

Bücherschau

Freie Berufe

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln



Kämmerer, Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, Verlag C.H. Beck, München 2010, 123 S., ISBN 978-3-406-60196-5, 8,50 Euro.

1. Für den DJT 2010 hat der Hamburger Staatsrechtsprofessor *Jörn Axel Kämmerer* das Gutachten „Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung“ erstellt. In seiner überaus lesenswerten Untersuchung konzentriert sich der Verfasser auf die regulierten und hierbei auf die verkammerten Berufe. Zunächst befasst sich *Kämmerer* mit den „Freien Berufen als Ordnungsgegenstand“. Es geht hier in einem ersten Abschnitt

zunächst um die Frage, ob die Idee des freien Berufs de lege lata überzeugend verrechtlicht ist, ob er sich in rechtlicher Hinsicht nachvollziehbar scheiden lässt von gewerblichen Berufen einerseits und von öffentlichen Ämtern andererseits. Dass *Kämmerer* dies verneint, er die rechtliche Behandlung des freien Berufs durch das deutsche Recht als „schief konstruiertes und hyperkomplexes Regelungsgebäude“ bezeichnet, kann nicht überraschen. Anschaulich zeigt er auf, dass auch das Europarecht trotz gelegentlicher Verwendung der Begrifflichkeit des freien Berufs kein auf ihr basierendes Regelungskonzept entwickelt hat. Die Frage, ob ein solches entwickelt werden könnte, wirft *Kämmerer* in einem weiteren Schritt auf, in dem er Merkmale aufzeigt, die die Gruppe der Freiberufler möglicherweise in toto charakterisieren und die damit de lege ferenda als subsumtionsgerechter Anknüpfungspunkt einer Regulierung dienen könnten. Als entsprechende Typusmerkmale sieht er Gemeinwohllaffinität, das Erfordernis besonderer Qualifikation, Vertrauensbedürftigkeit aufgrund von Informationsasymmetrien und die Unabhängigkeit der Berufsausübung, nicht aber Aspekte wie wirtschaftliche Selbstständigkeit, Altruismus, persönlicher Einsatz, berufsständische Selbstverwaltung oder eine tradierte besondere „rechtliche Umhegung“. Sodann analysiert *Kämmerer* die Grenzen der Regulierung der Freien Berufe, indem er die „Regulierungsmatrix“ aufzeigt, zunächst die Determinanten des deutschen Verfassungsrechts und nachfolgend das maßgebliche europäische Primär- und Sekundärrecht. Nach dieser Grundlegung wendet sich das Gutachten seinem zweiten großen Thema zu, der „Freiberuflichkeit im Umbruch“. Die durch *Kämmerer* beispielhaft definierten Elemente des Wandels sind der Funktions- und Bedeutungswandel kammerrechtlicher Regulierung, die unter dem Topos „Kommerzialisierung“ diskutierte Annäherung von Freien Berufen und Gewerbe und schließlich die Europäisierung und Internationalisierung der Freien Berufe. So sieht *Kämmerer* einen Wandel der Selbstverwaltung weg von Aufsicht und Normsetzung hin zu Berufsmanagement und Qualitätssicherung. Der umfassendste Teil des Gutachtens widmet sich sodann den Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie 2006/23/EG auf die freien Berufe. Hier skizziert *Kämmerer* mit der Verpflichtung zum Normenscreening in

den Mitgliedsstaaten zunächst das Einfallstor der Richtlinie in das nationale Recht und ihre Bedeutung sowohl im Bereich der Dienstleistung als auch der Niederlassung. Schließlich arbeitet er nach Maßgabe dieser Grundlegung Einzelfragen ab, so etwa die zulässigen Organisationsformen, die Fremdbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften, die interdisziplinäre Zusammenarbeit, die Preisregulierung einschließlich der Erfolgshonorarproblematik, die Zukunft eines berufsspezifischen Werberechts oder die Zulässigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts im Notarrecht.



Ulrike Hösel, Die Marktordnungen Freier Berufe: Eine normative und positive volkswirtschaftliche Analyse am Beispiel der Ärzte, Rechtsanwälte und Architekten, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2010, 305 S., ISBN 978-3-8329-5197-9, 49 Euro.

2. *Ulrike Hösel* hat sich in einer Potsdamer Dissertation aus der Sicht der Volkswirtschaft mit den „Marktordnungen Freier Berufe“ befasst. Sie faszinieren Wirtschaftswissenschaftler vor allem deshalb, weil die entsprechenden Märkte im marktwirtschaftlichen System aufgrund vielfältiger Marktzugangs- und Verhaltensvorschriften eine Sonderstellung einnehmen. Ziel der Untersuchung ist die Überprüfung, ob diese Märkte tatsächlich durch marktorganisatorische Vorschriften beein-

flusst sein müssen. Nach einem kurzen Blick auf Geschichte und Definition des Begriffs der freien Berufe erfolgt auf rund 25 Seiten eine Darstellung der Marktordnungen. Ihre volkswirtschaftliche Legitimation überprüft die Autorin sodann ausführlich auf mehr als 150 Seiten mithilfe der Markt- und Wettbewerbsversagenstheorie. Sie kommt unter Anwendung der Prinzipal-Agenten- und der Transaktionskostentheorie zu dem Ergebnis, dass die betrachteten Marktordnungsmaßnahmen größtenteils volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind (für Anwälte Qualifikationsanforderungen und Preisregulierungen – wobei etwa die Reichweite der Regulierung der anwaltlichen Vergütung unzutreffend bestimmt wird, S. 63). Warum dennoch umfangreiche Marktordnungen existieren, wird abschließend auf mithilfe der Neuen Politischen Ökonomie erklärt, die aus Sicht des Volkswirtschaftlers nicht erklärt, was „sein soll“, sondern „was ist“. Das ungute Gefühl des Juristen bleibt auch bei dieser Annäherung der Ökonomie an den Anwalt: Nicht überall wird die Reichweite der Regulierung rechtlich zutreffend eingeordnet, ihre tatsächliche Marktbedeutung mangels empirischer Erkenntnisse nicht hinterfragt und schließlich die Kritik am IHS-Gutachten, das Auslöser der Untersuchung war, nicht adressiert. Gleichwohl: Eine wichtige Hilfe für uns Juristen, den gedanklichen Ansatz der Ökonomen besser zu verstehen, um so gut vorbereitet in die Diskussion zu gehen – umso mehr, als die Verfasserin mittlerweile Mitarbeiterin der Monopolkommission ist....



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan-Instituts für Anwaltmanagement e. V. (Essen).

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

Anwaltsnotare – Unterschiedliche Haftung und Deckung

Rechtsanwalt Dr. Georg Becker, Allianz Versicherung, München

Anwaltsnotare sind gleichzeitig Rechtsanwälte und Notare. Je nach dem, in welcher Funktion sie tätig werden, gelten für sie unterschiedliche Bestimmungen zur Haftung und Berufshaftpflichtversicherung. Eine strikte Trennung der beiden Bereiche ist daher von großer praktischer Bedeutung für den einzelnen Berufsträger. Das gelingt jedoch nicht immer. Ein klares Problembewusstsein und frühzeitiges steuerndes Handeln des Anwaltsnotars kann dazu beitragen, Schwierigkeiten und böse Überraschungen auf diesem Gebiet zu vermeiden.

I. Einleitung

In Deutschland sind zur Zeit rund 6.575 Anwaltsnotare tätig gegenüber rund 1.582 hauptberuflichen Notaren. Sie bilden damit immer noch die deutliche Mehrheit innerhalb dieser Berufsgruppe.¹ Nach § 3 Abs. 2 BNotO sind Anwaltsnotare Rechtsanwälte, die für die Dauer ihrer Zulassung bei einem bestimmten Gericht als Notar zu gleichzeitiger Amtsausübung neben dem Beruf als Rechtsanwalt zugelassen sind. Sie üben demnach zwei Berufe aus, die sich wesensmäßig grundlegend voneinander unterscheiden. Notare sind Träger eines öffentlichen Amtes und werden bei der Ausübung ihres Amtes hoheitlich tätig (§ 1 BNotO)². Dabei sind sie zu strenger Neutralität verpflichtet (§ 14 Abs. 1 BNotO). Rechtsanwälte sind Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO). Sie handeln auf der Grundlage zivilrechtlicher Geschäftsbesorgungsverträge mit ihren Mandanten und bewegen sich damit im Privatrecht. Grundsätzlich nehmen sie dabei die Interessen nur einer Partei wahr. In den meisten Fällen lässt sich die Frage, in welcher Funktion ein Anwaltsnotar gehandelt hat, problemlos beantworten. Es gibt jedoch Konstellationen, in denen die Abgrenzung nicht so einfach fällt.

II. Tätigkeitsfelder von Anwaltsnotaren

1. Eindeutige Notartätigkeiten

Tätigkeiten, die eindeutig zur notariellen Amtsausübung gehören, finden sich in den §§ 20–22 BNotO. Sie dürfen grundsätzlich nur von Notaren vorgenommen werden mit der Folge, dass bei ihnen Abgrenzungsschwierigkeiten zum anwaltlichen Bereich kaum vorkommen. Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Vorgänge:

- Beurkundungen (§ 20 Abs. 1 BNotO)
- Beglaubigungen (§ 20 Abs. 1 BNotO)
- Ausstellung von Bescheinigungen (§ 21 BNotO)
- Abnahme von Eiden (§ 22 Abs. 1 BNotO)
- Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen (§ 22 Abs. 1 BNotO)

Hierzu gehören auch Handlungen, die mit den vorbenannten Tätigkeiten untrennbar verbunden sind. Zu ei-

ner Beurkundung zählen beispielsweise folgende Hilfs- bzw. unselbständige Nebenpflichten³:

- Die Pflicht, den von den Beteiligten erklärten rechtsgeschäftlichen Willen klar, unzweideutig und vollständig in der Niederschrift wiederzugeben (Formulierungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG),
- die Pflicht, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des konkret zu beurkundenden Geschäfts zu belehren (sog. Rechtsbelehrung nach § 17 Abs. 1 BeurkG),
- die Pflicht vor Gefahren zu warnen, die den Beteiligten nicht bekannt, dem Notar aber ersichtlich sind (sog. erweiterte Belehrungen nach § 14 Abs. 1 BNotO)⁴ und vor allem
- die Pflicht zur gestaltenden bzw. unselbständigen Beratung.

Häufig haben die Beteiligten zwar schon genaue Vorstellungen von dem Ziel, das sie erreichen wollen. Nicht zuletzt wegen fehlender juristischer Fachkenntnisse wissen sie jedoch noch nicht, auf welchem rechtlichen Weg sie es verwirklichen können. Der Notar ist daher verpflichtet, die Beteiligten bei der Gestaltung des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts (Kaufvertrag, Testament etc.) zu beraten. Er muss je nach Art des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts unter Auswertung der Erfahrungen der Kautelarjurisprudenz alle regelungsbedürftigen Fragen ansprechen, die hierzu nötigen Belehrungen erteilen und bei Bedarf entsprechende Regelungen vorschlagen. Er kann nicht erwarten, dass die Beteiligten diese Fragen selbst erkennen und zur Diskussion stellen. Dazu sind diese in aller Regel mangels einschlägiger Erfahrungen nicht in der Lage. Es ist vielmehr Aufgabe des Notars, aufgrund seiner Erfahrung und der ihm zur Verfügung stehenden Vertragsmuster regelungsbedürftige Punkte von sich aus anzusprechen und den Willen der Beteiligten dazu in Erfahrung bringen.⁵

2. Eindeutige anwaltliche Tätigkeiten

Nach § 3 Abs. 1 BRAO dürfen Rechtsanwälte in allen Rechtsangelegenheiten beraten und vertreten. In der Regel vertreten sie dabei einseitig die Interessen ihrer Auftraggeber gegenüber anderen Parteien. Notare sind demgegenüber zu strenger Neutralität verpflichtet. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden Funktionen sollten hier daher nicht auftreten. In diesem Zusammenhang ist auf die Mitwirkungsverbote für Rechtsanwälte und Notare hinzuweisen.

¹ Vgl. hierzu die Notarstatistik der Bundesnotarkammer, Stand 1.1.2010, in BNotZ 2010, 214 ff.

² Notare dürfen neben ihrer Amtstätigkeit (§§ 20 bis 24 BNotO) regelmäßig auch Nebenbeschäftigungen übernehmen (§ 3 Abs. 3 BNotO). Da diese Aufgaben nicht mehr zum Amtsbereich gehören, erfolgen sie auf privatrechtlicher Basis.

³ „Hilfs- bzw. unselbständige Nebenpflichten“ deshalb, weil diese Handlungen zur Urkundstätigkeit gerechnet werden und zu deren Vornahme der Notar deshalb auch verpflichtet ist. Vgl. hierzu insbesondere *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Auflage, 2009, Rn. 826 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁴ Während die Pflicht zur Rechtsbelehrung grundsätzlich nur gegenüber den an einer Beurkundung Beteiligten besteht (§ 6 Abs. 2 BeurkG) gilt die erweiterte Belehrungspflicht auch gegenüber Dritten. Voraussetzung bei ihr ist jedoch, dass sie nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen wird. Vgl. hierzu auch *Kummer*, jurisPraxis-Report-BGHZivilR14/2004 Anm. 6.

⁵ Urteil des BGH vom 28.4.1994, Aktenzeichen IX ZR 161/93.