

Anwalts

blatt



Deutscher**Anwalt**Verein

Aufsätze zum 68. Deutschen Juristentag

Kleine-Cosack: Sonderstatus Freiberufler	537
Kilian: Zukunft der freien Berufe	544
Mann: Was bleibt vom „Freien Beruf“?	551

Kommentar

Wild: Anwältinnen in Sozietäten	589
---------------------------------	-----

Magazin

3. Staatsexamen für Fachanwälte	590
Elsner: Das Boot ist nicht voll	593

Aus der Arbeit des DAV

15 Jahre Forum Junge Anwaltschaft	595
-----------------------------------	-----

Meinung & Kritik zum 68. Deutschen Juristentag

Schwackenberg: Erbrecht	609
Willemsen: Arbeitsrecht	610
Mayen: Finanzmarktregulierung	611

Mitteilungen

Nebe: Familienpflichten von Anwältinnen	612
---	-----

Rechtsprechung

BVerfG: Werben mit Fachberater	621
--------------------------------	-----

8+9/2010
September

Deutscher**Anwalt**Verlag

Editorial

- I **Anwälte sind am Puls des Rechts:
Auf zum Tag der Juristen!**
Felix Busse, Troisdorf
Herausgeber des Anwaltsblatts

Berichte aus Berlin und Brüssel

- IV **Kampf für Frauen und Urheber**
Prof. Dr. Joachim Jahn, Berlin
- VI **Wenn einer eine Reise macht – will Brüssel helfen**
Rechtsanwalt Thomas Marx, Brüssel

VIII Aktuelles

Aufsätze

- 537 **Sonderstatus der Freiberufler auf dem Prüfstand**
Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i. Br.
- 544 **Die Zukunft der freien Berufe – ein kritischer
Blick auf die Anwaltschaft**
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln
- 551 **Was bleibt heute vom Freien Beruf?**
Prof. Dr. Thomas Mann, Göttingen
- 556 **Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?**
Notar Prof. Dr. Peter Rawert LL.M. (Exeter), Hamburg
- 561 **Die Mängel des Strafprozesses lassen sich nicht
wegbeschleunigen**
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
- 565 **Beschleunigung des Strafverfahrens und
materielles Strafrecht**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Krüger, München
- 571 **Wie viel Schutz für Arbeitnehmer?
Oder: Wem nützt die Freiheit?**
Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- 576 **Religionspluralismus anerkennen
und den Glauben frei leben**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Rottmann, Rackwitz
- 579 **Staatskirchenrecht: Zukunftstauglich und
doch in Frage gestellt?**
Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Göttingen
- 584 **Finanzmarktregulierung: Reform zwischen
öffentlichem und privatem Recht**
Jun.-Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M. (London), Hamburg

Kommentar

- 589 **Frauen können gute, sogar sehr gute
Anwältinnen sein**
Rechtsanwältin Dr. Gisela Wild, Hamburg

Magazin

- 590 **3. Staatsexamen für Fachanwälte**
Vierte Sitzung der 4. Satzungsversammlung am 25./26.6.2010
- 593 **Zwischenruf: Das Boot ist nicht voll**
Rechtsanwalt und Notar Jörg Eisner, Hagen

Gastkommentar

- 594 **Moden kommen und gehen – und Compliance?**
Karin Matussek, Bloomberg News

Aus der Arbeit des DAV

- 595 **15 Jahre Forum Junge Anwaltschaft**
- 596 **DAV lehnt Fahrverbot als Hauptstrafe ab**
- 597 **DAV-Forum Datenschutz im Oktober 2010**
- 597 **DAV diskutiert Satzungsreform**
- 598 **AG Internationaler Rechtsverkehr: Menschenrechte**
- 598 **DAV-Pressemitteilung: Generaldirektion Justiz**
- 599 **AG Anwältinnen: Tagung auf dem Anwaltstag**
- 600 **AG Ausländer- und Asylrecht: Menschenrechte**
- 601 **Landesverband Hessen: Gerichtsschließung**
- 602 **AG Arbeitsrecht: Diskussion zu Bagatelldelikten**
- 603 **AG Anwaltsnotariat: Neue Aufgaben für Notare**
- 604 **AG Erbrecht: 5. Deutscher Erbrechtstag**
- 605 **Berliner Anwaltverein: Gerhart Baum zu Gast**
- 605 **Landesverband Sachsen-Anhalt: Anhörung**
- 606 **Hamburgischer Anwaltverein: Kieztour**
- 606 **Mitgliederversammlungen**
- 607 **Deutsche Anwaltakademie: Nachrichten**
- 608 **Personalien: u.a. Friedrich Graf von Westphalen 70**

Meinung & Kritik

- 609 **Erbrecht: Die Reform nach der „Reform“ tut not**
Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenberg, Oldenburg
- 610 **Europäisches Grundrecht auf „Rundum“-Schutz
von Arbeitsverhältnissen?**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf
- 611 **Staat- oder Marktversagen: Wie sollen die
Finanzmärkte reguliert werden?**
Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn

Mitteilungen

Anwaltsrecht

- 612 **Familienpflichten als Sonder- oder als Normalfall?**
Dr. Katja Nebe, Bremen

Die Zukunft der freien Berufe – ein kritischer Blick auf die Anwaltschaft

Gedanken zum Gegenstand des 68. Deutschen Juristentags 2010

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

Nicht das Berufsrecht wird über die Zukunft der freien Berufe entscheiden. Am Ende wird das Verhalten der Berufe im Markt entscheiden, was von ihnen als freier Beruf Bestand hat. Der Autor zeichnet nach, welche Zukunftsanforderungen die Anwaltschaft zu meistern hat – und was das auch für die anwaltliche Selbstverwaltung bedeutet. Zur Zukunft der freien Berufe siehe auch in diesem Heft die Aufsätze von Kleine-Cosack (ab Seite 537) und Mann (ab Seite 551).

A. Einleitung

Der vom 21. bis 24. September 2010 in Berlin statt findende 68. Deutsche Juristentag (DJT) wird in einer eigenen Abteilung mehrere Tage über die Zukunft der freien Berufe diskutieren und, seiner Tradition folgend, rechtspolitische Empfehlungen verabschieden. Der DJT hat sich in der vergangenen Dekade erfreulich oft mit die Anwaltschaft unmittelbar betreffenden, im weitesten Sinne berufsrechtlichen Fragen befasst¹. 2004 wurde über das zukünftige Rechtsdienstleistungsrecht diskutiert², 2008 über die Mediation³ und 2010 nun über die „Zukunft der freien Berufe“⁴. Dass der DJT auf seiner viel beachteten Jubiläumsveranstaltung – 2010 feiert die Vereinigung ihr 150. Gründungsjubiläum⁵ – das Thema „Freie Berufe“ in den Blick nimmt, belegt anschaulich, dass die Frage nach der zukünftigen Position der Freiberufler in der Gesellschaft zunehmend auch außerhalb des Kreises der unmittelbar Betroffenen gestellt wird und die Betroffenen auf diese Fragen Antworten bieten müssen.

Traditionell diskutieren die Abteilungen des Juristentages auf der Grundlage eines im Vorfeld erstellten Gutachtens eines renommierten Rechtswissenschaftlers. Autor des Gutachtens der Abteilung „Berufsrecht“ ist der Hamburger Staatsrechtsprofessor *Jörn Axel Kämmerer*. Nahe liegend und reizvoll wäre es, in diesem Beitrag Argumentationshaushalt und Ergebnisthesen des Gutachters zu diskutieren. Ort und Zeitpunkt für eine solche Diskussion unter Einbeziehung des Gutachters sollte freilich der Juristentag selbst sein (das Gutachten skizziert in diesem Heft die Bücherschau auf S. 617). Daher will dieser Beitrag versuchen, einige weitere Aspekte in die Diskussion über die Zukunft der freien Berufe einzuführen, die bislang kaum erörtert worden sind und auf diese Weise einen anderen Akzent als das DJT-Gutachten setzen.

Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen soll, anders als im Gutachten, keine Analyse der Regulierbarkeit der freien Berufe und der Vereinbarkeit existierender berufsrechtlicher Normen mit höherrangigem Recht stehen. Nachgedacht werden soll vielmehr über einige sehr grundsätzliche Aspekte einer künftigen Regulierung von Freiberuflern⁶ am Beispiel der Anwaltschaft:

- Welchem Regulierungskonzept wird das Berufsrecht der Zukunft folgen?
- Welchen Beitrag muss die Anwaltschaft leisten, damit die Idee der Selbstverwaltung zukunftsfähig ist?
- Ist sichergestellt, dass zu einer Dienstleistung, die dem Gemeinwohl dient, künftig auch die Allgemeinheit Zugang hat?
- Worauf muss die Anwaltschaft achten, um eine Verwässerung der Grenzen zwischen Gewerblichkeit und Freiberuflichkeit zu vermeiden?

Diese vier Fragestellungen sind nur eine kleine Auswahl aus einem großen Strauß von weiteren Zukunftsfragen, die der Aufarbeitung harren, in diesem Beitrag aber nicht vertieft werden können. Benannt seien sie gleichwohl als Merkposten: Wie halten wir es etwa, auch mit Blick auf gesamteuropäische Entwicklungen, künftig mit der Berufsqualifizierung durch Ausbildung und Spezialisierung? Welche sachgerechte Balance finden wir in Zeiten, in denen in einer Wissensgesellschaft die Idee des „life-long learning“ immer mehr Platz greift, zwischen den vergleichsweise hohen fachlichen Anforderungen an den Berufszugang und den bis dato geringen Erwartungen, die wir gegenüber der berufsbegleitenden Fortbildung haben – insbesondere wie rechtfertigen wir dauerhaft das Eine bei Fehlen des Anderen? Wie kann die Idee einer monistisch verfassten Anwaltschaft in einer segmentierten Profession aufrechterhalten werden? Wer bzw. was ist künftig zentraler Bezugspunkt berufsrechtlicher Regulierung – wie bisher der Anwalt oder nicht doch die Organisation, in der er wirkt – oder gar die Rechtsdienstleistung als solche? Wird es möglich sein, unter Hinweis auf die Besonderheiten der anwaltlichen Tätigkeit im Berufsgesetz als *lex specialis* dauerhaft Materien des Vertrags-, Gesellschafts-, Wettbewerbs- oder Verwaltungsrechts abweichend von den *leges generales* zu regeln?

B. Regulierung

Die berufspolitische Diskussion der vergangenen zwei Jahre stand ganz im Zeichen einer Auseinandersetzung über die Notwendigkeit der Etablierung „berufsethischer Grundsätze“ der Anwaltschaft. Sie geht zurück auf einen Vortrag des Präsidenten des Deutschen Juristentages, *Martin Henssler*, den er im Juni 2008 auf einer Festveranstaltung aus Anlass des 100jährigen Gründungsjubiläums der Hans-Soldan-Stiftung in Berlin gehalten hat. *Henssler* formulierte in diesem Vortrag⁷ die These, dass es für die Anwaltschaft besonders nahe liege, ethische Richtlinien zu verabschieden, in denen die

1 Zuvor etwa *Everling*, Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages München 1990, Band I: Gutachten / Teil C: Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe?

2 Vgl. *Prütting/Rottlenthner*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004 Band I: Gutachten / Teil G+H: Rechtsberatung zwischen Deregulierung und Verbraucherschutz, München 2004.

3 Vgl. *Heß*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008 Band I: Gutachten / Teil F: Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, München 2008.

4 Vgl. *Kämmerer*, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010 Band I: Gutachten / Teil F: Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, München 2010.

5 Vgl. DJT (Hrsg.), Festschrift 150 Jahre Deutscher Juristentag, München 2010.

6 Aus soziologischer Sicht jüngst *Hommerich*, Die Freien Berufe und das Vertrauen in der Gesellschaft, 2010.

7 *Henssler*, AnWB. 2008, 721ff.

Anwaltschaft unter Einbeziehung der Mandantensicht die „communis opinio“ im Berufsstand festhalte, dessen Ansehen positiv steuere und Grundsätze guter anwaltlicher Unternehmensführung etabliere⁸. Die nicht zuletzt auch durch Berichterstattung in der Tagespresse⁹ angeregten Reaktionen auf diesen Denkanstoß waren in ihrer Vehemenz ein wenig überraschend. Der damalige DAV-Präsident Kilger nahm unverzüglich Stellung¹⁰, zahlreiche bekannte Berufspolitiker und -rechtler meldeten sich zu Wort¹¹. Sowohl auf dem Anwaltstag 2009 als auch auf dem Anwaltstag 2010 wurde von prominenten Standesvertretern zum Thema diskutiert¹². Kritik, so ist der Eindruck, überwiegt, die Zustimmung ist eher verhalten¹³. Debattiert wird gerne über Formelles, nicht über Substantielles: Ist es überhaupt zulässig, berufsethische Regeln zu formulieren – wären diese nicht Standesregeln im neuen Gewand? Nachgedacht wird über die verfassungsrechtliche Dimension der Verbindlichkeit, über Organe, die solche Regeln formulieren könnten. Zu dem ist die Diskussion im Semantischen verhaftet – Kritik macht sich an den Begriffen „Ethik“ und „Richtlinien“ fest. Der Sache nach geht es freilich, so mein Eindruck¹⁴, mehr um „professional governance“ und weniger um „ethische Richtlinien“¹⁵. Der Verzicht auf die Begrifflichkeiten „Ethik“ und „Richtlinien“, die der gesamten Diskussion unwillkürlich eine nicht hilfreiche philosophische Schwere und juristische Förmlichkeit geben und zugleich vom Kern des Problems ablenken, würde eine ergebnisoffene Auseinandersetzung darüber ermöglichen, dass die eingeforderte Etablierung von „Grundsätzen guter anwaltlicher Unternehmensführung unter Einbeziehung der Mandantensicht“ einem modernen Berufsrechtsverständnis entspricht, das sich international gegenwärtig durchsetzt¹⁶.

Die international vernehmlicher werdende Forderung nach einem neu akzentuierten Berufsrechtsverständnis ist eng verwoben mit der Diskussion über die Frage, welchem Regulierungsansatz Berufsrecht überhaupt folgt bzw. folgen sollte. Für das deutsche Berufsrecht ist weiterhin prägend, dass es sich um eine Ansammlung von Geboten und Verboten handelt. Dieser proskriptiv und präskriptiv geprägte Regulierungsansatz steht international auf dem Prüfstand, weil das Ausland im Bemühen um ein modernes Berufsrecht ein neuer Regulierungsschwerpunkt verfolgt: Er soll künftig weniger auf zahlreichen Berufsausübungsregeln und mehr auf nicht sehr zahlreichen zentralen Berufsausübungsgrundsätzen liegen. Es geht damit um eine „principles-based regulation“. Berufsrecht soll, so die Überlegung, stärker den Gedanken der Aspiration in den Blick nehmen und nicht die Nicht-Verletzung von Verboten. In diesem Sinne soll Berufsrecht weniger stark als Aufsichtsrecht ausgestaltet sein und sich stärker als Konsumentenschutzrecht verstehen. Die Idee eines solchen Dogmenwechsels ist nicht gänzlich neu, die Diskussion „rules v. principles“ wird im Bereich der Finanzdienstleistungen seit den 1990er Jahren geführt und hat durch die globale Finanzmarktkrise in der jüngsten Vergangenheit einen neuen Impetus erhalten. Für das Berufsrecht der Anwaltschaft, das als pars pro toto für das Berufsrecht vieler regulierter freier Berufe stehen kann, ist sie freilich noch vergleichsweise neu.

Lord Hunt of Wirral hat Ende 2009 in seinem von der Law Society beauftragten „Legal Regulation Review“ für England und Wales ein primär proskriptiv und präskriptiv geprägtes Berufsrecht als nicht mehr zeitgemäß verworfen, die *Solicitors Regulation Authority* (SRA) im Sommer 2010 ein Konsul-

tationsverfahren zu ihrem Plan durchgeführt, den traditionellen Ansatz der Regulierung der Solicitor aufzugeben. Das *Council Of Australian Governments* (COAG) hat 2009 eine Reform der Regulierung der Anwaltschaft in Australien auf den Weg gebracht, deren Ergebnis sein soll, dass – so die Formulierung des *Legal Services Commissioners* für New South Wales, Steve Marks -, „regulators worry less about dotting the „i“s and crossing the „t“s. Auch diese internationale Diskussion über „richtige Regulierung“, dies sei nicht verschwiegen, wird, ähnlich wie die nationale Debatte über „ethische Richtlinien“, teilweise recht holzschnittartig geführt und resultiert bisweilen in Missverständnissen. Es sei daher betont, dass es nicht, wie man meinen könnte, um die Etablierung einer neuen „reinen Lehre“ und um den vollständigen Abschied vom Gewohnten geht, sondern lediglich um eine Neuausrichtung. Bereits heute folgt die Regulierung in vielen Bereichen einem gemischten Ansatz von proskriptiven bzw. präskriptiven Normen einerseits und eher allgemeinen Vorgaben zu Marktverhalten andererseits¹⁷.

Interessant wird die Analyse der Geschehnisse auf internationalem Parkett für den deutschen Berufsrechtler vor allem durch ganz aktuelle Strömungen: Lag der Fokus bei der Entwicklung weg von „rules“ und hin zu „principles“ zunächst darauf, detaillierte Verbote und Gebote dort, wo dies notwendig erschien, durch eher allgemein gehaltene Grundsätze der Berufsausübung zu ersetzen, hat die Reformdiskussion in jüngster Vergangenheit eine Neuausrichtung erfahren, indem als Desiderat nun eine „outcomes based regulation“ („OBR“) definiert wird. Sie verfolgt als Regulierungsansatz nicht, Gebote und Verbote lediglich durch allgemeine „Grundsätze“ zu ersetzen, sondern Ziele zu definieren, die ein Berufsangehöriger im Interesse seines Auftraggebers und unter Berücksichtigung seiner gesamtgesellschaftlichen Funktion erreichen soll. Die englische Rechtsprofessorin *Julia Black* hat diesen Ansatz wie folgt beschrieben: „Regulierung entfernt sich von einem Verständnis von „Befehl und Gehorsam“ hin zu einem Miteinander, in dem der Regulierer den Regulierten seine Ziele und Erwartungen deutlich in Form von Berufsausübungsgrundsätzen kommuniziert“¹⁸. Berufsrecht knüpft bei einem solchen Ansatz nicht mehr so stark wie in der Vergangenheit prozessorientiert an typische anwaltliche Verhaltensweisen in unterschiedlichen Phasen des Mandats an, sondern definiert Zielvorgaben für den Standard professionellen Handelns.

8 Henssler, AnwBl. 2008, 721, 728f.

9 Jahn/Budras, FAZ vom 11.6.2008: „Rechtsanwälte brauchen berufsethische Richtlinien“.

10 AnwBl. 2008, 750 („DAV-Präsident Kilger gegen kodifizierte Ethikrichtlinien“) sowie Kilger, AnwBl. 2008, 824.

11 Etwa Singer, AnwBl 2009, 393ff.; Hellwig, AnwBl 2008, 644, 652; ders. 2009, 465, 471; Kleine-Cosack, AnwBl. 2008, 768 (Fn. 2).

12 Vgl. Kallenbach, AnwBl 2009, 514f.; dies., AnwBl 2010, 491f.

13 Zustimmend etwa Staehle, Kammermitteilungen München IV/2008, S. 1.

14 In diese Richtung deutend auch Hellwig, AnwBl 2009, 465, 471.

15 Vgl. auch Henssler, AnwBl 2009, 1, 7, der dort auch den Begriff der „ethischen Standards“ verwendet.

16 Colorandi causa sei angemerkt, dass die Richterschaft seit fast einem Jahrzehnt weitgehend unbemerkt von der Anwaltschaft auf internationaler Ebene Berufsausübungsprinzipien erarbeitet, die trotz ihrer Fixierung nicht den Charakter von Disziplinarrecht, sondern von „standards of ethical conduct of judges“ haben; vgl. zu diesem sog. „Bangalore-Prozess“ *The Judicial Integrity Group* (Hrsg.), *Commentary On The Bangalore Principles Of Judicial Conduct*, 2007.

17 Vgl. nur Anand, 49 *Harvard International Law Journal* 111, 112 (2008).

18 Black, *Forms And Paradoxes Of Principles Based Regulation*, LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2008; abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=1267722>.

Die englische *Solicitors Regulation Authority* hat bereits den 6.11.2011 als Starttermin für die neue Welt des Berufsrechts festgelegt¹⁹. In dieser wird „OBR“ lediglich eine relativ geringe Zahl von Berufsausübungsprinzipien definieren und diese auf einzelne Aspekte der Berufstätigkeit hinunter brechen. Für diese Bereiche werden die unter Berücksichtigung der Prinzipien zu erreichenden Ziele definiert, ohne genau vorzugeben, wie dies zu geschehen hat. „*Outcomes based regulation*“ hat damit ein finales Element und löst sich von einem Regulierungsansatz, der einzelne professionelle Handlungen des Freiberuflers relativ detailliert vorbestimmen möchte und der unterstellt, dass die Beachtung dieser Berufsausübungsregeln den Anwalt zu einem guten Anwalt und die anwaltliche Rechtsdienstleistung zu einer guten Rechtsdienstleistung macht. „*Outcomes based regulation*“ will damit das Phänomen adressieren, dass ein auf zahlreiche Einzelpflichten setzender Regulierungsansatz – ebenso wie das für die Haftung relevante zivilrechtliche Pflichtenprogramm – typischerweise nicht dazu führt, dass der Rechtsanwalt ein guter Rechtsanwalt ist, sondern nur dazu, dass er ein nicht berufspflichtvergessener Rechtsanwalt ist, der Minimalstandards nicht unterschreitet. Was einen „guten“ Anwalt und eine „gute“ Rechtsdienstleistung ausmacht, definiert Berufsrecht traditionell weder in einem öffentlich-rechtlichen noch in einem zivilrechtlichen Sinne – es nimmt vielmehr den gerade noch nicht mangelhaft agierenden Rechtsanwalt und die gerade noch nicht mangelhafte Rechtsdienstleistung in den Blick.

Was hat dies alles nun mit ethischen Richtlinien zu tun, über die wir in Deutschland diskutieren? Wenn *Henssler* vorschlägt, Grundsätze guter anwaltlicher Unternehmensführung zu etablieren und hierbei die Mandantensicht einzubeziehen, lässt sich dies letztlich auch als eine Spielart der „*outcomes-based regulation*“ verstehen. Das viel zitierte „*soft law*“ spielt bei einem solchen Regulierungsansatz eine erhebliche Rolle: Diejenigen, die den Fokus des sanktionsbewehrten Berufsrechts von der Prozessorientierung weg und hin auf Zielvorgaben richten, geben sich nicht der Illusion hin, dass entsprechende Ziele ohne sachgerechte Anleitung erreicht werden können. Daher wird das verpflichtende, sanktionsbewehrte Berufsrecht in erheblichem Umfang ergänzt durch nicht-bindendes „*soft law*“. Die SRA etwa möchte zwei Kategorien dieses „*soft law*“ schaffen – Verhaltensempfehlungen („*indicative behaviour*“) und Leitlinien („*guidances*“)²⁰. Verhaltensempfehlungen sollen für jene Bereiche formuliert werden, für die die Erwartung besteht, dass ohne die Beachtung bestimmter Verhaltensweisen die Zielvorgaben nicht erreicht werden können. Anwälte sind nicht verpflichtet, sich an diese Verhaltensempfehlungen zu halten, die Aufsichtsbehörde wird allerdings im Rahmen der Ausübung der Aufsicht mit einer widerleglichen Vermutung operieren, dass ohne Beachtung der empfohlenen Verhaltensweisen ein Risiko besteht, dass die Zielvorgaben nicht erreicht werden. Dem Rechtsanwalt steht es hierbei jederzeit frei, das Gegenteil nachzuweisen, so dass ein merkwürdiger Zwitter zwischen verbindlichem „*hard law*“ und unverbindlichem „*soft law*“ geschaffen wird. Im Gegensatz zu den Verhaltensempfehlungen sollen Leitlinien nur einen denkbaren Weg zur Zielerreichung aufzeigen, sie nehmen für sich nicht in Anspruch, ein Ideal zu sein. Deutlich wird durch diesen Ansatz, dass die Frage des „*soft law*“ im Bereich des Anwaltsrechts im Ausland nicht isoliert von dem Schicksal des traditionellen Gesetzes- und Satzungsrechts diskutiert wird – während

in Deutschland über „berufsethische Richtlinien“ bislang als eine Art Parallelwelt diskutiert, eine Verschränkung nicht gesehen wird²¹.

Nicht verkannt werden sollte, dass das im Ausland propagierte Regulierungsmodell auch von strategischen Überlegungen getragen sein dürfte, die den fortwährenden Angriffen der europäischen und nationalen Wettbewerbshüter auf das vermeintlich wettbewerbsfeindliche Berufsausübungsrecht der freien Berufe Rechnung tragen, auf Zentrifugalkräfte innerhalb des Berufsstand reagieren und die Wettbewerbssituation der einheimischen Rechtsdienstleister verbessern: Zum einen führt „*outcomes-based regulation*“ zu einer faktischen Deregulierung in vielen Bereichen, ohne völlig darauf zu verzichten, das Verhalten der Berufsangehörigen mittelbar zu steuern. Ob dies die Wettbewerbshüter in Brüssel zufrieden stellen wird, bleibt abzuwarten, das Konzept bietet aber im Ansatz eine geringere Angriffsfläche und macht durch die explizite Formulierung der Regulierungsziele die Vermittlung einer Rechtfertigung von Einschränkungen der Grundfreiheiten präsumtiv einfacher. Dies gilt umso mehr, als dieser Regulierungsansatz einem Petition des Europäischen Normgebers in besonderem Maße Rechnung trägt: Der europäische Normgeber verlangt mit Art. 26 RiLi 2006/123/EG von den Mitgliedstaaten, aktive Schritte zu unternehmen, um Dienstleistungserbringer zu ermutigen, freiwillige Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung zu ergreifen. Mögliche Maßnahmen sind nach der Vorstellung des Normgebers u. a. die Etablierung von Verhaltenskodices und freiwilligen Normen in Zusammenarbeit mit Berufsverbänden und Verbraucherorganisationen²². Explizit wird dieses Desiderat als Grundlage für eine langfristige Politik zur Qualität von Dienstleistungen bilden, die auf europäischer Ebene durch die Mitgliedstaaten und die Kommission zu entwickeln ist²³. Zum anderen dürfte mit dem neuen Konzept die Hoffnung verbunden sein, den Anspruch einer monistischen Profession trotz einer immer stärkeren Ausdifferenzierung der Erscheinungsformen der anwaltlichen Berufsausübung in einem zunehmend segmentierten Berufsstand aufrecht erhalten zu können. Die jüngst auch in Deutschland beiläufig aufgekommene Diskussion, ob es besonderes Berufsrecht für bestimmte Teilgruppen der Anwaltschaft geben sollte²⁴, zeigt die Schwierigkeiten eines präskriptiv und proskriptiv ausgerichteten Berufsrechts, Akzeptanz in allen Teilgruppen der Anwaltschaft zu gewinnen. Mit einer neu akzentuierten Regulierung ist auch die Hoffnung verbunden, auf unterschiedliche Bedürfnisse und Erwartungen in Einzelfragen eingehen zu können, ohne das verbindende Ganze aus dem Blick zu verlieren. Ob dies gelingt, erscheint

19 Der neue „Code of Conduct“ soll sich auf die Statuierung von Zielen konzentrieren. Sie sind, so die wörtliche Formulierung, „standards of service that all involved in the provision of legal services will wish to deliver in order to benefit consumers of legal services and the public. Diese Zielvorgaben werden für den Berufsträger nicht bloße Aspiration sein, sondern Pflicht. Nur dort, wo dies unverzichtbar ist, etwa im Bereich der Behandlung von Fremdgeldern, soll es weiterhin entsprechend der überkommenen Berufsrechtstradition detaillierte Vorschriften geben, die genaue Handlungsanleitungen bieten.

20 *Solicitors Regulation Authority* (Hrsg.), *Outcomes-focused regulation – transforming the SRA's regulation of legal services*, London 2010, S. 12.

21 Vgl. etwa *Singer*, AnwBI 2009, 393, 395.

22 Europäische Gemeinschaften (Hrsg.), *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, 2007, S. 55.

23 Europäische Gemeinschaften (Hrsg.), aaO, S. 55.

24 Vgl. etwa die Forderung von *Knöfel/Mock*, AnwBI 2010, 230 und die scharfe Replik von *Streck*, AnwBI 2010, 491.

nicht zweifelsfrei, der Ansatz ist aber bereits deshalb diskussionswürdig, weil er in konkurrierenden Rechtsordnungen an Bedeutung gewinnt. Schließlich wird ein weiterer Vorteil des neuen Regulierungsansatzes in der größeren Flexibilität des neu akzentuierten Regulierungskonzeptes gesehen, auf Entwicklungen am Rechtsdienstleistungsmarkt und Bedürfnisse der dort Tätigen zu reagieren. Wer etwa in Deutschland ob der rasanten Öffnung des englischen (und australischen) Berufsrechts hin zu dem, was als „Alternative Business Structures“ bezeichnet wird²⁵, überrascht ist, verkennt, dass sich eine der Idee der „*outcomes based regulation*“ verpflichtete Diskussion nicht all zu sehr mit Detailfragen aufgehalten hat, wie zahlreiche Einzelvorschriften des überkommenen Berufsrechts mit zuvor undenkbbaren Formen interdisziplinärer und fremdkapitalisierter Berufsausübung vereinbar sein könnten oder nicht.

Kein Zweifel: Eine Methode der Regulierung, bei der das Erreichen bestimmter Zielvorgaben zum Maßstab des Handelns gemacht wird, wirft für den Juristen, den deutschen Juristen insbesondere, grundlegende Fragen auf. Genügt ein solcher Ansatz den Anforderungen an Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Verwaltungshandeln, soll Verhalten tatsächlich von seinem Ergebnis ausgehend retrospektiv bewertet werden? Diese berufspolitisch und verfassungsrechtlich interessanten und komplexen Fragen werden zu diskutieren sein, wenn sich Deutschland an der internationalen Diskussion beteiligt. Wie auch immer man zu diesen neuen Ideen steht, wichtig ist, dass diese Diskussion nicht an Deutschland vorübergeht, wir über „ethische Richtlinien“ nicht mit dem falschen Schwerpunkt und primär rückwärts-gewandt debattieren.

C. Kommerzialisierung

Zum festen Bestandteil der Diskussion über die freien Berufe gehört von jeher die bewusste Abgrenzung der ihnen Zugehörigen von den Gewerbetreibenden. Nach verbreitetem Verständnis grenzen sich die freien Berufe vom Gewerbe neben anderen Unterscheidungsmerkmalen durch die Freiheit vom Entgeltmotiv, durch eine altruistische Berufsauffassung ab. Angesichts der Tatsache, dass heutzutage auch die freiberufliche Tätigkeit dem Erwerb des Lebensunterhalts dient und in diesem Sinne „auf Erwerb“ gerichtet ist, wird eine überidealisierende Auffassung von der altruistischen Einstellung des Freiberuflers den tatsächlichen Gegebenheiten freilich nicht gerecht²⁶. Die freien Berufe stellen keine, wie *Talcott Parsons* bereits 1939 formuliert hat, „altruistische Insel innerhalb einer im Übrigen egoistischen Berufswelt“ dar²⁷. Die Mahnung, dass ein entmythologisiertes Verständnis der Freiberuflichkeit notwendig ist²⁸, kann daher nur erneut erhoben werden. Ein solches Verständnis muss als Ausgangspunkt die Erkenntnis wählen, dass es einen Unterschied zwischen manifestierten Erwartungen und tatsächlichem Verhalten der Freiberufler gibt²⁹. *Taupitz* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass für eine Kennzeichnung der freien Berufe nur wesentlich ist, dass die freiberuflich Tätigen mehr als andere Erwerbstätige einem wirtschaftsethischen Postulat unterliegen, sich bei ihrer Berufsausübung nicht primär von Erwerbsaussichten leiten zu lassen³⁰. Individuelles Erfolgsstreben wird daher stärker als im gewerblichen Bereich sanktioniert und kanalisiert, ist der Berufstätigkeit aber nicht wesensfremd³¹. Das Gewinnstreben muss vielmehr in

seiner Relation zu anderen Interessen gesehen und bewertet werden³². Bei der Kollektivitätsorientierung der Freiberufler handelt es sich letztlich um eine besonders ausgeprägt statuierte Rollenerwartung³³. Um ihr gerecht zu werden, ist eine Relativierung des Gewinnstrebens ausreichend, nicht aber seine Aufgabe erforderlich³⁴.

Dies vorausgeschickt, bietet die seit 2006 bewirkte teilweise Deregulierung des anwaltlichen Vergütungsrechts³⁵, so sehr sie auch rechtspolitisch geboten und in Teilbereichen rechtlich notwendig gewesen ist, das größte Potenzial, zu einer Enttäuschung der „besonders ausgeprägt statuierten Rollenerwartung“ zu führen und damit zu einem schwindenden Verständnis der Gesellschaft für die Rechtfertigung von Monopolrechten und Privilegien, die Freiberufler traditionell für sich in Anspruch nehmen können. Die aufgrund der Freiberuflichkeit gebotene Relativierung des Gewinnstrebens macht es erforderlich, dass Berufsträger neu gewonnene Freiheiten besonders verantwortungsvoll und mit einer gewissen Zurückhaltung nutzen. Hiermit ist bei einem Blick auf anwaltliche Vergütungsvereinbarungen keineswegs eine Relativierung der anwaltlichen Vertragsfreiheit gemeint, wohl aber ein geschärftes Bewusstsein dafür, dass nicht alles, was rechtlich zulässig wäre, auch opportun ist. Die gegenwärtig in immer größerer Zahl veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, die Auseinandersetzungen von Rechtsanwältinnen mit ihren Mandanten über geschlossene Honorarvereinbarungen manifestieren³⁶, bieten deshalb gewissen Anlass zur Sorge. Gestritten wird über die Zahl abgerechneter Stunden, die Höhe des Stundensatzes, die abrechenbaren Intervalle bei zeitabhängiger Vergütung. Nicht mehr lange dauern dürfte es, bis es zu ersten Streitigkeiten über die Angemessenheit von Erfolgshonoraren oder Erfolgsbeteiligungen kommt. Viele dieser anwaltlichen Klagen sind zweifelsfrei berechtigt und wenig mehr als Ausdruck der *Jahoda*'schen Erkenntnis: „In punkto Honorar ist der Klient stets undankbar!“³⁷. Gleichwohl: Nicht immer hat man den Eindruck, dass in völlig unangreifbarer Art und Weise abgerechnet worden ist. Zweifelhaft ist hierbei seltener die Höhe des Stundensatzes und häufiger der betriebene Aufwand an Zeit und Personen, die Modalität der Abrechnung. Selbst wenn es anders ist: Kann es etwa im Interesse der Anwaltschaft sein, medienwirksam gerichtlichen Streit darüber zu führen, ob tat-

25 Vgl. *Henssler*, AnwBI 2009, 1, 5; *Hellwig*, AnwBI 2005, 342, 344.

26 Vgl. BGHZ 48, 313, 324. Ferner BVerfGE 10, 354, 368: „Die nüchterne Einsicht in die reale gesellschaftliche und ökonomische Situation setzt sich gegenüber den überkommenen standesideologischen Vorstellungen vom „freien Beruf“ in weitem Maße durch.“

27 Vgl. *Kairat*, *Professions oder freier Beruf?*, Berlin 1969, S. 18.

28 *Kilian*, *Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts*, 2003, S. 285.

29 So bereits *Friedlaender/Friedlaender*, RAO, 3. Auflage 1930, Einl., Anm. 11.

30 *Taupitz*, *Die Ständesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 61

31 *Friedlaender*, *Der Arbeitspreis bei den freien Berufen*, München, 1933, S. 26f.; *Leisner*, NJW 1974, 478, 481; *Taupitz*, aaO, S. 62.

32 *Ahrens*, AnwBI 1992, 247, 249.

33 *Taupitz*, aaO, S. 62.

34 *Kilian*, aaO, S. 286.

35 Hierzu *Kilian*, BB 2006, 1509ff. (§ 34 RVG), NJW 2009, 1905ff. (zu §§ 49b Abs. 2 BRAO, 4a RVG). Eine erste vorsichtige Deregulierung war bereits 1994 mit der Aufhebung des Verbots der Gebührenunterschreitung im Bereich der außergerichtlichen Tätigkeit erfolgt.

36 BGH AnwBI 2010, 362; 2009, 554; 2009, 389; AGS 2009, 430; OLG Düsseldorf AnwBI 2010, 236; MDR 2009, 672; OLG Celle, AGS 2010, 5; OLG Schleswig 2009, 554; OLG Koblenz ZEV 2009, 197; OLG München v. 25.11.2009, Az. 7 U 4007/09; OLG Frankfurt v. 17.12.2008, Az. 4 U 3/08; LG Bremen ZAP EN-Nr 450/2009.

37 Das komplette Gedicht ist in „Das Menschenrecht“ 1981, 7, 8 abgedruckt.

sächlich 15 Minuten abgerechnet werden dürfen, wenn drei Minuten gearbeitet wurde? Man mag hierfür mit einiger Anstrengung rechtliche Argumente finden können – nicht aber das Verständnis der Bevölkerung, die allein das Benachteiligungspotenzial sieht und sich zu diesen Fragen, anders als zu gesetzlich verordneten wertabhängigen Mittelgebühren oder Betragsrahmengebühren, durchaus eine Meinung bildet und auch auf diese gestützt Rolle und Funktion der Anwaltschaft wertschätzt. In diesem Bereich ist ein Kampf mit juristischen Argumenten möglicherweise vor Gericht zu gewinnen, nicht aber in den Köpfen der Bevölkerung. Etwas weniger Orientierung an äußersten Grenzen, die RVG und BGB abstecken, und ein wenig mehr mandantenorientiertes „Pricing“ dürfte der zukunftsweisendere Weg sein.

Die Lehren des in Sachen Zeit- und Erfolgshonorare deutlich erfahreneren Auslands zu diesem Thema sollten deutliche Warnung sein: Im Zentrum der öffentlichen Berufsschelte steht nicht selten die Vergütung der Anwaltschaft – dies gilt in besonders besorgniserregendem Ausmaß für die USA, wo die Anwaltschaft in den vergangenen Jahrzehnten einen dramatischen Ansehensverlust erlitten hat und dieser nicht zuletzt darauf zurückgeführt wird, dass die Vergütungspraxis der Anwaltschaft für die Bevölkerung eine Relativierung des Gewinnstrebens, eine Kollektivitätsorientierung, nicht mehr hinreichend erkennen lässt. Sowohl die Abrechnung von Stundenhonoraren als auch die für die USA charakteristische erfolgsbezogene Vergütung des Anwalts, die nunmehr auch in Deutschland ermöglicht worden ist, stehen gleichermaßen in der Kritik. Während etwa die Zeitvergütung ursprünglich als objektives und faires Vergütungsmodell gepriesen wurde, sieht es sich mittlerweile der Kritik ausgesetzt, Ineffizienz, übertriebenes Prozessieren und betrügerisches Abrechnungsverhalten zu fördern³⁸. Anwälte, die auf der Basis von Erfolgshonoraren tätig sind, stehen in der Kritik, weil sie sich häufig hohe Erfolgsbeteiligungen versprechen lassen, ohne ein nennenswertes Verlustrisiko eingehen. Bezeichnend ist, dass der amerikanische Soziologe *Marc Galanter* in einer Studie zu der Frage, wie sich das Image von Rechtsanwälten in populären Witzen widerspiegelt, dem Honorartheema unter der Überschrift „The Lawyer As An Economic Predator“ („Der Rechtsanwalt als ökonomisches Raubtier“) einen eigenen Abschnitt widmen musste – Beleg dafür, dass die Thematik dem juristischen Laien überaus negativ bewusst ist. Bewusstsein dafür, dass der Bedeutungsverlust des Tarifgesetzes ausgeprägtere Sensibilität in Vergütungsfragen, aber auch mehr Transparenz und Kommunikation erfordert, ist daher in Zukunft unverzichtbar.

D. Zugang

Ist der zentrale Bezugspunkt der Legitimation der freien Berufe ihr Wirken im Gemeinwohlinteresse, also für alle Bürger und damit im Reflex für das Gemeinwesen insgesamt, setzt dies gedanklich voraus, dass der Zugang zu den gemeinwohlorientierten freiberuflichen Leistungen jedermann möglich ist, insbesondere nicht unüberwindbare Kosten bestehen, die eine Inanspruchnahme faktisch unmöglich machen. Die Gewährleistung des Zugangs aller Bevölkerungsschichten zu einer Grundversorgung mit den freiberuflichen Leistungen der freien Berufe im engeren Sinne wird vor diesem Hintergrund eine Zukunftsherausforderung von erheblichem Ausmaß sein. Wer als Berufsgruppe

nur noch für einen kleinen Teil der Bevölkerung Leistungen erbringt, dem fällt es schwer, den Gemeinwohlbezug seiner Tätigkeit plausibel zu begründen. Augenfällig werden diese Zukunftsherausforderungen bereits in der Gegenwart mit Blick auf die Versorgung der Bevölkerung mit den freiberuflichen Leistungen der Heilberufe, die nur noch durch staatliche Intervention in erheblichem Ausmaß gewährleistet werden kann. Eine vergleichbare Versorgungsdiskussion ist mit Blick auf die Rechtsberufe bislang noch nicht in den Gang gekommen, nicht zuletzt wohl auch deshalb, weil die Versorgungssituation bislang – auf rein anekdotischer, nicht empirisch fundierter Basis – als recht zufriedenstellend wahrgenommen wird.

Der Zugang zu Rechtsdienstleistungen wird in Deutschland kostenseitig seit langem durch ein Drei-Säulen-Modell gewährleistet: Zum einen hat der Gesetzgeber vor mehr als 130 Jahren das Prinzip der Quersubventionierung im Vergütungsgesetz etabliert, durch das niedrigwertige Streitigkeiten zu einer relativ geringen anwaltlichen Vergütung führen, während hochwertigere Streitigkeiten zu einer im Vergleich überdurchschnittlich hohen Vergütung führen³⁹. Unterstellt man simplifizierend, dass „kleine Leute“ insbesondere „kleinere Rechtsstreitigkeiten“ austragen, hat dieses dem Tarifgesetz immanente Wirkungsprinzip eine signifikante soziale Komponente. Als weitere Säule der Sicherstellung des Zugangs zum Recht hat die öffentliche Hand das staatlich finanzierte System der Prozesskosten- und Beratungshilfe etabliert, das bedürftigen Bürgern, die sich anwaltlichen Beistand nicht leisten können, den Zugang zum Rechtsanwalt öffnen soll⁴⁰. Schließlich stellt auch das privatwirtschaftlich organisierte System der Rechtsschutzversicherungen den Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen sicher, da es Bürgern ermöglicht, sich zu relativ überschaubaren Kosten für viele Bereiche des täglichen Lebens gegen das allgemeine Lebensrisiko, in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden, zu versichern⁴¹.

Alle drei skizzierten Säulen, die bislang den Zugang zur Dienstleistung der Rechtsanwälte sicherstellen, erodieren gegenwärtig in unterschiedlich starkem Maße in ihrem Fundament. Am augenfälligsten wird dies angesichts der Bemühungen der Bundesländer, die – im internationalen Vergleich äußerst bescheidenen⁴² – Aufwendungen des Fiskus für die Beratungs- und Prozesskostenhilfe zu reduzieren⁴³. Zur Beruhigung des rechtspolitischen Gewissens bei diesem

38 50 Prozent aller amerikanischen Anwälte gehen nach ihren Erfahrungen davon aus, dass Mandanten von ihren Anwälten bei der Liquidation der vereinbarten Stundenvergütung gelegentlich oder häufig betrogen werden. Auditoren, die sich auf die Überprüfung anwaltlicher Vergütungsabrechnungen spezialisiert haben, entdecken in 5-10 Prozent aller Rechnungen offensichtlich betrügerisches Abrechnungsverhalten und in weiteren 25-35 Prozent aller Fälle zumindest zweifelhaftes Vergütungsgebaren, *Kilian*, aaO, S. 370 m.w.N. Die Probleme des Zeithonorars werden durch weitere Zahlenwerte gestützt: 59 Prozent der amerikanischen Anwälte räumen in einer Umfrage ein, dass ein Tätigwerden gegen Zeithonorar regelmäßig oder gelegentlich dazu verleite, nicht notwendige, aber abrechenbare Tätigkeiten zu entfalten. 34,6 Prozent meinten, Zeithonorare animierten in „gewisser“ (27,4 Prozent), „erheblicher“ (5,6 Prozent) beziehungsweise „sehr erheblicher“ (1,6 Prozent) Weise zu betrügerischem Verhalten gegenüber dem eigenen Mandanten; *Ross*, [1991] 44 *Rutgers Law Review* 1, 16f.

39 Hierzu näher *Hommerich/Kilian*, Vergütungsvereinbarungen, 2007, S. 19ff.

40 Hierzu jüngst *Hommerich/Kilian*, BRAK-Mitt. 2010, 106ff.

41 Hierzu näher *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 2010, S. 79ff.

42 Vgl. BT-Drucks. 17/2164, Anlage 2, S. 72ff.

43 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Beratungshilferechts, BT-Drucks. 17/2164. Zu dem in der vorangegangenen Legislaturperiode bereits eingebrachten, inhaltsgleichen Entwurf (BR-Drucks. 648/08) etwa *Corcilius/Remmert*, Rpfleger 2008, 613ff.; *Hansens*, RVG-Report 2008, 9f.; *Kilian*, ZRP 2009, 9ff.

– in rechtstatsächlicher Hinsicht weitgehend erkenntnisfrei vorbereiteten⁴⁴ – Gesetzesvorhaben mag die Vorstellung dienen, dass in Deutschland ohnehin Rechtsschutzversicherungen eine deutlich größere Bedeutung bei der Sicherstellung des Zugangs zu anwaltlichen Dienstleistungen haben als Prozesskosten- und Beratungshilfe⁴⁵. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen profitiert der deutsche Fiskus in erheblichem Maße von der Bereitschaft der Bürger, sich gegen das Risiko einer Belastung mit Kosten einer rechtlichen Auseinandersetzung zu versichern. 35 Prozent der Rechtssuchenden finanzieren in einem Fünfjahreszeitraum ihre Rechtsverfolgung durch eine Rechtsschutzversicherung, ihr Anteil liegt damit mehr als viermal höher als der Anteil der Bürger, die auf staatliche Kostenhilfe zurück greifen⁴⁶.

Rechtspolitisch auf dieses privatwirtschaftlich organisierte und eigenverantwortlich finanzierte System der Sicherstellung des Zugangs zu anwaltlichen Dienstleistungen zu setzen, ist kurzfristig: Es ist zwar zutreffend, dass in keiner anderen Rechtsordnung weltweit der Schutz der Bevölkerung durch Rechtsschutzversicherungen so ausgeprägt ist wie in Deutschland. Dieser Schutz ist allerdings seit einigen Jahren rückläufig: Im Jahr 2009 waren 41,9 Prozent der deutschen Haushalte durch Rechtsschutzversicherungen geschützt. Bei einer Langzeitbetrachtung wird ein kontinuierlicher, wenn auch relativ langsamer Rückgang der Versicherungsquote deutlich – Mitte der 1990er Jahre waren noch 48 Prozent aller Haushalte durch eine Rechtsschutzversicherung geschützt⁴⁷. In dieses Bild passt, dass die Rechtsschutzversicherung als Versicherungsprodukt bei einer Betrachtung des Versicherungsportfolios deutscher Haushalte zu den Verlierern der letzten Dekade gehört. Neben der Rechtsschutzversicherung hat in den letzten Jahren allein die Lebensversicherung einen signifikanten Bedeutungsrückgang verzeichnet⁴⁸. Dies deutet daraufhin, dass die Bürger Rechtsschutzversicherungen trotz ihrer allgemein anerkannten Nützlichkeit für eher entbehrlich halten als andere Versicherungsprodukte: Künftig wird sich auch deshalb der Druck auf das Finanzierungsinstrument Rechtsschutzversicherung erhöhen, weil andere Sparten der Privatversicherung von immer weiter reduzierten Leistungsversprechen der gesetzlichen Sozialversicherungssysteme profitieren. Kostensensible Bürger schichten in einem solchen Szenario ihr Versicherungsportfolio offensichtlich tendenziell auf Kosten von Rechtsschutzversicherungen um. Der Staat selbst trägt vor diesem Hintergrund zu einem Bedeutungsverlust des ihn bislang in erheblichem Umfang entlastenden Systems der Rechtsschutzversicherung bei, wenn er dieses durch die Aufbürdung zusätzlicher Risiken im Bereich privater Krankheits-, Erwerbsunfähigkeits-, Pflege- oder Altersvorsorge auf den Bürger faktisch weniger erschwinglich macht. Weil Rechtsschutzversicherungen auch von Angehörigen unterer Einkommensschichten vorgehalten werden, kann dies mittelfristig zu steigender Nachfrage nach staatlicher Kostenhilfe zulasten des Fiskus und damit zu einer Verschiebung der Bedeutung der miteinander konkurrierenden Finanzierungssysteme führen. Es ist daher durchaus ungewiss, ob der Staat sich zukünftig darauf verlassen kann, einen im Vergleich zu dem von den Bürgern selbst finanzierten Rechtsschutzversicherungssystem nur relativ geringen Teil der Lasten der Sicherstellung des Zugangs zu anwaltlichen Dienstleistungen tragen zu müssen. Die gegenwärtigen Gesetzgebungsvorhaben zur Reduzierung der staatlichen Kostenhilfe lassen bereits ein grundlegendes Verständnis für die Interdependenz

der verschiedenen Finanzierungssysteme einerseits und der Auswirkungen zunehmender staatlicher Belastungen in anderen Bereichen auf das System der staatlichen Kostenhilfe andererseits vermissen.

Als wäre dies nicht bereits misslich genug, sieht sich auch die dritte Säule des Systems, das gegenwärtig den Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen sicherstellt, Angriffen ausgesetzt: Wohl aus einem grundlegenden Missverständnis über die Wirkungsweise des deutschen Tarifgesetzes einerseits und der Geringschätzung der sozialen Komponente der Quersubventionierung andererseits wird das deutsche Gebührenrecht nach wie vor insbesondere von Seiten der Europäischen Kommission⁴⁹, aber auch durch die Monopolkommission⁵⁰ kritisch beäugt. Dass insbesondere auf europäischer Ebene Fallstricke lauern, zeigt etwa, dass die Europäische Union unlängst das griechische Gebührenrecht der Anwälte kritisch in den Blick genommen hat⁵¹. Würde es zu einer weiteren Deregulierung des Vergütungsrechts durch Abschaffung gesetzlicher Gebührenvorschriften im Bereich der wertabhängigen Gebühren für außergerichtliche und gerichtliche Vertretung kommen, würde der Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen für Teile der Bevölkerung noch weiter erschwert.

Es liegt ohne weiteres auf der Hand, dass eine spürbare Beschneidung der Möglichkeit, Prozesskosten- oder Beratungshilfe zu erhalten, ein signifikanter weiterer Rückgang der Absicherung der Bevölkerung durch Rechtsschutzversicherungen und ein Verzicht auf ein Vergütungsrecht, das eine soziale Komponente enthält⁵², in immer stärkerem Maße bestimmte Bevölkerungsgruppen vom Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen abschneiden würde. Dies gilt umso mehr aufgrund des demographischen Wandels, der zum Entstehen einer breiteren, relativ großen einkommensschwachen Unterschicht und einer wachsenden, wenngleich absolut relativ kleinen Oberschicht bei gleichzeitigem Schrumpfen der Mittelschicht führt. Das Entstehen einer ausgeprägter „sanduhrförmig“ strukturierten Gesellschaft mit einem schmaler werdenden Mittelstandsbereich, das jüngst das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung nachgewiesen hat⁵³, führt, dies zeigen nicht zuletzt auch die Erfahrungen des Auslands, zu einem zunehmenden Druck auf den Fiskus, den Zugang immer größerer Bevölkerungsschichten zum Recht zu gewährleisten, soweit man diesen

44 Analyse von Akten durch den Landesrechnungshof NRW, wobei die Methodik völlig im Dunkeln bleibt und sich die mitgeteilten Erkenntnisse auf das Kolportieren besonders außergewöhnlicher Einzelfälle beschränken (BT-Drucks. 17/2164, S. 18).

45 Der Fiskus wendet für die staatliche Kostenhilfe per capita pro Jahr lediglich ein Fünftel dessen auf, was jeder Bürger vorausschauend in Rechtsschutzversicherungsprämien investiert, *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen, S. 91ff.

46 *Hommerich/Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 2008, S. 136ff.

47 Zum Ganzen *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen, S. 33ff.

48 Wobei dies vor allem auf der Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen beruhte. Zum Versicherungsschutz der Deutschen *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen, S. 34f.

49 Hierzu *Henssler/Kilian*, AnwBl 2005, 1ff.

50 Monopolkommission, 16. Hauptgutachten, 2006, Rn. 1034ff.

51 Vgl. AnwBl 2010/7, S. VIII.

52 Wenngleich deren Finanzierung zu Lasten einer relativ klar abgegrenzten Teilgruppe der Anwaltschaft geht, vgl. *Hommerich/Kilian*, Vergütungsvereinbarungen, S. 24.

53 *Goebel/Gornig*, Polarisierung der Einkommen: Die Mittelschicht verliert, Berlin 2010.

als verfassungsrechtliche Verpflichtung ernst nimmt. Eine Alternative hierzu ist eine etwa aus England bekannte Priorisierung⁵⁴, d. h. eine abstrakte Ausklammerung von bestimmten Rechtsstreitigkeiten aus dem Kreis förderwürdiger, staatlich finanzierter Verfahren. Ein solches Denken, eine Scheidung von Rechtsstreitigkeiten nach Rechtsgebieten in gesellschaftlich wertvolle und überflüssige Verfahren, ist dem deutschen Recht bislang fremd. Eine entsprechend Diskussion wird früher oder später drohen, sollten alternative Finanzierungsinstrumente künftig an Bedeutung verlieren und wäre der Staat – erwartungsgemäß – nicht bereit, die resultierenden Lücken zu schließen.

Für die Anwaltschaft ist die primär vom Gesetzgeber zu gebende Antwort auf die Frage, wie die sich voraussichtlich spürbar verschärfende Problematik, in welchem Ausmaß die Bevölkerung in der Zukunft Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen haben wird, einer sachgerechten Lösung zugeführt werden kann, eine zentrale Zukunftsherausforderung. Sie wird mit bestimmen, in welchem Maß die Anwaltschaft weiterhin gesamtgesellschaftliche Relevanz hat und nicht der berufene unabhängige Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten nur derjenige ist, die sich die Kosten ohne Probleme leisten können.

E. Partizipation

Nach deutschem Verständnis ist mit der Existenz regulierter freier Berufe die Idee der funktionalen Selbstverwaltung eng verbunden, wenngleich sich beide Institute nicht zwingend wechselseitig bedingen⁵⁵. Gleichwohl ist unbestreitbar, dass das Prinzip der funktionalen Selbstverwaltung den freien Berufen, die ihm unterfallen, in besonderem Maße Profilierung erlaubt. Eine Diskussion über die Zukunft der regulierten freien Berufe wird daher nicht losgelöst von der Frage nach der Zukunft des Kammerwesens, das die Zuständigkeit der unmittelbaren Staatsverwaltung durchbricht, geführt werden können. Die hierdurch bewirkten pluralen Organisationsstrukturen relativieren die Einheit der Staatsgewalt, so dass die Idee der Funktionalitätsverwaltung, zumeist unter Hinweis auf ein demokratisches Legitimationsdefizit, bisweilen kritisch betrachtet wird⁵⁶. Dieser Beitrag kann und soll nicht die grundlegende Frage diskutieren, wie die Zukunft des Kammerwesens aussehen wird. Aufzuwerfen ist allerdings das Problem, ob die Anwaltschaft, so sie sich der Idee der Selbstverwaltung in eigenen Angelegenheiten verbunden fühlt, für eine solche Diskussion mit den Kritikern gut gerüstet ist. Selbstverwaltung setzt bereits begrifflich Partizipation voraus⁵⁷. Diejenigen, die für sich in Anspruch nehmen, ihre Angelegenheiten in eigenständiger, übertragener Verantwortung regeln zu wollen, können eine entsprechende Forderung nur überzeugend vortragen, wenn Anspruch und Realität in Deckung sind. Angesichts der kritischen Sicht etwa der Europäischen Kommission auf sich selbst regulierende, wirtschaftsrelevante Teilgruppen – zu denen sachlich

unzutreffend zumeist auch der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnende Selbstverwaltungskörperschaften gezählt werden – erschwert fehlende Partizipation der Betroffenen Legitimierung von Selbstverwaltung. Solche Partizipation manifestiert sich zum einen durch Wahrnehmung der eingeräumten Rechte im Prozess der demokratischen Willensbildung in den Strukturen der Selbstverwaltung, zum anderen durch die Übernahme von Aufgaben in der Selbstverwaltung.

Die seit langem anekdotisch berichtete geringe Bereitschaft zur Beteiligung am demokratischen Willensbildungsprozess durch Teilnahme an Wahlen der Kammern⁵⁸ und zur Satzungsversammlung ist jüngst empirisch nachgewiesen worden⁵⁹. Anlass zur Sorge gibt hierbei insbesondere die geringe Bereitschaft jüngerer Anwälte, sich in die Selbstverwaltung einzubringen. Dies dürfte nicht nur eine Altersfrage sein, sondern in erheblichem Maße Abbild eines Berufsstands sein, der den inneren Zusammenhalt teilweise zu verlieren droht. Insbesondere das exponentielle Größenwachstum der Rechtsanwaltskammern in den vergangenen 20 Jahren hat dazu geführt, dass die Anwaltschaft auch auf lokaler Ebene anonym geworden ist, das Zusammengehörigkeitsgefühl innerhalb des Berufsstands abgenommen hat und Partizipation nicht mehr in dem Maße der Vergangenheit als Kulminationspunkt berufsständischer Verbundenheit gesehen wird⁶⁰. Die Legitimation von Selbstverwaltung wird bei einem solchen Befund zwangsläufig erschwert. Es wird daher eine weitere wesentliche Zukunftsherausforderung für die Anwaltschaft sein, in einem sich in einem stetigen Größenwachstum befindlichen, sich immer weiter segmentierenden Berufsstand das Bewusstsein für die Notwendigkeit von Partizipation zu schärfen.

54 Vgl. *Kilian*, AnwBl 2008, 236, 237.

55 Vgl. auch *Kämmerer*, S. 37 ff..

56 Vgl. *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 33ff.; zum Streitstand *Kluth*, in: *Kluth* (Hrsg.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, S. 110ff.

57 Vgl. auch *Stober*, *GewArch* 1988, 145, 147; *Groß*, in: *Kluth* (Hrsg.), aaO, S. 197.

58 Jüngst etwa *Schmidt*, *Kammermitteilung RAK Düsseldorf* 2010, 106.

59 *Hommerich/Kilian*, *Berufsrechtsbarometer*, 2009, S. 127ff.

60 *Hommerich/Kilian*, *Berufsrechtsbarometer*, aaO, S. 128.



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.