

Anwaltsblatt Jahrgang 58, 11 / 2008  
Im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins  
herausgegeben von den Rechtsanwälten:  
Felix Busse  
Dr. Peter Hamacher  
Dr. Michael Kleine-Cosack  
Wolfgang Schwackenber

Redaktion:  
Dr. Nicolas Lührig  
(Leitung)  
Udo Henke  
Manfred Aranowski  
Rechtsanwälte

## Die Anwaltschaft zwischen Berufsethos und Kommerz<sup>\*</sup>

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

**Anwälte legen großen Wert darauf, kein Gewerbe auszuüben. Doch Geld müssen sie trotzdem verdienen. Was bleibt bei diesem Spannungsverhältnis heute noch von den Freien Berufen? Was muss speziell die Anwaltschaft unternehmen, um ihre Zukunft zu sichern? Der Autor plädiert in zehn Thesen für eine Rückbesinnung auf das Berufsethos der Freien Berufe und fordert die Anwaltsverbände auf, in ethischen Richtlinien die gute freiberufliche Berufsausübung (zum Beispiel bei der Fortbildung) zu regeln. Zugleich stellt der Autor klar, dass solche rechtlich nicht zwingenden, gleichwohl keineswegs unverbindlichen Regeln einer weiteren Liberalisierung des Berufsrechts nicht entgegenstehen.**

### I. Einleitung

„Anwaltschaft zwischen Berufsethos und Kommerz“. Das mit diesem Titel angesprochene Spannungsverhältnis, in dem sich die Anwaltschaft aktuell befindet, steht paradigmatisch für einen Trend, der derzeit alle Freien Berufe erfasst. Die Anwaltschaft ist zwar – so hat es Heribert Prantl in der Süddeutschen Zeitung kürzlich anlässlich des Anwaltstags 2008 formuliert – der dynamischste der klassischen Freien Berufe.<sup>1</sup> Das heißt aber nur, dass sich bei den Rechtsanwälten „Glanz und Elend“ des Wandels der Freien Berufe zum Dienstleister besonders anschaulich zeigen. Alle Freien Berufe stehen vor der Aufgabe, ihre Rolle in der Gesellschaft neu zu bestimmen und damit zugleich die Weichen für ihre Zukunft zu stellen.

Hans Soldan wäre, so dürfen wir aus gutem Grund hoffen, mit der Themenwahl für den Festvortrag anlässlich des stolzen 100-jährigen Jubiläums der von ihm gegründeten Stiftung einverstanden. Er hat schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts mit großer Weitsicht die Probleme gesehen, die sich aus dem Spannungsfeld zwischen legitimen Er-

werbsstreben einerseits und der Bindung an ein besonderes Berufsethos andererseits ergeben. Wäre er in die heutige Zeit geboren, so würde Hans Soldan mit dem ihm eigenen Kampfgeist notwendige Veränderungen anmahnen, ebenso resolut aber das Bewahrenswerte verteidigen.

Das Wirken Hans Soldans, dieses Anwalts der Anwälte, weist intensive Bezüge zu unserer Themenstellung auf, war es doch von einer hohen Wertschätzung für das Berufsethos, gleichermaßen aber von der Sorge um die berechtigten wirtschaftlichen Belange der Anwaltschaft geprägt. Die Zukunft der Anwaltschaft trieb ihn um, wie seine wiederholten „Aufrufe an die deutsche Rechtsanwaltschaft“<sup>2</sup> und Veröffentlichungen mit Titeln wie: „Wohin, deutsche Anwaltschaft?“ verdeutlichen. Soldans Idee, in Gestalt eines „Wirtschaftlichen Verbandes deutscher Rechtsanwälte“ eine Einkaufsgenossenschaft mit berufsständischem Engagement zu verbinden, wurde vor 100 Jahren von Teilen der Anwaltschaft als Angriff auf ihr Leitbild empfunden. Hans Soldan musste sich daher nicht nur in der Gründungsphase, sondern auch später immer wieder gegen Anfeindungen zur Wehr setzen. Dabei ging es bei seiner Selbsthilfeeinrichtung doch nur darum, für die Anwaltschaft die materiellen Grundlagen zu schaffen, die es ihr erst erlauben, ihrer Gemeinwohlaufgabe nachzukommen.<sup>3</sup>

Die Ziele der von Soldan gegründeten Selbsthilfeorganisationen lagen auf der Linie der in den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften für die Freien Berufe heute vertretenen Konzeption einer ökonomischen Ethik.<sup>4</sup> Sie erkennt, dass erst das Bekenntnis zu legitimen Eigeninteressen langfristig die Verwirklichung der Gemeinwohlintressen garantiert. Moralische Vorgaben müssen, so die einleuchtende These, mit dem wohlverstandenen Eigeninteresse vereinbar sein, die gesellschaftliche Zusammenarbeit zwischen Freien Berufen und ihren Auftraggebern damit dauerhaft dem ge-

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die schriftliche, um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verfasser auf der Festveranstaltung anlässlich des 100-jährigen Jubiläums der Soldan Stiftung am 6. Juni 2008 in Berlin gehalten hat; der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 Ausgabe vom 3. Mai 2008.

2 Vgl. nur Soldan, Deutsche Rechtsanwalts-Zeitung 15 (1918), S. 89.

3 Pothmann/Waldmann, Im Dienst der Anwälte: Die Soldan-Geschichte 1908 bis 2008, 2008, S. 60 ff., siehe auch Dix, AnwBl 1932, 257 ff.

4 Dazu Suchanek, Berufsethik der Steuerberater, 2007; siehe auch Hommerich, DSIR 2008, 1161 ff.

genseitigen Vorteil dienen. Freilich, unumstritten ist diese These unter den „Ethikern“ nicht, kritische Stimmen sehen in dem pragmatischen Ansatz den ersten Schritt zur Selbsttrivialisierung der Freien Berufe.

Hans Soldan brachte der kompromisslose Einsatz für den von ihm als richtig erkannten Weg immer wieder in Konflikt mit ethischen Grundprinzipien, die auf eine Mäßigung in der Interessenvertretung zielen. Gerade die wiederholten Auseinandersetzungen mit dem Deutschen Anwaltverein, heute der Stiftung eng verbunden, wurden erstaunlich harsch ausgetragen. Eine der eskalierenden Auseinandersetzungen führte sogar dazu, dass die Rechtsanwaltskammer beim Reichsgericht gegen ihn ein ehrengerichtliches Verfahren einleitete, weil er ein DAV Vorstandsmitglied als „Schlauchführer der Dreckspritze“ gegen die Soldan Stiftung bezeichnet hatte. Nun werden Sie sagen: Als Vorbild für ethisches Anwaltsverhalten dürfte Hans Soldan damit wohl auscheiden. Nicht so das von ihm angerufene Ehrengericht, das für die sicherlich eigenwillige Persönlichkeit Hans Soldans sogar den berufsrechtlichen Rechtfertigungsgrund der „Ehrennotwehr“ erfand und ihn mit dieser Begründung von allen Vorwürfen freisprach.<sup>5</sup>

Ein schönes Beispiel dafür, dass erst der Blick auf die Gesamtpersönlichkeit eine ethische Beurteilung erlaubt. Kompromisslos, ja radikal agierte Hans Soldan auch im Kampf gegen die Anwaltsschwemme. Nur ein sofortiger Zulassungsstopp für Anwälte erschien ihm 1931 als geeignetes Mittel.<sup>6</sup> Erfolg hatte er mit der uns auch heute vertraut klingenden Forderung nicht, wohlgemerkt: 1931 kamen auf einen Rechtsanwalt 3.800 Einwohner, in diesem Jahr etwa 550. Hier erweist sich die Soldan Stiftung heute doch weit kreativer, wenn sie einen Preis für besonders erfolgreiche Kanzlei Gründungen vergibt und so Wege weist, wie in einem liberalisierten Beratungsmarkt der wachsenden Anwaltszahl Rechnung getragen werden kann. Im Geiste Hans Soldans: Wir brauchen Anwälte, die über eine hervorragende fachliche Qualifikation verfügen, ethische Grundwerte hochhalten, um das Vertrauen ihrer Mandanten zu gewinnen, die aber auch über die notwendigen organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse verfügen, ohne die selbständiges Unternehmertum scheitern muss.

Kommerz contra Ethos, das ist nur eines von vielen Begriffspaaren, die zur Umschreibung unseres aktuellen Grundlagenthemas verwendet werden. Auf der berufsübergreifenden Ebene wird meist der tradierte Antagonismus „Freier Beruf oder Gewerbe“ bemüht, auf der Ebene des Anwaltsberufes wird gerne der Gegensatz zwischen „Organ der Rechtspflege und Dienstleistungsberuf“ in den Vordergrund gestellt.<sup>7</sup> Das facettenreiche Thema hat zunächst eine rechtliche Komponente, die sich mit der Frage umschreiben lässt, ob die Trennung zwischen Gewerbe und Freiem Beruf heute überholt ist und ob beide Begriffe nicht längst durch einen einheitlichen Unternehmensbegriff abgelöst werden sollten. Aus sozialpolitischer Sicht geht es um weit mehr als nur um eine begriffliche Grenzziehung. Die thematische Zuspitzung durch den negativ besetzten Begriff des Kommerzes formuliert eine berufsübergreifende Sorge: Ist der Freiberufler unaufhaltsam auf dem Weg zu jenen Geschäftspraktiken, die wir der anstößigen Seite der Gewerblichkeit zuordnen? Verliert seine Tätigkeit jene Charakteristika, die ihn vom Gewerbetreibenden unterscheiden? Mit der Kommerzialisierung verbunden ist die Klage, es sei um das Ansehen der Anwälte zunehmend schlechter bestellt, ihre Reputation leide darun-

ter, dass sie in den Dunstkreis der Gewerbetreibenden geraten. All diese Sorgen münden in die Anschlussfrage: Was müssen die Freien Berufe, was muss speziell die Anwaltschaft unternehmen, um ihre Zukunft zu sichern? Liegt hier eine Aufgabe, der sich zu stellen die Verbände der Anwaltschaft bisher versäumt haben?

Das Thema Freier Beruf oder Gewerbe ist ein Klassiker, sowohl in seiner rechtlichen als auch in seiner berufspolitischen Dimension. Seit Inkrafttreten der Reichsrechtsanwaltsordnung 1878 wird leidenschaftlich über die Gratwanderung des Anwalts zwischen Freiberuflichkeit und Gewerblichkeit diskutiert. Als Beleg ein Zitat: „Die freien Berufe haben sich infolge der Entwicklung der Verhältnisse zweifellos den Gewerbebetrieben genähert. Wie die Ausübung eines Gewerbebetriebs in weit höherem Maße als früher ... eine Vorbildung ... voraussetzt, so ...passen sich (umgekehrt) die freien Berufen in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit mehr und mehr den Gepflogenheiten der Gewerbebetriebe an.“ Die Diktion lässt eine Passage aus einer aktuellen Entscheidung vermuten, tatsächlich ist sie vor mehr als 80 Jahren vom Reichsfinanzhof formuliert worden. Die Quintessenz der Entscheidung lautete 1924 (wörtlich): „Die Abgrenzung der freien Berufe von den Gewerbebetrieben wird so immer schwieriger.“<sup>8</sup>

## II. Berührungängste

Anwälten war es seit jeher besonders wichtig klarzustellen, dass sie kein Gewerbe ausüben. Deutlich wird dies in der Formulierung des § 2 BRAO, in dessen Absatz 1 es heißt, der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Damit nach dieser positiven Formulierung ja kein Zweifel verbleibe, wird ihr in Absatz 2 die inhaltsgleiche negative Abgrenzung gleich noch nachgeschoben: „Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe.“ Und das zu Zeiten, in denen eine knappe Gesetzesfassung noch als Gebot guter Gesetzgebung galt!

Die fast schon panischen Abgrenzungsbemühungen hatten durchaus ihren Grund, wie die Wahl des Heiligen zeigt, den sich die Anwaltschaft als Schutzpatron gesucht hat. Der Heilige Ivo war, so ist auf Wandinschriften in zahlreichen Kirchen in seiner bretonischen Heimat zu lesen, „Anwalt und doch kein Straßenräuber – eine Sache, die dem Volk wie ein Wunder vorkommt.“<sup>9</sup> In der mittelalterlichen Elegie über Art und Sitten der kirchlichen Anwälte von *Brant* heißt es denn auch: „Bis heute steht unser Ivo an der Himmels Pforte und wartet auf andere Kollegen und dabei wird es noch lange bleiben, bis sich womöglich doch noch ein gerechter, frommer und getreuer Anwalt findet.“

Dieses Anwaltsbild vom Wolf im Schafspelz einer nur vorgeschobenen Gemeinwohlorientierung ist bis heute im angelsächsischen Rechtskreis verbreitet. So alt diese Sorge um das Anwaltsbild in der Öffentlichkeit ist, so unbegründet scheint sie in Deutschland zu sein. In einer aktuellen Umfrage des Soldan Instituts hat die Aussage, dass der Rechts-

<sup>5</sup> Pothmann/Waldmann (Fn. 3), S. 64 ff.

<sup>6</sup> Pothmann/Waldmann (Fn. 3), S. 66.

<sup>7</sup> Siehe etwa die Beiträge von *Kleine-Cosack*, BB-Special 3/2008 zu Heft 11, 2 ff.; *Rabe*, AnwBl 2004, 65 ff.; *Hellwig*, AnwBl 2004, 213 ff.; *ders.*, BRAK-Mitt. 2008, 82 ff.; *Kilger*, AnwBl 2004, 402 ff.; *Stürmer/Bormann*, NJW 2004, 1281 ff.

<sup>8</sup> RFHE 14, 19, 21.

<sup>9</sup> Vgl. *Streck/Rieck*, St. Ivo (1247 – 1303): Schutzpatron der Richter und Anwälte, 2007, S. 69.

anwalt von einem besonderen Erwerbssinn getrieben sei, er zuerst an das Geld denke, nur sehr niedrige Zustimmungswenigen erhalten.<sup>10</sup> Auffallend ist im Gegenteil, dass es von den 14 potenziellen anwaltlichen Charakterisierungen, die den Befragten zur Auswahl gestellt wurden, sieben positive Einschätzungen auf die ersten Plätze der „Zustimmungshiliste“ schafften. Ich betone dies, weil ich hierin nicht nur ein ermutigendes Signal an, sondern auch eine Aufgabe für alle Verbände sehe, die Berufsbilder der Freien Berufe dynamisch und zeitgemäß weiterzuentwickeln. Dass qualitätsvolle freiberufliche Tätigkeit etwas kostet, dass ihre Ausübung eines professionellen Managements bedarf und dass die Freien Berufe in einer Wettbewerbssituation stehen, all dies akzeptiert die Bevölkerung durchaus, ja sie erwartet, dass der Berufsstand auf geänderte Rahmenbedingungen reagiert und nicht auf Althergebrachtem beharrt.

Die Maxime für alle Freien Berufe und zugleich meine

### These 1

lautet daher apodiktisch kurz: *Kommerzialisierung nein, Professionalisierung ja!* Und eben diese Professionalisierung der Anwaltschaft ist es, die sich die Hans Soldan Stiftung seit 100 Jahren auf ihre Fahnen geschrieben hat.

### III. Das Gewerbe des Anwalts – historisch betrachtet

In der Rückschau betrachtet ist jede sachliche Auseinandersetzung um die Grenzziehung zwischen den Freien Berufen und den Gewerbetreibenden massiv durch steuerliche Erwägungen erschwert worden. So ist denn auch der erwähnte § 2 Abs. 2 BRAO zu lesen als: „Der Rechtsanwalt zahlt keine Gewerbesteuer“. Auch wenn dies in der amtlichen Begründung mit keiner Silbe erwähnt wird, der Gesetzgeber sich also von der verbreiteten Hypokrisie anstecken ließ, so lassen doch die zeitgenössischen Kommentare keinen Zweifel, dass die negative Klarstellung Bestrebungen, die freien Berufe der Gewerbesteuer zu unterwerfen, abwehren soll.<sup>11</sup> Auch dieser Abwehrkampf ist ein Dauerkampf und flammt mit schöner Regelmäßigkeit auf. 1982 formulierte der damalige Präsident der BRAK, *Heinrich Vigano*, schulterzuckend in einem Beitrag: „Gewerbesteuer für Freiberufler – sind wir schon wieder so weit?“<sup>12</sup> Nun, letztmalig waren wir im Jahre 2003 so weit, als das Gewerbesteuerreformgesetz von der Freiberuflerlobby erst im Vermittlungsausschluss gestoppt wurde.<sup>13</sup> Mit einem bloßen Federstrich sollte aus der Gewerbesteuer eine Gemeindefiskussteuer werden. Die tragende Begründung des Gesetzesentwurfs lautete, es werde der wirtschaftlichen Entwicklung während der letzten Jahrzehnte Rechnung getragen, wonach Angehörige dieser Berufe ihre Tätigkeiten in immer größerem Umfang in Formen ausüben, wie sie früher nur bei Gewerbebetrieben üblich waren. Die Abgrenzung zwischen Gewerbetreibenden und den übrigen Selbständigen, so die Schlussfolgerung der Bundesregierung, sei in den letzten Jahrzehnten immer schwieriger geworden sei.<sup>14</sup> Da klingt uns doch der Reichsfinanzhof in den Ohren, der das schon 80 Jahre vorher wusste.

Das BVerfG hat zwar jüngst noch einmal bestätigt, dass die Ausklammerung der Freien Berufe aus der Gewerbesteuer mit der Verfassung vereinbar sei.<sup>15</sup> Gerechtfertigt hat das Gericht die Differenzierung aber letztlich nicht mit dem Wesen der Freien Berufe, sondern damit, dass aufgrund hoher Freibeträge nur noch etwa 30 Prozent der Gewerbetrei-

benden tatsächlich mit Gewerbesteuer belastet würden. Folge sei, dass die Steuerpflicht nicht die kleinen Gewerbebetriebe erfasse, die hinsichtlich der Beanspruchung von Infrastrukturleistungen mit den freien Berufen vergleichbar seien, sondern die ertragsstarken, größeren Gewerbebetriebe mit einer typischerweise höheren Verursachung von Infrastrukturlasten. Anstatt um ein ideelles Wesen der Freien Berufe geht es nur noch um Infrastrukturlasten.

### IV. Der „Mythos“ Freiberuflichkeit

Ist die Freiberuflichkeit damit nur ein „Mythos“? Der Begriff des Freien Berufes ist eine soziologische Wortschöpfung, die nicht auf eine besondere Unabhängigkeit des Berufsträgers, sondern auf die sieben freien Künste zurückgeht. Diese Künste wurden die freien Künste genannt, weil sie einen freien, durch nichts behinderten und besonders geschulten Geist fordern und weil sich in grauer Vorvergangenheit die Freien, das heißt die privilegierten Edelgeborenen, ihnen widmeten.<sup>16</sup> Diese „Freien“ konnten leicht auf ein Entgelt verzichten, waren daher nicht erwerbswirtschaftlich motiviert. Seit die freiberufliche Tätigkeit dem Erwerb des Lebensunterhalts dient, wird ein überidealisiertes Postulat einer altruistischen Einstellung den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Die Freien Berufe bilden keine „altruistische Insel innerhalb einer im Übrigen egoistischen Berufswelt“.<sup>17</sup> Das heißt indes gerade nicht, und damit sind wir beim Kern des Problems, dass der Freie Beruf nun ein Auslaufmodell ist, und dass alle Unterschiede nivelliert werden müssen. *Wir müssen nur – so meine*

### These 2

– *das Wesen dieses soziologischen Phänomens „Freier Beruf“ in einem veränderten Umfeld neu bestimmen.*

Die Diskussion um ein neues *Leitbild* der Freien Berufe, wie sie aktuell vom Berufsverband der Freien Berufe durch Einberufung eines Leitbildbeirates initiiert wurde, ist überfällig. Ein entmythologisiertes Verständnis der Freiberuflichkeit muss als Ausgangspunkt die Erkenntnis wählen, dass der Angehörige des Freien Berufes stärker als andere Erwerbstätige einem ethischen Postulat unterliegt, so dass er sich bei seiner Berufsausübung nicht *primär* von Erwerbsaussichten leiten lassen darf.

Welche Eigenarten jeweils dieses besondere Berufsethos bedingen, lässt sich nur auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau für alle Freien Berufe einheitlich bestimmen. Das sehr heterogene Spektrum der Freien Berufe mit allein vier Hauptgruppierungen, (1) den Heilberufen, (2) den rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Berufen, (3) den naturwissenschaftlich-technisch orientierten Berufen und (4) den weiter unterteilbaren<sup>18</sup> Freien Kulturberufen, dieses Spektrum

<sup>10</sup> Hommerich/Kilian, AnwBl 2007, 705 f.

<sup>11</sup> Isele, BRAO, 1976, § 2 Anm. III.B. unter Hinweis auf Cüppers, den Vater der RAObrtZ.

<sup>12</sup> BRAK-Mitt. 1982, 1.

<sup>13</sup> Siehe BT-Drucks. 15/2248.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 15/1517, S. 11.

<sup>15</sup> BVerfG WM 2008, 1175 = AnwBl 2008, 539 (Ls.).

<sup>16</sup> Allgemein zum Freien Beruf Henssler, PartGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 51 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Kilian, ZIP 2007, 710 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Etwa in die Gruppierungen der Vermittler geistiger Güter und Informationen, der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer, Erzieher; zum Ganzen Henssler (Fn. 16), § 1 Rn. 98 ff.

führt bei der Neubestimmung der Wesensmerkmale in ein gewisses Dilemma. Weder die Selbständigkeit – siehe die vielen Freiberufler im Anstellungsverhältnis – noch die persönliche Vertragserfüllung – siehe schon die Hinweise des Reichsfinanzhofs – noch die besonders hohe Qualifikation – siehe die wachsenden Ausbildungserfordernisse auch außerhalb der Freien Berufe – treffen das Wesen der Freien Berufe. Es kann daher nicht überraschen, wenn macht- bzw. konflikttheoretische Ansätze<sup>19</sup> der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften in den Freien Berufen lediglich eine Konstruktion zur sehr wirkungsvollen Durchsetzung der eigenen Gruppeninteressen sehen. Die Gefahr, dass die Freien Berufe nur noch als schlagkräftige Lobbyistengruppierung wahrgenommen und als solche zwangsläufig angefeindet werden, muss ernst genommen werden, schon deshalb, weil sie dies – seien wir ehrlich – *auch* sind.

Nicht nur die Freien Berufe brauchen damit eine Leitbild-diskussion. Die Anwaltschaft darf sich mit dieser allgemeinen Debatte nicht zufrieden geben, sondern muss ihr eigenes „Leitbild“ schärfen und weiterentwickeln. Die Steuerberater sind hier mit ihrer Initiative „Perspektiven von morgen“<sup>20</sup> einen Schritt weiter und haben bereits im Jahr 2006 ein eigenes Leitbild verabschiedet. Es soll: „die Perspektive auf langfristig gültige, zukunftsorientierte Zielsetzungen eröffnen“.

Das führt mich zu den in meiner

### These 3

*zusammengefassten Folgerungen: Die Gemeinsamkeit aller Freien Berufe liegt in einer besonderen Gemeinwohlorientierung ihrer Tätigkeit, die drittbezogen, also auf die Wahrnehmung der Mandanten- bzw. Klienteninteressen ausgerichtet ist. Die eigenwirtschaftlichen Interessen der freiberuflichen Dienstleister sind den Interessen ihrer Klienten und ihrer Gemeinwohlaufgabe keinesfalls über-, sondern allenfalls gleichgeordnet. Idealerweise spiegelt sich die Fremdnützigkeit ihrer Tätigkeit in einem eigenständigen Berufsethos.*

Für die Anwaltschaft liegt der Gemeinwohlbezug, den es im Sinne meiner

### These 4

als leitbildprägend herauszustellen gilt, *in der verfassungsrechtlich abgesicherten Funktion der Freien Advokatur als unverzichtbare Grundbedingung jedes rechtsstaatlichen Systems. Diese Funktion bedingt ein Vertrauensverhältnis zum Mandanten, das sich nur sicherstellen lässt, wenn der Anwalt seine Grundpflichten zur Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und Vermeidung von Interessenkonflikten ernst nimmt. Das uns bekannte, in seinen Eckpunkten durch die BRAO vorgegebene Leitbild der gewissenhaften, eigenverantwortlichen, unabhängigen, verschwiegenen und Interessenkollisionen vermeidenden Tätigkeit bildet die Vertrauensgrundlage und ermöglicht es der Anwaltschaft, ihre im Gemeinwohl liegenden Aufgaben zu erfüllen.*

Die Anwaltschaft hat damit – im Gegensatz zu vielen anderen Freien Berufen – ein sehr klares Leitbild, das außerdem sogar verfassungsrechtlich abgesichert ist, wie es nunmehr auch vom BVerfG anerkannt wird.<sup>21</sup> Ein verfassungsrechtlich abgesichertes Leitbild ist eine geradezu einzigartige Ausgangsposition. Schade, dass die Anwaltschaft die sich daraus ergebenden Chancen erstaunlich wenig nutzt. Ein leitbildgestütztes Berufsethos bietet, gerade weil es keine Werbemaßnahme ist, sondern dem Schutz der Mandanten dient,

im Wettbewerb mit ethisch nicht gebundenen Konkurrenten, das schönste Marketinginstrument, über das ein Dienstleistungsberuf überhaupt verfügen kann.<sup>22</sup> Im Forum des Deutschen Anwaltvereins „Zukunft der Anwaltschaft“, sind diese Marketingchancen von Christoph Hommerich, heute Vorstand des Soldan Instituts für Anwaltmanagement, bereits 1998 angesprochen, von den Verbänden aber nicht aufgenommen worden.<sup>23</sup>

## V. Moderne Reizpunkte

### 1. Einleitung

Vor diesem historischen, soziologischen und ökonomischen Hintergrund lässt sich nun ein Blick auf Herausforderungen der Gegenwart und Zukunft werfen. Die Freien Berufe müssen den einen oder anderen hundert Jahre alten Ballast abwerfen, um das zu bewahrende Wesen der Freiberuflichkeit zur Geltung zu bringen. Dass man auch in 80 Jahren Stellungnahmen des Jahres 2008 mit der Bemerkung „nichts Neues an der Front der Freien Berufe“ zitieren wird, lässt sich schon wegen der Internationalisierung der freiberuflichen Dienstleistungsmärkte ausschließen. Die Lage ist ernst: Liberalisierte ausländische Märkte zwingen zur Anpassung, wie der Fall „Doc Morris“ zeigt.<sup>24</sup> Die EU-Kommission hat sich die Abschaffung all jener freiberuflichen Besonderheiten auf die Fahne geschrieben, die sie als gemeinwohlschädliche Wettbewerbshemmnisse ansieht. Die europäischen Wettbewerbspolitiker haben die sehr einseitige Sicht auf die Freien Berufe als eigennützige Interessengruppen gerne übernommen und in einigen Mitgliedstaaten beachtliche Erfolge erzielen können. Ich verweise nur auf das Decreto Bersani, das in Italien zur Aufhebung weiter Bereiche des Berufsrechts geführt hat.<sup>25</sup> Selbst das EU-Parlament wankt, hat es doch mit deutlicher Kritik angemerkt, dass die Freien Berufe und ihre Kammern „allzu häufig ihre Selbstregelungsbefugnis mehr zur Förderung der Interessen ihrer eigenen Mitglieder als zur Förderung derjenigen der Verbraucher nutzen“.<sup>26</sup>

Die Bereiche, in denen die EU-Kommission Handlungsbedarf sieht, betreffen die Werbung, die berufliche Zusammenarbeit und das Gebührenrecht,<sup>27</sup> und in der Tat sind hier die spannendsten Entwicklungen zu beobachten, die sich umschreiben lassen mit den vier Stichworten: Erfolgshonorar, gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit, Wettbewerbs- statt Werberecht und Reform des Rechtsdienstleistungsmarkts.

<sup>19</sup> Parkin, *Strategies of Social Closure in Class Formation*, in F. Parkin (Hrsg.), *The Social Analysis of Class Structure*, 1974, S. 1 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Hinweise auf der Homepage der Bundessteuerberaterkammer (<http://www.steuerberater-perspektiven.de/>).

<sup>21</sup> BVerfGE 76, 171, 190 = AnwBl 1987, 598, 602; BVerfGE 110, 226, 252, 259 = AnwBl 2004, 309, 315, 317; BVerfGE 113, 29, 49 = AnwBl 2005, 578 (Ls.); Henssler, ZfP 115 (2002), 321, 324 f.; ders., AnwBl 2004, 458 f.; siehe auch Rick, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, 1988, S. 128 f.

<sup>22</sup> Jaeger, NJW 2004, 1, 6; Henssler/Deckenbrock, DB 2008, 41, 46.

<sup>23</sup> Vgl. Hommerich, Sonderheft AnwBl 2/2000, S. 19 ff.

<sup>24</sup> EuGH NJW 2004, 131; VG Saarland v. 20.3.2007 Az. 3K 361/06; LG Saarbrücken v. 31. 1. 2007 Az. 7 O 103/06; derzeit sind erneut Verfahren beim EuGH unter den Az: C-171/07 und C-172/07 anhängig.

<sup>25</sup> Dazu Dolce, BRAK-Mitt. 2006, 203 f.

<sup>26</sup> Europäisches Parlament, *Resolution On Competition Policy*, P5 TA-PROV (2004)0053, p. 83, para 15.

<sup>27</sup> Europäische Kommission, *Report On Competition in Professional Services*, COM (2004) 83 final (February 9, 2004); dazu Henssler/Kilian, AnwBl 2005, 1 ff.



## 1. Erfolgshonorare

Zum 1. 7. 2008 ist das Gesetz zur Neuregelung der Vereinbarung von Erfolgshonoraren in Kraft getreten.<sup>28</sup> Es wurde erzwungen durch die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des bisherigen uneingeschränkten Verbots in § 49b Abs. 2 BRAO.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Das Erfolgshonorar darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner „wirtschaftlichen Verhältnisse“ ohne die Vereinbarung des Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.

Das Thema Erfolgshonorar passt unmittelbar in den Kontext meines Vortrags, gibt es doch nur wenige unmittelbar mit der Freiberuflichkeit begründete Fragen des Berufsrechts, bei denen sich Befürworter und Gegner derart unversöhnlich gegenüber stehen. Ein gerne bemühtes Argument der Gegner ist, dass eine am Erfolg orientierte Vergütung dem Wesen des „freien Berufes“ widerspreche. Sie rücke den Anwalt in die Nähe des Gewerbetreibenden, der sich zu einem „gewerbsmäßigen Begünstigten“, zu einem „Konsortien der Partei“ degradiere und „vampirhaft“ handle.<sup>31</sup>

Ich plädiere dafür, einen Perspektivenwechsel vorzunehmen, um das viel gescholtene Erfolgshonorar besser zu verstehen. Dann wird auch die Frage des *cui bono* deutlicher werden: wem nützt eigentlich das richtig ausgestaltete Erfolgshonorar, dem Anwalt oder dem Mandanten? Es wird in der Diskussion ausschließlich als ein Honorar des Anwalts begriffen. Als Honorar des Rechtsanwalts ist das Erfolgshonorar zunächst einmal etwas ganz Gewöhnliches: Es gibt die drei Grundformen der Pauschalvergütung, des Zeithonorars und der gesetzlichen Gebühren nach dem RVG.

Erfolgsabhängig werden diese uns vertrauten Vergütungsformen beim Erfolgshonorar allein deshalb, weil sie „im Interesse des Mandanten“ der Finanzierung seiner Rechtsverfolgungskosten dienen. Die Erfolgsabhängigkeit gibt einem im Ansatz gewöhnlichen Honorar eine zusätzliche Dimension und lässt es zu einem Finanzierungsinstrument im Interesse des Rechtsuchenden werden. Der Rechtsanwalt übernimmt eine Funktion, die ansonsten Gegenstand der Versicherungswirtschaft ist, nämlich die Versicherung gegen das Lebensrisiko, Rechtsverfolgungskosten ausgesetzt zu sein.<sup>32</sup> Dass der Rechtsanwalt hierbei ein höheres Honorar erhält, ist in der Natur der Sache begründet. Der Rechtsanwalt wird nicht nur für seine Arbeitsleistung vergütet, sondern auch für zwei weitere Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben: die wirtschaftliche Übernahme eines fremden Risikos und die Vorfinanzierung einer Rechtsstreitigkeit. Damit lässt sich auch ganz einfach definieren, wann ein Erfolgshonorar angemessen und wann es aufgrund eines Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sittenwidrig und damit nichtig ist. Der Aufschlag auf das verkehrübliche unbedingte Honorar darf nur die Risikübernahme und die Vorfinanzierung ausgleichen, mehr nicht!<sup>33</sup>

Die Antwort auf die Frage nach dem „*cui bono*“ fällt aus dieser Perspektive eindeutig aus. Nach meiner

## These 5

nützt das Erfolgshonorar dem Mandanten, der im Sinne eines Wahlrechts nunmehr eine alternative Finanzierungsmöglichkeit und die Chance zur Risikofreizeichnung erhält. Seine Zulassung stärkt den „Zugang zum Recht“. Einem Anwalt würde ich dagegen von seiner Vereinbarung immer abraten, schon weil eine verlässliche Risikobewertung schwierig ist und die Hoffnung auf überproportional hohe Gewinne an der Sittenwidrigkeitsschwelle scheitert. Das gilt insbesondere dann, wenn die Rechtsprechung weiterhin ein bestimmtes Mehrfaches der gesetzlichen Gebühren als sittenwidrig ansieht.<sup>34</sup> Zugleich zeigt sich, dass das Argument der unerwünschten Kommerzialisierung fehlerhaft ist. Der Anwalt, der gegen eine notwendig angemessene Risikoprämie einem bedürftigen oder risikoscheuen Mandanten den Zugang zum Recht eröffnet, verletzt nicht die ethischen Grundlagen seines Berufs, sondern handelt ganz im Sinne seiner Gemeinwohlorientierung. 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!

## 2. Berufsausübungsgesellschaften: Rechtsformen, Fremdkapital, Gesellschafterkreis

### a. Rechtsform

Im Spannungsfeld zwischen Freiem Beruf und Gewerbe steht seit Jahrzehnten die kooperative Berufsausübung. Welche Rechtsformen sollen den Freien Berufen offenstehen, welcher Personenkreis soll als Gesellschafter in Betracht kommen und sollen drittens nur aktiv mitarbeitende Gesellschafter aufgenommen werden – all diese Fragen werden mit Blick auf das Wesen der Freiberuflichkeit restriktiv beantwortet.

Bis heute ist es im 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 das Berufsethos, ob die besonderen Berufspflichten bei der gemeinschaftlichen Berufsausübung beachtet werden, lässt sich völlig losgelöst von der Rechtsform beurteilen. 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. Ausländische Rechtsordnungen haben das längst erkannt. Österreich hat mit dem UGB die Trennung zwischen den Gesellschaften für die

28 BGBl. I, S. 1000; dazu *Kilian*, NJW 2008, 1905 ff.

29 BVerfGE 117, 163 = AnwBl 2007, 297; siehe dazu *Kilian*, BB 2007, 1061 ff. und 1905 ff.

30 Vgl. BT-Drucks. 16/8916.

31 Vgl. die Nachweise bei *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003, S. 296.

32 *Kilian*, BB 2007, 1061, 1063.

33 Siehe bereits *Kilian* (Fn. 31), S. 427 ff.

34 BGHZ 162, 98 = AnwBl 2005, 582; zu dieser Thematik ist unter dem Az. 1 BvR 1342/07 eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig.

Freien Berufe und die Gewerbetreibende zum 1. Januar 2007 aufgegeben. Eine Offene Gesellschaft – und entsprechend auch eine KG – kann seither jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher Tätigkeit wahrnehmen.<sup>35</sup>

Nur der deutsche Gesetzgeber dilettiert weiterhin mit Teillösungen. Deutlich werden die Schwächen dieses halbherzigen Ansatzes bei der Regelung der GmbH & Co KG, die seit September 2007 den Wirtschaftsprüfern<sup>36</sup> und noch aktueller, nämlich seit April 2008<sup>37</sup>, auch den Steuerberatern<sup>38</sup> zur Verfügung steht. Die KG setzt den Betrieb eines Handelsgewerbes voraus (§§ 161, 105 HGB), sie kann also streng genommen einem Freien Beruf niemals offenstehen. Es zeigt die Absurdität dieser handelsrechtlichen Schranken, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Wirtschaftsprüfer GmbH & Co KG gleichwohl eine freiberufliche Tätigkeit im Sinne der WPO ausübe. Die Idee, dass es nunmehr einen berufsrechtlichen Begriff der Freiberuflichkeit geben soll, der sich vom handelsrechtlichen unterscheidet, ist absurd.<sup>39</sup>

Die GmbH & Co KG muss konsequenterweise auch den Rechtsanwältinnen zur Verfügung gestellt werden. Die Ungleichbehandlung ist ein klarer Verstoß gegen Art. 3 GG. Vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht willkürlich ungleich behandelt werden, die drei wirtschaftsnahen Beratungsberufe sind aber – wie das BVerfG betont – vergleichbar.<sup>40</sup> Die amtlichen Begründungen<sup>41</sup> der Gesetzesnovellen rechtfertigen die Zulassung der GmbH & Co KG mit einem berechtigten Bedarf gerade der kleinen und mittelständischen Praxen.<sup>42</sup> Ob dieser Bedarf tatsächlich besteht, will ich gar nicht beurteilen. Wichtig erscheint nur, dass ein konsequent und diskriminierungsfrei handelnder Gesetzgeber, der einen entsprechenden Bedarf bejaht, diese Rechtsform zwingend auch den anderen Freien Berufen zur Verfügung stellen muss.<sup>43</sup>

Erkennt man dies, dann sind die Folgerungen weitreichend: Auch die umgekehrte Privilegierung der Freien Berufe durch die Partnerschaft mit ihrem in § 8 Abs. 2 PartGG verankerten Haftungsvorteil ist ihrerseits weder rechtspolitisch noch verfassungsrechtlich überzeugend. Weshalb ein gewerblicher Dienstleister, der seine Tätigkeit als aktiv mitarbeitender Gesellschafter in einer Personengesellschaft ausübt, für die Verfehlungen seiner Mitgesellschafter anders als ein freiberuflicher Partner unbeschränkt persönlich haften muss, ist schlicht nicht nachvollziehbar.<sup>44</sup>

Auch wenn ich mir als Kommentator des PartGG damit selbst die Arbeitsgrundlage entziehe, muss meine

### These 6

damit lauten: *Jede rechtsformbezogene Differenzierung zwischen den Gesellschaften, die den Freien Berufen einerseits und den Gewerbetreibenden andererseits zur Verfügung stehen, ist überholt.*

### b. Das Dogma der aktiven Mitarbeit

Nicht vergleichbar eindeutig fällt die Beurteilung eines anderen Kernelements des sich wandelnden Rechts der Berufsausübungsgesellschaften aus, nämlich des Dogmas der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter.<sup>45</sup> Ein praktischer Anwendungsfall ist das uns in den vergangenen Monaten medienwirksam nahe gebrachte Fremd- und Mehrfachbesitzverbot im deutschen Apothekengesetz, das Auslöser für den Streit um die Internetapotheke Doc Morris war.<sup>46</sup> Es geht um die grundsätzliche Frage, ob sich an Berufsausübungsgesellschaften nur die – im Zweifel nicht allzu finanzstarken – Be-

rufangehörigen beteiligen dürfen, die in der Gesellschaft aktiv ihren Beruf ausüben oder auch berufsfremde Investoren. Verschiedene Gesetze betonen dieses Dogma der aktiven Mitarbeit als Wesenselement kooperativer freiberuflicher Tätigkeit.

Dass es nicht einfach werden wird, dieses Dogma zu halten, zeigt die Entwicklung im Ausland. Die Presse berichtete im letzten Jahr ausführlich über den ersten Börsengang einer australischen Anwaltskanzlei. Platziert wurden 35 Mio. Aktien zu einem Ausgabepreis von 1.00 AUD, sie stiegen am ersten Handelstag um 40 Prozent. England hat sich – das australische Vorbild aufgreifend – für sog. „Alternativ Business Structures“ (ABS) geöffnet. Der entsprechende *Legal Services Act 2007* ist Ende Oktober 2007 mit Royal Consent, also mit königlichem Segen, verabschiedet worden. Wer sich vor Augen führt, dass die Namen fast aller deutschen Großkanzleien mittlerweile englisch klingen und sie häufig in der Rechtsform der LLP tätig sind, dem wird deutlich, dass sich Deutschland der Diskussion nicht wird entziehen können.<sup>47</sup>

Anders als bei der Frage der Rechtsform besteht bei der Gesellschafterstellung tatsächlich ein Zusammenhang zum Gemeinwohlbezug der Freien Berufe. Die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit ist ein im allgemeinen Interesse liegendes Regelungsanliegen. Sowohl aus rechtspolitischer als auch aus verfassungs- und 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 erforderlich ist. Ich möchte für einen weiten Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers plädieren. Nach meiner

### These 7

gilt: *Die EU-Mitgliedstaaten dürfen legitimerweise selbst ein vollständiges Verbot der Fremdbeteiligung anordnen, um jeder Gefahr für die Unabhängigkeit effektiv zu begegnen.*<sup>48</sup>

### 3. Werberecht

Als ein Musterbeispiel für den Unterschied zwischen Gewerblichkeit und Freiberuflichkeit galt lange Zeit auch das Werberecht. Hier dürfte die notwendige Liberalisierung in den letzten Jahren wohl am konsequentesten fortgeschritten sein. Die BRAO verbietet in § 43b weiterhin neben der unsachlichen Werbung die nicht berufsbezogene Werbung und

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

36 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.

37 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).

38 Dazu Goetz, DB 2008, 971.

39 Der Umstand, dass die KG wegen ihrer – registerrechtlich nicht näher geprüften – Treuhändertätigkeit in das Handelsregister eingetragen werden muss (§ 27 Abs. 2 WPO), führt allenfalls zu einer scheinbaren Kaufmannseigenschaft.

40 BVerfGE 98, 49, 62 = AnwBl 1998, 405, 408 m. Anm. Henssler, JZ 1998, 1065 ff.

41 BT-Drucks. 16/2858, S. 24; BT-Drucks. 16/707, S. 30.

42 Siehe auch Naumann/Hamann, WPg 2007, 901, 904; Goetz, DB 2008, 971, 973.

43 Dazu auch Römermann, AnwBl 2008, 609 ff.

44 Siehe bereits Henssler, in: FS Wiedemann, 2002, S. 907, 927 ff.

45 Dazu ausführlich Henssler, BRAK-Mitt. 2007, 186 ff.

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

47 Dazu ausführlich Henssler, BRAK-Mitt. 2007, 238 ff.

48 So im Ergebnis auch Hellwig, NJW 2005, 1217, 1222.

die Mandatswerbung im Einzelfall. Weiter gehende Beschränkungen der BORA, der anwaltlichen Berufssatzung, wurden vom BVerfG kassiert.<sup>49</sup> Heute ist es an der Zeit, die Unterschiede zwischen freiberuflicher und gewerblicher Werbung gänzlich aufzugeben, eine Forderung, die auch von Vertretern der EU-Kommission geteilt wird. Der neu gefasste § 52 WPO<sup>50</sup> lautet nunmehr schlicht: „Werbung ist zulässig, es sei denn, sie ist unlauter.“ M. E. ist es nur eine Frage der Zeit, bis auch die anwaltliche Parallelnorm des § 43b BRAO ein vergleichbares Schicksal ereilen wird – wie dies vom DAV zu Recht vorgeschlagen worden ist.<sup>51</sup> Meine das Werberecht betreffende

#### These 8

fordert daher: *Das werbliche Verhalten der Anwälte und sonstiger Freier Berufe ist nur noch dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen, nicht dagegen zusätzlichen berufsrechtlichen Restriktionen.*

#### 4. Rechtsdienstleistungsgesetz

Anlass, über die Kommerzialisierung des Anwaltsberufs nachzudenken, gibt auch das ebenfalls zum 1. Juli 2008 in Kraft getretene Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG).<sup>52</sup> Der entsprechende Brückenschlag zu unserem Thema mag auf den ersten Blick überraschen, ist doch allgemeine Auffassung, dass es der Anwaltschaft gelungen ist, den Status Quo weitgehend zu bewahren. Das RDG führt gleichwohl zu einer Neubewertung von Rechtsdienstleistungen, weil diese künftig vermehrt auch gewerblichen Anbietern offenstehen. Nach § 5 RDG ist es künftig jedermann gestattet, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, wenn sie zum Berufs- oder Tätigkeitsbild des Anbieters gehören. Möglich wird die Unfallregulierung durch Kfz-Werkstätten, die Testamentvollstreckung durch Banken, die Rechtsberatung durch Haus- und Wohnungsverwalter, die Fördermittelberatung und Ähnliches. Diese Rechtsänderung bietet ein Einfallstor für eine Kommerzialisierung von Rechtsdienstleistungen. Da diese bislang untrennbar mit dem Anwaltsberuf verknüpft sind, mindert das RDG zwangsläufig die Distanz zwischen freiberuflich tätigen Rechtsanwältinnen und gewerblichen Dienstleistern. Die Schnittmenge, in der beide dieselbe Leistung anbieten können, wird wachsen.<sup>53</sup>

Ob meine Befürchtungen übertrieben sind, lässt sich schwer abschätzen. Zu betonen ist: Unsere Rechtslage ist in Europa singular. In fast allen Nachbarländern sieht sich der Rechtsanwalt im außergerichtlichen Bereich nicht durch Monopolrechte geschützt und daher der intensiven Konkurrenz nicht-anwaltlicher Rechtsdienstleister ausgesetzt.<sup>54</sup> Dies hat von Land zu Land zu ganz unterschiedlichen Konsequenzen geführt. In einigen Ländern ist der Rechtsanwalt weitgehend auf eine Funktion als Prozessanwalt reduziert. Zum Teil ist es in der Wahrnehmung der Bevölkerung zu einer gewissen Vermengung von anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Berufsbildern gekommen. Teilweise hat sich aber eine friedliche Koexistenz der verschiedenen Rechtsdienstleister entwickelt. Eine solche harmonische Entwicklung wünsche ich der Anwaltschaft auch für den deutschen Beratungsmarkt!

#### 5. Der Blick in die Zukunft: Recht wandelt sich, Anschauungen wandeln sich

Der Blick auf nur vier aktuelle Entwicklungen hat gezeigt, dass die Wahl des negativ besetzten Begriffs der „Kommer-

zialisierung“ nicht zu einer allgemeinen Abwehrhaltung gegen jede Reformüberlegung verleiten darf. Trotz der in den letzten Jahrzehnten bereits erreichten Liberalisierung gibt es weiterhin Regularien, in denen die Differenzierung zwischen Gewerbe und Freiem Beruf überholt ist. Aus dem Spektrum der aufgegriffenen Themen seien die Gesellschaftsformen und das Werberecht erwähnt.

Für andere Eigenständigkeiten, dazu zähle ich u.a. das Fremdbesitzverbot, lohnt es sich dagegen zu kämpfen. Eine vollständige Nivellierung aller Unterschiede zu gewerblichen Unternehmern wäre nicht im Interesse der Bevölkerung, die auf die Dienstleistungen der Freien Berufe angewiesen ist. Raum für Restriktionen der unternehmerischen Tätigkeit sehe ich dort, wo der Gemeinwohlbezug der Freien Berufe tangiert ist. Der Abschied von überkommenen Regeln wird es erleichtern, diesen Wesenskern mit umso schärferen Argumenten zu bewahren.

Sie erwarten von mir zu Recht einen Blick in die Zukunft: Was kann die Anwaltschaft, was können allgemein die Freien Berufe unternehmen, um ihre Zukunft zu sichern? Ich hoffe, die in meiner

#### These 9

enthaltene Botschaft mit meinen bisherigen Ausführungen hinreichend vorbereitet zu haben. Sie lautet: *Es gibt nur einen einzigen Weg um den Sonderstatus der Freien Berufe trotz veränderter Anschauung langfristig zu bewahren, und dieser Weg führt über ein besonderes Berufsethos.* Ohne Berufsethos sollte es keine Zugehörigkeit zu den Freien Berufen geben, andernfalls scheidet ein gemeinsames Leitbild an übergroßer Heterogenität der Gruppenmitglieder.

Für alle Freien Berufe scheint mir hier das fundamentale Zukunftsproblem zu liegen. Speziell für die Anwälte gilt: In dem Maße, in dem sich der Anwaltsmarkt weiter segmentiert, die Zahl der Anwälte immer weiter zunimmt, die persönlichen Bindungen innerhalb des Berufs zugleich abnehmen, in dem Maße muss als Gegengewicht die gemeinsame berufsethische Grundlage hervorgehoben werden. Sie tritt neben die positiv-rechtliche Regulierung der Tätigkeit durch die Berufsgesetze. Eine solche die sanktionierten Berufspflichten ergänzende Berufsethik als weitere Steuerungsmöglichkeit freiberuflichen Handelns führt in Deutschland ein Schattendasein. Dies kontrastiert deutlich zu dem Befund aus anderen Rechtsordnungen, insbesondere dem angelsächsischen Rechtskreis. Dort tritt neben rechtliche Regularien ergänzend eine Berufsethik, die zugleich zentraler Ausbildungsgegenstand ist.

Wir reden derzeit viel über die „Corporate Governance“, und den entsprechenden Kodex, der rechtlich nicht zwingende, aber keineswegs unverbindliche Regeln guter Unternehmensführung enthält, neudeutsch „soft law“. Ich meine, die Freien Berufe brauchen zur Stärkung ihres eigenständigen

49 Vgl. etwa BVerfG AnwBl 2003, 584 ff. (zu § 6 BORA a. F.); BVerfG AnwBl 2004, 586 ff. (zu § 7 BORA a. F.).

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

51 Siehe AnwBl 2007, 682, 684 mit Begründung in AnwBl 2007, 688, 690.

52 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2840; dazu Henssler/Deckenbrock, DB 2008, 41 ff.; Kilian/Sabel/vom Stein, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008.

53 Vgl. Henssler/Deckenbrock, DB 2008, 41, 43.

54 Siehe dazu den Überblick in BT-Drucks. 16/3655, S. 28 ff.; Henssler, AnwBl 2001, 525, 531 f.

gen Profils in vergleichbarer Form eine „professional governance“, nämlich festgeschriebene Regeln guter freiberuflicher Berufsausübung, die der Ausbildung des Nachwuchses zugrunde gelegt werden. Der Umstand, dass sogar die Mehrzahl der Freien Berufe keinen gesetzlich normierten und sanktionierten Berufspflichten unterworfen ist, verdeutlicht, dass das Berufsethos – wie ganz allgemein moralische Grundsätze – nicht notwendig Rechtsfragen betrifft. Bei den berufsrechtlich gebundenen Berufen ist die notwendige Differenzierung zwischen Berufsrecht und Berufsethos etwas in Vergessenheit geraten. Die Anwaltschaft hat, als 1987 aufgrund der Vorgaben des BVerfG<sup>55</sup> der 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.

Ich sehe in der Entwicklung einer „professional governance“ 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. Meine

#### SchlussThese 10

betont: *Für eine selbstverfasste Anwaltschaft liegt es besonders nahe, ethische Richtlinien zu verabschieden. Ihre Tätigkeit umfasst Bereiche, in denen sich ethische Präzisierungen geradezu aufdrängen.* Zur Verdeutlichung seien aus dem weiten Anwendungsfeld für solche Standards guter anwaltlicher Unternehmensführung beispielhaft fünf Bereiche herausgegriffen:

- Erstens: Berufsethischen Regeln könnte zunächst die Aufgabe zukommen, innerhalb des relativ großen Spielraums, den das Berufsrecht aus verfassungsrechtlichen Gründen belassen muss, Orientierung zu bieten. Konkret besteht ein Orientierungsbedarf etwa bei der Vertretung widerstreitender Interessen durch unterschiedliche Sozietätspartner, die das Berufsrecht erlaubt, sofern die Mandanten einverstanden sind und außerdem Belange der Rechtspflege nicht entgegenstehen.<sup>56</sup> Welche Abschottungsmaßnahmen bieten sich etwa an? Sollten generell nur Beratungsteams aus verschiedenen Kanzleistandorten widerstreitende Interessen vertreten dürfen?
- Zweitens: Berufsethische Richtlinien könnten zum zweiten den sachgerechten Umgang mit Erfolgshonoraren präzisieren und damit dem Anwalt wie dem Mandanten wertvolle Hilfestellung bieten. Das gilt insbesondere für den Umgang mit der *quota litis*.
- Drittens: Sie könnten ferner die Lücken füllen, die sich aus der Aufgabe eines eigenständigen berufsrechtlichen Werberechtes ergeben, und Werbeformen aufzeigen, die sich mit der anwaltlichen Vertrauensstellung gut vertragen. Effektiv sind wegen der herausragenden Bedeutung der Vertrauensbeziehung ohnehin nur seriöse Werbemethoden.

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

56 Dazu umfassend demnächst *Deckenbrock*, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2008 (erscheint im Anwaltverlag).

57 So die 1909 erschienene Schrift von *Hans Soldan*, *Neue Ziele neue Wege*, Ein Vorschlag zur Hebung des deutschen Anwaltsstandes.

- Viertens: Auch die Fortbildung, für die wir derzeit den sehr unbefriedigenden Zustand einer zwar gesetzlich in § 43a Abs. 6 BRAO verankerten, aber berufsrechtlich nicht sanktionierten Pflicht haben, erscheint mir ideal für eine Zuordnung zu berufsethischen Richtlinien. Derzeit ist die Pflicht mangels kontrollierbaren Fortbildungskonzepts bedeutungslos und allenfalls mittelbar in Regressprozessen relevant. Sie gehört damit nicht in die BRAO, sondern in einen Kodex berufsethischer Richtlinien.

- Fünftens: Im Sinne eines fünften Gebiets sind schließlich all jene Bereiche zu nennen, die die Organisation der anwaltlichen Tätigkeit betreffen: das effektive Kanzleimanagement, die externe Kommunikation, das Honorarmanagement, zusammenfassend also das ganze Feld guter anwaltlicher Unternehmensführung.

Wir sollten solche ethische Prinzipien der Ausbildung, einem Gebiet, das die Hans Soldan Stiftung besonders intensiv gefördert hat, zugrunde legen. Zudem könnte jede Anwaltskanzlei, die strenge ethische Regeln beachtet, dies 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 Leitlinien, sie würden sich auch bei der Auswahl ihrer Berater an entsprechenden Selbstverpflichtungen gerne orientieren.

Ich schließe mit Hans Soldan: „Neue Ziele, neue Wege“<sup>57</sup> lautete der Titel seiner 1909 an die Anwaltschaft gerichteten Denkschrift. Freie Berufe, die von dem Ziel einer Stärkung ihres Berufsethos geleitet werden, und dieses vertrauensbildend als Kontrast zum kommerziellen Dienstleister einsetzen, schlagen den *Weg* in eine erfolgreiche Zukunft ein. Der Anwaltschaft sei eine solche Zukunft von Herzen gewünscht.



**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](mailto:autor@anwaltsblatt.de).