

# Grundzüge des Anwaltlichen Berufsrechts

Von Akad. Mitarbeiter **Oscar Szerkus**, Akad. Mitarbeiter **David Ferrazini**, Berlin\*

*Regelmäßig über 60 % der Absolventen wählen nach der Zweiten Juristischen Prüfung den Anwaltsberuf. Dieses Ergebnis bestätigt nur eine seit Jahrzehnten zu beobachtende Tendenz. Insbesondere Universitäten vermitteln juristische Allgemeinbildung sowie theoretisches, für die Berufspraxis oft wenig nützlich Sonderwissen. So behandeln die Curricula der deutschen Rechtsfakultäten das Anwaltliche Berufsrecht grundsätzlich nicht; Referendare hingegen müssen sich auf die Interessen ihrer Ausbilder verlassen. Der Beitrag bietet einen Streifzug durch die wesentlichen Elemente des Anwaltlichen Berufsrechts und unterzieht dabei ausgewählte Bereiche einer kritischen Betrachtung.*

## I. Einleitung

Obwohl das Interesse am Anwaltsberuf mit all seinen positiven und negativen Facetten arbeitsmarkttypischen Fluktuationen unterliegt, stellt dieser unter anderen Juristenberufen nach wie vor die erste Wahl dar.<sup>1</sup> Mit den Studierendenzahlen wächst aber gleichzeitig die Zahl der Absolventen und schließlich der sog. Volljuristen.<sup>2</sup> Zu verzeichnen ist auch eine fortschreitende Spezialisierung, für die zuvörderst eine wachsende Fachanwaltschaft steht<sup>3</sup>; dies alles ungeachtet der Möglichkeiten, die der zusammenwachsende europäische

---

\* Die Autoren sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Europäisches und Internationales Privatrecht der Europa-Universität Viadrina (Prof. Dr. Oliver L. Knöfel). Oscar Szerkus ist ferner Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische sowie Vergleichende Rechtsgeschichte der Freien Universität Berlin (Prof. Dr. Ignacio Czeguhn); David Ferrazini ist Doktorand am Lehrstuhl für polnisches und europäisches Privatrecht sowie Rechtsvergleichung der Europa-Universität Viadrina (Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski).

<sup>1</sup> DAV, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030: Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft, S. 62; abrufbar unter

<https://anwaltverein.de/de/service/dav-zukunftsstudie?file=files/anwaltverein.de/downloads/service/DAV-Zukunftsstudie/DAV-Zukunftsstudie-Langversion.pdf> (22.5.2017).

<sup>2</sup> Zum 1.1.2016 verzeichnete die Bundesrechtsanwaltskammer 163.779 Rechtsanwälte,

[http://www.brak.de/w/files/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2016/2016\\_kleine\\_mgststatistik-zum01.01.2016.pdf](http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2016/2016_kleine_mgststatistik-zum01.01.2016.pdf) (22.5.2017).

<sup>3</sup> DAV, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030: Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft S. 63 f.; abrufbar unter

<https://anwaltverein.de/de/service/dav-zukunftsstudie?file=files/anwaltverein.de/downloads/service/DAV-Zukunftsstudie/DAV-Zukunftsstudie-Langversion.pdf> (22.5.2017).

Zur Spezialisierung sowie zur Zukunft des Anwaltsberufes insgesamt siehe auch die interessante Zukunftsprognose *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2013.

Binnenmarkt Juristen mit grenzübergreifenden Lebensmodellen bietet.

Bundesweit richtet sich die universitäre Juristenausbildung vermehrt nach Klausurtaktik und Examensrelevanz; das Bild, die Eigenarten und Regeln des angestrebten Berufsstandes bleiben im Pflichtprogramm unberücksichtigt.<sup>4</sup> Dabei ist die Anwaltschaft trotz ihrer Bezeichnung als „freier Beruf“ mit zahlreichen Regelwerken und Prinzipien ausgestattet, deren Kenntnisse sich bereits während des Studiums lohnen.

## II. Rechtsquellen

Bevor sich den Fragen der Berufsethik und ausgewählter Problemfelder zugewandt wird, empfiehlt es sich, einen Blick auf die Rechtsquellen des anwaltlichen Berufsrechts zu werfen.<sup>5</sup> Einschlägige Vorschriften finden sich in Regelwerken unterschiedlichsten Ranges. Dabei kann zwischen Anwaltlichem Berufsrecht im engeren sowie im weiteren Sinne differenziert werden.

Die wesentliche Quelle des Anwaltsrechts im engeren Sinne ist die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit ihren einfachgesetzlichen Regelungen.<sup>6</sup> Diese trifft Aussagen etwa zur Stellung des Rechtsanwalts (§§ 1-3 BRAO), zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§§ 4-17 BRAO) oder die Rechte und Pflichten eines solchen (§§ 43-59b BRAO) betreffend. In enger Verbindung zur BRAO stehend und von tragender praktischer Bedeutung sind weiterhin die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)<sup>7</sup> sowie die Fachanwaltsordnung (FAO)<sup>8</sup>. Bei beiden Regelwerken handelt es sich um Satzungen, die als Ergänzung zu den in der BRAO normierten Regelungen zu verstehen sind. Die BORA konkretisiert

---

<sup>4</sup> Ausnahmen stellen fakultative Veranstaltungen wie etwa das zweitägige Seminar zum Erwerb einer Schlüsselqualifikation „Wie geht Anwalt“ an der Europa-Universität Viadrina (Prof. Dr. Oliver Knöfel) oder der bundesweite Soldan Moot zur Anwaltlichen Berufspraxis dar.

<sup>5</sup> Zu aktuellen Entwicklungen siehe *Grunewald*, NJW 2016, 3694.

<sup>6</sup> BGBl. I 1959, S. 565. Eine Zäsur für diese sowie für das anwaltliche Berufsrecht in seiner Gesamtheit stellen die zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.7.1987 dar (sog. Bastille-Entscheidungen), BVerfG NJW 1988, 191 = AnwBl. 1987, 598 = BRAK-Mitt. 1988, 54; BVerfG NJW 1988, 194 = AnwBl. 1987, 603 = BRAK-Mitt. 1988, 58. In dieser hatte das BVerfG die demokratische Legitimation der damals geltenden Standesrichtlinien verneint. Diese wurden zur Konkretisierung des § 43 a.F. BORA herangezogen. Die Berufsausübung der Rechtsanwälte könne nur durch oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Diese bahnbrechende Entscheidung des BVerfG gab den Weg frei für die Ausarbeitung eines modernen Berufsrechts. Siehe näher hierzu *Hartung*, AnwBl. 1988, 374.

<sup>7</sup> BRAK-Mitt. 1999, 123.

<sup>8</sup> BRAK-Mitt. 1999, 131.

die anwaltlichen Berufspflichten, wohingegen die FAO den Erwerb einer Fachanwaltsbezeichnung regelt.

In einem zunehmend international agierenden Handels- und Rechtsverkehr gewinnen auch Freizügigkeit und grenzüberschreitende Tätigkeiten von Rechtsanwälten stetig an Bedeutung.<sup>9</sup> Die Berufsausübung von Anwälten aus Staaten der EU in Deutschland findet sich im Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)<sup>10</sup> geregelt. Auf kollisionsrechtlicher Ebene unterliegen grenzüberschreitende Sachverhalte wiederum den allgemeinen Regeln des Kollisionsrechts, spezielle Kollisionsregeln finden sich nicht. In materiell-rechtlicher Hinsicht unterliegt die grenzüberschreitende Ausübung rechtsanwaltlicher Tätigkeit – nunmehr<sup>11</sup> – allein den Regeln der BORA.

Außerhalb des anwaltlichen Berufsrechts im engen Sinne stehend, aber mit diesem untrennbar verbunden, ist – selbstverständlich – das Grundgesetz, und hier insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>12</sup> „Schnittstellen“ bestehen gleichsam zum Europarecht.<sup>13</sup>

Für den Praktiker naturgemäß von erheblicher Bedeutung ist die Vergütung seiner Tätigkeit. Diese findet sich mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG)<sup>14</sup> in Gestalt eines eigenständigen Gesetzes geregelt. Zuletzt gilt es das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (RDG)<sup>15</sup> zu

nennen, welches unter anderem außergerichtliche Rechtsdienstleistungen regelt.

### III. Berufsrecht und Berufsethik

Berufsrecht, Berufsethik, teilweise gar Standesrecht<sup>16</sup> bzw. -ethik sind allesamt Begriffe, die um das tradierte Bild des Anwaltsberufes kreisen. Vorab ist jedoch festzuhalten: Berufsrecht ist eine Domäne des Rechts, es erwächst als Gesetz zur Rechtsverbindlichkeit und Justiziabilität. Berufsethik ist dagegen Teil der Ethik – der Lehre vom menschlichen Handeln, seinen Voraussetzungen und seiner Bewertung. Als eine Art „Moralwissenschaft“<sup>17</sup> ist sie eine Disziplin der Philosophie, besser gesagt: der praktischen Philosophie. Für die Anwaltschaft interessant ist das Teilgebiet der normativen Ethik als Lehre vom moralisch richtigen Handeln. Daneben schwebt das Ethos als Kanon der Vorschriften über das moralisch richtige Handeln.<sup>18</sup>

Es liegt auf der Hand, dass Produkte eines philosophischen Diskurses – seien sie auch von argumentativer Hochwertigkeit und Überzeugungskraft geprägt – dem Bedürfnis des Rechtsanwenders nach berechenbaren, Allgemeingültigkeit und Verbindlichkeit für sich beanspruchenden, Regelungen nicht gerecht werden.

Ein solches Verständnis vom Verhältnis Berufsrecht-Berufsethik teilt auch das BVerfG: Im Leitsatz zum prominenten Bastille-Beschluss vom 14.7.1987<sup>19</sup> stellte das BVerfG fest: „Es wird nicht daran festgehalten, dass die Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel über die anwaltlichen Berufspflichten nach Maßgabe des § 43 BRAO herangezogen werden können.“<sup>20</sup> Dem Ethikregime wurde damit Rechtsverbindlichkeit und schließlich Rechtsrelevanz entzogen<sup>21</sup> Doch entfallen ethische Gebote, seien sie auch nur als Richtlinien verstanden, nicht auch eine moralische Verbindlichkeit, die in der Pragmatik ihrer tatsächlichen Befolgung der rechtlichen gleichsteht oder zumindest gefährlich nahe kommt<sup>22</sup>, so dass man vielleicht doch noch von Rechtsrelevanz sprechen sollte?

<sup>9</sup> Siehe hierzu etwa *Henssler*, NJW 2009, 1556; *Hellwig*, BRAK-Mitt. 2009, 50; *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005; *Kohler*, Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Rechtsanwälten, 2010.

<sup>10</sup> Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, BGBl. I 2000, S. 182.

<sup>11</sup> Bis zur Aufhebung des § 29 BORA am 15.4.2013 ergab sich aus diesem die Verpflichtung zur Anwendung der sog. CCBE-Berufsregeln in der Fassung vom 28.10.1988 im Falle grenzüberschreitender anwaltlicher Tätigkeit. Die CCBE (Council of Bars and Law Societies) ist ein privatrechtlicher Zusammenschluss der europäischen Anwaltskammern und Anwaltsvereine. Zur Vereinheitlichung erließ diese bereits 1988 jene Berufsregeln, die die grenzüberschreitende Ausübung anwaltlicher Tätigkeit zum Gegenstand hatten. Siehe *Grunewald*, NJW 2013, 3620; *Schwärzer*, in: Feuerich/Weyland, Kommentar zur BORA, 9. Aufl. 2016, § 29 BRAO Rn. 1 ff.

<sup>12</sup> Dies rief das Bundesverfassungsgericht in seinen Bastille-Entscheidungen eindrucksvoll in Erinnerung.

<sup>13</sup> So etwa die Entscheidungen des EuGH, Urt. v. 19.2.2002, RS. C – 309/99 (Wouters) und RS. C – 35/99 (Ardouino).

<sup>14</sup> BGBl. I 2004, S. 718 (788). Die Ausgestaltung als separates Gesetz ist Ausdruck der engen Verknüpfung mit dem Prozessrecht.

<sup>15</sup> BGBl. I 2007, S. 2840. Mit Einführung des RDG kam es zu einer Lockerung des bis dahin bestehenden Beratungsmonopols der Anwaltschaft hinsichtlich außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen. Zu den nichtanwaltlichen Dienstleistern ausführlich v. *Lewinski*, Grundriss des Anwaltlichen Berufsrechts, 3. Aufl. 2012, S. 247 ff.

<sup>16</sup> Zum Begriff des Standesrechts *Warburg*, in: Festschrift für Walter Reimers zum 65. Geburtstag, 1979, S. 139 (142).

<sup>17</sup> „[...] quia pertinet ad mores, quod ethos illi vocat, nos eam partem philosophiae de moribus appellare solemus, sed decet augentem linguam Latinam nominare moralem“, (...weil es dem Verhalten angehört, was die anderen [die Griechen] ἦθος nennen), *Cicero*, De fato, Cap. I § 1.

<sup>18</sup> Vgl. zur Dichotomie Anwaltsethik/Anwaltsethos *Hellwig*, AnwBl. 2009, 465 (466).

<sup>19</sup> Zur Etymologie der Beschlussbezeichnung: Am selben Tag knapp 200 Jahre zuvor, nämlich am 14.7.1789, fand die Prise de la Bastille – der Sturm auf die Bastille, der als symbolischer Beginn des Französischen Revolution gilt – statt.

<sup>20</sup> BVerfGE 76, 171.

<sup>21</sup> BVerfGE 76, 171 (187 ff.); (insb. zu § 43 BRAO); BVerfGE 191, 205.

<sup>22</sup> Vgl. zudem *Möllers*, in: Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 143 ff.

Und so verstummt die Diskussion zum Thema nicht; im Gegenteil: Anwaltliche Berufsethik erlebt über das „Einfallsstor“<sup>23</sup> des § 43 BRAO neuerdings eine „kaum für möglich gehaltene Renaissance.“<sup>24</sup> Ob in der Tat von einer Wiedergeburt die Rede sein kann, ist freilich nicht festzustellen, denn die Debatte köchelt in Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten vor sich hin.<sup>25</sup> Doch scheint die Frage nach einem originär anwaltlichen Berufsethos<sup>26</sup> die Anwaltschaft in einem Punkt zu treffen, wo Regelungs-, zumindest jedoch Strukturierungsbedarf zu beobachten ist. So war in jüngster Zeit Berufsethik Gegenstand zahlreicher Diskussionen in der Anwaltschaft.<sup>27</sup> Vorgeschlagen wurde auch die Schaffung eines verbindlichen Ehrenkodex nach dem Vorbild des Corporate Governance Codex<sup>28</sup> für börsennotierte Gesellschaften<sup>29</sup> oder eine Orientierung am Berufsethos der Mediziner, bei dem aus praktischer Sicht parallelen zum Anwaltsethos gezogen werden können.<sup>30</sup> Über diesen Vorschlag berichtete (sogar) die Tagespresse, was für berufsethische Grunddiskussionen gewiss keine Regelmäßigkeit darstellt und auf öffentliches, über die Grenzen eines Berufsinternums hinaus gehendes Interesse deutet.<sup>31</sup> In der aktuellen Diskussion ist ferner Unbehagen angesichts eines fortschreitenden Abdriftens in die Unbestimmtheit des anwaltlichen Berufsbildes zu beobachten, und damit schließlich die existenzielle Frage nach dem Anwaltsein in Abgrenzung zu anderen Berufsfeldern.<sup>32</sup>

Dass es sich bei dieser Diskussion symptomatisch nicht nur um eine bloße Reminiszenz, gar eine „Sehnsucht nach

der guten alten Zeit“<sup>33</sup>, sondern um stets wiederkehrende Brennpunkte der Gegenwart handelt, zeugt auch nicht zuletzt die seit 2012 im Anwaltsblatt erscheinende Rubrik, die adäquat zum gegenständlichen Phänomen „Anwälte fragen nach Ethik“ genannt wurde.<sup>34</sup>

Schließlich zeugt auch die Begriffsdichotomie Berufsrecht und Berufsethik selbst von fehlender Eintracht beider Regelungsregimes: Berufsethik ist schon begrifflich nicht mit Berufsrecht gleichzusetzen; andererseits ist Berufsrecht nur denkbar, wenn überhaupt eine Vorstellung – sei sie nebulös – von Berufsethik existiert. Diese grundlegende Überlegung führt zur Frage nach dem Telos der Diskussion über die anwaltliche Berufsethik: Ist das Ziel eine Zusammenstellung, d.h. Konkretisierung und Verschriftlichung oder ein freilich weiter greifendes Verbindlichmachen, d.h. Verrechtlichung<sup>35</sup> herausgearbeiteter Ethikvorstellungen? Im ersten Falle würde die Zusammenstellung die Grenzen eines vom Geiste des anwaltlichen Idealbildes geleiteten Manifests der Anwaltschaft keinesfalls sprengen – und ein solches ist jederzeit denkbar und begrüßenswert, jedoch ohne Rechtsverbindlichkeit. Im zweiten Falle würde sich sodann eine weiterführende Frage nach einem berufsethische Vorstellungen verbrieften „echten“ Gesetz stellen. Die Vorschriften dieses Ethikgesetzes, ihre Auslegung und Anwendbarkeit in casu, wären am Berufsethos zu messen sein, also an dem, was sie verbrieften sollen, d.h. letztlich an sich selbst. Damit würde das Ethos als höheres Maß aufhören zu existieren, es würde zum „Opfer der Verrechtlichung“<sup>36</sup>. Ob eine gesetzliche Fixierung des anwaltlichen Berufsethos geboten ist, erscheint unbeschadet der Diskussion nach dessen inhaltlicher Ausfüllung bereits unter diesem Kritikpunkt fraglich.<sup>37</sup> Auf diese Weise bleibt es dem unabhängigen „Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“ (§ 3 Abs. 1 BRAO) selbst überlassen, ob er ein „guter“ oder „schlechter“ Anwalt ist und nach welchem Ideal er dies erlassen möchte.

#### IV. Berufsbild

Das soeben skizzierte Verhältnis zwischen Berufsrecht und Berufsethik soll aber nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass sich im Berufsrecht Vorschriften finden, deren Fundament im anwaltlichen Berufsethos zu verorten ist. Und

<sup>23</sup> Römermann/Praß, in: Beck'scher Online-Kommentar zur BORA, Ed. 14, Stand: 1.6.2016, § 43 Rn. 8.

<sup>24</sup> Singer, in: Singer (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, Berufsrecht und Berufspraxis, 2015, S. 155.

<sup>25</sup> Vgl. etwa BGHZ 34, 64 = NJW 1961, 313 (zu den Standespflichten des Rechtsanwalts) und den Berufspflichten des zugelassenen Rechtsberaters); BVerfGE 26, 186 = NJW 1969, 2192 (zur Verfassungsmäßigkeit der anwaltlichen Ehrengerichtbarkeit); Warburg (Fn. 16), S. 143 ff.

<sup>26</sup> Als einer der wenigen wagt sich Hellwig an einen Definitionsversuch des Anwaltsethos, siehe Hellwig, AnwBl. 2009, 465 (466 f.).

<sup>27</sup> Allein aus den letzten sechs Jahren etwa die Diskussionsberichte vom Deutschen Anwaltstag Vogt, AnwBl. 2016, 580; Henke, AnwBl. 2015, 613; Wagner, AnwBl. 2014, 737; Reckin, AnwBl. 2013, 646; Rath, AnwBl. 2012, 635 f.; Henke, AnwBl. 2011, 549. Zur Ethikdebatte ausführlich bereits Ignor, NJW 2011, 1537.

<sup>28</sup> Vgl. insb. § 161 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>29</sup> So Henssler, ehemaliger Präsident des deutschen Juristentags, in seinem Vortrag zum 100-jährigen Jubiläum der Hans Soldan Stiftung in Berlin, Henssler, AnwBl. 2008, 721 (727 f.).

<sup>30</sup> Vgl. etwa Henke, AnwBl. 2015, 613.

<sup>31</sup> Näheres hierzu Singer (Fn. 24), S. 156 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. Hellwig, Berufsrecht und Berufsethik der Anwaltschaft in Deutschland und Europa, 2015, S. 8 ff.

<sup>33</sup> In diesem Zusammenhang der Titel bei Vogt, AnwBl. 2016, 580.

<sup>34</sup> Leserinnen und Leser des Anwaltsblattes werden in der Rubrik zur Teilnahme an der Diskussion anhand eines vorgestellten „Grenzfalles“ eingeladen; die Beiträge sollen per E-Mail an den DAV-Ausschuss Anwaltsethik und Anwaltskultur übersandt werden.

<sup>35</sup> Zur „Verrechtlichung“ verschiedener Lebensbereiche G'Giorgis, Die Liberalisierung des Anwaltsberufs, 2015, S. 55 f.

<sup>36</sup> v. Lewinski (Fn. 15), S. 24.

<sup>37</sup> Vgl. auch das Diskussionspapier des BRAK-Präsidiums zur Berufsethik der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, BRAK-Mitteilungen 2/2002, S. 58 (dort insb. Punkt 6); ferner Römermann/Praß (Fn. 23), § 43 Rn. 10; v. Lewinski (Fn. 15), S. 24 m.w.N.

gerade ihre berufsethische Provenienz führt zu Fragestellungen, mit denen sich die Rechtsanwaltschaft regelmäßig beschäftigt. Eine davon ist die Frage nach dem Berufsbild.

Spricht man allgemein vom „Anwalt“, so stellt dies den Eingeweihten vor ein Problem: von wem ist die Rede? Vom „einsamen Wolf“ und Einzelkämpfer – dem niedergelassenen Rechtsanwalt – oder vom angestellten Rechtsanwalt in einer Großkanzlei, oder möglicherweise vom Mitarbeiter der Rechtsabteilung eines Konzerns, gar deren Leiter? Daneben gibt es aber noch eine Reihe an weiteren Berufen, die zwar keine Anwaltsberufe, jedoch in ihrer wahrgenommenen Tätigkeit nah genug an der Materie „Recht“ sind, dass sie von Nichtjuristen häufig als „Anwaltsberufe“ angesehen werden. Zu nennen sind hier vor allem die nichtanwaltlichen Rechtsdienstleister nach dem RDG, sowie Mediatoren<sup>38</sup>, Steuerberater<sup>39</sup> und Wirtschaftsprüfer<sup>40</sup>, ferner die aus terminologischer Sicht trügerischen Patentanwälte<sup>41</sup> und schließlich die Notare<sup>42</sup>, die meistens gleichzeitig zwar auch zugelassene Rechtsanwälte sind, die aber in ihrer notariellen Tätigkeit ein gänzlich anderes Gewand tragen.

Folgt man der gesetzlichen Typologie, stellt die erstgenannte Trias – niedergelassener Rechtsanwalt, angestellter Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt (speziell §§ 46 ff. BRAO) – einen *numerus clausus* der Anwaltsberufe dar. Unbeschadet der auftretenden Besonderheiten des jeweiligen Berufsbildes, verbindet eine Reihe an Prinzipien sämtliche Spielarten des Anwaltsberufs, die für das Wesen des jeweiligen Berufsbildes mehr oder weniger prägend sind. Dies sind: freie Advokatur sowie Stellung als Organ der Rechtspflege und parteilicher Interessenvertreter.

### 1. Freie Advokatur

Bereits terminologisch knüpft das erste Prinzip an vergangene Zeiten an. Im anwaltlichen Berufsrecht findet sich diese Reminiszenz *expressis verbis* lediglich an einer Stelle, nämlich als Überschrift zu § 1 BORA. Historisch betrachtet, entwickelte sich das Prinzip im Zuge der Liberalisierung des Anwaltsberufs im 19. Jahrhundert.<sup>43</sup> Ausgangspunkt war das Spannungsverhältnis zwischen der strikt staatlichen (und

daher vom Staat abhängigen) und der berufsständisch-autonomen (und daher vom Staat unabhängigen) Regulierung der Berufsausübung und -organisation, was im zeitgenössischen Vergleich mit anderen europäischen Staaten ein typisch preußisches Charakteristikum war.<sup>44</sup>

Nach geltender Rechtslage besteht dieser Dualismus nicht. § 1 Abs. 1 BORA bestimmt, dass der Rechtsanwalt seinen Beruf „frei, selbstbestimmt und unreglementiert“ ausübt, „soweit Gesetz oder Berufsordnung ihn nicht besonders verpflichten.“ Damit wird eine deutliche Aussage zugunsten einer weitgehenden Autonomie des Anwaltsberufes verbrieft. Diese Staatsferne wird sodann durch die weiteren Bestimmungen des § 1 BORA konkretisiert. So spricht § 1 Abs. 2 S. 1 BORA von „Freiheitsrechte[n] des Rechtsanwalts“, die die „Teilhabe des Bürgers am Recht gewährleisten“; ferner: „Seine Tätigkeit dient der Verwirklichung des Rechtsstaats“ (§ 1 Abs. 2 S. 2 BORA). Beides bewirkt neben § 1 Abs. 1 BORA geradezu eine – freilich überspitzt ausgedrückt – Apotheose des Rechtsanwalts als entscheidenden Träger institutionalisierter Rechtsstaatlichkeit.<sup>45</sup> Von größerer praktischer Bedeutung könnte indes § 1 Abs. 3 BORA. Danach ist der Rechtsanwalt „unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“. Als solcher hat er seine Mandanten „vor Rechtsverlusten zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten, vor Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren und gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung und staatliche Machtüberschreitung zu sichern.“ Praktischen Niederschlag erfährt diese Bestimmung vor allem in der Tatsache, dass der Rechtsanwalt dem Staat dienen darf, soweit dies nicht nachteilig für die Interessen seines Mandanten ist. Unmittelbare Relevanz für die Rechtspraxis konnte § 1 BORA allerdings noch nicht für sich beanspruchen<sup>46</sup> und wird dies – angesichts seines Regelungsgehalts – künftig auch nicht anders erfahren.

Nach dem Gesagten ist nun der Rechtsanwalt ein parteilicher, jedoch in seiner Tätigkeit von äußeren Einflüssen unabhängiger Interessenvertreter (nur) des bei ihm Rechtsbeistand ersuchenden Mandanten. Diese Grundaussage bestätigen noch weitere Vorschriften des anwaltlichen Berufsrechts, namentlich §§ 3, 43a Abs. 1 BRAO. Nach § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt der „berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.“ In dieser Vorschrift, die zwar nicht subsumierbar ist<sup>47</sup>, kommt jedenfalls die dichotome Berufstypik des Rechtsanwalts zum Ausdruck. Die Verantwortung für seine Unabhängigkeit trägt zuvörderst der Rechtsanwalt selbst; er ist es nämlich, der gem. § 43a Abs. 1 BRAO keine Bindungen eingehen darf, „die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden.“<sup>48</sup>

<sup>38</sup> Vgl. Mediationsgesetz (MediationsG), BGBl. I 2012, S. 1577.

<sup>39</sup> Vgl. Steuerberatungsgesetz (StBerG), BGBl. I 1975, S. 2735.

<sup>40</sup> Vgl. Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung oder WiPrO), BGBl. I 1975, S. 2803.

<sup>41</sup> Vgl. Patentanwaltsordnung (PAO), BGBl. I 1966, S. 557. Gemeinsam mit den Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern gehören die Patentanwälte zu den „sozietätsfähigen Berufen“, v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 251. Für die gemeinschaftliche Berufsausübung gewährt § 59a BRAO den Rechtsanwälten die Möglichkeit, sich mit ihnen zusammenzuschließen.

<sup>42</sup> Vgl. Bundesnotarordnung (BNotO), ursprüngliche Fassung bereits RGBL. I 1937, S. 191.

<sup>43</sup> Über die „rechte Organisation der Advocatur“ wegweisend v. *Gneist*, *Freie Advocatur: Die erste Forderung aller Justizreform in Preussen*, 1867, S. 49 ff.

<sup>44</sup> v. *Gneist* (Fn. 43), S. 49 ff.

<sup>45</sup> Vgl. auch *Römermann* (Fn. 23), § 1 Rn. 1 („Pathos-katalog“).

<sup>46</sup> *Wolf*, in: *Gaier/Wolf/Böcken*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. 2014, § 1 BORA, Rn. 4.

<sup>47</sup> *Wolf* (Fn. 46), § 3 BRAO, Rn. 4.

<sup>48</sup> Dies beinhaltet auch und gerade die finanzielle Unabhängigkeit, vgl. § 7 Nr. 8 und § 14 Abs. 2 Nr. 7, 8 BRAO, siehe

Gerade solche Bindungen gehen aber die angestellten Rechtsanwältinnen und die Syndikusrechtsanwältinnen mit ihren Arbeitgebern ein. Gem. § 46 Abs. 1 BRAO dürfen Rechtsanwältinnen ihren Beruf „als Angestellte solcher Arbeitgeber ausüben, die als Rechtsanwältinnen, Patentanwältinnen oder rechts- oder patentanwaltliche Berufsausübungsgesellschaften tätig sind“, als angestellte Rechtsanwältinnen ausüben. Daneben beinhaltet § 46 Abs. 2 S. 1 BRAO die Legaldefinition des zweiten, ebenfalls von Dritten abhängigen Berufstypus, und bestimmt, dass Syndikusrechtsanwältinnen „Angestellte anderer als der in Absatz 1 genannten Personen oder Gesellschaften“ sind, „sofern sie im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses für ihren Arbeitgeber anwaltlich tätig sind.“<sup>49</sup> Beide Berufstypen haben also einen Arbeitgeber, einmal – folgt man der maßgeblichen Bestimmung des § 46 BRAO – einen anwaltlichen und einmal einen nichtanwaltlichen. Von diesem sind sie jeweils nicht nur finanziell abhängig, sondern sind auch an seine Weisungen sowie sonstige Bestimmungen aus dem Arbeitsvertrag gebunden. Gewiss variieren im Einzelfall die Anstellungsmodalitäten, so dass in der Praxis ein bestimmter Syndikusrechtsanwalt mehr Unabhängigkeit haben kann als sein angestellter Kollege aus der Großkanzlei nebenan. Ferner werden beide ohnehin, fachlich unabhängig und in gewissem Maße eigenverantwortlich, juristische Aufgaben bewältigen.<sup>50</sup> Insgesamt kommt es aber nicht auf eine Nuancierung des Abhängigkeitsgrades an; die Berufspraxis der „abhängigen“ Berufstypen divergiert jedenfalls vom anwaltsrechtlichen Idealbild des (vollkommen) „unabhängigen Rechtsberaters“.<sup>51</sup> Es handelt sich um Ausnahmen, die das Berufsrecht einer in den §§ 46 ff. BRAO besonders regelt.

Dabei wird der Syndikusrechtsanwalt stärkeren Restriktionen unterzogen als der (nur) angestellte Rechtsanwalt: Gem. § 46 Abs. 5 S. 1 BRAO beschränkt sich etwa die Befugnis

des Syndikusrechtsanwalts „zur Beratung und Vertretung“ auf die „Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers“.<sup>52</sup> Für die kurze Einführung ins anwaltliche Berufsrecht von Relevanz ist ferner § 46b Abs. 2 BRAO, der weitgehende Vertretungsverbote<sup>53</sup> statuiert. Aus ihnen ergibt sich eine Vertretungsbefugnis des Arbeitgebers (lediglich) vor den Amtsgerichten, wo also kein „Anwaltszwang“ des § 78 ZPO herrscht. Für alle anderen, gesetzlich nicht angesprochenen Fälle gelten nach § 46c Abs. 1 BRAO „die Vorschriften über Rechtsanwältinnen.“

Die vorgestellte Rechtslage gilt nach der Novellierung des Berufsrechts der Syndikusrechtsanwältinnen in den §§ 46-46c BRAO<sup>54</sup> zum 1.1.2016.<sup>55</sup> Eines der wichtigsten Ergebnisse des Legislationsprozesses – neben der gesetzlichen Konturierung des Berufsbildes – ist nun die Möglichkeit der gesonderten Zulassung als Syndikusrechtsanwalt, § 46a BRAO. Als Konsequenz ist eine sog. Doppelzulassung erlaubt – als niedergelassener Rechtsanwalt und als Syndikusrechtsanwalt.<sup>56</sup> Je nach Eigenschaft, in welcher der Anwalt auftritt, gelten die „normalen“ Berufsregeln oder die strengeren besonderen.<sup>57</sup>

## 2. Organ der Rechtspflege

Weniger relevant erscheint vor dem richtungsbestimmenden Hintergrund der freien Advokatur die Stellung des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“ nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 BRAO.<sup>58</sup> Obwohl das Berufsbild hierdurch gewissermaßen abgerundet wird, kann aus § 1 Abs. 1 BRAO kein eindeutiger, in eine konkrete Richtung weisender Regelungsgehalt entnommen werden. Bereits der Wortlaut provoziert hermeneutische Ungewissheit<sup>59</sup>, indem der Begriff „Organ“ mit einer einzigartigen Semantik ausgestattet wird: Weder institutionalisiert als Teil einer übergeordneten Organisationsstruktur, noch im Sinne eines Amtes mit dienstrechtlicher

hierzu *Ganter*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 257; *Jungk*, AnwBl. 2004, 117 f.; *Römermann*, AnwBl. 2005, 178 ff.; *Römermann*, AnwBl. 2006, 237 f.; *Römermann*, AnwBl. 2010, 418; *Vossebürger* (Fn. 11), § 7 Rn. 91 ff.; allg. zum Verbot des Zweitberufs *Frellesen*, Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, 2008, S. 471 ff.; vgl. zudem BT-Drs. 3/120, S. 49.

<sup>49</sup> Zum Begriff des Syndikusrechtsanwalts *Träger* (Fn. 11), § 46 Rn. 1 ff.; *Römermann/Zimmermann* (Fn. 23), § 46 Rn. 11.

<sup>50</sup> So auch die Beispiele in § 46 Abs. 3 BRAO: „Eine anwaltliche Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch folgende fachlich unabhängig und eigenverantwortlich auszuübende Tätigkeiten sowie durch folgende Merkmale geprägt ist: 1. die Prüfung von Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung des Sachverhalts, sowie das Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten, 2. die Erteilung von Rechtsrat, 3. die Ausrichtung der Tätigkeit auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen, insbesondere durch das selbständige Führen von Verhandlungen, oder auf die Verwirklichung von Rechten und 4. die Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten.“

<sup>51</sup> *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 (117) („Anwalt sui generis“).

<sup>52</sup> *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 (117); zur alten Rechtslage noch *Bartosch-Koch*, AnwBl. 2010, 37.

<sup>53</sup> *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 (117 f.).

<sup>54</sup> Ausführliche Besprechungen der Neuordnung bei *Burmann*, Festschrift für Klaus Tolksdorf, 2014, S. 443 ff.; *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 ff.; *Hellwig*, AnwBl. 2015, 2; *Remmert*, BRAK-Mitt. 2/2016, 47 ff.; sowie Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwältinnen vom 16.6.2015, BT-Drs. 18/5201. Überblick bei *Löwe*, BRAK-Magazin 1/2016, 7 f.

<sup>55</sup> Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwältinnen und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung vom 21.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2517.

<sup>56</sup> Zu den Zulassungsvoraussetzungen de lege lata *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 (114 f.).

<sup>57</sup> So auch schon zur sog. Doppelberufstheorie in Ansehung des § 46 BRAO a.F. *Träger* (Fn. 11), § 46 Rn. 3.

<sup>58</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Begriffs *Busse*, in: *Hennessler/Prütting*, Kommentar zur BRAO, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 9 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Redeker*, NJW 2010, 1341 (1342); *Busse* (Fn. 58), § 1 Rn. 25 m.w.N.

Ausgestaltung sei diese Organstellung zu deuten.<sup>60</sup> Gewiss würde beides unmittelbar in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts ingerieren und die Erhebung zum „unabhängigen Organ der Rechtspflege“ letztendlich in eine *contradictio in adiecto* umkehren.<sup>61</sup>

Doch auf der anderen Seite, betrachtet man § 1 Abs. 1 BRAO systematisch im Berufsrecht und zudem statusrechtliche in der Rechtspflegeverfassung, tritt eine verständliche Bedeutung der Vorschrift hervor. Systematisch steht § 1 Abs. 1 BRAO als Tor zum Anwaltsrecht und zeichnet den Rahmen, innerhalb dessen sich der Rechtsanwender den nachfolgenden Bestimmungen widmet. Der Rechtsanwalt ist zwar unabhängig, er gehört aber zugleich zur Rechtspflege<sup>62</sup> im weiten Sinne, was bedeutet, dass er an der Verwirklichung des Rechtsstaates mitwirkt<sup>63</sup> (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 BORA) und in dieser Rolle frei von externen Einflüssen handelt. Seine Zugehörigkeit – also seine „Organstellung“ – zur Rechtspflege hat darüber hinaus eine statusrechtliche Konsequenz: Gericht, Staatsanwaltschaft, die ja „echte“ Organe der Rechtspflege sind, und der „unabhängige Berater in allen Rechtsangelegenheiten“ stehen sich gleichberechtigt gegenüber.<sup>64</sup> Ein Subordinationsverhältnis, kraft dessen der Rechtsanwalt den staatlichen Organen Hörigkeit schulden würde, findet damit nicht statt. Freilich ist damit nicht der einzelne Rechtsanwalt als natürliche berufstätige Person gemeint, sondern die „Rechtsanwaltschaft als solche.“<sup>65</sup> Allein aus dieser besonderen Stellung erwachsen jedoch keine besonderen Rechte.<sup>66</sup> Es liegt auf der Hand, dass § 1 Abs. 1 BRAO lediglich Symbolwirkung zugesprochen werden kann.

### 3. Berufener Interessenvertreter

Es wurde im Rahmen des § 3 Abs. 1 BRAO angemerkt, dass der Rechtsanwalt der „berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“ ist. Neben der statuierten Unabhängigkeit findet sich die Ausrichtung auf das Interesse des Mandanten als das „entscheidende Prinzip im anwaltlichen Berufsrecht.“<sup>67</sup> In der Tat steht damit der Rechtsanwalt für die Komplettierung der rechtspflegeverfas-

sungsrechtlichen Trias Gericht, Staatsanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft. Staatsanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft stehen in dieser Darstellung für kollidierende, nicht notwendigerweise gegensätzliche Interessen, die durch das Gericht austariert werden. § 1 Abs. 1 BRAO hat den Anwalt in die Rechtspflege verortet; § 3 Abs. 1 BRAO bestimmt nun seine dortige Funktion.

### 4. Freier Beruf

Schließlich ist allgemein anerkannt, dass der Rechtsanwalt einen „freien Beruf“ ausübt. Dies bestätigt auch § 2 Abs. 1 BRAO. Der Rechtsanwalt wird oft in einem Atemzug mit anderen typischen freien Berufen genannt, etwa mit Architekten, Ärzten, Notaren oder Künstlern und dies grundsätzlich im Zusammenhang der Berufsfreiheit des Art. 12 GG<sup>68</sup> oder mit den definitionsmäßigen Abgrenzungsversuchen bei § 1 HGB.<sup>69</sup> Dies allerdings gibt lediglich den status quo wieder und trägt daher nicht weiter zur Erklärung des Phänomens bei.

Ausschlaggebend für die gegenwärtige Klassifizierung ist vielmehr die historische Entwicklung des Anwaltsberufs als Teil *artes liberales*, also der sog. freien Künste. In diesem Zusammenhang ein Exkurs ins Römische Privatrecht: Grundlage für die Übernahme des Mandats durch den modernen Rechtsanwalt war das römischrechtliche *mandatum* – ein Konsensualvertrag, der zum Gegenstand die Verpflichtung des Mandatars zur unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts für den Mandanten hatte.<sup>70</sup> Es galt mithin die Regel *mandatum nisi gratuitum nihil est*.<sup>71</sup> Da vom Mandatar grundsätzlich Tätigkeiten aller Art übernommen werden konnten und er für seine Tätigkeit keine Entlohnung erwarten durfte, kam es grundsätzlich dazu, soweit es um mehr als um eine gewöhnliche Gefälligkeit unter Freunden ging, dass Aufträge von bereits (ausreichend) Wohlhabenden übernommen wurden, und es waren auch gerade die Wohlhabenden, die sich überhaupt Bildung leisten konnten. Die auftragsgemäße Betätigung der Wohlhabenden und Gebildeten war dabei geprägt – so das stereotypische, an Standeszugehörigkeit anknüpfende Denken – von *utilitas* (Nützlichkeit) für sich oder für einen Fremden<sup>72</sup> (etwa geistige Weiterbildung), im Gegensatz zu den „niedereren“ Tätigkeiten, die geprägt waren von *necessitas* (Notwendigkeit) und *voluptas* (Begier-

<sup>60</sup> Etwa *Kleine-Cosack*, in: *Kleine-Cosack*, Kommentar zur BRAO, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 22.

<sup>61</sup> So im Ergebnis auch BT-Drs. 3/120, S. 49.

<sup>62</sup> Vgl. andererseits zur Organstellung des Rechtspflegers nach § 1 und § 9 RpfVG *Radke*, in: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl. 2015, § 1 RpfVG Rn. 1; zur Rechtspflege als Teil der Staatsgewalt bereits *Hellwig*, *System des deutschen Zivilprozesses*, Teil 1, 1912, S. 34 ff. sowie *Busse* (Fn. 58), § 1 Rn. 23.

<sup>63</sup> Vgl. *Kleine-Cosack* (Fn. 60), § 1 Rn. 21.

<sup>64</sup> BVerfGE 34, 293 = NJW 1973, 696; *Brüggemann* (Fn. 11), § 1 Rn. 4; BT-Drs. 3/120, S. 49.

<sup>65</sup> *Busse* (Fn. 58), § 1 Rn. 37.

<sup>66</sup> Aus dem Zusammenspiel der „Organstellung“ des Rechtsanwalts und dessen Unabhängigkeit können jedoch Schutzmechanismen gegen Eingriffe in die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit extrahiert werden, s. Überblick bei *Busse* (Fn. 58), § 1 Rn. 30 f.

<sup>67</sup> v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 33.

<sup>68</sup> Ausführlich etwa *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum GG*, 78. EL., Stand: September 2016, Art. 12 Rn. 268 ff.

<sup>69</sup> *K. Schmidt*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 32 ff.

<sup>70</sup> Ein gelungener Überblick über die Pflichten der Vertragsparteien im Rahmen des Mandats findet sich bei *Benke/Meissel*, *Übungsbuch Römisches Schuldrecht*, 7. Aufl. 2006, S. 208 f.

<sup>71</sup> *Paulus* D. 17, 1, 1, 4; die *Digestenstelle* geht weiter: „[...] nam originem ex officio atque amicitia, contrarium es officio merces“ (denn seinen Ursprung hat der Auftrag im Pflichtgefühl und in der Freundschaft; mit Pflichtgefühl ist Entgelt aber unvereinbar). Vgl. hierzu § 662 BGB.

<sup>72</sup> *Nörr*, ZRG-RA 1965, 67 (75).

de).<sup>73</sup> Von großer utilitas waren dabei Tätigkeiten an Orator/Advokatus, Lehrer, Dichter oder Philosoph.

Die Lebensrealität bewirkte nun, dass sich auf ihre unentgeltliche Berufstätigkeit Konzentrierende erst in Einzelfällen, später doch regelmäßig auf eine Aufwandsentschädigung einstellen konnten. Kontrahierten „Ehrenmänner“ miteinander, so war es auch eine Frage der Ehre, ob für besonders gute Leistungen nicht doch materiell ausgedrückter Dank angebracht sei. Es entwickelte sich das sog. honorarium.<sup>74</sup> Dieses war grundsätzlich unklagbar<sup>75</sup> und stellte daher eine Vergütung „ehrenhalber“ dar. Den Zielen der vorliegenden Darstellung genügen schließlich die zutreffenden Worte des Gesetzgebers zu § 2 BRAO: „Vielmehr liegt die Eigenart des freien Berufes vornehmlich darin begründet, daß seine Angehörigen sich nicht vom Streben nach Gewinn bestimmen lassen dürfen [...]. So werden die Handlungen und Unterlassungen eines Anwalts, der von der ethischen Aufgabe seines Berufes erfüllt ist, von dem Motiv geleitet sein, das Recht zu verwirklichen. Von diesem idealen Streben her gesehen übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf aus.“<sup>76</sup>

Die freien Berufe haben sich im Laufe der Zeit professionalisiert. Um in die Reihen einer „freien“ Berufsgruppe aufgenommen zu werden, muss solides Grundwissen – erworben im Zuge jahrelanger Ausbildung – mitgebracht werden. So können Berufe mit besonderem Schadenspotential, wie etwa Ärzte oder Rechtsanwälte, bei aller Hingabe und geistiger Eignung der Interessenten nur dann ausgeübt werden, wenn der Staat nach standardisierter Prüfung das grüne Licht gibt, vide Staatsexamina.

Wer nun als Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt, kann in dieser Eigenschaft nicht koinzident ein Gewerbe ausüben, da sich die beiden Berufstypen gegenseitig ausschließen.<sup>77</sup> Nach einer gängigen Definition – hier ist auf das Paradigma des HGB abzustellen – ist ein Gewerbe nämlich jede selbständige und planmäßig ausgeübte, auf eine gewisse Dauer angelegte und mit *Gewinnerzielungsabsicht* betriebene wirtschaftliche Betätigung, die als solche nach außen erkennbar und *kein* freier Beruf ist.<sup>78</sup> Dass verschiedenen Gesetzen ein

leicht abgeänderter, dem jeweiligen Regelungszweck entsprechender Gewerbebegriff zugrunde liegt<sup>79</sup>, ändert nichts an der teleologischen Antinomie des Anwaltsberufes und der Gewerbetätigkeit.<sup>80</sup> Ein freilich anderes Bild impliziert allerdings der Wortlaut des § 2 Abs. 2 BRAO, indem er davon spricht, dass die Tätigkeit des Anwalts „kein Gewerbe“ ist. Doch handelt es sich hierbei lediglich um eine Unterstreichung des Abs. 1. Insoweit sind die Bestimmungen des § 2 BRAO deklaratorisch.

## V. Ausgewählte Prinzipien des Berufsrechts

Das vorgestellte Berufsbild wird ergänzt durch weitere, praktisch relevante Prinzipien. Im Folgenden werden die wichtigsten vorgestellt; sie sind bindend für alle Ausprägungen des Rechtsanwalts und als berufstypisch angesehen werden können.

### 1. Verbot der Vertretung bei widerstreitenden Interessen

Als parteilicher Interessenvertreter darf der Rechtsanwalt nicht tätig werden, sobald es aufgrund der (weiteren) Mandatsübernahme zur Interessenkollision kommt.<sup>81</sup> In diesem Zusammenhang statuiert § 43a Abs. 4 BRAO ein Verbot der Vertretung bei widerstreitenden Interessen.<sup>82</sup> Das Berufsrecht unterscheidet zwei Fallgruppen: das Vertretungsverbot bei konkreter und bei abstrakter Interessenkollision. Die erste Fallgruppe behandelt Fälle der sog. Prävarikation, also der Interessenkollision „im berufsrechtlichen Sinne“<sup>83</sup> nach Maßgabe der § 3 BORA und § 43a Abs. 4 BRAO. Es handelt sich hierbei um ein unmittelbar mandatsbezogenes Verbot, das vorliegt, wenn bei Sachverhaltsidentität konfligierende Interessen auftreten, der Rechtsanwalt beruflich vorbefasst ist.<sup>84</sup> Schließlich muss der Rechtsanwalt – wie der Wortlaut der Verbotsvorschrift bestimmt – diese Interessen auch vertreten.<sup>85</sup> Sachverhaltsidentität liegt bei derselben Rechtssache vor, deren Bestimmung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erfolgt<sup>86</sup>, so etwa bei Delikten, Vertragsparteien oder Parteien, die in einem besonderen Näheverhältnis zueinander stehen (z.B. Eheleute, Gesellschaft-Gesellschafter).<sup>87</sup>

<sup>73</sup> Zum Arbeitsbegriff der Antike eingehend *Hohm*, Politik als Beruf: Zur soziologischen Professionalisierungstheorie der Politik, 1987, S. 13 ff. sowie *Nörr*, ZRG-RA 1965, 67 (69 ff.).

<sup>74</sup> D. 11, 6, 1 pr.; ferner *Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, S. 416; *Dunand/Schmidlin/Winiger*, Droit Privé Romain II, 2. Aufl. 2012, S. 108.

<sup>75</sup> *Honoré*, Emperors and lawyers, 2. Aufl. 2003, S. 56 ff.; *Hironaka*, in: *Nörr/Nishimura* (Hrsg.), Mandatum und Verwandtes: Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, S. 6 f.; siehe aber *Kaser* (Fn. 74), S. 416; *Kaser/Knützel*, Römische Privatrecht, 20. Aufl. 2014, § 44 I 1, Rn. 3.

<sup>76</sup> BT-Drs. 3/120, S. 49; vgl. hierzu bereits *Paulus* D. 17, 1, 1, 4.

<sup>77</sup> *Henssler*, ZHR 1997, 13 (21); Allg. zur Problemstellung *Brüggemann* (Fn. 11), § 2 Rn. 6.

<sup>78</sup> Etwa *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 88, 92; *Röhrich*, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 24.

<sup>79</sup> Überblick bei *K. Schmidt* (Rn. 69), § 1 Rn. 22 ff.; *Röhrich* (Fn. 78), § 1 Rn. 19 ff.

<sup>80</sup> BGHZ 72, 282 (283) = NJW 1979, 430.

<sup>81</sup> *Henssler* (Fn. 58), § 43a Rn. 171.

<sup>82</sup> Ausführlich v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 77 ff.; monographisch *Schramm*, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2004; auch aus strafrechtlicher Perspektive *Deckenbrock*, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009.

<sup>83</sup> v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 77.

<sup>84</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen, auch zur Prüfungsreihenfolge, werden im Schrifttum unterschiedliche Ansätze vorgeschlagen, vgl. etwa *Henssler*, NJW 2001, 1521 (1523); *Westerwelle*, NJW 2003, 2958 (2960 f.); v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 77; *Träger* (Fn. 11), § 43a Rn. 56 ff.

<sup>85</sup> *Henssler* (Fn. 58), § 43a Rn. 186; *Schramm* (Fn. 82), S. 89.

<sup>86</sup> v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 79.

<sup>87</sup> Vgl. *Henssler* (Fn. 58), § 43a Rn. 200a ff.



Bei den in concreto bestehenden Interessen handelt es sich um unvereinbare, gegensätzliche oder gar widersprüchliche Interessen jeder Art.<sup>88</sup> Die berufliche Vorbefassung in der potentiell konfliktträchtigen Rechtssache kann aus jedweder, nicht unbedingt anwaltlicher Berufstätigkeit resultieren.<sup>89</sup> Liegen all diese Voraussetzungen vor, so muss der Rechtsanwalt in der Sache tätig werden, um das Verbot aus § 43a Abs. 4 BRAO zu aktivieren. Da hier das objektive Mandanteninteresse vorrangige Berücksichtigung findet, ist auch ein etwaiges Einverständnis der Mandantschaft in die Vertretung für das Bestehen einer Interessenkollision grundsätzlich irrelevant.<sup>90</sup> Weil aber das Verbot zuvörderst das Mandanteninteresse schützt, ist anders zu würdigen, wenn alle potentiell Betroffenen nach umfassender Aufklärung über sämtliche relevante Tatsachen ausdrücklich ihr Einverständnis erklären.<sup>91</sup> Folge eines Verstoßes gegen § 43a Abs. 4 BRAO ist Nichtigkeit des Anwaltsvertrags gem. § 134 BGB.<sup>92</sup> § 43a Abs. 4 BRAO ist dabei ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.<sup>93</sup> Zu beachten ist schließlich, dass es im Einzelfall darüber hinaus zu einer Strafbarkeit des Rechtsanwalts gem. § 356 StGB wegen Parteiverrats kommen kann.

Die zweite Fallgruppe betrifft abstrakte Verbote, d.h. Sachverhalte, bei denen es für ein Verbot nicht auf eine bestehende Interessenkollision ankommt. Maßgeblich ausgestaltet wird das abstrakte Verbot durch § 45 BRAO, der eine Reihe an Zweitberufen und Sachverhalten auflistet, die bereits durch ihr tatbestandsmäßiges Vorliegen zum Tätigkeitsverbot führen.

## 2. Umgehungsverbot

Entscheiden sich die Parteien zur Führung eines Rechtsstreits mit Unterstützung von Rechtsanwälten, verlagert sich die Kommunikation in der Sache auf die Ebene der Rechtsanwälte. Die Austragung des Rechtsstreits wird in fremde, Vertrauen genießende Hände rechtskundiger Dritter abgegeben, was idealerweise für eine symmetrische Interessenwahrnehmung sorgt: Keiner muss den Kontakt mit dem Gegenanwalt fürchten, sich dadurch „überrumpelt“ fühlen und so zu potentiell nachteiligen Entscheidungen bewegt werden. Es liegt auf der Hand, dass durch derartige Kontaktaufnahmen in das Mandatsverhältnis ingeriert wird; Rechtsberatung – sei sie auch wohlgesinnt – des eigenen Mandanten gehört zu den Pflichten, aber auch Rechten des Rechtsanwalts. Aus Mandantensicht stellt sich ferner die Frage nach der Verwirklichung seines Rechts auf Rechtsbeistand, das nicht durch den Ge-

genanwalt berührt werden soll. Dem Schutz dieser nachvollziehbaren Belange dient § 12 BORA.<sup>94</sup>

Um größtmöglichen Schutz zu gewähren, greift das Umgehungsverbot auch dann, wenn der Mandant den Gegenanwalt selber kontaktiert<sup>95</sup>, es sei denn, es liegt eine ausdrückliche Einwilligung des Gegenanwalts vor.<sup>96</sup> Gem. § 12 Abs. 2 S. 1 BORA gilt das Umgehungsverbot nicht bei „Gefahr im Verzuge“, wenn also unter Beachtung des Umgehungsverbots erhebliche wirtschaftliche oder rechtliche Nachteile entstehen würden, die für den eigenen Mandanten unzumutbar wären.<sup>97</sup> Die Folgen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot sind recht gering und können führen zu einer Rüge im Sinne von § 74 BRAO oder zu anwaltsgerichtlichen Maßnahmen nach §§ 113 ff. BRAO.

## 3. Verschwiegenheitspflicht

Umfassende, interessengerechte und nicht zuletzt erfolgreiche Rechtsberatung hängt maßgeblich von einer offenen, auf engstem Vertrauen beruhenden Mandat-Anwalt-Beziehung ab. Im Rahmen seiner Tätigkeit wird der Rechtsanwalt regelmäßig Informationen erhalten, deren Zutragen an Dritte für den Mandanten nicht nur persönlich unliebsam, sondern auch existenzschädigend sein kann. Es verwundert daher nicht, dass den Rechtsanwalt eine weitgehende Verschwiegenheitspflicht trifft.<sup>98</sup> Das Berufsrecht äußert sich zu ihr in § 43a Abs. 2 BRAO und § 2 BORA; flankiert werden diese Vorschriften durch den Straftatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen). Umfasst von der Verschwiegenheitspflicht ist alles, was dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist, § 43a Abs. 2 S. 2 BRAO. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 BORA besteht die Verschwiegenheitspflicht auch nach Beendigung des Mandats.

Die Verschwiegenheitspflicht erfährt in einigen Fällen Grenzen.<sup>99</sup> So bestimmt § 43a Abs. 2 S. 3 BRAO, dass die Pflicht nicht für Tatsachen gilt, die „offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.“ Es handelt sich dabei um Tatsachen, die bereits allgemein bekannt sind und deshalb nicht mehr offenbart werden können<sup>100</sup> sowie um Bagatelltatsachen.<sup>101</sup> Eine weitere Grenze stellt die Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten des Mandanten dar (vgl. § 138 StGB) sowie spezielle, das Berufsrecht in casu derogierende Tatbestände des Geldwäschegesetzes (vgl. § 11 GwG). In diesen Fällen liegt der Befreiung des

<sup>88</sup> Schramm (Fn. 82), S. 88; v. Lewinski, Grundriss des Anwaltlichen Berufsrechts, 3. Aufl. 2012, S. 80.

<sup>89</sup> Vgl. Knöfel, NJW 2005, 6 (7); Träger (Fn. 11), § 43a Rn. 56.

<sup>90</sup> Insoweit differenzierend Träger (Fn. 11), § 43a Rn. 64 m.w.N.

<sup>91</sup> So auch v. Lewinski, (Fn. 15), S. 83; im Ergebnis auch Henssler (Fn. 58), § 43a Rn. 202.

<sup>92</sup> BGH NJW 2016, 2561; BGH NJW 2011, 373.

<sup>93</sup> BGH NJW 2016, 2561 (2561), m.w.N.; zum Meinungsstand Henssler (Fn. 58), § 43a Rn. 210.

<sup>94</sup> Allgemeine Auffassung, siehe etwa BVerfGE 122, 190 (206 f.); BGH NJW 2003, 3692 = AnwBl. 2004, 126 (127); Hartung, AnwBl. 2007, 64; Schwärzer (Fn. 11), § 12 Rn. 2; Thümmel, NJW 2011, 1850 (1851); v. Lewinski (Fn. 15), S. 114.

<sup>95</sup> BGH NJW 2003, 3692 = AnwBl. 2004, 126 (127).

<sup>96</sup> Hartung, AnwBl. 2007, 64 (66).

<sup>97</sup> Schwärzer (Fn. 11), § 12 Rn. 12.

<sup>98</sup> Ausführlich Römermann/Praß (Fn. 23), § 43a Rn. 29 ff.; v. Lewinski (Fn. 15), S. 89 ff.

<sup>99</sup> Überblick bei v. Lewinski (Fn. 15), S. 93 ff.

<sup>100</sup> Träger (Fn. 11), § 43a Rn. 17.

<sup>101</sup> Römermann/Praß (Fn. 23), § 43a Rn. 29 ff.; v. Lewinski (Fn. 15), S. 75.



Rechtanwalts von seiner Verschwiegenheitspflicht eine Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Mandanten und dem öffentlichen Interesse an der Integrität der Rechtsordnung zugrunde. Schließlich kann auch hier der Mandant den Rechtsanwalt von dessen Verschwiegenheitspflicht entbinden.

## VI. Mandatsverhältnis

Von Natur aus für einen jeden Rechtsanwalt von maßgeblicher Bedeutung ist die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses mit seinem Mandanten. Bei diesem handelt es sich um ein Rechtsverhältnis sui generis, welches regelmäßig durch einen Vertrag begründet wird. Es kann jedoch auch auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen oder kraft Hoheitsaktes durch das Gericht zustande kommen.<sup>102</sup> Zwar enthalten BRAO und BORA Einzelregelungen hinsichtlich des Mandats, eine umfassende Regelung des Anwaltsvertrags als besonderen Vertragstypus findet sich im Berufsrecht aber nicht. Es gelangen vielmehr die allgemeinen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anwendung. Die diversen Tätigkeiten eines Anwalts stellen unter § 675 BGB zu subsumierende entgeltliche Geschäftsbesorgungen dar.<sup>103</sup> Typischerweise besteht deren Gegenstand in einer rechtlichen Beratung und/oder gerichtlichen Vertretung. In dieser Konstellation wird von einem gem. § 675 Abs. 1 BGB zu behandelnden Dienstvertrag ausgegangen.<sup>104</sup> Anders verhält es sich nur, sofern ausnahmsweise ein Erfolg geschuldet wird und damit eine Qualifizierung als Werkvertrag geboten ist.<sup>105</sup>

Als zivilrechtlicher Vertrag richtet sich das Zustandekommen des Mandatsvertrags insbesondere nach den Regeln der §§ 145 ff. BGB und bedarf folglich eines Antrags und einer Annahme.<sup>106</sup> Es liegt grundsätzlich in der berufspraktischen Freiheit des Anwalts, ob er ein ihm angetragenes Man-

dat übernimmt.<sup>107</sup> Entschließt sich dieser hiergegen, so hat die Erklärung der Ablehnung gegenüber dem Mandanten „unverzüglich“ zu erfolgen (§ 44 S. 1 BRAO).

Den Rechtsanwalt treffen verschiedene Arten von Pflichten mit Blick auf das Mandat bzw. seinen Mandanten. Differenziert wird zwischen den sich aus § 43a BRAO und §§ 2-5 BORA ergebenden grundlegenden Pflichten einerseits und allgemeinen Pflichten andererseits.<sup>108</sup> Sie finden sich teils in § 50 BRAO und in §§ 11-15 BORA geregelt. Berufswidrig ist ein Verstoß gegen beide Arten von Pflichten, allerdings stellt sich die Verletzung einer Grundpflicht als erheblicher dar. Eine der allgemeinen Pflichten ist die Informationspflicht bzw. Pflicht zur laufenden Unterrichtung des Mandanten.<sup>109</sup> Der Rechtsanwalt muss den Mandanten nach § 11 Abs. 1 S. 1 BORA „über alle den Fortgang der Sache wesentlichen Vorgänge und Maßnahmen unverzüglich zu unterrichten.“ Hiervon erfasst sind insbesondere wesentliche erhaltene oder versandte Schriftstücke (§ 11 Abs.1 S. 2 BORA). Inwiefern Schriftstücke als wesentlich zu bewerten sind, entscheidet der Anwalt nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen.

Das Ende eines Mandatsverhältnisses kann auf verschiedenen Gründen beruhen; oftmals wird die Beendigung aber auf Grund von Zweckerreichung oder Kündigung herbeigeführt.<sup>110</sup> Für die Beantwortung der Frage, wann genau Zweckerreichung eintritt, ist auf den konkreten Inhalt des Mandats abzustellen. Handelt es sich um ein Prozessmandat, so ist der Zweck mit Erlass der Entscheidung bzw. Prozessende erreicht.<sup>111</sup> Bestand das Mandat etwa in der Erstellung eines Vertragsentwurfs, so endet es mit Übergabe des Entwurfs und Abnahme durch den Mandanten. Eines der prägenden Charakteristika des Mandatsverhältnisses ist das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant. Ist dieses Vertrauen erschüttert – berechtigterweise oder nicht –, soll beiden Parteien daher das Recht zustehen, das Mandat jeder-

<sup>102</sup> So etwa die strafprozessuale Konstellation der Bestellung eines Pflichtverteidigers. Hierbei wird von der Begründung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ausgegangen.

<sup>103</sup> Heermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 675 Rn. 26.

<sup>104</sup> Grunewald, AnwBl. 2002, 258; BGH NJW 1985, 2642.

<sup>105</sup> So etwa im Falle der Erstellung eines Rechtsgutachtens oder Entwurfs eines Vertrages. Siehe Bunte, NJW 1981, 2657; Heermann (Fn. 103), § 675 Rn. 26.

<sup>106</sup> Römermann/Hartung, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2008, § 28 Rn. 4; Detlev/Fischer, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.8.2016, § 675 Rn. 7. Die Begründung eines Mandats kann folglich ebenso durch schlüssiges Verhalten erfolgen; dies jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit nur unter Anlegung eines strengen Maßstabes, so BGH NJW 2004, 3630 (3631); BGH NJW 1991, 2084 (2085 f.). In Abgrenzung zum – Pflichten und damit eine Haftung – begründenden Mandat wird von einem reinen Gefälligkeitsverhältnis nur ausnahmsweise auszugehen sein, vgl. BGH WM 2009, 1141 (1142); BGH NJW 2000, 1263 (1266); BGH NJW-RR 1990, 204 (205).

<sup>107</sup> Einschränkungen der aus der Privatautonomie resultierenden Freiheit zur Vertragsablehnung und damit eine Pflicht zur Übernahme unter bestimmten Voraussetzungen ergeben sich aus den §§ 48 ff. BRAO. Spiegelbildlich regelt das Berufsrecht auch Konstellationen, in denen ein Verbot der Übernahme eines Mandats besteht; so etwa § 45 BRAO oder 43a Abs. 4 BRAO.

<sup>108</sup> Römermann/Hartung (Fn. 106), § 29 Rn. 19 f.

<sup>109</sup> Daneben besteht die Pflicht zur Anlegung einer Handakte (§ 50 BORA), welche letztlich ein Substrat der Pflicht aus § 11 BORA ist. Weiterhin findet sich in § 12 BORA ein Umgehungsverbot normiert und § 15 BORA bestimmt für den Fall eines Mandantenwechsels die Pflicht zur Benachrichtigung des früheren Anwalts durch den übernehmenden Anwalt diesbezüglich.

<sup>110</sup> Als weitere Arten der Beendigung kommen ein Rechtsverstoß des Anwalts, dessen Tod oder die Insolvenz einer der beteiligten Parteien in Betracht. Näher Jungk, AnwBl. 2011, S. 62 ff.

<sup>111</sup> v. Lewinski (Fn. 15), S. 61; Römermann/Hartung (Fn. 106), § 30 Rn. 37.

zeit und ohne besonderen Grund kündigen zu können.<sup>112</sup> Der Anwalt unterliegt dabei jedoch gewissen Einschränkungen. Kündigt dieser ohne Grund zur Unzeit, sodass keine hinreichende Zeit zur Beauftragung eines anderen Rechtsanwalts und für dessen Einarbeitung verbleibt, so folgt aus § 627 Abs. 2 S. 2 BGB eine Schadensersatzpflicht zugunsten des Mandanten.

## VII. Werbung

Das anwaltliche Werberecht unterliegt wie kaum ein zweites Themenfeld im Anwaltsrecht dem Wandel der Zeit und ist damit unmittelbares Spiegelbild gesellschaftlicher Entwicklung. Deutlich macht dies ein rückwärtsgewandter Blick auf die Auswirkungen der Bastille-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts; erst diese ebnete nämlich den Weg zur Einführung des § 43b BRAO und damit zur Aufhebung des bis 1994 bestehenden weitreichenden Werbeverbots für die Anwaltschaft.<sup>113</sup> Diesen ergänzend und weitere Einzelheiten regelnd wurden die §§ 6-10 BORA erlassen. Seither hält eine zunehmend liberalere, sich öffnende Rechtsprechung zugunsten anwaltlicher Werbung an deutschen Gerichten Einzug.

Unter dem Begriff der Werbung im Sinne der §§ 43b BRAO und 6 ff. BORA ist ein Verhalten zu verstehen, das bewusst darauf angelegt ist, den Verkehr zugunsten des Werbenden für die Inanspruchnahme von durch diesen beworbenen Leistungen zu gewinnen.<sup>114</sup>

Aus §§ 43b BRAO, 6 BORA folgt nunmehr die grundsätzliche Zulässigkeit anwaltlicher Werbung, dies jedoch unter anderem nur insofern, als sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet. Ausgangspunkt für die Frage möglicher Beschränkungen des anwaltlichen Werberechts ist die Grundnorm des § 43b BRAO. Dessen Wortlaut lassen sich das Gebot der Berufsbezogenheit und der Sachlichkeit sowie das Verbot der Einzelfallwerbung entnehmen. Die Prüfung der Zulässigkeit von Werbung kann daher in einem gedanklichen Drei-Schritt erfolgen.

### 1. Das Gebot der Berufsbezogenheit

Das Gebot der Berufsbezogenheit wird heutzutage weit interpretiert und bereits dann angenommen, wenn die Werbung für die Entscheidung (potenzieller) Mandanten unter Zugrun-

delegung vernünftiger und sachbezogener Erwägungen in irgendeiner Art und Weise von Bedeutung sein kann.<sup>115</sup> Die Beurteilung des werbenden Verhaltens hat aus Sicht des betroffenen Verkehrskreises zu erfolgen. Zulässig sind demnach etwa werbende Aussagen mit parallel ausgeübten Berufen<sup>116</sup>, Sprachkenntnissen oder erworbenen akademischen Titeln. Hinweise etwa auf besondere sportliche Erfolge oder außergewöhnliche Hobbys sind demnach regelmäßig nach § 43b BRAO unzulässig. Eine strikt isolierte Betrachtung verbietet sich jedoch und so können Aussagen die sportlichen Leistungen des Werbenden betreffend etwa im Bereich des Sportrechts zulässig sein.

### 2. Das Gebot der Sachlichkeit

Die problematischste der aus § 43b BRAO folgenden Schranken des anwaltlichen Werberechts ist das Gebot der Sachlichkeit. Es fehlt an einer hinreichend konkreten, allgemein gültige Kriterien aufstellenden Definition.<sup>117</sup> Des Öfteren findet sich das Merkmal des „Reklamehaften“ als maßgebliches Kriterium zur Bestimmung der Sachlichkeit herangezogen,<sup>118</sup> dies aber stößt auf nicht unberechtigte Kritik.<sup>119</sup> Insofern sind die bisher erlassenen, das Sachlichkeitsgebote des § 43b BRAO zum Streitgegenstand habenden Entscheidungen eher als das Ergebnis von Einzelfallbetrachtungen zu verstehen.<sup>120</sup> Die Bestimmung der Sachlichkeit erfolgt also anhand einer umfassenden wertenden Betrachtung der in Frage stehenden Werbemaßnahme. Als Orientierungspunkt empfiehlt es sich daher, zunächst den hinter dem Gebot der Sachlichkeit stehenden Beweggrund zu benennen: Transparenz. Rechtssuchenden soll ein möglichst unverklärter Blick auf die tatsächlichen Fähigkeiten sowie rechtlichen Möglichkeiten des werbenden Anwalts ermöglicht werden.<sup>121</sup>

Unproblematisch zulässig sind demnach etwa Informationen über den Anwalt (z.B. Lebenslauf), Auflistung der Kos-

<sup>112</sup> Die Kündigung des Mandats durch den Rechtsanwalt wird auch als „Mandatsniederlegung“ bezeichnet.

<sup>113</sup> Der Zulassung von Werbung wurden lange Zeit hinweg dahingehende Bedenken erwidert, ein solcher Schritt würde zu Lasten der Standeswürde gehen und eine ausartende Selbstanpreisung zur Folge haben; *Huff* (Fn. 46), § 43 BRAO Rn. 2.

<sup>114</sup> BGH NJW 2003, 346; BGH NJW 1992, 45; ähnlich BVerfGE 71, 162 (167). Eine genaue Definition des Begriffs der Werbung stellt für Rechtsprechung und Fachliteratur allerdings bis heute eine erhebliche Herausforderung dar. Als Grund hierfür wird etwa die strikte Begrenzung auf das eigene Fachgebiet der Jurisprudenz und das Außerachtlassen betriebswirtschaftlicher Gedanken genannt; so auch kritisch *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 35 Rn. 16 f.

<sup>115</sup> BGH NJW 2001, 2087; v. *Lewinski* (Fn. 15), S. 210; *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 12. Auf Grund der Weite dieser Definition wird diesem Gebot teils die eigenständige Bedeutung abgesprochen, so etwa *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, 2008, S. 128; v. *Lewinski*, in: *Hartung*, Kommentar zur BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 6 BORA Rn. 34.

<sup>116</sup> Die werbende Aussage auf einen in der Vergangenheit ausgeübten Beruf ist indes nur zulässig, sofern diesem nicht nur ganz vorübergehend nachgegangen wurde und eine Verbindung zur anwaltlichen Tätigkeit besteht wie etwa in Form besonderer hierdurch erlangter Einblicke und Erfahrungen. Vgl. etwa *AnwG Hamm BRAK-Mitt.* 1999, 275.

<sup>117</sup> *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 18; *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 36 Rn. 28.

<sup>118</sup> *Huff* (Fn. 46), § 43b BRAO Rn. 13.

<sup>119</sup> *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 18.

<sup>120</sup> *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 36 Rn. 28; *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 18.

<sup>121</sup> *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 21; vgl. auch *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 36 Rn. 31.

ten bestimmter Tätigkeiten oder ein Lageplan<sup>122</sup>. Auch Wortspiele bzw. Sprachwitz begründen nicht automatisch einen Verstoß gegen das Gebot der Sachlichkeit, sondern sind im Rahmen der berufsrechtlichen Grenzen zulässig.<sup>123</sup>

Reine Werturteile die eigene oder fremde Leistung betreffend, wie zum Beispiel „Der beste Scheidungsanwalt der Stadt“, sind indes nicht mit dem Sachlichkeitsgebot vereinbar. Auf Grund ihres subjektiven Charakters entziehen sich diese einer Nachprüfbarkeit und liegen als Qualitätsanpreisungen ohne objektive Tatsachengrundlage außerhalb der Schranke des Gebots der Sachlichkeit.<sup>124</sup>

Ein Verstoß gegen das Gebot der Sachlichkeit liegt auch in plumpen, marktschreierischen Werbemaßnahmen, die sich durch ihren reißerischen Charakter auszeichnen. Der außerhalb des Sachlichen liegende, provokative Charakter führt zur beinahe oder gar vollständigen Bedeutungslosigkeit des eigentlichen Inhalts der Werbung.<sup>125</sup>

Zweifelsfrei unsachlich ist zudem irreführende Werbung.<sup>126</sup> Unwahre Werbeinhalte, die rechtlich erhebliche Umstände zum Gegenstand haben und bei potentiellen Mandanten diesbezüglich ein falsches Bild hervorrufen sollen, laufen dem Gebot der Sachlichkeit eindeutig zuwider.<sup>127</sup>

Ausnahmsweise kann sich ein Verstoß gegen das Gebot der Sachlichkeit – unabhängig vom Inhalt – aus der gewähl-

ten Form der Werbung selbst ergeben.<sup>128</sup> An die Bejahung einer derart begründeten Unsachlichkeit sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Dem Rechtsanwalt steht die Wahl der Werbeform nämlich grundsätzlich frei. Bewegten sich „die Werbemittel im Rahmen des Üblichen“<sup>129</sup>, können sich Anwälte klassische sowie auch neuartige Werbeformen zunutze machen.<sup>130</sup>

### 3. Verbot der Einzelfallwerbung

Des Weiteren besteht nach § 43b BRAO ein Verbot der Einzelfallwerbung. Von diesem Verbot erfasst sind aber nur solche Werbemaßnahmen, die die Erteilung eines Mandats im Einzelfall und somit ein bestimmtes Mandat bei einem bestimmten Mandanten zum Ziel haben.<sup>131</sup> Im Gegenzug erlaubt ist das Werben bei bestimmten Mandanten um allgemeine Mandate<sup>132</sup> oder um bestimmte Mandate in der Allgemeinheit<sup>133</sup>. Ziel dieser werberechtlichen Konkretisierung ist das Unterbinden des sog. „Ambulance Chasing“.<sup>134</sup> Gemeint ist das Buhlen um Opfer als Mandanten etwa nach Flugzeugabstürzen<sup>135</sup> oder sonstigen Unglücken<sup>136</sup>. Vermieden werden soll folglich die Überrumpfung der durch solch dramatische Vorkommnisse Betroffenen.

<sup>122</sup> Dies auch in Verbindung mit dem Zusatz „So kommen Sie zu Ihrem Recht“, BVerfG NJW 2001, 3324.

<sup>123</sup> Zulässig ist etwa der Werbespruch „All you need is l@w“, AnwGH Hamburg NJW 2002, 3184.

<sup>124</sup> Die Gefahr der Täuschung ist hier für den Rechtssuchenden besonders hoch, da dieser die Leistung eines Anwalts als Laie in der Regel nicht bewerten können; BGH NJW 2001, 2087. Näher hierzu *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 27 f.

<sup>125</sup> Ein Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit hierfür ist die Anfrage eines Rechtsanwalts, der die zuständige Rechtsanwaltskammer um die Überprüfung einer von ihm beabsichtigten Werbemaßnahme gebeten hat. Es sollten Tassen mit provokativen Bildern inklusive eines Slogans gestaltet und dazu die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ sowie Kontaktdaten aufgeführt werden. Eine der vorgetragenen Kombinationen bestand aus dem Bild einer Frau, die sich eine Waffe an den Kopf hält und (scheinbar) kurz davor ist, Suizid zu begehen, zusammen mit dem Slogan „Nicht verzagen, Riemer fragen“. Die RAK lehnte die Werbemaßnahme wegen Verstoßes gegen das Sachlichkeitsgebot aus § 43b BRAO ab, wogegen der betroffene Rechtsanwalt klagte. Letztlich entschied das BVerfG (NJW 2015, 1438 [1439]) „Mit der Stellung des Rechtsanwalts ist im Interesse des rechtssuchenden Bürgers insbesondere eine Werbung nicht vereinbar, die ein reklamehaftes Anpreisen in den Vordergrund stellt, das mit der eigentlichen Leistung des Anwalts nichts mehr zu tun hat und sich nicht mit dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats vereinbaren lässt“.

<sup>126</sup> *Träger* (Fn. 11), § 43b Rn. 29; *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 36 Rn. 31.

<sup>127</sup> Klassisches Beispiel hierfür ist die Angabe akademischer Grade oder Titel, ohne aber über eine entsprechende Berechtigung zu verfügen.

<sup>128</sup> Typischerweise handelt es sich hierbei um solche Formen der Werbung, bei denen das Erscheinungsbild deutlich im Vordergrund steht und der eigentliche Inhalt weitestgehend oder komplett in den Hintergrund tritt.

<sup>129</sup> BVerfG NJW 1996, 3067.

<sup>130</sup> Hierunter fällt ein breites Spektrum an Werbeformen wie etwa Internet, Fernsehen, Rundfunk (BVerfG NJW 2001, 3324; BGH NJW 2005, 1644), aber auch Werbung auf einer Straßenbahn (BVerfG NJW 2004, 3765). Selbst die Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistung über ein Internetauktionshaus stellt keinen Verstoß gegen das Verbot unsachlicher Werbung dar (BVerfG DStR 2008, 1067). Für eine Übersicht möglicher Werbemittel siehe *Bardenz*, MDR 2001, 247.

<sup>131</sup> v. *Lewinski*, in: *Hartung/Scharner*, Kommentar zur BORA und FAO, 6. Aufl. München 2016, § 43b Rn. 26; *Huff* (Fn. 46), § 43b BRAO Rn. 13.

<sup>132</sup> Etwa mittels Mandantenseminare, siehe BGH NJW 2001, 2887 (2887 f.), oder eines Rundschreibens, siehe BGH NJW 2001, 2886; anders aber OLG Naumburg BRAK-Mitt. 2003, 197 (198 f.).

<sup>133</sup> Das juristische Aufarbeiten bestimmter Themengebiete auf Internetseiten etwa wendet sich an keinen konkreten Mandanten, sondern die Allgemeinheit und ist damit zulässig; so OLG Hamburg NJW 2004, 1668 (1669 f.).

<sup>134</sup> v. *Lewinski* (Fn. 131), § 43b Rn. 12; *Römermann/Hartung* (Fn. 106), § 36 Rn. 37.

<sup>135</sup> Nach dem Concorde Absturz im Jahre 2000 sollen (auch) deutsche Anwälte teils massiv mit Versprechungen hoher Schadenersatzsummen um Mandate geworben haben, v. *Lewinski* (Fn. 131), § 43b Rn. 13 m.w.N.

<sup>136</sup> Zu beobachten etwa nach dem Chemieunglück im indischen Bhopal (1984). US-Anwälte warben damals vor Ort aggressiv um möglichst viele Mandate zwecks Geltendmachung hoher Schadenersatzforderungen vor Gerichten.

**VIII. Schluss**

Trotz des überschaubaren Adressatenkreises ist das Anwaltliche Berufsrecht ein eigenständiges Rechtsgebiet mit eigenen Prinzipien und Besonderheiten; dessen vertiefte Kenntnisse werden von der Anwaltschaft von Berufs wegen erwartet. Deshalb empfiehlt es sich, bereits während des Studiums – spätestens im Vorbereitungsdienst – das Anwaltliche Berufsrecht in Grundzügen kennenzulernen.