

Aber weil das Leben gerecht ist, hat es für den Vordränger auch einen kleinen Schönheitsfleck gegeben. In den Urteilsgründen fehlst Du in der Liste derjenigen, die sich in der mündlichen Verhandlung geäußert haben. Wer das kontrollieren will: BVerfGE 109, 279 (303).

IX. CHRISTIAN KIRCHBERG, DIE FREUDE UND JUGEND

Diese schöne Geschichte ist auch ein guter Anlass, um langsam zum Ende zu kommen. Hoffentlich ist deutlich geworden, dass uns allen die Arbeit im Verfassungsrechtsausschuss Freude macht, und dass sie gerade Dir

Freude gemacht hat. Sonst hättest Du das auch nicht so lange durchgehalten. Irgendwie warst Du in dieser ganzen Zeit auch ein bisschen ein Ergänzungs-Bundesverfassungsrichter. Das passt gut zu Dir und Deinen gewissen Neigungen zum Richteramt.

Wichtiger ist: Alle Anwesenden sehen, dass der Vorsitz im Verfassungsrechtsausschuss und generell die Tätigkeit für die BRAK Dich hat jung bleiben lassen. Und weil Du es natürlich nicht lassen kannst, wünsche ich Dir für Deine noch laufenden verfassungsgerichtlichen Anwaltsmandate alles Gute und viel Erfolg. Lieber Christian Kirchberg, Du hast Dich um den Verfassungsrechtsausschuss, um die Anwaltschaft und auch um den Rechtsstaat verdient gemacht.

Vielen Dank dafür.

GEFÄHRDUNGEN DES RECHTSSTAATS

DIE ANWALTSCHAFT ALS VERTEIDIGERIN DES RECHTSSTAATS

PROF. DR. CHRISTIAN WOLF*

Welchen Gefährdungen ist der Rechtsstaat ausgesetzt? Wie lässt sich der Rechtsstaat absichern? Und welche zentrale Rolle spielen Anwältinnen und Anwälte bei der Verwirklichung und Verteidigung des Rechtsstaats? Diese Fragen standen – neben der konkreten Bedrohung von Anwältinnen und Anwälten – im Fokus der Arbeit von Prof. Dr. Christian Kirchberg in den BRAK-Ausschüssen Menschenrechte und Sicherung des Rechtsstaats. Er wies auf die zweifache verfassungsrechtliche Absicherung der Institution Anwaltschaft hin: als Absicherung des Zugangs zum Recht für Rechtsuchende und aus der anwaltlichen Erwerbsperspektive. Ausgehend hiervon beleuchtet der Autor die Konturen des Anwaltsverfassungsrechts.

I. EINLEITUNG

Welchen Gefährdungen ist der Rechtsstaat ausgesetzt? Wie lässt sich der Rechtsstaat absichern? Und welche zentrale Rolle spielen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bei der Verwirklichung und Verteidigung des Rechtsstaats? Mit diesen drei Fragen hat sich Prof. Dr. Christian Kirchberg in seinen unterschiedlichen Funktionen als Vorsitzender des Verfassungsrechtsausschusses, als Vorsitzender des Ausschusses für Men-

schenrechte und Mitglied der AG Rechtsstaat intensiv befasst.

Bereits in seiner Freiburger von *Alexander Hollerbach* betreuten Dissertation hat sich *Christian Kirchberg* mit der Frage auseinandergesetzt, wie ein Rechtsstaat durch unbegrenzte Auslegung¹ in einen Unrechtsstaat umgewandelt werden kann. Anhand des Badischen Verwaltungsgerichtshofs zeigte er auf, wie sich das nationalsozialistische Regime der Gerichte bemächtigen konnte.² In den BRAK-Mitteilungen, deren Beiratsvorsitzender *Kirchberg* war, hat er immer wieder die menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts und damit seine Rolle als Verteidiger des Rechtsstaats in seinen Beiträgen aufgegriffen.³

Der Beitrag knüpft an die Überlegungen Kirchbergs an. Welches verfassungsrechtliche Instrumentarium steht den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zur Verfügung, um der Gefährdung des Rechtsstaats entgegenzutreten, um diesen zu verteidigen? Und es soll auch der Frage nachgegangen werden, wie die Freiheit der Advokatur verfassungsrechtlich abgesichert ist und in welchem Umfang der Rechtsanwalt hierdurch in den Dienst des Rechtsstaats gestellt ist.

¹ Der Begriff geht auf *Bernd Rütters*, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 9. Aufl., 2022, zurück.

² *Kirchberg*, *Der badische Verwaltungsgerichtshof im Dritten Reich: eine Quellenstudie zur Justiz- und Verwaltungsgeschichte des ehemaligen Landes Baden unter dem Nationalsozialismus*, 1982.

³ Insb. *Kirchberg*, *Die Anwaltschaft in der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, BRAK-Mitt. 2018, 279-294; *ders.*, *Anwaltschaft und Menschenrechte in Deutschland*, BRAK-Mitt. 2016, 57-61; *ders.*, *Grundgesetz und Anwaltschaft*, BRAK-Mitt. 2009, 95-103.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) an der Leibniz Universität Hannover. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag anlässlich des Symposiums für Prof. Dr. Christian Kirchberg am 11.4.2024.

II. DER DEUTSCHE VERFASSUNGSTEXT ADRESSIERT DIE ANWALTSCHAFT NICHT HINREICHEND

Der Beruf der Rechtsanwältin und des Rechtsanwalts ist wie kaum ein anderer Beruf durch die verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Vorgaben geprägt.⁴ Der Beruf hat aber selbst weder Eingang in das Grundgesetz, sieht man einmal von der Kompetenznorm über die konkurrierende Gesetzgebung in Art. 74 I Nr. 1 GG ab, noch in die EMRK gefunden. Auch in der Europäischen Grundrechtecharta hat der Beruf des Rechtsanwalts nur sehr indirekt Eingang gefunden.

1. DAS GRUNDGESETZ IST IN BESONDEREM UMFANG GERICHTS- BZW. JUSTIZZENTRIERT

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richterinnen und Richtern anvertraut (Art. 92 GG). Und den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten? Spielen sie bei der Rechtsfindung nicht eine wichtige Rolle? Auf einfachgesetzlicher Ebene bezeichnet der Gesetzgeber den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege. Ausdrücklich benannt wird dieses Organ der Rechtspflege im GG aber nicht. Der ehemalige Präsident des BGH *Gerd Pfeiffer* sieht in den Anwälten gleichberechtigte Partner bei der Rechtsfindung: „Das Recht wird im Kampf der Meinungen erkannt und weitergebildet. Der Dialog ist das Lebenselement des Prozesses.“⁵ Man hätte sich daher gewünscht, dass das Grundgesetz auch die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als gleichberechtigte Organe der Rechtspflege adressiert hätte. Auch ein Recht auf Verteidigung formuliert das GG im Gegensatz zur EMRK (Art. 6 III lit. c) nicht. Gleiches gilt für das Recht auf Prozesskostenhilfe.⁶

Deutlich musikalischer ist hier die EuGrCh. Die justiziel- len Rechte im VI. Abschnitt adressieren als erstes die betroffenen Bürgerinnen und Bürger. Die in ihren garantierten Rechten oder Freiheiten verletzten Bürgerinnen und Bürger haben das Recht, bei Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen, Art. 47 I EuGrCh. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen, Art. 47 II EuGrCh. Das Recht, sich beraten zu lassen, ist dabei nicht auf die Beratung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte beschränkt.⁷ Nach

Art. 47 II EuGrCh würde auch eine Beratung durch Laien Genüge tun.⁸ Soweit erforderlich und wenn die notwendigen Mittel fehlen, besteht das Recht auf Prozesskostenhilfe, Art. 47 III EuGrCh. Den Angeklagten werden die Verteidigungsrechte gewährleistet, Art. 48 II EuGrCh. Art. 48 II EuGrCh greift den Anspruch auf ein faires Verfahren und die Regelung in Art. 6 EMRK auf.⁹ Im Gegensatz zum Grundgesetz hat das Recht auf Verteidigung den Weg in eine ganze Reihe europäischer Verfassungen gefunden.¹⁰

Damit sind die rechtsstaatlichen Voraussetzungen für die anwaltliche Tätigkeit jedoch noch nicht ausreichend beschrieben. Allgemein werden in der deutschen Diskussion folgende Core Values¹¹ zu den rechtsstaatlichen Voraussetzungen gezählt:¹²

- Wahrung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses (Schweigerecht und Schweigepflicht)
- Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen
- Anwaltliche Unabhängigkeit
- Sachlichkeitsgebot

Neben diesen Grundpflichten kennt das anwaltliche Berufsrecht eine Reihe von weiteren Pflichten, welche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu beachten haben, wie das Verbot der Umgehung des Gegenanwalts oder die Verpflichtungen beim Umgang mit Fremdgeld.

2. SCHUTZ DES MANDANTEN UND/ODER SCHUTZ DES RECHTSANWALTS?

Kirchberg hat darauf hingewiesen, dass sich zwei Stränge der inhaltlich verfassungsrechtlichen Absicherung der Institution Rechtsanwaltschaft herausgebildet haben: Zum einen die Sicht desjenigen, der vor Gericht oder Behörden anwaltlichen Beistands bedarf; zum anderen der, wie *Kirchberg* schreibt, durch Art. 12 GG geschützten „freien Advokatur“.¹³ Bei Letzterem handelt es sich um die Perspektive der Rechtsanwältin bzw. des Rechtsanwalts oder genauer um die anwaltliche Erwerbsperspektive.¹⁴

Gerade in der letzten Zeit stand die letzte Perspektive zu sehr im Vordergrund. Durchsucht man z.B. den von *Henssler* verfassten DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht¹⁵ nach den Stichworten RVG, Quersubventionierung, Zugang zum Recht, recht-

⁴ Hierzu nur *Wolf*, in FS 60 Jahre BRAK, 2019, 73 ff.

⁵ *Pfeiffer*, BRAK-Mitt. 1987, 102, 103.

⁶ Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass das Grundgesetz nicht die Prozesskostenhilfe in einem bestimmten Umfang garantiert. Das BVerfG leitet den verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch aus Art. 3 I und Art. 20 III GG ab, vgl. nur BVerfG, NJW 1991, 413. Man liest den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus der Verfassung heraus, was nahezu zwangsläufig zu einem größeren Interpretationsspielraum führt. So besteht in einem Verfahren ohne Anwaltszwang nur ein Anspruch auf einen Rechtsanwalt im Rahmen der Prozesskostenhilfe, wenn auch die Gegenseite durch einen Rechtsanwalt vertreten ist. Ist die Gegenseite, z.B. eine Behörde, durch einen Rechtskundigen vertreten, liegt kein Fall von § 12 II ZPO vor; die Regelung ist, so das BVerfG, verfassungskonform, BVerfG, NJW 1988, 2597.

⁷ *Eser/Kubiciel*, in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., 2019, Art. 47 Rn. 40.

⁸ Ursprünglich sah der Entwurf der Grundrechtecharta noch die Beratung durch einen Rechtsanwalt vor, Charta 4333/00 Art. 8.

⁹ *Blanke*, in Colliess/Ruffert, EUV/AEU, 6. Aufl., 2022, Art. 48 Rn. 5.

¹⁰ *Eser/Kubiciel*, in Meyer/Hölscheidt, Art. 48 GRCh Rn. 26.

¹¹ Der Begriff der Core Values ist jedenfalls dann wenig glücklich, wenn man ihn auf den Rechtsanwalt bezieht. Es sind nicht Core Values des Rechtsanwalts, sondern Grundwerte der anwaltlichen Tätigkeit, denen der Rechtsanwalt verpflichtet ist. Entsprechend spricht der EuGH daher auch von einer Pflicht, welche dem Rechtsanwalt zur Erfüllung der grundlegenden Aufgabe in einer demokratischen Gesellschaft übertragen wurde; vgl. EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies) Rn. 28, BRAK-Mitt. 2023, 40 Ls.

¹² *Henssler*, ZJP 115 (2002), 328.

¹³ *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2018, 279.

¹⁴ *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2018, 279.

¹⁵ AnwBl. Online 2018, 564 ff.

liches Gehör, faires Verfahren, EGMR, EuGrCh oder Art. 103 GG, findet man in der gesamten Begründung des DAV-Vorschlags keinen einzigen Treffer. Die Binnenperspektive des Unternehmens Anwaltskanzlei nimmt auch die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfs zur Neuregelung der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften ein.¹⁶ Zwar spricht der Gesetzentwurf das RVG an, aber nur soweit bestimmte technische Änderungen vorzunehmen waren. Alle anderen Stichworte sind gleichfalls nicht aufzufinden. Das Grundgesetz wird nur unter dem Blickwinkel der Berufsfreiheit angesprochen.¹⁷ Und unter dem Stichwort „Zugang zum Recht“ findet man nur Überlegungen zum Zugang zum Rechtsberatungsmarkt.¹⁸

Im Kern diskutiert der Entwurf die Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts nur aus der Binnenperspektive des Unternehmens Rechtsanwaltskanzlei, nicht jedoch aus der Außenperspektive derjenigen, welche auf die Unterstützung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte angewiesen sind, um ihr Recht verwirklichen zu können. Die Frage, wie sich die Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts auf die den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten anvertraute grundlegende Aufgabe in einer Demokratie, nämlich die Verteidigung der Rechtsunterworfenen, um die Formulierung des EuGH zu benutzen,¹⁹ auswirkt, wurde nicht diskutiert.²⁰

Sicherlich überschneiden sich die beiden Entwicklungsstränge teilweise. Müsste der Rechtsanwalt in einem Strafprozess über die Gespräche mit seinem Mandanten aussagen und stünde ihm kein Zeugnisverweigerungsrecht zur Seite, wäre die Grundlage seiner wirtschaftlichen Tätigkeit als Strafverteidiger berührt. Primär geht es aber um den Schutz des Mandanten, sich rückhaltlos seinem Verteidiger anvertrauen zu können.²¹

Beide Stränge laufen aber nicht nur parallel, sondern widersprechen sich auch immer wieder. Begreift man Anwaltsrecht in Anlehnung an die Definition des Wirtschaftsrechts von *Steindorff*²² als diejenigen rechtlichen Regelungen, welche die Tätigkeit von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegen das natürliche Marktverhalten steuern, wird ein Konfliktpotenzial schnell sichtbar.²³ Die Verschwiegenheitspflicht stellt sich für den Rechtsanwalt als eine echte Pflicht dar, wenn der Rechtsanwalt zu Werbezwecken seine Mandatslisten veröffentlichen will, der Mandant aber nicht will, dass er auf der Mandatsliste eines der renommiertesten Strafverteidiger der Republik erscheint. Nimmt so gese-

hen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht an der über Art. 12 GG geschützten freien Advokatur teil, oder stellt nicht die Berufsverschwiegenheitspflicht eine Einschränkung der anwaltlichen Berufsfreiheit dar?

Die Beispiele, in denen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit eingeschränkt werden, lassen sich leicht erweitern. Lokalisationsprinzip und Singularzulassung schränken sicherlich die Berufsfreiheit von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten ein. Gleiches galt für das Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars und gilt für die Kappungsgrenzen im RVG sowie die Streitwertbegrenzung nach § 48 GKG. Auch die Gebühren im sozialgerichtlichen Verfahren können hierzu gezählt werden. Gleichzeitig sind derartige Einschränkungen unter Umständen notwendig, um den Zugang zum Recht der Mandanten sicherzustellen.

Allgemein fragt das BVerfG hier, ob sich die Einschränkung der Berufsfreiheit der Rechtsanwältin und des Rechtsanwalts aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls rechtfertigt.²⁴ Aus meiner Sicht verschrubbelt dies die eigentlichen Wertungen oder lässt sie nicht deutlich genug hervortreten.

3. RECHTSFINDUNG ALS DIALOGISCHER PROZESS

Die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts muss mit dem Anspruch des Mandanten auf gleichen Zugang zum Recht, auf rechtliches Gehör, in Einklang gebracht werden. Das Grundgesetz adressiert zwar in Art. 103 GG das rechtliche Gehör, den zentralen Stellenwert des rechtlichen Gehörs für das „richtige Urteil“. Welche Auswirkungen dies aber auf die notwendige Organisation der Rechtsanwaltschaft und des Anwaltsmarktes haben muss, wird häufig genug vernachlässigt.²⁵

Früh hat *Adolf Arndt* ausgeführt, dass die Feststellung des Rechts nicht etwas Vorgegebenes und jederzeit Gewisses ist. Recht sei nicht da, sondern ein immerwährendes Geschehen.²⁶ Erst im Verfahren entfaltet sich die Rechtsfrage, welche eine Rechtserkenntnis ermöglicht. Es lohnt sich auch, die Kommentierung von *Günter Dürig* im Grundwerk des Maunz/Dürig zu Art. 3 GG nachzulesen: „Juristen aller Zeiten haben schon vor Hegel gewußt und praktiziert, daß der ‚Prozeß‘ mit dem Ziel der Wahrheitsfindung, ein procedere von These, Antithese und Synthese ist und daß dieser dialogische Vorgang es nicht verträgt, wenn Thesen ohne Offenheit für argumentatives Denken als absolut gesetzt werden.“

Immer noch lehnt aber die herrschende Meinung ab, das rechtliche Gehör nach Art. 103 GG als rechtliches Gehör durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt zu lesen. Die Parteien können sich auch zu Rechtsfragen äußern, die Richterin bzw. der Richter müsse hierzu weder die Gelegenheit geben, noch sei sie/er verfassungsrechtlich zu einem Rechtsgespräch verpflich-

¹⁶ BT-Drs. 19/27670.

¹⁷ BT-Drs. 19/27670, 345, 346.

¹⁸ BT-Drs. 19/27670, 264.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies) Rn. 28, BRAK-Mitt. 2023, 40 Ls.

²⁰ Hierzu bereits die Kritik von *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, 162 und *Wolf/Gerking*, BRAK-Mitt. 2020, 185 ff.

²¹ Aus strafprozessualer Sicht nur *Kreicker*, in MüKo/StPO, 2. Aufl., 2023, § 53 StPO Rn. 1.

²² *Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der BRD, 2. Aufl., 1985, 4 f.

²³ Hierzu bereits *Wolf*, in Gaier/Wolf/Göcken, Einl. BRAO Rn. 57.

²⁴ Statt vieler nur BVerfG, NJW 1991, 555.

²⁵ Hierzu auch *Crouch*, Die bezifferte Welt, 2017, 186.

²⁶ *Arndt*, NJW 1959, 6, 7.

tet. Der einfache Gesetzgeber ist hier deutlich weiter als die verfassungsrechtliche Interpretation von Art. 103 I GG durch das BVerfG und die herrschende Meinung. Sowohl § 104 I VwGO als auch § 139 I ZPO verpflichten die Richterin bzw. den Richter auch zur Erörterung der Rechtslage.

Bezieht sich das rechtliche Gehör sowohl auf die Tatsachen als auch auf die zu klärenden Rechtsfragen, setzt rechtliches Gehör rechtliches Wissen voraus. In den Worten von *Klaus Stern*: „Rechtliches Gehör und geordnetes Verfahren kann nicht von Jedermann wahrgenommen oder überwacht werden, sondern nur von dem, der um das Recht und seine Durchsetzung Bescheid weiß.“²⁷

Die Rolle von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten bei der Rechtsfindung als dialogischer Prozess ist der archimedische Punkt des Anwaltsrechts. *Adolf Arndt* hat seine Überlegungen 1958 und 1959 publiziert.²⁸ In einer Reihe von Arbeiten wurde seitdem immer und immer wieder betont, dass das Gericht eine sachgerechte Entscheidung nur mit Hilfe eines Rechtsgesprächs finden kann. Die Trennung von Fakten und Recht „da mihi factum, dabo tibi jus“ ist alleine schon deshalb unzutreffend, weil die Festlegung des entscheidungserheblichen Sachverhalts Rechtsanwendung ist. Nur in sehr kleinen Schritten öffnet das BVerfG Art. 103 GG einem Anspruch auf rechtliches Gehör auch zu Rechtsfragen. Grundsätzlich gewährleistet Art. 103 GG nur das Recht der Parteien, sich zu dem der richterlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu äußern. Nur soweit das Gericht seiner Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde legt, mit dem auch ein kundiger Parteivertreter unter Berücksichtigung der Vielfalt der vertretbaren Rechtsauffassung nicht zu rechnen brauchte, wäre ein Hinweis zur Rechtsansicht notwendig.²⁹

Zwischen dem rechtlichen Gehör auch zu Rechtsfragen und dem Anspruch rechtlichen Gehörs durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt besteht ein unmittelbarer Zusammenhang. Art. 103 I GG garantiert nicht nur rechtliches Gehör zu Rechtsfragen, sondern auch durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt. Erstaunlich ist, dass der 2. Senat des BVerfG den Anspruch auf rechtliches Gehör durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt anerkannt hat, aber nur für Zeuginnen und Zeugen. Das Recht auf einen Rechtsbeistand gewährleistet Zeuginnen und Zeugen demgegenüber, so der 2. Senat, die Möglichkeit, ihre prozessualen Befugnisse umfassend und sachgerecht wahrzunehmen.³⁰

In diesem Zusammenhang ist auch an die Funktion von § 78 ZPO zu erinnern. Die dialogische Struktur des Zivilprozesses erfordert, dass beide Parteien diesen Anforderungen gewachsen sind, mit anderen Worten beide

Parteien gleich kompetent sind.³¹ Da es sich hierbei um eine Fiktion handelt, wird die faktische Gleichheit durch den Anwaltszwang hergestellt.³² Voraussetzung hierfür ist aber, dass ein hinreichend homogener Anwaltsmarkt besteht, damit die Vertretung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte die ungleiche Befähigung der Parteien nicht verstärkt.³³

Der Ausgleich der faktisch ungleichen Befähigung der Parteien, ihre Interessen vor Gericht richtig zu vertreten, setzt aber auch einen Anwaltsmarkt voraus, in dem die Mandanten eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt finden können, deren Bezahlung für sie leistbar ist. Leistbar bedeutet in diesem Zusammenhang zweierlei. Die Inanspruchnahme des gerichtlichen Rechtsschutzes mit anwaltlicher Hilfe darf nicht an der subjektiv-absoluten Kostensperre scheitern. Der Zugang zum Recht darf der Partei nicht aufgrund ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit versperrt sein.³⁴ Dies ist zunächst der Bereich der Prozesskostenhilfe. Denjenigen, welche keine eigenen Mittel haben, um den Prozess führen zu können, müssen staatliche Mittel zur Verfügung gestellt werden. Neben den fehlenden Mitteln muss die Rechtsverfolgung hinreichend Aussicht auf Erfolg haben, § 114 ZPO.

Neben der subjektiv-absoluten Kostensperre tritt die objektiv-relative Kostensperre. Diese liegt vor, wenn das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg derart außer Verhältnis steht, dass die Anrufung der Gerichte nicht mehr sinnvoll erscheint. Zu den Kosten rechnet das BVerfG nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Anwaltskosten.³⁵

Die richterliche Rechtsfindung ist nicht das Ergebnis eines autistischen richterlichen Erkenntnisprozesses, sondern muss im Dialog mit den Parteien erarbeitet werden. Hierfür ist es erforderlich, dass die Parteien eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt finden können, der diese in die Lage versetzt, i.S.v. § 78 ZPO einen Dialog mit dem Gericht und Gegner zu führen. Dabei dürfen die Anwaltskosten nicht zu einer objektiv-relativen Kostensperre führen. Das Anwaltsrecht hat sowohl der Binnenperspektive des Unternehmens Anwaltskanzlei zu dienen als auch der Außenperspektive des Zugangs zum Recht. Es gilt dabei auf der einen Seite, eine objektiv-relative Kostensperre zu verhindern, und zugleich auch auf der anderen Seite eine hinreichende Ertragsmöglichkeit für die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu gewährleisten, damit die Institution Rechtsanwaltschaft gesichert bleibt.³⁶

²⁷ *Stern*, Anwaltschaft und Verfassung, 1980, 6.

²⁸ *Arndt*, NJW 1958, 337 f. und *ders.*, NJW 1959, 6 ff.

²⁹ BVerfGE 84, 188.

³⁰ BVerfGE 38, 105.

³¹ *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, 380.

³² *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 380.

³³ *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 381.

³⁴ Hierzu bereits ausführlich *Wolf*, in FS 60 Jahre BRAK, 2019, 63, 163.

³⁵ BVerfGE 85, 337, 348.

³⁶ Hierzu *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 2023, 343.

4. GRUNDRECHTSKOLLISION ODER DIENENDES FREIHEITSRECHT

Die freie Advokatur unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung der einzelnen Rechtsanwältin und des einzelnen Rechtsanwalts.³⁷ Findet die Freiheit der Rechtsanwältin bzw. des Rechtsanwalts aber nicht ihren Halt in dem Grundrecht des Mandanten auf rechtliches Gehör durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt, droht etwas aus der Balance zu geraten. Besteht nicht zwischen der anwaltlichen Berufsfreiheit auf der einen Seite und dem Grundrecht des Mandanten auf rechtliches Gehör auf der anderen Seite eine Grundrechtskollision, die im Sinne der praktischen Konkordanz aufzulösen ist?³⁸

So hat das BVerfG z.B. die gesetzliche Regelung zur Angemessenheit der Vergütung des Urhebers durch den Verwerter anhand der praktischen Konkordanz geprüft. Die Regelung greift zwar in die Berufsfreiheit des Verwerter ein, indem es der freien Vertragsgestaltung Grenzen setzt. Dabei geht es, so das BVerfG, um den Ausgleich widerstreitender Interessen, nämlich den Interessen des Urhebers und denjenigen des Verwerter. „Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist.“ Und weiter: „Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und – unter Berücksichtigung des sozialstaatlichen Auftrags – nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“³⁹

Paradigmatisch löst das BVerfG den Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern hier über das Institut der praktischen Konkordanz auf. Im Grunde ist die Situation mit derjenigen zwischen Rechtsanwalt und rechtssuchendem Bürger vergleichbar. Es geht um die beiden Stränge der verfassungsrechtlichen Absicherung der Institution Rechtsanwaltschaft, nämlich zum einen um den grundrechtlichen Schutz desjenigen, welche vor Gericht oder Behörden anwaltlichen Beistands bedarf. Und zum anderen derjenigen, die sich als Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte auf die „freie Advokatur des Rechtsanwalts“, welche durch Art. 12 GG geschützt ist, stützen. Kurz: Es geht um die Stärkung der verfassungsrechtlichen Position der Mandanten oder potentiellen Mandanten auf rechtliches Gehör durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt gegenüber einer schlichten Ökonomisierung der anwaltlichen Berufsfreiheit.⁴⁰

Bereits der Titel der von *von Lewinski* betreuten Dissertation von *Maximilian Gerhold* rückt den Rechtsstaatsbezug der anwaltlichen Tätigkeit in den Mittelpunkt: An-

waltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats.⁴¹ *Gerhold* will den Konflikt zwischen den beiden Strängen, nämlich der Berufsfreiheit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und dem Anspruch auf rechtliches Gehör der Mandanten, über den Begriff der dienenden Freiheit auflösen. Er übertrug die Idee der dienenden Freiheit aus dem Bereich der Rundfunkfreiheit auf die Berufsfreiheit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Die Rundfunkfreiheit ordnet das BVerfG als dienende Freiheit ein.⁴² Die subjektiven und objektiven Elemente der Rundfunkfreiheit sichern den demokratischen Willensbildungsprozess ab. Der Rundfunk, so das BVerfG, ist als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren, die jedoch andererseits staatsfern zu organisieren ist.⁴³

Es gilt, ein Grundrechtsverständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit zu entwickeln, welcher die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter der Mandanten absichert. Als dienende Freiheit, so *Gerhold*, haben die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte einen unmittelbaren Handlungsauftrag, nämlich das rechtliche Gehör der Mandanten durch eine Rechtsanwältin bzw. einen Rechtsanwalt sicherzustellen.⁴⁴ Eine Handlungspflicht sei damit nicht verbunden. Es geht um die ungehinderte Ausübung von Befugnissen im Interesse eines besonderen verfassungsrechtlichen Schutzgutes des allgemeinen Wohls oder im Interesse der Verwirklichung des Rechts- oder Freiheitsstatus Dritter, so *Gerhold*, unter Berufung auf *Burmeister*.⁴⁵ Damit grenzt sich die dienende Freiheit des Rechtsanwalts von der sonstigen Berufsfreiheit ab, welche die ungehinderte Ausübung von Befugnissen um des Einzelnen selbst willen gewährleistet. Mit der Übertragung des Begriffs der dienenden Freiheit löst *Gerhold* das Paradoxon auf, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte eine im Kern öffentliche Aufgabe wahrnehmen, welche um ihrer selbst willen staatsfern zu organisieren ist.

Der These der Auflösung der Grundrechtskollision zwischen der Grundrechtsposition des Mandanten und der Berufsfreiheit der Rechtsanwältin bzw. des Rechtsanwalts durch praktische Konkordanz hält *Gerhold* entgegen: Die grundrechtlichen Positionen des Mandanten „durchdringen und [...] begrenzen vielmehr die Berufsfreiheit. Diese „Durchdringung und Begrenzung“ ist das typische der dienenden Freiheit und sie nachzuzeichnen ist Ziel der vom Gesetzgeber zu schaffenden „positiven Ordnung“.⁴⁶

5. GEFAHREN UND ANSCHLUSSFÄHIGKEIT

Zunächst ist die Idee der dienenden Freiheit nicht völlig gefahrlos. Lässt sich mit der dienenden Freiheit nicht die Rechtsanwältin oder der Rechtsanwalt auf bestimmte Ergebnisse verpflichten? Das Strafprozessrecht liefert

³⁷ So das BVerfG in st.Rspr., vgl. nur NJW 2007, 2317.

³⁸ Allgemein zur Grundrechtskollision nur *Jarass*, in *Jarass/Pieroth*, GG, 18. Aufl., 2024, Vorbem. Art. 1 GG Rn. 53 m.w.N.

³⁹ BVerfG, NJW 2014, 46, 47 Rn. 68.

⁴⁰ Hierzu bereits *Wolf*, in *FS für Schneider*, 2008, 414 ff.

⁴¹ *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 2023.

⁴² BVerfG, NJW 1987, 2987, 2988.

⁴³ *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 2023, 350 ff.

⁴⁴ *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 34.

⁴⁵ *Burmeister*, in *FS für Stern*, 851; *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 34.

⁴⁶ *Gerhold*, Anwaltliche Berufsausübung im Dienst des Rechtsstaats, 423.

ein Beispiel, wie man Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit der Chiffre „Organ der Rechtspflege“ in die Pflicht nehmen will, Stichwort Rügeverkümmern.⁴⁷ Begreift man jedoch den Vorgang der Rechtsfindung als ein dialogisches Verfahren, kann man Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nicht auf eine ontologische außerhalb des Prozesses gefundene Wahrheit verpflichten.⁴⁸ Tatsachengrundlage und Rechtsansicht stehen außerhalb des Prozesses nicht fest, sondern werden erst im Prozess erarbeitet. Im Grunde wäre es eine Kontradiktion der dienenden Freiheit, dies für staatliche gegen den Mandanten gerichtete Zwecke in Anspruch zu nehmen.

Der Vorteil der Lösung von *Gerhold* ist ihre europäische Anschlussfähigkeit. Sowohl der EGMR als auch der EuGH sprechen von Pflichten des Rechtsanwalts. Insbesondere der EGMR nimmt die Anwältinnen und Anwälte für das öffentliche Vertrauen in die Justiz in Anspruch. Ihnen sei eine wesentliche Aufgabe in einer demokratischen Gesellschaft anvertraut worden: die Verteidigung von Beschuldigten. Eine Anwältin oder ein Anwalt kann diese grundlegende Aufgabe aber nicht erfolgreich ausführen, wenn denen, die er verteidigen soll, nicht garantiert wird, dass die Kommunikation zwischen ihnen vertraulich bleibt.⁴⁹ Das Berufsgeheimnis der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wird hauptsächlich durch die den Anwältinnen und Anwälten auferlegten Pflichten definiert.⁵⁰ Ganz ähnlich sieht es der EuGH in der Entscheidung *Orde van Vlaamse Balies*.⁵¹ Wie der EuGH in seiner Entscheidung vom 8.12.2022 ausführt, begründet sowohl Art. 7 EuGrCh als auch Art. 8 EMRK die Pflicht zur Berufsverschwiegenheit, damit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte die ihnen übertragene grundlegende Aufgabe für die demokratische Gesellschaft, die Rechtsunterworfenen zu verteidigen, wahrnehmen können.

⁴⁷ *Knauer/Kudlich*, in *MüKo/StPO*, 1. Aufl., 2019, § 333, Rn. 36 ff.

⁴⁸ *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 29 ff.

⁴⁹ EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – Nr. 12323/11, NJW 2013, 3423 (3427 Rn. 118) – Michaud/Frankreich.

⁵⁰ EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – Nr. 12323/11, NJW 2013, 3423 (3427 Rn. 119).

⁵¹ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20 Rn. 28, BRAK-Mitt. 2023, 40 Ls.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Kirchberg hat auf die beiden Stränge der Absicherung der Institution der anwaltlichen Tätigkeit hingewiesen: Auf der einen Seite die Sicht derjenigen, der vor Gericht oder Behörden den Beistand einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts bedürfen. Und auf der anderen Seite der Schutz der „freien Advokatur“, abgesichert durch Art. 12 GG. Das Anwaltsverfassungsrecht konstituiert sich demnach aus der anwaltlichen Erwerbsspektive und der Absicherung des Zugangs zum Recht der Bürgerinnen und Bürger.

Die Absicherung des Zugangs zum Recht erfordert, dass die Inanspruchnahme der anwaltlichen Dienstleistung nicht durch eine objektiv-relative Kostensperre verhindert wird. Die ursprüngliche Antwort, die objektiv-relative Kostensperre zu vermeiden, war die Idee der Quersubventionierung. Ertragsschwache Mandate sollten in der Person des einzelnen Anwalts durch ertragsstarke Mandate kompensiert werden. Die primäre Ausrichtung des Anwaltsverfassungsrechts an der Binnenperspektive des Unternehmens Anwaltskanzlei hat die Idee der Quersubventionierung ausgehöhlt. Bei kleinen Streitwerten ist es immer schwieriger, eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt zu finden, wie auch die Studie „Zugang zum Recht in Berlin“ zeigt.⁵² Die Minimalgesellschaft der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, welche sich an der Quersubventionierung beteiligen, können dies häufig genug nicht mehr schultern. Dabei müsste eigentlich der Rechtsberatungsmarkt mit einem Umsatzvolumen von fast 30 Mrd. Euro groß genug sein, um den gleichen Zugang für alle sicherzustellen.

In Zukunft gilt es die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Anwaltsverfassungsrecht weiter zu durchdenken und neu zu justieren.

⁵² *Wrase u.a.*, Zugang zum Recht in Berlin, Zweiter Zwischenbericht, 2023.

DEM RECHTSSTAAT VERPFLICHTET – DIE BRAK MITTEILUNGEN

PROF. DR. CHRISTOPH KNAUER*

Seit über 50 Jahren gibt es die BRAK-Mitteilungen und seit fast 25 Jahren werden sie durch einen wissenschaft-

lichen Beirat begleitet, dem Prof. Dr. Christian Kirchberg von Beginn an vorsaß. Als sein Nachfolger in dieser Rolle wirft der Autor einen Blick zurück auf die Anfänge der BRAK-Mitteilungen und ihre Etablierung als Fachzeitschrift. Anhand von früheren und aktuellen Problemkomplexen zeigt er auf, welche wichtige Rolle die Zeitschrift als Sprachrohr der verfassten Anwaltschaft im Rechtsstaatsdiskurs eingenommen hat und einnimmt.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in München und Honorarprofessor für Wirtschaftsstrafrecht und strafrechtliche Revision an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Zudem ist er Vorsitzender des BRAK-Ausschusses Strafprozessrecht und Mitglied der BRAK-Arbeitsgemeinschaft Sicherung des Rechtsstaates sowie Vorsitzender des Beirats der BRAK-Mitteilungen. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag anlässlich des Symposiums für Prof. Dr. Christian Kirchberg am 11.4.2024.