

würde nicht aus. Problematisch ist dies allenfalls bei binationalen Paaren, soweit einem der Partner die Abschiebung und damit die Zerstörung der Partnerschaft droht⁵². Zweifelhaft erscheint mir jedoch, ob eine im Einzelfall anzunehmende Verletzung der Menschenwürde einen Anspruch auf staatliche Anerkennung der Partnerschaft durch einen förmlichen Akt erforderlich macht. Ausreichend könnte vielmehr sein, die ausländerrechtlichen Vorschriften so auszulegen, daß ein Abschiebeverbot für Partner einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft besteht⁵³.

Der Gesetzgeber darf die Ehe wegen Art. 6 Abs. 1 GG also besser stellen als andere Partnerschaften, selbst wenn sachliche Gründe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG für eine solche Differenzierung nicht vorliegen. Er muß dies aber von Verfassungs wegen nicht tun, sondern darf ein gleichwertiges Rechtsinstitut für homophile Paare schaffen. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung eines gleichwertigen Rechtsinstituts für gleichgeschlechtliche Paare besteht indessen nicht.

Helmut Kramer

Die Entstehung des Rechtsberatungsgesetzes im NS-System und sein Fortwirken

Als der von den Nationalsozialisten aus Breslau vertriebene jüdische Rechtsanwalt Dr. Erich Schalscha im August 1941 in London die englische Regierung darauf aufmerksam machte, daß das deutsche Recht nationalsozialistisch kontaminiert sei und deshalb nach dem Krieg gründlich überprüft werden müsse¹, hätte er, den die Nationalsozialisten im Jahre 1936 aus der Anwaltschaft hinausgeworfen hatten, sich schwerlich vorstellen können, daß ausgerechnet das Rechtsberatungsgesetz von 1935 das Ende des Dritten Reiches unangefochten überdauern würde. Und seine Gefühle hätten sich nicht auf bloße Verwunderung beschränkt, wenn er die Worte vorausgeahnt hätte, mit denen die Richterin am Landgericht Bonn Gabriele Caliebe im Vorwort ihres Kommentars zum RBerG gleichsam triumphierend feststellt: »In der Nachkriegszeit unternommene Versuche, nicht nur eindeutig untragbare Einzelregelungen wie die zur Ausschaltung von Juden, sondern das Gesetzeswerk insgesamt als typisches Produkt des Nationalsozialismus und deshalb als unwirksam geworden darzustellen, sind gescheitert.«²

Art. 1 § 1 RBerG³ lautet: »Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen, darf geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher oder entgeltlicher oder unentgeltlicher Tätigkeit – nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. ...«⁴ Nach der Gesetzesnovellierung vom 18. 8. 1980 (Art. 1 § 1 RBerG Abs. 1, Satz 2) darf die Erlaubnis nur noch Rentenberatern, Versicherungsberatern,

⁵² Vgl. Bruns (Fn. 11), S. 9.

⁵³ OVG Münster, Urt. v. 7. 8. 1996 – 17 A 1093/95 –, NVwZ 1997, 512 ff.; VGH Kassel, Beschl. v. 1. 8. 1997 – 7 TZ 1535/97 –, NVwZ 1998, 542 (542).

¹ Vgl. Matthias Etzel, Die Aufhebung von NS-Gesetzen durch den alliierten Kontrollrat, Tübingen 1992; zu Dr. Erich Schalscha vgl. auch Horst Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung, 2. Aufl. 1990, S. 359.

² Rennen/Caliebe, RBerG 2. Aufl. 1992, S. V; wer das Gesetz als Relikt aus der Nazi-Zeit bezeichnet, greift damit »tief unter die Gürtellinie«, so Felix Busse, NJW 1999, S. 1084.

³ RBerG i.d.F. vom 28. 4. 1961, BGBl. I 1961, S. 481.

⁴ Art. 1 § 1 Abs. 2 RBerG i.d.F. v. 13. 12. 1935: »Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller

Frachtprüfern, vereidigten Versteigerern, Inkassounternehmern und – gleichfalls nur mit enger Begrenzung – Rechtskundigen in einem ausländischen Recht erteilt werden. Selbst Volljuristen können also die Erlaubnis nicht mehr erhalten.

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), sogar in das vielleicht vornehmste Recht des Bürgers, für die Rechte anderer einzutreten und Hilfsbedürftigen altruistisch mit Rat und Tat zu helfen, wird dadurch noch verschärft, daß die Rechtsprechung »geschäftsmäßiges« Handeln bereits bei einer Rechtsbesorgung oder Rechtsberatung in einem einzigen Fall annimmt, wenn Wiederholungsgefahr besteht. In selektiver Anwendung des Gesetzes werden nicht zuletzt Menschenrechtsorganisationen, Bürgerinitiativen und Mitarbeiter der freien Wohlfahrtsverbände in ihrem altruistischen Engagement, das sie in Bereichen mit anwaltlicher Unterversorgung (Sozialhilfeberechtigte, Asylbewerber, Pazifisten usw.) entfalten, stark behindert. Insbesondere Ausländerbehörden und Sozialämtern dient das RBerG als Waffe, um sich gerade wegen ihrer besonderen Sachkunde unbequeme Mahner vom Hals zu halten.⁵

Bundesdeutsche Gerichte und die Kommentarliteratur haben dem anrühigen Gesetz zur Weitergeltung mit der Erwägung verholten, mit der Streichung der antisemitischen Ausführungsverordnung sei das in seinem Regelungsgehalt wertneutrale Gesetz selbst unbedenklich. Ohnehin gäbe es deutsche Vorläufer (§ 35 Gewerbeordnung) und ausländische Parallelen.

Zutreffend daran ist allein der Hinweis auf den Wegfall der die Juden diskriminierenden Ausführungsverordnung. Im übrigen fügt sich die Argumentation in die Strategie der Frühzeit der Bundesrepublik, möglichst viel von dem Normenbestand der Jahre 1933 bis 1945 in die Nachkriegszeit hinüber zu retten.

Tatsächlich hatte der Gesetzgeber des Jahres 1935 mit dem Rechtsberatungsgesetz einen tiefgreifenden Bruch in der Regelung der Rechtsberatung vollzogen. Bis 1933 herrschte das Prinzip der freien Rechtsberatung. Nicht einmal in der autoritären Monarchie gab es ein Verbot der nichtanwaltlichen Rechtsberatung. Wer sie gewerblich ausübte, wie die »Rechtskonsulenten«, hatte dies lediglich bei der Ordnungsbehörde gegen Aushändigung des sog. Gewerbescheins anzumelden. Nur bei konkreter, insbesondere durch strafgerichtliche Verurteilung erwiesener persönlicher Unzuverlässigkeit, konnte die Rechtsberatung untersagt werden (§ 35 GewO a.F.).

Entstehung des RBerG

Vorläufer der Regelung vom 13. 12. 1935 erschienen allerdings alsbald nach der »Machtergreifung« 1933. Das Gesetz vom 7. 4. 1933⁶ ermöglichte in Einschränkung

die für den Beruf erforderliche Zuverlässigkeit und persönliche Eignung sowie genügend Sachkunde besitzt und das Bedürfnis nicht bereits durch eine hinreichende Zahl von Rechtsberatern gedeckt ist.«

⁵ Der Verfasser ist auf seine Selbstanzeige (abgedruckt in *Betrifft Justiz* 1998, S. 297 f.) durch Urteil des Amtsgerichts Braunschweig vom 13. 10. 1999 wegen Verstoßes gegen das RBerG zu einer Geldbuße von 600,- DM deswegen verurteilt worden, weil er als Verteidiger mit gerichtlicher Zulassung (§ 138 Abs. 2 StPO) einen des Verstoßes gegen das RBerG beschuldigten Totalverweigerer und eine wegen »Auforderung zum Ungehorsam« angeklagte Pazifistin rechtlich beraten und bei der Staatsanwaltschaft Braunschweig mit Erfolg die Aufhebung eines NS-Todesurteils aus dem Jahre 1944 angeregt hatte. Das Urteil und die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nebst weiteren Informationen sind im Internet abrufbar unter www.dfg-vk.de/4_3/2000_2a.htm

(Vgl. dazu Klaus Hennemann, *Betrifft Justiz* 2000, S. 329; Karl-Heinz Lehmann, *NJ* 2000, S. 337 ff.; Theo Rasehorn, *Deutsche Richterzeitung* Heft 11/2000; Egon Schneider, *Zeitschrift für die Anwaltspraxis* 2000, S. 1165 ff. Vgl. auch Kleine-Cosack, *NJW* 2000, S. 1593 ff.).

⁶ RGBL. I, S. 188.

der freien Advokatur die Zurücknahme der Anwaltszulassung bei »nichtarischen« Juristen und bei »Personen, die sich im kommunistischen Sinne betätigt haben«. Mit diesem Gesetz – nach Raeke⁷ eine »Abschlagszahlung«, der weitere Gesetzesinitiativen »gegen unzuverlässige Rechtsberatung« folgen mußten – war die doppelte Zielrichtung des RBerG vorgezeichnet: Es richtete sich sowohl gegen die jüdischen Anwälte als auch gegen alle wegen ihres politischen Dissidententums mißliebig gewordenen und deshalb aus Anwaltschaft, Justiz und Verwaltung entfernten Juristen.

Insoweit steht das RBerG im Kontext mit der gleichfalls am 13. 12. 1935 erlassenen Rechtsanwaltsordnung⁸, mit seiner Festschreibung der schon am 20. 12. 1934 auch für Rechtsanwälte eingeführten Gewährbietecklausel und der völligen Beseitigung des Anspruchs auf Anwaltszulassung. Gefährlich mußten den Machthabern gerade neben ihrer fachlichen Eignung auch persönlich und moralisch besonders qualifizierte Bürger erscheinen, also neben den aus »rassischen« Gründen aus ihrem Beruf verdrängten Juristen diejenigen Juristen, die nicht nur durch die Ablegung der beiden Staatsexamina, sondern auch wegen ihrer mangelnden Anpassung an das Unrechtsregime zusätzlich durch rechtsstaatliche Standfestigkeit als zur Rechtsberatung und -besorgung besonders geeignete Juristen ausgewiesen waren. Ganz offensichtlich ging es den Machthabern um jene »Kollegen«, die Hans Frank auf einer Tagung am 22. November 1935 als »unwürdige Elemente« den Anwälten gleichstellte, »die als echte Juden in deutschen Gerichtssälen die Dekadenzjuristerei einer vergangenen Epoche fortführten und die deutschen Rechtsstätten zu Börsenplätzen ihres händlerischen Geistes zu erniedrigen versuchten«.⁹

Ebenso wie in den übrigen Gesellschaftsfeldern, insbesondere auch im gesamten Bildungs- und Kulturbereich – mit den entsprechenden Arbeitsverboten, was bis zu Malverboten gehen konnte – sollte im Zuge der nationalsozialistischen Feindbekämpfung auch die juristische Intelligenz als Faktor in einem Beruf mit ausgeprägtem Politikbezug¹⁰ von jeder Einflußnahme ausgeschaltet werden. Das vom Reichsjustizministerium verkündete und bis heute amtlich anerkannte Rechtsschutzziel »Sicherstellung der Reibungslosigkeit der Rechtspflege« fügt sich in das Bestreben jedes autoritären Regimes, kritische Blicke in die Justiz- und Verwaltungspraxis zu unterbinden.¹¹ Gerade weil die Machthaber Störungen auch von der nicht gewerbsmäßig ausgeübten Rechtsberatung erwarteten – »Volksschädlinge« und andere »unzuverlässige Elemente« hätten ja »Staatsfeinde« rechtlich beraten können¹² – bezog man die Volljuristen in das Verbot ein und stellte sogar die uneigennützig geleistete Beratung unterschiedslos unter Strafe.¹³ Auf die aus ihren Berufen vertriebenen jüdischen und sonst politisch mißliebigen Juristen zielten auch die Worte von

⁷ Raeke, JW 1935, S. 3449; vgl. auch Noack, JW 1938, S. 2797.

⁸ RGBl. 1935 I, S. 1477.

⁹ Hans Frank, JW 1935, S. 3449.

¹⁰ Daß der Gesetzgeber sonst in keinem anderen gefahrgeneigten Lebensbereich ein Bedürfnis nach Kontrolle unentgeltlich erbrachter Hilfestellungen gesehen hat, hat die Rechtswissenschaft bislang nicht stutzig gemacht. Beispielsweise sind Kraftfahrzeugreparaturen oder die Installation elektrischer Anlagen im Wege der Nachbarschaftshilfe ebenso wenig erlaubnispflichtig wie unentgeltliche, also nicht gewerbsmäßig vorgenommene Heilbehandlungen (vgl. § 1 Abs. 2 HeilpraktikerG vom 18. 2. 1939).

¹¹ Eine Parallele stellt § 214 StGB-DDR mit dem Straftatbestand der »Beeinträchtigung staatlicher Tätigkeit« dar.

¹² So hieß es in den »Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs« der Reichsrechtsanwaltskammer vom 2. 7. 1934: »Der Anwalt des Rechts darf keine volks- und staatsfeindlichen Bestrebungen mittelbar oder unmittelbar fördern. Wird ein Anwalt in die Notwendigkeit versetzt, einen Schädling am Volk oder Staat zu vertreten, so muß er dabei jederzeit die Belange des deutschen Volkes beachten«. Vgl. Stefan König, Vom Dienst am Recht, Berlin 1987, S. 46 ff, 52 f, 55 ff, 60 ff.

¹³ Die unerlaubte Rechtsberatung war bis 1968 ein Straftatbestand, der inzwischen zu einer Ordnungswidrigkeit herabgestuft worden ist.

Hercher¹⁴: »Es sind übrigens nicht die ehrlichen Rechtsbeistände, die durch das Gesetz betroffen werden, denn diese haben ja in der Rechtsfront ihren Platz gefunden, es sind vielmehr Volksschädlinge, die gerade eben diese ehrliche und korrekte Rechtsbeistandschaft aus ihren Reihen ausschaltet und verwirft, und diesen Leuten muß natürlich in weitestem Umfang das Handwerk gelegt werden.« Vom sog. Winkeladvokaten, also einer fachlich unzulänglichen Rechtsberatung, als Gegenstand des Gesetzes war nur beiläufig die Rede.

Dem Ausschluß der nichtsystemkonformen Juristen entsprach eine Privilegierung der NSDAP und ihrer Untergliederungen. Sie waren von jeglichen Beschränkungen des RBerG freigestellt.¹⁵

Auch arbeitsmarktpolitische Gründe spielten eine Rolle. Die Entlassung der politisch unerwünschten Juristen traf sich mit dem Bestreben der Machthaber, durch Verbesserung des Stellenmarkts und Verschärfung des Konkurrenzschutzes¹⁶ den Juristennachwuchs stärker in das Regime einzubinden, um auf diese Weise ihre Macht weiter zu stabilisieren. Bezeichnend für die Verknüpfung arbeitsmarktpolitischer und allgemeinpolitischer Erwägungen war, daß die zwischenzeitlichen Pläne einer Zwangspensionierung aller über 65 Jahre alten Anwälte bald zugunsten einer »stärkeren Ausschaltung der jüdischen Elemente aus der Anwaltschaft« aufgegeben wurden, als »einer wesentlich größeren Entlastung für die gesamte Anwaltschaft«¹⁷.

Es ist an geschichtlicher Ahnungslosigkeit deshalb kaum zu überbieten, wenn der ehemalige Präsident des Deutschen Anwaltsvereins Felix Busse in Verkennung des Gesetzespakets als »einheitliches Ganzes«¹⁸ das RBerG schon deswegen bereits im Ursprung von nationalsozialistischen Tendenzen unbefleckt ansieht, weil die speziell gegen die Juden gerichtete Regelung nur in der am gleichen Tag wie das Gesetz erlassenen Ausführungsverordnung enthalten gewesen sei.¹⁹

Rezeption des RBerG in der Bundesrepublik

An einer wenigstens ansatzweisen Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes lassen es alle Entscheidungen und wissenschaftlichen Äußerungen fehlen, die in der Frühzeit der Bundesrepublik dem RBerG zur Weitergeltung verholfen haben.²⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht hat unbeschrieben die amtliche Begründung²¹ der NS-Machthaber übernommen, wonach das Gesetz dem Schutz der Allgemeinheit diene, der nicht zugemutet werden solle, daß die reibungslose Abwicklung des Rechtsverkehrs durch ungeeignete Personen behindert wird.²²

¹⁴ JW 1936, S. 500.

¹⁵ Art. 1 § 3 Ziff. 1 RBerG v. 13. 12. 1935. – Näheres zu der Verkoppelung des Beratungsmonopols der NSDAP und der rigorosen Beschränkung anderer Beratungsmöglichkeiten bei Udo Reifner, Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt 1981, S. 198 f.

¹⁶ Als Schutzzwecke des RBerG werden noch heute unter der Hand das Gebühreninteresse und das Interesse an der Erhaltung einer leistungsfähigen Anwaltschaft genannt. Konkurrenzschutz ist aber kein verfassungsrechtlich beachtlicher Gemeinwohlbelang (BVerfGE 7, 377, 408; 97, 12, 31).

¹⁷ Raeke, JW 1935, S. 3449.

¹⁸ Vgl. Erwin Noack, Kommentar zur RRAO, 1937, S. 14 f.

¹⁹ Busse, NJW 1999, S. 1084.

²⁰ U.a. OLG Hamm, JMBL. NW 1951, 116; BGHZ 15, 315, 317; BVerwGE 19, 339, 340, 344. – Abweichend nur Württ.-Bad. VGH, NJW 1950, 963 unter Berufung auf einen Befehl der amerikanischen Besatzungsmacht und einen Erlass des Württ.-Bad. Justizministers. – An kritischen Stimmen hat es zwischendurch nicht gefehlt, mit den Aufsätzen von Theo Rasehorn, JZ 1976, S. 473 ff; Udo Reifner, JZ 1976, S. 509 ff und Egon Schneider, MDR 1976, S. 1 ff.

²¹ ReichssteuerBl. I 1935, 1528.

²² BVerfGE 41, 378, 390.

Nach den Stimmen der vom OLG Hamm und den anderen Nachkriegsentscheidungen mit Hinweis auf den Kommentar von Martin Jonas (von 1936!) unter wechselseitiger Bezugnahme immer wieder beschworenen »vielen Sachkundigen«, bei denen die Unzulänglichkeit der durch das RBerG abgelösten gewerberechtlichen Regelung »seit langem außer Streit« gestanden haben soll, sucht man allerdings sowohl bei Jonas als auch in der Literatur zur Zeit der 65jährigen Geltung des § 35 GewO vergeblich. Hier haben Nachkriegsgerichte in wenig wissenschaftlicher Weise unreflektiert nationalsozialistische Zweckpropaganda übernommen.

Nach dem Muster »Rechtskontinuität anstatt Traditionsbruch« suggeriert das Bundesverwaltungsgericht einen rechtsstaatlichen Gehalt des Gesetzes mit dem gleichfalls nicht belegten Hinweis auf »in die Zeit vor der Machtübernahme« zurückreichende »Vorarbeiten«.²³ Eine Abkehr des Gesetzes von der liberalen Tradition im Bereich der Rechtsberatung verneint es mit der Erwägung, schon nach § 35 Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883²⁴ habe die Möglichkeit bestanden, »unzuverlässigen« Rechtskonsulenten die Ausübung des Gewerbebetriebes zu untersagen; die Nationalsozialisten hätten lediglich anstelle dieser früheren Regelung den Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt eingeführt. Mit diesem Argument hat das BVerwG im Jahre 1964 den sechs Monate zuvor vom BVerfG²⁵ herausgearbeiteten Unterschied zwischen einem generellen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und einer bloßen Verbotsmöglichkeit bei erwiesener Unzuverlässigkeit verkannt.²⁶ Die inzwischen durch Art. 151 Abs. 2 Weimarer Verfassung mit Verfassungsrang ausgestattete liberale Gewerbefreiheit mit bloßer Gewerbeaufsicht und ein autoritäres Verbots- und Lizenzsystem werden miteinander gleichgesetzt.

In den Ohren klingen sollte allen Verteidigern des RBerG, die sich auf tatsächlich nicht existierende »Vorarbeiten« berufen, zahlreiche unmaskierte Verlautbarungen der NS-Funktionäre. Danach war das am 13. 12. 1935 verkündete Gesetzgebungspaket (Rechtsanwaltsordnung und RBerG) ein »Gesetzgebungswerk, das im marxistisch-liberalistischen Parteienstaat eine völlige Unmöglichkeit gewesen wäre, das nur auf dem festen Boden nationalsozialistischer und berufsständischer Weltanschauung entstehen konnte und in jahrelanger Arbeit vorbereitet wurde von dem Bund National-Sozialistischer Deutscher Juristen.«²⁷ Ähnlich äußerte sich Ministerialrat im Reichsjustizministerium Dr. Martin Jonas. Auch für ihn war »der Versuch der Änderung (des liberalen Grundsatzes der Gewerbefreiheit. Anm. HK) im parlamentarischen Zeitalter ein vergebliches Unterfangen. Auch hier hat erst der Umbruch den Weg zu einer neuen gesunden Entwicklung freigemacht.«²⁸

Zur Manipulation gerät der Kampf um die Sicherung der herrschenden Meinung mit dem pauschalen Hinweis auf »ausländische Parallelen«²⁹ und darauf, daß »in den

23 BVerwGE 19, 339, 340. – Ähnlich Hubert Schorn, Die Rechtsberatung, Darmstadt 1967, S. 47: »Das Gesetz verwirklicht nur, was schon lange vor 1933 gefordert wurde.

24 RGBl. I, S. 159. Ebenso noch immer Rennen/Caliebe, RBerG, 2. Aufl. 1992, S. 5.

25 Vgl. Urteil vom 7. 4. 1964, BVerfGE 17, 306 – Mitfahrzentralen.

26 Im Hinblick auf die Autorität solcher Urteile ist nicht unwichtig, daß an dem Urteil des BVerwG vom 29. 10. 1964 dieselben Richter mitgewirkt haben wie an dem Anne Lenhart-Urteil (BVerwGE 47, 330): Der Richter Dr. Edmund de Chapeaurouge, bekannt durch seine »Rassenschande«-Urteile in Hamburg, und Rudolf Weber-Lortsch, der als einer der höchsten SS-Offiziere am 25. November 1942 den Abtransport von 700 bis 900 norwegischen Juden, die »nach Auschwitz verbracht wurden«, gemeldet hatte. Vgl. Helmut Kramer, in: Festschrift für Richard Schmid, Baden-Baden 1985, S. 113.

27 Raeke, Dienst am Recht, JW 1936, S. 1.

28 Martin Jonas, JW 1935, S. 1817. Ähnlich Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Teil II (Rechtspflege) Nr. 17, S. 1. Nach Raeke, JW 1935, S. 3449 wurde der Gesetzentwurf nicht etwa im RJM, sondern von der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des BNSDJ und dem Reichsrechtsamt der NSDAP erarbeitet.

29 Rennen/Caliebe (Fn. 2), S. V.

USA die rechtsberatende Tätigkeit konzessionspflichtig« sei³⁰. Tatsächlich ist die Bundesrepublik das einzige Mitglied der Europäischen Union und wohl in der gesamten demokratischen Welt, das die Rechtsberatung den Anwälten vorbehält.³¹

Zur Auslegung des RBerG

Nicht nur das Gesetz selbst ist ein Produkt des Nationalsozialismus. Auch die rigorose Anwendung durch seine ausufernde Interpretation ist von nationalsozialistischen Juristen begründet worden.

Noch der Referentenkommentar des Ministerialrats im nationalsozialistischen Reichsjustizministerium Martin Jonas forderte im Bemühen um eine Konturierung des schwammigen Gesetzestextes zur Annahme »geschäftsmäßigen« Handelns eine »gewisse tatsächliche Häufung der Betätigung«³², in einem Umfang, der mindestens einer nebenberuflichen Tätigkeit gleichkomme. Es war dem Kammergericht³³ und dem Reichsgericht³⁴ vorbehalten, diese Konkretisierung des Begriffs der Geschäftsmäßigkeit und das vorrangige Erfordernis objektiver Merkmale im Anschluß an radikale Forderungen von NS-Funktionären durch eine weitgehende Subjektivierung abzulösen und damit die bis heute herrschende extensive, ja geradezu exzessive Auslegung zu begründen. Danach kann eine einzige Handlung genügen. Alles andere ist »ihrem Wesen nach ein Merkmal des inneren Tatbestandes«³⁵. An den Rechtsstaat gebundene Richter scheuen nicht davor zurück, sich mit dem Reichsgericht von der einschränkenden Auslegung in dem NS-Kommentar von Jonas ausdrücklich zu distanzieren.³⁶

Völlig unverändert ist die Praxis des Reichsgerichts nicht von allen bundesdeutschen Gerichten übernommen worden. Einige Gerichte haben die Rechtspraxis des NS-Regimes noch verschärft. Hatte das Reichsgericht noch gefordert, der Handelnde müsse die Tätigkeit »zu einem dauernden oder wenigstens zu einem wiederkehrenden Bestandteile seiner Beschäftigung ... machen«,³⁷ so ist von solchen Einschränkungen in den Nachkriegsentscheidungen³⁸ nicht mehr die Rede. Indem die Rechtsprechung den gesetzlichen Tatbestand weitgehend auf die bloße innere Einstellung schrumpfen läßt und damit die Gesetzesübertretung einem Gesinnungsdelikt annähert, setzt sie sich sogar über die eine gewisse Zurückhaltung nahelegende Allgemeinverfügung des Reichsjustizministeriums vom 13. 7. 1940³⁹ hinweg, wonach der Begriff der Geschäftsmäßigkeit eine »über einen aus besonderem Grunde ausgeübten Gelegenheitsfall hinausgehende« Tätigkeit erfordere.

³⁰ Altenhoff/Busch/Chemnitz (Fn. 1), Vorbem. Rn. 4.

³¹ Vgl. Ulrich Everling, Gutachten C zum 58. Deutschen Juristentag, München 1990, S. C 69 ff, C 91; zu gleichartigen Ergebnissen ist eine in den 80er Jahren vom BMJ veranstaltete, allerdings geheimgehaltene Umfrage gelangt. – Vgl. auch Kleine-Cosack, NJW 2000, S. 1595 ff. – Lediglich in Österreich ist die gewerbsmäßige, nicht aber die unentgeltliche Rechtsberatung erlaubnispflichtig. – Unrichtig ist auch die Behauptung bei Rennen/Caliebe (Art. 1 § 1 Rn. 3), das Gesetz habe im Beitrittsgebiet schon vor der Wiedervereinigung gegolten. In der DDR galt das Gesetz als typisches NS-Unrecht als ungültig.

³² Jonas, RBerG, Rn. 3 zu Art. 1 § 1.

³³ KG JW 1938, 1920.

³⁴ RGSt 72, 313.

³⁵ RGSt 72, 313, 315. Nach Rennen/Caliebe (Fn. 2), Art. 1, § 1 Rn. 41, ist Geschäftsmäßigkeit sogar »ihrem Wesen nach« (!) eine Frage der inneren Einstellung.

³⁶ Vgl. OLG Hamburg, MDR 1951, 693; OVG Lüneburg, NJW 1972, 840. Vgl. auch Rennen-Caliebe, Art. 1 § 1 Rn. 41.

³⁷ RGSt 72, 313, 315.

³⁸ Z. B. OLG Oldenburg, NJW 1992, S. 2438.

³⁹ DJ 1940, 823, 825.

Mit der Ersetzung des Prinzips der freien Rechtsberatung durch ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hatte der NS-Gesetzgeber die allgemeine Handlungsfreiheit stark eingeschränkt. Immerhin gewährte das Gesetz von 1935 dem Wortlaut nach jedem für genügend sachkundig und persönlich zuverlässig befundenen Bürger theoretisch die Aussicht auf Erlaubniserteilung. Es blieb dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten, unter dem Einfluß der Anwaltslobby die antiliberale Tendenz des NS-Gesetzes noch zu verschärfen: Durch Gesetz vom 18.8.1980⁴⁰ wurde die Möglichkeit der Erlaubniserteilung auf fünf Berufsgruppen beschränkt, nämlich auf Rentenberater, Versicherungsbeamte, Frachtprüfer, Versteigerer, Inkassounternehmer und Rechtskundige in einem ausländischen Recht.⁴¹ Damit ist dem Bürger auch die karitative oder sonst altruistische Rechtsberatung im sozialen Rechtsstaat völlig untersagt. Das gilt gerade auch für Volljuristen. Sie könnten zwar – beispielsweise als Richter oder Beamte im Ruhestand – die Zulassung zur Anwaltschaft beantragen. Tätige Nächstenliebe durch grundsätzlichen Honorarverzicht ist dem Anwalt aber durch § 49 b BRAO verboten. Nur wer den juristischen Beruf gewerbsmäßig betreibt, also aus seinen juristischen Fähigkeiten »ein Geschäft macht«, darf als Anwalt tätig sein. Setzt ein Jurist sich aber ohne Anwaltszulassung wiederholt unentgeltlich für andere ein, wird er wegen »geschäftsmäßiger« Rechtsbesorgung nach § 1 RBERG belangt. Dieser nahezu absolute Ausschluß von der uneigennützigen Rechtsberatung gilt auch für ordentliche Universitätsprofessoren. Nach weit verbreiteter Meinung fallen auch Hochschullehrer und Abgeordnete unter das Verbot der »geschäftsmäßigen« Rechtsberatung. Der für Hochschullehrer nach § 138 Abs. 1 StGB erleichterte Zugang zur Verteidigertätigkeit entbindet nicht von der Erlaubnispflichtigkeit der »geschäftsmäßigen« Rechtsberatung.⁴²

Schlußbemerkung

Wenn das Gesetz mehr als ein halbes Jahrhundert fast unangefochten überdauert hat, drängt sich die Frage nach den Gründen auf. Unter den Ursachen ist an erster Stelle wohl jenes ergebnisorientierte Vorgehen zu nennen, mit dem möglichst jedes, dem vorgefaßten Ergebnis entgegenstehende verfassungsrechtliche und empirische Argument aus dem Rechtsfindungsprozeß ausgeblendet und mit begrifflichen Engführungen ein Schutzwall um die »h. M.« errichtet wird.

Die unreflektierte Praktizierung des RBERG mehr als 55 Jahre nach dem Ende der NS-Herrschaft ist ein Lehrstück für die Weigerung der Profession, die zeitgeschichtliche Forschung ernst zu nehmen. Zugleich rächt sich die Ausklammerung der Rechtsgeschichte aus der Juristenausbildung.

⁴⁰ BGBl. 1980 I, S. 1503.

⁴¹ Die Gesetzestextechnik der Novellierung von 1980 ist ein Musterbeispiel legislativer Nebelwerferei. Der insoweit unverändert gebliebene Gesetzestext (Art. 1 § 1 Satz 1 RBERG) spiegelt auf den ersten Blick die Möglichkeit vor, ein jeder Bürger könne nach Überprüfung seiner Qualifikation die Erlaubnis erlangen.

⁴² Vgl. Rennen/Caliebe (Fn. 2), Art. 1 § 1, Rn. 45, 46, § 3 Rn. 18.