

# Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant am Beispiel des Steuerrechts

Roser

2021

ISBN 978-3-406-76044-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage

C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## D. Zusammenfassung

Für den Mandanten wird das Vertrauensverhältnis vor allem durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert. Soweit der Hilfesuchende den Rechtsanwalt zum Mitwisser von Angelegenheiten seines privaten Lebensbereichs macht, besteht ein schutzwürdiges Interesse daran, dieses Wissen gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit abzuschirmen. Anders als bei beruflichen Vertrauenspersonen wie z. B. Geistlichen oder Strafverteidigern folgt hier aus dem *Recht auf Privatheit* aber kein abstrahierter Schutz der nichtöffentlichen Kommunikation mit dem Hilfesuchenden. Dem Beruf des Rechtsanwalts fehlt es aufgrund seiner Mannigfaltigkeit an einem kategorischen Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses folgt vielmehr dem verfassungsrechtlichen Schutz der Informationen, d. h. unabhängig davon, wie der Inhalt an den Berufsgeheimnisträger geraten ist.<sup>1036</sup> Analog dazu erfassen auch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO nicht nur „anvertraute“, sondern auch „bekanntgewordene“ Geheimnisse. Zwar zählen Rechtsangelegenheiten des Mandanten vielfach zur Privatsphäre, anders als bei ärztlicher Behandlung muss bei rechtlicher Beratung aber kein höchstpersönlicher Anknüpfungspunkt gegeben sein; gerade bei wirtschaftsbezogenen Angelegenheiten ist regelmäßig nur die Sozialsphäre betroffen. Hier richtet sich der Schutz nach anderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, zumal juristische Personen sich nicht auf den Schutz der Privatheit berufen können.<sup>1037</sup> Verfehlt wäre es deshalb pauschal von einer „erweiterten Privatsphäre“ zu sprechen.<sup>1038</sup> Als Fundament der anwaltlichen Schweigepflicht lässt sich aber – trotz einzelner Inkonsistenzen – das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* heranziehen. Es gewährleistet dem Mandanten eine grundlegende Kontrolle über seine personenbezogenen Informationen und unterstreicht die Funktion des Rechtsanwalts als Verwalter von Fremdinformationen.<sup>1039</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht genügt jedoch nicht, um den gebotenen Schutz des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses zu gewährleisten.<sup>1040</sup> Insbesondere gibt es keinen Aufschluss darüber, aus welchem Grund der Mandant den Rechtsanwalt zum Mitwisser von Angelegenheiten seines privaten Lebens machen muss. Denn die Offenbarung der privaten Sphäre ist keine Eigenheit der Juristerei, sondern Grundlage

---

<sup>1036</sup> Ähnlich *Ehrenberg* (2012), S. 236.

<sup>1037</sup> Vgl. Zweites Kapitel: § 5. A. II. 5. a) → S. 100.

<sup>1038</sup> So aber *Rogall*, in: SK-StPO, § 53 StPO, Rn. 10 und *Winkler* (2014), S. 36.

<sup>1039</sup> Vgl. Zweites Kapitel: § 4. A. II. 2. a) → S. 44. In diese Richtung auch OLG Karlsruhe, BRAK-Mitt. 2014, 260 (262).

<sup>1040</sup> So auch *Winkler* (2014), S. 52.

jeder Form von individueller Beratung in persönlichen, rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. An dieser Stelle gewinnt die rechtsstaatliche Funktion des Rechtsanwalts an Bedeutung. Das *Recht auf ein faires Verfahren* aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet dem Mandanten zur Wahrung und Ausübung seiner prozessualen Rechte und Möglichkeiten nicht nur ein *Recht auf Rechtsbeistand*, sodass er nicht Gefahr läuft, zum bloßen Objekt des Verfahrens zu werden. Es gewährleistet auch die vertrauliche Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant als Vorbedingung des *Rechts auf effektiven Rechtsschutz*. Das anwaltliche Vertrauensverhältnis zählt zu den rechtsstaatlich unverzichtbaren Erfordernissen eines fairen Verfahrens. Nicht nur im Strafrecht wäre es deshalb mit dem Recht auf ein faires Verfahren unvereinbar, wenn der Mandant infolge der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts befürchten müsste, sich selbst zu belasten, dem Rechtsanwalt aus Gründen des Selbstschutzes Informationen vorenthielte und der Staat sich verfahrensrechtliche Vorteile aus einer Institution verschaffe würde, die gerade der Herstellung der Waffengleichheit dient. Dieser Gedanke beansprucht Geltung in allen rechtsstaatlich fairen Verfahren.

Sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch das Recht auf ein faires Verfahren unterliegen aber der Dispositionsbefugnis des Mandanten, d. h. er kann den Schutz verzichten. Zurückhaltung ist jedoch bei der Annahme einer konkludenten Einwilligung geboten, um das Vertrauensverhältnis nicht „durch die Hintertür“ einem staatlichen Zugriff zu öffnen. Unabhängig davon, können Einschränkungen im öffentlichen Interesse gerechtfertigt sein. Ob die Gemeinwohlbelange dabei Vorrang genießen, muss im Einzelfall anhand einer Güterabwägung entschieden werden, wobei die verfassungsrechtliche Hebelwirkung des Vertrauensverhältnisses hinreichend zu berücksichtigen ist.<sup>1041</sup>

## § 6. Interesse der Allgemeinheit

Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt jedoch nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts (§ 4.) oder des einzelnen Rechtssuchenden (§ 5.). Als Organ der Rechtspflege dient sein berufliches Tätigwerden auch einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege.<sup>1042</sup> In einer demokratischen Gesellschaft spielen die Rechtsberufe eine wichtige Rolle, „um die Achtung der Grundrechte, die Rechtsstaatlichkeit und die Sicherheit bei der Anwendung des Gesetzes zu gewährleisten, wenn

<sup>1041</sup> Vgl. Zweites Kapitel: § 4. A. III. 2. a) cc) → S. 50.

<sup>1042</sup> BVerfGE 110, 226 (252).

Rechtsanwälte Mandanten vor Gericht vertreten und verteidigen und auch wenn sie ihren Mandaten Rechtsbeistand leisten“.<sup>1043</sup> Auf diese Erwägungen lässt sich ein objektiv-rechtlicher Schutz der anwaltlichen Tätigkeit und ihrer unverzichtbaren Grundbedingungen stützen.<sup>1044</sup> Um aber als konkrete Abwägungsposition ins Gewicht zu fallen, ist die rechtsstaatliche Funktion der Anwaltschaft näher zu konturieren. Dafür soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit die anwaltliche Tätigkeit der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege dient (A.) und was es diesbezüglich mit dem Grundsatz der freien Advokatur auf sich hat (B.). Auf dieser Grundlage gilt es zu analysieren, in welchem Umfang sich daraus ein objektiv-rechtlicher Schutz des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses ableiten lässt (C.).

### A. Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Die rechtsstaatliche Bedeutung der Anwaltschaft ist dem Grunde nach unbestritten, was auch die Rechtspraxis widerspiegelt: 2018 wurden nur 9,78 % der Amtsgerichtsprozesse (§ 79 ZPO) vollständig ohne Rechtsanwalt geführt, wobei diese Zahl in den vergangenen Jahrzehnten immer weiter gesunken ist.<sup>1045</sup> Worauf sich diese rechtsstaatliche Bedeutung allerdings gründet, wird kaum schriftlich niedergelegt, weshalb sich trotz vieler wissenschaftlicher Beiträge und gerichtlicher Entscheidungen noch keine befriedigende Antwort darauf gefunden hat, welche verfassungsrechtliche Stellung der Anwaltschaft zuteilwird.<sup>1046</sup> Zwar wird der Rechtsanwalt in § 1 BRAO als „Organ der Rechtspflege“ bezeichnet, strittig ist aber, ob es sich dabei nur um einen einfachrechtlichen Programmsatz handelt, der – wie *Roman Herzog*<sup>1047</sup> es formuliert hat – „von ausschließlich standesideologischem Hintergrund“ ist und „jedes rechtlichen Inhalts entbehrt“, oder doch um ein verfassungsrechtliches Merkmal einer funktionsfähigen Rechtspflege.

---

<sup>1043</sup> Nr. 1 der Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme, ABl. EU 2006 Nr. C 292E, S. 105.

<sup>1044</sup> Vgl. die bereits erwähnte Äußerung des EuGH (Fn. 852).

<sup>1045</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1 (2018), S. 30; zur Entwicklung *Toussaint*, in: MK-ZPO, § 79 ZPO, Rn. 4.

<sup>1046</sup> Vgl. *Kirchberg*, in: FS Hollerbach (2001), S. 285 (288 f.); *Wolf*, in: FS Schneider (2008), S. 414 (418 f.); *derselbe*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Einleitung, Rn. 60.

<sup>1047</sup> *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog (1971), Art. 92 GG, Rn. 98 (zitiert nach *Busse*, AnwBl. 2001, 130 [134]). Auch *Knapp* (1974), S. 140 bescheinigt der Formulierung „keinerlei Aussagekraft“ und *Szerkus/Ferrazini*, ZJS 2017, 265 (270) sprechen ihr „lediglich Symbolwirkung“ zu.

## I. Anwaltschaft im Grundgesetz

Im Grundgesetz wird die Anwaltschaft nur in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG erwähnt. Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes u. a. auf die Rechtsanwaltschaft, das Notariat und die Rechtsberatung; geregelt werden kann insbesondere die Zulassung, die Berufsausbildung und das Gebührenwesen der Rechtsanwaltschaft.<sup>1048</sup> Eine verfassungsrechtliche Aussage über die bloße Kompetenzverteilung hinaus wird damit nicht getätigt. Weiteres lässt sich auch nicht den Artikeln des IX. Abschnitts des Grundgesetzes (Die Rechtsprechung) entnehmen. Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Wenngleich eine besondere Nähe der Anwaltschaft zur Rechtsprechung offensichtlich ist, versteht das Grundgesetz seinem Wortlaut nach unter „Rechtsprechung“ nur die durch Gerichte ausgeübte Staatsgewalt. Das Grundgesetz ist „durch eine spezifisch gerichtsförmliche Garantie der Rechtsstaatlichkeit geprägt“.<sup>1049</sup>

## II. Bedeutung für den Rechtsstaat

Obwohl das Grundgesetz die Rolle der Anwaltschaft nicht ausdrücklich behandelt, entspricht es der allgemeinen Meinung, dass ihre Tätigkeit von wesentlicher Bedeutung für den Rechtsstaat ist. In der Literatur wird sie als „Garant des Rechtsstaats“<sup>1050</sup>, als „wesentlicher, unerlässlicher Bestandteil des rechtsstaatlichen Systems“<sup>1051</sup> oder als „unverzichtbares Element eines funktionierenden Rechtsstaats“<sup>1052</sup> bezeichnet. Ob diese Bezeichnungen aber gerechtfertigt sind, hängt davon ab, was unter dem Begriff der Rechtspflege zu verstehen ist und welchen objektiven Beitrag die Anwaltschaft diesbezüglich leistet.

### 1. Begriff der Rechtspflege

Noch die Untersuchung von *Knapp*<sup>1053</sup> zeigt, dass der Begriff der Rechtspflege in der Vergangenheit vielfach als Synonym für Rechtsprechung verstanden wurde. Zumindest aber ging es um die staatliche Anwendung und Durchsetzung des Rechts. Auch das BVerfG hat in seiner *Notarstellen*-Entscheidung<sup>1054</sup> die Rechtspflege als „originäre Staatsaufgabe“ bezeichnet, was bedeuten könnte, dass die Wahrnehmung dieser Aufgabe dem Staat vorbehalten ist. Die konkrete Entscheidung bezog sich jedoch primär auf das Aufgabenfeld des Notars, der zweifelsohne auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege ein öffentliches Amt

---

<sup>1048</sup> *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 74 GG, Rn. 51.

<sup>1049</sup> *Stern* (1980), S. 12.

<sup>1050</sup> *Zuck*, MDR 1996, 1204 (1209).

<sup>1051</sup> *Rüpke* (1995), S. 64 f.

<sup>1052</sup> *Jaeger*, NJW 2004, 1 (1).

<sup>1053</sup> *Knapp* (1974), S. 105 ff.

<sup>1054</sup> BVerfGE 17, 371 (376).

ausübt (vgl. § 1 BNotO). Daraus folgt indes nicht, dass auch die Tätigkeit des Rechtsanwalts eine staatliche Aufgabe darstellt.<sup>1055</sup> Das BVerwG ist ebenso wenig davon ausgegangen, dass der Beruf des Rechtsanwalts zu den Berufen zählt, die der öffentlichen Hand vorbehalten sind.<sup>1056</sup> Es bietet sich deshalb an, die im 1. *Rundfunk-Urteil*<sup>1057</sup> des BVerfG vorgenommene Begriffstrennung zwischen öffentlicher und staatlicher Aufgabe heranzuziehen. *Öffentliche Aufgaben* sind solche, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, während *staatliche Aufgaben* solche öffentlichen Aufgaben sind, die durch den Staat wahrgenommen werden bzw. werden müssen.<sup>1058</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtspflege insgesamt als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren, die in ausgewählten Bereichen vom Staat wahrgenommen wird, daneben aber auch von der Anwaltschaft.<sup>1059</sup> Der Begriff umfasst *alle Aspekte der Verwirklichung und Vollziehung des Rechts innerhalb des Rechtsstaats*.<sup>1060</sup> Eine funktionsfähige und rechtsstaatlich geordnete Rechtspflege zeichnet sich dadurch aus, dass sie in der Lage ist, auf allen gesellschaftlichen Ebenen Rechtsfrieden und Gerechtigkeit herzustellen. Soweit die Anwaltschaft an der Auslegung und Anwendung des Rechts mitwirkt und dem Bürger<sup>1061</sup> einen systematischen Zugang zum Recht eröffnet, ist auch sie ein Bestandteil der Rechtspflege.<sup>1062</sup> Insofern entbehrt es nicht jeder Logik, dass vor Erlass der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 sogar darüber nachgedacht wurde, das anwaltliche Berufsrecht im Gerichtsverfassungsgesetz zu verankern.<sup>1063</sup>

---

<sup>1055</sup> Kritisch daher *Knapp* (1974), S. 117; *Krämer*, NJW 1975, 849 (852f.); *derselbe*, NJW 1995, 2313 (2315); *R. Schneider* (1976), S. 70 ff.

<sup>1056</sup> BVerwGE 2, 85 (86).

<sup>1057</sup> BVerfGE 12, 205 (243).

<sup>1058</sup> Näher *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Art. 30 GG, Rn. 14 ff.

<sup>1059</sup> So auch *Knapp* (1974), S. 117; *R. Schneider* (1976), S. 74 f.; *Westpfahl*, in: FS Krämer (2009), S. 149 (152); *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43 BRAO, Rn. 34; *derselbe*, MDR 1996, 1204 (1209).

<sup>1060</sup> Vgl. *Brüggemann*, in: Weyland, § 1 BRAO, Rn. 5 ff.; *Kleine-Cosack*, § 1 BRAO, Rn. 2 ff.; *Krekeler*, NJW 1977, 1417 (1417); *Zuck*, NJW 2013, 1582 (1582). Anders dagegen VerfGH Bayern, NJW 2005, 3699 (3704), der Rechtspflege mit Rechtsprechung gleichzusetzen scheint.

<sup>1061</sup> Dies gilt in Bezug auf juristische Personen nicht weniger als für natürliche Personen, vgl. *Weil*, in: FS Mailänder (2006), S. 631 (639).

<sup>1062</sup> *Brüggemann*, in: Weyland, § 1 BRAO, Rn. 5 ff.; *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO, Rn. 23 f.; *Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO, Rn. 21 ff.; *Zuck*, NJW 2013, 1582 (1582). Auch die Abteilung R („Rechtspflege“) des BMJV umfasst wie selbstverständlich das Berufsrecht der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Notare, vgl. [https://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Rechtspflege/Rechtspflege\\_node.html](https://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Rechtspflege/Rechtspflege_node.html) (Stand: 15.7.2020).

<sup>1063</sup> *Stern* (1980), S. 6 mit Verweis auf *Siegel* (1883), S. 122 ff.

## 2. Beitrag der Anwaltschaft zur Rechtspflege

Zählt man die Anwaltschaft deshalb richtigerweise zur Rechtspflege, schließt sich die Frage an, welchen objektiven Beitrag sie zur Verwirklichung und Vollziehung des Rechts erbringt. Hier ist zwischen forensischer und außerforensischer Tätigkeit zu differenzieren.<sup>1064</sup>

### a) Forensische Tätigkeit

Die forensische Tätigkeit des Rechtsanwalts ist und bleibt Mittelpunkt des anwaltlichen Berufsbildes. In einem freiheitlichen Rechtsstaat – so das BVerfG – üben „die Rechtsanwälte als berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden neben Richtern und Staatsanwälten eine eigenständige wichtige Funktion im ‚Kampf um das Recht‘“ aus.<sup>1065</sup> Welche Funktion das BVerfG vor Augen hatte, lässt sich den *Bastille*-Beschlüssen entnehmen: „Als unabhängiges Organ der Rechtspflege und als der berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden hat er die Aufgabe, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen, das Gericht – und ebenso Staatsanwaltschaft oder Behörden – vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren und diesen vor verfassungswidriger Beeinträchtigung oder staatlicher Machtüberschreitung zu sichern; insbesondere soll er die rechtsunkundige Partei vor der Gefahr des Rechtsverlustes schützen [...].“<sup>1066</sup> Diese Formel wurde mit der Entscheidung zum *Sozietätswechsel* teilweise abgewandelt. Dort heißt es, die Aufgabe der Anwälte sei „sachgerechte Konfliktlösungen herbeizuführen, vor Gericht zugunsten ihrer Mandanten den Kampf um das Recht zu führen und dabei zugleich staatliche Stellen möglichst vor Fehlentscheidungen zu Lasten ihrer Mandanten zu bewahren“.<sup>1067</sup> Ausgehend von diesen Beschreibungen lassen sich drei Funktionen der Anwaltschaft identifizieren, die neben den Aufgaben der staatlichen Organe selbstständige Bedeutung haben und im objektiven Interesse an einer funktionsfähigen Rechtspflege liegen.

### aa) Rechtsfindung

Die Grundlage der Rechtsfindung bilden zwei Elemente: Das Verständnis der entscheidungserheblichen Rechtsnorm einerseits („Rechtswahrheit“) und das korrespondierende Vorliegen ihres Tatbestands anderer-

---

<sup>1064</sup> Darauf weist auch *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (7) hin. Zur Abgrenzung zwischen forensischer und außerforensischer Tätigkeit bereits Zweites Kapitel: § 4. A. I. 1. b) → S. 30.

<sup>1065</sup> BVerfGE 63, 266 (284).

<sup>1066</sup> BVerfGE 76, 171 (192) mit Verweis auf *Stürmer*, JZ 1986, 1089 (1090) und *Vollkommer* (1984), S. 20f.

<sup>1067</sup> BVerfGE 108, 150 (161).



seits („Lebenswahrheit“).<sup>1068</sup> Diese Wahrheiten festzustellen, ist Aufgabe des Richters im Prozess. Der Weg zur Erkenntnis ist dabei aber keine statische Erhebung, sondern ein *dynamischer Prozess*. Die objektive Wahrheit lässt sich nicht von der Relativität des erkennenden Subjekts trennen.<sup>1069</sup> Zur Notwendigkeit der Advokaten schrieb *von Ramdohr*<sup>1070</sup> deshalb bereits im Jahr 1801: „Jeder gründlichen Entscheidung einer Streitfrage muß eine vollständige Ansicht aller Seiten, von denen sie sich betrachten läßt, vorangehen. Diese wird am sichersten da erwartet, wo jede Seite von einer Person, die nur aus einem Gesichtspunkt betrachten will, dargestellt wird [...]“ Diesem Umstand tragen heutzutage kontradiktorische und dialektisch ausgestaltete Verfahren Rechnung.<sup>1071</sup>

Erst die parteiliche These und Antithese ermöglichen die richterliche Synthese.<sup>1072</sup> Dies gilt für die Rechtswahrheit nicht weniger als für die Lebenswahrheit. Zwar muss der Richter nach dem Grundsatz *iura novit curia* das Recht kennen, auslegen und anwenden.<sup>1073</sup> Auch das „Recht“ wird aber in den seltensten Fällen aus sich heraus geboren, vielmehr wächst es aus Rede und Gegenrede empor.<sup>1074</sup> Darauf lassen schon die im Schrifttum geführten Diskurse und verschiedenartigen Rechtsauffassung unterinstanzlicher Gerichte schließen. Die Rechtsordnung unterliegt durch neue Rechtsnormen, wechselnde Regelungszusammenhänge und die sich verändernde gesellschaftliche Wertvorstellung einem stetigen Wandel. Dass die Parteien keinen Anspruch auf ein Rechtsgespräch haben, entzieht die Rechtsfindung dabei keinem diskursiven Prozess, denn aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt die Gewähr, dass rechtliche Äußerungen vom Gericht gehört werden müssen.<sup>1075</sup> Hinsichtlich der Lebenswahrheit gilt nichts anderes. Selbst in Gerichtszweigen, in denen

<sup>1068</sup> Kasper, JZ 1995, 746 (747). Arndt, NJW 1959, 1297 (1301) spricht von Wahrheits- und Rechtserkenntnis, R. Schneider (1976), S. 46 von Wahrheit (Tatsachen) und Gerechtigkeit (Rechtsanwendung).

<sup>1069</sup> Knapp (1974), S. 121; Spendel, JuS 1964, 465 (465). Zur Rechtsfindung auch Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, Einleitung, Rn. 60ff. und § 1 BRAO, Rn. 17 ff.

<sup>1070</sup> Von Ramdohr (1801), S. 4, selbst 17 Jahre Richter am Oberappellationsgericht in Celle und Direktor der Justizkanzlei.

<sup>1071</sup> Arndt, NJW 1959, 6, (7); Gaier, BRAK-Mitt. 2006, 2 (3); Gallas, ZStW 53 (1934), 256 (261 f.). Insbesondere Welp, ZStW 90 (1978), 804 (815 f.): „Funktionär des gerechten Urteils ist der Verteidiger hiernach insofern, als er als kalkuliertes Gegengewicht in dem dialektischen Prozeß den jeweiligen Kontrapunkt zum Vorbringen des Anklägers zu setzen, es hierdurch zu relativieren und auf diese Weise seinen Part im Interesse des gerechten Urteils zu spielen hat.“

<sup>1072</sup> Krämer, NJW 1995, 2313 (2317).

<sup>1073</sup> Vgl. Prütting, in: MK-ZPO, § 293 ZPO, Rn. 2 ff.

<sup>1074</sup> Arndt, NJW 1959, 6 (7); Busse, AnwBl. 2001, 130 (133); Gaier, BRAK-Mitt. 2006, 2 (3); Kasper, JZ 1995, 746 (747); Stern (1980), S. 6; Wolf, in: FS Schneider (2008), S. 414 (423 ff.).

<sup>1075</sup> Pestke (1986), S. E/45; anders Wolf, in: FS Schneider (2008), S. 414 (423).

der verfahrensrechtliche Amtsermittlungsgrundsatz Anwendung findet, sind die Rechtsanwälte nicht entbehrlich.<sup>1076</sup> Richter und Anwalt werden sich stets in unterschiedlichem Maße für die Wahrheitsermittlung einsetzen.<sup>1077</sup>

Dass die Parteien selbst für diese Aufgabe nur bedingt geeignet sind, erkannte auch der Gesetzgeber und schuf im Interesse der Rechtspflege den Anwaltszwang.<sup>1078</sup> Schon *von Ramdohr*<sup>1079</sup> hielt fest, dass hierfür „die Parteien gemeinlich zu leidenschaftlich oder zu ungeübt“ seien. Die einseitige Interessenvertretung durch einen Rechtsanwalt hat deshalb zwei Vorteile für die richterliche Rechtsfindung: Einerseits besitzt der Rechtsanwalt eine *professionelle Distanz zum Mandat* und kann so die Objektivität und Sachlichkeit des Verfahrens wahren, andererseits verfügt er über die *notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten*, um bei sachgemäßer Durchführung des Verfahrens unter Beachtung der Prozessmaximen die Position des Mandanten vom geltenden Recht her bestmöglich zu artikulieren.<sup>1080</sup> Indem also der Rechtsanwalt die Grenzen der Rechte des Mandanten voll auslotet, wird die *Lückenlosigkeit der Entscheidungsgrundlage* des Gerichts in sachlicher und rechtlicher Hinsicht sichergestellt, auf Grundlage derer schließlich der Richter das *gerechte Recht* zu finden vermag.<sup>1081</sup>

## bb) Kontrolle der Staatsgewalt

Ferner erfüllt die Anwaltschaft eine unmittelbare Kontrollfunktion, die sie *gegenüber den Gerichten* ausübt. Sie verwirklicht den Rechtsstaat „durch das Ausbalancieren der ansonsten unkontrollierten Dritten Gewalt“.<sup>1082</sup> Als gleichwertig qualifizierter Jurist überwacht der Rechts-

<sup>1076</sup> *Jaeger*, NJW 2004, 1 (6f.).

<sup>1077</sup> Anders noch BVerfGE 9, 124 (134f.): „Die streng durchgeführte Offizial- und Untersuchungsmaxime läßt schon an sich die Bedeutung der Vertretung durch einen Anwalt zurücktreten [...]“. Nunmehr BVerfG, NJW 1997, 2103 (2104): „Die Aufklärungs- und Beratungspflicht des Anwalts geht über die Reichweite der Amtsermittlungspflicht des Richters hinaus. Insbesondere kann der Anwalt verpflichtet sein, auch solche tatsächlichen Ermittlungen anzuregen und zu fördern, die für den Richter aufgrund des Beteiligtenvorbringens nicht veranlasst sind [...]“; ferner BVerfG, FamRZ 2002, 531 (532).

<sup>1078</sup> Zu den parteibezogenen und verfahrensbezogenen Zwecken des Anwaltszwangs *Stürner*, JZ 1986, 1089 (1090f.); *Vollkommer* (1984), S. 16ff.; *Zuck*, JZ 1993, 500 (506f.).

<sup>1079</sup> *Von Ramdohr* (1801), S. 4.

<sup>1080</sup> Vgl. BGH, NJW 1974, 1865 (1866); NJW-RR 2005, 1237 (1237); *Althammer*, in: Zöller, § 78 ZPO, Rn. 5; *Stürner*, JZ 1986, 1089 (1090f.); *Toussaint*, in: MK-ZPO, § 78 ZPO, Rn. 2; *Vollkommer* (1984), S. 16ff.; *Welp*, ZStW 90 (1978), 101 (115f.); *derselbe*, ZStW 90 (1978), 804 (813ff.); *Wiebel* (1970), S. 36; *Wolf*, in: FS Schneider (2008), S. 414 (425); *Zuck*, JZ 1993, 500 (506f.).

<sup>1081</sup> Vgl. *Degenhart*, in: HStR V, § 115, Rn. 3; *L. Müller* (1972), S. 166; *Ostler*, JR 1958, 441 (442).

<sup>1082</sup> *Reifner*, NJW 1984, 1151 (1154).