

Privat-Dozent Dr. Martin Ahrens, Universität Göttingen¹

Autonomie in Fesseln – Vorsorgevollmacht und Vorsorge- verhältnis an den Schranken des Rechtsberatungsgesetzes

Vorsorgeverhältnis und Vorsorgevollmacht bilden wichtige Bausteine einer selbstverantwortlichen Zukunftsvorsorge, deren Stabilität durch einen drohenden Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz (RBERG) beeinträchtigt wird. Ohne eine Erlaubnis, die für ein Vorsorgeverhältnis nicht erteilt werden kann, ist eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG unzulässig. Verlässliche Handlungsorientierungen erscheinen umso dringender, weil in den letzten Jahren die Voraussetzungen und Folgen eines Verstoßes gegen das RBERG in Fluss geraten sind. Auf den Grundlagen der neuen Rechtsprechung sind die Eckpunkte der nach Art. 1 § 1 RBERG zulässigen Vorsorgeverhältnisse zu entwickeln.

Für das an seinem Lebensende um Würde und Autonomie ringende Individuum leistet die Vorsorgevollmacht einen Beitrag zur selbstbestimmten Lebensführung. Über den konsequent durchgeführten Grundsatz der Privatautonomie autorisiert der Einzelne in Selbstbestimmung einen anderen, für ihn eine Regelung darüber zu treffen, was rechtlich gelten soll. Legitimiert werden altersbezogene, aber auch andere Vorsorgevollmachten sowie das mitzubedenkende Grundgeschäft aus dem unantastbaren Bereich menschlicher Persönlichkeit und Freiheit sowie der obersten Wertentscheidung für die Menschenwürde. Stellung und Funktion der Vorsorgevollmacht sind letztlich aus dem Zentrum unserer Rechtsordnung zu gewinnen.

Hoheitliche Eingriffe in diesen Kernbereich eigenverantwortlicher Lebensplanung müssen grundsätzlich subsidiär bleiben. Vor allen anderen Erwägungen resultiert aus der verfassungsrechtlichen Dignität des Akkords von Autonomie, Vertreterhandeln und Rechtsgeltung der Vorrang der Vorsorgevollmacht gegenüber dem Betreuungsrecht, der in § 1896 Abs. 2 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) anerkannt ist. Mehr noch, denn staatliches Handeln hat selbstbestimmte Lebensgestaltungen zu unterstützen und zu fördern, wie die vormundschaftliche Hinweispflicht auf die Möglichkeit einer Vorsorgevollmacht in § 68 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) und die Informationspflicht aus § 1908 Abs. 1 Nr. 2 a BGB dokumentieren.

Kaum zu überdecken sind aber auch die Risse in diesem Bild. Ganz pragmatisch soll die Vorsorgevollmacht den fiskalischen und vormundschaftsgerichtlichen Aufwand einer Betreuung ersparen.

Wirklichkeitsnäher als das sich seiner selbst bewusste, unabhängige und rational planende Individuum erscheint zudem der einsame, seiner Umwelt mehr miss- als vertrauende, von Krankheit gezeichnete ältere Mensch, der die Chancen und Risiken eines Vorsorgeverhältnisses schwerlich zu erkennen vermag. Außerdem müssen die Voraussetzungen, Grenzen und Leistungen autonomer Handlungsmöglichkeiten noch vielfach diskutiert und präzisiert werden.² Eine spezielle Schranke liegt dabei zugleich so nah und in der Wahrnehmung doch so fern.

Vom Beauftragten sind für den Auftraggeber persönliche, wirtschaftliche und eben auch rechtliche Angelegenheiten zu besorgen.³ Werden fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgt, ist die Tätigkeit nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG erlaubnispflichtig. Rechtstechnisch handelt es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴ Erlaubnisfähig sind jedoch nur die in Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 RBERG aufgeführten Sachbereiche der Rentenberater, Versicherungsberater, Frachtprüfer, vereidigten Versteigerer, Inkassounternehmen für die außergerichtliche Forderungseinziehung sowie Rechtskundigen in einem ausländischen Recht.

Offensichtlich gehört die Tätigkeit der Bevollmächtigten nicht zu diesen privilegierten Gebieten. Von Rechtsprechung und Literatur wird hieraus die Konsequenz gezogen, dass es sich jedenfalls bei einer Berufsbevollmächtigung um eine erlaubnispflichtige, aber nicht erlaubnisfähige und deswegen unzulässige Betätigung handelt.⁵ Jenseits dieser seltenen Konstellationen herrscht eine große Ungewissheit. Wo die Scheidelinie zwischen einer zulässigen Geschäfts-

und einer unzulässigen Rechtsbesorgung verläuft, in welchem Umfang etwa unentgeltliche oder aus einer familiären Bindung übernommene Aufgaben zulässig sind, ist derzeit nur zu mutmaßen.

Angesichts der einschneidenden zivilrechtlichen Konsequenzen wiegt eine solche Unsicherheit umso schwerer. Sollte eine verbotene Rechtsbesorgung vorliegen, droht gemäß § 134 BGB die Unwirksamkeit des vom Bevollmächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts und im äußersten Fall sogar dessen persönliche Einstandspflicht nach § 179 BGB. Derartige Fälle sind zwar bislang noch nicht bekannt geworden. Selbst wenn aber die gesellschaftlich wünschenswerte Aufgabe, autonome Handlungsformen auch am Ende des Lebens zu ermöglichen, die einfachgesetzliche Schranke des RBERG weithin verdeckt haben sollte, kann sich dies jederzeit ändern.

Vorsorgevollmacht und Vorsorgeverhältnis

In der modernen betreuungsrechtlichen Diskussion hat sich das Schlagwort der Vorsorgevollmacht weithin eingebürgert. In dessen Schatten fristet das Vorsorgeverhältnis, auf dessen Grundlage die Vollmacht erteilt wird, ein eher unauffälliges Dasein. Aus dieser Randexistenz ist das Grundverhältnis herauszuholen, denn eine unzulässige Rechtsberatung ist in erster Linie an den Aufgaben und Handlungsfeldern der zur Vorsorge tätigen Person zu messen. Vorsorgeverhältnis und Vorsorgevollmacht sind strikt zu unterscheiden.

Werden die Rechtsfolgen eigenverantwortlicher Entscheidungen für und gegen das Individuum betrachtet, gerät zuvorderst die Vorsorgevollmacht in den Blickpunkt. Wie jede Vollmacht ist die Altersvorsorgevollmacht auf das rechtliche Können, die Kompetenz des Bevollmächtigten gerichtet und gestaltet das Außenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten. Erteilt wird die Vollmacht durch Erklärung in Gestalt eines einseitigen

1 Der Verfasser vertritt den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Göttingen.

2 Dazu Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (2000), S. 54 ff.; 194 ff.

3 Zur Vereinfachung wird hier und nachfolgend vom Auftraggeber und Beauftragten gesprochen, obwohl nicht notwendig ein Auftragsverhältnis bestehen muss, sondern ein anderes Grundverhältnis vorliegen kann.

4 *Rennen/Caliebe*, 3. Aufl., 2001, Art. 1 § 1 RBERG Rz. 8; *Weth*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. (2004), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 2.

5 OLG Saarbrücken FamRZ 2003, 1044; *Heitmann*, in: AnwKomm (2005), § 1896 Rz. 55; *Jürgens*, Betreuungsrecht, 3. Aufl. (2005), § 1901 a Rz. 14.

gen Rechtsgeschäfts des Vollmachtgebers, § 167 Abs. 1 BGB. Da der Vollmachtgeber in eigenen Angelegenheiten tätig wird, während das RBERG gegen die ungenügende Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten gerichtet ist, verstößt die Vollmachtserteilung selbst nicht gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG.⁶ Offen bleibt, ob die Vorsorgevollmacht aus anderen Gründen unwirksam sein kann.

Eine unbefugte Rechtsbesorgung ist umgekehrt anhand des Grundverhältnisses zwischen dem vorsorgebedürftigen Individuum und dem Bevollmächtigten festzustellen. Über dieses Vorsorgeverhältnis wird gesteuert, in welcher Weise der Bevollmächtigte von der Vollmacht Gebrauch machen darf. Gefälligkeiten, bei denen kein Rechtsbindungswille des Bevollmächtigten und keine Verpflichtungen existieren, erscheinen hierfür ungeeignet. Aufgrund des manifesten Interesses des Vollmachtgebers an einer verlässlichen Gestaltung seiner künftigen Handlungsformen besitzen unverbindliche Gefälligkeitsverhältnisse im Bereich der Vorsorgeverhältnisse keine nennenswerte Bedeutung. Als Vorsorgeverhältnis kommt ein unentgeltlicher Auftrag gemäß § 662 BGB, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB und bei entgeltlichen Tätigkeitsverpflichtungen nicht wirtschaftlicher Art ein Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB in Betracht.

Zu den vorrangigen Schutzzwecken und Schutzgütern des RBERG zählt, den Rechtssuchenden vor den Gefahren einer für ihn nicht erkennbaren ungenügenden Beratung und Vertretung zu bewahren. Dieser Zweck ist nur zu erreichen, wenn kein Erfüllungsanspruch des Auftraggebers besteht.⁷ Der unbefugte Rechtsberater darf vertraglich weder verpflichtet noch berechtigt sein, seine unerlaubte Tätigkeit auszuüben oder fortzusetzen. Konsequentermaßen, muss das Grundgeschäft bei einem Verstoß gegen das RBERG unwirksam sein.

Vorsorgetätigkeiten als unbefugte Rechtsbesorgung

Verfassungsrechtliche Anforderungen

Als präventives Verbotsgesetz errichtet das RBERG für die nicht anwaltliche Rechtsbesorgung hohe Hürden. Früher wenig beachtet, steht das Gesetz deswegen seit einiger Zeit in einer intensiven fachlichen Kritik, die von massiven Deregulierungswünschen begleitet wird. Vor allem unter dem Druck einer verstärkt grundrechtsbezogenen Wahrnehmung ist seine vormals starre Handhabung auf manchen Gebieten in Fluss geraten. An diesen veränderten Maßstäben sind die Chancen neuer Berufsfelder, wie der Vorsorgetätigkeit, auszuloten.

Seinem Grundanliegen und seiner Struktur nach erweist sich das RBERG eindeutig als verfassungskonform, doch muss auch die Auslegung der verfassungsrechtlich unbedenklichen Vorschriften den grundgesetzlichen Erfordernissen genügen. Gewandelte soziale Verhältnisse und gesellschaftspolitische Anschauungen haben das Gesetz einem Alterungsprozess unterworfen, der die Norminterpretation beeinflussen kann.⁸ So verlangt ein entwickelter Dienstleistungsmarkt mit neuen, hoch spezialisierten Berufsbildern eine dieser veränderten Lebenswirklichkeit Rechnung tragende differenzierte Anwendung des Rechtsberatungsverbots.

Im Licht der verfassungsrechtlichen Anforderungen darf die einfachgesetzliche Schranke einer unbefugten Rechtsbesorgung für die Tätigkeit im Rahmen eines Vorsorgeverhältnisses nicht zu eng gezogen werden. Primär ist die in Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit des Bevollmächtigten zu beachten. Sekundär sichern die Menschenwürde und das allgemeine Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG das Selbstbestimmungsrecht des Auftraggebers, das auch bei Begründung des Vorsorgeverhältnisses zu achten ist. Man spricht hier von Achtungsgebot. Nicht zuletzt dessen Autonomie soll aber durch das RBERG durch das Schutzgebot gewahrt werden, indem es den Rechtssuchenden vor unsachgemäßem Rat schützt und damit auf qualifizierten Informationen beruhende Entscheidungen ermöglicht.⁹

Obwohl der Schutzzweck dieses Berufs- und Informationsmodells durch die fehlende Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers noch verstärkt wird, gelten auch hier Grenzen. Zweifellos existiert keine Freiheit, falls nicht auch Sicherheit herrscht, doch darf die zu schützende Freiheit nicht durch das Sicherheitsbestreben verdrängt werden. Oft wird ein vertrauensbasiertes, kostengünstiges und von vormundschaftlicher Genehmigung freigestelltes privatrechtliches Vorsorgeverhältnis ohne wirkliche Alternative bleiben. Deswegen ist sehr genau abzuwägen, ob die gesetzlich geschützten Belange ein Verbot der Rechtsbesorgung fordern.

Übertriebene Erwartungen an eine Öffnung des Markts für Rechtsdienstleistungen sind freilich zu dämpfen. Vereinzelt wird zwar ein Kurswechsel im Hinblick auf das RBERG dergestalt konstatiert, dass durch die Betonung materieller Abwägungskriterien Verstöße gegen den Verbotgehalt des RBERG marginalisiert werden.¹⁰ Demgegenüber ist aber festzuhalten, dass es sich eher um Randkorrekturen handelt, die in Einzelfällen eine veränderte Ausrichtung verlangen, die grundlegende Verbotstruktur jedoch unberührt lassen. Infolgedes-

sen ist eine zweistufige Prüfung geboten, bei der zunächst die Tatbestandsverwirklichung festzustellen und anschließend im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen den Schutzzwecken des RBERG und den Freiheitsrechten abzuwägen ist.¹¹

Rechtsbesorgung im Vorsorgeverhältnis

Rechtliche Angelegenheiten

Bereits das Schwellenerfordernis einer Rechtsbesorgung aus Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG ist im Vorsorgeverhältnis aufgrund der Kombination persönlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Aspekte nur mit erheblichen Schwierigkeiten festzustellen. Unter den Schutzzweck von Art. 1 § 1 RBERG fällt die umfassende und vollwertige Beratung oder Vertretung der Rechtssuchenden. Wird schon vom Ansatz her keine komplexe Rechtsberatung auf mindestens einem Teilgebiet des Rechts angeboten, bedarf es einer sorgfältigen Beurteilung, ob mit der Dienstleistung fremde Rechtsangelegenheiten besorgt oder lediglich kaufmännische beziehungsweise andere Hilfeleistungen erbracht werden.¹² Erlaubnispflichtig ist nur die Besorgung konkreter Rechtsangelegenheiten,¹³ woran freilich bei den Aufgaben im Vorsorgeverhältnis keine Zweifel bestehen.

Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung besorgt Rechtsangelegenheiten, wer diese unmittelbar fördert und zu einem gewissen Abschluss bringt. Er muss eine Tätigkeit ausüben, die das Ziel verfolgt und geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen und ebensolche Rechtsverhältnisse zu gestalten. Da eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach mit rechtlichen Vorgängen verknüpft sein wird, ist eine erlaubnisfreie Geschäfts- von einer erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung nach dem Kern und dem Schwerpunkt der Tätigkeit abzugrenzen. Liegt die Tätigkeit also überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet und bezweckt sie die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange oder stehen die juristischen Aspekte im Vordergrund und

6 Böhler, FamRZ 2001, 1585, 1594.

7 BGHZ 37, 258, 262.

8 BVerfG NJW 1998, 3481; 2002, 3531; 2004, 2662.

9 Zu den beiden Aufgaben Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl. (2004), Art. 1 Rz. 7, 9.

10 Kleine-Cosack, NJW 2003, 3009, 3010 ff.; ders., RBERG (2004), II A Einführung Rz. 4, Art. 1 § 1 Rz. 7 ff.

11 Prütting, Gutachten 65. DJT, Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz, G 25 f., G 37 f.; vgl. OLG Köln NJW 2005, 683.

12 BVerfG NJW 1998, 3481, 3482.

13 Weth, in: Henssler/Prütting, BRAO (Fn. 3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 5.

wird eine Klärung rechtlicher Verhältnisse angestrebt?¹⁴

Angesichts der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche, die kaum eine wirtschaftliche Betätigung ohne rechtsgeschäftliches Handeln ermöglicht oder ohne rechtliche Wirkung lässt, kann nicht allein auf die rechtlichen Formen und Folgen des Verhaltens abgestellt werden. Erforderlich ist zusätzlich eine abwägende Beurteilung, ob es um eine Rechtsbesorgung oder ob es um eine Tätigkeit geht, die von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann, ohne die Qualität der Dienste oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der zu ihrer Aufrechterhaltung benötigten Rechtsberater zu beeinträchtigen.¹⁵

Spezielle Vorsorgeverhältnisse

Von diesen allgemeinen Grundsätzen aus ist noch ein weiter Weg zu einer konkreten Stellungnahme über die Grenzen zulässiger Rechtsbesorgung im Vorsorgeverhältnis zu beschreiten. Pauschale Antworten sind weithin ausgeschlossen, da der jeweilige Vertragsinhalt maßgebend ist. Soll die Beauftragung lediglich die tatsächliche Handlungsfähigkeit gewährleisten oder persönliche Entscheidungen ermöglichen, wie die Aufenthaltsbestimmung beziehungsweise die Einwilligung in Heilbehandlungen oder in freiheitsbeschränkende Maßnahmen, scheidet eine Rechtsbesorgung bereits tatbestandlich aus. Auch wenn der Beauftragte, etwa durch eine Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff, die Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Handeln schafft, bildet diese Gestaltung von Rechtsverhältnissen nicht das Ziel, sondern nur das Mittel der Tätigkeit und stellt damit keine Rechtsberatung dar. Wird dagegen ein häuslicher Kranken- und Altenpflagedienst von seinen Patienten beauftragt, Klagen durch Rechtsanwältinnen zu erheben und hierzu Untervollmachten zu erteilen, liegt eine Rechtsbesorgung vor.¹⁶ Dieses Handeln bezweckt, fremde Rechte zu verwirklichen beziehungsweise fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten.

Zielt das Vorsorgeverhältnis auf eine Vermögensvorsorge, ist infolge der Verrechtlichung wirtschaftlicher Verhältnisse darauf abzustellen, welches Gewicht den dabei existierenden juristischen Gestaltungsmöglichkeiten für die Tätigkeit des Vorsorgebeauftragten beizumessen ist. Stehen wirtschaftliche Entscheidungen im Mittelpunkt und beschränken sich seine rechtlichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume darauf, diese Entschlüsse nachzuvollziehen, ist eine Rechtsbesorgung zu verneinen. Je exakter also die Vorgaben durch den Auftraggeber sind, desto weniger kommt es auf die rechtlichen Handlungsparameter an und umso eher

ist eine Rechtsbesorgung zu verneinen. Bestätigt wird dies durch die Annex-Kompetenz aus Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG.

Generalaufträge

Im Regelfall eines umfassenden Vorsorgeverhältnisses wird sich freilich eine solche Grenze nicht ziehen lassen, weil der Bevollmächtigte nicht nur Rechtsgeschäfte schließen, sondern auch nach eigenem Gutdünken gestalten sowie Erklärungen und Anträge gegenüber den Finanz- und Sozialbehörden abgeben oder stellen darf und vielleicht sogar eine Prozessvollmacht besitzt. Bei derartigen rechtlich fokussierten Handlungen ist ergänzend das Gewicht der juristischen Belange abzuwägen.

Üblicherweise bilden der Beratungsbedarf des Rechtsuchenden und die Hilfestellung der ausführenden Person bei dessen Entscheidungsprozessen wichtige Abwägungskriterien, doch schränken die Lebenssituation des gebrechlichen Menschen und der Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum des Beauftragten diese Referenz ein. Dann ist zu erwägen, ob der Auftraggeber im Rahmen der Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung des Geschäfts oder der damit verbundenen Risiken erkennbar erwartet hat.¹⁷ Auf diese Erwartungshaltung ist deswegen abzustellen, weil im Vorsorgeverhältnis die Kontrollrechte der §§ 665, 666 BGB sowie die Beendigungsmöglichkeiten nach den §§ 627 Abs. 1, 671 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB entwertet sind, sofern kein Kontrollbetreuer eingesetzt ist.

Maßgebend ist also die vom Auftraggeber mit dem Vorsorgeverhältnis verfolgte Zielsetzung. Was einem anderen übertragen wird, weil es aufgrund der eigenen Gebrechlichkeit nicht mehr persönlich erledigt werden kann, zielt nicht auf eine rechtliche Beratung, sondern auf eine generelle Zukunftsvorsorge. Schließlich verlangt auch der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit privatautonom gestaltete Möglichkeiten, mit denen altersbedingte Handlungsbeschränkungen zu überwinden sind. Einen Anhaltspunkt für diese Ziele bietet, ob das Vorsorgeverhältnis aufgrund eines persönlichen Vertrauens begründet wird, wie typischerweise in den Näheverhältnissen des familiären oder persönlichen Umfelds.

Sollen dagegen rechtliche Prüfungen von qualifizierter Hand erfolgen, die dem Beauftragten infolge eines fachlichen Vertrauens übertragen werden, rückt die Klärung der juristischen Fragen in den Mittelpunkt. Eine Rechtsbesorgung ist indiziert, wenn der Auftraggeber unabhängig von seinem Befinden eine kundige Unterstützung gerade bei der Verwirklichung und Gestaltung seiner Rechte wünscht. In diesen Fällen dominiert

regelmäßig der notwendige Schutz des Rechtsuchenden und der Rechtspflege über die Freiheitsrechte des Rechtsbesorgers. Obwohl sich ein Anwaltsmarkt für das Gesamtgebiet der Vorsorgeverhältnisse nicht ausgebildet hat und in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, stellen die aufgrund eines Generalauftrags im Rahmen eines professionell ausgeübten Vorsorgeverhältnisses übertragenen Tätigkeiten doch Anforderungen, die qualifizierten Rechtsberatern vorbehalten bleiben müssen.

Unbefugte Rechtsbesorgung

Während gegenständlich auf persönliche und wirtschaftliche Angelegenheiten beschränkte Vorsorgeverhältnisse zumeist unbedenklich sind, haftet gerade umfassenden Generalaufträgen das Odium unzulässiger Rechtsberatung an. Eine abschließende Stellungnahme ist damit freilich nicht verbunden, denn im Einzelnen sind der Grad der rechtlichen Prüfung und die im Vorsorgeverhältnis verfolgten Intentionen zu gewichten.

Zu beachten ist auch die Unterscheidung zwischen Vorsorgeverhältnis und Vorsorgevollmacht. Allein die Bezeichnung als Berufsbevollmächtigter besagt noch nicht, ob inkriminierte Tätigkeiten ausgeübt werden sollen. Ebenso wenig kann daraus umgekehrt auf die Erlaubnisfähigkeit der Betätigung geschlossen werden, denn dafür kommen lediglich die in Art. 1 § 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 RBERG aufgeführten Sachbereiche in Betracht, die nicht auf den Berufsbevollmächtigten zutreffen. Selbst wenn die Berufsbezeichnung eine umfassende Kompetenz nahe legt, ist doch nur das konkrete Tätigkeitsgebiet maßgebend. Beschränkt sich ein beruflich tätiger Bevollmächtigter auf zulässige Aufgaben jenseits einer Rechtsbesorgung, darf er erlaubnisfrei handeln.

Fremde Angelegenheiten

An sich gelten für den Rechtsbesorger solche rechtlichen Angelegenheiten als fremd, die keine eigenen Rechtspositionen betreffen und deswegen der Sorge des Auftraggebers obliegen, wobei zumeist von einem wirtschaftlichen Standpunkt ausgegangen wird. Auf eine mit Rücksicht auf verwandtschaftliche oder persönliche Beziehungen übernommene Tätigkeit kann diese restriktive Auslegung jedoch nicht ohne weiteres übertragen werden. Exemplarisch gestattet § 6 Nr. 2 Steuerberatungsgesetz (StBerG) in Steuersachen eine unentgeltliche Hilfeleistung für An-

14 BVerfG NJW 2002, 3531, 3532; NJW 2004, 1855, 1856; BGH NJW 1999, 1715; NJW 2000, 2108; NJW 2002, 2877, 2878.

15 BGH NJW 2002, 2877, 2878.

16 LSG Hamburg NZS 1998, 382.

17 BGH NJW 2003, 3046, 3048.

gehörige i. S. d. § 15 Abgabenordnung (AO). Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt allerdings im RBERG eine Regelung.¹⁸

Den Besonderheiten der ehelichen Lebensverhältnisse hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einer jüngeren Entscheidung Rechnung getragen. Eine durch die eheliche Beistandspflicht gemäß § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB gebotene Hilfeleistung eines Ehegatten für den anderen, die sachgemäß nicht ohne gleichzeitige Rechtsbesorgung gewährt werden kann, stellt danach keine Besorgung fremder Angelegenheiten dar. Als ausschlaggebend hat der Senat die persönlichen Beziehungen zwischen Ehegatten und den Normwiderspruch zwischen der eherechtlich geforderten Beistandspflicht und ihrer Untersagung durch das Rechtsberatungsverbot angesehen.¹⁹ In der ehelichen Gemeinschaft ist ein Vorsorgeverhältnis damit uneingeschränkt zulässig.

Von diesen Grundsätzen aus sind die aus verwandtschaftlichen oder anderen Bindungen übernommenen Tätigkeiten zu beurteilen. Unter der Voraussetzung besonderer persönlicher Verhältnisse ist ebenfalls auf die Kollision gesetzlicher Pflichten mit dem Rechtsbesorgungsverbot abzustellen. Notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung ist, dass der Beauftragte aufgrund der engen Bindung, vielleicht auch aus sittlichen Gründen, ein eigenes Interesse an der Erledigung der Rechtsangelegenheit hat.²⁰ Zusätzlich muss eine rechtliche Verpflichtung zur Übernahme der Angelegenheit existieren, die nicht ohne einen normativen Widerspruch zum RBERG zu erfüllen ist. Dies wird bei einem in Naturalleistung zu erbringenden Unterhaltsanspruch zwischen Großeltern beziehungsweise Eltern und Kindern in Betracht kommen. Unverkennbar führt diese restriktivere Handhabung zu einem Konflikt mit persönlichen oder sozialen Bedürfnissen, doch ist dieser nicht unter dem unpassenden Etikett fremder oder eigener Angelegenheiten, sondern im Rahmen der Frage nach einer unzulässigen geschäftsmäßigen Rechtsbesorgung zu lösen.

Geschäftsmäßiges Handeln

Geschäftsmäßiges Handeln erfordert eine selbstständige Tätigkeit, die mit der Absicht ausgeübt wird, diese zu wiederholen.²¹ Entscheidend dafür ist die innere Einstellung, während die Haupt- oder Nebenberuflichkeit und die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit, so ausdrücklich Art. 1 § 1 Satz 1 RBERG, beziehungsweise die Ausübung für einen größeren Personenkreis oder eine Einzelperson unerheblich beziehungsweise nachrangig sind. Nach diesen Vorgaben ist ein geschäftsmäßiges Handeln im Rahmen eines Vorsorgeverhältnisses kaum zu bezweifeln.

In der aktuellen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hat diese Voraussetzung jedoch eine neue Wendung erhalten. Eine unentgeltliche Rechtsbesorgung durch einen ehemaligen Richter, also einen berufserfahrenen Juristen, soll danach im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation aufgrund der besonderen Fallgestaltung keine geschäftsmäßige Rechtsberatung begründen.²² Unentgeltliche Tätigkeiten werden dadurch auch gegenüber dem gesetzlichen Wortlaut erkennbar erleichtert, wodurch persönliche oder karitative Hilfestellungen privilegiert sind. Inwieweit damit ein Juristenprivileg einhergeht, ob also der Rechtsbesorger eine juristische Vorbildung benötigt oder ob andere Schlüsselqualifikationen genügen können, ist noch nicht abschließend zu beantworten. An dieser Stelle wird auf das Näheverhältnis abzustellen sein. Bei engen verwandtschaftlichen Beziehungen oder in einer nicht-ehelichen Gemeinschaft sind bei einer unentgeltlichen Tätigkeit keine besonderen Qualifikationen zu verlangen, während im nachbarschaftlichen oder entfernten Umfeld die beruflichen Anforderungen steigen.

Ausnahmen vom Verbot

Erlaubnisfreiheit

Nicht jede geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist indessen erlaubnispflichtig. Abgesehen von Rechtsanwälten und Notaren, Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG, benötigen insbesondere Zwangsverwalter, Insolvenzverwalter oder Nachlasspfleger sowie die für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzten Personen nach Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG keine Erlaubnis für ihre Tätigkeit. Entscheidend ist auf die Einsetzung durch eine Behörde abzustellen, weswegen der Betreuer zu den erlaubnisfrei handelnden Personen gehört.²³

In den Konsequenzen erweist sich diese Privilegierung als spannungsreich. Trotz einer eventuell sachlich übereinstimmenden Tätigkeit ist nach dieser Vorschrift der Betreuer von der Erlaubnispflicht und dem Rechtsbesorgungsverbot freigestellt, während der Vorsorgebeauftragte Gefahr läuft, eine unzulässige Rechtsberatung auszuüben. Zu erklären ist dies nicht aus dem unterschiedlichen Grad behördlicher Aufsicht. Vielmehr darf die als gesetzlicher Vertreter eingesetzte Person nicht in Widerspruch zwischen den von ihrem Amt geforderten und den nach dem RBERG zulässigen Tätigkeiten geraten.²⁴ Eine vergleichbare Kollision gesetzlicher Pflichten mit dem Rechtsbesorgungsverbot besteht im Vorsorgeverhältnis nur ausnahmsweise und wird dann über den Gedanken des Normwiderspruchs mit familienrechtlichen Verpflichtungen angemessen berücksichtigt.

Annex-Kompetenz

Für den Verbotsbereich des RBERG ist die erlaubnisfreie Geschäfts- von der erlaubnispflichtigen Rechtsbesorgung abzugrenzen. Im engen Zusammenhang damit steht die nach Art. 1 § 5 RBERG als Annex-Kompetenz gesetzlich aufgezählte Wirtschaftsangelegenheit zulässige Erledigung von Rechtsangelegenheiten. Sind von der handelnden Person die in Art. 1 § 5 RBERG dargestellten Aufgaben wahrzunehmen, ist es unschädlich, falls im Rahmen einer sachgerechten Ausführung rechtliche Verhältnisse geklärt werden müssen.

Beschränkt sich das Vorsorgeverhältnis auf die Wahrnehmung der Vermögensverwaltung, sind die rechtlichen Auswirkungen der Tätigkeit nach Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG unschädlich. Die wertungsmäßige Übereinstimmung mit diesem Tatbestand wird dann verlassen, wenn dem Beauftragten zusätzliche Aufgaben übertragen werden, die von einer Vermögensverwaltung unabhängig sind. Umfasst das Vorsorgeverhältnis Entscheidungen persönlicher oder allgemeiner Natur, kann sich seine Zulässigkeit nur aus den allgemeinen Regeln über eine Rechtsbesorgung ergeben.

Zivilrechtliche Konsequenzen

Abgesehen von einer Bußgeldzahlung nach Art. 1 § 8 RBERG liegen die wichtigsten Rechtsfolgen einer unzulässigen Rechtsberatung auf zivilrechtlichem Gebiet. Durch das RBERG sollen Rechtsuchende vor den Gefahren einer ungenügenden und nicht sachgerechten Beratung sowie Vertretung geschützt werden. Nach nahezu einhelliger Ansicht ist deswegen der mit einem nicht zugelassenen Rechtsberater geschlossene Auftrag beziehungsweise Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 134 BGB nichtig, weil er gegen ein Verbotsgesetz verstößt.²⁵ Es widerspräche dem

18 Weth, in: Henssler/Prütting, BRAO (Fn. 3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 16.

19 BGH NJW 2001, 3541, 3543.

20 So aber dies bislang überwiegende Ansicht Weth, in: Henssler/Prütting, BRAO (Fn. 3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 17; *Rennen/Caliebe* (Fn.3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 33; *Zimmermann*, BtPrax 2001, 192, 193; *Bühler*, FamRZ 2001, 1585, 1594; noch offener *Kleine-Cosack*, RBERG (Fn. 8), Art. 1 § 3 Rz. 62, 74.

21 BGH NJW 2002, 2104, 2105, m. w. N.: *Rennen/Caliebe* (Fn.3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 56.

22 BVerfG NJW 2004, 2662, 2663.

23 *Kleine-Cosack*, RBERG (Fn. 8), Art. 1 § 3 Rz. 32; *Chemnitz/Johnigk*, RBERG, 11. Aufl. (2003), Rz. 435.

24 Vgl. auch BVerfG NJW 2005, 1293, 1294.

25 St. Rspr. BGH NJW 2002, 66, 67; 2002, 2325, 2326; 2003, 2088; 2004, 840, 842; außerdem etwa *Palandt/Heinrichs*, 64. Aufl. 2005, § 134 Rz. 21; *Hefermehl*, in: Soergel, 13. Aufl. (1999), § 134 Rz. 57; *Rennen/Caliebe* (Fn. 3), Art. 1 § 1 RBERG Rz. 197.

gen des RBERG, wenn der Berater möglich verpflichtet wäre, seine unübliche Tätigkeit fortzusetzen. Selbst der Vertrag erlaubte Tätigkeiten des Beraters einschließt, ist er nach § 9 BGB insgesamt nichtig,²⁶ was für das Vorsorgeverhältnis zu 1 hat.

nicht beantwortet ist damit, wie die Nichtigkeit des Grundverhältnisses auf die Vorsorgevollmacht ausstrahlt. Als abstraktes Rechtsgeschäft ist die Vollmacht prinzipiell vom Grundverhältnis und dessen Mängeln unabhängig. Auch richtet sich der Schutz des RBERG nicht gegen den Vollmachtgeber, dessen Vollmachtserteilung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Bis in die jüngere höchstgerichtliche Rechtsprechung war desweil umstritten, wie sich die Nichtigkeit auswirkt. In seinem Urteil vom 18. November 2001 hat der XI. Zivilsenat darauf abgestellt, ob nach dem Willen der Parteien die Vollmacht mit dem Grundgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft verbunden ist. Falls dieser Einheitlichkeitswille vorliegt, ist ein nichtiges Grundgeschäft nach § 117 BGB zur Nichtigkeit der Vollmacht ausstrahlt.²⁷ Umgekehrt blieb aber beim Abschluss eines einheitlichen Geschäfts die Vollmacht wirksam.

In der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 11. Oktober 2001 ist ein Wandel zu beobachten. Nach diesem Urteil ist es mit der Aussetzung von Art. 1 § 1 RBERG vereinbar, die Rechtsberatung zu verweigern, den unbefugten Rechtsberater gleichwohl in den Stand zu setzen, gesetzlich missbilligte Tätigkeit zum Abschluss zu führen, indem er Rechtsverhältnisse zu Lasten des Geschützten herbeiführt. Beide Rechtsgeschäfte leiden denselben Mangel, weshalb ein Fall der Identität vorliegt. Soweit ersichtlich ist inzwischen die Zivilsenate des BGH dem Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG ohnmächtig von der Unwirksamkeit der Vollmacht aus.²⁸

Verstößt das Vorsorgeverhältnis gegen § 117 RBERG, ist auch die Vorsorgevollmacht unwirksam. Schließt der unwirksam Bevollmächtigte dennoch Rechtshandlungen ab, gelten die allgemeinen Regeln über eine vollmachtslose Vertretung. Einseitige Rechtsgeschäfte sind nach § 180 BGB unwirksam. Bei Verträgen droht nach § 179 BGB die persönliche Einstandspflicht, falls der Vertragsschluss nach § 177 BGB genehmigt oder nach § 178 BGB widerrufen wird. Ist eine Vollmachtsurkunde ausgestellt, bieten allerdings §§ 172 ff. BGB einen gewissen Schutz.

AUSBLICK

Nachdem in der rechtspolitischen Diskussion umfassende Reformen reklamiert wurden, sieht der vorliegende Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts (DiskE-RDG)²⁹ einige Korrekturen vor. Prinzipiell unverändert bleibt der zweistufige Aufbau aus verbotenen Rechtsdienstleistungen und erlaubten Nebenleistungen, deren Balance jedoch entsprechend der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung neu justiert wird. Künftig sollen Rechtsdienstleistungen in konkreten fremden Angelegenheiten unzulässig sein, die nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden eine umfassende rechtliche Beurteilung oder eine nach rechtlicher Prüfung erfolgende Gestaltung rechtlicher Verhältnisse zum Inhalt haben, §§ 2, 3 DiskE-RDG. Der Verbotsbereich des RDG würde dadurch gegenüber dem RBERG enger gefasst, weil die Rechtsdienstleistung einen typischerweise rechtlichen Unterordnungsvor-

gang erfordern soll. Auch auf ein geschäftsmäßiges Handeln käme es nicht mehr an.

Korrespondierend werden die erlaubnisfreien Rechtsdienstleistungen im Bereich der Geschäftsbesorgung zu einer Kontext-Kompetenz erweitert, § 5 Abs. 1 DiskE-RDG. Entscheidend wird sein, ob die Rechtsdienstleistung eine die Tätigkeit prägende Leistung darstellt, oder ob es sich lediglich um eine Nebenleistung handelt, die mit zum Leistungsangebot des Unternehmers gehört.³⁰

Eine zusätzliche Ausnahme wird im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechungsentwicklung für unentgeltliche Rechtsdienstleistungen geschaffen, die im familiären, nachbarschaftlichen oder engen persönlichen Umfeld gemäß § 6 DiskE-RDG auch ohne juristische Qualifikation übernommen werden dürfen. Unentgeltliche, gleichsam private Vorsorgeverhältnisse wären dadurch zulässig. Für sie bedeutet das RDG eine größere Rechtssicherheit. ◀

²⁶ BGHZ 70, 12, 17; BGH NJW 2000, 69.

²⁷ BGH NJW 2001, 3774, 3775; s. a. BGH NJW 2002, 2325, 2326; ebenso Zimmermann, BtPrax 2001, 192, 193.

²⁸ BGH NJW 2002, 66, 67; 2004, 839, 840; ebenso jetzt der III. Zivilsenat BGH NJW 2003, 2088, 2089; IV. Zivilsenat BGH NJW 2004, 59, 60; 2004, 841, 843; AnwKomm/Looschelders (Fn. 4), § 134 Rz. 212.

²⁹ Beilage zu NJW Heft 38/2004.

³⁰ Begründung DiskE-RDG, NJW Heft 38/2004, S. 11, 18; zur Kritik Prütting, BRAK-Mitt., 2004, 244, 246, Römermann, DB 2005, 931, 932 f.