

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

10/2013

Oktober



Report
Enttäuschte
Erwartungen –
Die amerikanische
Juristenausbildung
in der Krise

Aufsätze

Henssler: Interessenkollision	668
Hellwig: Unabhängigkeit	677
Prütting: Unabhängigkeit	683
Kilian: Berufsethische Regeln	688
Offermann-Burckart: Anwalts-GbR mit Mustersozietätsvertrag (Serie)	ab 697
Rabe: Juristenausbildung	719
Dastis/Udich: Law Clinic	721

Magazin

Hartung: Sozietätsrecht	742
-------------------------	-----

Aus der Arbeit des DAV

Anwaltakademie: Fortbildungstrends	746
NSA-Skandal: Diskussion	747

Haftpflichtfragen

Werner: Vergleichswiderruf	766
----------------------------	-----



» Ich setze auf RA-MICRO,
weil ich anderen gern
einen Schritt voraus bin «

RAin Monika Wacker
Kanzlei Wacker & Koch & Martinus, Berlin

Erleben Sie Kanzleiorganisation auf die modernste Art: RA-MICRO 8, Deutschlands erste komplett für Windows 8 konzipierte und programmierte Kanzlei-Software! Mit intuitivem und individualisierbarem Menü, auch ideal für Touchgeräte geeignet. RA-MICRO 8 macht mehr möglich – und das Mögliche einfacher denn je.

INFOLINE 0800 726 42 76

RA-MICRO
KANZLEISOFTWARE

www.ra-micro.de

A Aufsätze

Editorial

- M 327** Kooperation ein Fremdwort?
Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel
Präsident des Deutschen Anwaltvereins

Nachrichten

- M 330** Willkommen in der
„Postdemokratie“
Christian Bommaris, Berlin
- M 332** Kollektive Rechtsschutzverfahren – der Druck nimmt zu
Rechtsanwalt Christian Schwörer, Brüssel
- M 334** Nachrichten
- M 347** Stellenmarkt des Deutschen Anwaltvereins
- M 352** Bücher & Internet
- M 360** Deutsche Anwaltakademie
Seminar kalender

Schlussplädoyer

- M 362** Nachgefragt, Comic,
Mitglieder-Service
- 774** Fotonachweis, Impressum

Anwaltsrecht

- 668** Interessenkonflikte – der
Dauerbrenner des Berufsrechts
Prof. Dr. Martin Henssler, Köln
- 677** Unabhängigkeit und Gemeinwohl: Dimensionen der Freiheit
Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main
- 683** Die Unabhängigkeit der
rechtsberatenden Berufe
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln
- 688** „Berufsethische Regeln“ für
die deutsche Anwaltschaft?
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln
- 693** Tektonische Verwerfungen im
anwaltlichen Gesellschaftsrecht
Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz, Köln
- 697** Serie: Alles zur Anwalts-GbR –
Mustersozietätsvertrag
Rechtsanwältin Dr. Susanne
Offermann-Burckart, Grevenbroich

Anwaltszukunft

- 719** Juristenausbildung – Reform
der Reform von 2003
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe,
Berlin
- 721** Gutes pro bono leisten: Wie
gründet man eine Law Clinic?
Juan Carlos M. Dastis, LL.M. (Cambridge),
Oxford und Julian Udich, Hamburg
- 731** Fachanwaltsordnung (FAO):
Neuer Fachanwaltsgebiete?
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian,
Soldant-Institut, Köln
- 733** Anwaltliche Themen in
Forschung und Lehre
Tätigkeitsbericht des Instituts für
Anwaltsrecht an der Universität zu Köln
- 735** Dokumentationszentrum

Bücherschau

- 736** Strafverteidiger
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

M Magazin

Report

- 738** Die amerikanische Juristen-
ausbildung in der Krise:
Enttäuschte Erwartungen
Dr. Justus von Daniels, Berlin

Kommentar

- 742** Sozietätsrecht: Verwalten
oder gestalten?
Rechtsanwalt Markus Hartung, Berlin

Gastkommentar

- 743** Gewitterwolken über dem
Bundessozialgericht
Dr. Melanie Amann, Der Spiegel

Anwälte fragen nach Ethik

- 744** Ausnutzung des E-Mail-
Accounts des Gegners
DAV-Ausschuss Anwaltliche Berufsethik

„Berufsethische Regeln“ – ein Modell für die deutsche Anwaltschaft?

Gedanken zu einer falsch akzentuierten Diskussion – Zwischenbilanz nach fünf Jahren und ein neuer Anstoß*

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

Das Unbehagen ist in der Anwaltschaft zu spüren: Zum einen ist das anwaltliche Berufsrecht gerade in Deutschland in den vergangenen 25 Jahren liberalisiert worden, zum anderen hat die Debatte über ethisch korrektes Handeln in vielen Wirtschaftsbereichen längst auch die Anwaltschaft erreicht. Dass die Anwaltschaft inzwischen in einem Spannungsfeld zwischen Berufsethos und Kommerz praktiziert, hat Prof. Dr. Martin Henssler vor fünf Jahren in einem viel beachteten Vortrag auf den Punkt gebracht (nachzulesen in AnwBl 2008, 721). Der Autor zeichnet die Linie der von Henssler ausgelösten Diskussion nach und ordnet diese in den internationalen Kontext ein. Er wirbt dafür, die Diskussion nicht mehr vor dem Hintergrund der bis 1987 geltenden Richtlinien der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zu führen, sondern mit Blick in die Zukunft. Grundsätze guter Berufsausübung könnten sicherstellen, dass der Anwaltsberuf nach wie vor das Vertrauen in Anspruch nehmen kann, das ihm bislang die Gesellschaft entgegen gebracht hat.

I. Fünf Jahre Ethikdiskussion

Vor nunmehr fünf Jahren, am 6. Juni 2008, stieß *Martin Henssler*, langjähriger Präsident des Deutschen Juristentages und seit mehr als 20 Jahren Direktor des Kölner Instituts für Anwaltsrecht, in einem Festvortrag auf der Jubiläumsveranstaltung aus Anlass des 100-jährigen Gründungsjubiläums der Hans-Soldan-Stiftung eine der lebhaftesten berufspolitischen Diskussionen der vergangenen Jahrzehnte an – sie ist bis zum heutigen Tage nicht verstummt: In seinem Vortrag mit dem Titel „Anwaltschaft zwischen Berufsethos und Kommerz“¹ bot *Henssler* eine historische, soziologische, ökonomische und rechtliche *tour d'horizon* zur Anwaltschaft, in deren Rahmen er zehn Thesen zum Status quo und der Zukunft der Anwaltschaft formulierte.

Den größten Widerhall fand seine SchlussThese 10. Sie lautete: „Für eine selbstverfasste Anwaltschaft liegt es besonders nahe, ethische Richtlinien zu verabschieden“². In solchen ethischen Richtlinien solle, so *Hensslers* Anregung, die Anwaltschaft das allgemeine Grundverständnis guter anwaltlicher Berufsausübung insbesondere mit Blick auf die Mandanten festschreiben, auf diese Weise das Ansehen des Berufsstands positiv steuern und Grundsätze guter anwaltlicher Unternehmensführung etablieren. *Henssler* identifizierte zur Veranschaulichung seiner These fünf Bereiche, in denen entsprechende Regeln eine besondere Bedeutung erlangen könnten. Er wies etwa auf Hilfestellungen beim Auftreten von Interessenkonflikten, bei der Vereinbarung von Erfolgs-

honoraren, bei der Ausgestaltung der anwaltlichen Werbung, der Verbesserung der Fortbildung und der Professionalisierung des Kanzleimanagements hin³. *Henssler* hatte mit diesen Gedanken, die nur ein kleiner Teil seines Festvortrages waren, offensichtlich den Nerv der Zeit getroffen: Bereits fünf Tage später, am 11. Juni 2008, veröffentlichte die Frankfurter Allgemeine Zeitung im Wirtschaftsteil einen Artikel unter dem Titel „Rechtsanwälte brauchen berufsethische Richtlinien“ und berichtete über *Hensslers* Vortrag⁴.

Die organisierte Anwaltschaft reagierte mit einer gewissen Aufgeregtheit auf diese Gedanken, die, anders als dies die von der FAZ formulierte Überschrift nahelegte, keineswegs als Forderung verstanden werden sollten – sie waren wohl eher als Anstoß zu einem grundsätzlichen berufs- und rechtspolitischen Diskurs gedacht. Zahlreiche bekannte Berufspolitiker und Berufsrechtler meldeten sich zu Wort – profilierte Berufsrechtler wie *Kleine-Cosack*⁵, *Hellwig*⁶, *Zuck*⁷, *Singer*⁸, *Stürner*⁹, *Wolf*¹⁰, *M. Hartung*¹¹, *Ignor*¹² und *Döpfer*¹³ – zum Teil wiederholt – in Aufsätzen, die damaligen Präsidenten vom Deutschen Anwaltverein (DAV) und Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), *Kilger*¹⁴ und *Filges*¹⁵, berufspolitisch in Leitartikeln. Auch die regionalen Anwaltskammern positionierten sich, so etwa die Rechtsanwaltskammer München durch ihren Präsidenten *Staehe*¹⁶ oder die Rechtsanwaltskammer Berlin durch ein Diskussionspapier¹⁷. Der Deutsche Anwaltverein etablierte 2008 eine Arbeitsgruppe Anwaltsethik¹⁸, die Bundesrechtsanwaltskammer setzte durch ihr Präsidium im selben Jahr eine Ethikkommission ein. Diese BRAK-Ethikkommission formulierte im Jahr 2010 ein Diskussionspapier¹⁹, der Berufsrechtsausschuss des DAV im selben Jahr Thesen²⁰, denen der DAV-Vorstand zustimmte. Er sprach sich explizit gegen einen schriftlichen Ethik-Kodex aus. Auch der 68. Deutsche Juristentag in Berlin tat sich mit dem Thema schwer; es gelang nach kontroverser Diskussion im September 2010 nur mit gewissen Mühen, eine relativ vage Entschließung zu verabschieden, nach der eine Ent-

* Prof. Dr. Martin Henssler aus Anlass seines 60. Geburtstages am 11. Juni 2013 gewidmet. Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag auf einem Symposium des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln am 21. Juni 2013 aus Anlass des 25. Gründungstags des Instituts 1988 und des 65. Geburtstags von Hanns Prütting und des 60. Geburtstags von Martin Henssler (siehe den Bericht über das Symposium, *Hamacher*, AnwBl 2013, M 284).

1 Wenig später veröffentlicht in AnwBl 2008, 721ff. Er griff seine Gedanken später etwa auf in AnwBl 2009, 1, 9, und in *Kluth* (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2011, 2012, S. 14ff.

2 *Henssler*, AnwBl 2008, 721, 728.

3 *Henssler*, AnwBl 2008, 721, 728.

4 *Jahn/Budras*, *Rechtsanwälte brauchen berufsethische Richtlinien*, FAZ vom 11.6.2008.

5 *Kleine-Cosack*, AnwBl 2008, 768 (Fn. 2).

6 *Hellwig*, AnwBl 2009, 465, 471; *ders.*, StudZR 2010, 3ff.

7 *Zuck*, in: *Gaier/Wolf/Göcken* (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 2009, vor § 43 Rdn. 26 (Fn. 38).

8 *Singer*, AnwBl 2009, 393, 399.

9 *Stürner*, AnwBl 2009, 848, 852; *ders.* bereits zuvor zum Thema in *FS Busse* (2005), S. 297, 304.

10 *Wolf*, AnwBl 2010, 725ff.

11 *M. Hartung*, AnwBl 2010, 775.

12 *Ignor*, NJW 2011, 1537ff.; *BRAK-Mitt.* 2009, 202, 207ff.

13 *Döpfer*, AnwBl 2011, 101.

14 *Kilger*, AnwBl 2008, 824.

15 *Filges*, *BRAK-Mitt.* 2010, 189.

16 *Staehe*, *Kammermitteilungen München IV/2008*, S. 1.

17 *Stellungnahme des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Berlin zum Diskussionspapier des BRAK-Präsidiums zur Berufsethik der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*, abrufbar unter www.rak-berlin.de/site/DE/int/PDF_Mitglieder_Stellungnahmen/SN_Ethik_251011.pdf

18 Vgl. AnwBl 2011, 659, 661. Aus dieser Arbeitsgruppe ist 2011 der Ausschuss „Anwaltliche Berufsethik“ hervorgegangen.

19 *BRAK-Mitt.* 2011, 58.

20 *DAV-Stellungnahme Nr. 40/2011*, dokumentiert in AnwBl 2011, 659ff.

scheidung über die Aufstellung von „Regeln guter freiberuflicher Berufsausübung“ dem Ergebnis weiterer Diskussionen vorbehalten bleiben soll²¹ – die seitdem nicht zur Ruhe gekommen sind²². So haben sich alle Anwaltstage seit 2009 mit dem Thema befasst, zumeist in Form von Podiumsdiskussionen²³.

In einer Gesamtschau wird man wohl sagen können, dass die Skepsis gegenüber *Henssler's* berühmter „These 10“ überwiegt und die Zustimmung eher verhalten ist²⁴. Geltend gemacht wird, dass die Formulierung von Richtlinien, die als Rechtsnormen unzulässig wären oder jedenfalls dereguliert werden sollten, wegen des hierin enthaltenen Wertungswiderspruchs nicht auf Akzeptanz in der Anwaltschaft stoßen werde.²⁵ Berufsethos sei nicht durch die Schaffung von Richtlinien zu erreichen, sondern nur durch die Heranbildung eines Bewusstseins für ethisches Handeln, so dass der einzelne Berufsträger bereits in der Ausbildung in ethischen Fragen geschult werden müsse.²⁶ Ethos sei als eine vom Recht verschiedene Kategorie anzusehen, die sich zur Verrechtlichung und damit zur Fixierung in einer Richtlinie nicht eigne.²⁷ Über kurz oder lang sei zu befürchten, dass Ethikrichtlinien in der Aufsichtspraxis und der Rechtsprechung faktische Verbindlichkeit erlangen würden.²⁸ Aufgrund des jedenfalls mittelbaren Drucks der Selbstverpflichtung zu Professional-Governance-Richtlinien entsprechend § 161 AktG ergäben sich auch verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts (Wesentlichkeitstheorie) und des Demokratieprinzips.²⁹

Der Frage, ob die in dieser Kritik zum Ausdruck kommende Skepsis berechtigt ist, geht dieser Beitrag nach. In ihm wird angeregt, in der von *Henssler* angestoßenen Diskussion einen Perspektivwechsel vorzunehmen, da die Diskussion über die These *Henssler's* trotz ihrer Lebhaftigkeit auch nach fünf Jahren bislang nicht zu der eigentlich zentralen Frage vorgestoßen ist. Sie soll nachfolgend herausgearbeitet werden.

II. Das Rätsel des „besonderen Vertrauens“ in § 627 BGB

Der Ausgangspunkt dieser Betrachtungen, dies mag überraschen, liegt im Zweiten Buch, 8. Abschnitt, 8. Titel des BGB. Rechtsanwälte, dies ist anwaltsrechtliches Standardwissen, fallen in den Anwendungsbereich des § 627 Abs. 1 BGB. Diese Norm erlaubt jenen ein jederzeitiges Lösungsrecht vom Dienstvertrag, die „Dienste höherer Art, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen“, erbringen oder empfangen. Eine Subsumtion des Rechtsanwalts unter dieses Tatbestandsmerkmal bleibt dem Normanwender regelmäßig erspart: Bereits in den Motiven zum BGB wurden als einschlägige Dienste jene der Ärzte, Hauslehrer und Rechtsanwälte explizit genannt³⁰, so dass die Anwendbarkeit der Norm auf Rechtsanwälte in der Rechtsprechung³¹ lediglich apodiktisch festgestellt wird. 1913 hatte das Reichsgericht in einer ersten grundlegenden Entscheidung die Tatbestandsmerkmale näher untersucht und festgehalten, dass die in Rede stehenden Dienste im Allgemeinen, also ihrer Natur nach, aus besonderem Vertrauen übertragen werden müssen³². Dies wirft eine interessante Frage auf, die die Rechtswissenschaft aufgrund der rein kasuistisch geprägten Dogmatik des § 627 BGB bis zum heutigen Tage nicht wirklich beantwortet hat: Es geht nach der Formulierung des Ge-

setzes um die Übertragung von Diensten aufgrund besonderen Vertrauens – also um Vertrauen, das im Zeitpunkt der Beauftragung des Dienstnehmers offensichtlich bereits vorhanden ist, ohne dass der Dienstgeber diesen überhaupt näher kennen muss. Es kommt nach der Rechtsprechung zudem noch nicht einmal auf den konkreten Einzelfall an, sondern auf die Natur der Dienste im Allgemeinen – eine tatsächliche Vertrauensstellung im Einzelfall ist daher keine notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 627 BGB³³. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass ein Dienstgeber bei der Übertragung der Dienste an einen beliebigen Angehörigen einer Berufsgruppe im Zeitpunkt der Übertragung Vertrauen hat. Warum dies so ist oder sein soll, woher dieses Vertrauen kommen soll, verraten weder die Materialien zum BGB noch die Rechtsprechung und auch nicht das Schrifttum. Alle Juristen sind sich offenbar einig und davon überzeugt, dass es so ist, bemühen sich aber nicht um eine Erklärung. Die Antwort, warum es so ist, kann wohl nur geben, wer sich der Frage interdisziplinär annähert – dieser Versuch sei im Folgenden unternommen.

Bei den in § 627 BGB genannten Dienstnehmern geht es, um eine modernere Terminologie zu verwenden, um sog. Vertrauensberufe³⁴. Sie sind typischerweise gekennzeichnet durch eine Experten-Laien-Beziehung, die durch asymmetrisches Wissen geprägt wird. In einer solchen Konstellation ist die Beauftragung eines wissensüberlegenen Freiberuflers zumeist nicht Ergebnis einer rationalen Auswahlentscheidung des wissensunterlegenen Auftraggebers³⁵ – solche sind in einer modernen Gesellschaft, die von einer immer größer werdenden Zahl von freiberuflichen Expertensystemen geprägt ist, extrem schwierig zu treffen. Bei einer solchen „Dominanz der Experten“, wie der amerikanische Soziologe *Elliot Freidson* einmal formuliert hat³⁶, muss das Individuum Vertrauen in ein Expertensystem haben können, weil es unmöglich ist, rational einzelne Anbieter zu selektieren. Solch eine Basis von Vertrauen – Vertrauen in ein System – unterscheidet sich grundlegend von Vertrauen in Personen: Vertrauen in ein Individuum zielt darauf, die fragliche Person stetig

- 21 Beschlüsse des 68. Deutschen Juristentages 2010 Berlin, S. 23 (abrufbar unter http://www.djt.de/fileadmin/downloads/68/68_djt_beschlusse.pdf).
- 22 Vgl. als Beiträge aus der jüngeren Vergangenheit *Kilger/Majer*, JSE 2013, 25ff., *M. Hartung*, AnwBI 2012, 70; *Streck*, AnwBI 2012, 351; *ders.* AnwBI 2012, 985; vgl. auch *Teichmann*, AnwBI 2011, 829.
- 23 Vgl. etwa AnwBI 2009, 541; AnwBI 2010, 490; AnwBI 2011, 549; AnwBI 2012, 635; AnwBI 2013, 646.
- 24 Zustimmung äußern sich insbesondere *Staehele*, Kammermitteilungen München IV/2008, S. 1; *Stürmer*, AnwBI 2009, 848, 852; *Kilian*, AnwBI 2010, 545, 546; vgl. auch *Herrmann* in: FS Reiss (2008), S. 551, 567 f.
- 25 *Hellwig*, AnwBI 2008, 644, 652; *Singer*, AnwBI 2009, 393, 401.
- 26 *Hellwig*, StudZR 2010, 3, 19.
- 27 *Hellwig*, StudZR 2010, 3, 18 f.
- 28 *Kilger*, AnwBI 2008, 824.
- 29 Für § 161 AktG vgl. *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 161 Rn. 4; *Singer*, AnwBI 2009, 393, 400.
- 30 Prot II 303.
- 31 Vgl. nur BGH NJW 2009, 3297, 3300; NJW 1985, 41; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1084.
- 32 RGZ 82, 285, 287.
- 33 *Preis*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 627 BGB Rdn. 21.
- 34 Zur Einordnung des Rechtsanwaltsberufs als staatlich gebundener Vertrauensberuf BVerfG NJW 1975, 103, 104; hierzu *Krämer* NJW 1975, 849ff., sowie *Huber*, AnwBI 2006, 537ff.
- 35 Problematischer noch: Nachdem eine Auswahlentscheidung getroffen worden ist, verhindern die fortbestehenden Wissensasymmetrien, dass der Mandant des Rechtsanwalts, aber z. B. auch der Patient des Arztes, den Dienstnehmer effektiv kontrollieren kann. Aufgrund dieser Wissensasymmetrien ist der Dienstgeber als Laie in weitem Umfang schlicht darauf angewiesen, auf die Qualifikation, die sachgerechte Aufgabenwahrnehmung und die Qualität der Leistung des Dienstnehmers zu vertrauen; vgl. bereits *Kilian*, ZRP 2005, 209.
- 36 *Freidson*, Dominanz der Experten – zur sozialen Struktur medizinischer Versorgung, 1975.

besser kennen zu lernen und Vertrauen letztendlich durch Gewissheit zu ersetzen, die auf dem erlangten Wissen über den Gegenüber beruht³⁷. In einer komplexen Gesellschaft voller Expertensysteme ist ein solch aufwändiger Weg der Gewinnung von Vertrauen in Einzelpersonen nur sehr eingeschränkt möglich. Vertrauen in Experten ergibt sich daher, wie *Niclas Luhmann* nachgewiesen hat, fast immer nicht aus Interaktion, sondern aus Reflektion³⁸. Viele Laien geben sich, weil dies ein intellektuell herausfordernder Prozess ist, freilich nur wenig Mühe, intensiv über ein Expertensystem zu reflektieren, das sie nutzen müssen oder wollen. Sie gewinnen ihr Vertrauen vielmehr aus der Tatsache, dass vor ihnen bereits andere Personen in derselben Situation Vertrauen entgegengebracht haben, vom Expertensystem nicht enttäuscht worden sind und das fragliche System stabil und transparent ist. Der amerikanische Ökonom *Talcott Parsons* hat dieses Phänomen in einem anderen Kontext anschaulich illustriert: Der Grund für Vertrauen in Geld ist, dass andere Vertrauen in Geld haben³⁹.

III. Anknüpfungspunkte für Vertrauen in Vertrauensberufe

Was hat das nun mit der *Henssler'schen* These Nr. 10 zu tun? Vertrauen in einen Freiberufler ist im Ansatz weniger personal und primär systemisch geprägt. Möglicherweise entwickelt sich irgendwann einmal in einer auf Dauer oder zumindest lange Zeit angelegten Experten-Laien-Beziehung personales Vertrauen, der Anknüpfungspunkt ist aber fast immer systemisches Vertrauen. Aus diesem systemischen Vertrauen leitet sich das Vertrauen des Laien in den individuellen Experten ab, den er beauftragt. Wenn wir also davon ausgehen müssen, dass in Konstellation asymmetrischen Wissens Systemvertrauen von überragender Wichtigkeit ist, stellt sich die Frage, was eigentlich die Wurzel des Vertrauens in das Expertensystem Rechtsanwalt (oder Arzt, Architekt, Steuerberater) ist, welcher Rahmen für das Entstehen von Systemvertrauen notwendig ist, das § 627 BGB offensichtlich als gegeben voraussetzt. Warum sollen diejenigen, die höhere Dienste vergeben, im Moment der Beauftragung grundsätzlich Vertrauen in den ihnen unbekanntem Dienstnehmer haben? Grundsätzlich ist die Grundlage von Systemvertrauen die Existenz von Mechanismen, die ein Systemversagen so weit wie möglich verhindern können und im Falle von Systemversagen und dem daraus resultierenden enttäuschten Vertrauen korrigierend eingreifen⁴⁰. Diese Anforderungen sind in besonders starkem Maße erfüllt, wenn das Expertensystem, auf das der Laie trifft, reguliert ist. Mit Blick zum Beispiel auf das Expertensystem der Rechtsanwälte minimiert die Regulierung der Anforderungen an Ausbildung, Berufszugang, Berufsausübung und Aufsicht das Risiko der Mandanten, den Experten Rechtsanwalt in Anspruch zu nehmen, und bietet durch die Postulierung von professionellen Standards eine Grundlage, auf der sich Vertrauen der Mandanten entwickeln kann.

Dies verdeutlicht, dass Deregulierung, so sinnvoll sie in anderen Bereichen des Wirtschaftslebens sein mag, im Bereich der freien Berufe ein problematischer Ansatz ist. Deregulierung individualisiert letztendlich das, was der Wirtschaftswissenschaftler als Transaktionskosten definiert, weil ein allgemein verbindlicher, verlässlicher Standard nicht mehr existiert⁴¹. Da der Laie kein Vertrauen mehr in ein defi-

nirtes System haben kann, aus dem er Vertrauen in einen einzelnen Anbieter ableitet, wird das Selektionsrisiko individualisiert. Das mag beim Kauf eines Konsumguts akzeptabel sein, ist es dies aber auch, wenn die Selektion irreversible Konsequenzen für den Laien haben kann, weil es um einen lebensgefährlichen ärztlichen Eingriff oder den drohenden Verlust von hohen Vermögenswerten geht, den ein Rechtsanwalt verhindern kann? Gute⁴² Regulierung bietet dem Laien in einer Welt der Expertensysteme daher das notwendige Gerüst, um trotz Wissensasymmetrien Vertrauen entwickeln zu können. Die auf europäischer Ebene, aber auch von der Monopolkommission bewegte Deregulierungsagenda⁴³ hat diesen fundamentalen Unterschied zwischen der Teilnahme von Vertrauensberufen am Wirtschaftsleben und der Teilnahme sonstiger Akteure bis heute nicht richtig verstanden, weil Freiberufler ausschließlich in ihrer wirtschaftlichen Funktion und nicht in ihrer soziologischen Dimension gesehen werden.

IV. Die besondere Bedeutung von „Soft Law“ für Vertrauensberufe in Zeiten der Deregulierung

Hieraus folgt eine zentrale Zukunftsfrage für den Anwaltsberuf, aber auch andere freie Berufe als Vertrauensberuf: Was kann der Gesellschaft als vertrauensbildendes Gerüst geboten werden, wenn klassische Regulierung in Form von sehr detailreichen Berufsgesetzen im Bereich der Freien Berufe an Bedeutung verliert? In diesem Fall ergibt sich ein Vakuum, das sachgerecht gefüllt werden muss, damit die Bevölkerung weiterhin systemisches Vertrauen in Experten entwickeln kann⁴⁴. Vor diesem Hintergrund ist „soft law“ in Form von „ethischen Richtlinien“, „Leitbildern“, einer „Charta“, von „best practice“-Regeln – wie auch immer man das entsprechende Gedankengut bezeichnen möchte, hilfreich, wenn nicht vielleicht unverzichtbar, um in das Vakuum zu stoßen, das sich in Zeiten zunehmenden Verlusts traditioneller Regulierung auftut. Der Schwerpunkt der Diskussion über die Etablierung ethischer Grundsätze ist daher bislang falsch gesetzt – vor allem, weil die Diskussion sich viel zu sehr an Begrifflichkeiten festmacht. Sie wird, dies ist in gewisser Weise ein Geburtsfehler, schlagwortartig unter dem Stichwort „ethische Richtlinien“ geführt. Das Substantiv „Richtlinien“ erinnert viel zu sehr an die alten, 1987 als verfassungswidrig aufgehobenen⁴⁵ Richtlinien zur Ausübung des Anwaltsberufs, die sogenannten Standesrichtlinien. Das Adjektiv „ethisch“ gibt dem Thema zudem eine unnötige philosophische Schwere. *Henssler* hat in seinem Vortrag seinerzeit auch gleichrangig von „Regeln guter freiberuflicher

37 Vgl. *Kilian*, ZRP 2005, 209, 210.

38 *Luhmann*, Vertrauen, 1973, S. 72.

39 *Parsons*, Some Reflections On The Place Of Force In Social Process, in: *Eckstein* (ed.), Internal War, 1964, S. 45.

40 *Luhmann*, aaO (Fn. 38), S. 88ff.

41 *Kilian*, ZRP 2009, 209, 210.

42 Überlegungen wie die vorstehend formulierten können und dürfen selbstverständlich nicht als Rechtfertigung dafür dienen, schlechte oder überflüssige Regulierung beizubehalten.

43 Vgl. zu einer kritischen Auseinandersetzung mit Konzept und Methodik des Deregulierungsansatzes der EU-Kommission *Henssler/Kilian*, AnwBl 2005, 1ff.

44 Bisweilen wird darauf hingewiesen, dass es ausreiche, den Laien zu informieren statt den Experten zu regulieren. Ein solches „Informationsmodell“ ist allerdings in dem hier untersuchten Kontext wenig tauglich: Das Gefälle zwischen Experte und Laie ist nicht nur ein Informationsgefälle, sondern auch und vor allem ein Wissensgefälle.

45 BVerfGE 76, 171ff.

Berufsausübung⁴⁶, „professional governance“⁴⁷ und „Leitbildern“⁴⁸ gesprochen – dass in die besondere Aufmerksamkeit weckende Ergebnisthese die Formulierung „ethische Richtlinien“ geriet, wird man retrospektiv wohl als ein wenig unglücklich bezeichnen müssen. Wäre die nachfolgende Diskussion unter einem anderen Schlagwort geführt worden, hätte sie vermutlich eine größere Leichtigkeit, würde ergebnisoffener erfolgen und hätte nicht zu einer Fokussierung auf eher theoretische Fragestellungen wie jene nach der Grenzziehung zwischen Ethik und Recht geführt. Sie gäbe auch weniger Anlass zu Missverständnissen, etwa dergestalt, dass unwillkürlich oder bewusst Parallelen zu „Codes of Professional Ethics“ oder „Ethical Rules“ in anderen Rechtsordnungen hergestellt werden, obwohl diese auf einem anderen regulierungstheoretischen Ansatz beruhen und eine andere Normqualität besitzen.

Leitbilder, Regeln guter Berufsausübung, wären selbstverständlich nicht einfach nur umbenannte frühere Ständesrichtlinien, die aus guten Gründen aufgehoben worden sind. Wer meint, ein solcher Ansatz würde allein der Wiederbelebung längst überwundener Ständesrichtlinien das Wort reden, hat die Herausforderungen der Zukunft noch nicht hinreichend verinnerlicht: Man kann Leitbilder, ethische Grundsätze, ablehnen, muss dann aber ein Alternativkonzept präsentieren, was an die Stelle klassischer berufsrechtlicher Vorschriften treten soll, damit der Anwaltsberuf perspektivisch ein Vertrauensberuf bleiben kann. Denn, salopp formuliert, „von nichts kommt nichts“ – ohne ein Gerüst, an dem es sich festmachen kann, entsteht kein Vertrauen der Bevölkerung in einen privilegierten Berufsstand, und ohne ein derart bewirktes systemisches Vertrauen wird sich der Berufsstand schwertun, nicht von gewisser Beliebigkeit zu sein und den Anspruch auf Beibehaltung seiner Privilegien überzeugend zu erheben.

Leitbilder, „best practice“-Regeln, sind daher nicht rückwärtsgewandt, sondern höchst modern, wenn sie den richtigen Anknüpfungspunkt wählen: Sämtliche Regeln, wie auch immer man sie nennen würde, dürften – selbstverständlich – ausschließlich der Qualitätssicherung und dem Verbraucherschutz dienen. Die europäische Kommission hat in der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG⁴⁹ ausdrücklich dazu ermutigt, „freiwillige europäische Standards“ aufzustellen⁵⁰. Sie wären auch gewiss keine Erfindung der deutschen Anwaltschaft⁵¹: Die Richterschaft hat sich längst weltweit maßgebliche Regeln guter richterlicher Berufsausübung gegeben, die *Bangalore Principles of Good Judicial Conduct*⁵². Es gibt auf europäischer Ebene zum Beispiel einen *Code of Ethics and Conduct for European Nursing*⁵³, in England im Bereich des Gesundheitswesens das vom *General Medical Council* herausgegebene Kompendium *Good Medical Practice*⁵⁴.

V. Das Schisma: Anwaltsorganisationen vs. Anwaltschaft

Die deutschen Anwälte wären für vergleichbare Regeln guter anwaltlicher Berufsausübung durchaus offen – in der Diskussion bislang ausgeblendet wird, dass es bei der Frage der Etablierung „berufsethischer Richtlinien“ um ein Schisma durch die Anwaltschaft geht. Im bislang geführten Diskurs, in dem Repräsentanten der Anwaltsorganisationen mit ihrer relativ geschlossenen Ablehnungsfront meinungsbildend sind⁵⁵, fällt kaum auf, dass die Auffassung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte deutlich abweichend von der Position ihrer Berufsorganisationen ist.

Im Rahmen des alle zwei Jahre durchgeführten Berufsrechtsbarometers des Soldan Instituts ist im Jahr 2011 eine repräsentativ für die Gesamtheit der deutschen Anwaltschaft stehende Stichprobe von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zu ihrer Einstellung zum Thema befragt worden. 77 Prozent der befragten Rechtsanwälte sind demnach der Auffassung, dass die Berufsorganisationen „Regeln guter freiberuflicher Berufsausübung unter Einbeziehung der Mandantensicht“ aufstellen sollten, deren Befolgung empfohlen würde, aber freiwillig wäre⁵⁶. Lediglich 23 Prozent der Rechtsanwälte lehnen solche Regeln ab⁵⁷. Eine zunehmende Kanzleigröße führt zu einem größeren Interesse der in der Kanzlei tätigen Berufsträger an der Aufstellung „berufsethischer Regeln“. Während der Anteil der Befürworter unter den Einzelanwälten „lediglich“ 71 Prozent beträgt, sind von Anwälten aus kleineren Sozietäten (solche einer Größe von bis zu fünf Anwälten) bereits 76 Prozent für die Aufstellung berufsethischer Regeln. In Sozietäten einer Größe von sechs und mehr Anwälten sind sogar 83 Prozent aller Befragten, die eine Meinung zu dieser Thematik haben, für die Aufstellung berufsethischer Regeln. Dies dürfte darauf hindeuten, dass beim Zusammenwirken von Rechtsanwälten in größeren Berufsausübungsgemeinschaften das Risiko berufsrechtlicher Kollisionslagen und somit auch das Bedürfnis zunimmt, zur Auflösung solcher Konfliktlagen Anleitung etwa in Form berufsethischer Regeln zu erhalten. Im Übrigen zeigt eine differenzierte Betrachtung keine signifikanten Abweichungen zwischen verschiedenen Teilgruppen der Anwaltschaft.

Was folgt hieraus? Es besteht in der Anwaltschaft offensichtlich ein Bedürfnis nach Anleitung, nach Hilfestellung. Die Bedenken, die hinter der Ablehnung solcher Regeln durch die Berufspolitik stehen, werden offensichtlich bislang nicht hinreichend deutlich an die „Basis“ kommuniziert oder von dieser nicht für überzeugend gehalten. In jedem Fall belegt das Ergebnis des Berufsrechtsbarometers, dass eine breitere und auch an die Anwaltschaft im Ganzen rückgebundene Diskussion notwendig ist, um einen überzeugenden Umgang mit der Frage der berufsethischen Regeln sicherzustellen⁵⁸.

46 Henssler, AnwBl 2008, 721, 728.

47 Henssler, AnwBl 2008, 721, 728.

48 Henssler, AnwBl 2008, 721, 724 („leitbildgestütztes Berufsethos“).

49 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006 („Dienstleistungsrichtlinie“).

50 Vgl. näher Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 26 Rdn. 25 f.

51 Eine nicht abschließende Auflistung weiterer in den freien Berufen auf europäischer und internationaler Ebene zu findenden Codes of Conduct findet sich unter <http://www.freie-berufe.de> (Themen).

52 http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf. Vgl. für ein nationales Modell etwa das Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary: <http://www.scotland-judiciary.org.uk/Upload/Documents/Principles.pdf>.

53 http://www.fepi.org/userfiles/file/FEPI_Code_of_Ethics_and_Conducts_170908.pdf.

54 <http://www.gmc-uk.org/guidance/index.asp>.

55 Hierzu bereits oben unter I.

56 Kilian, NJW 2011, 3413, 3418. Ein Drittel der am Berufsrechtsbarometer teilnehmenden Rechtsanwälte hatte zu der Frage, ob die Berufsorganisationen „Regeln guter freiberuflicher Berufsausübung unter Einbeziehung der Mandantensicht („berufsethische Regeln“)“ aufstellen sollten, deren Befolgung empfohlen würde, aber freiwillig wäre, zum Zeitpunkt der Befragung keine Meinung bzw. hielt die Thematik für unwichtig.

57 Kilian, NJW 2011, 3413, 3418f.

58 Vgl. bereits Kilian NJW 2011, 3413, 3418.

VI. Regulierungstheoretische Entwicklungen – Deutschland im Tiefschlaf?

Warum Regeln guter anwaltlicher Berufsausübung zukunftsweisend sind, hat aber noch eine andere, viel grundsätzlichere Ursache: Bislang wird in Deutschland in der Anwaltschaft weitgehend übersehen, dass sich der Ansatz von Regulierung in Leitrechtsordnungen, denen Deutschland im Bereich des anwaltlichen Berufsrechts aufgrund der Neigung zur Selbstbespiegelung beinahe schon traditionell mit zehnbis fünfzehnjähriger Verspätung hinterherhinkt, bereits in einem zunehmend dynamischeren Prozess verändert hat: Für das deutsche Berufsrecht ist weiterhin prägend, dass es sich um eine Ansammlung von Geboten und Verboten handelt. Traditionell progressive ausländische Rechtsordnungen wie etwa England, Schottland oder Australien verfolgen im Bemühen um ein modernes Berufsrecht mittlerweile einen anderen Ansatz⁵⁹: Das Berufsrecht soll sich künftig weniger auf zahlreiche Berufsausübungsregeln und mehr auf – nicht sehr zahlreiche – zentrale Berufsausübungsgrundsätze stützen. Es geht damit um eine an den Bedürfnissen der Verbraucher orientierte *prinzipienbasierte* Regulierung, an deren Entstehung auch die *stakeholder* beteiligt sind. Berufsrecht soll, so die Überlegung, stärker den Gedanken der Aspiration in den Blick nehmen und nicht länger nur die Nichtverletzung von Verboten. Die Idee eines solchen Dogmenwechsels ist nicht gänzlich neu, die Diskussion „*rules vs. 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. Hiermit nicht genug: Während in Deutschland diese Neuausrichtung bislang überhaupt noch nicht zur Kenntnis genommen worden ist, hat England mittlerweile bereits einen weiteren Schritt getan. Dort setzt man nun auf OBR, sogenannte *outcomes-based regulation*: 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 soll⁶⁰. Berufsrecht knüpft bei einem solchen Ansatz nicht mehr so stark wie in der Vergangenheit prozessorientiert an typische Verhaltensweisen eines Freiberuflers in unterschiedlichen Phasen seiner Tätigkeit an, sondern definiert Zielvorgaben für den Standard professionellen Handelns. *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 von Berufsausübungsregeln den Freiberufler zu einem guten Freiberufler, die freiberufliche Leistung zu einer guten freiberuflichen Leistung macht. *Outcomes-based regulation* will damit das Phänomen adressieren, dass ein auf zahlreiche Einzelpflichten setzender Regulierungsansatz typischerweise nicht dazu führt, dass der Freiberufler ein guter Freiberufler ist, sondern nur dazu, dass er ein nicht berufspflichtvergessener Freiberufler ist, der Minimalstandards nicht unterschreitet. Was einen guten Freiberufler und eine gute freiberufliche Leistung ausmacht,

definiert Berufsrecht traditionell weder in einem öffentlich-rechtlichen noch in einem zivilrechtlichen Sinne – es nimmt vielmehr den gerade noch nicht mangelhaft agierenden Freiberufler und die gerade noch nicht mangelhafte freiberufliche Leistung in den Blick. Gerade noch ausreichend ist, niemand müsste das eigentlich leichter verinnerlichen können als die Juristen, nicht gut genug – ein Prädikat soll bekanntlich die Arbeit des Juristen adeln.

VII. Resümee

Ein Resümee kann denkbar kurz ausfallen: Wenn *Henssler* 2008 vorgeschlagen hat, Grundsätze guter anwaltlicher Berufsausübung zu etablieren und hierbei die Mandantensicht einzubeziehen, lässt sich dies, wenn man einmal den Blick über den – häufig offensichtlich allzu hohen – deutschen Tellerrand wagt, letztlich als eine Spielart der *outcomes-based regulation* verstehen⁶¹. Der Vorschlag war daher nicht rückwärtsgewandt und redete nicht einer Reinkarnation der überkommenen Standesrichtlinien das Wort. Er war und ist vielmehr ein zukunftsgerichteter Beitrag zur Sicherung der Stellung der Anwaltschaft als Vertrauensberuf und der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Berufsrechts im internationalen Wettbewerb, der zudem empirisch nachgewiesenen Bedürfnissen der Berufsträgerinnen und Berufsträger Rechnung trägt.



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

59 Hierzu ausführlicher *Kilian*, AnwBl 2010, 544ff.; *Kilian/Lemke*, AnwBl 2011, 800, 807f. sowie jüngst *Henssler*, AnwBl 2013, 394.

60 *Kilian*, AnwBl 2010, 544, 545f.

61 *Kilian*, AnwBl 2010, 544, 546; *Kilian/Lemke*, AnwBl 2011, 800, 808; vgl. auch *Henssler*, AnwBl 2013, 394, 395.