

# Die Zukunft des Berufsrechts – neue Ansätze für eine moderne Regulierung

Paradigmenwechsel zwischen „Risk-based regulation“ und „Entity-based Regulation“\*

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Das Berufsrecht in Deutschland knüpft noch immer an der einzelnen Anwältin oder dem einzelnen Anwalt an. Sie alleine treffen die Berufspflichten. Tatsächlich prägen den Rechtsdienstleistungsmarkt heute aber Kanzleien und zunehmend nicht-anwaltliche Dienstleister. Als Auftakt zur Tagung „Berufsrecht 2020“ des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln stellte der Autor die neuen Regulierungsansätze aus dem Ausland vor. Bezugspunkt von Regulierung ist dort immer öfter zum einen die von Rechtsanwälten erbrachte Rechtsdienstleistung als solche oder die Entität, in der Rechtsanwältin zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen tätig sind. Der Autor untersucht dabei auch, in wie weit diese Lösungen Vorbild für eine große BRAO-Reform sein könnten.

## I. Einleitung

Das anwaltliche Berufsrecht stammt in seinen Grundentscheidungen aus dem ausgehenden 19. Jahrhundert und damit aus einer Zeit, als es in Deutschland rund 4.000 Rechtsanwälte gab<sup>1</sup>. Sie legten allmorgendlich Frack und Zylinder an, stiegen in eine Kutsche, ließen sich in ihre herrschaftliche Kanzlei fahren, in der sie im günstigsten Fall von einem Bürorvorsteher, einem Büroboten und einer Schreibkraft unterstützt wurden. Rechtsanwältin und Kanzlei waren ein und dasselbe, Sozietäten waren nicht nur überörtlich, sondern auch örtlich unbekannt<sup>2</sup>. Nennenswerte Konkurrenz von anderen Anwälten oder sonstigen ernsthaften Rechtsdienstleistern gab es zumeist nicht<sup>3</sup>. Der Rechtsanwalt, tief verwurzelt im lokalen Umfeld und in seinem beruflichen Wirken örtlich beschränkt, betreute Mandate von allen Bürgern und Unternehmern vor Ort, die sich einen Rechtsanwalt leisten konnten und wollten. Spezialisierung gab es nicht<sup>4</sup>, wie überhaupt viele Rechtsgebiete, mit denen sich Juristen heute beschäftigen, noch nicht „erfunden“ waren. Legal Tech beschränkte sich auf eine Schreibmaschine, internationales Geschäft war unbekannt, anwaltliche Tätigkeit war stark von Auftreten vor Gericht geprägt.

Heute, mehr als 130 Jahre später, ist das Bild gänzlich anders und der Gegenwartsbefund bedarf keiner näheren Skizzierung<sup>5</sup>. Auch wenn das Berufsrecht immer wieder modernisiert worden ist, häufig aufgrund korrigierender Eingriffe des Bundesverfassungsgerichts, so lässt sich der Stammbaum der BRAO nicht verleugnen – legt man die RAO von 1879 neben die BRAO von 1959, so sind die zentralen Grundentscheidungen unverändert. Hierzu zählt insbesondere, dass zentraler Anknüpfungspunkt von Regulierung durch

Berufsrecht der einzelne Rechtsanwalt ist. Deutschland reguliert von jeher Berufsträger, nicht etwa Kanzleien als die eigentlichen Marktteilnehmer der Gegenwart oder die Rechtsdienstleistung als das auf dem Markt gehandelte „Produkt“.

Historisch gibt es für diesen Ansatz gute Gründe: Kanzleien bestanden lange Zeit fast ausnahmslos nur aus einem einzelnen Berufsträger<sup>6</sup>, und seine professionelle Dienstleistung bot kein anderer Rechtsdienstleister an. Der Anwaltsvertrag war noch etwas so besonderes, dass er als Vertrag sui generis angesehen wurde<sup>7</sup>, rechtsfähige Berufsausübungsgesellschaften als rechtliches Gegenüber von Mandanten waren noch nicht bekannt. Die Anknüpfung von Regulierung, aber auch der Rechtsbeziehungen von Mandanten beim Rechtsanwalt als Berufsträger führte deshalb zu keinen Friktionen. Hierin unterscheidet sich das deutsche Berufsrecht nicht von Grundentscheidungen, die vor 150, 100 Jahren in anderen Rechtsordnungen getroffen worden sind.

International wird allerdings, insbesondere in den angelsächsisch geprägten Rechtsordnungen, seit einiger Zeit hinterfragt, ob dieser Regulierungsansatz zukunftsweisend ist. Aus den Gründen hierfür macht man keinen Hehl: So berichtet das *Legal Services Board*, der sog. „Super Regulator“ in England und Wales<sup>8</sup>, mit gewissem Stolz vom Ergebnis der ersten Reformstufe, nämlich dass zwischen 2007 und 2014 der Umsatz mit Rechtsdienstleistungen in England und Wales von jährlich 27 Mrd. auf 32 Mrd. Euro und der Export von Rechtsdienstleistungen aus Großbritannien heraus in andere Länder um 33 Prozent zugenommen habe<sup>9</sup>. Australien hat bereits kurz nach der Jahrtausendwende weitreichende Reformen mit dem Wunsch begründet, Australien zum Zentrum des Rechtsdienstleistungsmarktes im asiatisch-pazifischen Raum zu machen und australischen Kanzleien durch ein modernes Berufsrecht eine internationale Expansion zu ermöglichen<sup>10</sup>.

Dieser Beitrag erläutert, in welche Richtung gegenwärtig Reformüberlegungen in anderen Rechtsordnungen gehen. Eine Vergegenwärtigung der Diskussion, die andere führen, kann dazu beitragen, die erforderliche gedankliche Klarheit zu gewinnen, über welche Fragestellungen auch in Deutschland *nachgedacht* werden sollten – zu welchem *Ergebnis* dieser Diskurs dann in Folge dieses Nachdenkens auch immer kommen mag.

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die schriftliche und mit Fußnoten versehene Fassung des am 9. Dezember 2016 auf der Jahrestagung des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln zum Thema „Berufsrecht 2020“ gehaltenen Vortrags (siehe auch den Bericht in diesem Heft, AnwBl 2017, 424).

1 *Kilian/Dreske* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/16, S. 26.

2 *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. B 1007. Ausführlich zur Entwicklung der vergesellschafteten Berufsausübung *Ganster*, Freier Beruf und Kapitalgesellschaft – das Ende der freien Professionen?, 2000, S. 20ff.; ferner *Zuck*, NJW 1990, 954, 955; *Henssler*, JZ 1992, 697, 700.

3 1880 kamen auf einen Rechtsanwalt 12.111 Bürger, gegenwärtig kommen auf einen Rechtsanwalt 500 Bürger, *Kilian/Dreske* (Hrsg.), aaO (Fn. 1), S. 33f.

4 Die Idee einer Spezialisierung kam erstmals in den 1920er Jahren auf, näher *Hommerich/Kilian*, Fachanwältin, 2011, S. 29ff.

5 Zu Strukturen der anwaltlichen Berufsausübung im Detail *Kilian*, Anwaltstätigkeit der Gegenwart, 2016.

6 Vgl. *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905, S. 540.

7 *Kilian/Koch*, aaO (Fn. 2), Rn. B 433.

8 Zu diesem *Passmore*, AnwBl 2014, 140ff.

9 *Legal Services Board*, Evaluation: Changes in the Legal Services Market 2006/07 – 2014/15: An analysis of market outcomes associated with the delivery of the regulatory objectives, Summary, 2016, S. 1.

10 NSW Legislative Council Hansard, 12 October 2000, S. 9153: „The [ILP] will allow Australia to become the legal hub for the provision of legal services in the Asia-Pacific region.“

## II. Bestandsaufnahme

### 1. Entwicklungslinien des Berufsrechts

Wichtig ist Reflektion über internationale Entwicklungen, weil sich der Umgang mit der Normsetzung im Bereich des Berufs- und Rechtsdienstleistungsrechts in Deutschland traditionell von anderen Rechtsordnungen unterscheidet. Großangelegte Konsultationen, die Einsetzung externer Analysten, ob sie denn *David Clementi*<sup>11</sup> oder *Rupert Jackson*<sup>12</sup> heißen, ein Reformagenden forcierender unabhängiger Regulierer<sup>13</sup> sind uns fremd. Hierfür gibt es einen zentralen Grund: In Deutschland steht Berufsrecht im Schatten des Verfassungsrechts<sup>14</sup>. Jede berufsrechtliche Vorschrift muss dem Schutz eines wichtigen Gemeinwohlinteresses dienen, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein. Diese Verschränkung steht Überregulierung entgegen, führt zu Selbstverwaltung anstelle von Selbstregulierung und gewährleistet damit idealiter Freiheit.

Allerdings ist es Deutschland auf europäischer Ebene bislang noch nicht gelungen, zu verdeutlichen, dass sich Deutschland bei berufsrechtlicher Normsetzung zwar nicht an anderswo populärer Regulierungstheorie oder an ökonomischen Modellen der Regulierung von Märkten orientiert<sup>15</sup>, gleichwohl aber an den – jedenfalls für deutsche Juristen – klaren Leitlinien des Verfassungsrechts. Dies bedeutet freilich auch, dass die Rechtspolitik in Deutschland nicht die Freiheit hat, nach Belieben politisch motivierte „regulatory objectives“ zu definieren, an denen sodann die rechtlichen Rahmenbedingungen des Rechtsdienstleistungsmarktes ausgerichtet werden können. Deutsche Teilnehmer am internationalen Diskurs werden selbstbewusst darauf hinweisen, dass der deutsche Ansatz für alle Stakeholder Verlässlichkeit und Belastbarkeit schafft. Beobachter mit Außenperspektive werden wohl eher den Eindruck gewinnen, dass die Tatsache, dass bei uns Berufs- und Rechtsdienstleistungsrecht im Schatten des Verfassungsrechts steht, im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zu einer gewissen gestalterischen Leitharie führt.

In der Tat lässt sich nicht leugnen, dass sich Berufsrecht in Deutschland von jeher eher evolutionär fortentwickelt, nicht revolutionär umgestaltet wird<sup>16</sup>. Änderungen des Berufsrechts der vergangenen 30 Jahre waren häufig nicht das Resultat rechtspolitischer Reformprojekte, sondern Ergebnis vorangegangener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup>: Von der interprofessionellen Sozietät<sup>18</sup> über das Erfolgshonorar<sup>19</sup>, die Konturierung des Sachlichkeitsgebots<sup>20</sup>, die Begrenzung von Disqualifikationsnormen bei Interessenkonflikten<sup>21</sup>, die Nutzbarkeit moderner Vertriebsformen<sup>22</sup>, die Grenzen der Kanzleipflicht<sup>23</sup>, die Beseitigung des faktisch bestehenden Werbeverbots<sup>24</sup> bis hin zur Simultanzulassung<sup>25</sup> und den Möglichkeiten zweitberuflicher Betätigung<sup>26</sup> – alle diese Berufsrechtsthemen hat das BVerfG und nicht die Rechtspolitik auf die Agenda gesetzt. Die entsprechenden Entscheidungen haben zuvor bestehende Beschränkungen überwunden, oder, wie man neudeutsch sagen würde, zu Deregulierung geführt. Die Überlegungen, die das Bundesverfassungsgericht im Gewand des Verfassungsrechts angestellt hat, haben sich hierbei nicht sonderlich von jenen unterscheiden, die etwa in England und Wales unter den Stichworten „regulatory objectives“, „public interest“ oder „consumer protection“ angestellt werden. Dies hat durchaus Vorteile: Berufsrecht ist nicht zum Gegenstand politischer Belieblichkeit geworden, hat sich aber gleichwohl fortentwickelt. Allerdings

fehlt es dieser Fortentwicklung, dies ist die Kehrseite der Medaille, letztlich an Kohärenz: Mit welchen berufsrechtlichen Themen sich das Bundesverfassungsgericht befassen muss, hängt letztlich von Zufälligkeiten ab und häufig muss sich der Gesetzgeber wegen des nach Entscheidungen aus Karlsruhe zur Verfügung stehenden Zeitraums zur Anpassung des Berufsrechts, der ausgiebige Diskussion, vielleicht sogar vorbereitende Forschung nicht erlaubt, mit kleinen Lösungen begnügen<sup>27</sup>. Rechtssetzung im Bereich des deutschen Berufsrechts ist aufgrund dieser Rahmenbedingungen häufig reaktiv, während sie im Ausland häufiger proaktiv ist und eine größere Dynamik entfaltet<sup>28</sup>.

Dynamik – mancher würde vielleicht auch sagen: Aktivismus – ist freilich kein Selbstzweck. Allerdings ist Deutschland im internationalen Berufsrechtsdiskurs häufig Nachzügler oder findet gar nicht erst statt<sup>29</sup> – ohne dass damit lange Zeit unerwünschte Entwicklungen dauerhaft aufgehalten werden könnten. Beispiele hierfür sind die vom BVerfG erzwungene Öffnung des Berufsrechts etwa für Erfolgshonorare<sup>30</sup> oder die interprofessionelle Berufsausübung<sup>31</sup>. Aktueller Beleg für den Befund eines Versagens des Gesetzgebers bei der zeitgemäßen Fortentwicklung des Berufsrechts ist die Groteske um die sanfte Modernisierung der anwaltlichen Berufsbildung in den Bereichen Ausbildung im Berufsrecht und Fortbildung – hier haben sich die für den Gesetzgeber Handelnden aus Gründen, die sich rationaler Betrachtung entziehen, trotz der in den Gesetzesmaterialien selbst konstatierten Defizite<sup>32</sup>, trotz Bitten der Berufsorganisationen und trotz gegenläufiger Rechtsentwicklungen in praktisch allen anderen europäischen Staaten (mit Ausnahme von Bulgarien, Zypern und Malta<sup>33</sup>) und allen andere regulierten freien Beru-

11 Vgl. *Hellwig*, AnwBl 2005, 342 ff.; *Tomars*, AnwBl 2005, 626; *Ahlers*, AnwBl 2004, 430; *Kilian*, AnwBl 2004, 389 ff.

12 *Dux*, AnwBl 2010, 274; *dies.* 2009, 297.

13 *Boon*, England And Wales: A Cocktail of Strategies for Legal Services Reform, in: *Boon* (Hrsg.), *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, 2017 (im Erscheinen).

14 *Kilian*, Germany: The Constitutional Court as the Driver of Change in the Regulation of Legal Professions, in: *Boon* (Hrsg.), aaO (Fn. 13).

15 Zu solchen Regulierungsansätzen etwa *Boon*, aaO (Fn. 13).

16 *Kilian*, *Legal Ethics* 15 (1):123 (2012).

17 Zusammenfassend *Kilian*, aaO (Fn. 14) (für den Zeitraum 2000 bis 2016), *Hartung*, NJW 2003, 261 (für den Zeitraum 1987 bis 2003).

18 BVerfG AnwBl 2016, 261 = NJW 2016, 700 ff.

19 BVerfGE 117, 163 ff.

20 BVerfG NJW-RR 2010, 204 ff.

21 BVerfGE 108, 150 ff.

22 BVerfG AnwBl 2008, 292 ff. = NJW 2008, 1298 ff.

23 BVerfG AnwBl 2005, 578 f. = NJW 2005, 1418 f.

24 BVerfG NJW 2003, 1307 ff. NJW 2003, 1816 ff.

25 BVerfG NJW 2001, 1563 ff.

26 BVerfGE 87, 287 ff.

27 Beispielhaft hierfür die vom BVerfG erzwungene Reform des Verbots des anwaltlichen Erfolgshonorars, näher *Kilian*, NJW 2008, 1905 ff.

28 So hat der CEO der reformfreundigen Nova Scotia Barristers' Society, *Darrel Pink*, das Selbstverständnis seiner Organisation wie folgt zusammengefasst: „Our obligation as regulators is to be out in front and not simply be responding to things that are happening in the profession“, zitiert nach *Kowalski*, Entity regulation comes to Canada, *Business Post*, Feb. 23, 2016.

29 Beispielhaft hierfür die internationale Berufsrechtskonferenz ILEC VII der International Association of Legal Ethics ([www.iaole.org](http://www.iaole.org)), an der 2016 fast 500 Personen aus 60 Rechtsordnungen teilnahmen. Deutschland als einer der an Umsatz und Berufsträgern weltweit größten Rechtsdienstleistungsmärkte war mit gerade einmal sechs Teilnehmern repräsentiert und damit mit weniger Teilnehmern als etwa Israel, Nigeria oder Südafrika. Großbritannien, Deutschlands großer Rivale auf dem europäischen Rechtsdienstleistungsmarkt, nahm an der Konferenz etwa mit 40 Delegierten teil.

30 Vgl. etwa *Stüer*, AnwBl 2007, 431 ff.

31 Hierzu *Kilian/Glindemann*, BRAK-Mitt. 2016, 102 ff.

32 BT-Drucks. 18/9521, S. 110.

33 *Henssler*, AnwBl 2016, 279 ff.

fen<sup>34</sup> (mit Ausnahme der Steuerberater<sup>35</sup>) gegen eine Reform und für die Beibehaltung des aus der Frühzeit des modernen Berufsrechts stammenden Status Quo entschieden.

Der Blick ins Ausland<sup>36</sup> ist daher notwendig und sinnvoll, damit hierzulande über Zukunftsfragen des Berufsrechts etwas Grundsätzlicher und Substanzieller diskutiert wird als dies bisher der Fall ist und sich Deutschland stärker in den internationalen Diskurs einbringt – nicht, um zwingend anderen unkritisch nachzueifern, sondern auch, um ggf. ein fundiertes Gegenkonzept zu Entwicklungen in anderen Rechtsordnungen entwickeln zu können.

## 2. Aktuelle Reformanstöße

In den zurückliegenden Monaten hat Deutschland um eine „kleine BRAO-Reform“ gerungen<sup>37</sup>. Die gängige Charakterisierung des Gesetzgebungsvorhabens als „kleine BRAO-Reform“ impliziert, das Große wohl noch aussteht. Bei dem fraglichen Reformgesetz handelt sich um eine recht bunte Sammlung von Änderungen der BRAO, die jeweils für sich genommen eine sehr unterschiedliche Vorgeschichte haben. Im anderen großen europäischen Rechtsdienstleistungsmarkt, in England und Wales, wird hingegen die nächste große Reform konzeptionell vorbereitet – während Deutschland nach wie vor mit gewissem Schaudern auf die vorangegangene Reformstufe des Jahres 2007<sup>38</sup> schaut.

2013 hat das *Legal Services Board (LSB)* einen „Blueprint for Reforming Legal Services Regulation“<sup>39</sup> veröffentlicht, im Herbst 2016 ein „Regulatory Vision Document“<sup>40</sup> publiziert und zur Diskussion gestellt. Das „Regulatory Vision Document“ stützt sich auf zwei große Studien zum englischen Rechtsdienstleistungsmarkt, die im Spätsommer 2016 veröffentlicht wurden: Die eine vom *Legal Services Board* selbst<sup>41</sup>, die andere von der *Competition and Market Authority (CMA)*<sup>42</sup>. Diese Studien zu den seit 2007 ermittelten Veränderungen des Rechtsdienstleistungsmarktes in England und Wales sind lesenswert. In welchem Umfang die Reformen der letzten zehn Jahre allerdings zu Veränderungen am Markt beigetragen haben, bleibt trotz einer gewaltigen Datenschau recht vage. Bekanntlich war ein zentrales Anliegen der Reformen des Jahres 2007 die Intensivierung von Wettbewerb, wozu nicht nur die in Deutschland vielzitierten<sup>43</sup> und in ihren Wirkungen wohl überschätzten<sup>44</sup> *Alternative Business Structures (ABS)* beitragen sollten, sondern zum Beispiel auch ein direkter Zugang der Rechtssuchenden zu Prozessanwälten (*Barristers*), die Trennung der Repräsentativ- und Legislativfunktionen der Berufsorganisationen oder ein Wettbewerb der Regulierer.

Das *Legal Services Board (LSB)* stellt in seinem Report fest, dass der Wettbewerb in der Tat zugenommen habe, auch wenn die Zahl neuer Marktteilnehmer zuletzt rückläufig war. Die Reformen haben aber wohl nicht zu spürbar mehr echten Innovationen am Markt geführt. Interessant hierbei ist, dass rund vier Fünftel der Betroffenen Regulierung nicht als Hindernis für Innovationen ansehen. Das LSB räumt ein, dass der intensivere Wettbewerb keine unmittelbare Auswirkung auf den Preis und die Qualität von Rechtsdienstleistungen oder den erleichterten Zugang zu ihnen gehabt hat – was das LSB als Auftrag für weitere Reformen ansieht, da ansonsten das Risiko bestehe, dass Rechtssuchende sich verstärkt informeller Problemlösungsmechanismen bedienen, anstatt fachkundige Rechtsdienstleister zu beauftragen.

Zusammengefasst lässt sich konstatieren, dass – wie beabsichtigt – der Wettbewerb zugenommen hat. Allerdings ist

es, so die CMA, im Bereich kleinerer und mittlerer Kanzleien nicht zu einer nennenswerten Konsolidierung des Marktes gekommen, der weiterhin stark fragmentiert bleibt. Das LSB räumt zudem ein, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der intensivere Wettbewerb unmittelbare Auswirkungen auf den Preis und die Qualität von Rechtsdienstleistungen oder den erleichterten Zugang zu ihnen gehabt hat<sup>45</sup>. Die Reformen haben, dies legen beide Studien nahe, wohl auch nicht zu spürbar mehr echten Innovationen am Markt geführt. Diese Befunde begreift das LSB als Auftrag für weitere Reformen, da ansonsten das Risiko bestehe, dass Rechtssuchende sich verstärkt informeller Problemlösungsmechanismen bedienen, anstatt fachkundige Rechtsdienstleister zu beauftragen<sup>46</sup>. Interessant ist ein Befund der CMA: Sie betont in ihrer Studie, dass zentrales Problem offenbar nicht die Regulierung der Leistungserbringer, sondern die defizitäre Informiertheit der Nachfrager sei<sup>47</sup>. Wichtiger als Deregulierung ist demnach eine Verbesserung der Transparenz von Kosten, Qualität und Leistungserbringern. Beide Studien betonen, dass sich aufgrund der fehlenden Transparenz von Markt, Marktteilnehmern und Rechtsdienstleistungen Rechtssuchende in starkem Maße auf Empfehlungen von Personen aus ihrem Umfeld verlassen<sup>48</sup> – ein Befund, den das Soldan Institut vor einigen Jahren auch für Deutschland ermittelt hat<sup>49</sup> – und isolierte Änderungen des Berufs- und Rechtsdienstleistungsrechts am traditionellen Nachfrageverhalten wenig ändern werden.

Insgesamt lässt sich resümieren, dass die Umbrüche auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt in England und Wales in Folge der Reform 2007 in der Breite eher übersichtlich geblieben sind. Die Ideen, die das *Legal Services Board* deshalb für eine zweite Reformstufe zur Diskussion stellt, sollten auch in Deutschland wahrgenommen und diskutiert werden.

34 Details bei *Kilian*, Fortbildung zwischen Freiheit und Zwang, 2016, S. 91 ff.

35 Die allerdings ebenfalls über Reformen diskutieren, näher DWS Institut (Hrsg.), Qualitätssicherung durch Fortbildungspflicht?, 2017.

36 Ein knapper Überblick über Reforminitiativen in verschiedenen Rechtsordnungen findet sich etwa bei *Stephen*, *Lawyers, Markets And Regulation*, 2013, S. 67 ff.

37 *Dahns*, *NJW Spezial* 2016, 383 f.; *Lührig*, *AnwBl* 2016, 238.

38 Durch den *Legal Services Act 2007* wurden die traditionellen Funktionen der Berufsorganisationen der Rechtsberufe (Regulierung, Interessenvertretung) entflochten und für die Rechtsberufe sog. „Approved Regulators“ geschaffen. Aufsicht über diese führt als sog. „Super-Regulator“ das neu geschaffene *Legal Services Board*. Diese zusätzliche Aufsichtsebene trägt dem in Deutschland in dieser Form nicht virulenten Problem Rechnung, dass es in England und Wales acht regulierte Berufe gibt, die in unterschiedlichem Umfang Rechtsdienstleistungen erbringen. Das LSB wurde u.a. ermächtigt, im Wege delegierter Normsetzung alternative Organisationsmodelle (ABS) zu schaffen. Weitere Elemente des LSA 2007 waren die Schaffung eines *Office Of Legal Complaints* und des *Legal Ombudsman* als zentrale Beschwerde- bzw. Konfliktlösungsinstanzen bei Problemen zwischen Rechtsdienstleister und Mandant. Näher zum LSA 2007 etwa *Stephen*, aaO (Fn. 32), S. 111 ff.

39 *Legal Services Board*, *Blueprint for Reforming Legal Services Regulation*, 2013.

40 *Legal Services Board*, *A Vision for Legislative Reform of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, 2016.

41 *Legal Services Board*, *Evaluation: Changes In the Legal Services Market 2006/07 – 2014/15: An Analysis of Market Outcomes Associated with the Delivery of the Regulatory Objectives*, 2016.

42 *Competition & Markets Authority*, *Legal Services Market Study: Interim Report*, 2016.

43 *Weberstaedt*, *AnwBl* 2014, 899 ff.; *Kilian*, *AnwBl*. 2014, 111 ff.; *Passmore*, *AnwBl* 2014, 140 ff.

44 Vgl. zu den Auswirkungen der ABS auf das Konzept der „professional partnership“, nach dem freiberufliche Dienstleistungen primär im Gemeinwohlinteresse und nur nachrangig eigennützigen Zwecken dienen, jüngst *Aulakh/Kirkpatrick*, 23 *International Journal of the Legal Profession* 277 (2016).

45 *Legal Services Board*, aaO (Fn. 38), S. 18.

46 *Legal Services Board*, aaO (Fn. 40), S. 70 ff.

47 *Competition & Markets Authority*, aaO (Fn. 42), S. 56.

48 *Legal Services Board*, aaO (Fn. 38), S. 94; *Competition & Markets Authority*, aaO (Fn. 42), S. 108, 116.

49 *Hommerich/Kilian*, *Mandanten und ihre Anwälte*, 2006, S. 107 ff.

### III. „Risk-based regulation“: Differenzierende, risikobasierte Regulierung

Traditionell arbeitet Rechtsdienstleistungsrecht und in der Folge das Berufsrecht mit dem Konzept von „Vorbehaltsaufgaben“ oder wie es auf Englisch heißt, mit „reserved activities“: Bestimmte Rechtsdienstleistungen werden zu Gunsten von bestimmten Leistungserbringern monopolisiert. Dies geschieht entweder, wie im deutschen RDG, durch eine abstrakt-generelle Regelung, oder durch eine relativ detaillierte Liste von konkreten rechtsdienstleistenden Betätigungen. In England und Wales sind dies etwa das Auftreten vor Gericht, die Prozessführung, die Anfertigung von Dokumenten im Grundstücksverkehr, Rechtsdienstleistungen zu letztwilligen Verfügungen, notarielle Tätigkeiten und die Abnahme von Eiden. Solche Vorbehaltsaufgaben werden nach deutschem Verständnis mit der Notwendigkeit gerechtfertigt, die Rechtssuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 RDG). Dieser Ansatz führt in der Folge zu einer „alles oder nichts“-Regulierung: Sind Tätigkeiten Vorbehaltsaufgaben, gelten für ihre Erbringung unterschiedslos stets identische Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln.

Ein anderer Ansatz wird nun in England und Wales vorgeschlagen: Dienstleistungen mit rechtlichem Bezug sollen auf das ihnen innewohnende Risikopotenzial untersucht werden. Auf der Basis einer Risikoanalyse ist zu entscheiden, ob ihre Erbringung Gegenstand von traditioneller Regulierung sein soll oder ob es ausreichend ist, Dienstleistungsempfänger mit den allgemeinen zivil- beziehungsweise verbraucherrechtlichen Instrumenten zu schützen oder ob es möglicherweise ausreichend ist, dass sich Leistungserbringer freiwillig Verhaltensempfehlungen unterwerfen.

Die Risikoanalyse soll sich hierbei etablierter Methoden der Risikoevaluation aus dem Risikomanagement bedienen und Kosten-Nutzen-Analysen, die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, die Zahl der voraussichtlich Betroffenen und die Auswirkungen von Schäden beinhalten. Erwartet wird, dass sich auf der Basis dieser Methodik Tätigkeiten den Kategorien „hohes Gesamtrisiko“, „Elemente von hohem und geringem Risiko“ und „geringes Risiko“ zuordnen lassen. Beispielhaft der Kategorie „hohes Risiko“ zugeordnet wird die Beratung von Asylbewerbern, weil diesen unwiderfliche, schwere Nachteile drohen, die Betroffenen besonders schutzbedürftig sind, Wissensasymmetrien zwischen Rechtsdienstleister und Rechtssuchendem besonders ausgeprägt sind und die Betroffenen ihr Problem typischerweise ohne Nutzung einer Rechtsdienstleistung nicht lösen können. Als Rechtsdienstleistung mit „Elementen von hohem und geringem Risiko“ wird beispielhaft die Beratung und Vertretung im Familienrecht diskutiert. Hier variierten Rechtsdienstleistungen von der Beratung bei einvernehmlicher Scheidung bis hin zur Prozessvertretung besonders schutzbedürftiger Parteien wie Opfern häuslicher Gewalt oder von Kindern, die eine hohe Schutzintensität erfordern und in starkem Maße öffentliche Interessen beruhen. Dies könnte für unterschiedliche Aktivitäten im Bereich des Familienrechts unterschiedlich intensive Regulierung erfordern. Beispielhaft als Rechtsdienstleistung mit geringen Risiken wird die Beratung bei Verbrauchsgüterkäufen angeführt. Hier sei das Risiko erheblicher und/oder unumkehrbarer Schäden gering und öffentliche Interessen seien kaum berührt, so dass bei der Regulierung größere Zurückhaltung

möglich sei. Folge eines solchen Ansatzes wäre, dass für unterschiedliche Gruppen von Dienstleistungen mit rechtlichem Inhalt unterschiedliche Anforderungen an das Ob und Wie ihrer Erbringung gestellt werden.

Überzeugend erscheint dieser Regulierungsansatz nicht. Eine Kategorisierung von Aktivitäten liest sich auf dem Papier gefällig, ist aber in der Praxis mit Unsicherheiten behaftet, da jenseits definitiv eindeutiger oder judizierter Fälle Unsicherheiten entstehen können, nach Maßgabe welcher Regeln eine konkret zu entfaltende Tätigkeit zu erbringen ist. Es wäre im Verlauf eines sich entwickelnden Mandats auch denkbar, dass sich die Zuordnung zu einer Kategorie plötzlich ändert – oder dass in einem einheitlichen Mandat verschiedene Probleme zu behandeln sind, deren Lösung nach unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat. Befürworter eines solchen Ansatzes werden Bedenken freilich mit gewisser Berechtigung entgegenhalten, dass wir mit Problemen dieser Art von jeher bei der Beurteilung der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Rechtsdienstleistungsgesetzes über den Begriff der „Rechtsdienstleistung“ zu kämpfen und uns deren Lösung zugetraut haben.

### IV. „Entity-based Regulation“: Regulierung von Entitäten, nicht von Personen

Ein Ansatz, der nicht nur seit Kurzem in England und Wales, sondern bereits seit mehr als einem Jahrzehnt in Teilen Kanadas<sup>50</sup> oder in Australien verfolgt wird, ist die sog. „entity-based regulation“, also die Regulierung auch der Entität, in der der Beruf ausgeübt wird, und nicht nur des in ihr tätigen Berufsträgers. Dieser Ansatz, über dessen Übernahme aktuell zum Beispiel auch Schottland diskutiert<sup>51</sup>, wird häufig als „hybrid regulation“ bezeichnet, weil mit ihm keineswegs ein völliger Verzicht auf berufsträgerbezogene Regulierung einhergeht. „Entity-based regulation“ („EBR“) geht von der Erkenntnis aus, dass die traditionelle Regulierung ausschließlich von einzelnen Berufsträgern nicht mehr zu zufriedenstellenden Ergebnissen führt, wenn Kanzleien nicht länger aus lediglich ein oder zwei Berufsträgern bestehen.

Der kanadische Rechtswissenschaftler *Adam Dodek* hat dies anschaulich mit der Bemerkung „law firms are at least as important as individual lawyers in the legal marketplace. They exert tremendous power and control over the lawyers and employees who work for them“ veranschaulicht<sup>52</sup>. Viele die Wahrnehmung von Berufsaufgaben betreffende Entscheidungen, die in der Vergangenheit noch der einzelne Berufsträger traf, seien, so das übliche Argumentationsmuster, in zunehmendem Maße durch eine definierte Kanzleipolitik, vorgegebene interne Verfahrensabläufe und etablierte Willensbildungsprozesse vorbestimmt. Probleme, die festzustellen sind, beruhen nicht auf persönlichem Versagen eines Berufsträgers, sondern auf defizitärer Unternehmenskultur<sup>53</sup>.

50 The Law Society of Upper Canada, Task Force on Compliance-Based Entity Regulation, Promoting Better Legal Practices, 2015.

51 The Law Society of Scotland, Regulation in the 21st Century: Entity Regulation, 2015, S. 6.

52 Zitiert nach *Kowalski*, The Rush to Regulate Law Firms, National Post, Feb 24, 2016.

53 The Law Society of Scotland, aaO (Fn. 51). Die Law Society of Upper Canada, aaO (Fn. 50), formuliert wie folgt: „Entity regulation recognizes that many professional decisions that were once made by an individual practitioner are increasingly determined by firm policies and procedures and firm decision-making processes“.

Auf viele Abläufe in der Kanzlei, die berufsrechtliche Risiken bergen – etwa im Bereich Fremdgelder oder Interessenkonflikte – hätten Berufsträger faktisch keine Einwirkungsmöglichkeiten mehr oder seien an ihnen überhaupt nicht beteiligt. Hierdurch entsteht etwas, das im internationalen Diskurs gerne als „regulation gap“ bezeichnet wird. Durch die Möglichkeit, nicht nur Berufsträger, sondern zugleich auch die Struktur zu regulieren, in der Berufsträger ihren Beruf ausüben, soll Zugriff auf das faktische Machtzentrum in Kanzleien der Gegenwart gewonnen werden. Auf diese Weise soll es zugleich möglich sein, das nicht-anwaltliche Personal in Anwaltskanzleien zu erfassen, das bei einer Regulierung von Berufsträgern traditionell „außen vor“ bleibt.<sup>54</sup>

Missverständnisse beim Blick auf EBR sind naheliegend, deshalb zu deren Vermeidung einige ergänzende Hinweise: Bei EBR geht es nicht darum, Pflichten, die bislang den Berufsträger treffen, der Entität aufzuerlegen, also nach deutschem Verständnis in BRAO und BORA das Wort Rechtsanwalt durch Kanzlei zu ersetzen. Das Fundament dieses Regulierungsansatzes ist zumeist etwas, das als „PMBR“ bezeichnet wird. Diese Abkürzung steht für „Proactive management-based regulation“<sup>55</sup>. Der Begriff beschreibt einen relativ liberalen Ansatz, der auf größtmögliche Autonomie der Kanzleien setzt und dem Konzept des „comply and declare“ folgt. Deshalb arbeitet dieser Regulierungsansatz typischerweise auch mit der Figur eines „Chief Compliance Officers“, den es in jeder Kanzlei geben muss<sup>56</sup>.

In gewisser Weise hat die Aufsichtsbehörde in diesem Modell auch die Funktion eines unternehmensberatenden Partners, der Hilfestellungen zur Etablierung von optimierten Strukturen und Abläufen in den von ihnen beaufsichtigten Kanzleien bietet. Zudem geht es typischerweise nicht allein um berufsrechtliche Fragestellungen. Der Ansatz der entity-based regulation ist vielmehr hollistisch, er soll u.a. auch das Risiko von Haftung oder ganz allgemein der Verletzung von vertraglichen Pflichten minimieren und damit etwas leisten, was in Deutschland in den 1990er Jahren unter dem Stichwort TQM in Anwaltskanzleien bekannt geworden ist<sup>57</sup>. Es geht damit um die Etablierung von Rahmenbedingungen, die die Gefahren der Verletzung von beliebigen Pflichten der Kanzlei, der in ihr tätigen Berufsträger und des Hilfspersonals minimieren. Dies ist letztlich auch Ausdruck eines gewandelten Verständnisses der Funktion von Berufsrecht, das stärker als Verbraucher- bzw. Mandantenschutzrecht begriffen wird.

Die Regulierung von Entitäten erscheint nicht ohne Risiken: Es besteht bei einem solchen Ansatz naturgemäß die Gefahr, dass das Bewusstsein persönlicher Verantwortlichkeit beim einzelnen Berufsträger abnimmt und dieser es persönlich mit seinen Pflichten weniger genau nimmt. Fragt man in Australien oder in der kanadischen Provinz Nova Scotia nach, die bereits seit mehr als einem Jahrzehnt dem Ansatz der Regulierung von Entitäten folgen, wird allerdings berichtet, dass solche Bedenken unbegründet sind<sup>58</sup>. Zweifelsfrei ist aber, dass die Etablierung des erforderlichen Rahmens für ein solches Regulierungsmodell kleine Kanzleien deutlich stärker belastet als große Kanzleien. Und eine Fernwirkung lässt sich nicht von der Hand weisen: Entity-based regulation bereitet mittelbar auch das Feld für fremdkapitalisierte Kanzleien. Wer gegen Fremdkapital in Anwaltskanzleien ist, wird sich daher nach dem Motto „wehret den Anfängen“ gegen eine entity-based regulation aussprechen.

## V. Rechtsdienstleistungsrecht anstatt Berufsrecht

So exotisch die Idee der „entity-based regulation“ für deutsche Ohren noch klingt – dort, wo sie bereits Realität geworden ist, wird bereits über ihre Ablösung nachgedacht. Sie ändert nämlich nichts an dem tradierten Grundsatz des Berufsrechts, der Regulierung eines Marktteilnehmers. Eine vorgeschlagene Alternative hierzu ist eine Regulierung der Rechtsdienstleistung. Ein solcher Ansatz wird als logische Konsequenz einer risikobasierten Regulierung gesehen: Soweit bestimmte Rechtsdienstleistungen auf die mit ihnen verbundenen Risiken untersucht werden, soll es nur konsequent sein, dann auch die Rechtsdienstleistung als solche zu regulieren und nicht den Rechtsdienstleister, der sie erbringt. Die dahinterstehende Idee ist, dass nur noch die Erbringung solcher Rechtsdienstleistungen, die im Rahmen einer Risikoanalyse mit hohen Risiken verbunden sind, einer Lizenzierung bedürfen. Es wird in diesem Kontext von „before-the-event-regulation“ gesprochen<sup>59</sup>. In diesem Fall ist dann eine Anknüpfung auch an den Leistungserbringer unausweislich, allerdings soll diese Anknüpfung an die Entität und nicht an den Berufsträger erfolgen. Bei Aktivitäten, die als solche mit geringem Risiko verbunden sind, soll es keinen Erlaubnisvorbehalt geben, sondern lediglich der Zugang zu einem Mechanismus etabliert werden, der Pflichtverletzungen adressiert und Schäden kompensiert.

Die Idee, die hinter einer „regulation by activity“ steht, will auch Merkwürdigkeiten vermeiden, die uns gelegentlich in Deutschland begegnen, führt doch die Regulierung von Berufsträgern bisweilen zu schwer erklärlichen Konsequenzen. Eine Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>60</sup>, in der es um die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars von zwei Prozessbevollmächtigten ging, die für Mandanten vor dem EGMR tätig waren, illustriert dies anschaulich: Das kuriose Ergebnis der Vergütungsklage gegen die zahlungsunwilligen Mandanten: Der eine Prozessbevollmächtigte war mit seiner Klage erfolgreich und konnte sich über ein hohes Honorar freuen, der andere hingegen ging leer aus. Freuen durfte sich der Prozessbevollmächtigte, der als Hochschullehrer für die Mandanten tätig geworden war, das Verlustgeschäft machte hingegen der Prozessbevollmächtigte, der als Rechtsanwalt tätig war. Die Entscheidung des OLG ist nicht zu beanstanden: Nur den Rechtsanwalt trifft ein in der BRAO bestimmtes Verbot des Erfolgshonorars, nicht aber andere Rechtsdienstleister, für die es keine tätigkeitsbezogenen Vorschriften gibt<sup>61</sup>.

Die (seltenen) Fälle, in denen Hochschullehrer zu anderen rechtlichen Rahmenbedingungen für Mandanten werden

54 Der Begriff „Entität“ ist hierbei nicht zwangsläufig gleichzusetzen mit einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft. „Entity-based Regulation“ kann es z.B. auch ermöglichen, Rechtsabteilungen von Unternehmen, Beratungseinrichtungen für Verbraucher, ja sogar Legal Clinics von Universitäten, zu erfassen.

55 Vgl. im Kontext der Anwaltschaft etwa *Terry*, The Power of Lawyer Regulators to Increase Client & Public Protection Through Adoption of a Proactive Regulation System, 20 *Lewis & Clark Law Review* 717 (2016); *Fortney/Gordon*, Adopting Law Firm Management Systems to Survive and Thrive: A Study of the Australian Approach to Management-Based Regulation of Law Firms, 10 *University of St. Thomas Law Journal* 152 (2012); *Schneyer*, The Case for Proactive Management-Based Regulation to Improve Professional Self-Regulation for U.S. Lawyers, 42 *Hofstra Law Review* 233 (2013).

56 Vgl. zum australischen Konzept *Kilian*, NZG 2004, 71 ff.

57 Hierzu etwa *Steinbrück*, AnwBl 1999, 372 ff.; *Adams*, AnwBl 1997, 436 ff.; *Anker/Sinz*, AnwBl 1996, 372 ff.

58 *Taddese*, Canadian Lawyer, Oct. 5. 2015.

59 Legal Services Board, aaO (Fn. 40), S. 19.

60 OLG Düsseldorf AnwBl 2016, 439.

61 Vgl. zu diesem Problem asymmetrischer Regulierung identischer Rechtsdienstleistungen *Kilian/Koch*, aaO (Fn. 2), Rn. C 173.

als Rechtsanwälte, mag man als *quantité négligable* ansehen. Das Problem unterschiedlicher rechtlicher Rahmenbedingungen für ein und dieselbe Rechtsdienstleistung stellt sich freilich mit stetig zunehmender Intensität, je mehr Rechtsanwälte die ihnen historisch einmal zugedachten Vorbehaltsaufgaben verlieren und weitere Rechtsdienstleister tätig werden können. Seit Inkrafttreten des RDG gibt es mehr alternative Rechtsdienstleister als noch vor 20 oder 30 Jahren<sup>62</sup> – sei es, weil sie nach § 5 RDG Annex-Rechtsdienstleistungen erbringen oder Rechtsdienstleistungsbefugnisse aus § 6 oder § 7 RDG in Anspruch nehmen.

Eine ungeklärte, aber verfassungsrechtlich klärungsbedürftige Frage ist, warum Rechtsanwälte bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen andere Regeln, nämlich jene des Berufsrechts, zu beachten haben als alternative Rechtsdienstleister, die exakt dieselbe Rechtsdienstleistung erbringen, aber allenfalls durch vertraglich begründete Pflichten gebunden sind. Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, welche im Sinne der Schrankensystematik des Art. 12 GG wichtigen Gründe des Allgemeinwohls durch berufsrechtliche Berufsausübungsregeln geschützt werden, wenn exakt dieselbe Tätigkeit durch Nicht-Anwälte nicht den Bindungen unterliegt, die für Rechtsanwälte gelten. Es geht dann ersichtlich nicht um Verbraucherschutz, nicht um den Schutz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, nicht um den Schutz vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen. Dienen bestimmte Berufsausübungsregeln dann möglicherweise in verfassungsrechtlich problematischer Art und Weise der bloßen Pflege des anwaltlichen Berufsbilds, weil ein und dieselbe Rechtsdienstleistung zu gänzlich unterschiedlichen Rahmenbedingungen erbracht werden darf?

Interessanterweise hat der Gesetzgeber selbst das Problem in anderem Kontext bereits erkannt: Eine Dienstleistung, die in identischer Form nicht nur von Rechtsanwälten, sondern auch von anderen Anbietern erbracht werden darf, ist die Mediation. Für diese hat der Gesetzgeber im Mediationsgesetz Berufsausübungsregeln vorgesehen, die alle Mediatoren unabhängig von den für ihren Quellberuf maßgeblichen Vorschriften zu beachten haben und die im Kern Nicht-Anwälte anwaltstypischen Pflichten unterwerfen, die sie in ihrem Quellberuf nicht kennen. Wenn man unterstellt, dass Berufsausübungsregelungen, die für Rechtsanwälte erdacht wurden, wichtig und richtig für eine ordnungsgemäße Erbringung von Rechtsdienstleistungen sind, wäre es konzeptionell an sich konsequent, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich zwingend notwendig, diese auch als Standard für andere Rechtsdienstleister zu etablieren. Will man dies nicht, fällt es schwer, Rechtsanwälte bei der Ausübung solcher Tätigkeiten an ihr eigenes Berufsrecht zu binden – dies gilt naturgemäß nicht nur im Kontext Mediation, sondern auch bei Tätigkeiten wie der Insolvenzverwaltung oder Betreuung, in denen auch Nicht-Anwälte tätig sind<sup>63</sup>.

Das eigentliche Problem einer „regulation by activity“ liegt freilich in einer anderen Fernwirkung, derer man sich bewusst sein muss: Sie könnte perspektivisch existierende, gesetzlich geschützte Berufsbezeichnungen entbehrlich machen. Damit verbunden wäre konsequenterweise auch ein Verzicht auf verschiedene Regulierer – und das hat nur teilweise etwas mit der in Deutschland unbekanntem Zweiteilung der englischen Anwaltschaft in Barrister und Solicitor zu tun: Es geht bei einer Übertragung der Situation auf Deutschland etwa um die Frage, ob für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, registrierte Rechtsdienstleister nach § 10 RDG oder Annex-

Dienstleister nach § 5 RDG verschiedene Kammern, die Justizverwaltung oder (im letztgenannten Fall) niemand für Regulierung und Aufsicht zuständig ist – oder eine Behörde, die sich um „Rechtsdienstleistungen“ kümmert. Damit ebenfalls verbunden, wenngleich von den englischen *Policy Makern* nicht offen thematisiert, ist am Ende all’ dieser denkbaren Entwicklungen die sehr fundamentale Frage nach der Zukunft von „Professionen“.

Bohrt man etwas tiefer, zeigt sich allerdings ein „unlautes Motiv“ des in England unterbreiteten Vorschlags: Die vorbereitenden Studien legen nahe, dass die nach wie vor starke Position der anwaltlichen Rechtsdienstleister offenbar nicht darauf beruht, dass sie von ungebührlichen Schutzzäunen profitieren würden – ein zentraler Grund liegt vielmehr darin, dass Rechtssuchende zu diesem Typus Rechtsdienstleister besonderes Vertrauen haben, sich dort gut betreut fühlen, mit den Leistungen zufrieden sind und sie anderen weiterempfehlen. Das Legal Services Board spricht hier, sachlich etwas unglücklich, von einem „extremely strong brand power“ der Anwälte<sup>64</sup>, so als ob ihre Position nicht ehrlich erarbeitet, sondern Folge geschickten Marketings sei. Alternative Rechtsdienstleister werden von Rechtssuchenden entweder nicht wahrgenommen oder mit ihnen werden falsche Erwartungen assoziiert, etwa, indem fälschlich angenommen wird, dass diese Rechtsdienstleister nach denselben Regeln am Markt tätig sind wie Rechtsanwälte<sup>65</sup>. Für die englische Politik ist dies misslich, weil die in den letzten Jahren erfolgten massiven Einschnitte in die staatliche Kostenhilfe nicht in dem intendierten Maße zur Inanspruchnahme nicht-anwaltlicher Beratungsangebote geführt haben – und sich hierdurch der Zugang der Bevölkerungsteile zum Recht verschlechtert hat, die sich keinen Rechtsanwalt leisten können.

Daher besteht ein Anreiz, unter dem Deckmantel einer Regulierung der Rechtsdienstleistung bislang wenig erfolgreichen „Billiganbietern“ den Zutritt zum Markt zu erleichtern, indem eine Lizenzierung nicht mehr an eine geschützte Berufsbezeichnung gekoppelt wird. Dies ist besonders bemerkenswert, weil sogar Ökonomen darauf hinweisen, dass geschützte Berufsbezeichnungen das Verhalten einer durch sie zusammengefassten Gruppe von Berufsträgern positiv beeinflussen und zu einem konsistenten Verhalten der Berufsträger beitragen<sup>66</sup>.

## VI. Regulierung zur Etablierung von Verbraucherschutzrecht

Eine risiko- und dienstleistungsbasierte Regulierung stößt das Tor auch zu einem weiteren Paradigmenwechsel auf: Deutlich unterschiedliche Risiken bestehen für Mandanten in Abhängigkeit davon, ob sie wissens- und machunterlegene „One-Shot-Player“ auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt sind oder Rechtsanwälten erfahrungsbasiert als „Repeat Player“ auf Augenhöhe begegnen. Oder etwas eingängiger formuliert: Ob Mandanten Verbraucher oder Unternehmer sind. Ein Berufs- und Rechtsdienstleistungsrecht mit den vorste-

62 Vgl. Kilian, AnwBl 2014, 618 ff.; ders., AnwBl 2009, 636 f.

63 Zu diesem Problem bereits Kilian, WuB 2015, 683 ff. sowie Deckenbrock, AnwBl 2016, 316 ff. unter der das Problem anschaulich beschreibenden Überschrift „Grenzenlose Reichweite des anwaltlichen Berufsrechts?“.

64 Legal Services Board, aaO (Fn. 40), S. 22.

65 Legal Services Board, aaO (Fn. 40), S. 41.

66 Decker/Yarrow, Understanding the economic rationale for legal services regulation, 2010, S. 5.

hend skizzierten Charakteristika würde dazu führen, dass ein Zwei-Sektoren-Recht für die Bereiche B2B und B2C entstehen könnte und Regulierung vor allem der Etablierung eines Verbraucherschutzrechts dienen würde. Angesichts der Tatsache, dass der Rechtsdienstleistungsmarkt sich in Deutschland relativ exakt in 50 Prozent Privatkundengeschäft und 50 Prozent Geschäft mit Unternehmern und Organisationen aufgliedert<sup>67</sup> und es zwischen diesen Bereichen auf der Seite der Leistungserbringer nur wenige Überlappungen gibt, würde nicht nur faktisch, sondern auch formell eine zweigeteilte Anwaltschaft entstehen.

Der Grundgedanke eines Berufsrechts, das für alle Betätigungen eines Rechtsanwalts gilt und gleichsam als ein alle Berufsträger einigendes Band dient, wäre damit gegenstandslos. Es gäbe verschiedene Berufsrechte für verschiedene Segmente des Marktes und kein monistisches Berufsrecht mehr. Möglicherweise würden hieraus langfristig auch unterschiedliche Anwaltsberufe entstehen, die wenig mehr verbindet als dass sie beide Rechtsdienstleistungen erbringen – wenn auch sehr unterschiedlicher Natur. Das hört sich befremdlich an, allerdings lässt sich nicht leugnen, dass es sublimale Ansätze in diese Richtung auch in Deutschland bereits gibt: Festzustellen ist – mit wachsender Dynamik – ein Trend hin zu einer Ausgestaltung des Berufsrechts durch Rechtsprechung und europäischen Normgeber, das der Sache nach ein Sonderrecht für Verbrauchermandanten mit sich bringt. Bewerkselligt wird dies durch die Etablierung zahlreicher Informations- und Aufklärungspflichten gegenüber Verbrauchern oder „Privatpersonen“<sup>68</sup>, die über die Aufnahme sonderprivatrechtlicher Vorschriften wie etwa § 43 d BRAO bereits Eingang in die BRAO gefunden haben<sup>69</sup>. Letztlich beruht auch die strafgerichtliche Rechtsprechung zur Begründung einer Garantenstellung des Rechtsanwalts aufgrund der Verletzung berufrechtlicher Informationspflichten auf Verbraucherschutzgedanken<sup>70</sup>, auch wenn sie dogmatisch nicht auf diesen Personenkreis beschränkt ist.

Die in den letzten Jahren unterschwellig auch in Deutschland forcierte Idee des „Client Care“<sup>71</sup>, des Mandantenschutzes, führt letztlich dazu, dass die Grenzen zwischen Berufsrecht im engeren Sinne, Zivilrecht, Strafrecht und Wettbewerbsrecht immer stärker verschwimmen. Im Berufsrecht finden sich immer häufiger Normen, die bei Licht betrachtet zivilrechtlichen Charakter haben und konzeptionell eigentlich nicht Gegenstand des Berufsrechts sein sollten, weil sie in die Art und Weise der Mandatsbearbeitung eingreifen<sup>72</sup>. Andererseits erfinden die Zivilgerichte immer wieder neue Berufspflichten, die sie in das Gewand von Vertragspflichten kleiden<sup>73</sup>. Dies ist nicht nur dogmatisch unbefriedigend, sondern für die Berufsträger auch mit dem unzumutbaren Problem verbunden, dass ein relativ unübersichtlicher und von der Rechtsprechung kontinuierlich erweiterter und sich wandelnder Katalog von Pflichten geschaffen wird – von dem Problem einmal abgesehen, dass durch die Beteiligung von Spruchkörpern mit Zuständigkeiten für Haftungsrecht, Wett-

bewerbsrecht, Strafrecht oder Berufsrecht dasselbe Grundproblem durchaus unterschiedlich gelöst wird – ein Beispiel ist etwa der Umgang mit der Scheinsozietät<sup>74</sup>, ein anderes die Rechtsprechung zur Verwendung qualifizierender Zusätze<sup>75</sup>.

Erwägenswert erscheint, diese Gemengelage etwas zu ordnen, etwa um die Ergänzung der BRAO um einen sonderprivatrechtlichen Teil, in dem besondere Schutzvorschriften für Mandate im Allgemeinen und Verbrauchermandate im Besonderen etabliert und in den existierende, aber sachlich falsch verortete Vorschriften überführt werden könnten. Dies wäre eine Möglichkeit, die Idee eines monistischen Berufsrechts zukunftsfähig zu machen und die Zentrifugalkräfte, die aus der Segmentierung der Anwaltschaft resultieren, mit Blick auf das Berufsrecht kontrollierbar zu machen.

## VII. Ausblick

Während die nun bereits ein Jahrzehnt und mehr zurückliegenden Reformen des Anwaltsrechts in traditionell reformfreudigen Rechtsordnungen wie England und Wales, Australien oder Kanada, zu denen Deutschland bis heute keine abschließende Position bezogen hat, eher von der Erweiterung eines überkommenen Rechtsrahmens geprägt waren, ist die aktuelle Reformphase durch fundamentale Paradigmenwechsel charakterisiert. Die bisherigen Erfahrungen des Auslands mit der Regulierung von Entitäten sind hierbei durchaus positiv. Eine solche erscheint auch für Deutschland sinnvoll, um den Realitäten des Rechtsdienstleistungsmarktes Rechnung zu tragen und aktuell bestehende Widersprüchlichkeiten im Berufsrecht aufzulösen. Der ebenfalls im Ausland forcierte Ansatz, Aktivitäten anstelle von Berufsträgern risikobasiert zu regulieren, kann zwar Wettbewerbsnachteile für Anwälte dort minimieren, wo aufgrund der fortschreitenden Zurückdrängung von Vorbehaltsaufgaben alternative Rechtsdienstleister mit Rechtsanwälten in Wettbewerb treten können. Eine Entwicklung weg von einem Berufsrecht hin zu einem Rechtsdienstleistungsrecht birgt freilich die Gefahr, das Konzept der Anwaltschaft als einer Profession zur Disposition zu stellen. Viele der Anliegen, die mit einem solchen Paradigmenwechsel im Ausland verfolgt werden, würden sich auch durch eine konsequente Entwicklung eines sonderprivatrechtlichen Mandantenschutzrechts adressieren lassen, mit dem zugleich die immer stärker um sich greifende Vermischung der berufs-, zivil-, straf- und wettbewerbsrechtlichen Ebenen des Anwaltsrechts Einhalt geboten werden könnte.



**Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln**

Der Autor ist Direktor des Soldan Instituts. Er lehrt und forscht an der Universität zu Köln.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).

67 Kilian, aaO (Fn. 5), S. 233.

68 Hierzu Jung, AnwBl 2015, 724 ff.

69 Kritisch hierzu Kilian, in: Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 43 d Rn. 4.

70 BGH NJW 2014, 3669 ff.

71 Grundlegend Sherr, Client Care for Lawyers, 2. Aufl. 1999.

72 So etwa § 43 d BRAO, § 49 b Abs. 5, § 11 BORA.

73 Näher Kilian/Koch, aaO (Fn. 2), Rn. B 858 f.

74 Hierzu Kilian, NZG 2016, 90 ff.

75 Kilian/Koch, aaO (Fn. 2), Rn. B 355 ff.