Liwinska, Malgorzata
Die juristische Ausbildung in der DDR – im
Spannungsfeld von Parteilichkeit und Fachlichkeit,
Berlin, IWF Verlag für Wissenschaft und Forschung,
1997
- Lorenz, Werner
Das Problem der Haftung für primäre
Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen
Auskunft, in: Paulus, Gotthard / Diederichsen, Uwe /
Canaris, Claus-Wilhelm, Festschrift für Karl Larenz zum
70. Geburtstag, München, C.H. Beck, 1973, S. 575
- Lücke, Gerhard / Wax, Peter
Münchener Kommentar zu Zivilprozessordnung, Band I,
§§ 1 – 354, 2. A., München, C.H. Beck, 2000
- Lührig, Nicolas
Die Diskussion über die Reform der Juristenausbildung
von 1945 bis 1995, Frankfurt am Main, Berlin, Bern,
New York, Paris, Wien, Peter Lang Europäischer
Verlag der Wissenschaften, 1997
- Martin, Wolfgang
Fachhochschulausbildung von „Wirtschaftsjuristen“?,
ZRP 1993, 465
- Medicus, Dieter
Allgemeiner Teil des BGB, 8. A., Heidelberg, C.F.
Müller Verlag, 2002
- Medicus, Dieter
Das Bundesverfassungsgericht und die Anwaltshaftung,
AnwBl. 2004, 257
- Michalski, Lutz / Römermann, Volker
Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Rechtsanwälten,
ZIP 1994, 433
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph
Juristische Methodik, Band I, 9. A., Berlin,
Duncker&Humblot, 2004

- Müller, Knut Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter, MDR 1998, 1061
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. A., C.H. Beck,
München, 2008
- Musielak, Hans-Joachim Kommentar zu Zivilprozessordnung, 4. A., München,
Franz Vahlen, 2005
- Muthers, Christof Gemeinsame anwaltliche Berufsausübung in der
Kapitalgesellschaft – Die Anwalts-AG und -KgaA,
NZG 2001, 930
- Nirk, Rudolf 50 Jahre NJW: Die Entwicklung der Anwaltschaft, NJW
1997, 2625
- Ostler, Fritz Die deutschen Rechtsanwälte 1871 – 1971, 2. A., W.
Ellinghaus & Co GmbH, Essen, 1982
- Ostler, Fritz Neueste Entwicklungen in der Rechtsanwaltschaft, NJW
1987, 281
- Ostler, Fritz Rechtslehrer an Hochschulen als Rechtsanwälte im
Nebenberuf?, AnwBl. 1987, 263
- Papenfuß, Matthias Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-
rechtlicher Körperschaften, Berlin, Duncker & Humblot,
1991
- Papier, Hans-Jürgen Das anwaltliche Berufsrecht in der (neueren)
Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in:
Festschrift 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V.,
Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer
(Hrsg.), 2003, S. 111
- Pawlowski, Hans-Martin Methodenlehre für Juristen, 3. A., Müller Verlag,
Heidelberg, 1999
- Pietzcker, Jost Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, 710
- Pfeiffer, Gerd Der Rechtsanwalt in unserer Rechtsordnung,
BRAK-Mitt. 1987, 102
- Pfordte, Thilo / Gotzens, Markus Die Schweigepflicht von Mitarbeitern einer
Anwaltskanzlei im Lichte der neuen Berufsordnung,
BRAK-Mitt. 1997, 82
- Popp, Gerfried J. Arbeitnehmer und Freie Mitarbeiter, MDR 1998, 18

- Prütting, Hanns Das Angestelltenverhältnis des Syndikusanwalts, AnwBl. 2001, 313
- Prütting, Hanns Ethos anwaltlicher Berufsausübung, AnwBl. 1994, 315
- Quaas, Michael / Sieben, Peter Reichweite der Kompetenzen der Rechtsanwaltskammern nach der Reform der Juristenausbildung, BRAK-Mitt. 2002, 162
- Quack, Karlheinz Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975, 1337
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, §§ 611 – 704, 4. A., C.H. Beck, München, 2005
- Redeker, Konrad Anwaltliches Standesrecht zwischen heute und morgen, NJW 1982, 2761
- Redeker, Konrad Freiheit der Advokatur - heute, NJW 1987, 2610
- Redeker, Konrad Gegenwartsfragen der berufständischen Selbstverwaltung, JZ 1954, 625
- Redeker, Konrad Rechtsanwaltschaft zwischen 1945 und 1995 – Ein Berufsstand im Wandel, NJW 1995, 2141
- Reinecke, Gerhard Der „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ als Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff, in: Hanau, Peter / Heither, Friedrich / Kühling, Jürgen (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Dieterich zum Geburtstag, München, C.H. Beck, 1999
- Reuter, Dieter Das Gewissen des Arbeitnehmers als Grenze des Direktionsrechts des Arbeitgebers, BB 1986, 385
- Rewolle, Hans-Dietrich Der Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter, DB 1978, 1497
- Ricci, Denis de Die europäische Anwaltschaft existiert!, AnwBl. / CCBE-Journal 1988, 630
- Richardi, Reinhard / Woltzke, Otfried Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 2. A., C.H. Beck, München, 2000
- Riedel, Fritz / Sußbauer, Heinrich Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 9. A., München, Franz Vahlen, 2005

- Ring, Gerhard Das Ständesrecht der freien Berufe – ein antiquiertes Relikt ständischer Vorstellungen in modernen Demokratien?, Die Öffentliche Verwaltung 1989, 838
- Rinsche, Franz-Josef / Fahrendorf, Klaus / Terbille, Michael Die Haftung des Rechtsanwalts – Ein Praxishandbuch, 7. A., Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag, 2005
- Roxin, Claus Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte des neuesten Rechtsprechung, NJW 1995, 17
- Roxin, Claus Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992, 1129
- Römermann, Volker Anwaltliche Berufsordnung – Ende oder Neuanfang?, NJW 1998, 2249
- Römermann, Volker Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Anwaltssozietäten, NJW 2002, 1399
- Römermann, Volker Rechtsdienstleistungsgesetz – Die (un)heimliche Revolution in der Rechtsberatungsbranche, NJW 2006, 3025
- Römermann, Volker / Hartung, Wolfgang / Römermann, Rachelle Anwaltliches Berufsrecht, München, C.H. Beck, 2002
- Rücker, Simone Rechtsberatung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007
- Rüpke, Giselher Ein Beauftragter für den Datenschutz in der Anwaltskanzlei?, AnwBl. 2004, 552
- Rüpke, Giselher Freie Advokatur, anwaltliches Berufsgeheimnis und datenschutzrechtliche Kontrollbefugnisse, AnwBl. 2004, 19
- Ruppel, Wolfgang Standeswidriges Verhalten des Anwalts im Zivilprozess und seine prozessualen und materiellrechtlichen Folgen, Gießen, 1984
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 240, 5. A., C.H. Beck, 2006
- Schaub, Günter Arbeitsrecht-Handbuch, 7. A., München, C.H. Beck, 1992
- Schaub, Günter Die Haftungsbegrenzung des Arbeitnehmers, WiB 1994, 227
- Scherer, Werner Verträge mit Praktikanten, NZA 1986, 280

- Schiffer, Karl Jan Der Unternehmensanwalt: Mandatsgewinnung und Mandatsbearbeitung, Neuwied, Krieffel, Berlin, Luchterhand, 1997
- Schlegel, Rainer / Voelzke, Thomas Juris Praxiskommentar, SGB IV, Saarbrücken, jurist GmbH, 2006
- Schlütter, Andreas Diplomgrad für Juristen, AnwBl. 2004, 389
- Schmidt, Bettina Freie Mitarbeiterverträge, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum, 2003
- Schmidt, Karsten Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993
- Schmidt, Karsten Handelsrecht, 5. A., Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999
- Schmidt-Aßmann, Eberhard Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Selmer, Peter / von Münch, Ingo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1987
- Schneider, Hans Autonome Satzung und Rechtsverordnung, in: Hefermehl, Wolfgang / Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag 4. September 1965, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1965
- Schnorbus, York Entwicklung und aktuelle Probleme der Arbeitnehmerhaftung, MDR 1994, 961
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. A., München, C.H. Beck, 2006
- Schomerus, Thomas Stand und Perspektiven des Wirtschaftsrechtsstudiums an Fachhochschulen, JuS 1999, 930
- Schneider, Jochen Datenschutz und Beauftragte für den Datenschutz in der Anwaltskanzlei, AnwBl. 2004, 618
- Schweinitz, Wolf Bernhard von Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, insbesondere durch Wirtschaftsprüfer, Berlin, Dunker & Humblot, 1975
- Senninger, Erhard Deregulierung und Selbstbestimmung, AnwBl. 1990, 238
- Seul, Jürgen Advokatur und Ausbeutung – Die Mißachtung des § 26 BerufsO in der etablierten Anwaltschaft, NJW 2002, 197

- Späth, Wolfgang Ist die Anführung der Namen und Berufsbezeichnungen angestellter und freier Mitarbeiter im Briefkopf ohne entsprechenden Hinweis zulässig?, DStR 2001, 1180
- Spengler, Anja STAR: Umsatz- und Einkommensentwicklung der Rechtsanwälte 1998 bis 2004, BRAK-Mitt. 2007, 46
- Starck, Christian Autonomie und Grundgesetz – Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich, AöR 92 (1967), 449
- Stein / Jonas Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 41 – 127 a, 22. A., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004
- Stern, Klaus Anwaltschaft und Verfassungsstaat, C.H.Beck, München, 1980
- Streck, Michael Beruf: AnwaltAnwältin, C.H. Beck, München, 2001
- Streck, Michael Der Rechtsanwalt im 21. Jahrhundert, AnwBl. 2000, 335
- Streck, Michael Meine Anwältin - Wem gehört der Anwalt, AnwBl. 2004, 266
- Streck, Michael Steuerprobleme örtlicher, überörtlicher und internationaler Anwaltssozietäten, AnwBl. 1991, 449
- Stehmann, Michael Werner Beschäftigungsverhältnisse unter Rechtsanwälten - zivil-, arbeits- und standesrechtliche Probleme, Düsseldorf, 1989
- Stobbe, Ulrich Zwölf Thesen der Anwaltschaft zur Reform der Juristenausbildung, NJW 1997, 1284
- Stürner, Rolf / Bormann, Jens Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe?, NJW 2004, 1481
- Taupitz, Jochen Anmerkung – zu BGH, Urt. v. 6.2.1992 – IX ZR 95 / 91, MedR 1992, 271
- Taupitz, Jochen Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, JZ 1994, 221
- Taupitz, Jochen Das Versäumnisurteil zwischen anwaltlicher Kollegialität und Mandatenrecht, in: Smid, Stefan / Fehl, Norbert (Hrsg.), Recht und Pluralismus – Hans-Martin Pawliwsku zum 65. Geburtstag, Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1997, S. 443

- Taupitz, Jochen Die Standesordnungen der Freien Berufe – Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1991
- Taupitz, Jochen Zur Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung zwischen Anwalt und Nichtanwalt über Zahlung von Provisionen für die Vermittlung von Mandanten, NJW 1989, 2871
- Tettinger, Peter J. Kammerrecht – Das Recht der wirtschaftlichen und der freiberuflichen Selbstverwaltung, München, C.H. Beck, 1997
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. A., C.H. Beck, München, 2006
- Van Bühren, Martin Die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2004
- Vogels, Tim Oliver Haftung von Rechtsanwälten in der Sozietät, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 1995
- Vollkommer, Max / Heinemann, Jörn Anwaltshaftungsrecht, 2. A., München, C.H. Beck, 2003
- Waltermann, Raimund Sozialrecht, 6. A., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006
- Weber, Hermann Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 9.5.72 -1 BvR 518/62 u. 308/64, JuS 1972, 666
- Weil, Heinz Standesregeln in der Europäischen Gemeinschaft – Warum?, AnwBl. 1988, 632
- Westermann, Peter Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, 11. A., Verlag Otto Schmidt, Köln, 2004
- Westerwelle, Kai Die Interessenkollision nach der neuen Berufsordnung, NJW 1997, 2781
- Wettlaufer, Arno Angestellter oder freier Mitarbeiter?, AnwBl. 1989, 194
- Winterstein, Heinz-Peter Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung, NJW 1989, 1463
- Winterstein, Heinz-Peter Vertretungsbefugnis von Nebentätigkeitsreferendaren, NZA 1988, 574
- Wirtz, Marco Die Regelungskompetenz der Satzungsversammlung, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2003

- Wölk, Jonas Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung des Rechtsanwalts, AnwBl. 2003, 328
- Zacharias, Franzjosef Haftungsfallen beim Eintritt in eine Anwaltssozietät, AnwBl. 2003, 679
- Zöller, Richard ZPO – Kommentar, 25. A., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005
- Zöllner, Wolfgang Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453
- Zuck, Rüdiger Anwaltliche Berufsausübung, Berufsrecht und Berufsmoral, AnwBl. 2002, 3
- Zuck, Rüdiger Anwalts-ABC, Berufsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1999
- Zuck, Rüdiger Anwaltsberuf und Bundesverfassungsgericht, NJW 1979, 1121
- Zuck, Rüdiger Das innere Berufsbild: Hürde oder Hilfe für das anwaltliche Selbstverständnis?, AnwBl. 2000, 3
- Zuck, Rüdiger Die berufsrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts, MDR 1996, 1204
- Zuck, Rüdiger *[ohne Titel]*
AnwBl. 1990, 589
- Zuck, Rüdiger Ungelöste Probleme der anwaltlichen Berufsordnung, NJW 1999, 263
- Zugehör, Horst Berufliche „Dritthaftung“ – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare – in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2000, 1601
- Zugehör, Horst / Fischer, Gero / Sieg, Oliver / Schlee, Heinz Handbuch der Anwaltshaftung, 2. A., ZAP Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, 2006
- Ohne Autor:**
- Pressemitteilung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen v. 17.5.2001, NJW 2001, 2155
- Zahlen der Rechtsanwälte im Deutschen Reich, AnwBl. 1928, 110