

Compliance Berater

Sonderbeilage 1 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

23.3.2020 | 8.Jg
Seiten 1-16

Dr. Manfred Rack

Anwaltszwang bei Compliance- beratung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ nach RDG und BRAO

Inhaltsübersicht

I.	Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistung“ nach § 1 RDG	3
II.	Drei Schutzziele des Rechtsdienstleistungsgesetzes: Rechtssuchende – Rechtsordnung – Rechtsverkehr	3
III.	Die Voraussetzung der rechtlichen Prüfung nach § 2 RDG	5
IV.	Typische Probleme der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung rechtfertigen den gesetzlichen Anwaltszwang	5
V.	Die „Erforderlichkeit“ rechtlicher Prüfungen des Einzelfalls	7
VI.	Das verbotene Modell: Rechtsanwälte als „Erfüllungsgehilfen“ von Nichtanwälten	8
VII.	Der nichtige Beratungsvertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten als Rechtsrisiko des Geschäftsführers	9
VIII.	Die Vermeidung des Rechtsrisikos eines nichtigen Beratungsvertrages über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten	10
IX.	Schadensersatzansprüche des beratenen Unternehmens wegen mangelnder Aufklärung bei Vertragsschluss	11
X.	Softwareprogramme zur Complianceberatung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung	12
XI.	Die Unabhängigkeit der erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistungen vom Schutzwillen des Beratenen	13
XII.	Softwarelösungen zur Complianceberatung aus dem Ausland	13
XIII.	Das aktuelle Urteil des LG Köln vom 8.10.2019 zum Smartlawangebot eines Verlages als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen	13
XIV.	Beratungsresistenz ist nur durch Rechtsanwälte zu überwinden	14
XV.	Fazit: Anwaltszwang bei Complianceberatung	15

Anwaltszwang bei Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ nach RDG und BRAO

Zweifel an der Qualität der Complianceberatung werden durch die alarmierend hohen Schäden durch Rechtsverstöße geweckt. Die präventive Rechtsberatung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems müsste Krisen in diesem Ausmaß verhindern können. Erinnerung wird deshalb an die gesetzlichen Vorgaben für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zur präventiven Vermeidung von Rechtsverstößen im Rahmen der Complianceberatung. Nach den §§ 1, 2, 3 RDG sind Nichtanwältinnen außergerichtliche Rechtsdienstleistungen verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwältinnen und Syndikusanwältinnen für das eigene Unternehmen erlaubt. Es gilt Anwaltszwang für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen, zu denen auch die Complianceberatung zählt, weil sie rechtliche Prüfungen des Einzelfalls erfordert. Verstöße gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz führen nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Beraterverträge mit Nichtanwältinnen und zum Verlust von Ansprüchen auf Leistung und Gegenleistung, zur Rückabwicklung von erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht, zu Schadensersatz gegen nichtanwältliche Berater im Fall von Schäden durch Falschberatung, zu Unterlassungsansprüchen von Mitbewerbern nach § 3 UWG und zu Geldbußen bis zu 50.000 EUR.

I. Complianceberatung als „außergerichtliche Rechtsdienstleistung“ nach § 1 RDG

Das Rechtsdienstleistungsgesetz regelt nach § 1 RDG die Befugnis für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen. Vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung geschützt werden sollen erstens die Rechtssuchenden, zweitens der Rechtsverkehr und drittens die Rechtsordnung.

§ 3 RDG regelt die „Befugnis“, wonach die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie durch das RDG oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹ Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sind Nichtanwältinnen nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwältinnen vorbehalten und erlaubt. Verträge über verbotene Rechtsdienstleistungen sind gemäß § 134 BGB nichtig² und begründen keine gegenseitigen Ansprüche, sondern Rückzahlungsansprüche auf schon geleistete Zahlungen nach Bereicherungsrecht.³ Nichtig sind nach § 134 BGB auch Verträge, in denen das Verbot umgangen wird. Konsequenterweise werden Empfänger von Rechtsdienstleistungen durch diese Rückabwicklungsregelung davor geschützt, Gegenleistungen für Rechtsdienstleistungen von unbefugten Nichtanwältinnen erbringen zu müssen.

II. Drei Schutzziele des Rechtsdienstleistungsgesetzes: Rechtssuchende – Rechtsordnung – Rechtsverkehr

Alle Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes sind nach den

drei Schutzziele auszulegen. Die Einschränkung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG wird mit dem notwendigen Schutz der Rechtssuchenden⁴, der Rechtsordnung und dem Rechtsverkehr vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung begründet.

Notwendig wird der Schutz vor den Folgen unqualifizierten Rechtsrats dadurch, dass Rechtssuchende als juristische Laien die Qualität der Rechtsdienstleistungen kaum einschätzen können. Der Rechtsberatungsmarkt ist gekennzeichnet durch die Asymmetrie der Informationen zwischen Anbietern und Nachfragern.⁵ Wegen dieses Informationsdefizits ist der Staat gefordert, unqualifizierten Rechtsrat von den Rechtssuchenden fernzuhalten. Auch Unternehmen und Rechtskundige sind zu schützen. Insbesondere auch Syndikusanwältinnen, wenn sie

1 *Remmert*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 5, 6; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 3 RDG Rn. 1.

2 *Remmert*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 10; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG-Kommentar, 2008, § 3 RDG, Rn. 5; BGH v. 11.12.2013 – IV ZR 46/13, NJW 2014, 847, Rn. 31; BGH v. 30.10.2012 – IX ZR 324/11, NJW 2013, 59, Rn. 34; BGH v. 31.1.2012 – VI ZR 143/11, NJW 2012, 1005; zuletzt auch: AG Köln, Urt. v. 2.9.2019 – 142C 448/18, BeckRS 2019, 23894; LG Mannheim, Urt. v. 23.1.2019 – 14 O 110/18, BeckRS 2019, 2460; LG Berlin, Urt. v. 31.7.2019 – 65 S 18/19, BeckRS 2019, 23235.

3 *Seichter*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 49; *Offermann-Burckart*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 64 f.

4 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, Allgemeiner Teil, Rn. 13; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG-Kommentar, 2008, § 1 RDG, Rn. 3 ff.; BVerfG, 29.10.1997 – 1 BvR 780/87, NJW 1998, 3481.

5 *Offermann-Burckart*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 9 und 11; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, Allgemeiner Teil, Rn. 14.

Rechtsdienstleistungen Dritter in Anspruch nehmen.⁶ Auf die Schutzbedürftigkeit allein der Rechtssuchenden darf es nicht ankommen.⁷ Gerade bei der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung ist der Rechtssuchende auf die besondere Qualität des Rechtsschutzes in vollem Umfange angewiesen. Rechtsschutz ist deshalb nicht verzichtbar und disponibel und kann daher nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden,⁸ selbst wenn sich Rechtssuchende und nichtanwaltliche Dienstleister über den Verzicht einig wären. Unqualifizierte außergerichtliche Rechtsdienstleistungen können eine Kettenreaktion auslösen und Gerichte, Rechtsverkehr und Rechtsordnung existenziell belasten. Fehlende Rechtskenntnisse bei Rechtssuchenden als auch bei nichtanwaltlichen Dienstleistern können als verbindende Gemeinsamkeit die Neigung fördern, auf qualifizierte Rechtsprüfung zu verzichten, weil die Prüfung komplexer Rechtsfragen einem juristischen Laien als verzichtbar und als unnötiger Aufwand erscheinen kann. Gemeinsam ist juristischen Laien, die Rechtsfolgen einer Rechtsberatung weder abschätzen noch davor warnen zu können. Rechtssuchende und ihre juristisch unqualifizierten Berater können nicht im gegenseitigen Einvernehmen auf den Schutz und damit zu Lasten von Rechtsordnung und Rechtsverkehr vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung verzichten, so als wären nur die Rechtssuchenden allein geschützt. Gerade weil die Qualität der Rechtsdienstleistungen von juristischen Laien und oft auch von Syndikusanwälten auf speziellen Rechtsgebieten nicht beurteilt werden kann, sind alle Rechtssuchenden auf die umfassende Sicherung der Qualität von Rechtsdienstleistung existenziell angewiesen.

Rechtsanwälte haben wie Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsjuristen und Gegenanwälte die gleiche Ausbildung und können deshalb sowohl die Entscheidungsfindung vor Gerichten als auch die Entscheidungsergebnisse vorher einschätzen, nachvollziehen, vorhersehen und insbesondere beurteilen, auf was es im Einzelfall ankommt. Von nichtanwaltlichen Dienstleistern kann diese Fähigkeit von vornherein nicht erwartet werden, weil dazu die jahrelange Ausbildung fehlt, deren Erfolg in zwei Staatsexamen geprüft und bestätigt wird.⁹

Nichtanwaltliche Berater sind auch durch die Rechtsprechung überfordert.

Der BGH fordert in seiner ISON-Entscheidung¹⁰ von Geschäftsführern ohne eigene Rechtskenntnisse, soweit „erforderlich“, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen und das Beratungsergebnis einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.¹¹ Erforderlich sei „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.“¹² Von juristischen Laien kann nicht erwartet werden, ohne eigene Rechtskenntnisse offene Rechtsfragen zu erkennen und zu beurteilen, inwieweit es erforderlich ist, Rechtsrat einzuholen. Juristische Laien müssen erst einmal über ihren eigenen Rechtsberatungsbedarf beraten werden. Gerade deshalb sind außergerichtliche Rechtsdienstleistungen grundsätzlich nach § 3 RDG zu Recht verboten und nach § 3 BRAO ausnahmslos Rechtsanwälten und Syndikusanwälten vorbehalten. Als Folge des Dunning-Kruger-Effekts sind Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse schon gar nicht in der Lage, wegen ihrer fehlenden juristischen Kompetenz ihre eigene juristische Inkompetenz zu erken-

nen.¹³ Zum Schutze der Rechtssuchenden darf es auch nicht darauf ankommen, ob der juristische Laie im Einzelfall die fehlende juristische Qualifikation eines Dienstleisters erkennen kann, vielmehr soll er sich durch den Anwaltszwang auf die Formalqualifikation von Rechtsanwälten verlassen können.¹⁴ Wer als Vertretungsorgan eines Unternehmens Rechtsrat bei einem Rechtsanwalt einholt und damit das Rechtsdienstleistungsgesetz nach § 3 RDG und § 3 BRAO einhält, schützt sich vor dem Vorwurf des Auswahlverschuldens. Wenn er außergerichtliche Rechtsdienstleistungen von einem nichtanwaltlichen Dienstleister einholt, kann er nicht sicher sein, qualifiziert rechtlich beraten zu werden.

Lassen sich Nichtjuristen von anderen nichtanwaltlichen Dienstleistern rechtlich beraten, ist es vergleichbar mit einem Gespräch zwischen zwei Blinden über die Farbe. Beratungsfehler und Folgeschäden sind vorprogrammiert.

Auf Rechtskenntnisse und die individuelle Schutzbedürftigkeit der Rechtssuchenden darf es deshalb im Einzelfall nicht ankommen, insbesondere nicht darauf, ob der Rechtssuchende die fehlende Qualität im Einzelfall erkennen konnte und deshalb nicht als schutzwürdig gelten kann.¹⁵ Das Rechtsdienstleistungsgesetz wird zwar mit dem Verbraucherschutz begründet, schützt aber auch Unternehmen und sogar Rechtssuchende mit eigenen Rechtskenntnissen,¹⁶ wie Rechtsanwälte und Syndikusrechtsanwälte, wenn sie Rechtsdienstleistungen in Anspruch nehmen.¹⁷ Nicht darauf ankommen darf es deshalb, ob der Rechtssuchende die fehlende Kompetenz des Rechtsberaters erkennen kann oder nicht.¹⁸ Über die juristische Qualität der Rechtsanwälte hinaus bietet der Gesetzgeber weitere Schutzfaktoren, mit denen die Stellung des Rechtsanwalts gesetzlich ausgestattet ist und Nichtanwälte trotz möglicher Rechtskenntnisse nicht bieten können. Abgesichert wird der Rechtssuchende

1. durch die staatlich geprüfte Befähigung des Rechtsanwalts zum Richteramt und die dazu erforderliche Ausbildung,
2. durch die Fortbildungspflicht nach § 43a VI BRAO,

6 Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68; Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 8.

7 BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, § 1 RDG, Rn. 9.

8 Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36; BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25, 26.

9 Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 3.

10 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09; BP 2011, 2960, Rn. 18 – ISON-Urteil.

11 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) NJW – RR, 2011, 1670 – ISON-Urteil.

12 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg)=NZG 2011, 1271 – ISON-Urteil Ziffer 18 und 17, AG 2011 876.

13 Rack, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – Eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB, 2017, 216.

14 BGH, 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596 Rn. 25; Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

15 Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68; Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 8.

16 BT-Drs. 16/3655, Seite 45.

17 LG Hamburg, 18.3.2015 – 315 O 82/15, RAK – Mitteilung 2015,260; BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

18 BGH v. 5.10.2006 – I ZR 7/04, NJW 2007, 596, Rn. 25; Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 68.

3. durch die umfassend gesetzlich begründete obligatorische Berufshaftpflichtversicherung gegen jegliche Vermögensschäden zur Abwendung des Haftungsrisikos, verbunden mit einer strengen Rechtsprechung,
4. durch die einfache Regulierung von Anwaltsfehlern im Schlichtungsverfahren gemäß § 191 BRAO,
5. durch die Gewährleistung der anwaltlichen Unabhängigkeit, der Verschwiegenheitsverpflichtung, des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen, der sachlichen Beratung, und
6. durch die Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts und die Überwachung durch die Rechtsanwaltskammern als Aufsichtsbehörden.

Die vorgenannten Schutzgründe bietet nur die Rechtsberatung durch Rechtsanwälte. Sie rechtfertigen den Anwaltszwang bei außergerichtlicher Rechtsberatung zum Schutz vor unqualifizierten rechtlichen Entscheidungen mit existenziellen Folgen.¹⁹

Das Rechtsdienstleistungsgesetz soll auch dem Schutz des Rechtsverkehrs dienen, weil nicht nur der Rechtssuchende, sondern auch dessen Vertragspartner, die befassen Behörden, die Gerichte, Versicherungen und die Gegner betroffen sind, die alle vor unqualifizierten Rechtsdienstleistern geschützt werden müssen.²⁰ Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird auch die Sicherung einer leistungsfähigen Anwaltschaft gezählt, die neben dem Schutz der Rechtssuchenden auch dem Schutz der Rechtspflege, als auch schließlich dem Schutz der Rechtsordnung dienen.²¹

Die Mehrzahl der rechtlichen Auseinandersetzungen wird gerade außergerichtlich erledigt, sodass qualifizierte Rechtsdienstleistungen auch den Rechtsfrieden fördern.

III. Die Voraussetzung der rechtlichen Prüfung nach § 2 RDG

Nach § 2 Abs. 1 RDG ist unter Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten zu verstehen, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Rechtsanwälte sind nach dem Schutzzweck des Gesetzes alle Tätigkeiten vorzubehalten, die die Subsumtion eines Einzelfalls unter einer Rechtsvorschrift erfordert.

Die Complianceberatung betrifft Entscheidungen darüber, ob ein konkreter Einzelfall aus einem Unternehmen Rechtspflichten als Rechtsfolgen einer einschlägigen Rechtsnorm begründet. Die Complianceberatung ist deshalb eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG.

Nach Grundsatz 5 des deutschen Corporate Governance Kodex 2019 wird Compliance als Pflicht des Vorstands definiert, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken. Öffentlich-rechtliche Rechtspflichten dienen ausschließlich dazu, Risiken von geschützten Rechtsgütern abzuwenden, und zwar noch bevor sie sich zu einem Schaden entwickeln konnten. Ohne die Prüfung von Einzelfällen in Unternehmen kann nicht entschieden werden, welche gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten sind.

IV. Typische Probleme der präventiven außergerichtlichen Rechtsdienstleistung rechtfertigen den gesetzlichen Anwaltszwang

Wenn schon vor Gericht Anwaltszwang nach den Verfahrensordnungen der ZPO oder StPO herrscht, dann muss das erst recht für die außergerichtliche Rechtsdienstleistung gelten. Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen erfordern höhere Beratungsleistungen als die Vertretung vor Gericht. Während die gerichtliche Rechtsberatung durch einen Rechtsverstoß mit Schadensfolgen oder durch eine drohende Strafverfolgung veranlasst wird, fehlt es bei der außergerichtlichen Beratung an einem vergleichbaren äußeren Zwang, Rechtsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Bei der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung müssen Mandanten erst davon überzeugt werden, dass eine rechtliche Prüfung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG „erforderlich“ ist, weil sie in aller Regel ihren Beratungsbedarf nicht erkennen, den Aufwand scheuen, Grund und Anlass bestreiten und es nicht für selbstverständlich halten, Risiken präventiv durch die aufwendige Einhaltung von Rechtspflichten abzuwenden. Bei der gerichtlichen Rechtsdienstleistung dagegen werden von Prozessgegnern Schadensersatzansprüche wegen Rechtsverstößen geltend gemacht oder von Staatsanwälten wird wegen Straftaten ermittelt und angeklagt. Die gerichtliche Rechtsdienstleistung wird in aller Regel erzwungen. Der Frage, ob eine rechtliche Prüfung eines Sachverhaltes erforderlich ist, kann bei gerichtlichen Verfahren niemand ausweichen, der sich vor Gericht gegen Ansprüche wehren oder gegen Strafverfolgung verteidigen muss. Nach Rechtsverstößen stellen Anspruchsgegner und Staatsanwälte Rechtsfragen und zwingen zur rechtlichen Prüfung. Der Anlass der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung im Rahmen der Complianceberatung ist kein Rechtsverstoß mit einem eingetretenen Schaden, um dessen Ersatz vor Gericht gestritten wird, sondern das Rechtsrisiko, dass ein Schaden eintreten kann, wenn einschlägige Rechtspflichten zur Abwendung des Risikos nicht erfüllt werden. Risiken sind nicht wie Schäden erkennbar, sondern nur denkbar. Ein Schadensverlauf, der durch einen Rechtsverstoß verursacht wurde, fehlt und muss im Rahmen einer Risikoanalyse prognostiziert werden. Die drohende Auseinandersetzung um den Rechtsverstoß vor Gericht und den Schadensersatz muss simuliert werden. Anwälte müssen bei der außergerichtlichen Complianceberatung sowohl Schadensverlauf als auch die darauffolgende gerichtliche Auseinandersetzung so simulieren können, dass Mandanten von der Erforderlichkeit einer präventiven rechtlichen Prüfung überzeugt und Aufwand und Kosten der Complianceberatung zu tragen bereit sind. Risiken als Schadensprognosen lassen sich leicht bestreiten. Bewiesen sind Risiken erst, wenn sie als Schaden eingetreten sind. Dann kommt allerdings jede Risikovorsorge zu spät. Unter Verweis auf Kosten und Aufwand der präventiven außergerichtlichen Complianceberatung besteht die Neigung, Risiken und Schadensprognosen mit der jeweils alternativen Prognose zu bestreiten, der befürchtete Schaden werde schon nicht eintreten. Es kommt zu widersprüchlichen Aussagen über

19 Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 72, 73; Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 33.

20 Kleine-Cosack, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 36; BT-Drs. 16/3655, Seite 45.

21 Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 76; Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1 RDG, Rn. 10.

Risiken und Schadensprognosen. Wer etwa als verantwortlicher Manager eines Unternehmens einen prognostizierten Rechtsverstoß mit Schadensfolgen und den Schadensverlauf bestreitet, muss darüber rechtlich beraten werden, wie im Falle eines Schadenseintritts ein Gegenanwalt argumentieren wird, dass ein Schaden vorhersehbar war und durch eine Rechtspflicht hätte abgewendet werden müssen. Schadensprognosen können nicht bewiesen werden, sondern müssen widerlegt oder falsifiziert werden, wenn ihre Geltung umstritten ist. In dem Verfahren über die Frage nach der Geltung einer Schadensprognose, ist der Bestätigungsfehler oder Confirmation-Bias zu vermeiden.²² Diesen Fehler in der Risikoanalyse können Rechtsanwälte vermeiden, da sie dazu ausgebildet und erfahren sind. Sie sind nach zwei Staatsexamen dazu in der Lage, in der außergerichtlichen präventiven Complianceberatung auch gerichtliche Auseinandersetzungen zu simulieren und einzuschätzen, wie Richter, Staatsanwälte und Gegenanwälte Risiken und daraus folgende Schadensverläufe durch Rechtsverstöße behandeln. Vor allem gilt es, die Argumente der Gegenanwälte vorherzusehen, die in aller Regel geltend machen, dass ein Schaden der tatsächlich eingetreten ist, auch vorhersehbar, denkbar und durch Rechtspflichten abzuwenden gewesen wäre. Schwieriger ist es, nachdem ein Schaden tatsächlich eingetreten ist, zu beweisen, dass er nicht vorherzusehen und abzuwenden war.

Bei der Risikoanalyse im Rahmen der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung zur Frage, ob eine rechtliche Prüfung i. S. d. § 2 RDG erforderlich ist, muss ein weiterer typischer Entscheidungsfehler vermieden werden. Es handelt sich um den Verfügbarkeitsfehler oder Availability bias.²³ Der Entscheidungsfehler beruht auf der Erkenntnis, dass Risiken denkbar sind, aber man nur an das denken kann, was man schon weiß, sodass mehr Erfahrungswissen über Schadensrisiken existieren, als der Entscheidungsträger bei seiner Risikoanalyse weiß. In der Praxis lässt sich dieser Fehler an dem Argument erkennen, ein behauptetes Risiko sei nicht denkbar, müsse deshalb nicht durch eine Rechtspflicht abgewendet werden, da ein Schaden der prognostizierten Art im Unternehmen noch nie aufgetreten sei. Die Risikoanalyse darf sich daher nicht auf das Erfahrungswissen im Unternehmen beschränken, sondern wie in der BGH Rechtsprechung gefordert wird, müssen alle verfügbaren Informationsquellen erschöpft werden. Im IKB-Urteil²⁴ wurde dem Geschäftsführer vorgeworfen, internationales und historisches Erfahrungswissen über Immobilienpreisentwicklungen und deren Auswirkungen auf abgesicherte Wertpapiere nicht berücksichtigt zu haben, obwohl es verfügbar war. Es ist damit zu rechnen, dass vernachlässigtes Erfahrungswissen im Zeitpunkt der Entscheidung im späteren Verlauf eines Gerichtsverfahrens von Gegenanwälten recherchiert und zum Vorwurf gemacht wird. Zum Beispiel kann vor Gericht darüber gestritten werden, ob für Atomkraftwerke Berstschutz erforderlich ist,²⁵ ob nur trockener oder auch nasser Kohlenstaub explodieren kann²⁶ oder ob ein Pflanzschutzmittel Krebs erzeugt oder nicht.

Zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung gehört es, die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen und alle Entscheidungen zu recherchieren, die einschlägig für den konkreten Unternehmenssachverhalt sind und für spätere gerichtliche Auseinandersetzungen über die gleiche Frage vom Gericht zur Entscheidung herangezogen werden.

Schon die Entscheidung, welche Risiken durch Rechtspflichten abzuwehren sind, welche von mehreren denkbaren konkurrierenden Schadensprognosen gelten soll, erfordert die unverzichtbare Beratung durch Rechtsanwälte und kann keinesfalls nichtanwaltschaftlichen Dienstleistern überlassen werden. Vor allem kann auf Rechtsanwälte nicht

verzichtet werden, wenn darüber zu beraten ist, welche Risiken welche Rechtspflichten auslösen. Die konkreten Risikosachverhalte eines Unternehmens sind unter Rechtsvorschriften zu subsumieren, wozu nur Rechtsanwälte, Richter, Staatsanwälte und Verwaltungsjuristen durch eine gemeinsame Ausbildung befähigt sind.

Nach der Entscheidung, welche Risiken in einem Unternehmen im konkreten Einzelfall abzuwenden sind, müssen die einschlägigen Rechtspflichten aus den Rechtsnormen ermittelt werden, die zu Risikoabwehr gelten. Konkrete Einzelfälle in Unternehmen müssen unter gesetzliche Vorschriften subsumiert werden. Auch diese Beratungstätigkeit kann nur von zugelassenen Rechtsanwälten erwartet werden. Nichtjuristische Dienstleister können nicht darüber beraten, wie Richter, Staatsanwälte und Amtsjuristen einen Einzelfall entscheiden würden, weil sie deren Entscheidungsfindung nicht vorhersehen und einschätzen können. Gerade darauf kommt es aber bei der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung an, wenn sie auch nur annähernd rechtssicher und verlässlich sein soll.

Der Gesetzgeber erlässt Gesetze grundsätzlich in abstrakter Form für eine Vielzahl von Einzelfällen und generell für eine Vielzahl von Normadressaten. Die Verfassung verbietet dem Gesetzgeber nach Art. 19 Abs. 1 GG die Regelung von Einzelfällen in Gesetzesform. Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungs wegen gezwungen, Rechtsbegriffe in abstrakter Form zu verwenden. Aus diesem Verbot der Einzelfallgesetzgebung ergibt sich das Hauptproblem bei der Rechtsanwendung. Zu Recht muss diese hochkomplexe Beratung Rechtsanwälten vorbehalten werden. Welches Gesetz und welche Rechtspflicht zur Abwendung eines speziellen Risikos anzuwenden ist, muss nach dem jeweiligen Schutzzweck einer Norm entschieden werden. Aus der Risikoanalyse ergibt sich, für welche Rechtsgüter ein Unternehmenssachverhalt, wie etwa ein Stoff, ein Verfahren oder eine Anlage eine Gefahr darstellt. Der Schutzzweck eines Gesetzes ist entweder ausdrücklich geregelt, wie zum Beispiel in § 1 RDG für das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch Auslegung zu ermitteln. Die teleologische Auslegung gehört zum Ausbildungsstoff von Juristen und kann von nichtanwaltschaftlichen Dienstleistern nicht erwartet werden. Aus dem Schutzzweck ergibt sich, welche Rechtsgüter geschützt werden. Zum Beispiel soll durch das Arbeitsschutzrecht die Belegschaft von Unternehmen vor Berufsunfällen und Berufskrankheiten, die Qualität der Luft durch das Bundesimmissionsschutzgesetz, die Qualität der Gewässer durch Abwasservorschriften, der freie Wettbewerb durch das Kartellrecht geschützt werden. Zu ermitteln ist die Rechtsnorm und die sich daraus ergebende Pflicht, die das jeweilige ermittelte Risiko abzuwenden soll. Bei der Subsumtion eines konkreten Einzelfalles unter eine abstrakte Rechtspflicht ist die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen.

Durch das verfassungsrechtliche Verbot der Einzelfallgesetzgebung ist der Gesetzgeber gezwungen, nicht Einzelfälle, sondern abstrakt beschriebene Fallgruppen zu regeln und mit Rechtspflichten zu ver-

22 *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190.

23 *Rack*, Der Verfügbarkeitsfehler (Availability-Bias) als Organisationsrisiko, CB 2014, 236.

24 BGH, Urt. v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 – IKB-Urteil.

25 BVerwGE 72, 300 – Wyhl-Urteil.

26 Mehr zu diesem Organisationsrisiko mit Beispielen aus der Rechtsprechung, insbesondere zum Holzschutzmittelverfahren des BGH zur Entscheidung im Störfall in Borken mit 51 Toten nach einer Kohlenstaubexplosion findet sich im Aufsatz: *Rack*, Der Confirmation-Bias als Entscheidungsfehler und Organisationsrisiko, CB 2014, 190.

knüpfen. Geregelt werden Falltypen und nicht Einzelfälle. Zum Beispiel ist der Begriff einer Immission nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz selbst wieder kein Fall einer Immission. Unter dem Begriff einer Immission wird eine Vielzahl von Einzelfällen gesammelt. Der Begriff der Anlage im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes ist selbst keine Anlage. Die unterschiedlichsten Einzelfälle von Anlagen wie zum Beispiel das Glockengeläut, der Kühlturm, die Kläranlage oder ein Wertstoffcontainer werden unter den Anlagenbegriff subsumiert. Der Begriff der Arbeitsstätte ist wiederum selbst keine Arbeitsstätte und umfasst zum Beispiel Baustellen, Arztpraxen oder Toiletenträume. Aus einem abstrakten Begriff kann nicht abgeleitet werden, ob ein Einzelfall sich aus ihm etwa durch logisches Schließen ergibt. Die Zuordnung eines Einzelfalls im Rahmen der Subsumtion unter einem abstrakten Begriff stellt immer eine Entscheidung eines Rechtsanwenders dar, der mit dieser Entscheidung ein Risiko durch eine Rechtspflicht abwendet. Die Abschaltvorrichtung ist für Kraftfahrzeuge in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EU) 715/2007 geregelt.²⁷ Sie wurde übersehen und hat mit der Dieselaffäre einen der größten Schäden in der Industrie ausgelöst.

Zu klären ist, ob das jeweilige Risiko schon einmal höchstrichterlich entschieden wurde. Durch Folgerwägungen ist zu ermitteln, ob eine Rechtspflicht geeignet ist, das festgestellte Risiko abzuwenden. Ergeben die Recherchen, dass ein Unternehmenssachverhalt, der für ein geschütztes Rechtsgut ein Risiko darstellt und es zur Risikoabwendung weder eine Entscheidung des Gesetzgebers noch eine gerichtliche Entscheidung gibt, ist eine Verkehrssicherungspflicht von demjenigen zu formulieren und einzuhalten, der die Risikoquelle beherrscht und von ihr profitiert.²⁸ Wer beispielsweise Eisenoxid in einem Kupolofen produziert, muss dafür sorgen, dass kein Eisenoxid durch funktionsunfähige Ventile austreten kann, weil es den Autolack verätzt und dieses Risiko dem Produzenten des Stoffes bekannt sein muss. Das Risiko des ätzenden Eisenoxids muss durch entsprechende Ventile abgewendet werden, selbst wenn weder der Gesetzgeber diese Risikoabwehr gegen Eisenoxid geregelt noch ein Gericht darüber entschieden hat. Sowohl die Ermittlung von Risiken als auch ein Regelungsbedarf durch Verkehrssicherungspflichten zu ihrer Abwehr erfordert rechtsanwaltliche Beratungsqualitäten, die von nicht-anwaltlichen Dienstleistern nicht zu erwarten sind.

Die Beratung über erforderliche Verkehrssicherungspflichten zur Abwehr nicht geregelter Risiken stellt die höchste Herausforderung an außergerichtliche Rechtsdienstleistungen dar. Anwälte müssen in der Lage sein, vorherzusagen, wie Gerichte im Nachhinein in Kenntnis eines Schadensverlaufes Verkehrssicherungspflichten formulieren und dem Verkehrssicherungspflichtigen vorwerfen, er habe den eingetretenen Schaden vorhersehen und abwenden müssen, auch ohne dass eine gesetzliche Regelung oder eine gerichtliche Entscheidung existiert.

Die Complianceberatung wird dadurch erschwert, dass Vorstände und Geschäftsführer verpflichtet werden, ihr Unternehmen so zu organisieren, dass es nicht zu Schäden durch Organisationsfehler kommen kann. Sechs Organisationspflichten sollen Organisationsfehler mit Schadensfolgen durch Organisationsverschulden vermeiden, die Rechtspflichten eines Unternehmens sind deshalb zu ermitteln, zu delegieren, zu aktualisieren, zu erfüllen, zu kontrollieren und zu dokumentieren. Organisationspflichten sind Verkehrssicherungspflichten die spezielle Organisationsrisiken abwenden, noch bevor es zu einem Schaden aus Organisationsverschulden kommen konnte. Schon die Größe eines Unternehmens stellt ein Risiko dar.²⁹ Aus einer Vielzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen können sich Schadenser-

satzansprüche aufgrund von verletzten Organisationspflichten ergeben, die gesetzlich vorher nicht geregelt waren.³⁰ Matusche-Beckmann beschreibt die richterliche Rechtsprechung zum Organisationsverschulden zutreffend damit, „dass für jeden noch so abwegigen Schadensverlauf sich im Nachhinein entsprechende Maßnahmen erfinden lassen, die den jeweiligen Schaden verhindert hätte.“³¹ Weil in der Rückschau (Hindsight Bias) im Nachhinein „alle schlauer sind“, können Gegenanwälte und Richter den Schadensersatz begründen, man hätte an den Schadensverlauf und an das Risiko denken müssen.

Die dargestellten Rechtsanwendungsprobleme bei außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen ohne konkreten Rechtsverstoß und Schadenseintritt zeigen, dass Legal Tech Lösungen die Beratung durch Rechtsanwälte nicht ersetzen können. Legal Tech Instrumente können allenfalls beim Recherchieren in großen Datenbankinhalten, beim Verlinken von Rechtspflichten mit Sachverhalten mit Pflichtenträgern und Unternehmensabteilungen helfen, die Rechtsanwendung zu erleichtern. Auch bei der Aktualisierung helfen Softwarelösungen. Alle gespeicherten Rechtsprüfungen lassen sich leicht und komfortabel abfragen, reproduzieren und mehrfach verwenden. Wer einen gespeicherten Lösungsvorrat in einer Datenbank pflegt, erspart die wiederholte Rechtsprüfung von sich wiederholenden Sachverhalten in Unternehmen. Nicht zu erwarten sind allerdings eigenständige Entscheidungen, die auf Knopfdruck wie aus einem Subsumtionsautomaten geliefert werden, insbesondere nicht, wenn die Entscheidung nach einer rechtlichen Prüfung getroffen und gespeichert wurde.

V. Die „Erforderlichkeit“ rechtlicher Prüfungen des Einzelfalls

Die rechtliche Prüfung eines Einzelfalls muss nach § 2 Abs. 1 RDG „erforderlich“ sein, damit eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleis-

27 Art. 5 Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Immission von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und 6).

28 BGHZ 92, 143 ff. – Kupolofen-Entscheidung.

29 BGH v. 13.5.1955, BGHZ 17, Seite 214 – Bleiwagon-Urteil.

30 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78 Seite 107 – Kutscher-Urteil; RG v. 28.11.1913 – III 194/13, in: RG Warn. 1914 35 Seite 50 – Neuzement-Urteil; RG v. 18.4.1914 – 55/14 VI, in: RGJW 1914 (1914) Seite 759 – Warenhaus-Urteil; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14, in: RGZ 87 (1916) Seite 1 – Heilsalz-Urteil; RG v. 27.11.1916 – VI 275/16, in: RGZ 89 (1917) Seite 136 – Asphaltvertiefungs-Urteil; RG v. 19.2.1923 – IV 427/22, in: RGJW (1923) Seite 1026 – Fuhrwerk-Urteil; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37, in: RGJW 1938 Seite 1651 – Kleinbahn-Urteil; RG v. 12.10.1938 – VI 96/38, in: RGJW 1938 Seite 3162 – Streupflicht-Urteil; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50, in: BGHZ 4 Seite 1 – Benzinfahrt-Urteil; BGH v. 4.11.1953 – VI ZR 64/52, in: BGHZ 11 Seite 151 – Zinkdach-Urteil; BGH v. 13.5.1955 – I ZR 137/53, in: BGHZ 17 (1955) Seite 214 – Bleiwaggon-Urteil; BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55, in: BGHZ 24 (1957) Seite 200 – Presseangriff-Urteil; BGH v. 6.11.1956 – VI ZR 71/56, in: MDR 1957 (1957) Seite 214 – Streupflicht-Urteil II; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59, in: BGHZ 32 (1960) Seite 53 – Besitziener-Urteil; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, in: VersR 1959, Seite 104 – Gießerei-Urteil; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, in: NJW 1961 (1961) Seite 455 – Propagandisten-Urteil; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62, in: VersR 1964, Seite 297 – LKW-Unfall-Urteil; BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66, in: NJW 1968 (1968) Seite 247 – Kfz-Zulieferer-Urteil; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, in: NJW 1971 (1971) Seite 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; BGH JZ 1978 (1978) Seite 475 – Kfz-Werkstatt-Urteil.

31 Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001 Seite 71, 53, 206.

tung angenommen werden kann. Der Gesetzgeber hat bei der Frage, ob eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist zwar die „Verkehrsanschauung“ oder die „erkennbare Erwartung des Rechtssuchenden“ in der endgültigen Fassung des Gesetzentwurfs zum Rechtsdienstleistungsgesetz gestrichen, jedoch nur deshalb, weil nach Auskunft des Rechtsausschusses beide Merkmale in dem „Erfordern“ einer Rechtsprüfung enthalten und dementsprechend bei dessen Auslegung zu berücksichtigen sind.³²

Nach der objektiven Komponente der Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung des Einzelfalls gilt die Verkehrsanschauung als Prüfungsmaßstab und zusätzlich der in § 1 Abs. 1 Satz 2 RDG definierte Gesetzeszweck der den dreifachen Schutz der Rechtssuchenden, des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen umfasst.³³ Die Gemeinwohlbelange der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs rechtfertigen den Schutz vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen insbesondere in den Fällen, in denen derjenige der Rechtsrat sucht, selbst die Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung verkennt oder nicht erkennen will und entgegen der Verkehrsanschauung irrtümlicherweise glaubt, auf die rechtliche Prüfung verzichten zu können.³⁴

Umgekehrt kann subjektiv die rechtliche Prüfung eines Einzelfalls auch dann als „erforderlich“ eingeschätzt werden, wenn nach der Verkehrsanschauung objektiv auf die rechtliche Prüfung verzichtet werden könnte, der Rechtsratsuchende aber etwa aus Sicherheitsgründen oder aus juristischer Unkenntnis vom Dienstleister eine rechtliche Prüfung erwartet und verlangt. Glaubt jemand auf eine qualifizierte Rechtsdienstleistung verzichten und einen rechtlich unqualifizierten Dienstleister einsetzen zu können, so greift das Verbot nach § 3 RDG ein, wonach die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie auf Grund eines Gesetzes erlaubt wird, also im Ergebnis nach § 3 BRAO nur durch Rechtsanwälte. Auch wenn jemand eine rechtliche Prüfung nicht für erforderlich hält, soll und darf er nach § 3 RDG in Verbindung mit § 3 BRAO keinen Dienstleister finden, der ihm wunschgemäß seine laienhafte Ansicht bestätigt, ohne als Rechtsanwalt dazu qualifiziert zu sein.³⁵ Der trotz des Verbots bereite Dienstleister verstößt gegen das Verbot des RDG, nimmt die Nichtigkeit seines Beratungsvertrags in Kauf und trägt das Risiko, ohne durchsetzbaren Anspruch auf Gegenleistung außergerichtliche Rechtsdienstleistung anzubieten. Außerdem setzt er sich wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen von Rechtsanwälten als Mitbewerbern nach § 3 UWG aus, die auch von den klagebefugten Rechtsanwaltskammern verfolgt werden können.³⁶

§ 2 RDG enthält keinen Verbotstatbestand, sondern nur eine Begriffsdefinition zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes.³⁷ „Jede Tätigkeit“ ist als Einzelaktivität zu verstehen, die im Rahmen einer Gesamttätigkeit zu erbringen ist. Die Regelung des § 2 RDG hat damit die Aufgabe, für jede Einzeltätigkeit die Grenze zu finden, ab der diese als Rechtsdienstleistung anzusehen ist.³⁸ Wenn eine konkrete Tätigkeit auch Rechtsdienstleistungen umfasst, ist schon der Anwendungsbereich des Verbotsgesetzes eröffnet, mit der Folge, dass sich die Zulässigkeit der Tätigkeit nach den §§ 3 ff. RDG richtet, also grundsätzlich verboten ist und nur gesetzlich im RDG oder in der BRAO erlaubt sein muss.³⁹ Der Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes wird dadurch ausgedehnt, insbesondere auf Tätigkeiten, in deren Zusammenhang Rechtsdienstleistungen erbracht werden.⁴⁰ Als Beispiele sind die Treuhandeltätigkeit im Bauherrenmodell⁴¹ und die Testamentsvollstrecker⁴² zu nennen. Auch Nebenleistungen werden durch die Erweiterung des Anwendungsbe-

reichs erfasst, die unter anderem auch die Prüfung rechtlicher Fragen umfassen. Zum Beispiel kann auch die angebotene Software unter den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes fallen, wenn sie zur Lösung rechtlicher Fragen angeboten und eingesetzt wird.⁴³

VI. Das verbotene Modell: Rechtsanwälte als „Erfüllungsgehilfen“ von Nichtanwältinnen

Rechtsdienstleistungen sind im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit nur erlaubt, wenn sie nach § 5 Abs. 2 RDG erstens zusammen mit der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers, zweitens einer Haus- und Wohnungsverwaltung oder drittens einer Fördermittelberatung erbracht werden. Sie müssen als Nebenleistung zum typischen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Der Gesetzentwurf sah in § 5 Abs. 3 RDG die Erlaubnis für jedermann vor, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, wenn ein nichtanwaltlicher Dienstleister sich eines qualifizierten Rechtsanwalts bedient. Der Rechtsanwalt sollte als Subunternehmer für den nichtanwaltlichen Dienstleister tätig werden dürfen. Im Verhältnis zum Kunden des Dienstleisters sollte der Rechtsanwalt an seine besonderen Berufspflichten wie Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und unbedingte Interessenvertretung gebunden bleiben. Ein direkter Kontakt zwischen Rechtsanwalt und dem Kunden des Dienstleisters sollte nicht erforderlich sein. Dieses sogenannte „Erfüllungsgehilfenmodell“ war in allen Gesetzentwürfen als § 5 Abs. 3 RDG enthalten. Kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wurde das Erfüllungsgehilfenmodell aufgrund der Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zurückgezogen.⁴⁴ In den Entwürfen wurde unter dem Stichwort der Ermöglichung neuer Formen der Zusammenarbeit mit Anwälten das Erfüllungsgehilfenmodell damit begründet, dass nichtanwaltlichen Dienstleistern das Angebot von Rechtsdienstleistungen durch die Zusammenarbeit mit Anwälten

32 Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 44; Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 9, Römermann, in: Grunewald/Römermann, RDG-Kommentar, 2008, § 2 RDG, Rn. 84.

33 Kleine-Cosack, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 46 f.

34 Rack, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – Eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB 2017, 216. Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36.

35 Seichter, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 13; Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 27; a. A. Kleine-Cosack, § 2 RDG, Rn. 53, 57 der den ausdrücklichen Gesetzeszweck und seine Folgen verkennt.

36 Seichter, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 3 RDG, Rn. 59 ff.

37 Krenzler, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 10., Kleine-Cosack, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 1 ff.

38 Krenzler, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 12.

39 Begr. Regierungsentwurf BT-Drs. 16/3655, Seite 37 und 47.

40 Begr. Regierungsentwurf BT-Drs. 16/3655, Seite 37.

41 BGH v. 29.10.2003 – IV ZR 122/02, NJW 2004, 41.

42 BGH v. 11.11.2004 – I ZR 213/01, NJW 2005, 969.

43 Deckenbrock, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 45; Krenzler, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 14 und 44.

44 Offermann-Burckart, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 82–84; Krenzler, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 5 RDG, Rn. 12; Deckenbrock/Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 5 RDG, Rn. 19 ff.

ermöglicht werden soll.⁴⁵ Der Anwalt als Subunternehmer eines nichtanwaltlichen Dienstleisters sollte zwar an seine berufsrechtlichen Pflichten gebunden, nicht aber der nichtanwaltliche Dienstleister, der als Vertragspartner desjenigen auftritt, der rechtlich beraten wird. Daraus ergibt sich das Risiko, dass der Rechtsanwalt als Erfüllungsgehilfe eines Nichtanwalts „zum Diener zweier Herren“ wird und dass es zum Streit kommen kann, wie die Rechtsdienstleistung zu erbringen ist. Der nichtanwaltliche Vertragspartner des Mandanten, kann Art, Umfang, Qualität und Tragweite einer Rechtsberatung nicht einschätzen und nicht nachvollziehen. Er kann gerade nicht beurteilen, wie Richter, Gegenanwälte, Staatsanwälte und Behördenvertreter eine Rechtsfrage behandeln werden, insbesondere ist er auch nicht in der Lage, die Haftungsfolgen der jeweiligen Rechtsberatung abzuschätzen. Es gibt keinen plausiblen Grund, zwischen einem rechtsratsuchenden Mandanten einen nichtanwaltlichen Dienstleister zwischenschalten, der weder die gestellte Rechtsfrage, noch deren Beantwortung durch den Rechtsanwalt beurteilen kann. Im Ergebnis müsste der als Subunternehmer eingeschaltete oder angestellte Rechtsanwalt nicht nur den Mandanten, sondern zusätzlich auch noch den nichtanwaltlichen Dienstleister von seiner rechtlichen Beratung überzeugen. Aufwand und Kosten würden ohne plausiblen Grund verdoppelt. Außerdem bestünde das Risiko, dass der nichtanwaltliche Dienstleister auf das Beratungsergebnis einen fachlich unbegründeten Einfluss nimmt und den von ihm eingeschalteten Anwalt und seinen anwaltlichen Erfüllungsgehilfen fachlich ohne rechtliche Gründe zu dominieren versucht. Die unverzichtbare fachliche Unabhängigkeit und eigenverantwortlich auszuübende Tätigkeit des Rechtsanwalts nach § 46 Abs. 3 BRAO wäre gefährdet. Der nichtanwaltliche Arbeitgeber könnte seinen angestellten Rechtsanwalt davon abbringen, bei seiner Rechtsberatung den „sichersten Weg“ zu wählen, dem zwar Anwälte, aber Nichtanwälte gerade nicht verpflichtet sind. Der Rechtsausschuss hat aus diesen Gründen zu Recht empfohlen, „das Erfüllungsgehilfenmodell“ nach dem Entwurf des § 5 Abs. 3 RDGE im Gesetz nicht zu realisieren. Die gemeinsame Auftragsannahme und Auftrags erledigung mit nichtanwaltlichen Dienstleistern bleiben unzulässig.⁴⁶

Damit ist die Anstellung von Rechtsanwälten abschließend geregelt:

1. Können sie nach § 46 Abs. 1 BRAO nur von Rechtsanwälten angestellt werden.⁴⁷
2. Können sie nach § 46 Abs. 2 BRAO als Syndikusrechtsanwälte angestellt sein, und zwar mit der Einschränkung, ausschließlich für das eigene Unternehmen rechtlich beratend tätig zu werden.
3. Sind Rechtsdienstleistungen nach § 5 Abs. 2 RDG als Nebenleistungen von Testamentsvollstreckern, Haus- und Wohnungsverwaltern und Fördermittelberatern erlaubt.
4. Ist die Anstellung eines Rechtsanwalts durch Nichtanwälte nach dem „Erfüllungsgehilfenmodell“ nach § 5 Abs. 3 RDGE verboten und ersatzlos aufgegeben.

Complianceberatung kann nie als erlaubnisfreie Nebenleistung einer Hauptleistung nach § 5 Abs. 1 RDG erbracht werden. Es fehlt schon an einer denkbaren Haupttätigkeit. Complianceberatung ist reine Rechtsdienstleistung, weil es ausschließlich um die Erfüllung der Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern geht.⁴⁸ Rechtsanwälte müssen zur Organisationspflicht von Vorständen und Geschäftsführern beraten, ein Compliance-Management-System einzusetzen, um Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschul-

den zu vermeiden und auf die einschlägige Rechtsprechung hinzuweisen.⁴⁹

Das Verbot für Nichtanwälte, außergerichtliche Rechtsdienstleistung zu erbringen, kann nach § 3 RDG auch nicht durch die Einschaltung eines Anwalts als Erfüllungsgehilfen geheilt werden.⁵⁰

In der Complianceberatungspraxis sind Dienstleister zu beobachten, die Legal-Tech-Lösungen anbieten und dabei verkennen, dass es sich um außergerichtliche Rechtsdienstleistungen handelt, die ausschließlich Rechtsanwälten vorbehalten und erlaubt sind. Indem sie diese Verbotsregelung übersehen, disqualifizieren sie sich als Rechtsberater durch die Verletzung des Rechtsdienstleistungsgesetzes.

VII. Der nichtige Beratungsvertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten als Rechtsrisiko des Geschäftsführers

Trotz der klaren Entscheidung des Gesetzgebers gegen das Erfüllungsgehilfenmodell und die ersatzlose Aufgabe des § 5 Abs. 3 im Gesetzentwurf und trotz der unumstrittenen aktuellen Rechtslage und obwohl unbestritten nach ganz herrschender Meinung Beraterverträge über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten und unter Einschaltung von Rechtsanwälten als deren Erfüllungsgehilfe nichtig sind, wird gleichwohl in der Praxis der Complianceberatung nach dem Erfüllungsgehilfenmodell beraten. Verkannt werden offensichtlich die gravierenden Konsequenzen von den verantwortlichen Geschäftsführern und Vorständen und das eindeutige Verbot nach § 3 RDG und die Erlaubnis nach § 3 BRAO zur Rechtsberatung ausschließlich für Rechtsanwälte. Der Beratervertrag über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten verstößt gegen das gesetzliche Verbot nach § 3 RDG, ohne dass eine Erlaubnis nach § 3 BRAO dem nichtanwaltlichen Dienstleister erteilt werden kann. Der Beratervertrag ist gemäß § 134 BGB nichtig.⁵¹ Das Rechtsdienstleistungsgesetz ist als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt gestaltet und soll die „Verbraucher schützende Rückabwicklung von Verträgen“ gemäß § 134 BGB sicherstellen.⁵² Für die Annahme eines Gesetzesverstößes genügt es, wenn das Verbotsgesetz objektiv erfüllt ist. Das Rechtsdienstleistungsgesetz schützt nicht nur den Beraternen, sondern auch die

45 BT-Drs. 16/3655, Seite 39.

46 BT-Drs. 16/6634, Seite 52.

47 Dazu ausführlich: *Winter*, Juristische Beratung und Tätigkeitsverhältnisse anwaltlicher Mitarbeiter und nicht-anwaltlicher juristischer Mitarbeiter zwischen Zivilrecht und anwaltlichem Berufsrecht, Dissertation 2010, Seite 115 ff.

48 *Krenzler*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 5 RDG, Rn. 14, 15.

49 BGH, 9.5.2017 – StR 265/16, Seite 46 – Panzerhaubitzen; Becker, Börsenzeitung Nr. 103 vom 2.6.2018, Sonderbeilage; LG München, 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Neubürger; LAG Düsseldorf, 27.11.2015 – 14 Sa 800/15 – Schienenkartell; ArbG Frankfurt, 11.9.2013 – 9 Ca 1551,13 – Libor-Manipulation; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, Rn. 22 – Unternehmenszweckwidrige Derivategeschäfte; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Auflage, § 91 Anm. 48; *Moosmayer*, Compliance, 2. Auflage, 2012, Seite 16.

50 *Offermann-Burckart*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 82; *Hirtz*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG-Kommentar, 2008, § 5 RDG, Rn. 67.

51 *BegRegE*, BT-Drs. 16/3655, Seite 51; BGH v. 30.10.2012 – XI ZR 324/11, NJW 2013, 59 Rn. 34; BGH v. 11.12.2013 – IV ZR 46/13, NJW 2014, 847 Rn. 31; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG-Kommentar, 2008, § 3 RDG, Rn. 5.

52 *BegRegE*, BT-Drs. 16/3655, Seite 31; *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 3 RDG, Rn. 16 f.

Rechtsordnung und den Rechtsverkehr und dient nicht nur dem Schutz des Rechtssuchenden, auf dessen Schutzbedürftigkeit es nicht ankommt.⁵³ Nichtig gegenseitige Verträge begründen weder Ansprüche auf Leistung, noch auf Gegenleistung. Dies gilt vor allem dann, wenn die Rechtslage klar ist und an dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 3 RDG kein Zweifel besteht.

Wenn der Gesetzgeber aus dem Gesetzentwurf das Erfüllungsgehilfenmodell nach dem gestrichenen § 5 Abs. 3 RDG aufgibt, ist der Wille des Gesetzgebers deutlich zum Ausdruck gekommen und kann schon deshalb nicht in der Praxis gegen den gesetzgeberischen Willen von nichtanwaltlichen Dienstleistern praktiziert werden. Werden Leistungen und Gegenleistungen auf einem nichtigen Beratungsvertrag erbracht, ist eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung allenfalls in engen Grenzen möglich.

Das Risiko für den beratenen Leistungsempfänger besteht darin, dass der nichtanwaltliche Berater Wertersatz nach § 812 und zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet, insbesondere dann, wenn der Beratene zur Herausgabe außer Stande ist. Dies dürfte bei der Complianceberatung der Fall sein. Der beratende Nichtanwalt soll sich allerdings auf einem Umweg entgegen § 134 BGB nicht noch eine Vergütung verschaffen, etwa in Form eines Wertersatzes. Verhindert werden soll nur, dass der Beratene daraus einen ungerechtfertigten Vorteil zieht. Nach § 817 Satz 2 BGB besteht allerdings kein Bereicherungsanspruch auf Wertersatz, wenn sich der Berater bewusst war, dass er gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat oder sich der Einsicht der Gesetzeswidrigkeit leichtfertig verschlossen hat.⁵⁴

VIII. Die Vermeidung des Rechtsrisikos eines nichtigen Beratungsvertrages über Rechtsdienstleistungen mit Nichtanwälten

Trotz der eindeutigen Regelung in § 46 BRAO für angestellte Rechtsanwälte, als Syndikusanwälte oder Angestellten von anderen Rechtsanwälten wird das Erfüllungsgehilfenmodell in der Complianceberatung praktiziert. Nichtanwaltliche Beratungsgesellschaften verweisen auf angestellte Anwälte oder auf freie Mitarbeiter oder verstetigte Zusammenarbeit mit Anwälten. Verkannt und verschwiegen wird bei diesen Angeboten, dass Beraterverträge von Nichtanwälten über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen wegen des gesetzlichen Verbots nach § 3 RDG i. V. m. mit § 134 BGB nichtig sind, weil nichtanwaltlichen Dienstleistern die Befugnis nach § 3 BRAO fehlt. Daraus ergeben sich für beide Parteien, sowohl für den beratenen Auftraggeber als auch den beratenden Dienstleister gravierende Rechtsrisiken, wenn erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen an Nichtanwälte in Auftrag gegeben und erbracht werden.

Lässt sich ein Geschäftsführer von einem Nichtanwalt rechtlich beraten und kommt es zu einem Schaden für seine Gesellschaft durch Falschberatung, fehlt bei der Durchsetzung des Ersatzanspruchs die Sicherheit einer Berufshaftpflichtversicherung, zu der Rechtsanwälte verpflichtet sind. Ohne Berufshaftpflichtversicherung werden Volljuristen als Anwälte schon nicht zugelassen. Mit der Berufshaftpflichtversicherung gewinnt der Leistungsempfänger einer außergerichtlichen Rechtsdienstleistung einen weiteren Schuldner neben seinem Berater hinzu. Lässt sich schließlich ein Geschäftsführer von einer nichtanwaltlichen Beratungsgesellschaft beraten, deren Haftung auf ihr Eigenkapital beschränkt ist, schmälert der Geschäftsführer durch

sein Auswahlverschulden ohne Grund die Regressmöglichkeiten seiner Gesellschaft.

Der Vorwurf des Auswahlverschuldens lässt sich damit begründen, dass der Geschäftsführer ohne Grund auf den Schutz des § 3 RDG vor unqualifizierten außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen verzichtet und nicht die Befugnis seines Rechtsdienstleiters nach § 3 BRAO vor der Auftragserteilung geprüft hat. Nach der unmissverständlichen BGH-Rechtsprechung im ISION-Urteil sind Geschäftsführer verpflichtet, Rechtsrat von „unabhängigen“ und „fachlich qualifizierten“ Berufsträgern einzuholen und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.⁵⁵

Kommt es zum Schaden durch Falschberatung von unqualifizierten Nichtanwälten, lässt sich leicht die Vermutung begründen und kaum widerlegen, dass der Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz die Ursache des Schadens ist. Der Geschäftsführer setzt sich dem Rückschaufehler (Hindsight-bias) derjenigen aus, die sein Auswahlverschulden beim Einschalten von Nichtanwälten für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu beurteilen haben. Im Nachhinein und in Kenntnis des Schadensverlaufs durch nichtanwaltliche unqualifizierte und unbefugte Rechtsberater lässt sich für das Auswahlverschulden der Entlastungsbeweis, auch einem Rechtsanwalt wäre der gleiche Beratungsfehler unterlaufen, kaum führen, weil Anwälte in aller Regel rechtlich den „sichersten Weg“ bei der Beratung wählen müssen.

Von Geschäftsführern ohne eigene Rechtskenntnisse wird nach der Rechtsprechung des BGH im ISION-Urteil verlangt, zur Vermeidung eines unverschuldeten Rechtsirrtums, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit „erforderlich“ Rechtsrat einzuholen und die höchstgerichtliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten. Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.⁵⁶

Die strengen Maßstäbe der Rechtsprechung an Geschäftsführer ohne eigene Rechtskenntnisse sind verständlich, weil ein Geschäftsführer auf Grund seiner fehlenden eigenen Rechtskenntnisse sich jeder rechtlichen Beurteilung einer Situation enthalten sollte, insbesondere ist er aufgrund seiner eigenen rechtlichen Inkompetenz auf unabhängige und qualifizierte Berater dringend angewiesen, die seinen Rechtsberatungsbedarf erkennen können. Gerade weil er sich als juristischer Laie kein eigenes rechtliches Urteil erlauben darf, muss er sich bei der Auswahl seiner Berater an der Formalqualifikation seines Beraters als Rechtsanwalt orientieren können.⁵⁷

Das Rechtsrisiko für weisungsbefugte Geschäftsführer und Vorstände ohne eigene Rechtskenntnisse besteht darin, dass sie als juristische Laien nicht beurteilen können, ob eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung zu beauftragen ist und deshalb ein Rechtsanwalt eingeschaltet werden muss. Der Begriff der Rechtsdienstleistung wird in § 2 Abs. 1 RDG definiert, wonach sie dann anzunehmen ist, wenn die Dienstleistung „eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“ Auch Juristen können meist erst nach einer rechtlichen Prüfung mit Gewissheit erklären, dass ein Sachverhalt rechtliche Folgen auslöst.

53 *Deckenbrock*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1, Rn. 2; *Offermann-Burckart*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 67.

54 *Palandt*, § 817 BGB, Rn. 17; *Offermann-Burckart*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 68.

55 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, Rn. 18 – *Ision-Urteil*; *Holle*, *Binnenhaftung des Vorstandes bei unklarer Rechtslage*, AG, 8/2016 Seite 278.

56 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – *Ision-Urteil*, AG 2011 876 = NZG 2011, 1271, 16.

57 *Neumann*, in: *NK-StGB* § 17 StGB, Rn. 75, 76.

Erst recht vermag ein juristischer Laie nicht zu beurteilen, ob eine detaillierte juristische rechtliche Prüfung erforderlich ist oder nicht.⁵⁸

Zum Schutze der juristischen Laien mit Rechtsberatungsbedarf hat sich der Gesetzgeber für das sogenannte „Verbotsmodell“ nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO zur Förderung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, das Vertrauen der Verbraucher in ein hohes Qualifikationsniveau der Rechtsanwaltschaft entschieden, wodurch qualifizierte Rechtsberatung garantiert und unqualifizierter Rechtsrat von der Bevölkerung und der Rechtsordnung fern gehalten wird.⁵⁹ Abgelehnt hat der Gesetzgeber das ebenfalls diskutierte „Informationsmodell“, wonach dem mündigen Verbraucher die eigene Meinungsbildung und die Wahlfreiheit überlassen wird und dem Verbraucher vom Berater die benötigten Informationen beschafft werden müssen, um entscheiden zu können, ob er Rechtsrat von einem Anwalt oder von einem Nichtanwalt einholt mit der Konsequenz, dass ein Anbieter von Rechtsrat, der kein Rechtsanwalt ist, auf die Nachteile hinzuweisen hat, die eine Beratung durch ihn im Vergleich zu einer Beratung durch einen Rechtsanwalt mit sich bringe. Volljuristen sollten verpflichtet sein, über das Fehlen einer Berufshaftpflichtversicherung zu informieren.⁶⁰

Im Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens hat sich der Gesetzgeber für das präventive Verbotmodell und gegen das Informationsmodell entschieden, wonach Rechtsberatung nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten erlaubt ist. Wer gegen dieses Verbot verstößt, verkennt, dass Rechtsberatung nicht grundsätzlich für Nichtanwälte erlaubt ist.

Es bleibt das Rechtsrisiko für den Geschäftsführer als juristischen Laien, die erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung zu verkennen, mit der Konsequenz, dass ein Rechtsanwalt einzuschalten ist und die Dienstleistung von einem Nichtanwalt verboten ist. Der juristische Laie müsste beurteilen können, ob eine Angelegenheit, „eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.“

Wenn der Gesetzgeber nach § 2 Abs. 1 RDG als auch der BGH in seiner Ision-Entscheidung von Geschäftsführern erwartet, auch ohne Rechtskenntnisse selbst beurteilen zu können, ob eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist, andererseits gerade im Strafrecht zum Verbotsirrtum eingeräumt wird, dass der juristische Laie in aller Regel nicht beurteilen kann, ob eine detaillierte Prüfung erforderlich ist, bleibt nur eine Empfehlung für den „sichersten Weg“, alle Sachverhalte danach zu prüfen, ob sie gesetzlich geregelt sind, gerichtlich schon einmal entschieden wurden und grundsätzlich Rechtsanwälte oder unternehmensinterne Syndikusanwälte einzuschalten sind. Kein Sachverhalt lässt erkennen, ob er rechtlich von Bedeutung ist, ob er Rechtsfolgen auslöst und ob er in einem Gesetz, einer Verordnung oder in einer der Tausenden untergesetzlichen Regelwerke geregelt ist. Wer vor Überraschungen sicher sein will, muss alle einzelnen Sachverhalte, Stoffe, Verfahren, Anlagen, Tätigkeiten auf ihre rechtlichen Konsequenzen prüfen.

Zumutbar ist diese Empfehlung erst seit dem Legal-Tech rechtliche Prüfungen ohne den herkömmlichen Aufwand möglich machen. In Datenbanken mit großem Inhalt können mit dem Verfahren der Sammelrecherche große Textmengen digital durchsucht werden. Erforderlich ist der Einsatz von moderner Suchtechnik und vor allem von der inhaltlichen Pflege großer Datenbanken. Kommt es trotz aller Bemühungen zu einem Rechtsverstoß, können durch automatisch hergestellte Protokolle die digitalen Recherchen nach konkreten Einzelsachverhalten bewiesen werden. Präventiv kann im Rahmen eines Compliance-Management-Systems der Beweis gesichert werden, alle

Sachverhalte eines Unternehmens rechtlich geprüft, die ermittelten Rechtspflichten an Mitarbeiter delegiert und auf ihre Erfüllung hin kontrolliert zu haben. Der Vorwurf des Organisationsverschuldens kann auf diese Weise widerlegt und der Beweis des unvermeidbaren Verbotsirrtums nach § 17 StGB kann geführt werden. Insbesondere lässt sich beweisen, dass die Legalitätspflicht im Unternehmen von den verantwortlichen Geschäftsführern und Vorständen erfüllt wurden.

IX. Schadensersatzansprüche des beratenen Unternehmens wegen mangelnder Aufklärung bei Vertragsschluss

Gerade weil rechtliche Laien nicht beurteilen können, sind sie als Geschäftsführer darauf angewiesen, dass ihr Dienstleister sie über die Befugnis darüber aufklärt, ob die Beratung eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erforderlich macht und ob er dazu befugt ist, und ob der angebotene Beratervertrag wirksam ist. Beruht die Unwirksamkeit auf einem Unwirksamkeitshindernis, das aus der Sphäre einer Partei kommt, kann diese wegen der Verursachung der Unwirksamkeit oder wegen mangelnder Aufklärung über das Wirksamkeitshindernis aus culpa in contrahendo schadensersatzpflichtig sein.⁶¹ Dies hat der BGH für eine verkannte Rechtsberatung in seinem Urteil vom 28.7.2005⁶² entschieden. Obwohl ein Vertrag über eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung unwirksam ist, entsteht ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB schon durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Allein aufgrund des rechtsgeschäftlichen Kontakts der Parteien entstehen Aufklärungs- und Hinweispflichten, selbst wenn der Vertrag nicht wirksam zustande kommt.⁶³ Der Berater hat die vorvertragliche Pflicht, die verbotene Rechtsdienstleistung abzulehnen, selbst wenn der Beratene sie ausdrücklich nachfragt und sich anbieten lässt, weil er oder beide Verhandlungspartner irrtümlicherweise glauben, es handele sich nicht um eine Rechtsdienstleistung, wenn ihm dazu die Befugnis als Rechtsanwalt fehlt.⁶⁴

Berechtigte Zweifel werden in der Literatur dagegen erhoben, ob es auf die Schutzbedürftigkeit des beratenen Unternehmens ankommt, wenn zum Beispiel ein Rechtsanwalt oder Syndikusanwalt Rechtsrat bei einem nicht zur Rechtsberatung berechtigten Dritten einholt, und sich später auf die Nichtigkeit der Vertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz beruft.⁶⁵ Nach Ansicht des OLG Brandenburg sollte sich ein Rechtsanwalt nicht auf den Schutz des Rechtsberatungsgesetzes berufen können, weil er sich aufgrund seiner eigenen Rechtskenntnisse selbst ausreichend vor unqualifizierter Rechtsberatung schützen kann. Zu Recht wird dem entgegengehalten, dass es nicht ausschließlich auf die Schutzbedürftigkeit des Beratenen vor

58 Neumann, in: NK-StGB § 17, Rn. 76.

59 Offermann-Burckart, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 9; Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, Einleitung, Rn. 36 f.

60 Offermann-Burckart, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 4.

61 Palandt, 78. Aufl., § 311, Rn. 38.

62 BGH, Urt. v. 28.7.2005 – III ZR 290/04.

63 BGH, Urt. v. 9.11.2004 – XI ZR 315/03, NJW 2005, 668, 670; BGH v. 17.1.1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995 1151, 1153.

64 Remmert, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28.

65 OLG Brandenburg, Urt. v. 27.5.2009 – 4 U 92/08; Offermann-Burckart, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3 RDG, Rn. 67/68.

unqualifizierter verbotener Rechtsdienstleistung ankommt und vor allem, dass es den Vertragsparteien nicht überlassen wird, ob sie sich von Nichtanwältinnen rechtlich beraten lassen und auf den Schutzzweck des RDG einvernehmlich verzichten können. Der ausdrücklich beabsichtigte Schutz der Rechtspflege und der Rechtsordnung nach § 1 Abs. 2 RDG bliebe unberücksichtigt. Vor allem dient § 134 BGB in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit, aus dem nur als Reflex ein Individualschutz resultieren kann.⁶⁶ Würde man auf die Schutzbedürftigkeit oder den Schutzwillen des falschberatenen Vertragspartners abstellen und es den Vertragsparteien überlassen, ob sie sich von Nichtanwältinnen rechtlich beraten lassen, würde das Rechtsdienstleistungsgesetz in unzulässiger Weise relativiert und in seinem Anwendungsbereich gegen den klaren gesetzgeberischen Willen eingeschränkt. Bei der unqualifizierten Complianceberatung durch Nicht-Anwältinnen könnte von Dienstleistern eingewandt werden, das Unternehmen habe selbst eine Rechtsabteilung und müsse deshalb wissen, ob die angebotene Dienstleistung verboten ist. Für einen Gesetzesverstoß muss es jedoch genügen, wenn der Tatbestand des Verbotsgesetzes objektiv erfüllt ist.⁶⁷

Schließlich richtet sich das Verbot an den nichtanwältlichen Dienstleister, von dem zu erwarten ist, dass er seine eigenen Befugnisse zur angebotenen Beratung kennt und geprüft hat.

X. Softwareprogramme zur Complianceberatung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung

Complianceberatungen werden vermehrt durch Softwareprogramme unterstützt, ohne die Tausende konkreter Rechtspflichten zur Abwehr von ebenso vielen Risiken im Unternehmen weder lückenlos ermittelt noch aktualisiert, delegiert und vor allem nicht dokumentiert werden könnten. Complianceberatung ist ohne Softwareprogramme nicht mit Erfolg zu leisten. Konkrete Rechtsfragen sind zu lösen. Dazu werden Softwareprogramme zum Recherchieren in Datenbanken, zur Verlinkung von Rechtspflichten mit Risikosachverhalten und Pflichtenträgern als unverzichtbare Hilfsmittel eingesetzt. Rechtsberatung und Software bilden dazu ein untrennbares Paket. Die EDV-technisch und softwaregestützte Rechtsberatung ist außergerichtliche Rechtsdienstleistung i. S. v. § 1 Abs. 1 RDG und erlaubnispflichtig, nach § 3 BRAO ausschließlich zugelassenen Rechtsanwälten erlaubt.⁶⁸ Die technischen Mittel, mit deren Hilfe die Complianceberatung unterstützt wird, ändert an der Einordnung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung nichts. Auch softwaregenerierte Rechtsdienstleistungen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des RDG.⁶⁹

Die Software bleibt aber das Hilfsmittel zur Unterstützung der Rechtsberatung und ändert an den erlaubnispflichtigen Charakter der Rechtsdienstleistung nichts. Ohne die Erfüllung der sechs Organisationspflichten lässt sich bei der Complianceberatung die Software nicht getrennt von der präventiven Rechtsberatung anderweitig verwenden. Sie lässt sich nicht aufspalten in ein technisches Mittel und eine rechtliche Beratung, wenn ein Dienstleister ein Softwareprogramm nur zur rechtlichen Lösung konkreter Einzelfälle anbietet und wenn der Rechtssuchende an dem Softwareprogramm nur interessiert ist, um Rechtsfragen lösen zu können.

Ist zweifelhaft, ob ein Softwareprogramm eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung ist und nur von Anwälten zur Beratung eingesetzt werden darf, entscheidet der Gesetzeszweck.⁷⁰

Nach § 1 Abs. 2 S. 2 RDG dient das Rechtsdienstleistungsgesetz da-

zu, Rechtssuchende, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen.

Vor allem sind Rechtssuchende als auch ihre beratenden Dienstleister vor eigenen falschen Vorstellungen über die Erforderlichkeit der rechtlichen Prüfung zu schützen. Der Konflikt zwischen der objektiven Erforderlichkeit und der falschen subjektiven Vorstellung, die rechtliche Prüfung sei verzichtbar, löst das Rechtsdienstleistungsgesetz zu Gunsten des Schutzes vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen. Es handelt sich um ein Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt.⁷¹ Die Qualität einer Rechtsdienstleistung ist bei rechtssuchenden juristischen Laien kaum überprüfbar. Wer Rechtsrat einholt, dem fehlt es an hinreichenden Informationen und Erfahrungswissen, um bei der Auswahl der anbietenden Dienstleister und bei der Beurteilung der Qualität von Rechtsdienstleistungen eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.⁷²

Die Schutzbedürftigkeit vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung steigt mit der Komplexität des Dienstleistungsangebots. Nicht nur das rechtliche Beratungsangebot, sondern auch die softwaregestützten EDV-technischen Hilfsmittel sind von Rechtssuchenden zu beurteilen, die sowohl rechtliche als auch softwaretechnische Laien sind. Zu beurteilen ist nämlich nicht nur, ob in der Complianceberatung die organisationsrechtlichen Fragen zur Erfüllung der Legalitätspflicht beantwortet werden, sondern außerdem ist zu beurteilen, ob die rechtlichen Lösungen mit der angebotenen Software richtig umgesetzt werden. Der Rechtssuchende ist schon nicht in der Lage, seinen Beratungsbedarf etwa in Form eines Leistungsverzeichnisses als auch die Leistungsanforderung an eine Software zu beurteilen. Seine eigene Inkompetenz bei der Beurteilung eines Dienstleistungsangebots kann ein Rechtssuchender nicht erkennen, weil ihm sowohl die rechtliche als auch die EDV-technische Kompetenz dazu fehlt.⁷³

Zu Recht muss durch das Rechtsdienstleistungsgesetz jeder vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen geschützt werden, der die Rechtsberatung zwar will, etwa vorsorglich zur eigenen Sicherheit, auch wenn sie objektiv nicht erforderlich ist und erst recht, wenn er sie nicht will, weil er sie irrtümlich für überflüssig und die Rechtslage für klar hält, obwohl die rechtliche Prüfung objektiv nach fachkundiger Verkehrsauffassung erforderlich ist. In beiden Fällen ist der Schutz vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung unverzichtbar. Wer rechtlich beraten werden will oder beraten werden muss, darf nur qualifiziert auf Anwaltsniveau beraten werden.⁷⁴ Wer in einer Rechtsangelegenheit

66 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 67 m. w. N.

67 *Offermann-Burckart*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 3, Rn. 67; Palandt, 78. Aufl., § 134 Rn. 12a; BGHZ 37, 363, 366; Urt. v. 12.7.1962 – VII ZR 28/61; BGHZ 116, 268, 276; Urt. v. 11.2.1991 – VIII ZR 4/91; BGH v. 6.10.2000 – IX ZR 289/99, Seite 7.

68 *Remmert*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2, Rn. 44, 45 und 14.

69 *Deckenbrock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2, Rn. 45; *Krenzler*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2, Rn. 14, 43.

70 *Remmert*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1 RDG, Rn. 63; *Deckenbrock*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 1, Rn. 2.

71 Begr. RegE., BT-Drs. 16/3655 S. 30.

72 So die wörtliche Begründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes: BT-Drs. 16/3655 Seite 31; *Remmert*, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 1, Rn. 69.

73 *Rack*, Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine psychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, CB 2017, 216.

eine rechtliche Beratung nicht für erforderlich hält, soll und darf nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz in Deutschland keinen Dienstleister finden, der die Erledigung der Rechtsangelegenheit ohne Anwaltszwang anbietet oder durchführt.⁷⁵

XI. Die Unabhängigkeit der erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistungen vom Schutzwillen des Beratenen

Die Gegenmeinung will die Frage, ob eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erforderlich ist, von der Schutzwillingkeit des Rechtssuchenden abhängig machen.⁷⁶ Dem Rechtssuchenden soll freigestellt bleiben, ob er überhaupt eine Rechtsdienstleistung i. S. d. § 2 RDG mit Rechtsprüfung wünsche, weil er sie dann auch bezahlen müsse. Niemand könne zu seinem „Glück“ gezwungen werden.⁷⁷ *Kleine-Cosack* räumt zwar ein, dass der Gesetzgeber aus dem Entwurfstext des § 2 Abs. 1 RDG die subjektive Einschränkung des Erlaubnisvorbehalt gestrichen habe, beruft sich aber auf die Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG, selbst bestimmen zu dürfen, qualifizierte Rechtsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen oder auch nicht. Dabei wird übersehen, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz nicht nur den Rechtssuchenden, sondern ganz ausdrücklich nach § 1 Abs. 1 S. 2 RDG auch den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen soll. Der Verzicht auf eine qualifizierte Rechtsdienstleistung durch Anwälte steht nicht im Belieben der Parteien eines Beratungsvertrages. Der Gesetzgeber hat bewusst das Rechtsdienstleistungsgesetz als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet und die Rechtsdienstleistung durch Nichtanwälte nach § 3 RDG und § 3 BRAO verboten.⁷⁸ Er hat das „Informationsmodell“ zugunsten des „Verbotsmodells“ abgelehnt. Es gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und gerade nicht die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Der Gesetzeszweck wird verfehlt, wenn auf den Schutzzweck durch die Parteien eines Beratungsvertrages verzichtet werden könnte. Ob gesetzliche Ge- oder Verbote eingehalten werden ist, der privatautonomen Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung entzogen. Auch die Complianceberatung muss sich in dem durch die Rechtsordnung gezogenen Rahmen bewegen.⁷⁹

Gerade für die Complianceberatung ist auf die hohe Anforderung des BGH in der ISON-Entscheidung⁸⁰ zu verweisen, wonach der Vorstand, um sich von einem Rechtsirrtum exkulpieren zu können, „die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss. Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.“⁸¹ Dem Vorstand ist das Verschulden eines zur Beratung eingeschalteten Dritten nicht über § 278 BGB zuzurechnen. Danach darf der Vorstand auf die Einschätzung eines unabhängigen und qualifizierten Rechtsberaters vertrauen, sofern er diesen hinreichend informiert und dessen Beurteilung einer Plausibilitätskontrolle unterzogen hat,⁸² gerade weil Vorstände und Geschäftsführer nicht eigene, sondern Interessen ihrer Gesellschaft wahrnehmen, deren Geschäfte sie zu besorgen haben.

XII. Softwarelösungen zur Complianceberatung aus dem Ausland

In der Praxis der Complianceberatung sind vermehrt Angebote von Softwarelösungen aus dem Ausland zu beobachten, die eine einheit-

liche Lösung für weltweit agierende Konzerne versprechen. Dadurch wird die Erwartung geweckt, Compliance länderübergreifend einheitlich beraten und lösen zu können, was vor allem von den konzerninternen IT-Abteilungen gefördert wird. Übersehen wird allerdings, dass jedes Land unterschiedliche Gesetze mit unterschiedlicher Rechtsprechung den Konzerntöchtern in den jeweiligen Ländern unterwirft. Die Softwarelösung müsste der jeweiligen Rechtsordnung des Landes angepasst werden, die der Konzerngesellschaft untersteht. Für diese Dienstleistungsangebote hat der Gesetzgeber unmissverständlich in § 1 Abs. 2 RDG zum Anwendungsbereich geregelt, dass „eine Rechtsdienstleistung, die ausschließlich aus einem anderen Staat heraus erbracht wird, unter das Rechtsdienstleistungsgesetz fällt, wenn ihr Gegenstand deutsches Recht ist“. Damit werden auch ausländisch angebotene Softwareangebote zur erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistung, die ausschließlich Anwälten erlaubt ist. Auch Verträge mit nichtanwaltlichen ausländischen Dienstleistern sind wegen des Gesetzesverstößes gegen § 3 RDG nichtig.

XIII. Das aktuelle Urteil des LG Köln vom 8.10.2019 zum Smartlawangebot eines Verlages als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistungen

Die hier vertretene These, dass eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung durch den Einsatz eines digitalen Instruments, einem Rechtsdokumentengenerator, nicht ohne Erlaubnis angeboten oder beworben werden darf, wird durch ein Urteil⁸³ des Landgerichts Köln vom 8.10.2019 bestätigt. Ein Verlag hat für seine softwaregestützte Dienstleistung damit geworben, die Leistung sei günstiger und schneller als der Anwalt, habe Anwaltsqualität und werde von Top-Anwälten und Spitzenkanzleien als Partner des Verlages unterstützt. Eine nichtanwaltliche Leistung wurde als „digitale Rechtsabteilung“ mit Anwaltsqualität für Unternehmen angepriesen. Mit Erfolg hat die zuständige Rechtsanwaltskammer wegen eines Verstoßes gegen § 3 RDG unter Hinweis auf die einschlägige BGH Rechtsprechung⁸⁴ geklagt. Treffend stellte das Landgericht fest, dass bereits das Angebot einer solchen Rechtsdienstleistung den Wortlaut des § 3 RDG erfüllt. Schon das Anbieten einer Rechtsdienstleistung ohne entsprechende Erlaubnis begründe die Gefahr, dass der Empfänger des Angebots sich an einen nicht ausreichend qualifizierten Rechtsdienstleister wendet.

74 *Krenzler*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 24-28.

75 *Krenzler*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28, ebenso *Deckenbrock/Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 36; OLG Köln, BRAK-Mitt. 2011, 252 für Rechtsdienstleistung einer Immobiliengesellschaft; a. A. *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 2 RDG, Rn. 53, 57.

76 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 23, § 2 RDG, Rn. 53.

77 *Kleine-Cosack*, RDG-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 1 RDG, Rn. 24.

78 Begr. Reg.E BT-Drs. 16/3655 Seite 30; *Krenzler*, in: *Krenzler*, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 28.

79 *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, Seite 275.

80 BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, AG 2011 876 = NZG 2011, 1271, Rn. 16 – Ison-Urteil.

81 BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, Rn. 16.

82 *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, Seite 278.

83 LG Köln v. 8.10.2019 – 33 O 35/19.

84 BGH, GRUR 2016, 820/821; BGH, GRUR 2003, 886/889.

Das EDV-gestützte Instrument zur Erstellung von Rechtsdokumenten erbringe eine nach § 3 RDG erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung i. S. v. § 2 Abs. 1 RDG, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis. Bei der Einstufung als Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG kommt es auf den Inhalt des Beratungsangebots an.⁸⁵

In der Complianceberatung kommt es auf sachverhaltsbezogene Rechtsfragen zu konkreten Risikosachverhalten in Unternehmen an.⁸⁶ Sie sind daraufhin zu prüfen, welche Rechtspflichten sie auflösen und welche konkreten Rechtsrisiken im Unternehmen mit den Rechtspflichten abzuwenden sind. Nach zutreffender Ansicht des Landgerichts sind individualisierte Legal-Tech-Dienstleistungen nicht anders zu behandeln als Dienstleistungen menschlicher Berater. Der Kontrollzweck des RDG kann nicht durch eine einengende Auslegung des Begriffs der Rechtsdienstleistung erreicht werden.⁸⁷ Bei der Programmierung der Software wird eine rechtliche Prüfung lediglich zeitlich vorverlagert und auf Grund der Standardisierung in einem mehrfach reproduzierbaren Format festgelegt. Die programmierte Software zur Lösung von Rechtsfragen unterscheidet sich nicht grundlegend von dem Vorgehen eines Rechtsanwaltes.⁸⁸ Bei Legal-Tech-Angeboten ist die Grenze zur Rechtsdienstleistung i. S. d. § 2 Abs. 1 RDG dann überschritten, wenn der Anbieter nicht deutlich zu erkennen gibt, dass mit seinem Angebot gerade keine rechtliche Prüfung des konkreten Nutzers verbunden ist.⁸⁹ Der Verlag hatte durch seine Werbung für sein Legal-Tech-Angebot bewusst die Verkehrserwartungen bei fachfremden Publikum geweckt, es handele sich um eine Alternative zur Rechtsanwaltsleistung, das Rechtsdokument in Anwaltsqualität günstiger und schneller liefern zu können. Die Werbeaussagen wurden als irreführend i. S. v. § 5 UWG bewertet, weil die angebotene Leistung ein Verstoß nach dem RDG darstellt und der Verkehr über die Berechtigung getäuscht wird.

XIV. Beratungsresistenz ist nur durch Rechtsanwältinnen zu überwinden

Zu Recht hat der Gesetzgeber Rechtsanwältinnen außergerichtliche Rechtsdienstleistungen ausschließlich vorbehalten, da nur sie in der Lage sind im Zusammenhang zu erklären, unter welchen Bedingungen rechtliche Prüfungen von Einzelfällen „erforderlich“ sind und dass Risiken für geschützte Rechtsgüter durch Rechtspflichten abzuwenden sind. Die Einhaltung von Rechtspflichten schützt das Unternehmen, seine Führungskräfte und alle Mitarbeiter vor Risiken. Ein Compliance-Management-System kann nur dann von Vorteil für das gesamte Unternehmen sein, wenn alle Rechtspflichten ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert wurden.

Im Unternehmensalltag ist regelmäßig Widerstand gegen gesetzmäßiges Verhalten zu beobachten, der nicht offen, sondern eher latent zum Ausdruck kommt und zwar mit Argumenten wie, der Aufwand sei zu groß, in der Belegschaft fehle die Akzeptanz, die Zahl der Rechtspflichten sei zu hoch, überregulierte Unternehmen schaden dem Geschäft. Unverständlich bleibt, dass einerseits jedes Gesetz mit politischer Mehrheit im Parlament beschlossen wird und die Mehrheit im Parlament auf politische Forderungen mit den Gesetzen reagiert, um nach dem jeweiligen Schutzzweck Risiken abzuwenden und Missstände zu beseitigen. Widersprüchlich dazu ist jedoch die Reaktion, jedes neue Gesetz zwar politisch zu fordern, es aber als Überregulierung anzuprangern sobald es erlassen wurde.

Der aufkommende Widerstand im Unternehmen lässt sich nur durch Aufklärung und Complianceberatung durch fachkundige Rechtsan-

wältinnen überwinden. Aufklären lässt sich zum Beispiel der häufige Irrtum, dass es auf die Akzeptanz der Mitarbeiter ankomme, die Rechtspflichten einzuhalten, die das Unternehmen als juristische Person, als AG oder GmbH trifft. Der Irrtum besteht darin, dass mit Mehrheit beschlossene öffentlich-rechtliche Gesetze nicht mehr durch die Normadressaten und Pflichtenträger akzeptiert werden müssen, wie etwa vertraglich übernommene Pflichten oder tariflich ausgehandelte Pflichten. Aufklären lässt sich auch der Irrtum, das Einhalten von Rechtspflichten sei nur zum Nachteil des Unternehmens, verursache nur Kosten und Aufwand und schränke die unternehmerische Freiheit, sowie die freie Entfaltung der Persönlichkeit ein. Vielmehr ist zu erklären, dass alle Rechtspflichten dazu dienen, Risiken präventiv abzuwenden, bevor sie sich zu einem Schaden verwirklichen und diese Risikoabwehr das Erfahrungswissen für Schadensverläufe verarbeitet. Je mehr Pflichten eingehalten werden, umso geringer sind die drohenden Schäden. Wäre das Verbot der Abschalteneinrichtung eingehalten worden, hätte die Kapitalvernichtung von 30 Milliarden Euro der VW AG erspart werden können und das Risiko aus 470.000 Einzelklagen von VW Kunden sowie der Reputationsverlust.⁹⁰

Unternehmensinterner Widerstand gegen Compliance-Management-Systeme sind irrational, weil die Vorteile nicht erkannt werden, wozu auch die Vorteile der außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen in Compliance Fragen durch Rechtsanwältinnen zählen. Psychologisch lässt sich der Widerstand durch die Reaktanz-Theorie erklären und damit durch entsprechende Kommunikation abwenden.⁹¹ Die Reaktanz-Theorie untersucht die Frage, unter welchen Umständen mit Abwehr oder Widerstand gegen Compliance-Kommunikation im Unternehmen gerechnet werden muss und wie die Regelakzeptanz zu fördern ist.⁹² Die Reaktanz-Theorie geht davon aus, dass Widerstand dann entsteht, wenn Freiheiten eingeschränkt werden, unabhängig davon, ob man diese Freiheiten hat oder nur zu haben glaubt. Wer in seinen Verhaltensalternativen eingeschränkt wird, ist bestrebt seinen wirklichen oder nur vermeintlichen Freiheitsspielraum wiederherzustellen. Alle gesetzlichen Vorgaben schränken Verhaltensalternativen ein, verringern persönliche Spielräume und nehmen Freiheiten.

Durch Rechtsberatung lässt sich aufklären, dass es keinen Grund für Widerstände gegen die Einhaltung von Rechtspflichten im Unternehmen gibt, dass verlorenglaubte Spielräume und Handlungsalternativen überhaupt nicht existieren, weil gesetzliche Pflichten gelten und dabei keinen Spielraum lassen. Nur Rechtsanwältinnen sind dafür ausgebildet, die Rechtsfolgen von Regeltreue und Regelbruch zu erläutern. Zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung gehört es, die Rechtsfol-

85 LG Köln v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 22 mit Hinweis auf BT-Drs. 16/3655 Seite 47, 48.

86 BT-Drs. 16/3655 S. 48; LG Berlin zum Mietpreisrechner v. 6.7.2018 – 67 S 247/18.

87 LG Berlin zum Mietrechner v. 6.7.2018, HZ 67, S. 247/18; BGH, GRUR 2016, 820/825 – Schadensregulierung durch Versicherungsmakler.

88 LG Köln, Urf. v. 8.10.2019 – 33 O 35/19, Rn. 27.

89 Krenzler, in: Krenzler, RDG-Kommentar, 2. Auflage, 2017, § 2 RDG, Rn. 44. Deckenbrock/Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, RDG-Kommentar, 4. Auflage, 2015, § 2 RDG, Rn. 45 f.

90 Art. 5 Verordnung (EU) Nr. 715/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typprüfung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emission von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und 6).

91 S. Femers-Koch, Compliance-Kommunikation aus wirtschafts-psychologischer Sicht, Keine Regel ohne Ausnahme, ISBN 978-3-658-19809 -1, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2018, Seite 61 Compliance und Reaktanz.

92 S. Femers-Koch (Fn. 91), Seite 61.

gen in Form von drohenden Schadensersatzansprüchen des Unternehmens, von strafrechtlichen Sanktionen für die verantwortlichen Manager und Mitarbeiter, über die Haftung von Vorständen und Geschäftsführern gegenüber ihren Gesellschaftern ausführlich zu beraten, um die Erfüllung der Legalitätspflicht im Unternehmen zu fördern. Über die Folgen von Pflichtverletzungen sind sich Unternehmensmitarbeiter selten klar, weil ihnen die rechtliche Ausbildung fehlt und es nicht zur Routine gehört, für jedes unternehmerische Verhalten die Rechtsfolgen zu bedenken.

XV. Fazit: Anwaltszwang bei Complianceberatung

Complianceberatung zur Einhaltung der Legalitätspflicht im Unternehmen ist als außergerichtliche Rechtsdienstleistung i. S. v. §§ 1, 2 RDG zu verstehen, nach § 3 RDG grundsätzlich verboten und nach § 5 RDG allenfalls als Nebenleistung von Testamentvollstreckern, Hausverwaltern und schließlich nach § 3 BRAO nur Rechtsanwälten erlaubt. Verboten ist insbesondere das sog. „Erfüllungsgehilfen-Modell“, wonach außergerichtliche Rechtsdienstleistung nicht durch Rechtsanwälte erbracht werden kann, wenn sie von Nicht-Anwälten, insbesondere von Unternehmen angestellt oder als Erfüllungsgehilfen zur Rechtsberatung eingesetzt werden. Das Verbot ist eindeutig, weil der Gesetzgeber es zunächst im Entwurf unter § 5 Abs. 3 RDG-E vorgesehen, aber kurz vor der Entscheidung im Parlament ersatzlos gestrichen hat. Die Beratungspraxis verkennt diese Rechtslage, wenn sie glaubt, Beraterverträge mit Nichtanwältinnen durch den Einsatz von Rechtsanwälten heilen zu können. Das Verbot gilt insbesondere auch für Dienstleister von Legal-Tech-Lösungen, die als günstigerer Anwaltsersatz angeboten werden. Verträge über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zur rechtlichen Prüfung von konkreten Einzelfällen durch Nichtanwältinnen sind wettbewerbswidrig, begründen Unterlassungsansprüche, die von Rechtsanwälten selbst oder von deren zuständigen Rechtsanwaltskammern gerichtlich durchgesetzt werden können. Die Rechtslage wird zuletzt bestätigt durch das Urteil des Landgerichts Köln vom 8.10.2019 (Az. 33 O 35/19) und dem BGH

vom 30.7.2019 (Az. VI ZR 486/18). Der Anwaltszwang nach § 3 RDG i. V. m. § 3 BRAO bei außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen rechtfertigt sich durch die besonderen Schwierigkeiten der außergerichtlichen im Gegensatz zur gerichtlichen Rechtsberatung, die darin bestehen, dass nur vor der Beratung der Mandant davon überzeugt werden muss, dass die rechtliche Prüfung auch ohne besonderen Anlass rein vorsorglich und präventiv zur Abwehr von nicht erkennbaren, sondern nur denkbaren Risiken „erforderlich“ im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG ist. Nur Rechtsanwälte sind durch Ausbildung und Erfahrung zur Einschätzung in der Lage, wie Entscheidungen im Unternehmen bei Rechtsverstößen mit Schadensfolgen von Richtern, Staatsanwälten, Gegenanwälten und Amtsjuristen rechtlich beurteilt werden, weil alle Beteiligten durch die gleiche Ausbildung und Examen befähigt sind, was nichtanwältliche Dienstleister auch durch Legal-Tech-Instrumente nicht ausgleichen können. Vorstände und Geschäftsführer, die außergerichtliche Rechtsdienstleistungen durch nichtanwältliche Dienstleister erbringen lassen, riskieren Regressansprüche ihrer Gesellschaft wegen Auswahlverschuldens gegen sich persönlich, wenn es zu Beratungsfehlern mit Schadensfolgen kommen sollte, zu deren Deckung keine anwaltlich Berufshaftpflichtversicherung zur Verfügung steht.

AUTOR



Dr. Manfred Rack, RA, Rack Rechtsanwälte, Frankfurt. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems „Recht im Betrieb“: Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

PRÄVENTIVE
RECHTSBERATUNG
SEIT 26 JAHREN!



SOFTWARE MIT INHALTEN AUS EINER HAND!

Die rechtliche Vorsorgeuntersuchung für Unternehmen.

Nutzen Sie unsere gespeicherten **Erfahrungen aus 26 Jahren Complianceberatung**. Wir vermeiden die Haftung für Organisationsverschulden von Führungskräften. Sie müssen organisatorisch dafür sorgen, dass sie selbst und dass sich alle Mitarbeiter des Unternehmens legal verhalten. Dazu lassen sich alle Risiken und Pflichten eines Unternehmens mit unserem System ermitteln, delegieren, monatlich aktualisieren, erfüllen, kontrollieren, digital speichern und für alle jederzeit verfügbar halten. Die Verantwortlichen können digital abfragen, wer, welche Pflicht, an welchem Betriebsteil, wie zu erfüllen hat. Führungskräfte können auf einer Oberaufsichtsmaske mit einem Blick kontrollieren, ob alle Pflichten im Unternehmen erfüllt sind. **Systematisch senken wir den Complianceaufwand durch Standardisierung um 60 %**. Sachverhalte im Unternehmen wiederholen sich, verursachen gleiche Risiken und lösen gleiche Rechtspflichten zur Risikoabwehr aus. Rechtspflichten werden nur einmal geprüft, verlinkt, gespei-

chert und immer wieder mehrfach genutzt. Wir sind Rechtsanwälte mit eigenen Informatikern und bieten eine Softwarelösung mit Inhalten und präventiver Rechtsberatung aus einer Hand. Auf Anregungen aus den Unternehmen passen unsere EDV-Spezialisten die Software unseres Compliance-Management-Systems an. Der aktuelle Inhalt unserer Datenbank: 18.000 Rechtsvorschriften von EU, Bund, Ländern und Berufsgenossenschaften, 7.500 Gerichtsurteile, standardisierte Pflichtenkataloge für 45 Branchen und 57.000 vorformulierte Betriebspflichten. **44.000 Unternehmensrisiken sind mit 59.000 Rechtspflichten drei Millionen Mal verlinkt und gespeichert**. Auf die Inhalte kommt es an. Je umfangreicher die Datenbank umso geringer ist das Risiko eine Unternehmenspflicht zu übersehen.

Weitere Informationen unter:
www.rack-rechtsanwälte.de

