

Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf^{*}

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Das anwaltliche Berufsrecht steht auf dem Prüfstand. BRAO, BORA und FAO werden 2009 einem „Screening“ unterzogen. Sie müssen beweisen, dass sie europarechtskonform sind. So will es die EU. Anlass ist die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie. Das Berufsrecht wird langfristig nur dort Bestand haben, wo es im Interesse der Allgemeinheit – nicht des Berufes selbst – die zentralen Grundwerte des reglementierten Berufes schützen kann. Das Berufsrecht wird daher – so der Autor – an Bedeutung verlieren. Die Anwaltschaft als Freier Beruf kann aber gesichert werden, wenn sie sich auf ethische Grundsätze besinnt. Der Autor begründet – auf seine Kritiker erwidern – noch einmal seine Forderung nach rechtlich unverbindlichen und nicht sanktionierten ethischen Prinzipien (siehe Henssler, AnwBl 2008, 721).

I. Einleitung – Ist der europäische Deregulierungszwang noch zeitgemäß?

Für alle Freien Berufe kommen die wohl brisantesten rechtstatactischen und berufsrechtlichen Anstöße derzeit aus dem Ausland, insbesondere aus Europa.¹ Sicherlich hatten wir in Deutschland in 2008 mit dem RDG² und der Neuregelung des Erfolgshonorars³ national wichtige Neuerungen im Anwaltsrecht zu verzeichnen. In ihrer langfristigen Bedeutung für den Anwaltsmarkt treten sie aber gegenüber den europarechtlichen und internationalen Entwicklungen in den Hintergrund. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Weitgehend unbenutzt von den 150.000 Berufsträgern wird vom Bundesjustizministerium und einem Unterausschuss der Satzungsversammlung derzeit ein allgemeines „Screening“ aller deutschen berufsrechtlichen Vorschriften in BRAO, BORA und FAO durchgeführt. Mit welchem Ziel? Nicht etwa um end-

lich einmal alle Vorschriften auf den Prüfstand des deutschen Verfassungsrechts zu stellen. Der Grund liegt in der bis zum 28.12.2009 umzusetzenden Dienstleistungsrichtlinie,⁴ die in ihrem Art. 15 die Mitgliedstaaten für alle reglementierten Freien Berufe zu einem derartigen Normenscreening zwingt.

Wir haben in Köln diesen europäischen und internationalen Einflüssen auf den deutschen Rechtsberatungsmarkt früh Bedeutung beigemessen. Aus diesem Grund haben wir als eigenständige Forschungseinrichtung 1997 das Dokumentationszentrum für europäisches und ausländisches Anwalts- und Notarrecht gegründet, das zwei Ziele verfolgt: die Begleitung dieser europarechtlichen Entwicklungen und die Dokumentation des Berufsrechts insbesondere der Mitgliedstaaten der EU, aber auch sonstiger wichtiger Staaten, um so rechtsvergleichende Forschungen auf dem Gebiet des Berufsrechts zu ermöglichen. Wir wollen sicherstellen, dass keine gesetzliche Neuregelung in Deutschland ohne Einbeziehung der Rechtserfahrung aus dem Ausland mehr erfolgt und dass wir schon sehr frühzeitig die europäischen Entwicklungen mitgestalten und auf sie reagieren.⁵

Seit mehreren Jahren hat sich Europa die Deregulierung der Berufsrechte zum Ziel gesetzt. Schritt für Schritt versucht die EU-Kommission über Regelungsinitiativen, Vertragsverletzungsverfahren und in Auftrag gegebene Gutachten das Berufsrecht zurückzudrängen.⁶ Mit Erfolg! Für die EU-Kommission sind die berufsrechtlichen Regelungen im Kern den freien Markt verzerrende Wettbewerbshemmnisse und zugleich unerwünschte Eingriffe in die europäischen

^{*} Bei dem Beitrag handelt es sich um die schriftliche, um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verfasser auf der Festveranstaltung zum 20-jährigen Jubiläum des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln am 23.10.2008 in Köln gehalten hat; der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Siehe auch Lörcher, Anwaltliches Berufsrecht und Deregulierung, BRAK-Mitt. 2008, 2 ff.; Hellwig, Europa – Schicksal oder Chance für die Anwaltschaft?, AnwBl 2007, 576.

² Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. I, S. 2840, dazu einführend Henssler/Deckenbrock, DB 2008, 41 ff.

³ Gesetz zur Neuregelung des Verbots zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12.6.2008, BGBl. I, S. 1000; dazu Kilian, NJW 2008, 1905 ff.

⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI. EU Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 36.

⁵ Die Internetpräsenz des Dokumentationszentrums ist abrufbar unter legalprofession.uni-koeln.de.

⁶ Hierzu etwa Henssler/Kilian, AnwBl 2005, 1 ff.; Kilian, BRAK-Mitt. 2006, 194 ff.

Grundfreiheiten. Als Vorbilder gelten ihr Länder wie Finnland, in denen nicht einmal Rechtsanwälte berufsrechtlichen Regeln unterworfen sind.⁷ Ob diese Begeisterung für die Deregulierung angesichts der aktuellen Entwicklungen auf den Finanzmärkten noch zeitgemäß ist, ob wir nicht längst ein Umdenken im Sinne eines „*Rethinking Deregulation*“⁸ benötigen, ist ein Aspekt, dem ich im Folgenden nachgehen möchte. Zugleich möchte ich der weiten Themenfassung Rechnung tragen und mit Ihnen einen Blick in die Zukunft aller Freien Berufe werfen. Wo weist uns Europa den richtigen Weg, wo sollten wir Korrekturen versuchen und inwieweit sollten wir möglicherweise völlig neue Wege gehen, um den Anwaltsberuf als Freien Beruf langfristig zu bewahren?

II. Aktuelle Bestrebungen in Europa

Wir haben uns schon so daran gewöhnt, dass Europa in unser nationales Berufsrecht hineinregiert, dass wir uns die Kompetenzfrage meist gar nicht mehr stellen. Darum darf ich einleitend den Grundsatz in Erinnerung rufen: Die Gesetzgebungskompetenz für das Berufsrecht liegt, vom EuGH nie in Zweifel gezogen, allein bei den nationalen Gesetzgebern. Europa kommt dementsprechend immer durch die Hintertüre, nämlich zum einen durch die Türe des europäischen Wettbewerbsrechts, Art. 81 EG-Vertrag, und zum anderen durch die Türe der Grundfreiheiten, konkret die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit der Art. 43 ff. und 49 ff. EG-Vertrag.⁹

Einige Entscheidungen des EuGH aus der jüngeren Vergangenheit haben dafür gesorgt, dass der Einfluss, den die EU-Kommission über diese beiden Einfallstore entwickeln kann, gewisse Konturen erhalten hat.

1. Das europäische Wettbewerbsrecht (Art. 81 EG-Vertrag)

Blicken wir zunächst auf das Einfallstor des durch Art. 81 EG-Vertrag geschützten freien Wettbewerbs, so wissen wir seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Wouters*¹⁰, *Arduino*¹¹ und *Cipolla*¹², dass der Druck, den Europa unter diesem Aspekt ausüben kann, eine Grenze hat. Der freie Wettbewerb ist zu beachten, sofern die selbstverwalteten Freien Berufe eigene verbindliche Regeln verabschieden, um das Verhalten der Berufsträger auf dem Markt zu regulieren. Die Kammern sind – ungeachtet ihrer Ausgestaltung als Körperschaften des Öffentlichen Rechts – Vereinigungen von Unternehmen und damit an das europäische Wettbewerbsrecht gebunden. Rechtsnormen, die von den demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgebern erlassen wurden, sind dagegen grundsätzlich nicht am Maßstab des Wettbewerbsrechts zu messen. Dabei genügt es, wie der EuGH am Beispiel des italienischen Gebührenrechts in der Rechtssache *Arduino* ausgeführt hat, dass dem Staat das Letztentscheidungsrecht zukommt. Im Übrigen zieht nur der *effet utile* Grenzen. So darf der nationale Gesetzgeber das Ziel des freien Wettbewerbs nicht konterkarieren, es etwa nicht dadurch unterlaufen, dass er die Wirkung wettbewerbswidriger Absprachen verstärkt. Grundsätzlich aber ist der Gesetzgeber bei der Gestaltung des Berufsrechts und des Gebührenrechts von den Schranken des Wettbewerbsrechts befreit. Die Zuständigkeit liegt damit im Bereich des Berufsrechts vorrangig bei der Generaldirektion Markt und nicht bei der Generaldirektion Wettbewerb.

2. Beschränkungen der Grundfreiheiten (Art. 43 ff. und 49 ff. EG-Vertrag)

Die Hauptgefahr für die nationalen Berufsrechte droht damit von den beiden Grundfreiheiten der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit.¹³ Der Generaldirektion Markt stehen bei der Verwirklichung dieser Grundfreiheiten scharfe Sanktionen zur Verfügung. Sie hat insbesondere die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verletzung einer der Grundfreiheiten einzuleiten. Die Notare leben derzeit ebenso wie die Apotheker¹⁴ unter diesem Damoklesschwert.¹⁵ Für die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure als gebundenem freiem Beruf mit Amtsträgerfunktion hatten mein Mitarbeiter Herr *Kilian* und ich während des gegen sie anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens ein Gutachten erstattet.¹⁶ Das Verfahren wurde von der Kommission dann auch eingestellt, angeblich weil die Bedeutung dieses Berufs letztlich zu gering sei,¹⁷ vielleicht aber auch, weil unsere Argumente nicht leicht zu entkräften waren.

Die Rechte, die der Kommission als Hüter der Grundfreiheiten zustehen, haben – überspitzt formuliert – etwas Destruktives an sich. Es bleibt dabei, dass die EU keine positive Gestaltungsmacht hat. Sie kann allenfalls Regulierungen verbieten. Das führt dazu, dass die EU-Kommission – vielleicht sogar stärker, als dies gerechtfertigt ist – als schlichter Zerstörer unseres Berufsrechts wahrgenommen wird.

Die EU-Kommission findet zwar lobende Worte für die Freien Berufe insgesamt, hebt insbesondere ihre große Bedeutung für die europäische Wirtschaft hervor. Gleichzeitig unternimmt sie aber alles, um die Unterschiede zu den Gewerbetreibenden möglichst zu nivellieren. Wie es den Freien Berufen gelingen soll, ihre wichtige dem Gemeinwohl dienende Funktion künftig zu erfüllen und ihre Eigenständigkeit zu bewahren, dazu vermisst man Denkanstöße. Diese Denkanstöße können, dessen muss man sich bewusst sein, auch von der EU-Kommission mangels Regelungskompetenz überhaupt nicht kommen. Es ist vielmehr die Aufgabe der Verbände aller Freien Berufe, die essenzielle Bedeutung gerade dieser Eigenständigkeit der Freien Berufe in Brüssel deutlich zu machen.

Die EU-Kommission hat sich – noch unter der Federführung der Generaldirektion Wettbewerb – vier Bereiche auf die Fahnen geschrieben, in denen sie eine Zurückdrängung der nationalen Berufsrechte vorrangig anstrebt.¹⁸ Dies sind:

7 Kritisch hierzu *Kilian*, BRAK-Mitt. 2006, 194 ff.

8 So der Titel eines Beitrags von *Kilian*, in: Zeegers/Bröring (Hrsg.), *Professions Under Pressure: Lawyers And Doctors Between Profit And Public Interest*, Den Haag 2008, S. 29 ff.

9 Ausführlich dazu *Séché*, Die Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, 2008.

10 EuGH Slg 2002, I-1577 = NJW 2002, 877 = AnwBI 2002, 234.

11 EuGH Slg 2002, I-1529 = NJW 2002, 882 = AnwBI 2002, 247. Zu den Entscheidungen *Wouters* und *Arduino* *Henssler*, JZ 2002, 983 ff.; *Kilian*, WRP 2002, 802 ff.; *ders.*, MDR 2002, 850 f.

12 EuGH Slg 2006, I-11421 = NJW 2007, 281 = AnwBI 2007, 149.

13 Vgl. *Kleine-Cosack*, AnwBI 2007, 737 ff.

14 *Streinz/Herrmann*, EuZW 2006, 455 ff. (Verfahren *Doc Morris* – hierzu EuGH NJW 2004, 131 ff.; EuGH NVwZ 2008, 1225 ff.; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2008, 95 ff.; OLG Saarbrücken, GRUR 2007, 344 ff.).

15 Vgl. *Preuß*, ZEuP 2005, 291, 306 ff.

16 Kernergebnisse bei *Henssler/Kilian*, EuR 2005, 207.

17 Näher *Keddo*, Der Öffentlich bestellte Vermessungsingenieur: Stellung und Funktion im Rechtssystem, 2008, S. 169.

18 Report On Competition In Professional Services, COM (2004) 83 final (February 9, 2004).

- das Gebührenrecht, insbesondere die Mindestpreise,
- das Werberecht,
- die Berufszugangsvoraussetzungen und
- die berufliche Zusammenarbeit.

III. Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie

1. Zielsetzung

Diese von der Generaldirektion Wettbewerb identifizierten vier Bereiche, in denen sich Europa eine Deregulierung wünscht, tauchen erneut auf in dem jüngsten europäischen Regelwerk, mit dem sich alle Freien Berufe auseinandersetzen müssen: der europäischen Dienstleistungsrichtlinie.¹⁹ Diese schon 2006 verabschiedete Richtlinie hat zwar während des Gesetzgebungsverfahrens für Furore gesorgt, ist dann aber in der öffentlichen Wahrnehmung aufgrund ihrer langen Umsetzungsfrist bis Ende 2009 wieder etwas in den Hintergrund getreten. Dabei ist sie für die Anwaltschaft durchaus von Bedeutung, obwohl es BRAK und DAV im Verbund mit anderen Anwaltsorganisationen gelungen ist, die Brisanz für den Anwaltsmarkt zu entschärfen.

Die Zielsetzung der Richtlinie ist radikal: Alle Hindernisse des freien Dienstleistungsverkehrs sollen abgeschafft, alle Schranken für Dienstleister abgebaut werden. Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit sollen auch grenzüberschreitend erleichtert werden. Wie schon bei anderen Grundfreiheiten wählt Europa als Druckmittel zur Nivellierung der Anforderungen auf niedrigstem Niveau das Herkunftslandsprinzip, das in der Terminologie der Richtlinie als „Prinzip des freien Binnenmarktes“ bezeichnet und damit aufgewertet wird. Kann eine Dienstleistung von einer Person in ihrem Herkunftsland rechtmäßig erbracht werden, dann besteht Freizügigkeit auch für jeden anderen Mitgliedstaat. Ich habe schon wiederholt vor einer unbedachten Übernahme dieses Herkunftslandsprinzips für den Anwaltsmarkt gewarnt, wäre doch der Effekt angesichts etwa der finnischen Rechtsordnung ein fataler „race to the bottom“.²⁰ Als Lösung für das Problem der „double deontology“, dem Aufeinandertreffen unterschiedlicher Berufsrechtssysteme,²¹ scheint sie mir nicht geeignet zu sein. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass es den Anwaltsverbänden gelungen ist, sowohl die Erteilung von Rechtsrat als auch die Beitreibung gerichtlicher Forderungen ausdrücklich vom Prinzip des freien Binnenmarktes auszuklammern. Nicht nur ist das RDG damit wie schon sein Vorläufer, das RBerG,²² europarechtskonform, im Grundsatz bleibt es auch dabei, dass – so wie dies schon in der Dienstleistungsrichtlinie für Rechtsanwälte festgeschrieben ist²³ von dem ausländischen, in Deutschland tätigen Anwalt das hiesige Berufsrecht zu beachten ist.²⁴

2. Das Normenscreening gemäß Art. 15 RL

Die Richtlinie enthält zwar in Art. 14 absolute Verbote, darunter aber keine, die für die Rechtsanwälte problematisch wären. Als jüngst das Zweigstellenverbot (§ 28 BRAO a.F.) aufgehoben worden ist,²⁵ ist einem dieser Verbote schon im Vorfeld Rechnung getragen worden. Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie (RL) verpflichtet allerdings alle Mitgliedstaaten darüber hinaus, bestimmte als problematisch definierte Regelungen daraufhin zu überprüfen, ob sie den seit der *Gebhard*-Entscheidung des EuGH²⁶ anerkannten und nun ausdrücklich in das kodifizierte Europarecht aufgenom-

menen Anforderungen an Beschränkungen genügen. D.h. die nationalen Regelungen

- dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder – bei Gesellschaften – aufgrund des Orts des satzungsmäßigen Sitzes aufstellen,
- müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und
- zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet, erforderlich und nicht durch andere, gleichermaßen wirksame, aber weniger einschneidende Maßnahmen ersetzbar sein.

Art. 15 Abs. 2 RL nennt acht solcher als sensibel bewerteter Beschränkungen, die anhand dieser Kriterien zu überprüfen sind. Hier treffen wir erneut auf die schon bekannten, von der EU als sensibel bewerteten Beschränkungen, nämlich:

- die Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer,
- die Verpflichtung, eine bestimmte Rechtsform zu wählen, und
- Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen.

Als Folge dieser Verpflichtung führen u.a. das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundesjustizministerium zurzeit das eingangs erwähnte Normenscreening der Berufsgesetze durch. Parallel arbeitet ein Ausschuss der Satzungsversammlung an einem Screening der Berufssatzung.²⁷ Erschwert wird dieses aufwändige computergestützte Verfahren durch richtlinieninterne Widersprüche. Während etwa Art. 16 Abs. 1 RL allgemein verlangt, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sein müssen, lässt Art. 15 Abs. 2 RL im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH jeden „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ genügen. Entgegen einem, auch unter anwaltlichen Verbandsvertretern verbreiteten Missverständnis²⁸ ist der Begriff des „zwingenden Grundes des Allgemeininteresses“ identisch mit den vernünftigen Gemeinwohlerwägungen, auf die das BVerfG bei der Rechtfertigung von Berufsausübungsbeschränkungen abstellt. Die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses (Art. 4 Nr. 8 RL) sind also weit zu verstehen und umfassen nach der Rechtsprechung des EuGH auch den Verbraucherschutz und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Die

¹⁹ Siehe zu den Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das anwaltliche Berufsrecht auch *Grunewald*, Was bleibt vom Ständerecht der beratenden freien Berufe? Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, in: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2008, S. 175 ff.; *Kühling/Müller*, BRAK-Mitt. 2008, 5 ff.

²⁰ *Henssler*, AnwBI 2004, 458, 463.

²¹ Dazu etwa *Federle/Fried*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 29 BORA Rn. 24 ff.; *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 435 ff.; *ders.*, AnwBI 2003, 3 ff.

²² EuGH Slg 1996, I-6511 = AnwBI 1997, 114 (*Broede* /J. *Gerd Sandker*).

²³ Vgl. Art. 4 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie) (77/249/EWG), ABl. EG Nr. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

²⁴ Vgl. bereits *Henssler*, ZJP 115 (2002), 321, 349; *ders.*, AnwBI 2004, 458, 463.

²⁵ Durch das Gesetz zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft vom 26.3.2007 (BGBl. I, S. 358) zum 1.6.2007.

²⁶ EuGH Slg 1995, I-4165 = NJW 1996, 579 = AnwBI 1996, 103.

²⁷ Die Ergebnisse des Ausschusses standen auf der Tagesordnung der 2. Sitzung der 4. Satzungsversammlung am 14. November 2008.

²⁸ *Hellwig*, NJW 2005, 1217 f.; siehe auch *Cornils*, in: *Schlachter/Ohler*, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 24 Fn. 35.

Rechtswissenschaft rätselt derzeit darüber, ob der Richtliniengeber überhaupt befugt war, die Anforderungen an die Rechtfertigung von Beschränkungen zu verschärfen und wie der EuGH auf diesen Widerspruch zu seiner Rechtsprechung reagieren wird.²⁹

IV. Die Schwächen der von der EU-Kommission verfolgten Forschungsansätze

1. Wiener Studie und ZERP-Studie

Die EU-Kommission gibt sich mit der Pflicht der Mitgliedstaaten zu einem Normenscreening nicht zufrieden. Namentlich die Generaldirektion Wettbewerb versucht durch empirische Untersuchungen und Rechtsgutachten zu belegen, dass ihre These von der gemeinwohlschädlichen und wettbewerbsbehindernden Wirkung der Berufsrechte berechtigt ist. Mit der ersten dieser Auftragsarbeiten, dem Gutachten des Wiener Instituts für Höhere Studien,³⁰ haben wir uns in Köln sehr kritisch auseinandergesetzt und verschiedene Schwächen dieser Studie aufgezeigt.³¹ Insbesondere lässt sich aus der Funktionsfähigkeit eines relativ kleinen Marktes wie des finnischen nicht schließen, dass für die Funktionsfähigkeit eines weit komplexeren rechtsstaatlichen Systems mit ganz anderen Marktgegebenheiten ebenfalls keine Reglementierung des Anwaltsberufs und des Rechtsberatungsmarktes erforderlich wäre.

Auch mit der im Januar dieses Jahres vorgestellten Studie des Zentrums für europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (ZERP) zum Dienstleistungsmarkt im Bereich des Grundstücksverkehrs, die als Fortsetzung der IHS-Studie gedacht ist,³² kann ich mich schwer anfreunden. Die Bremer Forscher wollen überzeugende Beweise ermittelt haben, dass deregulierte Systeme in Bezug auf Preise und Wahlmöglichkeiten zu besseren Resultaten für Verbraucher führen. Feste Gebührensysteme, das Notariatswesen und Regulierungen werden pauschal abgelehnt. Obwohl Deutschland der Studie zufolge gerade mit seiner hohen Regulierungsdichte an der Spitze des Gesamtqualitätsindexes steht und auch bei den Kosten zu den günstigsten zählt, soll es gleichwohl keine Beweise für die These geben, dass ein höheres Regulierungsniveau zu einem höheren Qualitätsniveau führe. Wenn das deutsche Resultat kein Beweis ist, was dann?

2. Unzureichende Betrachtung der gesamten Rechtssysteme

Die von der EU in Auftrag gegebenen Gutachten leiden unter einer fundamentalen Schwäche. Die vergleichenden Untersuchungen beschränken sich jeweils darauf, isoliert einzelne Regelungen herauszugreifen und die festgestellten Unterschiede sodann zu verallgemeinern. Ein wissenschaftlich seriöser Vergleich mehrerer Länder mit unterschiedlichen Rechtsordnungen ist aber nur dann möglich, wenn das jeweilige nationale Gesamtsystem und die Marktgegebenheiten in ihren vielfältigen Vernetzungen analysiert werden. Das ist sehr aufwändig und anspruchsvoll, aber unverzichtbar.³³

Ob ein System wirklich überlegen ist, sollte nicht vage danach beurteilt werden, ob es trotz Regelungsverzichts zu keinen Fehlentwicklungen gekommen ist, sondern an konkreten Ergebnissen für den Bürger. Ihn wird primär interessieren, welche Kosten auf ihn zukommen und ihn davon abhalten, sein Recht in Anspruch zu nehmen. Das lässt sich schön an dem Beispiel Finnlands verdeutlichen, dem Land, das uns von der Wiener Studie und der Generaldirek-

tion Wettbewerb als „Land der Sonne“ für rechtsuchende Bürger präsentiert wird. Finnland, so wird geschwärmt, kenne keine Form einer Vergütungsregulierung, während Deutschland den Wettbewerb seit langem und – im forensischen Bereich unter der Geltung des RVG auch weiterhin – mit einem Tarifgesetz für die anwaltliche Vergütung verfälsche. Weg also mit den Mindestgebühren, fordert die EU. Was aber bedeutet das für den rechtsuchenden Bürger in der Praxis? Mein Mitarbeiter Herr *Kilian* hat errechnet: Eine Klage mit einem Gegenstandswert von 15.000 EUR kostet die Prozessbeteiligten in Finnland rund 9.200 EUR Rechtsverfolgungskosten. Im stark regulierten deutschen Rechtsdienstleistungsmarkt würde dieselbe Klage lediglich 4.900 EUR kosten. Im deregulierten finnischen Markt sind die Rechtsverfolgungskosten im 10-Jahreszeitraum von 1994 bis 2004 für die Prozessparteien um 50–65 Prozent gestiegen, im stark regulierten deutschen Markt lag die Steigerung in demselben Zeitraum zwischen 14 und 20 Prozent.³⁴ Auch die EU-Kommission sollte sich fragen: Was ist wirklich besser für den Bürger?

Aufhorchen lassen sollte alle Deregulierungsfanatiker das Beispiel der Aufhebung der staatlichen Gebührentarife für Notare in den Niederlanden. Sie hat nicht etwa zu einer Senkung der durchschnittlichen Gebühren im Interesse des Verbrauchers geführt, sondern im Gegenteil zu einem teils massiven Anstieg etwa im Bereich der Familiensachen.³⁵

Bei den Grundstücksübertragungen vermisste ich ebenfalls eine detaillierte Würdigung der Vorteile der unparteilichen, notariellen Beratungsleistung gerade vor dem Hintergrund der Komplexität des deutschen Grundstücks- und Grundbuchrechts und angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieses wichtigen Geschäfts, das für die Bürger häufig existenzielle Vermögenswerte betrifft. Wenn die Rechte der Vertragspartner optimal etwa durch Vormerkung, weitere Feinheiten des deutschen Grundstücksrechts und durch Abwicklung über notarielle Treuhandkonten gesichert werden sollen, dann bedarf es der Einschaltung eines objektiven Fachmannes, wie ihn der Notar ideal verkörpert.

Wenn also ein *benchmarking* betrieben wird, dann bitte ein *benchmarking*, das darauf abstellt, in welchem Gesamtsystem der „Zugang zum Recht“ für alle Bürger am effektivsten realisiert wird. Zu den maßgeblichen Faktoren zählt neben den Kosten auch die Zeit, die ein Bürger benötigt, um sein Recht durchzusetzen. Bevor die EU weitere Gutachten in Auftrag gibt, sollte sie einmal abstrakt die Rahmenbedingungen für seriöse wissenschaftliche Studien erarbeiten lassen. Rein ökonomische Studien, die keine Rücksicht auf die Unterschiede der Rechtssysteme nehmen, helfen nicht weiter.

²⁹ Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 28), Art. 16 Rn. 42 f.

³⁰ *Paterson/Fink/Ogus*, *Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions In Different Member States*, Institut für Höhere Studien, Wien, Januar 2003.

³¹ *Henssler/Kilian*, *AnwBl* 2005, 1 ff.; *Kilian*, *BRAK-Mitt.* 2006, 194 ff.; *ders.* (Fn. 8), S. 29 ff.

³² Siehe ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html.

³³ *Henssler/Kilian*, *AnwBl* 2005, 1, 9; *Kilian* (Fn. 8), S. 29, 45 f.

³⁴ *Kilian*, *BRAK-Mitt.* 2006, 194, 198 mwN; *ders.* (Fn. 8), S. 29, 44.

³⁵ Dazu *Schützeberg*, *Der Notar in Europa – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, französischen, niederländischen und englischen notariellen Berufsrechts*, 2004; *Henssler*, *AnwBl* 2004, 458, 460.

V. Aktuelle Einzelfragen

Ich darf im Folgenden einige der Regelungen, für die die Dienstleistungsrichtlinie das Normenscreening vorsieht, aufgreifen, nämlich die Beschränkungen der anwaltlichen Honorargestaltung, Einschränkung der Rechtsformwahlfreiheit und Beschränkung der Kapitalbeteiligungen. Ganz falsch liegt die EU-Kommission mit der Hervorhebung dieser Anforderungen sicherlich nicht, denn in der Tat sind hier aktuell die interessantesten Entwicklungen zu verzeichnen.

1. Gebühren

a) Das Konzept der Mindestgebühren

Zunächst zu den Gebühren: Müssen wir befürchten, dass die vom RVG vorgeschriebenen Mindestgebühren dem Europarecht nicht standhalten? Ich meine nein!³⁶ Unser RVG ist als Gesetz im formellen Sinn dem Wettbewerbsrecht entzogen, so dass nur die aus den Freiheitsrechten abzuleitenden Schranken greifen. Den von der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit und dem Sekundärrecht der Richtlinie aufgestellten Anforderungen genügt unser RVG. Die mit diesem Gesetz verfolgten Anliegen dienen der Sicherung einer funktionsfähigen Rechtspflege und damit zwingenden Allgemeininteressen. Sie können außerdem als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig eingestuft werden.

Das gilt prinzipiell auch für das kritisierte Konzept der Quersubventionierung,³⁷ denn unabhängig von der Situation der Anwaltschaft erreicht es aus der Sicht der Bürger den gewünschten Effekt, die Rechtsverfolgung bei niedrigen Streitwerten zu günstigen Preisen zu ermöglichen. Zugleich vermeidet es eine weitere Übersteigerung der Selbstaubeutung der Anwälte.³⁸ Die von der EU-Kommission angestrebte komplette Aufgabe des Systems der Mindestgebühren würde die Situation der Anwälte, die die niedrigen Streitwerte derzeit bearbeiten, sicherlich weiter verschlechtern. Diejenigen, die das Konzept der Quersubventionierung kritisieren, fordern dementsprechend auch höhere Mindestgebühren, das wäre aber sicherlich überhaupt nicht im Sinne der EU-Kommission.

b) Erfolgshonorare

Nicht unmittelbar vom Normenscreening, wohl aber von der allgemeinen Kontrolle anhand der Maßstäbe des Art. 16 Abs. 1 RL betroffen ist die zum 1.7.2008 in Kraft getretene Neuregelung der Erfolgshonorare.³⁹ Der Gesetzgeber hat sich in der von einem parteiübergreifenden Konsens getragenen Regelung für eine Lösung entschieden, die man als „ganz kleine“ bezeichnen muss. Die im Rechtsausschuss beschlossenen Änderungen haben die ohnehin schon zurückhaltende Öffnung, die der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorsah, auf das verfassungsrechtlich gebotene absolute Minimum reduziert.⁴⁰ Das Erfolgshonorar darf nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner „wirtschaftlichen Verhältnisse“ ohne die Vereinbarung des Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.

Sind diese Restriktionen wirklich erforderlich und verhältnismäßig im Sinne der europarechtlichen Vorgaben? Meine Prognose ist: Entweder wird die Regelung durch ein sehr weites Verständnis des Begriffs der „wirtschaftlichen Verhältnisse“, die ein Erfolgshonorar rechtfertigen, in der praktischen Handhabung geöffnet oder aber sie wird nur kurzen Bestand haben!

c. Quota litis-Vereinbarungen

Leider geht die deutsche Regelung in einem anderen Punkt über das hinaus, was nach europäischen Maßstäben geboten wäre. Aus meinen Überlegungen folgt, warum ich im Gegensatz zu BRAK, DAV und leider auch im Gegensatz zum BVerfG zwar für eine erweiterte Zulassung einfacher Erfolgshonorare, aber dezidiert gegen die *quota litis*, die Streitanteilsvereinbarungen, bin.⁴¹ Das BVerfG meint, keinen Unterschied zwischen beiden Formen der spekulativen Kostenfinanzierung zu erkennen.⁴² Hier – *sit venia verbo* – „irrt“ das BVerfG! Dass ich mit dieser Kritik kein einsamer Rufer in der Wüste bin, zeigt die Tatsache, dass die meisten Rechtsordnungen, die Erfolgshonorare zulassen, *quota litis*-Vereinbarungen ausdrücklich verbieten – eben weil sie etwas fundamental anderes sind.⁴³ Das gilt auch für die CCBE-Regeln, also die europäischen Landesregeln, die in Nr. 3.3. besagen: „Der Rechtsanwalt darf hinsichtlich seines Honorars keine *quota-litis*-Vereinbarung abschließen.“⁴⁴ Definiert wird eine *quota-litis*-Vereinbarung nach Nr. 3.3.2. als ein „vor Abschluss der Rechtssache geschlossener Vertrag, der das an den Rechtsanwalt zu zahlende Honorar ausschließlich von dem Ergebnis abhängig macht und in dem sich der Mandant verpflichtet, dem Anwalt einen Teil des Ergebnisses zu zahlen.“ Der letzte Halbsatz verdeutlicht, dass mit dem Verbot nur die Streitanteilsvereinbarung gemeint sein kann, nicht dagegen das einfache Erfolgshonorar im Sinne des „*conditional fee*“. Auf dieser Linie liegt auch das österreichische Recht, in dem das Verbot der *quota litis* sogar in § 879 Abs. 2 Z 2 ABGB und damit im Allgemeinen Bürgerlichen Recht verankert ist.⁴⁵

Bei einer Streitanteilsvereinbarung finanziert der Rechtsanwalt nicht nur die Anwaltskosten, sondern kooperiert weit enger mit seinem Mandanten. Beide vereinbaren miteinander, ein Spekulationsgeschäft durchzuführen – nämlich im Rahmen einer Rechtsverfolgung einen möglichst hohen Gewinn zu realisieren und die erwirtschaftete „Beute“ sodann nach einem festgelegten Schlüssel aufzuteilen.⁴⁶ Der Umstand, dass sich bei Abschluss der Vereinbarung die Angemessenheit der im Ergebnis anfallenden Vergütung gar nicht seriös festlegen lässt, zeigt „Hände weg“. Wer kann schon im Vorhinein sagen, ob 30 Prozent eines noch unbekanntem Betrags eine angemessene Anwaltsvergütung sind? Bürger, Presse, Anwaltskritiker wird nicht irritieren, dass ein Rechtsanwalt seinen üblichen Stundensatz von 200 EUR auf 300 EUR erhöht, weil er seinem Mandant das Prozessrisiko abnimmt, wohl aber, wenn ein Rechtsanwalt 30 Prozent eines Prozesserslöses von 1 Mio. EUR einsteckt, den der Mandant eigentlich dafür bekommen sollte, dass er querschnittsgelähmt im Rollstuhl sitzt.⁴⁷

36 So auch Lörcher, BRAK-Mitt. 2008, 2, 3; anders aber Kühling/Müller, BRAK-Mitt. 2008, 5, 9 f.; Hellwig, AnwBl 2008, 644, 648 f.

37 Hierzu empirisch Hommerich/Kilian, AnwBl 2006, 409 f.

38 Dazu bereits Henssler, AnwBl 2004, 458, 461 f. m.w.N.

39 Siehe den Nachweis in Fn. 3.

40 Vgl. BT-Drucks. 16/8916, S. 14.

41 So auch Kilian, BB 2007, 1060, 1066 f.

42 BVerfGE 117, 163, 199 = NJW 2007, 979, 985 = AnwBl 2007, 297, 306.

43 Siehe hierzu den Länderüberblick bei Kilian, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003, S. 453 ff.

44 Ausführlich hierzu Kilian (Fn. 43), S. 385 f.

45 Hierzu Kilian (Fn. 43) S. 473 ff.

46 Kilian, BB 2007, 1060, 1067 weist auf die Nähe der *quota litis* zur *redemptio litis* hin.

47 Vgl. Kilian, BB 2007, 1060, 1066 f.

2. Berufsausübungsgesellschaften: Rechtsformen, Fremdkapital, Gesellschafterkreis

a) Rechtsform

Bis heute ist es im deutschen Gesellschaftsrecht nicht gelungen, die Besonderheiten der Freien Berufe überzeugend zu erfassen. Die Rechtsform einer Gesellschaft ist als Anknüpfungspunkt für eine Sonderstellung der Freien Berufe generell ungeeignet. Ob ein Unternehmer die Kapitalstruktur, die Haftung, die organisatorischen oder steuerrechtlichen Vorteile einer bestimmten Rechtsform für sich in Anspruch nehmen kann, ist keine Frage, die durch den Status als Freier Beruf oder Gewerbetreibender beeinflusst wird. Andere europäische Rechtsordnungen haben das längst erkannt. So hat England die LLP, die auch hierzulande eine beliebte Rechtsform für Großkanzleien ist und die als Pendant zur deutschen Partnerschaftsgesellschaft auf das gleiche rechtssoziologische Phänomen reagiert, allen Unternehmern geöffnet.⁴⁸ Das österreichische Recht hat mit dem UGB die Trennung zwischen den Gesellschaften für die Freien Berufe und die Gewerbetreibende zum 1.1.2007 aufgegeben. Nunmehr können auch die Angehörigen der Freien Berufe gemäß § 105 UGB eine Offene Gesellschaft – und entsprechend auch eine KG – gründen.⁴⁹

Nur der deutsche Gesetzgeber präsentiert weiterhin halbherzige Teillösungen. Deutlich werden die Schwächen dieses überholten Ansatzes bei der Regelung der GmbH & Co. KG, die seit September 2007 den Wirtschaftsprüfern⁵⁰ und seit April 2008 den Steuerberatern,⁵¹ nicht aber den Rechtsanwälten offensteht. Diese Ungleichbehandlung ist ein klarer Verstoß gegen Art. 3 GG.⁵² Auch europarechtlich ist die Differenzierung nicht haltbar. Man stelle sich nur vor, ein ausländischer, auf das Steuerrecht spezialisierter Rechtsanwalt, der in seinem Heimatstaat eine unserem Steuerberater vergleichbare Rolle ausübt, wollte durch Gründung einer GmbH & Co. KG die genannten haftungs- und steuerrechtlichen Vorteile auf dem deutschen Beratungsmarkt nutzen. Dies würde ihm verwehrt, obwohl sein deutscher Konkurrent, der Steuerberater, sie in Anspruch nehmen kann. Wie wollte Deutschland diesen Eingriff in den Schutzbereich der anwaltlichen Niederlassungsrichtlinie wohl vor dem EuGH rechtfertigen? Sicher nicht mit einem vom deutschen Gesetzgeber selbst ad absurdum geführten Grundsatz, dass die Personenhandelsgesellschaften den Freien Berufen nicht zur Verfügung stehen.

Meine rechtspolitische Forderung lautet daher: Jede rechtsformbezogene Differenzierung zwischen den Gesellschaften, die den Freien Berufen einerseits und den Gewerbetreibenden andererseits zur Verfügung stehen, ist heute überholt. Selbstverständlich zulässig ist es dagegen, für eine grundsätzlich erlaubte Rechtsform freiberufliche Sonderregeln vorzuschreiben, die etwa die Unabhängigkeit der freiberuflichen Tätigkeit sicherstellen.

Es ist absehbar, dass dieses Problem demnächst die deutschen Gerichte beschäftigen wird. Mir sind konkrete Fälle bekannt, in denen Kammern Anträge auf Zulassung einer Anwalts-GmbH & Co. KG vorliegen. Angesichts der eindeutigen Gesetzeslage – die Anwalts-GmbH & Co. KG widerspricht sowohl dem Handelsrecht als auch nachkonstitutionellem Berufsrecht – bleibt kein Raum für eine verfassungskonforme Auslegung. Die Regelung ist mit Art. 3 GG unvereinbar, die Kammer haben aber ebenso wenig wie

die Gerichte ein Verwerfungsrecht. Das BVerfG wird auch in dieser Frage zu entscheiden haben.

b) Die Fremdbeteiligung durch nicht aktiv mitarbeitende Gesellschafter

Nicht vergleichbar eindeutig fällt die Beurteilung eines anderen von der EU kritisch beäugten Elements des Rechts der Berufsausübungsgesellschaften aus, dem Dogma der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter oder anders gewendet das Verbot der reinen Kapitalbeteiligung.⁵³ Ein praktischer Anwendungsfall ist das Fremd- und Mehrfachbesitzverbot im deutschen Apothekengesetz, das Auslöser für den Streit um *Doc Morris* war.⁵⁴ Es geht um die grundsätzliche Frage, ob sich an Berufsausübungsgesellschaften nur die Berufsangehörigen beteiligen dürfen, die in der Gesellschaft aktiv ihren Beruf ausüben oder auch berufsferme Investoren. Das PartGG betont das Dogma der aktiven Mitarbeit als Wesenselement kooperativer freiberuflicher Tätigkeit, einzelne Berufsrechte, wie die BRAO, das ApoG oder § 18 Abs. 2 MBOÄ, kennen ergänzende Verbote von Fremdbeteiligungen. Dass es nicht einfach werden wird, dieses Dogma zu halten, zeigt die Entwicklung im Ausland. England hat sich – das Vorbild Australiens aufgreifend – für sog. „*Alternative Business Structures*“ (ABS) geöffnet. Der entsprechende *Legal Services Act 2007* ist Ende Oktober 2007 mit *Royal Consent*, also mit königlichem Segen verabschiedet worden.

Anders als bei der Frage der Rechtsform besteht bei der Gesellschafterstellung tatsächlich ein Zusammenhang zu den anwaltlichen Grundwerten und damit auch zur Gemeinwohlorientierung des Anwaltsberufs. Die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit ist ein zwingendes Allgemeininteresse i.S.d. Art. 15 Abs. 2, 3 RL. Aus europarechtlicher Hinsicht lässt sich damit eine Beschränkung der Gesellschafterstellung rechtfertigen. Diskussionswürdig bleibt, ob das vollständige Verbot jeder Beteiligung über das hinausgeht, was zur Wahrung der Unabhängigkeit und zur Sicherung des Anwaltsberufs als Organ der Rechtspflege erforderlich ist. Meines Erachtens steht den nationalen Gesetzgebern ein weiter Entscheidungsspielraum zu. Die EU-Mitgliedstaaten dürfen legitimerweise das vollständige Beteiligungsverbot anordnen, um jeder Gefahr für die Unabhängigkeit von vornherein effektiv zu begegnen.⁵⁵ Die Zulassung von reinen Kapitalbeteiligungen wäre eine dieser rein finanzpolitisch motivierten Deregulierungen, bei denen den Gefahren für den Berufsstand kein adäquates schutzwürdiges Interesse gegenübersteht. Das Interesse der reinen Kapitalgeber, an der freiberuflichen Leistung mitzuverdienen, ist nicht schutzwürdig, kann jedenfalls Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht rechtfertigen.

48 Hierzu ausführlich *Bank*, Die britische Limited Liability Partnership: eine attraktive Organisationsform für Freiberufler?, 2006; *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 ff.

49 Siehe dazu etwa *Roth*, ZIP 2006, 1749 ff.; *Fritz*, GmbHR 2007, 34 ff. und 747 f.

50 Siehe § 28 Abs. 1 WPO iVm. § 27 Abs. 2 WPO, geändert durch das Gesetz zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung vom 3.9.2008, BGBl. I, S. 2178; dazu *Naumann/Hamann*, WPg 2007, 901, 904.

51 Das 8. StBerÄndG vom 8.4.2008, das § 50 Abs. 1 StBerG neu gefasst hat, ist am 12.4.2008 in Kraft getreten (BGBl. I, S. 666); dazu *Goez*, DB 2008, 971 ff.

52 Siehe bereits *Henssler*, AnwBl 2008, 721, 725 f. Vgl. auch *Römermann*, AnwBl 2008, 609 ff. Allgemein zur gebotenen Gleichbehandlung von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern siehe BVerfGE 98, 49, 62 = NJW 1998, 2269, 2271 = AnwBl 1998, 405, 408 m. Anm. *Henssler*, JZ 1998, 1065 ff.

53 Dazu ausführlich *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 186 ff.

54 Dazu *Mand*, WRP 2008, 906 ff. Siehe auch *Kleine-Cosack*, AnwBl 2007, 737 ff.; *ders.*, DB 2007, 1851 ff.

55 So im Ergebnis auch *Hellwig*, NJW 2005, 1217, 1222.

c) Multidisziplinäre Zusammenarbeit

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht denjenigen, die etwa als Büroleiter oder im Management aktiv mitarbeiten, Minderheitsbeteiligungen an Freiberuflergesellschaften ermöglicht werden sollten. Zwar nicht Art. 15 RL, wohl aber eine andere Vorschrift der Dienstleistungsrichtlinie zwingt dazu, die Restriktionen der Zusammenarbeit mit aktiv mitarbeitenden, aber berufsfremden Personen zu überdenken. Nach Art. 25 Abs. 1 RL (Multidisziplinäre Tätigkeiten) müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Dienstleistungserbringer keinen Anforderungen unterworfen werden, die die gemeinschaftliche oder partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken. Europa zwingt den deutschen Gesetzgeber also dazu, sein Versprechen zu halten, anlässlich der nächsten Reform der BRAO noch einmal über eine Liberalisierung des § 59a BRAO nachzudenken.⁵⁶

Es muss ja nicht gleich die völlige Freigabe jeder Beteiligung sein. Die Richtlinie weist den Weg, welche Einschränkungen für die Zusammenarbeit legitim sind:

- Interessenkonflikte und Unvereinbarkeiten zwischen bestimmten Tätigkeiten sind zu vermeiden,
- die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist zu gewährleisten und
- die Anforderungen der Standesregeln für die verschiedenen Tätigkeiten müssen insbesondere im Hinblick auf das Berufsgeheimnis miteinander vereinbar sein.⁵⁷

3. Werbung

Nur ein kurzes Wort zu Werbung. Hier hat die EU-Kommission Recht. Es ist an der Zeit, die Unterschiede zwischen freiberuflicher und gewerblicher Werbung gänzlich aufzugeben. Das werbliche Verhalten der Anwälte und sonstiger Freier Berufe soll nur noch dem Wettbewerbsrecht unterworfen werden.⁵⁸ Dass dieser Schritt auch im deutschen Recht nicht mehr aufzuhalten ist, zeigt die Novellierung des § 52 WPO, der Parallelvorschrift zu § 43b BRAO. Sie lautet nunmehr schlicht: „Werbung ist zulässig, es sei denn, sie ist unlauter.“⁵⁹ Meines Erachtens ist es nur eine Frage der Zeit, bis § 43b BRAO den gleichen Inhalt erhält. Nur dem unglücklichen Umstand, dass die Zuständigkeit für das Berufsrecht der drei wirtschaftsnahen Beratungsberufe bei drei unterschiedlichen Ministerien (Finanz, Justiz, Wirtschaft) angesiedelt ist, haben wir es überhaupt zu verdanken, dass nicht von vornherein harmonisierte Reformen verabschiedet werden, wie es allein sachgerecht wäre.⁶⁰

VI. Die Zukunft der Freien Berufe

Ziehen wir ein Zwischenfazit: Unabhängig davon, ob sich die EU-Kommission mit allen ihren Vorstellungen durchsetzen wird, bleibt doch festzuhalten: Die Bedeutung des Berufsrechts wird für alle Freien Berufe zurückgehen. Das Berufsrecht wird langfristig nur dort Bestand haben, wo es darauf zielt, im Interesse der Allgemeinheit – nicht des Berufes selbst – die zentralen Grundwerte des reglementierten Berufes zu schützen.

Wie lässt sich vor dem Hintergrund dieser Nivellierung der Unterschiede zu den Gewerbetreibenden die Zukunft der Freien Berufe sichern? Meines Erachtens gibt es nur einen einzigen Weg, um den Sonderstatus der Freien Berufe langfristig zu bewahren, und dieser Weg führt über das be-

sondere Berufsethos der Freien Berufe. Für alle Freien Berufe, namentlich für die Anwaltschaft, scheint mir hier das fundamentale Zukunftsproblem zu liegen.

VII. Ein Plädoyer für ethische Grundsätze

1. Rechtsnatur

Mit der *Corporate Governance* und dem entsprechenden Codex ist auch hierzulande die Diskussion über grundsätzlich nicht zwingende, aber verhaltensteuernde Regeln, sog. „soft law“, angestoßen worden. Auch die Kritiker des DCGK konzedieren, dass allein die Fixierung gewisser Grundsätze sich positiv auf die Leitung deutscher Unternehmen ausgewirkt hat. Ich meine, die Freien Berufe brauchen zur Stärkung ihres eigenständigen Profils in vergleichbarer Form eine „professional governance“, nämlich festgeschriebene Regeln guter freiberuflicher Berufsausübung, die dann auch der Ausbildung des Nachwuchses zugrunde gelegt werden.

Nun mancher wird denken: Professoren müssen sich eben immer mal wieder etwas Neues ausdenken. Ich habe meine Idee anwaltlicher ethischer Standards, die sich ja erst einmal entwickeln und einen Reifeprozess durchlaufen muss, bereits bei anderer Gelegenheit vorgestellt,⁶¹ und sie hat – schon bevor sie überhaupt veröffentlicht wurde – für Aufmerksamkeit gesorgt. Einige haben sich bemüßigt gefühlt, sie abzulehnen.⁶² Dieser kritische Umgang mit meinen Thesen ist nicht nur legitim, sondern von mir sogar ausdrücklich gewünscht, zwingt er mich doch, meine Argumente für diesen Vorstoß zu schärfen. Mich hat allerdings die Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Kritikpunkten erst recht in meiner Überzeugung gestärkt, dass ethische Leitlinien dringend notwendig sind.

Die Missverständnisse beginnen schon bei der Unterscheidung zwischen Berufsethos und Berufsrecht. Der Umstand, dass sogar die Mehrzahl der Freien Berufe keinen gesetzlich normierten und sanktionierten Berufspflichten unterworfen ist, gleichwohl aber ein Berufsethos kennt, verdeutlicht, dass das Berufsethos vom Berufsrecht deutlich zu trennen ist. Verwiesen sei etwa auf die Ethischen Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Psychologie e.V. und des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V., die zugleich als Berufsordnung des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. gelten und eine ähnliche Funktion wie die hier andiskutierten ethischen

56 BT-Drs. 16/6634, S. 61: „Der Rechtsausschuss hält es angesichts der noch erheblichen Meinungsunterschiede innerhalb der Anwaltschaft für sachgerecht, diese Neuregelung zunächst zurückzustellen und nicht in dem vorliegenden Gesetzgebungsverfahren, sondern in einer demnächst anstehenden Novelle der Bundesrechtsanwaltsordnung vorzunehmen.“ Ausführlich dazu Pelzer, Die Sozietät im Sinne der BRAO unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Berufsfremden, 2008.

57 Siehe bereits meinen ausführlichen Reformvorschlag, vorgestellt in AnWB 2007, 553, 560 und BRAK-Mitt. 2007, 186, 190.

58 Siehe auch Kühling/Müller, BRAK-Mitt. 2008, 5, 8; Hellwig, AnWB 2008, 644, 648.

59 Geändert durch das Gesetz zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung vom 3.9.2008, BGBl. I S. 2178.

60 Zu den Folgen dieser Zuständigkeitsverteilung für Interessenkonflikte siehe Deckenbrock, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 364.

61 Dazu Henssler, AnWB 2008, 721, 727 f.

62 Vgl. Hellwig, AnWB 2008, 644, 652; siehe auch Kleine-Cosack, AnWB 2008, 768 Fn. 2, der von einer „Rolle rückwärts“ spricht, zugleich aber ein Defizit an Berufspflichtigen konstatiert. Nachdenklicher dagegen Busse, Editorial, AnWB 11/2008, I.

Standards für Rechtsanwälte erfüllen.⁶³ Bei den berufsrechtlich gebundenen Berufen ist diese notwendige Differenzierung zwischen Berufsrecht und Berufsethos etwas in Vergessenheit geraten. Die Anwaltschaft hat, als 1987 aufgrund der Vorgaben des BVerfG⁶⁴ der missglückte Zwitter der anwaltlichen Standesrichtlinien abgeschafft wurde und die Berufsrechtspraxis sich auf die demokratisch legitimierte, rechtlich verbindliche Berufssatzung beschränkt hat, den wichtigen Aspekt von nicht zwingenden, aber gleichwohl prägenden ethischen Leitlinien aus den Augen verloren. Die Sorge, ich wolle jetzt über ethische Prinzipien die alten Standesrichtlinien wieder einführen,⁶⁵ entbehrt jeder Grundlage. Nichts liegt ferner. Nein: Es geht ausschließlich um nicht rechtlich verbindliche und nicht sanktionierte ethische Prinzipien und es gibt hinreichende Möglichkeiten, diesen Charakter auch sicherzustellen. Die These, jeder Anwalt wisse doch selbst genau, was seinem Ethos entspricht, es lohne damit gar nicht den Versuch, diese ethischen Prinzipien einmal zu fixieren,⁶⁶ würde ich kontern mit dem gegenteiligen Anschauungsmaterial, das die Kammern liefern können. Meine Gegenfrage wäre, wie wollen wir denn das Berufsethos der anwaltlichen Ausbildung zugrunde legen, wenn die Meinungen über das, was ethischen Prinzipien entspricht, offenbar weit auseinandergehen? Interessanterweise stimmen ja alle meiner Forderung zu, dass ethische Prinzipien in die Ausbildung einfließen müssen.⁶⁷ Gerade in der Anwaltsausbildung zeigen sich die negativen Auswirkungen des Verzichts auf ethische Standards am deutlichsten.

Ein grundlegendes Missverständnis der Zielrichtung der ethischen Standards wäre es, ihren Zweck in der Disziplinierung der Mitglieder zu sehen. Berufsethos ist als vertrauensbildende Maßnahme vielmehr die beste Werbung, die überhaupt für einen Freien Beruf betrieben werden kann. Primärziel ist also die Stärkung des Berufs. Die Leitbildfunktion hat selbstverständlich auch eine das Verhalten der Berufsträger steuernde Wirkung. Diese Verhaltenssteuerung hat aber im Gegensatz zu den alten Standesrichtlinien keinen negativen Beigeschmack, da sie lediglich im Sinne einer Hilfestellung für Berufsträger und Mandant greift und insbesondere ohne Sanktionen auskommt.

Europarechtliche Bedenken wegen dieser verhaltenssteuernden Wirkung gehen ersichtlich fehl. Ganz im Gegenteil ist mein Lösungsansatz vielmehr exakt derjenige, der nach der Dienstleistungsrichtlinie auch dem Europäischen Gesetzgeber vorschwebt. Nach Art. 26 RL (Maßnahmen zur Qualitätssicherung) sollen die Mitgliedstaaten in Zusammenarbeit mit der Kommission begleitende Maßnahmen ergreifen, um die Dienstleistungserbringer dazu anzuhalten, freiwillig die Qualität der Dienstleistungen zu sichern. Als Methoden werden genannt die Zertifizierung und die Erarbeitung von Qualitätsstandards bzw. Qualitätscharten und Gütesiegeln. Die Berufsverbände sollen ermuntert werden, solche Regeln aufzustellen. Absatz 5 verpflichtet die Mitgliedstaaten sogar ausdrücklich, freiwillige europäische Standards für die Berufe zu entwickeln, um die Vereinbarkeit der von Dienstleistungs-

erbringern aus verschiedenen Mitgliedstaaten erbrachten Dienstleistungen, die Information der Dienstleistungsempfänger und die Qualität der Dienstleistungen zu verbessern. Meines Erachtens darf kein Zweifel daran bestehen, dass sich derartige Standards, die für die Freien Berufe entwickelt werden, grundlegend von solchen Standards unterscheiden müssen, die etwa von Handwerksverbänden oder sonstigen Dienstleistungsberufen verabschiedet werden. Sie müssen sich von den Kodizes der gewerblichen Dienstleister insbesondere dadurch abheben, dass sie auch ethische Prinzipien enthalten.

Ich sehe in der Entwicklung „ethischer Grundsätze anwaltlicher Berufsausübung“ eine reizvolle zusätzliche Funktion der anwaltlichen Verbände, über die die Anwaltschaft befreit von europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Fesseln unter Einbeziehung der Mandantensicht die „*communis opinio*“ im Berufsstand festhalten und damit dessen Ansehen im positiven Sinne steuern und bewahren kann. Wenn die Anwaltschaft sich ein Leitbild geben will, dann wird sie meines Erachtens um die Entwicklung ethischer Standards gar nicht herumkommen. Für eine selbstverfasste Anwaltschaft liegt es sogar besonders nahe, ethische Grundsätze zu verabschieden. Ich habe kürzlich bereits einige Bereiche vorgestellt, in denen sich solche Grundsätze anbieten, so dass ich hierauf verweisen darf.⁶⁸

2. Gesetzlicher Regelungsbedarf?

Der Gesetzgeber könnte die Entwicklung solcher Standards unterstützen, indem er die Verbände im Einklang mit der Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich zu ihrer Verabschiedung ermächtigt und ermuntert und zugleich den freiwilligen Charakter festlegt. Dagegen sehe ich keinen Bedarf für eine § 161 AktG vergleichbare Regelung, die jeden Anwalt nach dem Motto „*comply or explain*“ bzw. „*comply or disclose*“ zwingt, öffentlich Farbe zu bekennen, ob er die ethischen Standards beachtet oder nicht. Jede Anwaltskanzlei, die sich den strengen ethischen Regeln verpflichtet, kann und wird dies im eigenen Interesse in ihrem Kanzleiprofil dokumentieren. Ich bin zuversichtlich, dass sich allein hierdurch eine positive Steuerungsfunktion ergeben kann, rechtliche Sanktionen damit entbehrlich sind. Die Nachfrager anwaltlicher Leistungen, insbesondere die Wirtschaft, wären nicht nur froh über derartige vertrauensbildende Leitlinien, sie würden sich auch bei der Auswahl ihrer Berater an entsprechenden Selbstverpflichtungen gerne orientieren.

63 Diese Richtlinien sind abrufbar unter <http://www.bdp-verband.org/bdp/verband/ethik.shtml>.

64 BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, 191 = AnwBl 1987, 598; BVerfGE 76, 196 = NJW 1988, 194 = AnwBl 1987, 603.

65 Vgl. Hellwig, AnwBl 2008, 644, 652.

66 Vgl. den Bericht über den DAV-Empfang auf dem 67. DJT in Erfurt, AnwBl 2008, 750; siehe aber nun Kilger, AnwBl 2008, 824.

67 So etwa auch Hellwig, AnwBl 2008, 644, 652.

68 Henssler, AnwBl 2008, 721, 727 f.



Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht sowie des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.