

**AMERIKANISCHE UND EUROPÄISCHE
WETTBEWERBSFORCIERUNG IM BERUFSRECHT DES
RECHTSANWALTS**

Eine rechtsvergleichende Makroanalyse des deutschen und
US-amerikanischen Rechts

Dissertation
Zur Erlangung der Würde des Doktors des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

vorgelegt von
Christoph Wintzer Nachtigäller
aus Hamburg

Hamburg, 2005

Hauptgutachter Prof. Dr. Stefan Oeter

Nebengutachter Prof. Dr. Thomas Bruha

Datum des Kolloquiums: 29.Juni 2005

Lynn und Minges

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Sommer 2005 als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Oeter, für die gewährte Freiheit und unkomplizierte Betreuung. Herrn Prof. Dr. Thomas Bruha danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Max Planck Institut für Internationales Privatrecht, Hamburg, wie auch der University of San Diego danke ich für den Zugang zu den Bibliotheken.

Meinen Eltern danke ich dafür, dass Sie mich auch in dieser Unternehmung gefördert haben.

Meiner Ehefrau Lynn gilt mein innigster Dank für die liebevolle Unterstützung in jeder Lebenslage.

Hamburg, im Sommer 2005

Christoph Wintzer Nachtigäller

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Einleitung..... | 1 |
| A) Selbstregulierung und Rechtsquellen des freien Berufs des Rechtsanwalts..... | 3 |
| I. Der "freie Beruf" | 3 |
| II. Selbstregulierung des Standesrechts..... | 6 |
| III. Die Geschichte des Anwaltsrechts in Deutschland | 13 |
| IV. Das Regelungsziel der Rechtspflege..... | 15 |
| V. Rechtsquelle des Berufsrechts..... | 17 |
| B) Selbstregulierung und Rechtsquelle des amerikanischen <i>professional lawyer</i> | 33 |
| I. Professions..... | 33 |
| II. Rechtsquelle des Berufsrechts..... | 35 |
| III. Selbstregulierung der Legal Ethics..... | 42 |
| C) Rechtspflege und Wettbewerbsforcierung im amerikanischen Berufsrecht | 48 |
| I. Qualitäts- und Vertrauenssicherung in den USA..... | 48 |
| II. Das Regelungsziel einer sozialen wettbewerbsorientierten Rechtspflege | 62 |
| D) Rechtspflege und europäische Wettbewerbsforcierung im deutschen Berufsrecht | 135 |
| I. Das deutsche berufsrechtliche Spannungsverhältnis..... | 135 |
| II. Berufsrecht und europäische Wettbewerbsforcierung..... | 137 |
| E) Der Vergleich | 171 |
| I. Amerikanisches Standesrecht | 174 |
| II. Der Wandel in den USA | 175 |
| III. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf Deutschland..... | 184 |
| IV. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf das Europarecht | 189 |
| Literaturverzeichnis | 191 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung..... | 1 |
| A) Selbstregulierung und Rechtsquellen des freien Berufs des Rechtsanwalts..... | 3 |
| I. Der "freie Beruf" | 3 |
| II. Selbstregulierung des Standesrechts..... | 6 |
| 1. Die sonderrechtliche Selbstregulierung des Standesrechts | 6 |
| 2. Der Begriff des Standesrechts..... | 8 |
| 3. Standesrecht und Moral | 9 |
| III. Die Geschichte des Anwaltsrechts in Deutschland | 13 |
| IV. Das Regelungsziel der Rechtspflege..... | 15 |
| 1. Rechtspflege in Form von Qualitätssicherung..... | 15 |
| 2. Rechtspflege in Form von Vertrauenssicherung | 16 |
| 3. Rechtspflege in Form der Selbstverwirklichung des Freiberuflers | 17 |
| V. Rechtsquelle des Berufsrechts..... | 17 |
| 1. Berufspflichten in formellen Gesetzen..... | 17 |
| 2. Berufspflichten in einem materiellen Gesetz | 18 |
| a) Die sonderrechtliche Berufsordnung | 18 |
| b) Die Entwicklung von den Standesrichtlinien zu der heutigen Berufsordnung | 19 |
| 3. Berufspflichten kraft Anwaltsvertrages | 21 |
| 4. Berufspflichten kraft Gewohnheitsrecht..... | 21 |
| 5. Das Berufsrecht und Europa | 22 |
| a) Die europarechtlichen Vorgaben..... | 22 |
| c) Doppeltes Berufsrecht | 27 |
| d) Die - CCBE - | 28 |
| f) Europäische Standesregeln | 29 |
| g) EMRK | 31 |
| B) Selbstregulierung und Rechtsquelle des amerikanischen <i>professional lawyer</i> | 33 |
| I. Professions..... | 33 |
| II. Rechtsquelle des Berufsrechts..... | 35 |
| 1. Rechtsfortbildung durch <i>case law</i> | 36 |
| 2. Kodifikation im amerikanischen Recht..... | 37 |
| 3. Officer of the Court | 38 |
| 4. Das Gerichtssystem | 40 |
| 5. Die Rechtsetzungskompetenz des <i>Inherent Power</i> | 40 |

| | |
|---|----|
| 6. <i>Negative Inherent Power</i> | 41 |
| 7. Die Disziplinargewalt über die Anwälte | 42 |
| III. Selbstregulierung der Legal Ethics | 42 |
| 1. Die Gerichte und die Selbstregulierung der <i>Ethical Rules</i> | 43 |
| 2. Professional Regulation Rules | 43 |
| a) Die Model Rules/der Model Code | 43 |
| b) Die historische Entwicklung der <i>legal ethics</i> | 44 |
| c) <i>Rules of Ethics</i> oder <i>ethical Law</i> | 45 |
| d) Die ABA..... | 46 |
| e) <i>Integrated State Bar</i> | 47 |
| f) <i>Nonintegrated State Bar</i> | 47 |
| C) Rechtspflege und Wettbewerbsforcierung im amerikanischen Berufsrecht | 48 |
| I. Qualitäts- und Vertrauenssicherung in den USA..... | 48 |
| 1. <i>Admission to the bar</i> | 48 |
| a. Die Ausbildung | 49 |
| b. <i>Bar exam</i> - die Zulassung..... | 51 |
| 2. Das Anwalt-Mandanten-Verhältnis | 52 |
| a) Die Entstehung des Rechtsverhältnisses | 53 |
| b) Beendigung des Vertrages | 54 |
| 3. Conflict of Interest..... | 55 |
| a) Loyalitätspflichten - <i>fiduciary obligations</i> | 55 |
| b) Interessenskollision zwischen Anwalt und Mandant | 56 |
| aa) Der Anwalt als Treuhänder..... | 56 |
| bb) Der Anwalt als Insider..... | 56 |
| cc) Die Vertretung mehrerer Parteien..... | 57 |
| dd) Doppelvertretung im Strafprozess | 58 |
| ee) Doppelvertretung trotz verschiedener Verfahren..... | 59 |
| ff) Die zeitlich aufeinander folgende Doppelvertretung..... | 60 |
| gg) Die Reichweite des Vertretungsverbots | 60 |
| 4. Rechtsfolgen und Haftung | 61 |
| a) <i>Disqualification order</i> | 61 |
| b) Schadensersatzansprüche und <i>culpa post contractum</i> | 62 |
| c) Sanktionen zur General- und Spezialprävention | 62 |
| II. Das Regelungsziel einer sozialen wettbewerbsorientierten Rechtspflege | 62 |
| 1. Der Hintergrund der Wettbewerbsforcierung..... | 65 |
| a) Rechtsfortbildung, Soziologie und Politik in den USA | 65 |
| b) Lyndon B. Johnson und seine “war on poverty”-Politik | 68 |

| | |
|--|-----|
| c) Wohlfahrtstaatliche Maßnahmen im <i>war on poverty</i> | 70 |
| aa) <i>Pro bono legal service</i> | 71 |
| bb) Legal Aid | 72 |
| cc) Pflichtverteidiger | 75 |
| d) Ideologische Positionen in der öffentlichen Meinung zum Wohlfahrtsstaat | 75 |
| 2. Wettbewerbsforcierung | 77 |
| a) Die Theorie der sozialen Wettbewerbsforcierung | 78 |
| a) Die öffentliche Aufgabe des amerikanischen Privatrechts | 78 |
| b) Law and Economics | 80 |
| b) Wettbewerbsforcierung durch <i>Legal clinics</i> | 82 |
| aa) Die Entwicklung | 83 |
| bb) Rechtsformen | 84 |
| cc) <i>Legal Clinic</i> | 84 |
| dd) <i>Law Firms</i> | 86 |
| c) Wettbewerbsforcierung durch Preispolitik | 88 |
| aa) Die Höhe des Honorars | 88 |
| (1) Minimum Fees | 89 |
| (2) Das Maximum-Honorar | 90 |
| (3) Klageart und Klagehöhe | 94 |
| (4) Die jury | 96 |
| (5) Remedies for Excessive Fee Charges | 97 |
| bb) Erfolgshonorare | 97 |
| (1) Der soziale Zweck | 97 |
| (2) Die Verquickung des Erfolgshonorars mit der American Rule | 101 |
| (a) Traditionelle Ausnahmen | 102 |
| (b) Private Attorney General Exception | 103 |
| (3) Das Maß - Model Rule 1.5. | 103 |
| (4) Das Verbot von Erfolgshonorierung | 105 |
| d) Wettbewerbsforcierung durch Werbung | 107 |
| aa) Commercial Speech | 107 |
| (1) First Amendment | 107 |
| (2) Die Anfänge der Commercial Speech | 109 |
| (3) Virginia State Board v. Virginia Citizens Consumer Council | 110 |
| bb) Advertising und solicitation | 114 |
| (1) Anwaltswerbung | 114 |
| (2) Bates vs. State Bar of Arizona | 116 |
| (a) Bates - der Hintergrund | 118 |

| | |
|--|-----|
| (b) Bates –die Entscheidungsgründe..... | 120 |
| (3) Die Rechtsprechung nach Bates..... | 124 |
| (a) <i>Laundry list</i> | 124 |
| (b) <i>Stimulating Publicity</i> | 127 |
| (c) Fernsehwerbung..... | 128 |
| (d) Werbebriefe und Broschüren | 128 |
| (e) Firmennamen | 128 |
| (f) Briefköpfe | 129 |
| (4) Solicitation..... | 129 |
| (5) Die Gegenwärtigkeit der Anwaltswerbung | 132 |
| D) Rechtspflege und europäische Wettbewerbsforcierung im deutschen Berufsrecht | 135 |
| I. Das deutsche berufsrechtliche Spannungsverhältnis..... | 135 |
| II. Berufsrecht und europäische Wettbewerbsforcierung..... | 137 |
| 1. Berufsrecht und europäische Integration in Form des Marktzugangs | 139 |
| a) Zulassung zur Anwaltschaft | 139 |
| aa) Deutschland | 139 |
| bb) Europa..... | 140 |
| cc) Inländerdiskriminierung..... | 141 |
| b) Ausnahme vom Zweigstellenverbot - §29a BRAO | 142 |
| aa) Deutschland | 142 |
| bb) Europa..... | 143 |
| c) Lokalisierungsgebot..... | 144 |
| aa) Deutschland | 144 |
| bb) Europa..... | 144 |
| d) Wohnsitzpflicht - § 27 I BRAO..... | 145 |
| aa) Deutschland | 145 |
| bb) Europa..... | 145 |
| e) Gesellschaftsformen im Zuge der Europäisierung | 146 |
| aa) Gründung von Sozietäten/überörtlichen Sozietäten/EWIV..... | 146 |
| bb) Partnergesellschaft..... | 148 |
| cc) Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung | 149 |
| dd) Die Anwalts-AG | 150 |
| f) Standesregeln eines anderen Mitgliedstaates | 152 |
| g) Die CCBE | 152 |
| 2. Europäische Integration durch Leitlinien | 158 |
| a) Honorierung..... | 158 |
| aa) Die Höhe | 160 |

| | |
|---|-----|
| bb) Die Gebührenunterschreitung | 162 |
| cc) Zulässigkeit von Erfolgshonoraren | 163 |
| b) Werbung | 164 |
| aa) Erlaubte Werbung | 165 |
| bb) Unzulässige Werbung | 166 |
| cc) Werbung um ein Einzelmandat..... | 167 |
| c) Europa | 168 |
| aa.) Arduino | 169 |
| bb.) NOVA/Wouters | 170 |
| cc.) Art. 10 EMRK..... | 170 |
| E) Der Vergleich | 171 |
| I. Amerikanisches Landesrecht | 174 |
| II. Der Wandel in den USA | 175 |
| a) Goldfarb-Kostensenkungsmaßnahme und Lenkungsfunktion | 177 |
| b) Die Legal Clinic-„ <i>economy of scales</i> “ Effekt..... | 177 |
| c) Erfolgshonorar-Koordinierungsfunktion | 178 |
| d) Bates - Commercial Speech - Koordinierungsfunktion..... | 180 |
| III. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf Deutschland..... | 184 |
| a) Art. 12 I GG | 184 |
| b) Soziale Marktwirtschaft | 185 |
| d) Armenrecht in Deutschland..... | 186 |
| IV. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf das Europarecht | 189 |
| Literaturverzeichnis | 191 |

Einleitung

Diese Arbeit ist eine makrovergleichende. Es ist eine Arbeit über das Berufsrecht des Rechtsanwalts in Deutschland und den USA. Von Makrovergleichen spricht man dort, wo nicht konkrete Einzelprobleme und ihre Lösungen, sondern die allgemeinen Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff, die Verfahren, die Entscheidung von Streitigkeiten oder die Arbeitsweise mit dem Recht etc. Gegenstand der vergleichenden Untersuchung sind.¹

Das Berufsrecht des Rechtsanwalts ist ein besonderes Recht sowohl in Deutschland als auch in den USA. Voraussetzung zum Verstehen ist daher die Darstellung der Struktur der beiden im jeweiligen Rechtskreis besonderen Rechtsquellen. (A.,B.)

Gegenstand dieses Makrovergleichs ist aber vor allem die Wettbewerbsforcierung des Berufsrechts in den USA und Deutschland. Die Wettbewerbsforcierung stellt sich am Recht der Preispolitik, der Werbung und dem Recht zur kollektiven Dienstleistungserbringung dar.

Darüber hinaus ist auch ein Blick über die rechtlichen Grenzen hinaus vonnöten. Wenn davon gesprochen wird, dass das Recht fremder Nationen nicht verstanden werden kann, ohne dass es in einen breiteren historischen, sozio-ökonomischen, psychologischen und ideologischen Kontext gestellt wird, dann wird dies jedenfalls für einen Rechtsbereich deutlich, der quantitativ so stark von ethischen und kulturellen Kategorien bestimmt wird, wie dies beim anwaltlichen Berufs- und Standesrecht der Fall ist. Um die Wettbewerbsforcierung in den USA zu verstehen ist daher teilweise eine interdisziplinäre Betrachtung vonnöten. Die Arbeit ist insofern eine Abkehr von der vollkommen neutralen Position eines

¹ Zweigert/Kötz, S. 5.

Rechtsvergleichers, eine Abkehr von dem reinen „*focus on substantive black-letter doctrines*“ ohne eine „*avoidance of history and theory*“,² hin zu einer Betrachtung, die Kriterien wie Tradition, *mentalité* und Kultur des amerikanischen Rechts einbezieht.³ (C.)

Um die Entwicklung der Wettbewerbsforcierung in Deutschland zu verstehen ist es ausreichend, aber auch unverzichtbar, das Europarecht heranzuziehen. (D.)

² W.Ewald, What was it like to try a Rat?, U.Pa.L.Rev. 143 (1995) 1889, 1982.

³ s. hierzu: Legrand, Pierre, Fragments on law-as-culture, Deventer: Tjeenk Willink, 1999.

A) Selbstregulierung und Rechtsquellen des freien Berufs des Rechtsanwalts

Rechtsanwälte gehören zu den freien Berufen (I.). Diese unterscheiden sich von anderen Berufen u.a. durch ein besonderes Berufsrecht, das Standesrecht (II.). Das Standesrecht ist ein Recht, das durch eine autonome Rechtsetzung durch die Berufsangehörigen selbst, eine Selbstregulierung, bestimmt wird (II.1.). Nur Definitionen, die das berücksichtigen, werden der Eigenheit dieses Rechts gerecht (II.2.). Weiterhin zeichnet sich das Standesrecht dadurch aus, dass es Berufsrecht von hoher soziokultureller Bedeutung regelt. Es ist ein Recht, das ethischen Kategorien mehr ausgesetzt ist als andere Berufsrechte. Selbstregulierung bedeutet daher Regulierung der eigenen Sache, aber nicht in eigener Sache (II.3.).

I. Der "freie Beruf"

Rechtsanwälte gehören zu den sogenannten freien Berufen. Freiheit aber wovon oder vor wozu? Der Begriff „frei“ ist nur historisch zu erklären, denn frei sind die freien Berufe gerade nicht. Sie unterliegen oft härteren Restriktion als andere Berufe. Vielmehr sind diese Restriktionen ein wesentliches Kriterium. Daneben steht die einzigartige Freiheit einen Teil des Berufsrechts selbst setzen zu dürfen. Diese Autonomie ist dann das Hauptkriterium für diese Berufe und ihr Namensgeber.

Die freien Berufe in Deutschland als eine herausgehobene Berufsgruppe sind das Ergebnis eines historischen und gesellschaftspolitischen Entwicklungsprozesses. Die heutige Abgrenzung der freien Berufe vom Staatsdienst einerseits und vom Gewerbe andererseits spiegelt zwei gegensätzliche historische Wandlungen der klassischen freiberuflichen Tätigkeiten des Arztes und des Anwalts wider. Um die im 18. Jahrhundert offen zutage getretenen Missstände im Rechts- und Gesundheitswesen zu

beseitigen, wurde von Seiten des Staates die Verstaatlichung beider Bereiche durchgesetzt.⁴ Die Inpflichtnahme des Anwalts, des Arztes, auch des Apothekers und des Notars war Ende des 18. Jahrhunderts und Anfang des 19. Jahrhunderts derartig gesteigert worden, dass sie als wirkliche Staatsdiener zu betrachten waren.⁵

Demgegenüber richteten sich die Bemühungen der Berufsstände alsbald im Zuge des Liberalismus auf die Befreiung von hoheitlicher Bindung. Hier findet der Begriff des freien Berufs seine Prägung im heutigen Sinne. Erst vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage nach der "Freiheit - wovon und wozu?" und warum die freien Berufe heutzutage in vielerlei Hinsicht anderen Berufen gegenüber weniger "frei" sind, klären, dies betrifft vor allem den Wettbewerb.

Es sind Restriktionen, die gewährleisten sollen, dass das regelmäßig vorhandene Wissensgefälle zum Auftraggeber nicht ausgenutzt wird, vielmehr ein besonderes Vertrauensverhältnis entsteht. Der Freiberufler erbringt eine individuelle, mit besonderen geistigen Fähigkeiten erarbeitete Leistung, die nicht standardisierbar, nicht wiederholt erbracht wird.⁶ Dies setzt eine qualifizierte Ausbildung mit schöpferischer Befähigung, nachgewiesen durch eine ausgiebige Prüfung voraus.⁷ Der Freiberufler führt für eine Gesellschaft existenziell notwendige Tätigkeiten aus. Darin begründet findet sich ein besonderes Qualitätsbedürfnis an diese Tätigkeit, welches ebenso gewährleistet werden soll.

Der Freiberufler erbringt seine Leistung persönlich. Er erfüllt die ihm übertragenen Aufgaben ganz oder überwiegend selbst, verantwortet sie

⁴ Taupitz, S.114.

⁵ Rebling, AnwZ 1846, S. 753, 755; Freytag, AnwZ 1847, S.81,83 ff. – zur Staatsdienerstellung des Advocaten.

⁶ Deneke, S. 116 f..

⁷ BVerfGE 17 S. 232, 239; 37, S. 38, 49; 46, S. 224, 242.

dementsprechend auch selbst. Der Freiberufler muss der Leistung „den Stempel der Eigenpersönlichkeit geben“.⁸

Weiterhin zeichnen sich die freien Berufe in Deutschland durch eine besondere, nur für sie geltende Freiheit aus. Ihnen wird seitens der Gesellschaft stärker als anderen Berufen Autonomie in der Normierung und Interpretation beruflicher Verhaltensstandards sowie in der Ahndung ihrer Verletzung gewährt.⁹

Es gibt keine Legaldefinition für den freien Beruf. Steuerrechtlich führt § 18 des Einkommensteuergesetzes zwar als freie Berufe auf:

- Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte,
- Heilpraktiker, Krankengymnasten,
- Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater,
- Ingenieure, Architekten,
- Journalisten, Dolmetscher,
- Künstler,

diese Definition bleibt jedoch auf das Steuerrecht beschränkt, denn es gilt primär nur hinsichtlich der Gewerbesteuerbefreiung. Die aufgeführten Berufe erfüllen nicht alle die Kriterien eines freien Berufes, wie es das Europarecht beispielsweise sieht.

Der freie Beruf ist nicht nur auf Deutschland beschränkt, es ist ein weitgehend europäisches Prinzip. Der Generalanwalt in der Entscheidung

⁸ BGH, BStBl 1968 II, S. 820, 822

⁹ Hartung/Holl-Lörcher, S. 1083: „Angehörige Freier Berufe erbringen aufgrund besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit. Ihre Berufsausübung unterliegt in der Regel spezifischen berufsrechtlichen Bindungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung oder des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welches die Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende Vertrauensverhältnis gewährleistet und fortentwickelt.“; Taupitz, S.11.

des EuGH vom 12.9.2000¹⁰ hat fünf Besonderheiten des freien Berufs in Europa hervorgehoben: ¹¹

- Ein oftmals bestehendes gesetzliches Monopol der Berufsausübung,
- Zugangsbeschränkungen zu den Berufen, teilweise durch Standesvertretungen organisiert,
- Beschränkungen der Werbefreiheit,
- Gesetzliche Festlegung der Gebühren/Honorare,
- Beschränkung der zulässigen Rechtsformen (Gesellschaftsformen), in der die Dienstleistung als freier Beruf erbracht werden kann.

II. Selbstregulierung des Standesrechts

1. Die sonderrechtliche Selbstregulierung des Standesrechts

Selbst viele Juristen setzen ihr Standesrecht mit ihrem allgemeinen Berufsrecht gleich. Das ist jedoch unpräzise, denn sie verkennen dabei die wichtigste Eigenheit dieses Rechts - die Autonomie.

Es werden viele Definition zum Standesrecht genannt: Standesrecht sei "die Summe der materiellen beruflichen Verhaltensregeln" für den Berufsangehörigen,¹² Standesrecht sei das besondere Recht eines bestimmten Berufsstandes¹³ oder Standesrecht seien die Vorschriften, die für Angehörige bestimmter Berufe als Ausdruck eines besonderen, durch den Berufsstand geprägten Berufsethos, gelten.¹⁴ Bereits bestimmter wird dort das Standesrecht definiert, wo es mit der rechtlich definierten

¹⁰ verbundene Rechtssache C-180/98- C-184/98.

¹¹ Schalast, Christoph, „Der Rechtsanwalt als freier Beruf im EU-Recht“, AnwBl 2001, S. 494, 495.

¹² Sue, S. 1.

¹³ Köbler, S. 308.

¹⁴ Creifeld's , S. 1080.

Stellung und dem Verhalten der Berufsangehörigen gegenüber Kollegen und gegenüber der Kammer gleichgesetzt wird.¹⁵ Andere differenzieren danach, ob die fragliche Pflicht "dem Stand" geschuldet ist. Außerhalb beider Bereiche soll vom "Berufsrecht gesprochen werden".¹⁶ Diese Unterscheidungen je nach sachlicher Beziehung und nach dem (personalen) Schutzobjekt ist aber nicht von entscheidender Bedeutung für die sonderrechtliche Beurteilung. Vielmehr ist entscheidend nach dem Urheber des Normbefehls zu fragen.¹⁷

Überzeugen können nur diejenigen Definitionen, die auch eine Unterscheidung treffen zwischen Berufsrecht und Standesrecht, die differenzieren zwischen staatlichem und autonomem Recht. Unter dem allgemeinen Begriff des Standesrechts ist ein Sonderrecht zu verstehen: das "Sonderrecht der freien Berufe".¹⁸

Unter Sonderrecht versteht man Rechtssätze, die von der allgemeinen Regel abweichen und die Recht für besondere Klassen von Personen, Sachen oder Verhältnissen darstellen.¹⁹ Standesrecht ist ein berufsständisches, sachbezogenes Sonderrecht.

Dabei ist es aber kein Sondervorrecht, denn es knüpft nicht an eine Privilegierung an, sondern lediglich an die Funktion, die der Angehörige eines Berufsstandes in der modernen Leistungsgesellschaft zu erfüllen hat.²⁰ In einer liberal-demokratischen Auffassung vom Staat findet die Vorstellung, dass es sich bei den "freien Berufen" um eine im objektiven Sinne mit Vorrechten ausgestattete Berufsausübung handelt, keinen

¹⁵ Zuck, Rüdiger, „Internationales Anwaltsrecht“, NJW 1987, S. 3033; ders. in: Lingenberg/ Hummel Einl., Rn. 19..

¹⁶ Hess, S. 87.

¹⁷ So auch Taupitz, S.193.

¹⁸ VG Berlin U.v. 22.3.1984 – 14 A 204.83, Taupitz , S. 156.

¹⁹ Enneccerus/Nipperdey, S.298.

²⁰ Taupitz, S.153.

Raum.²¹ Standesrecht ist ein Sonderrecht und Teil des Berufsrechts der freien Berufe.

Das Berufsrecht ist ein weiter Bereich, innerhalb dessen es Normen gibt, die nicht unmittelbar auf den Gesetzgeber zurückgehen, sondern allenfalls von einer von ihm legitimierten und anerkannten Institution geschaffen wurden. Vom Standesrecht ist daher nur zu sprechen, wenn es sich um Regeln handelt, die die Standesangehörigen selbst geschaffen haben. Standesrecht ist das eigene Recht des Standes, gesetzt durch den Stand selbst.²²

Standesrecht ist damit sublegales Recht, denn der Normbefehl stammt immer von einer unterstaatlichen Instanz ab, in der die Berufsangehörigen selbst maßgeblichen Einfluss haben.²³ Standesrecht bedeutet also immer Selbstregulation, also mit anderen Worten Autonomie.

2. Der Begriff des Standesrechts

Der Begriff des Standesrechts selbst ist in den letzten Jahrzehnten in die Kritik geraten. Er klänge zu antiquiert.²⁴ Dem kann man nur entgegen, dass er tatsächlich schon sehr alt ist, dies kann aber allein nicht entscheidend sein:

Standesrecht bedeutet wortlautgemäß Zustand, Stellung oder Lage und ist etymologisch zurückzuführen auf das mittelhochdeutsche Wort "stant" von Stehen, Ort des Stehens.²⁵ Früher wurde die Standeszugehörigkeit durch Geburt vermittelt. Sie begründete Freiheit oder Unfreiheit.²⁶ Diese

²¹ Fehlmann, S. 46.

²² Taupitz, S. 158.

²³ Taupitz, S. 193.

²⁴ Hartung, S.17 Rn. 58.

²⁵ M. Schmidt, S.22.

²⁶ v.Gierke, S. 396.

Auffassung gehört jedoch der Geschichte an. Die noch im Feudalstaat vorhandene Unterteilung in Adels-, Bauern-, und Bürgerstände mit und den damit verknüpften Privilegien höhergestellter Stände hat sich bereits mit dem Liberalismus und der damit verbundenen rechtlichen Gleichsetzung aller gesellschaftlichen Schichten erledigt.

Der Name Standesrecht klänge veraltet, arrogant und vielleicht sogar elitär. Einen Hang nach Höherwertigkeit - ein aristokratischer Charakter wird dem Wort vorgeworfen.²⁷ Dies ist jedoch übertrieben. Das Wort Stand bezeichnet eine Zusammenfassung von Menschen, die durch ihre gleichartige Stellung in der Gesellschaft eine Gemeinschaft bilden. Dass es sich heutzutage um durch den Beruf und nicht um eine durch Geburt begründete Gemeinschaft handelt, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner Erläuterung bedarf und daher auch keines neuen Begriffes für ein Recht, das heute und auch in Zukunft durch Besonderheiten gekennzeichnet ist; Besonderheiten, die eher als Last, denn als Privileg zu betrachten sind. Besonderheiten, die der Gemeinschaft der Rechtsanwälte daher auch keine elitäre Stellung bringen, ebenso wenig wie der Begriff Standesrecht.

3. Standesrecht und Moral

Standesrecht ist ein Recht, welches ethischen Kategorien stärker ausgesetzt ist als andere Rechte. Standesrecht darf aber nicht mit Standesmoral gleichgesetzt werden.

Traditionelle Autoren zum Standesrecht stellten noch auf die Herausbildung und Wahrung der Standesmoral ab. Das Erwachen der Standesethik unmittelbar zur rechtlich bedeutsamen Standespflicht sei ein besonderes Phänomen der Standespflichten.²⁸

²⁷ Sojka, Klaus, „Standesrecht?“, MDR 1989, S.105 ff, 105; Husmann, S.26; Platzer M., „Standesrecht nicht der erhobene Zeigefinger des Kammervorstandes“, PZ 1987, 2715.

²⁸ Warburg, S.139,141.

Die Kritik an der angeblichen Antiquiertheit anwaltlichen Standesrechts sei tatsächlich tiefgreifende Verachtung für die Notwendigkeit einer Moral gewesen.²⁹ Tatsächlich stelle aber die Standesmoral ein Reservoir dar, aus dem neue Rechtsregeln geschöpft und vorhandene geändert werden können.³⁰

Für diese Auffassung sprechen die oft moralisierenden Formulierungen des Standesrechts, die sich z.B. in den ärztlichen Berufsordnungen als Gelöbnis wiederfinden und dem Hippokratischen Eid nachempfunden sind.³¹ "Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen der Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen."³²

Das BVerfG hat in seiner früheren Rechtsprechung die wesentliche Aufgabe der Standesgerichtsbarkeit darin gesehen, die Berufsmoral lebendig zu halten und wirksam zu schützen.³³ Die Standesmoral sei der Inbegriff dessen, was nach der Überzeugung angesehenen und erfahrener Mitglieder des Standes ein anständiger Berufsangehöriger tun oder unterlassen solle.³⁴ Das Standesrecht stelle somit eine Kodifizierung der *communis opinio* des Berufsstandes über moralische Auffassungen dar.

Ein Freiberufler ohne Standesmoral ist ein Problem, denn der Empfänger seiner Leistung muss regelmäßig "blind" der fachlichen Kompetenz, moralischen Integrität und dem hohen Verantwortungsbewusstsein des Freiberuflers vertrauen. Dies bedeutet die Notwendigkeit einer hohen persönlichen Integrität, Korrektheit und Ehrlichkeit der Freiberuflers.

²⁹ Lingenberg/ Hummel/ Zuck/ Eich-Zuck, Vorwort S.IX f.

³⁰ Zuck, Fritz, „Berufsrecht und Berufsmoral“, JZ 1989, S. 353, 356.

³¹ Laufs, S. VIII.

³² E. Schmidt S. 1,2.

³³ BVerfGE 7, 377, 428.

³⁴ Zuck, Fritz, „Berufsrecht und Berufsmoral“, JZ 1989, S.353, 356.

Vertrauenswürdigkeit ist eine über die Inanspruchnahme einer definierten Rolle und über die Zugehörigkeit zu einer organisierten Gruppe vermittelte Anforderung. Wird Vertrauen derart generalisiert, fungiert die öffentlich-rechtliche Zulassung und das Standesrecht als Substitut für individuelles Vertrauen. Standesrecht kann aber nicht mit ethischen Anforderungen gleichgesetzt werden.

In engerem Sinne meint Ethik die Gesamtheit der Prinzipien, welche Sitten und Verhalten von Menschen regeln. In weiterem Sinne meint es die Wissenschaft, welche sich diese Prinzipien zum Gegenstand macht.³⁵ Die gesamte ethische Reflexion richtet sich auf die Definition eines wahrhaft Guten und einer wahren Begründung der Moral.³⁶ Das Gute unserer Begehungen darf man jedoch nicht verwechseln mit dem Gerechten, dem Ziel des bürgerlichen Rechtsstaats.

Reduziert man ethisches Leben auf ein einfaches Netz von äußeren Verpflichtungen, die aufgestellt werden von einer Macht, die in der Lage ist, deren Ausführung mit Gewalt zu erzwingen oder deren Nichtbeachtung zu bestrafen, liegt eine Verwechslung der Ethik mit dem Recht vor. Genau dieser Gefahr einer Verwechslung unterliegt man, setzt man Standesregeln mit ethischen Regeln gleich. Das Subjekt unterwirft sich den Regeln der Moral nicht, weil es dazu gezwungen ist, sondern weil es von der Geltung der Regeln überzeugt ist.³⁷ Der Verstoß gegen ethische Regeln ist primär vor dem Gewissen zu verantworten.

Trotzdem: wollte man aber eine strikte Trennungslinie zwischen Recht und Ethik ziehen, würde dies zu "einer substantiellen Verelendung des Rechts

³⁵ Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften Stichwort: Moral S. 459.

³⁶ Taupitz, S.462.

³⁷ Taupitz, S.460.

führen".³⁸ Ethik spielt in das Recht hinein. Der Schutz der sozialen Wertordnung wird in erster Linie von moralischen Gesichtspunkten bestimmt und macht einen Kernbereich des Rechts aus.³⁹

Dies ist offensichtlich bei Rechtsnormen gegeben, die ausdrücklich auf "die gute Sitte" verweisen, aber auch andere Rechtsbegriffe kommen nicht ohne Ausfüllung durch ethische Anschauungen aus.⁴⁰ Gesellschaftliche Anschauungen können das gesamte Recht ändern, "ohne dass ein einziges positives Gesetz geändert zu werden braucht"⁴¹

Standesrecht reguliert Tätigkeiten Berufsangehöriger, die von hoher soziokultureller Bedeutung sind. Zentrale Werte der Gesellschaft wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Gerechtigkeit spielen eine gehobene Rolle. Es ist schon damit ein Recht, das vergleichsweise und quantitativ ethischen Kategorien stärker ausgesetzt ist als andere Rechte.⁴²

Erst verknüpft mit dem wichtigsten Kriterium des Standesrechts, der Selbstregulierung, kommt das Wesen des Standesrechts vollständig hervor. Es gilt angesichts der hohen soziokulturellen Bedeutung Interessen der Gesellschaft zu vertreten, trotz Regulierung der eigenen Sache. Damit bedeutet Selbstregulierung Regulierung der eigenen Sache, jedoch nicht Regulierung in eigener Sache. Altruismus ist gefragt. Der Versuchung, der Rechtsanwaltschaft Vorteile zu verschaffen, ist zu widerstehen.⁴³

³⁸ Engisch, S. 106.

³⁹ Taupitz, S. 185 m.w.Verw..

⁴⁰ Henkel, S. 87.

⁴¹ Rüthers, S.50.

⁴² Taupitz, S. 189.

⁴³ Das jüngste Beispiel für ein Erliegen dieser Versuchung war die Aufnahme des verfassungswidrigen § 13 in die BORA. Ein Regelung, die im wesentlichen nur zugunsten der Rechtsanwälte, nicht aber dem Mandanten zugute kam. Die BRAO ermächtigt jedenfalls nicht zum Erlass von SatzungsR, das die Erwirkung eines Versäumnisurteils von einer vorherigen Ankündigung gegenüber dem gegnerischen Anwalt abhängig macht; BVerfG, 1 BvR 1327/98.

III. Die Geschichte des Anwaltsrechts in Deutschland

Anders als die Heilberufe⁴⁴ verfügen die Anwälte in Deutschland nicht über eine lange Tradition kodifizierter Standesregeln. Erst am Anfang des 19. Jahrhunderts wurden im Zuge der allgemeinen Befreiungsbewegung aus staatlicher Vormundschaft⁴⁵ auch Anwaltsvereine auf freiwilliger Basis gegründet, die sich als Vorstufe der Kammern herausstellten.⁴⁶

Am 23.5.1878 wurde in der Gesamtabstimmung des Reichstages die Rechtsanwaltsordnung verabschiedet. Sie wurde als Magna Charta des deutschen Anwaltsstandes bezeichnet. Im gesamten deutschen Reich sollte es nur noch den einheitlichen Rechtsvertreter der Prozessparteien geben, der den Prokurator und Advokator in sich vereinigt.⁴⁷ Dieser sollte unter der durch das Gesetz normierten Bezeichnung "Rechtsanwalt" auftreten. Diese neue deutsche Rechtsanwaltschaft hatte die Garantie der Freiheit vom Staat, von richterlicher Disziplinaraufsicht und die Freizügigkeit der Zulassung weitgehend erreicht.

In den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts begann auch im Bereich des anwaltlichen Standesrechts eine Entwicklung in Deutschland, wie sie schon viele Jahre zuvor von der Ärzteschaft erfolgreich vorangetrieben worden war.⁴⁸ Die Initiative ging von dem 1871 gegründeten Deutschen Anwaltsverein aus. Es wurde ein umfassender Katalog beruflicher Pflichten

⁴⁴ Von den Regeln der Hammurabi über den hippokratischen Eid der Antike bis zu den Anfängen eines modernen Standesrechts in der Epoche der Befreiung Anfang des 19. Jahrhunderts - s. Taupitz, S.203 ff.

⁴⁵ Stranz, J., "Deutschlands Anwaltschaft an der Schwelle des zwanzigsten Jahrhunderts", DJZ 1901, S. 358:

"Geboren aber ist der deutsche Anwalt schon früher mit den Einheitsbestrebungen der dreißiger Jahre, mit den Kämpfen des Jahres 1848. In freiem Manneswort und kühner Mannesthat, damals gefahrvoll bis zur Verbannung und zum Tod, trat er, kein miles floriosus, für Deutschlands Einheit ein. Von Anwälten aller deutschen Staaten erscholl Anklage gegen die unhaltbaren Zustände deutscher Zerrissenheit. ... Diese politische Thaten bleiben dem Anwalt unvergessen."

⁴⁶ Hartstang, S. 18 ff; Taupitz, S. 362 ff.

⁴⁷ Hartstang, S. 23.

⁴⁸ Ostler die Deutschen Rechtsanwälte, S. 86 ff.

entwickelt. Die Arbeit der Kammern wurde von der Anwaltschaft als bisher unbefriedigend empfunden, da sich die Kammervorstände zu selten äußerten. 1928 schuf der DAV die erste umfassende Zusammenstellung der "Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs".⁴⁹ Trotz der vorbildlichen Tätigkeit des Anwaltsvereins, trotz ausdrücklicher Begrüßung und Bitte um Gelegenheit der Mitwirkung blieben die Kammern bei späteren Neufassungen weiter untätig.

Dieser Zustand hielt an bis in die Zeit der Nationalsozialisten, die in der "Neuordnung des deutschen Staats- und Rechtslebens" durch die NotVO vom 18.3.1933 eine auch für den Stand der Rechtsanwälte beschämende Periode einleiteten.⁵⁰

Am 1.10.1959 wurde das Anwaltsrecht durch die in Kraft tretende BRAO geformt. Sie orientierte sich stark an der alten RAO und es wurde befürchtet, dass sie zu konservativ sei und die Wandlungen von Wirtschaft und Umwelt nicht genügend beachtet worden seien.⁵¹ Es wurde der Vorwurf erhoben, sie degradiere den Anwalt zu einem Dienstboten der Justizverwaltung. Auf der anderen Seite hatte es insbesondere mit den amerikanischen Besatzungsbehörden - die in ihrer Zone unbedingt amerikanische Vorstellungen durchsetzen wollten - harte Auseinandersetzungen gegeben. Von der amerikanischen Seite hieß es bereits zur damaligen Zeit, der Rechtsanwalt übe lediglich ein Gewerbe aus und deshalb sei auch absolute Gewerbefreiheit, das hieße Zulassung ohne jede beschränkende Voraussetzung, einzuführen.⁵²

⁴⁹ Dittenberger, AnwBl. 1929, S. 172.

⁵⁰ "Unfassbar für uns heute ist es, dass es den Nationalsozialisten innerhalb einer erschreckend kurzen Zeit und ohne wirkliche Gegenwehr aus Kreisen der deutschen Anwaltschaft gelungen ist, die 1878 installierte freie Anwaltschaft völlig zu zerschlagen." Hartstang, S. 32; Reifner, ZRP 1983, S.14: Die Justizgeschichte in der NS-Zeit sei noch kaum bekannt geschweige denn verarbeitet; zu der Stellung des Rechtsanwalts und dem Anwaltsrecht in der NS-Zeit siehe ausführliche Darstellung in: Ostler, S.229 ff.

⁵¹ Ostler, S. 346.

⁵² Hartstang, S. 53.

Die Position des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege und der Kampf um die Freiheit der Advokatur waren damals wie heute ein Politikum, in dem amerikanische Einflüsse damals wie heute eine Rolle spielen. Der Rechtsanwalt bleibt aber ein Organ der Rechtspflege und als ein solches ist er vorrangig der Rechtspflege verpflichtet. Wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, sei eine Absicht, die hintangestellt werden müsse. Daher nimmt die h.M. in Rechtsprechung und Lehre noch an, dass der Rechtsanwalt kein Gewerbe ausübe, auch nicht nach den Veränderungen des Berufsrechts der letzten Zeit.⁵³ Ein Standpunkt, der vor dem Europarecht nicht mehr lange zu halten sein wird.

IV. Das Regelungsziel der Rechtspflege

Es werden verschiedene Regelungsziele zum Berufsrecht des Rechtsanwalts genannt.⁵⁴ Allen ist gemeinsam, dass sie entweder Ausdruck dessen sind oder Abgrenzung dessen anstreben, was den soziokulturellen Wert der Tätigkeit des Anwalts ausmacht: die Rechtspflegefunktion.⁵⁵ Die wichtigste Aufgabe des Anwalts ist die Pflege des Rechts, seiner Verwirklichung und Vollziehung durch Mitwirkung an der Rechtsprechung zu dienen und eine konflikt- sowie prozessvermeidende Beratung zu gewährleisten.⁵⁶ Man kann drei wesentliche Aspekte dieser Rechtspflegefunktion unterscheiden: Qualitätssicherung, Vertrauenssicherung und die Selbstverwirklichung des Freiberuflers.

1. Rechtspflege in Form von Qualitätssicherung

Es ist ein sozioökonomisches Interesse, Qualitätsstandards für die Ausübung bestimmter Berufe und das notwendige Vertrauen der Nachfrager in eine ordnungsgemäße Erfüllung der Berufspflichten zu

⁵³ BVerfGE 21, 227, 233; BGH EGE XIII, 67, 71; LG München I NJW 1994, 1882, 1883; Hübner, Rz. 7; Kornblum, AnwBl 1973, 153, 158; Schmidt HandelsR, 4. Aufl. 1994, S. 282; Feuerich-Braun, BRAO, 3. Aufl. 1995, § 2 Rn. 1.

⁵⁴ BVerfGE 71, 162, 178 ff.; BVerfGE 76, S. 196, 207 ff.; BVerfG NJW 1992, 1613 f.; Sue S. 146 ff.; Ring Wettbewerbsrecht, S. 45 ff. und 231 ff.; Taupitz S. 451 ff. und S. 859 ff.

⁵⁵ § 1 BRAO.

⁵⁶ Kleine-Cosack, S. 33.

gewährleisten. Es wird zuteilen behauptet, Unfähigkeit und Rechtsunkenntnis verleite vielfach Anwälte unter Missachtung ihrer Rechtspflegefunktion dazu, gerichtliche Hilfe anzurufen, statt kompetent außergerichtlich einen Streit zu erledigen.⁵⁷

Die Qualität zu sichern ist ein legitimes Ziel, eine darüber hinausgehende Regelung mit Hilfe des Standesrechts ist jedoch nicht zu rechtfertigen und begünstige die vom BVerfG wiederholt genannten spezifischen Gefahren ständischer Selbstregulierung: ein verengtes Standesdenken, das notwendigen Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder hinderlich sei und sich zum Nachteil der Berufsanfänger und Außenseiter auswirke.⁵⁸

2. Rechtspflege in Form von Vertrauenssicherung

Das einst gegebene Werbeverbot und der heute gegebene enge Rahmen der Werbefreiheiten soll dem Schutz der Bevölkerung vor unsachlicher Beeinflussung dienen.⁵⁹ Insbesondere bei der Auslegung standesrechtlicher Werberestriktionen besteht in der Praxis mittlerweile zunehmend die Tendenz, die Nachfragerperspektive stärker zu berücksichtigen.

Aufgrund der Wissensdistanz des Laien, der sich in bestimmten Lebenslagen einem Fachmann anvertrauen muss, dessen Kompetenz er nicht beurteilen kann, genießt der Rechtsanwalt nicht nur ein besonderes gesellschaftliches Ansehen, sondern auch eine besondere Macht. Diese genoss er schon in römischer Zeit.⁶⁰ Sie ist insbesondere in einem Rechtsstaat gegeben, der in seiner Gestalt wesentlich von Juristen geprägt wird.⁶¹ Daher ist die juristische Qualität anwaltlicher Beratung sicher zu

⁵⁷ Kleine-Cosack, S.33.

⁵⁸ BVerfGE 33 S. 125, 159 f. ; BVerfGE 76 S. 171, 185.

⁵⁹ Illich, S.56: "Das besondere Privileg der Experten, anderen vorschreiben zu können, was für sie richtig ist und was sie daher benötigen, ist die Quelle von Prestige und Macht, die sie im Industriestaat genießen."; BVerfGE 76, 196, 207f.; BVerfGE 71, S.162; 173 f.; BVerfGE 60, 215, 232.

⁶⁰ Weißler, S. 95.

⁶¹ Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, S. 260; Abel, S. 1-2.

stellen. Der Mandant ist in der Mehrzahl der Fälle nicht ausreichend in der Lage, die anwaltliche Dienstleistungen beurteilen zu können. Viele Regelungen dienen daher der Abwendung einer "Verschwörung gegen den Laien"⁶² und dem immerwährenden drohenden Vertrauensverlust.⁶³

3. Rechtspflege in Form der Selbstverwirklichung des Freiberuflers

Eine weitere Ansicht zu den Regelungszielen des Standesrechts greift auf das Abgrenzungskriterium des Freiberuflers zurück. Die Regelungen dienen im wesentlichen dazu, die Selbstverwirklichung des Menschen in seiner Arbeit zu gewährleisten.⁶⁴ Freiberuflich bedeutet zwar wirtschaftlich frei, aber diene im wesentlichen der Unabhängigkeit vom Staat. Der freiberufliche Wettbewerb müsse so gestaltet werden, dass die persönliche, individuelle Berufsverwirklichung gewahrt bleibe. Der Wettbewerb dürfe aber nicht allein auf eine Ressourcenallokation⁶⁵ im wirtschaftlichen Sinne ausgerichtet werden. Die freiberufliche Tätigkeit dürfe nicht zum Unternehmen objektiviert/entartet werden, indem Sachmittel und Hilfskräfte ein zu großes Gewicht bekämen.⁶⁶

V. Rechtsquelle des Berufsrechts

1. Berufspflichten in formellen Gesetzen

Berufspflichten kraft Gesetzes sind vornehmlich in der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelt, aber auch in anderen Gesetzen z.B. in den §§ 203, 352, 356 StGB und in den §§ 137 I S.2, 146 StPO finden sich Berufsregeln. Dies sind im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts statusbildende Berufsausübungsregeln.

⁶² Bernhard Shaw zitiert nach Poll, S. 3.

⁶³ Redeker, Konrad, "Von Sinn unseres anwaltlichen Standesrechts" NJW 1987, S. 304 f.

⁶⁴ Rittner, S. 19.

⁶⁵ Allokation ist gegeben, wenn aus marktwirtschaftlicher Sicht die vorhandenen Mittel derart eingesetzt werden, dass die wirtschaftlich effektivste Gestaltung erreicht ist.

⁶⁶ Rittner, S. 29.

Aus § 43 BRAO lassen sich seit der Neuordnung des Berufsrechts vom 2. September 1994 unmittelbar keine Berufspflichten mehr ableiten. Die Generalklausel ist seitdem, da die von der Bundesrechtsanwaltskammer festgestellten Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts nicht mehr zur Auslegung des § 43 BRAO herangezogen werden können, in ihrer Bedeutung deutlich reduziert⁶⁷; eine subsidiäre Auffangfunktion wird ihr teilweise noch zugesprochen.⁶⁸

2. Berufspflichten in einem materiellen Gesetz

a) Die sonderrechtliche Berufsordnung

Neben diesen statusbildenden Normen regelt die von der Satzungsversammlung gemäß § 191 a Abs. 2 BRAO beschlossene Berufsordnung die anwaltliche Berufsausübung mit nicht statusbildenden (statusausfüllenden) Normen. Sie enthalten eine gesteigerte rechtliche Qualität gegenüber den ehemaligen Grundsätzen der anwaltlichen Standesrichtlinien, denn diese wurden lediglich de facto wie Normen behandelt.

Die Berufsordnung muss mit dem Grundgesetz, insbesondere Art 12 I GG, vereinbar sein. Die Normen müssen materiell grundrechtskonform, d.h. dem Schutz von Gemeinschaftsgütern dienen. Sie müssen zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege geeignet, erforderlich und zumutbar sein.⁶⁹ Die anwaltliche Berufsordnung enthält gegenüber der Bundesrechtsanwaltsordnung quantitativ die Mehrzahl der anwaltlichen Berufspflichten. Es sind 35 Paragraphen, in denen diese ausschließlich anwaltliche Berufspflichten statuiert. Sie hat für den Rechtsanwalt eine weit höhere Bedeutung.

⁶⁷ Kleine-Cosack, § 43 Rn. 2, 7; Feuerich/Braun § 43 Rn. 4, § 113 Rn. 10.

⁶⁸ Kleine-Cosack, § 43 Rn. 7.

⁶⁹ Hartung, Einl. S.9.

b) Die Entwicklung von den Standesrichtlinien zu der heutigen Berufsordnung

Die Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts, die früheren Standesrichtlinien, waren keine Rechtsnormen.⁷⁰ Sie wurden gem. § 177 Abs.2 Nr. 2 BRAO a.F. von der Bundesrechtsanwaltskammer festgestellt und galten als allgemeine Auffassung über Fragen der Ausübung des Anwaltsberufs. Es war eine rein zusammenfassende Registrierung von Auffassungen.⁷¹ Sie wurden in der Rechtsprechungspraxis jedoch wie Normen angewendet. Die Rechtsprechungspraxis der Disziplinargerichte (Ehrengerichte) maßen ihnen rechtserhebliche Bedeutung bei. § 43 BRAO wurde mehrfach auch vom Bundesverfassungsrecht als formell ausreichende Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Berufsausübung angesehen, obwohl hier lediglich die anwaltlichen Berufspflichten als Generalklausel gesetzlich umschrieben waren.⁷² 1987 aber sprach das Bundesverfassungsgericht den Standesrichtlinien für Rechtsanwälte in völliger Umkehr zu seiner bisherigen Rechtsprechung die Qualität eines rechtserheblichen Hilfsmittels zur Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO ab, weil die Berufsausübung des Rechtsanwalts gemäß Art. 12 I GG nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden darf.⁷³ Die deklaratorische Feststellung einer vorhandenen *communis opinio* wurde als Hemmung der Rechtsentwicklung beschrieben.⁷⁴ Neben dieser fehlenden Flexibilität seien sie aber auch nicht abwägend genug zustande gekommen. Sie konnten nicht gewährleisten, dass die in den Verhaltensmaßstäben liegenden Einschränkungen der Berufsfreiheit durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt waren.⁷⁵ Der

⁷⁰ BVerfGE 76,171,185f; BVerfGE 36, 212, 216 f.

⁷¹ Ahrens, S. 70.

⁷² BVerfGE 26, 186,204; BVerfGE 36, 212,219;

BVerfGE 57;121, 132; BVerfGE 66, 337, 355f.

⁷³ BVerfGE 76,171, 187.

⁷⁴ Henssler/Prütting-Koch, Einl. Rn. 8.

⁷⁵ BVerfGE 76,171,191.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit war tangiert, im Übrigen lag eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots vor.

Ein Relikt besonderer Art waren die Berufspflichten kraft Anscheins. Das Handeln des Rechtsanwalts sollte nach diesen in der Art beschränkt sein, dass er auch nicht den Schein eines Handelns gegen die Standesrichtlinien erwecken durfte, § 1 Abs.4 RichtIRA. Ähnliche Regelungen enthielt § 6 Abs.5 und § 46 Abs.3 RichtIRA. Diese Regeln waren wegen des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsverbot verfassungswidrig.⁷⁶

Das BVerfG veröffentlichte seine Entscheidung am 19. November 1987. Damit war der Gesetzgeber aufgerufen, der Anwaltschaft eine Satzungskompetenz zur Schaffung statusausfüllender Berufsausübungsregeln zu übertragen.⁷⁷ Der Gesetzgeber musste eine veränderte rechtliche Grundlage schaffen. Die Entscheidung legte nahe, eine Berufsordnung in Gestalt von Satzungsrecht entstehen zu lassen. Hierdurch wäre es dann möglich, ein unterhalb eines förmlichen Gesetzes durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu erlassendes Recht zu schaffen.⁷⁸ Gemäß § 191a-191e BRAO ist bei der Bundesrechtsanwaltskammer eine Satzungsversammlung eingerichtet worden, der die Aufgabe obliegt, "als Satzung eine Berufsordnung für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes unter Berücksichtigung der beruflichen Pflichten und nach Maßgabe des § 59b" zu erlassen. Der Verwaltungsapparat der Bundesrechtsanwaltskammer wird im Wege der Verwaltungsleihe genutzt.

Die von der Satzungsversammlung als Satzung beschlossene Berufsordnung ist das erste in der Geschichte der deutschen

⁷⁶ Feuerich, Wilhelm, " Die Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts auf die Ehrengerichtbarkeit für Rechtsanwälte" AnwBl 1988, S.503.

⁷⁷ Hartung, S. 5.

⁷⁸ Zuck, Rüdiger, " Berufsrecht und Berufsmoral" JZ 1989, 353, 354.

Rechtsanwaltschaft geschaffene berufsrechtliche Regelwerk, das von einem durch alle Rechtsanwälte gewählten Gremium beschlossen wurde.

3. Berufspflichten kraft Anwaltsvertrages

Aus dem Anwaltsvertrag ergeben sich für den Rechtsanwalt keine Berufspflichten.⁷⁹ Die Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages bedeutet daher auch keinen sanktionierbaren Verstoß gegen Berufspflichten. Eine Ahndung wäre systemwidrig. Unzulängliche rechtliche Aufklärung, falsche Beratung oder unsachgemäße Vertretung kann nicht anders beurteilt werden als das Fehlurteil eines Richters.⁸⁰ Die Freiheit der Advokatur ergibt die Freiheit in der Vertretung des Mandanten weitestgehend ohne jede Verantwortung vor dem Staat, etwa durch repressive Aufsicht.⁸¹ Schlechtleistung ist nicht justiziabel, höchstens bezüglich entstandener Vermögensschäden versicherbar.⁸² Erst wenn die Anforderungen an eine gewissenhafte Berufsausübung und an die Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft etwa durch ständige Gesetzesverstöße in Form von Häufung zivilrechtlicher Versäumnisse tangiert ist, kommt eine Maßregelung durch die Berufsordnung in Betracht. Auch eine auf Kosten des Mandanten gegebene Bereicherung, vorsätzliche Schädigungen oder Verstoß gegen die guten Sitten sind nach der Berufsordnung beachtlich, dann aber bald auch schon nach dem StGB.

4. Berufspflichten kraft Gewohnheitsrecht

Die Berufspflichten kraft Gewohnheitsrecht haben sich seit dem Inkrafttreten der Berufsordnung durch Kodifikation erledigt. Im Bereich des Zivilrechts hat das Gewohnheitsrecht Rechtsnormcharakter erhalten.⁸³

⁷⁹ Kleine-Cosack, § 43 Rn.15.

⁸⁰ Hartung, S. 9.

⁸¹ Jähnke, Burkhard, "Rechtliche Vorgaben einer künftigen Neuregelung des anwaltlichen Standesrechts" NJW 1988, S. 1891; Henssler/Prütting-Eylmann, § 43 Rn. 15 f.

⁸² § 51 BRAO Regelung der Pflichthaftpflichtversicherung des RA; Jähnke, s.o., NJW 88, S.1891.

⁸³ Palandt-Heldrich, Rn. 1 zu Art. 2 EGBGB.

Es wird als solches in § 293 ZPO ausdrücklich genannt. Selbstverständlich unzulässig ist das Gewohnheitsrecht im Bereich der Strafgerichtsbarkeit.⁸⁴ Zwischen Berufsgerichtsbarkeit und Strafgerichtsbarkeit besteht zwar ein Unterschied,⁸⁵ haben berufsgerichtliche Urteile doch nicht den gleichen Sanktionscharakter wie Strafurteile, aber auch hier bleibt ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot des Gesetzesvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots. So ist das Berufsrecht um das Gewohnheitsrecht hinsichtlich solcher Bestimmungen nach der BVerfG von 1987⁸⁶ bereinigt worden. Aus Mangel an Klarheit, Bestimmtheit und Vollständigkeit ließen sich die gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen nicht eindeutig ausmachen.⁸⁷ Es bestand ein Bedarf, das alte Gewohnheitsrecht durch formell-gesetzliche Regelungen zu bestätigen oder abzulösen.⁸⁸

5. Das Berufsrecht und Europa

a) Die europarechtlichen Vorgaben

Art. 59 EGV verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs für Angehörige der Mitgliedsstaaten innerhalb der Gemeinschaft. Eine Dienstleistung i.S.d. Art. 59 EGV liegt dann vor, wenn eine selbstständige Tätigkeit gegen Entgelt mit grenzüberschreitendem Bezug erbracht wird. Bezüglich der Anwaltsdienstleistung nannte Art. 50 II d a.F. EGV insbesondere die freiberufliche Tätigkeit. Gemäß § 1 BRAO war und ist weiterhin damit auch die anwaltliche Tätigkeit betroffen.

⁸⁴ Schönke-Schröder-Eser Rn. 9 F zu § 1.

⁸⁵ Ziegenhagen, S. 35 ff.

⁸⁶ s.o. 2b.

⁸⁷ Sue, S. 57 f..

⁸⁸ Brandstetter, S. 43 ff; Jarass, Hans, "Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit" NJW 1982, 1833; Hummel, Fritz, "Richtlinien Dämmerung", AnwBl. 1962, S.105; Ostler, Fritz, "Neueste Entwicklung in der Rechtsanwaltschaft", NJW 1987, S. 288; Redeker, Konrad, "Anwalt im Spannungsfeld von Sozialstaat und Rechtsstaat", AnwBl. 1973, S. 225; ders., "Grenzen für Aufgabe und Tätigkeit öffentlich rechtlicher Zwangsverbände", NJW 1982, S. 2761;ders. "Vom Sinn unseres anwaltlichen Standesrechts" NJW 1987, S. 304; Sue, S. 59.

Mit Art. 49 EGV a.F., Art. 59 EGV n.F. wird nicht nur ein Diskriminierungsverbot statuiert, sondern auch ein Verbot jeglicher Beschränkungen und damit der Abbau aller Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr.

Die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie (77/249/EWG) vom 22.03.1977⁸⁹ auf der Grundlage der Art. 57 i.V.m Art. 66 EWGV wurde durch den Rat zur Durchsetzung dieser Freiheit unter Ansehung der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Berufsausübung durch Selbstständige erlassen.⁹⁰

Art. 2 dieser Richtlinie sieht die Anerkennung des Rechtsanwalts in den Mitgliedsstaaten vor, soweit die betroffene Person in einem Mitgliedsstaat berechtigt ist, den dort mit dem Rechtsanwaltsberuf gleichbedeutenden Beruf auszuüben. Bei der Ausübung des Berufes waren gem. Art 4 II der RL vom Rechtsanwalt sowohl die Standesregeln des Aufnahmestaates wie auch des Herkunftsstaates zu beachten.

Die zweite für den Rechtsanwalt maßgebende Grundfreiheit des europäischen Rechtes ist in Art 43 a.F., Art 52 n.F. EGV geregelt, die Niederlassungsfreiheit. Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates sind verboten. Dies gilt gemäß Art. 43 I 2 EGV a.F. auch für die Beschränkungen der Gründung von Zweigniederlassungen. Einem Angehörigen eines Mitgliedsstaates darf es grundsätzlich nicht verwehrt werden, eine dauernde selbstständige und wirtschaftliche Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat aufzunehmen.

⁸⁹ ABI. L 1978, 17.

⁹⁰ EuGH Rs. 2/74 "Reyners" Slg. 74, 631; EuGH Rs. 33/74 "van Buisbergen" Slg. 75, 1095.

Diese Grundfreiheit wurde vom Rat durch die Hochschuldiplom-Anerkennungsrichtlinie 89/48/EWG vom 21.12.1988⁹¹ konkretisiert. Der Zugang zu einem reglementierten Beruf in einem Mitgliedsstaat darf laut dieser nicht verwehrt werden. Ein in einem anderen Mitgliedsstaat erworbener, gleichwertiger Abschluss, welcher dort den Zugang zu dem reglementierten Beruf ermöglicht, muss gemäß Art. 3 der Richtlinie weitgehend anerkannt werden. Den Mitgliedsstaaten bliebe lediglich die Möglichkeit, einen Eignungstest bzw. eine gewisse Berufserfahrung von dem Bewerber zu fordern, Art. 4 der Richtlinie.

Eine weitere Förderung der Niederlassung ausländischer Rechtsanwälte wurde durch den Erlass der Niederlassungsrichtlinie 98/5/EG vom 16.02.1998⁹² vom Rat und Europäischen Parlament geschaffen. In den Erwägungsgründen wird dazu ausgeführt:

"Ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene ist nicht nur gerechtfertigt, weil damit den Rechtsanwälten neben den allgemeinen Anerkennungsregeln eine leichtere Möglichkeit der Eingliederung in den Berufsstand des Aufnahmestaates geboten wird, sondern auch, weil dadurch, dass ihnen ermöglicht wird, ihren Beruf ständig unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in einem Aufnahmestaat auszuüben, gleichzeitig den Erfordernissen der Rechtssuchenden entsprochen wird, die aufgrund des zunehmenden Geschäftsverkehrs (...) einer Beratung bei grenzüberschreitenden Aktionen bedürfen (...)" "(...) Eine Tätigkeit auf Gemeinschaftsebene ist auch deswegen gerechtfertigt, weil bisher erst einige Mitgliedstaaten gestatten, dass Rechtsanwälte aus anderen Mitgliedsstaaten unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung eine Anwaltstätigkeit in anderer Form als der Dienstleistung in ihrem Gebiet ausüben."⁹³

⁹¹ ABI. L 1989, 17.

⁹² ABI. EG L 1998, S. 36.

⁹³ Punkt 5 und 6 der Erwägungen der RL 98/5/EG.

Daher ist gemäß Art. 10 der Richtlinie nach dreijähriger effektiver und regelmäßiger Tätigkeit in einem jeweiligen Land der Zugang zur nationalen Anwaltschaft des Aufnahmestaats zu ermöglichen.

b) Umsetzung in nationales Recht

aa)- RL 77/249/EWG - DienstleistungsRL-

Eine erste Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben erging in Deutschland zunächst mittels des Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetzes (RADG) vom 16.08.1980. Eine zunächst europarechtlich nicht befriedigende Lösung.

Gemäß § 4 dieses Gesetzes durfte ein dienstleistender, den Mitgliedstaaten angehöriger Rechtsanwalt vor deutschen Behörden oder Gerichten nur im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt handeln, selbst wenn nach innerdeutschem Recht für das Auftreten vor diesen Institutionen kein Anwaltszwang bestand. Diese sog. "Gouvernantenklausel" war dann Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission gegen die Bundesrepublik. Die BRD wurde verurteilt, es wurde ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot durch das RADG festgestellt.⁹⁴ Am 14.03.1990 wurde das RADG durch Gesetz geändert und die §§ 3, 4, 5 wurden neu gefasst.⁹⁵

bb)- HochschuldiplomanerkennungsRL 89/48/EWG -

Ursprünglich war eine Diplomanerkennung eines Rechtsanwalts der Mitgliedstaaten, der Angehöriger einer Rechtsanwaltskammer war, gemäß §§ 206,207 BRAO nicht notwendig. Das damalige Europäische Rechtsanwaltsgesetz sah aber eine Niederlassung und Zulassung eines europäischen Rechtsanwalts nur für die Beratung auf dem Gebiet des

⁹⁴ EuGH Rs. 427/85 Slg. 88, 1923.

⁹⁵ BGBl. I 1990, 479.

Gemeinschaftsrechts vor. Zuletzt wurde diese Vorschrift dahingehend ergänzt, dass von dieser nun nicht mehr nur europäische Anwälte betroffen sind, sondern Anwälte aus Staaten, die der WTO angehören.

Die Rechte europäischer Anwälte wurden durch ein anderes Gesetz erweitert. Die Umsetzung der Anerkennung ausländischer Jura-Examina der Mitgliedstaaten erfolgte durch das Eignungsprüfungsgesetz vom 6.07.1990.⁹⁶ Dieses Gesetz sah nun nur noch als Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltschaft das Bestehen einer Eignungsprüfung vom Bewerber vor, wie sie auch in anderen Mitgliedstaaten üblich ist, Art. 1 EigPrüfG.⁹⁷ Dies ist eine ausschließlich die beruflichen Kenntnisse des Bewerbers betreffende staatliche Prüfung, Art. 2 EigPrüfG.

cc)- NiederlassungsRL 98/5/EG -

Bei diesen Norm- und Gesetzgebungsverfahren wurde die deutsche und europäische Anwaltschaft eingebunden. So war der Entwurf einer Niederlassungsrichtlinie durch den CCBE Grundlage für die Arbeit der Kommission zur Erarbeitung der RL 98/5/EG.⁹⁸

Im deutschen Umsetzungsverfahren kam es zu einer intensiven Beteiligung des DAV und der BRAK.⁹⁹ Die Gesetzesvorschläge wurden den anwaltlichen Vereinigungen zur Stellungnahme übersandt und entsprechende Äußerungen aufgenommen.

Seit dem 14.03.2000 gilt das neue Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, das EURAG.¹⁰⁰ Dieses regelt die freie Dienstleistung europäischer Anwälte als Nachfolger des RADG.

⁹⁶ BGBl I 1990, 1349.

⁹⁷ Henssler, S. 31.

⁹⁸ ein entsprechender Entwurf wurde von dem CCBE auf der Lissaboner Versammlung am 23.10.1992 verabschiedet; zur Arbeit des CCBE s.weiter unten.

⁹⁹ AnwBl 1999, 389.

¹⁰⁰ BGBl. I.2000, 182.

Die Neuregelung der die Niederlassungsfreiheit betreffenden deutschen Vorschriften des EURAG sieht gem. § 2 EURAG vor, dass der europäische Rechtsanwalt, wenn er als solcher bei der Rechtsanwaltskammer am Ort seiner Niederlassung aufgenommen ist, berechtigt ist, die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes gem. §§ 1-3 BRAO auszuführen. Dabei ist die Berufsbezeichnung des Herkunftslandes zu führen, § 5 EURAG. Eine Zulassung zur deutschen Anwaltschaft kann später erfolgen. Hierfür muss der Nachweis einer bestimmten Berufserfahrung auf dem Gebiet des deutschen Rechts und des Gemeinschaftsrechtes erfolgen, siehe dazu §§ 11-15 EURAG. Weiterhin ist eine Zulassung nach dem Bestehen einer Eignungsprüfung möglich, §§16 ff. EURAG.

Weiterhin wird in diesem Gesetz in Teil 5 die vorübergehende Dienstleistung von europäischen Rechtsanwälten geregelt. Entsprechend den alten Vorschriften im RADG wird der europäische Rechtsanwalt verpflichtet, die deutschen Berufspflichten während seiner vorübergehenden Tätigkeit zu beachten, § 27 EURAG. Weiterhin soll dieser bei der Pflichtvertretung und -verteidigung im Bereich der Rechtspflege im Einvernehmen mit einem nach deutschem Recht zugelassenen Anwalt tätig werden.

c) Doppeltes Berufsrecht

Die europaweite Tätigkeit des europäischen Anwalts führte zu der Frage, welche Berufsvorschriften im Rahmen der europäischen Tätigkeit zu beachten seien. Die Vorschrift des Art. 4 II Dienstleistungsrichtlinie regelte, dass der Anwalt bei der Vertretung oder Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden neben dem Landesrecht seines Herkunftslandes auch das Landesrecht seines Tätigkeitslandes zu beachten hat. Für alle weiteren Tätigkeiten, wie die Rechtsberatung und -besorgung, muss sich der ausländische Anwalt dem Berufsrecht seines Herkunftslandes unterwerfen. Ebenso wird in Art. 6 I

der Niederlassungsrichtlinie der Anwalt verpflichtet, bei allen Tätigkeiten das Standes- und Berufsrecht des Herkunftslandes und des Aufnahmelandes, in welchem der Anwalt unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig ist, zu beachten.

Dieses Prinzip der "doppelten Standesregeln" bedeutete zunächst für den Anwalt, der grenzüberschreitend tätig ist, dass er sämtliche Berufsrechte der Länder kennen und beachten muss, zu denen seine Fälle eine Berührung aufweisen.¹⁰¹ Außerdem führte dies zu der Frage des Vorranges bei der Kollision von widerstreitenden Vorschriften.

Zur Überwindung dieser praktischen Schwierigkeiten wurden die CCBE-Standesrichtlinien geschaffen, welche gerade für die grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit gelten sollen.

d) Die - CCBE -

Die CCBE ist die Vertretung der europäischen Anwaltschaften auf europäischer Ebene. Die Mitglieder sind Vertreter der Mitgliedsstaaten der EU und des EWR. Die jeweiligen inländischen Berufsorganisationen delegieren Vertreter zum CCBE. Weitere Vertreter stammen aus bestimmten Staaten, denen die CCBE einen Beobachterstatus verliehen hat. Dies sind u.a. die Beitrittskandidaten der EU Tschechien, Türkei, Slowakische Republik, Slowenien, Ungarn und Zypern.¹⁰²

Die CCBE wurde unter der Schirmherrschaft der *Union Internationale des Avocats* (U.I.A.) geschaffen. Im Nachklang der Römischen Verträge wurde zunächst eine Unterkommission bei der U.I.A. gebildet, die sich mit den Problemen und Auswirkungen des Vertrages auf den anwaltlichen Berufsstand befassen sollte.

¹⁰¹ Lörcher in Hartung/Holl, BORA § 29 Rn. 2f. .

¹⁰² CCBE-Directory 1996; www.CCBE.org.de.

Die Kommission definierte 1966 ihren Zweck und ihre Funktion: Der Zweck sei die Untersuchung aller den anwaltlichen Berufsstand betreffenden Fragen sämtlicher Mitgliedsstaaten der EG und weiterhin die Erarbeitung von Lösungen zur Koordinierung und Harmonisierung der Berufsausübung. Die Funktion liegt in der Herstellung der Verbindung zwischen den Anwaltschaften und Anwaltsorganisationen der Mitgliedsstaaten wie auch zwischen den Anwaltschaften und Verbänden und Behörden der EG.¹⁰³

Heute ist die CCBE voll in die europäischen Institutionen integriert. Der EuGH hat die CCBE zwischenzeitlich als repräsentatives Organ des anwaltlichen Berufsstandes anerkannt.¹⁰⁴

Der Präsident der CCBE wird für ein Jahr gewählt und muss zuvor Leiter einer nationalen Organisation gewesen sein. Das Ständige Komitee der Delegationsleiter trifft sich mehrmals im Jahr. Zweimal im Jahr wird eine Vollversammlung abgehalten. Der Sitz der CCBE ist in Brüssel.¹⁰⁵

f) Europäische Standesregeln

Daraus ergab sich das anfängliche Bestreben nach einem einheitlichen europäischen Berufsrecht, welches jedoch bald aufgegeben werden musste. Auch wenn grundsätzliche Standesvorstellungen europaweit vertreten sind, wie Integrität, Verschwiegenheit, Pflicht der Interessenvertretung des Mandanten, Unabhängigkeit, Kollegialität, so sind die Unterschiede und die Zahl der zu beachtenden Standesregeln zu vielfältig.¹⁰⁶

¹⁰³ CCBE-Journal in AnwBl. 1988, 630, 631.

¹⁰⁴ EuGH (AM&S ./ Kommission) Slg. 1982, 1575 (CCBE trat als Streithelfer für den Kläger auf).

¹⁰⁵ Hartung/Holl-Lörcher, CCBE Einf 1ff. .

¹⁰⁶ Kespohl-Willemer, Annette, „Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaften“, EuZW 1990, S.88.

Daher entschied man sich für die Erarbeitung von Richtlinien, welche speziell auf die grenzüberschreitende Tätigkeit von Rechtsanwälten in der EG abgestimmt sind.¹⁰⁷ Vorreiter für die Regelung grenzüberschreitender anwaltlicher Tätigkeit waren die Erklärung von Perugia des CCBE von 1977 und der *International Code of Ethics* der *International Bar Association* (IBA) von 1956.

Nach mehrjähriger Tätigkeit hat die CCBE am 28.10.1988 in Straßburg die Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft beschlossen. Da die CCBE selbst keine Regelungskompetenz gegenüber den Anwälten hat, wurde eine Verpflichtung gegenüber den nationalen Standesorganisationen ausgesprochen, auf die Umsetzung in nationales Recht hinzuwirken.¹⁰⁸

So wurden von den *Bars* und *Law Societies* in Großbritannien die CCBE-Vorschriften in das Standesrecht eingebaut. In Frankreich, Griechenland und Italien wurden Standesregeln von jeder lokalen Anwaltsorganisation beschlossen. In einigen Ländern (Niederlande, Dänemark, Portugal, Belgien) wurden die Standesregeln neben das nationale Standesrecht gestellt.

Deutschland war das Schlusslicht. Die BRD war das letzte Mitgliedsland der CCBE, welches die erarbeiteten Richtlinien in das eigene Recht übernahm. Dies fand seinen Grund in der unsicheren Rechtslage, die bis zur Neuordnung des Berufsrechtes 1994 herrschte. Die BRAK hatte bis dahin keine Regelungskompetenz.¹⁰⁹ Erst durch die Neuregelung des § 59b II Nr. 9 BRAO hatte die Satzungsversammlung der BRAK die Befugnis, die

¹⁰⁷ Weil, BRAK-Mitt. 3/1989, 7.

¹⁰⁸ Merle S. 162.

¹⁰⁹ Merle S. 163; Hartung/Holl-Lörcher, BORA § 29, Rn. 6.

besonderen Berufspflichten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zu regeln.

g) EMRK

Nicht zuletzt aber ist auf europarechtlicher Ebene auch noch der Prüfungsmaßstab der EMRK zu nennen und damit die Rechtsprechung des EGMR. Zwar ist die EMRK nur nach Maßgabe des Art.59 II GG, also im Range einfachen Gesetzesrechts verbindlich und weiterhin kann der EGMR anders als das BVerfG Normen oder Richtersprüche nicht kassieren, sondern lediglich ihre Konventionswidrigkeit feststellen und Beschwerdeführern eine Entschädigung zusprechen. Aber es besteht eine Möglichkeit, die Durchsetzung der Menschenrechte als im Völkerrecht verankerte Individualrechte durch nationale Gerichte nach dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung zu erreichen.

So sieht der 1998 in die StPO eingefügte § 359 Nr.6, dessen sinngemäße Anwendung § 116 BRAO anordnet,¹¹⁰ vor, dass eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu erfolgen habe, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht. Für zivilprozessuale Verurteilung fehlt es allerdings an einem entsprechenden Wiederaufnahmegrund, ein Dilemma, wenn der betroffene Rechtsanwalt nicht auf berufsgerichtlichem Wege, sondern mit Hilfe des engeren, aber ansonsten auf das Berufsrecht anwendbaren Wettbewerbsrechts nach § 13 UWG vor einem Zivilgericht verfolgt wurde.¹¹¹

Das BVerfG ist im Rahmen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland gehalten, sich an die Wertungen des EMRK zu halten. Ebenso die Berufsgerichte, die insbesondere Konkretisierungen der EMRK durch die Rechtsprechung, etwa im Rahmen der freien

¹¹⁰ Hennsler/Prütting-Dittmann, BRAO, 1997, § 116, Rn.28.

¹¹¹ Kilian, Anwaltsblatt 5/2003, S. 260.

Meinungsäußerungen der Rechtsanwälte Art.10 EMRK, in ihre Rechtsprechung aufzunehmen haben. Das BVerwG hat bereits hierzu ausgeführt, dass eine förmliche Rechtsbindung an eine vom EGMR vertretene Auslegung nicht bestehe, ein Gericht jedoch „die Argumentationslast dafür trage, dass sein abweichender Standpunkt die entscheidend besseren Gründe für sich habe.“¹¹²

Berufsrechtliche Fragen werden an Art.1 des Zusatzprotokolls zur Konvention (Recht auf Eigentum), an Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und an Art.10 EMRK (Meinungsfreiheit) festgemacht.

¹¹² BVerwGE 110, 212.

B) Selbstregulierung und Rechtsquelle des amerikanischen *professional lawyer*

I. Professions

Rechtsanwälten kommt in den USA zusammen mit den Medizinerinnen und dem Klerus traditionell der Status des sog. „*professional*“ zu. Professionals sind das amerikanische Pendant zu den Freiberuflern in Deutschland, es bestehen viele Überschneidungen.

„Professionals“ zeichnen sich aus durch:

- eine intensive Ausbildung,
- eine anspruchsvolle, umfangreiche Prüfung der erworbenen Kenntnisse,
- ein hohes soziales Prestige, das meist aus der Beschäftigung mit einer im vitalen Interesse der Gesellschaft liegenden Aufgabe resultiert,
- durch die Organisation in Form einer autonomen Berufsgruppe und
- durch ein zu den Konsumenten bestehendes besonderes Vertrauensverhältnis.¹¹³

Aus einer hieraus resultierenden, den anderen Gesellschaftsteilen gegenüber dominanten Position, ergibt sich die weit anerkannte Folgerung, dass die *legal profession* selbst am besten geeignet sei, darüber zu bestimmen, wie eine gegenseitige Kontrolle und die untereinander geltenden Verhältnisse auszusehen hätten.¹¹⁴ Dies ist zum einen Tradition, zum anderen sei es eine Notwendigkeit, um eine effektive Rechtsberatung zu gewährleisten. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts beinhaltet zu komplexe juristische Inhalte, als dass sie von Nichtjuristen

¹¹³ Wolfram, S. 14.

¹¹⁴ Wolfram, S. 20: „lawyer’s like physicians and others in specialized professions, practice in a highly technical and esoteric area“, Cochran/Collett, S.2.

adäquat verstanden würde.¹¹⁵ Aus dieser Argumentation heraus ergibt sich, dass die Rechtsanwälte in den USA nicht nur Teile, sondern ihr gesamtes Berufsrecht selbst regulieren, soweit wie es sich im amerikanischen *case law* -System überhaupt regulieren lässt.¹¹⁶

Die Rechtsanwälte in den USA haben die meiste Zeit des 20. Jahrhunderts eigene Regulierungen in Form der sog. *legal ethics* gehabt. Sie waren unter den *professions* die letzten, die sich selbst einen *code* gaben, die ihr Recht kodifiziert haben. Die Mediziner hatten dies schon ein halbes Jahrhundert eher getan.¹¹⁷ Heute findet man berufsrechtliche Regulierungen in Form von *ethics* neben denen der Rechtsanwälte und Ärzte, auch bei Psychologen, Wirtschaftsprüfern und selbst den Landschaftsarchitekten.¹¹⁸ Sie alle nennen sich gerne *professionals*. Um dieser inflatorischen Begriffsnutzung entgegenzuwirken, führte man die Unterscheidung zwischen *traditional professions* und *new professions* ein.

Hauptkritik an der Selbstregulierungskompetenz der Rechtsanwälte ist, dass sie lange genutzt worden sei, den Wettbewerb übertrieben zu unterdrücken, es habe in der Geschichte des amerikanischen Anwaltsrechts das Gemeinwohl nicht immer im Vordergrund gestanden.¹¹⁹ Es seien vielmehr vordergründige Argumente, die begründen sollen, dass Außenstehende die anwaltliche Tätigkeit nicht verstehen könnten. Soziologen hätten aber diesen Vorgang als reine Mystifizierung entlarvt.

¹¹⁵ Wolfram, S.21; Cochran/Collett, S.2; Weckstein, Training for Professionalism, 4 Conn. L.Rev. 409, 414-415 (1972).

¹¹⁶ s.weiter unten –Professional Regulation.

¹¹⁷ N.Y.Times, July 23, 1980 S. A12 1 Absatz „new AMA principles of medical ethics“ –somit eine ähnliche Entwicklung wie in Deutschland.

¹¹⁸ American Psychological Association code of ethics; American Society of Landscape Architects, Members Handbook; American Institute of Certified Public Accountants, Professional Standards-Ethics, Bylaws, Quality control.

¹¹⁹ Cochran/Collett, S.2.

Tatsächlich wollten nicht nur die Anwälte, sondern alle *professional groups* versuchen, sich gegen eine effektive externe Kontrolle immun zu halten.¹²⁰

II. Rechtsquelle des Berufsrechts

Es bedarf zunächst einer Beschreibung der gängigen Rechtsfindung (II.1.), um die besondere Eigenart des Berufsrechts des amerikanischen Rechtsanwalts hervorheben zu können. Das Berufsrecht des amerikanischen Rechtsanwalts ist anders als so manches andere Rechtsgebiet kodifiziert (II.2.), dennoch spielen die Gerichte eine besondere Rolle. Einerseits bei der Rechtsfindung selbst, andererseits bei der Rechtskompetenz. Das hängt mit der Rolle des Rechtsanwalts als *officer of the court* zusammen (II.3.). Damit hat der amerikanische Rechtsanwalt eine besondere Rolle im amerikanischen Gerichtssystem (II.4.). Von besonderer Bedeutung für den Anwalt ist in diesem Zusammenhang das Recht der Judikativen des sog. *Inherent Power* (II.5.), der Rechtssetzungskompetenz amerikanischer Gerichte zur Selbstverwaltung. Dieses Recht wird durch das Prinzip des sog. *Negative Inherent Power* (II.6.) zu einem verfassungsrechtlich geschützten Recht. Bestandteil des *Inherent Power* ist wegen seiner Stellung als *officer of the court* auch das Berufsrecht des Rechtsanwalts (II.7.). Von den Gerichten kodifiziert ist jedoch nur sehr generelles. Zur Ausfüllung dieser Regulierungen bedienen sich die Gerichte des Ethical Law (III.1.). Von den State bars ohne Rechtssetzungskompetenz kreiert, haben diese Regulierungen faktische Rechtswirkung (III.2.).

¹²⁰ T.Johnson, Professions and Their Power 42-43 (1972); Daniels, How Free Should Professions Be?, in: The Professions and Their Prospects 42-43 (E.Freidson ed. 1973); Bereits nach dem Sezessionskrieg gab es eine weit verbreitete öffentliche Meinung über eine bewusste Verdunkelung juristischer Zusammenhänge unter dem Deckmantel des Fachwissens, um ein Monopol zu erhalten; Hierzu: C. Warren, A History of the American Bar (1911).

1. Rechtsfortbildung durch *case law*

Das amerikanische Rechtssystem ist vornehmlich ein Fallrechtssystem. Dies gilt nicht nur für Rechtsgebiete, die nur fallrechtlich geregelt sind. Auch das Gesetzesrecht unterliegt der bindenden Auslegung durch die Rechtsprechung, so dass jedes Gesetz durch Fallrecht überlagert wird.

Stare decisis et non quieta movere - „bei den Entscheidungen stehen bleiben“ - ist im Rahmen der angloamerikanischen Theorie der *stare decisis* der Grundsatz des Präjudiziensystems.¹²¹ Untergerichte sind an die Rechtsgrundsätze früherer Entscheidungen - *precedents* - der Obergerichte gebunden. Einzelstaatliche Gerichte sind hinsichtlich einzelstaatlichen Rechts an die Entscheidungen der Berufungsgerichte und schließlich des einzelstaatlichen Verfassungsgerichts - *Supreme Court* - gebunden. In Fragen des Bundesrechts sind die zuständigen Bundesgerichte, letztlich der *Supreme Court*, ausschlaggebend. Bundesgerichte richten sich im Rahmen des Bundesrechts nach den Entscheidungen ihrer übergeordneten Bundesgerichte, in Fragen einzelstaatlichen Rechts aber nach den verbindlichen Entscheidungen der betreffenden einzelstaatlichen Gerichte.¹²² Das je nach Zuständigkeit höchste Gericht kann von dem von ihm selbst aufgestellten Präjudiz abweichen und es damit aufheben. Durch dieses *overruling* wird neues Recht geschöpft. Diese Richtungsänderung hat keine Rückwirkung auf frühere letztinstanzliche Urteile der gleichen Rechtsmaterie – *res judicata*.¹²³ Ein Untergericht weicht nur absichtlich von einem bestehenden Präjudiz ab, wenn es davon überzeugt ist, dass das Obergericht dieselbe Meinung vertreten wird oder würde.¹²⁴

¹²¹ Blumenwitz, S. 20.

¹²² Hay, S. 9.

¹²³ Bluefields S.S. Co. v. United Fruit Co., 243 F. 1, 9.

¹²⁴ *To affirm*, Blumenwitz S. 33.

Rechtsfortbildung erfolgt im amerikanischen Rechtssystem somit im wesentlichen durch die Rechtsprechung. Eine Trennungslinie zu ziehen zwischen bereits geltendem und erst entstehendem Recht ist nicht möglich. Über den Aussagewert von Präzedenzfällen kann man, häufig aufgrund nicht so präziser Formulierung im Gesetzesrecht, verschiedener Meinung sein. Ist ein Gesetz zunächst einmal Gegenstand richterlicher Auslegung geworden, wird sein Wortlaut schnell von den kommentierenden Entscheidungen der Gerichte überwuchert.¹²⁵

Hieraus ergibt sich ein sehr dynamischer Charakter des amerikanischen Rechts. Dies ist auch beim Anwaltsrecht der Fall, nur die Rechtsquelle ist ausnahmsweise eine andere.

2. Kodifikation im amerikanischen Recht

Das reine Fallrecht – *case law* - ist seit Ende des 19. Jahrhunderts immer mehr durch gesetztes Recht ersetzt worden. Der Sherman Antitrust Act des Jahres 1890 und die Arbeitsunfall Entschädigungsgesetzgebung – *workmen´s compensation*- des frühen 20. Jahrhunderts sind Beispiele für die Kodifikation auf Privatrechtsebene. Aber vor allem Verwaltungsbehörden haben zunehmend Regulierungsfunktionen der Gerichte übernommen. *Common law* und *civil law* nähern sich in diesem gemischten System einander an.¹²⁶

Gesetztes Recht existiert sowohl auf Bundes-, als auch auf einzelstaatlicher Ebene. Die *Constitution* bestimmt die Bundesgesetzgebungskompetenz und überlässt den verbleibenden Teil den Einzelstaaten. Art. I §8 der Verfassung regelt abschliessend die Gesetzgebungskompetenzen des Kongresses. Bundesrecht geht nach der *supremecy clause* - Artikel 6 der *Constitution* - einzelstaatlichem Recht

¹²⁵ Rheinstein, S. 65.

¹²⁶ Hay, S.6; Zweigert Kötz S.265.

Zweigert/Kötz S. 265.

vor. Die einzelnen Gebiete des Privatrechts werden von dieser Bundesgesetzgebung nicht erfasst. Ihre Normierung fällt demnach in den Zuständigkeitsbereich der einzelnen Gliedstaaten.

Im Jahre 1923 entstand das „*American Law Institute*“ (ALI) in Washington D.C., welches sich zum Ziel gesetzt hatte, das Recht zu systematisieren und zu vereinfachen (*classification and simplification of the law*). Instrument ist das sog. „*Restatement of the law*“, eine Sekundärliteratur des *common law*.¹²⁷ Eine Kodifikation ohne Kompetenz, die sehr häufig von den Gerichten zitiert wird und hohes Ansehen genießt.

An diesem und durch dieses Werk wird deutlich, dass in vielerlei Hinsicht, vor allem in den Bereichen des Zivilrechts, die Rechtslage in den Einzelstaaten ähnlich ist. Es handelt sich in den Bundesstaaten somit um eigenständige Rechtsordnungen die Divergenzen aufweisen, man kann jedoch ungehemmt von einem „Amerikanischen Privatrecht“ sprechen.¹²⁸

Auch das amerikanische Anwaltsrecht ist weitgehend kodifiziert, die Dynamik des *case law* bleibt jedoch erhalten, denn durch die besondere Eigenart dieses Rechts können die Gerichte ungehemmt über die Kodifikation hinwegsehen.

3. Officer of the Court

Die Besonderheit des Anwaltsrechts ist stark auf die Stellung des Anwalts als *officer of the court* zurückzuführen.

¹²⁷ In folgenden Materien: agency conflict of law, contracts, judgement, model code of evidence, property, restitution, security, torts, trusts, foreign relation law of the United States.

¹²⁸ Zweigert/Kötz, S. 306.

Traditionell werden die Anwälte im anglo-amerikanischen Rechtskreis als *officers of the court* bezeichnet.¹²⁹ So endet auch oft eine erfolgreiche juristische Karriere des U.S.-amerikanischen Anwalts bzw. des Anwalts im *common law*-Rechtskreis in der Ernennung zum Richter, als eine Belohnung für Dienste *at the bar*.¹³⁰

Die anwaltliche Tätigkeit selbst findet heutzutage nur noch wenig vor Gericht statt. Dem Begriff wird primär eine Funktion zugeschrieben, die dazu dient, der Anwaltstätigkeit eine anwaltliche Würde zu verbleiben. Dies solle der Rechtspflege dienen. Der Begriff ist daher weniger als Privileg zu verstehen, vor Gericht besondere Aufgaben wahrnehmen zu dürfen, vielmehr werden Pflichten aus diesem Begriff abgeleitet.¹³¹ Die traditionelle Nähe begründet die Kompetenz des obersten Gerichts eines Bundesstaates zur Regelung des Anwaltsrecht.¹³²

Dass es nicht nur um das Verhältnis zum Gericht, sondern auch um Umstände, die sich außerhalb dessen abspielen geht, wird daran deutlich, dass man im Rahmen der *legal ethics* unterscheidet, zwischen den Regeln die sich auf das Verhältnis zum Gericht beziehen (diese finden sich beispielsweise im *ABA Code of Judicial Conduct*) und denen, die das Verhältnis zum Mandanten betreffen.¹³³

¹²⁹ Hurst, *The Legal Profession*, 1966 *Wisc. L. Rev.* 967, 976; *Holt v. Virginia*, 381 U.S. 131, 136; 85 S.Ct. 1375, 1377, 14 L. Ed.2d 290 (1965); *Minority Police Officers Ass'n v. City of South Bend*, 721 F. 2 d 197, 199 (7th. Cir. 1982).

¹³⁰ Schack S. 4-5.

¹³¹ Koch, *NJW* 1992, 3073, 3074.; "a lawyer representing a client is not, by virtue of being an officer of the court, a state actor 'under color of state law' within the meaning of the civil rights act", *Polk County v. Dodson*, 454 U.S. 312, 319, 102 S.Ct. 445, 450, 70 L.Ed.2d 509 (1981); "Although lawyers are licensed by the states, they are not officials of the government by virtue of being lawyers", *In re Griffiths*, 413 U.S. 717, 729, 93 S.Ct. 2851, 37 L.ed.2d 910 (1973).

¹³² *American Trial Lawyers Association v. New Jersey Supreme Court*, 330 A.2d 350 (1974).

¹³³ American Bar Association –Special Committee on Evaluation of Professional Standards, *Model Rules of Professional Conduct* (Chicago 1983); American Bar Association, *Model Code of Professional Responsibility and Code of Judicial Conduct* (Chicago 1981).

Tatsächlich ist das anwaltliche Berufsrecht dieser engen Verknüpfung wegen integrierter Bestandteil des Prozessrechts. Diese Einordnung darf jedoch nicht zu dem Mißverständnis führen, den amerikanischen Anwalt als „Organ der Rechtspflege“ bezeichnen zu können. Dem Begriff des *officers of the court* kommt eine beschränkte, an den deutschen Begriff nicht heranreichende Bedeutung zu. Das wird aber erst an den Verhaltensregeln selbst deutlich, die Bestandteil des Abschnitts C dieser Arbeit sind.

4. Das Gerichtssystem

Die 50 Bundesstaaten der USA besitzen allesamt Staatsqualität. Sie besitzen damit allesamt volle Rechtsetzungsgewalt in dem von der US-amerikanischen Verfassung vorgesehenen Umfang.¹³⁴ Daher gibt es als Ausfluss dieser Souveränität 50 staatliche Gerichtssysteme und ein Bundesgerichtssystem. Damit gibt es auch 50 Anwaltsrechte und 50 Anwaltsgerichtsbarkeiten.

In den letzten zwei Jahrhunderten und insbesondere in den letzten Jahrzehnten haben die Gerichte immer mehr auf einem Recht bestanden, das grundsätzlich nicht in den *state constitutions* oder in den *statutes* steht.

5. Die Rechtsetzungskompetenz des *Inherent Power*

Dieser Rechtsgrundsatz aus dem sich verschiedene Regelungsbefugnisse ergeben, nennt sich *inherent power* und lässt sich etwa mit „Annexkompetenz“ übersetzen.¹³⁵ Ausdrücklich kann man diesen Grundsatz nur in Art. VI § 2 der Verfassung des Staates New Jersey finden.¹³⁶ Es wird dort eine Rechtsetzungskompetenz des Gericht angenommen, wo Prozessverfahrensweisen verfügt werden müssen, die

¹³⁴ s.o.

¹³⁵ Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773, 95 S.Ct. 2004, 2014 (1975).

¹³⁶ „...exclusive repository of the State’s power to regulate the practice of law.”

zuvor nicht geregelt waren.¹³⁷ Ein Teil dieser Kompetenz, die mehr eine Kompetenz kraft Natur der Sache ist und dabei die juristisch bedeutendere Gestaltungskompetenz ist, ist die der eigenen Verwaltungskompetenz.¹³⁸ Dazu gehört die Gestaltung des Prozessrechts und auch der Haushaltsführung.

6. Negative Inherent Power

Die positive Regelungsbefugnis des *inherent power* zur Gestaltung der eigenen Verwaltung ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich bedeutenden Aspekt, dass jegliche legislative Einmischung in die Gerichtsbarkeit verfassungswidrig sei –sog. *negative inherent power*. Dies wird aus dem Rechtsstaatsprinzip der Gewaltenteilung hergeleitet. Keine Gewalt dürfe die absolute Verwaltungsbefugnis einer anderen Gewalt beschneiden. Einige Gerichte haben sich mittlerweile der in der Literatur oft vertretenen Meinung angeschlossen, dass es angebracht sei, die Kompetenz dort abzugeben, wo keine Gefahr für die judikative Unabhängigkeit bestände.¹³⁹

Meist ist es der *Supreme Court* eines jeden Staates, welcher das Prozessrecht gestaltet.¹⁴⁰ Widersprüchlich und deshalb viel diskutiert ist, dass jemand, der eine derartige Regulierung anfechten wollte, sich eben

¹³⁷ *Inherent Power* eines Gerichts, die Sterilisation eines geistig Behinderten zu verfügen in: C.D.M. v. Alaska, 627, 627 P.2d. 607; *Inherent Power* des *Federal Courts*, anzuordnen, dass eine Telefongesellschaft technische Unterstützung bieten muss, damit in diesem Zusammenhang Beweise erhoben werden können, aber auch damit über die eigenen Forderungen der Gesellschaft prüfbare Nachweise erbracht werden können in: United States v. New York Tel. Co., 434 U.S. 159, 98 S.Ct. 364, 54 L.Ed. 2d 376 (1977).

¹³⁸ *Inherent Power* eines jeden Gerichts, im übrigen auch unabhängig von der Zuständigkeit im einzelnen Rechtsstreit wegen Missachtung des Gerichts zu bestrafen in: Owen v. City of Tucson, 123 Ariz. 267, 599 P.2d 223 (1979); *Inherent Power* der Gerichte den Zugang von Zuschauern im Gerichtssaal zu beschränken in Roberts v. Alprin 443 A.2d 433 (1982); *Inherent Power* eines bundesstaatlichen Verfassungsgerichts zur kurzfristigen Ernennung von Richtern eines niederinstanzlichen Gerichts zu Verfassungsrichtern, um über eine Rechtssache zu entscheiden, in denen die regulären Verfassungsrichter involviert und daher befangen waren in: Mosk v. Superior Court, 25 Ca. 3d 474, 159 Cal Rptr. 494, 601 P.2d 1030 (1979).

¹³⁹ State ex.rel Robeson v. Oregon State Bar, 291 Or. 505, 632 P.2d 1255 (1981); Ratterman v. Sapleton, 371 S.W. 2d 939, 941 (Ky. 1963); Heslin vs. Connecticut Law Clinic of Trantolo & Trantolo, 190 Conn. 510, 461 A.2d 938 (1983).

¹⁴⁰ Die meisten der obersten Gerichte der Bundesstaaten werden *Supreme Courts* genannt; anders in New York, dort heißt das oberste Gericht Court of Appeals.

auch an dieses Gericht wenden müsste. Diese Überschneidung der Regulierungsbefugnis mit der Überprüfungscompetenz bedeutet zwar selbst einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip, wird aber zugunsten des höherwertigen *inherent power*-Prinzips in Kauf genommen.¹⁴¹

7. Die Disziplinargewalt über die Anwälte

Zu der Gerichtsfunktion des „*Inherent Power*“ zählt auch die Zulassung der Rechtsanwälte im einzelnen Bundesstaat und die Disziplinargewalt, denn der Anwalt ist „*officer of the court in which they practice*“.¹⁴² Der Mandant ist Schutzbefehlener des Gerichts, soweit die Beziehung zu seinem Rechtsanwalt betroffen ist.¹⁴³ Vorschriften über Zulassung zur Anwaltschaft (*Admission to the Bar, Admission to Practice*) und die Disziplinargewalt der Gerichte (*Disciplinary Power of the Court over Attorneys*) finden sich demnach in den diversen *Rules of Court*.

III. Selbstregulierung der Legal Ethics

Die Regelungen der *Rules of Court* stellen allerdings keine Bandbreite von Verhaltensregeln dar, sondern sind stark ausfüllungsbedürftig. So heißt es in der Rule 8 of the Supreme Court of the United States: „*Where it is shown to the Court that any member of its Bar... has engaged in conduct unbecoming a member of the Bar of this Court, such member forthwith may be suspended from practice before this Court.*“ Ausgefüllt werden diese unbestimmten Rechtsbegriffe von dem jeweiligen *Supreme Court* im Einzelfall.

¹⁴¹ The Inherent Power of the Judiciary to Regulate the Practice of Law – A Proposed Delineation, 60 Minn. L. Rev. 783, 799-803 (1976).

¹⁴² *Spilker v. Harkin*, 188 F.2d 35,37 (U.S.Ct. of App. D.C. 1951).

¹⁴³ *Schlesinger Teitelbaum*, 475 F.2d 137, 141 (1973); *Spilker v. Harkin*, 88 F.2d 35, 38-39 „... clients are wards of the court in regard to their relationship with their attorneys...“.

1. Die Gerichte und die Selbstregulierung der *Ethical Rules*

Die Gerichte bedienen sich bei der Ausfüllung dieser Rechtsgebiete regelmäßig der sog. *ethical rules*, die von den Anwälten des Staates, organisiert in den sog. *state bars*, selbst bestimmt und herausgegeben wurden. Die einzelnen *ethical rules* der Bundesstaaten sind dann im Sinne von staatlich sanktioniertem Recht anerkannt, wenn sie durch den jeweiligen obersten Gerichtshof eines Bundesstaates bestätigt wurden. Ob man sie damit trotz fehlender Rechtssetzungskompetenz als geltendes Recht bezeichnen kann oder nicht, spielt keine Rolle. Der Anwalt, der sich nicht an die *legal ethics* hielt hätte jedenfalls viel zu verlieren.¹⁴⁴

Die Gerichte haben zwar die Regulierungskompetenz, nutzen diese aber damit lediglich passiv, indem sie die Selbstregulierung der Anwälte im jeweiligen Einzelfall bestätigen oder ablehnen. Das Problem der fehlenden Gewaltenteilung, das sich aus dem *negative inherent power*-Prinzip ergibt, wird somit durch eine faktische Delegation ein wenig kompensiert. Es ist die Anwaltschaft, die trotz fehlender Rechtsetzungskompetenz eine Kodifizierung vornimmt, und es sind die Gerichte, die dies weitgehend dulden und unterstützen, daher könnte man von einem ähnlichen Bild sprechen, wie es in Deutschland vor 1987 mit den anwaltlichen Richtlinien war. Die *legal ethics* sind daher eine bedeutende faktische Rechtsquelle.

2. Professional Regulation Rules

a) Die Model Rules/der Model Code

Die *legal ethical rules* eines jeden Staates bzw. einer jeden *state bar*, orientieren sich alle weitgehend an oder sind ein wortwörtliches Abbild der von der *American Bar Association (ABA)*¹⁴⁵ entwickelten Regulierungen,

¹⁴⁴ Patterson, S. 12: "There is in short, little to be gained by attempting to distinguish rules of ethics from rules of law and much to be lost by not treating them as rules of law ... given in the nature of the common law system, the lawyer cannot be sure when courts will treat the breach of an ethical duty as the breach of a legal duty."

¹⁴⁵ s. Erklärung ABA weiter unten.

lediglich Kalifornien macht eine Ausnahme und hat seinen eigens entwickelten Code.¹⁴⁶

b) Die historische Entwicklung der *legal ethics*

Die erste Idee, *legal ethics* festzuhalten und niederzuschreiben, hatte David Hoffman, der sie in seinem Buch „*A course of legal Study*“ publizierte. Es enthielt bereits 50 *Resolutions in Regard to Professional Deportment* und war Grundlage für das bekanntere Buch des Richters George Sharswood. Dieser hat für die Universität von Pennsylvania 1854 „*An Essay on Profession Ethics*“ geschrieben. Es wurde die Grundlage für die ersten Regulierungen des amerikanischen Anwalts, der von der *Alabama State Bar Association* herausgegebene sog. *Alabama Code of Legal Ethics*. Die ABA zog dann 1908 mit den *Canons of Ethics* nach.¹⁴⁷

Sie hatten damals noch nicht den gleichen Status wie heute, denn sie galten mehr denn je als antiquiert. Sie orientierten sich im Wesentlichen an dem Dasein eines Einzelanwalts und an dessen Verhalten im Gerichtssaal, ohne zu berücksichtigen, dass der Anwaltsberuf sich bereits 1908 dem Industriezeitalter angepasst hatte und sich die meiste Zeit im Büro abspielte.¹⁴⁸ Als sich am Ende der fünfziger Jahren mehr und mehr Zusammenschlüsse von Anwälten bildeten, ergab sich schnell ein völlig neues Bild der *Profession*.¹⁴⁹ Die Regulierungen für die Anwälte nahmen erst 1969 mit dem *ABA Model Code of Professional Responsibility* eine bedeutende Wende. Diese waren zwar nicht präziser, aber es kam darauf folgend Bewegung in die Diskussion um *ethical standards*.

Ende der sechziger Jahre war im *New England Journal of Medicine* ein Artikel veröffentlicht worden, der aufdeckte, wie in den sog. *Willowbrook*-Experimenten geistig behinderte Kinder zu Versuchszwecken mit dem

¹⁴⁶ R.J.Kutak Model Rules of Professional Conduct: Why do we need them?, 36 Okla. L.R. (1983), 312 ff.

¹⁴⁷ Patterson, S. 5.

¹⁴⁸ Wolfram, S.54.

¹⁴⁹ Abel, S. 9.

Hepatitis-Virus infiziert worden waren.¹⁵⁰ Die öffentliche Meinung zu den *ethics* im Allgemeinen sank, Selbstregulierung wurde in Frage gestellt. Hinzu kam der Skandal auf Ebene der *legal ethics*, die *Watergate*-Affäre, Anfang der siebziger Jahre. Die starke Verwicklung von Anwälten in die Ereignisse erschütterte das öffentliche Meinungsbild über die Seriosität auch dieser Berufssparte.¹⁵¹ *Ethics* im Allgemeinen galten als überholungsbedürftig.

So verging kein Jahr von 1974 bis 1980, in dem nicht neue Regeln in den *Code* aufgenommen wurden. Dies mündete letztlich 1983 in die Entwicklung der auch heute aktuellen *Model Rules of Professional Conduct* durch die nach ihrem Vorsitzenden benannte Kutak Commission.¹⁵² Diese entstand zwei Jahre nach der Veröffentlichung des *Model Code*. Der *Model Code* gliedert sich in sog. *Ethical Considerations*, die als Soll-Vorschriften gelten, und in *Disciplinary Rules*, die verbindlich seien und das notwendige Minimum an Verhaltensregeln wiedergäben.¹⁵³ Eine durch die ABA eigens eingesetzte Kommission beseitigte mehrdeutige Bestimmungen und ging auf vielfältige Kritik an den Regeln des *Model Code* ein.¹⁵⁴ Vor allem ersetzte sie das oft vorkommende Wort *should* (sollte) durch das Wort *shall* (soll) und schuf damit einen strengeren Rahmen. Durch diese historisch gewachsene gegenseitige Verflechtung werden beide Werke regelmäßig zusammen zitiert und im Zusammenhang interpretiert.

c) Rules of Ethics oder ethical Law

Die Canons hatten in ihrer Ausdrucksweise nie ihren Anspruch auf rechtliche Verbindlichkeit deutlich gemacht. Die Begriffsänderung der folgenden Regulierungen sollten die Bedeutung der *legal ethics* schärfen.

¹⁵⁰ Beecher, H.K. "Ethics in Clinical Research" in *The New England Journal of Medicine* 274 (1966) S. 1354-1360.

¹⁵¹ Cochran/Collett, S. 5; Luban, S. 6; Mallen/Smith, S.43.

¹⁵² Rhode/Luban, S. 120.

¹⁵³ Kaufman, S. 19.

¹⁵⁴ Kaufman, S. 18.

Es sollte erreicht werden, dass aus den *quasi-legal rules* eine abschließende und konkrete Bindungswirkung entstände. Heute werden *legal ethics* an den *law schools* unterrichtet, die Rechtsprechung weist ausdrücklich auf die *Rules* hin und hat in der Vergangenheit auch verstärkt Anwaltsverhalten nach diesen Regeln gemäßregelt.¹⁵⁵ Mehrere Präzedenzfälle in Form von *US-Supreme Court*-Entscheidungen haben Wandel der Betrachtungsweise veranlasst. Es sind Entscheidungen, die auf *federal antitrust laws* und *First Amendment Protection* beruhen und die herangezogen wurden, um die standesrechtlichen Freiheiten zugunsten des Konsumenten, des Mandanten, zu begrenzen.

d) Die ABA

Eine der ersten unter den Anwaltsvereinigungen *-bar associations-* war die *American bar Association*. Diese wurde 1878 in *Saratoga Springs, New York*, einer beliebten Sommerresidenz der Besserverdienenden zur damaligen Zeit, gegründet.¹⁵⁶ Ihr gehören heute 45 bis 50% aller amerikanischen Anwälte an. Die ABA ist ein rein freiwilliger Zusammenschluss auf privatrechtlicher Basis und ist mit dem deutschen Anwaltsverein vergleichbar.¹⁵⁷

Die *Model Rules* der ABA haben damit überhaupt keine rechtliche noch faktische Bindungswirkung, sie sind vielmehr Empfehlungen an die *state bars* der 50 Bundesstaaten. Gleichzeitig sind sie aber die wesentliche Erkenntnisquelle bei der Entwicklung der innerstaatlichen *legal ethics*.¹⁵⁸ Ihnen wird weitgehend Folge geleistet.¹⁵⁹ Die *Model Rules* sind der Leitfaden der *state bars* bei der einzelnen innerstaatlichen Kodifizierung

¹⁵⁵ *First Bank & Trust Company v. Zagoria* 250 GA 844, 302 S.E.2d 674 (1983);

Patterson, S. 8: „The court has the authority and in fact the duty to regulate the lay practice and in the past two decades we have been diligent in our exercise of this duty“.

¹⁵⁶ Wolfram, S. 49.

¹⁵⁷ Luban, Davic, „The sources of legal ethics“ *RabelsZ* (1984), 245 ff, 255.

¹⁵⁸ Gillers, S. 3.

¹⁵⁹ Smith/Mallen, S. 35.

ihrer Regelungsempfehlungen. Diese Stellung beruht auf dem Respekt und dem guten Ruf der ABA in Literatur, Rechtsprechung und Öffentlichkeit.¹⁶⁰

e) *Integrated State Bar*

Im Rahmen der Gerichtsgebundenheit des Anwaltsberufes haben sich in den USA zwei verschiedene Organisationsformen der Anwaltschaft – *state bars* - in den einzelnen Bundesstaaten herausgebildet. Es gibt seit den zwanziger Jahren eine Entwicklung hin zur „*integrated bar*“, d.h. einige Gerichtsbarkeiten übertragen ihre Verwaltungskompetenz auf die *state bars*. Daraus resultiert insbesondere die Zwangsmitgliedschaft der Anwälte innerhalb des Staates und die disziplinarrechtliche Überwachung der Anwälte durch die *state bar*. Diese nimmt dann die Rechtsstellung einer Justizverwaltungsbehörde ein. Trotz langer Tradition dieser Organisationsform waren insbesondere die jährliche Rückmeldungspflicht und eine damit verknüpfte jährliche Beitragsgebühr Gegenstand von Kritik.¹⁶¹

f) *Nonintegrated State Bar*

Der Bundesstaat „*Maine*“ gehört aber z.B. noch zu den Staaten, in denen die *bar* traditionell eine rein privatrechtliche Vereinigung geblieben ist. Dort bestehen *bar associations* weiterhin nur auf freiwilliger Basis, d.h. sie sind *nonintegrated bars*. Diese besitzen keine Disziplinargewalt über ihre Mitglieder, sie können letztere lediglich ausschließen und berufsrechtliche Verfahren beim zuständigen Gericht anregen.¹⁶² Ihren *legal rules* schadet diese Sonderposition nicht, die Gerichte messen ihnen die gleiche Bedeutung zu wie in den anderen Staaten.¹⁶³

¹⁶⁰ “*The profession proposes, the court disposes*” Patterson, S. 39; Die ABA wird aber auch kritisch als reines Interessen-Lobbyvertreten der situierten Anwälte bezeichnet: J. Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and social Change in Modern America* (1975); J.Goulden, *The benchwarmers* S.60-61 (1978); zwar habe die ABA eine demokratische Ordnung, diese sei aber Minderheiten gegenüber feindlich: Barnard, *A Proposal To Reorganize the House of Delegates*, 64 *ABA Journal* S. 8 (1978) m.w. Hinweisen.

¹⁶¹ *Douglas v. Stat Bar*, 183 Mont. 155, 598 P.2d 1080 (1979); *Inre Petition to Amend Rule 1*, 431 A.2d 521 (D.C. App 1981).

¹⁶² *Louisiana St. Bar Ass'n v. Summers*, 379 So.2d 1065, 1069 (1980).

¹⁶³ *Gillers*, S. 2.

C) Rechtspflege und Wettbewerbsforcierung im amerikanischen Berufsrecht

I. Qualitäts- und Vertrauenssicherung in den USA

Auch in den USA ist die Tätigkeit eines Rechtsanwalts erlaubnispflichtig um einen qualitativen Mindeststandard zu gewährleisten. In Abgrenzung zu Regulierungen der sog. *production by producers*¹⁶⁴ (*p.b.p*), solchen, die die Art und Weise der Dienstleistung betreffen, bezeichnet der Amerikaner die Kontrolle über die Zulassung als: *production of producers*¹⁶⁵ (*p.o.p*). Beispielhaft für Maßnahmen der Qualitäts- und Vertrauenssicherung, beispielhaft für die Strenge der Regulierung, die der Anwalt in den USA dieses Regulierungsziel betreffend erfährt, und daher ohne Anspruch auf vollständige Darstellung des gesamten Bereichs der Qualitäts- und Vertrauenssicherung wird hier zunächst der Werdegang zum amerikanischen Anwalt und seine Zulassung (1.) im Rahmen der *p.o.p* beschrieben und folgend verschiedene Bereiche des *p.b.p* wie *conflict of interest* und Anwaltshaftung (2., 3. u. 4.).

1. Admission to the bar

Rechtsberatung darf nur der zugelassene Rechtsanwalt in den einzelnen Staaten der USA betreiben. Notwendig ist eine entsprechende Ausbildung, die von den Standesangehörigen abgenommen wird. Historisch betrachtet ist die Selbstregulierung lange genutzt worden, um Schwarze, Frauen, Katholiken und Juden vom Beruf des Rechtsanwalts auszuschließen. Zu den üblichen Aufnahmeverfahren in den *Law Schools* gehörten sog. „*character tests*“. Diese Tests dienten dem Ausschluss potentiell missgünstiger Kandidaten, so hieß es damals pauschal: Unruheherde würden der *profession* nur schaden und damit auch der Rechtspflege. Tatsächlich waren sie durch ethnoreligiöse Vorurteile geprägt.¹⁶⁶ Diese

¹⁶⁴ Abel, S.112.

¹⁶⁵ Abel, S.40.

¹⁶⁶ Abel, S.85 ff.

Umstände schaden noch heute der Reputation der amerikanischen Anwälte.

a. Die Ausbildung

Die Juristische Ausbildung hat in den USA eine sehr junge Geschichte. Vor dem 19. Jahrhundert gab es weitgehend keine juristische Ausbildungsmöglichkeit. Dementsprechend gab es in den USA im Jahre 1900 nicht ein einziges Rechtssystem, das für die Zulassung eines Rechtsanwalts explizit einen College- oder Jura-Abschluß als Bedingung vorsah.¹⁶⁷ Heute gibt es kaum einen Staat, der zu dem Jura-Abschluß nicht noch zusätzlich verlangt, dass dieser von einer Schule stammt, deren Lehrplan durch die *American Bar Association* bestätigt wurde.¹⁶⁸

Der amerikanische Jurist hat in der Regel 12 Jahre *High-School* und danach ein *College* Studium - das sog. *undergraduate* Studium, das zum *Bachelor Degree* führt - hinter sich gebracht, bevor er auf die *law school* kommt. Ein *Bachelor Degree* ist nicht mit dem deutschen Universitätsstudium vergleichbar, es handelt sich aber spätestens nach dem dritten Studienjahr um eine über das Abitur hinausgehende Ausbildung. Sie endet mit der Auszeichnung in einem Hauptfach, die nicht notwendig mit der folgenden Ausbildung zusammenhängt.¹⁶⁹ So gibt es naturwissenschaftlich gebildete Studenten, die sich dann später in der *law school* fortbilden.

Um auf die *law school* zu gehen, gilt es eine Aufnahmeprüfung zu bestehen. In dem *Law School Admission Test* erzielt man eine Punktzahl, die mit der Benotung des *Bachelor* zusammen entscheidend ist, ob eine Aufnahme möglich ist. Je mehr eine *law school* auf sich hält, desto höher die Anforderungen.

¹⁶⁷ Wolfram, S.194.

¹⁶⁸ 90% aller law schools, laut Wolfram S.851.

¹⁶⁹ Assmann/Bungert- Hay, S.509.

Der übliche Lehrplan an der *law school* sieht eine Studiendauer von drei Jahren vor.¹⁷⁰ Es ist die von Christopher Columbus Langdell, 1870 Dekan der Harvard *Law School*, konzipierte Methode der *case study*, die heute an jeder *law school* praktiziert wird.¹⁷¹ Im Vordergrund steht die Sachverhaltsvergleiche zahlreicher höchstrichterlicher Entscheidungen, anhand derer der Student lernt, Präjudizien zu definieren und Rechtsnormen offenzulegen (sogenannte induktive Denkweise).¹⁷² Im Rahmen der *socratic method* beweist der Student seine Vorbereitung des Unterrichtsstoffs in einem anspruchsvollen Frage-Antwort Spiel. Der US-amerikanische Jurist ist wie der deutsche auch ein Einheitsjurist, seine Ausbildung richtet sich hingegen nach der Tätigkeit der Mehrheit der Juristen, nach der Tätigkeit des Interessenvertreters, des Anwalts. Beendet wird die Ausbildung mit dem *Law-School* Abschluß, dem *J.D.*-Examen.

Für die Zulassung bedarf es dann des *bar examination*.¹⁷³ Es erfordert im wesentlichen das Schreiben von zielorientierten Gutachten zu fiktiven Sachverhalten.¹⁷⁴ Die Beurteilung dieser Stellungnahmen erfolgt durch Praktiker aus der Anwaltschaft. Hinzu kommen *multiple choice*-Tests aus verschiedenen juristischen Teilbereichen. Die Prüfungsordnungen geben den Prüfungsstoff vor. In Kalifornien gibt es seit 1970 die Auflage, auch in *professional responsibility* einen Test zu absolvieren. Damit geht Kalifornien, neben den nicht an der ABA orientierten *legal ethics*, wiederum eigene Wege. Die *bar examination* gilt als sehr schwierig, in einigen Staaten bestehen nur 50 % der Teilnehmer den Test. In den meisten Bundesstaaten kann aber in unmittelbarem Anschluss ein zweiter Prüfungsversuch erfolgen, ansonsten erst im das nächste Jahr. Auffällig ist, dass in den führenden 30-40 % der *Law Schools* 90-95 % der

¹⁷⁰ Wolfram, S. 193.

¹⁷¹ Wolfram, S. 195.

¹⁷² Assmann/Bungert- Hay, S. 508.

¹⁷³ Griswold, In Praise of Bar Examinations, 60 ABA Journal S. 91 (1974).

¹⁷⁴ Wolfram, S. 198.

Studienanfänger den Abschluss auf Anhieb schaffen, ebenso 80 % mit dem ersten Versuch das *bar exam*. Letztlich werden die Mehrheit der Absolventen der *Law Schools* zugelassen und damit Rechtsanwälte.¹⁷⁵ Eine Referendarzeit ist nicht mehr zu absolvieren, vergleichbare Modelle der Ausbildung existierten einmal, sind aber abgeschafft.¹⁷⁶

b. *Bar exam* - die Zulassung

Bis auf Teile des bundesstaatlichen Wettbewerbs- und Verfassungsrechts ist das Recht der *Unauthorized Practice* (das Rechtsberatungsgesetz) prozessuales Landesrecht. Die anwaltliche Zulassungsprüfung erfolgt durch jeden Einzelstaat. Überregionale Tätigkeit erfordert daher Zulassung in jedem Einzelstaat oder sie erfolgt ausnahmsweise durch Anerkennung auf Gegenseitigkeit. Diese sieht in der Regel vor, dass 5 Jahre anwaltlicher Tätigkeit vorliegen müssen. In einigen Staaten wie Arizona, Florida und Kalifornien besteht diese Möglichkeit jedoch nicht, hier muss jeder ein *bar exam* ablegen.

Diese Uneinheitlichkeit ist eine den amerikanischen Anwalt beschränkende Auswirkung des Föderalismus. Die von einem Bundesstaat erteilte Lizenz zur Ausübung des Anwaltsberufs gilt nur für den betreffenden Staat. Jeder Staat hat seine eigene Rechtssetzungsbefugnis, dies ist ein Grund. Eine weitere Rechtfertigung liegt darin, dass die *state courts* lediglich die Disziplinargewalt über die im eigenen Staat zugelassenen Anwälte besitzen.¹⁷⁷ Wird somit ein Anwalt außerhalb der für ihn geltenden Staatsgrenze rechtsberatend aktiv, so macht er sich der *unauthorized practice* schuldig.

Insbesondere große landesweit tätige Banken haben immer wieder versucht, die Zulassungsvoraussetzungen vor Gericht anzuzweifeln.¹⁷⁸ Das

¹⁷⁵ Wolfram, S. 199.

¹⁷⁶ Assmann/Bungert-Hay, S.510.

¹⁷⁷ Brakel & Loh, *Regulating the Interstate Practice of Law*, 50 Wash. L.Rev. 699, 700 (1975)

¹⁷⁸ *State Bar Ass'n vs. Connecticut Bank & Trust Co.*, 145 Conn. 222, 140 A.2d 863 (1958);

monopolistische Konzept, die Rechtsberatung auf Rechtsanwälte zu beschränken, ist in den USA nicht sehr alt. 1930 wurde ein *committee on unauthorized practice* gegründet, das auch eine Zeitschrift herausbrachte, die sich nur mit diesem Thema beschäftigen sollte. Diese Kampagne führte zur Gründung entsprechender Komitees in den *state bars*. Der Einfluss auf die Rechtsprechung ließ nicht lange auf sich warten.¹⁷⁹ Nach dem Ersten Weltkrieg wurde von der ABA eine weitere Offensive gestartet, die die Rechtsberatung durch andere als Rechtsanwälte endgültig in den ganzen USA verdrängte. Übrig geblieben ist lediglich der *pro se*-Grundsatz, dass sich ein jeder ohne Anwalt vor Gericht selbst verteidigen darf.

Die Entwicklung des Rechtsanwaltsmonopols wurde und wird auch heute noch vielfach als Protektionsmaßnahme des eigenen Standes erklärt, fand die Veränderung doch ihren Ursprung ausgerechnet in einer Zeit, in der wegen der Great Depression auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Anwälte angegriffen wurden. Zu schwer wiegt der Verdacht, dass diese „ehrenhafte“ Maßnahme zum Schutz potentieller Mandanten vor „inkompetenten und skrupellosen Scharlatanen“ primär heimlich als Maßnahme zum Schutz vor *dumping*-Wettbewerb in schwierigen Zeiten gedacht gewesen ist.¹⁸⁰

2. Das Anwalt-Mandanten-Verhältnis

Grundsätzlich entsteht das Anwalt-Mandanten-Verhältnis durch die Verpflichtung eines Anwalts, berufsmäßig eine Rechtsangelegenheit für den Mandanten zu erledigen.¹⁸¹ Unter dem Anwaltsvertrag im amerikanischen Recht, dem „*attorney client contract*“, wird nicht ein Vertrag i.S.d. deutschen Auftrags verstanden, sondern ein Vertrag *sui*

Green v. Huntington Nat'l Bank, 4 Ohio St. 2d 78, 212 N.E. 2d 585 (1965).

¹⁷⁹ Hurst, S. 323 .

¹⁸⁰ Wolfram, S. 834.

¹⁸¹ Lawall v. Groman, 180 Pa 532, 37 A. 98 (1897); Gerdin v. Princeton State Bank, 371 N.W.2d 5 (Minn.App. 1985).

generis. Es existiert zwar eine Nähe zum amerikanischen Pendant des Auftragsrechts, der *law of agency*, hinzu kommt aber das besondere Vertrauensverhältnis beider Parteien, das den Vertrag maßgeblich prägt und die rechtliche Eigenständigkeit begründet.¹⁸²

a) Die Entstehung des Rechtsverhältnisses

Der Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande.¹⁸³ Er ist formlos gültig und kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden.¹⁸⁴ In Fällen der Pflichtverteidigung entsteht das Anwalt-Mandanten-Verhältnis jedoch durch Zuweisung des Richters, der dafür bestimmte Voraussetzungen prüft.¹⁸⁵ Dieser Zuweisung kann man sich als Anwalt nur ausnahmsweise entziehen. Damit ist es dem deutschen gesetzlichen Schuldverhältnis vergleichbar. Es genügt somit, dass der Klient beim Anwalt Rat sucht und auch bekommt. Die Abmachung eines Honorars ist keine Voraussetzung.¹⁸⁶ Der Vertrag muss aber eine spezifisch anwaltliche Tätigkeit zum Inhalt haben, er darf nicht auf eine sonstige Tätigkeit einer *relation of principal and agent* reduziert sein. Das Verhältnis kann schon sehr früh, manchmal bereits im Stadium einer vorbereitenden Konsultation, entstehen.¹⁸⁷

Allgemeiner Begriff für den Vertragsschluss mit einem Anwalt ist der *retainer*. Der *special retainer* ist der Einzelauftrag, beim *general retainer*

¹⁸² "The attorney client relationship is essentially one of agency, and is highly fiduciary in nature and of most delicate, exacting and confidential character, requiring a very high degree of fidelity and good faith./ a relationship of *uberima fides* ...requiring a higher degree of responsibility than is demanded from other fiduciaries" Williston S. 914; vgl. hierzu auch S.56.

¹⁸³ Mallen/Smith, S. 404.

¹⁸⁴ Lynn v. Mc Cann (1919) 226 N.Y. 654, 123 N.E. 877.

¹⁸⁵ Passmore v. Harrison (1973), 19 Md. App.143, 310 A.2d 205.

¹⁸⁶ Relation of attorney and client may be implied from conduct of parties and is not dependent on payment of fee or execution of formal contract. West's 704 D.C. Tex. 1969.

¹⁸⁷ Westinghouse Electric Corporation v. Kerr-Mc Gee Corporation, 580 F.2d 1311 (1978); ein Anwalt wurde in einem Scheidungsverfahren durch das Gericht ausgeschlossen, da er durch eine halbstündige Beratung zwei Jahre zuvor, in dem es auch um Ehevertragsangelegenheiten gegenüber dem Ehemann der jetzigen Mandantin ging weiterhin ein bestehendes Anwalt- Mandanten Verhältnis mit dem Ehemann habe –in: King v. King –2II. App.3d 749, 367 N.E.2d 1358 (1977) insbes. S. 752 f.

handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis für alle in Betracht kommenden rechtlichen Probleme des Mandanten.¹⁸⁸ Diese sind übliche, aber keine generellen Bezeichnungen, es existiert keine einheitliche Begriffswahl.¹⁸⁹

Schriftform ist wie gesagt zwar nicht zwingend vorgeschrieben, bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars z.B. gelten jedoch Ausnahmen.¹⁹⁰ Die Bezahlung von Pauschal- oder Stundenhonoraren erfolgt regelmäßig bereits im Voraus. Diese wird dann separat auf einem Anderkonto gehalten.¹⁹¹

b) Beendigung des Vertrages

Beendet wird der Vertrag regelmäßig mit Erfüllung. Auch ein Auflösungsvertrag ist unproblematisch möglich. Im Gegensatz zum Anwalt kann der Mandant jederzeit das Vertragsverhältnis beenden, den Anwalt entlassen; es bedarf keiner Begründung.¹⁹² Es können sich daraus aber Sekundäransprüche des Anwalts ergeben. Dieser hingegen ist zu keinem Zeitpunkt berechtigt, die ihm übertragenen Aufgaben aufzugeben. Er kann nicht ohne wichtigen Grund oder ohne Zustimmung des Mandanten den Vertrag auflösen. Nur für den Fall eines Rechtfertigungsgrundes wie Befangenheit (*justifiable and lawful cause*) und einer rechtzeitigen Benachrichtigung ist dies möglich. Soll die Vertragslösung obendrein während der Prozessführung stattfinden, bedarf es einer gerichtlichen Ermessensentscheidung, das Gericht muss sie genehmigen (*leave of court*).

¹⁸⁸ Der *Retainer* wird auch als Begriff für den allgemein üblichen Honorarvorschuß bei Vertragsschluss genutzt.

¹⁸⁹ The court in *Jacobson v. Sassower*, 113 Misc. 2d 279, 452 N.Y. S.2d 981, 983-984 (1982); *Greenberg v. Remick & Co.*, 230 N.Y.70, 129 N.E. 211 (1920).

¹⁹⁰ *State by Attorney General v. United States*, 64 Hawaii 573, 645 P 2d 311, 313 (1983); MR 1.5 (b) empfiehlt jedoch die Schriftform ausdrücklich.

¹⁹¹ RPC 1.15 DR- 9-102; Aronson-Weckstein, S. 265.

¹⁹² To discharge, dismiss.

3. Conflict of Interest

a) Loyalitätspflichten - *fiduciary obligations*

Die aus dem Anwalt-Mandanten Verhältnis sich ergebenden Sorgfaltspflichten sind - im *case law* typisch - schwer durch allgemeingültige Umschreibungen präzise zu definieren. Es kommt auf die Umstände des konkreten Falles an, in dem es dann um den Umfang der Pflichten geht.¹⁹³ Die existierenden Pflichten werden als solche Pflichten umschrieben, die sich aus dem gewöhnlichen Fach- und Sachkenntnis-Erfordernis ergeben (*ordinary skill and knowledge*), darüber hinaus gibt es dann die bereits erwähnten besonders bedeutenden *fiduciary obligations* (s. S.55).¹⁹⁴ Diese gliedern sich in zwei wesentliche Kategorien:

- *-loyalty principle*: Der Anwalt schuldet seinem Mandanten ungeteilte Loyalität. Weder eigene noch Drittinteressen dürfen diese Loyalität beeinträchtigen.
- *-confidentiality principle*: Der Anwalt hat das Vertrauen des Mandanten und die ihm mitgeteilten vertraulichen Informationen zu bewahren (Vertraulichkeit) und seinerseits dem Mandanten alles Erhebliche mitzuteilen. Nach außen wird dieses Vertrauensprinzip durch Zeugnisverweigerungsrechte garantiert (*evidentiary* oder *attorney-client privilege*).¹⁹⁵

Bedeutendstes Verbot dieser *fiduciary obligations* ist die Untersagung der Vertretung widerstreitender Interessen. Eben solcher Interessen, die den Belangen des Anwalts, nicht aber denen des Mandanten entsprechen.¹⁹⁶

¹⁹³ De Vaux v. America Home Assurance Co. 387 Mass.814, 444 N.E.2d 355 (1983) ; Maillard v. Dowdell, 528 So.2d 512 (Fla. App.1988).

¹⁹⁴ Meiselman S.19 und S.32.

¹⁹⁵ Luban, David, „The sources of legal ethics“, *RabelsZ* 48, 245ff, 257.

¹⁹⁶ Meiselman S.33 ff.

Das Aufeinandertreffen widerstreitender Belange verschiedener Personen oder Institutionen nennt man *Conflict of Interest*. Neben der obigen Generalklausel zu diesem Problem sind die im folgenden Kapitel beschriebenen Fallgruppen besonderer Gegenstand der Diskussion.

b) Interessenskollision zwischen Anwalt und Mandant

Es gilt zwischen zwei typischen Fallkonstellationen zu unterscheiden, in denen es im Rahmen einer anwaltlichen Tätigkeit zu einer Interessenskollision kommen kann. Zum einen, wenn der Anwalt gleichzeitig die entgegengesetzten Interessen von zwei oder mehreren Mandanten vertreten soll. Daneben gibt es die Konstellation, in der nicht das Interesse eines weiteren Mandanten, sondern das persönliche Interesse des Anwalts mit dem des Mandanten kollidiert.

aa) Der Anwalt als Treuhänder

Letztere Konfliktlage tritt erfahrungsgemäß vor allem dann auf, wenn ein Anwalt die fremden Vermögensmassen seiner Mandanten treuhänderisch zu verwalten hat. In solchen Fällen erhält der Anwalt oft einen vereinfachten Zugang zu dem zu betreuenden Vermögen oder zu wertvollen „Insiderinformationen“. In dieser Situation kann ein Anwalt leicht dazu verleitet werden, die günstige Position auch zu seinem persönlichen Vorteil auszunutzen, bzw. zu missbrauchen.

bb) Der Anwalt als Insider

In dem Rechtsstreit *In re Bond & Mortgage Guarantee Company*¹⁹⁷ nutzten Rechtsanwälte Insiderinformationen, die sie aus einem Mandat erhielten. Informationen aus der *trustee*-Stellung ihres Mandanten waren offen gelegt diesen bekannt geworden. Sie erzielten Gewinne, die nicht unter das Insiderverbot bei Wertpapiergeschäften fielen. Das Problem bestand daher darin, ob ein Anwalt, der die Rechtsangelegenheiten eines Mandanten pflichtgemäß wahrnimmt, durch außerberufliche Tätigkeiten persönliche Vorteile aus seinem Mandat ziehen darf, wobei in diesem Fall

¹⁹⁷ 303 N.Y. 423, 103 N.E. 2d 721 (1952).

die sonstigen Verpflichtungen eingehalten wurden.¹⁹⁸ Grundsätzlich gilt das Verbot der persönlichen Bereicherung aus Insiderinformationen. Ist ein Anwalt in irgendeiner Weise vor Mandatserteilung bereits wirtschaftlich in eine Angelegenheit involviert, hat er eine anwaltliche Tätigkeit abzulehnen, es sei denn, es besteht eine ausdrückliche Absprache mit dem Mandanten.¹⁹⁹ So urteilte auch das Gericht.

Darüber hinaus ergab sich jedoch noch eine besondere Treuepflichtverletzung. Die Anwälte hätten nicht nur ihre Pflichten gegenüber dem Mandanten, sondern darüber hinaus gegenüber den Anteilseignern des *trusts* (*beneficiaries*) verletzt. Die Anwälte hätten mit der Vertretung eines *trustees* die gleichen Treuepflichten wie dieser, insbesondere den *beneficiaries* des *trusts* gegenüber. „*The attorneys, like the trustee, owed these certificate holders the finest, (...) undivided and unselfish (...) loyalty, something stricter than the morals of the market place.*“²⁰⁰ Dies bedeutete, dass die *sog. rule of undivided loyalty* des *trustee* auf den Rechtsanwalt übergeht, sobald er im Rahmen seiner Tätigkeit mit diesem in Kontakt tritt. Nur solche strengen, kompromisslosen und vorsatzunabhängigen Regelungen gewährleisteten, dass die Klienten davor bewahrt würden, dass die Treuepflichten zu ihren Ungunsten aufgeweicht würden.²⁰¹

cc) Die Vertretung mehrerer Parteien

Der eklatanteste Fall einer Interessenkollision liegt vor, wenn ein Anwalt mehrere Mandanten gleichzeitig in denselben oder getrennten Prozessen

¹⁹⁸ Kaufmann, S. 89.

¹⁹⁹ s. MR 1.7 Conflict of Interest: General Rule

a lawyer shall not represent a client if the lawyer's ability to consider, recommend or carry out a course of action on behalf of the client will be adversely affected (...) by the lawyer's own interest.

When lawyer's own interest (...) might adversely affect the representation of a client, the lawyer shall not represent the client unless: (1) the lawyer reasonably believes the other responsibilities or interests involved will not adversely affect the best interest of the client; and (2) the client consents after full disclosure. (...)

²⁰⁰ In re Bond & Mortgage Gua. Co. 303 N.Y. 430; siehe auch Meinhard v. Salmon 249 N.Y. 458, 463-468; Case v. Carol 35 N.Y. 385, 388.

²⁰¹ In re Bond ... , S. 431.

vertritt und die Interessen der betroffenen Mandanten nicht miteinander in Einklang zu bringen sind.

Hier zeichnet sich die besondere Konfliktsituation dadurch aus, dass nicht die persönlichen Interessen des Anwalts, sondern die Interessen von zwei Klienten miteinander kollidieren, die gleichzeitig in ein und demselben Prozess von einem einzigen Anwalt vertreten werden.

Nach amerikanischem Recht liegt bereits dann eine unzulässige Vertretung widerstreitender Interessen vor, wenn das ungetrübte, unabhängige Urteilsvermögen des Anwalts durch Vertretung zweier Interessenspositionen beeinträchtigt werden könnte, unabhängig davon, ob ein Prozess oder ein ähnliches Verfahren vorliegt.²⁰² Der Anwalt muss bei einer solchen Beeinträchtigung die Annahme des Mandats ablehnen.

Eine Ausnahme ist möglich, wenn er seinen Mandanten die Konfliktsituation offen legt und deren Einverständnis einholt und zudem eine angemessene Vertretung beider Interessenlager möglich erscheint.²⁰³ Man geht jedoch grundsätzlich davon aus, dass die angemessene Vertretung und damit konsequente Verfolgung der einen Interessenseite oft die Vernachlässigung der anderen Seite mit sich bringt und daher eine disloyale Vertretung darstellt.²⁰⁴ Dies gilt zumindest für den Zivilprozess.

dd) Doppelvertretung im Strafprozess

In einem Strafprozess sind Doppelmandate denkbar, wenn beispielsweise zwei Beklagte gemeinsam die Schuld von sich weisen und einen Dritten beschuldigen. Eine Konfliktsituation ist hier zunächst nicht denkbar.²⁰⁵

²⁰² Kaufmann, S. 36.

²⁰³ Glasser v. United States 315 U.S. 60, 69 (1942); Kaufmann, S.38.

²⁰⁴ Kaufmann, S.38.

²⁰⁵ Meiselman, S.304; Patterson S. 4ff.

Ist dennoch ein Konflikt erkennbar, kann der Mandant im Strafprozess, sollte er von seinem gegenwärtigen Anwalt besonders überzeugt sein, nur unter sehr strengen Voraussetzungen auf die Beiordnung eines anderen Anwalts verzichten. Diese schweren Voraussetzungen gehen einher mit einem (erst!) seit 1972 anerkannten verfassungsrechtlichen Grundrecht auf eine angemessene Vertretung im Strafprozess.²⁰⁶ Für den Verzicht muss die Sicherheit gewährleistet sein, dass der Betroffene sorgfältig alle Umstände abgewogen und sich über die Konsequenzen seines Handelns vollkommen im Klaren ist. Dieses Recht sei zu bedeutend, als dass es leichtfertig beiseite geschoben werden könnte.²⁰⁷ Im Zweifel ist davon auszugehen, dass kein Verzicht vorliegt.²⁰⁸

Oft ergibt sich auch ein Verbot der Mehrfachvertretung aus dem öffentlichen Interesse der Strafverfolgungsbehörden an einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung. Zu dieser Effektivität gehört z.B. die Kronzeugenregelung oder andere Formen der Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, die wiederum gefährdet werden könnten, wenn zwei Beklagte von demselben Anwalt vertreten werden.²⁰⁹

ee) Doppelvertretung trotz verschiedener Verfahren

Ein weitergehendes Verbot besteht darin, dass ein Anwalt kein Mandat annehmen darf, das sich gegen einen Mandanten richtet, den er in einer anderen Rechtssache vertritt. Die zeitgleiche Vertretung zweier Mandanten ist somit auch dann nicht erlaubt, wenn die Verfahren nichts miteinander zu tun haben, sich aber aus der Annahme der Mandate Konfliktpotentiale ergeben könnten, die das Vertrauensverhältnis zwischen

²⁰⁶ Aronson/Weckstein, S. 142; s.hierzu die Ausführung zur Legal Aid insbesondere Gideon v. Wainwright und Argersinger v. Hamlin.

²⁰⁷ Patton v. United States 281 U.S. 276, 312 f; Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458, 465.

²⁰⁸ Aetna Insurance Co. v. Kennedy 301 U.S. 389, 393; Ohio Bell Telephone Co. v. Public Utilities Commission 301 U.S. 292.

²⁰⁹ Mallen Smith, S. 295.

Anwalt und Mandant stören würden.²¹⁰ Eine Gefahr für die kompromisslose anwaltliche Loyalität soll ausgeschlossen werden.²¹¹

Ein Anwalt, der entgegen dieser Regeln ein doppeltes Spiel betreibe, setze sich und den gesamten Berufsstand dem Verdacht aus, dass Anwälte mehr am Geld des Mandanten interessiert seien als an einer ordnungsgemäßen und gewissenhaften Vertretung.²¹²

ff) Die zeitlich aufeinander folgende Doppelvertretung

Weiterhin ist die Konstellation denkbar, in der ein Anwalt zeitlich nacheinander Interessen vertritt, die nicht miteinander zu vereinbaren sind.²¹³ Maßgebend ist die sogenannte *substantial relationship* zwischen Anwalt und ehemals vertretenem Mandant.

Es stellt sich hier die Frage, wie intensiv und weitgehend das vorherige Mandat gereicht hat. Unter Zugrundelegung gewöhnlicher Umstände muss dargelegt werden können, dass eine hinreichende inhaltliche Beziehung nicht bestanden habe, die auf die Erlangung vertraulicher Informationen schließen lasse. Der Anwalt dürfe keine Informationen besitzen, die sich im neuen Verfahren negativ für den ehemaligen Mandanten auswirken könnten. Die tatsächliche Erlangung derartiger Informationen muss von dem ehemaligen Mandanten nicht dargelegt werden, sonst wäre dies kontraproduktiv, da die Geheimhaltung vertraulicher Informationen ja gerade erreicht werden soll.

gg) Die Reichweite des Vertretungsverbots

²¹⁰ Kaufmann, S. 39.

²¹¹ Intern. Machs.Corp. v. Levin 579 F.2d 271, 280 (1978).

²¹² Grievance Committee v. Rottner, 203 a.2d 84.

²¹³ MR.1.9.: *a lawyer who has represented a client in a matter shall not thereafter: (a) represent another person in the same or a substantially related matter if the interest of that person is adverse in any material respect to the interest of the former client unless the former client consents after disclosure ...*

Das Vertretungsverbot erstreckt sich grundsätzlich auf die gesamte Sozietät, für die ein Anwalt tätig ist.²¹⁴ Die vertraulichen Informationen, die ein Anwalt im Rahmen eines Mandats erhält, sind üblicherweise auch seinen Partnern zugänglich und können von diesen verwendet und missbraucht werden.²¹⁵ Eine strenge Anwendung dieser Regel sei jedoch nicht angebracht, wenn der Einzelfall dies nicht erfordere. Jeder Fall soll unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten gelöst werden.²¹⁶

4. Rechtsfolgen und Haftung

a) *Disqualification order*

Die bei Interessenskonflikten am häufigsten angewandte Maßnahme ist die *disqualification order*, die Zurückweisung des Anwalts von der Vertretung des Zweitmandanten. Sie erfolgt auf Antrag des Erstmandanten. Dieser Antrag soll baldmöglichst - *with reasonable promptness*- nach dem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Partei von den begründenden Fakten erfahren hat.²¹⁷ Das Gericht nimmt dann eine Ermessensentscheidung vor.

Disqualification wird i.d.R. bei Verstößen gegen das Mehrfachvertretungsverbot angeordnet, da hier das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Vertretung am eklatantesten gestört ist. Sie wird aber auch bei Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht angeordnet, wenn die Gefahr des Informationsmissbrauchs besteht.²¹⁸ Die Kollision mit dem Recht des Zweitmandanten auf freie Wahl eines Rechtsbeistands wird zugunsten des Interesses an einem ordnungsgemäßen Verfahren und einem hohen Standard des Justizwesens in Kauf genommen.²¹⁹

²¹⁴ MR 1.10.

²¹⁵ Kaufman, S.117.

²¹⁶ Kaufman, S. 107; *Silver Chrysler Plymouth Inc. v. Chrysler Motors Corp.* 518 F.2d 751.

²¹⁷ *Central Milk Producers Cooperative v. Sentry Food Stores, Inc.*, 573 F.2d 988, 992, 8th Cir. 1079.

²¹⁸ *Board of Education v. Nyquist*, 590 F.2d, 1241, 1246 (2d Cir.1979).

²¹⁹ Wolfram, S. 396.

b) Schadensersatzansprüche und culpa post contractum

Das besondere Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant begründet ein unverletzliches Vertrauensverhältnis, das auf dem Grundsatz absoluter Redlichkeit und Gutgläubigkeit basiert.²²⁰ Daher dauern die Pflichten auch über die Zeit des Vertrages hinaus und können eine *culpa post contractum* begründen. Obgleich aber die Verletzung der *fiduciary obligations* eine Vertragsverletzung bedeutet, wird sie als Unterart der deliktischen *negligence*-Haftung behandelt.²²¹ Die Verletzung des Standesrechts stellt zwar *per se* noch keine *negligence* dar, die Rechtsprechung sieht darin aber ein starkes Indiz.²²²

c) Sanktionen zur General- und Spezialprävention

Als Instrument zur Prävention sind außerdem Disziplinarverfahren vorgesehen, die nach dem *inherent power* Prinzip von den *state supreme courts* durchgeführt werden müssten, aber angesichts der faktischen Delegation der *Legal Ethics* ebenso vor Gremien der *state* oder *local bar associations* stattfinden.²²³ Die Verfahren können von Mandanten initiiert werden, aber auch Anwaltskollegen sollen Verstöße mitteilen. Milde Maßnahmen sind die nichtöffentliche oder öffentliche Rüge (*private or public reprimand*). Schwer wiegender ist ein vorübergehendes allgemeines Vertretungsverbot (*suspension*) oder gar der Ausschluss aus der Anwaltschaft (*disbarment*).²²⁴

II. Das Regelungsziel einer sozialen wettbewerbsorientierten Rechtspflege

Die Pflichten des amerikanischen Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten finden auch in den USA eine Grenze in den Verpflichtungen

²²⁰ Pennington v. Jones (1977) 46 Ill.App 3d 65, 4 ill. Dec.630, 360 N.E. 2d 566;

²²¹ Gatto, S.22; Poll, S. 119ff..

²²² Model Rules, Scope [6]: "Violation of a rule should not give rise to a cause of action... The rules... are not designed to be a basis for civil liability.;" Gatto, S.24.

²²³ s. oben zur Delegation der inherent power Kompetenz zur Regulierung des Anwaltsrechts .

²²⁴ Wolfram, S. 119ff.

des Anwalts gegenüber dem Gericht und der Gesellschaft.²²⁵ Der amerikanische Anwalt hat in seiner Stellung als *officer of the court* zur Ordnungsmäßigkeit und Effektivität der Rechtspflege beizutragen. Die Treue zum Mandanten geht auch in den USA nicht der Treuepflicht gegenüber dem Rechtssystem vor.²²⁶ Der Rechtsanwalt hat z.B. Fälle abzulehnen oder zu beenden, die offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben.²²⁷

Auch das amerikanische Berufsrecht des Rechtsanwalts wird bestimmt durch die Diskussion, wie weit Restriktionen die freie Ausübung des Rechtsanwaltsberufes begrenzen dürfen.²²⁸ Einst wurde im Rahmen des Anwaltsberufes von dem zu Lasten der Rechtspflege entstehenden *creeping commercialism* (der schleichenden Kommerzialisierung) gesprochen. Auch in den USA gab und gibt es Stimmen die die Kommerzialisierung dieser Berufssparte als Gift für die Qualität der Anwaltsdienstleistung betrachten, da diese sowohl der Standeswürde als auch der Selbstachtung schädlich wäre.²²⁹ Canon 12 der Canons of Professional Ethics von 1908 besagte „It should never be forgotten that the legal profession is a branch of the administration of justice and not a mere money getting trade“.

Es ist jedoch ein Wandel eingetreten. Heute wird die Diskussion im wesentlichen von der Frage dominiert, wie weit die Restriktionen gehen dürfen, ohne dass ein in den letzten Jahrzehnten entwickeltes Grundprinzip zu sehr beeinträchtigt wird: Ich möchte dieses Grundprinzip als ein Prinzip der sozialen wettbewerbsorientierten Rechtspflege bezeichnen. Die Gefahr der Selbstregulierung wird von der amerikanischen

²²⁵ Nix v. Whiteside, 475 U.S. 157 (1986); Kirsch v. Dureyea, 21 Cal.3d 303, 146 Cal. Rptr.218, 578 P.2d 935 (1978); Sprague v. Moore, 136 Mich.426, 99 N.W. 377 (1904).

²²⁶ Hitch v. Pima County Superior Court, 146 Ariz. 588, 708 P.2d 72; Bush v. Lee, 433 So.2d 702; “a lawyer is not bound to press for every advantage that might be realized for a client but may take whatever lawful and ethical measures are required to vindicate a client’s cause” in: Aronson/Weckstein S. 313.

²²⁷ Allison v. State, 436 So. 2d. 792.

²²⁸ Gillers, S.3.

²²⁹ Patterson, S. 612; Wolfram S. 39.

Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Wesentlichen in der Tatsache der Form gesehen, dass die Selbstregulierung lange zu Gunsten der Rechtsanwälte und zu Lasten der Mandanten genutzt worden sei. Einem Oligopol entsprechend seien zu hohe Kosten für den Rechtsbeistand entstanden, die dem ärmeren Bevölkerungsteil die Teilhabe an der Rechtspflege versperrte.²³⁰

Es ist kein Spannungsverhältnis zwischen Rechtspflege und Freiheit der Berufsausübung vorhanden. Vielmehr dominiert die Ansicht, die Restriktionen des Berufsrechts seien ein Relikt aus den Zeiten der Great Depression, in der sich die Anwälte durch Monopolisierung und Begrenzung des Wettbewerbs innerhalb der Anwaltschaft Schutz verschaffen wollten. Dies sei zu Lasten der Rechtspflege gegangen und dieses Problem gelte es noch heute zu bewältigen.²³¹ Die Lösung sei Wettbewerb, denn dieser liefere zugunsten des Mandanten.

Den Kritikern der Kommerzialisierung wird entgegnet, es sei - „*hopelessly subjective*“²³² - viel zu unbestimmt und gutgläubig, den Aspekt der Standeswürde angesichts üblichen Marktverhaltens auch von Anwälten aufrechterhalten zu wollen. Marktverhalten bestand schon vorher, jedoch zu Lasten der Mandanten, Standeswürde werde daher durch die Kommerzialisierung nicht verdrängt, sondern eher gefördert.²³³

Der Hintergrund dieser Entwicklung ist ein politischer. Wie Politik in das Recht Einlass findet, stellt sich in den USA anders dar als hierzulande. Zunächst gilt es daher die Rechtsfortbildung in den USA zu beschreiben (1.a.). Folgend wird Politik, nämlich der für die Wettbewerbsforcierung des Anwaltsrechts bedeutendste politische Wandel in den USA, beschrieben,

²³⁰ Smith/Mallen, S. 283.

²³¹ Cochran/Collett, S.2; Abel, S. 7.

²³² “*Regarding a need to protect the reputation of the legal profession may suggest a degree of vitality to the “dignity” issue.*” Florida Bar v. Went for It U.S.115 S.Ct. 2371, 132 L.Ed. 2d 541 (1995).

²³³ Smith/Mallen, S. 291.

der *war on poverty* (1.b.). Bekämpft werden sollte die Armut in den USA auch mit wohlfahrtstaatlichen Mitteln (1.c.), das war revolutionär zu dieser Zeit. Revolutionär und daher auf ein Minimum beschränkt, besteht grundsätzlich bis heute eine Abneigung gegen Wohlfahrt durch den Staat (1.d.). Es waren daher andere Mittel zur Bekämpfung der Armut zu ergreifen: wettbewerbliche (2.). Rechtlicher Hintergrund (2.a.) für die Regulierung des amerikanischen Wettbewerbs ist die öffentliche Aufgabe des amerikanischen Privatrechts und als ein Spezialgebiet, welches einen hohen Rang genießt, der Bereich der Ökonomischen Analyse des Rechts. Diese hatten einen wesentlichen Einfluss auf die Regelungen der kollektiven Erbringung von Rechtsanwaltsdienstleistungen (2.b.), der Preispolitik der Rechtsanwalts (2.c.) und der Werbemöglichkeiten des Rechtsanwalts (2.d.).

1. Der Hintergrund der Wettbewerbsforcierung

a) Rechtsfortbildung, Soziologie und Politik in den USA

Vergegenwärtigt man sich den dynamischen Prozess der Rechtsentwicklung im *case law*, so ist festzustellen, dass das Recht dabei stark von den sozialen Verhältnissen beeinflusst wird. Hierbei spielen ökonomische, ideologische, nationale, ethische und religiöse Faktoren eine bedeutende Rolle. Amerikanische Rechtswissenschaftler beschäftigen sich daher in hohem Maße mit den *facts of social life*; sie fragen, weshalb die Normen so sind, wie sie sind, wie sich die Normen auf die Gesellschaft auswirken und wie sie sein sollten, um die gesellschaftlichen Verhältnisse zu bessern.²³⁴

Die rechtswissenschaftliche Tätigkeit ist daher auch stark mit sozialwissenschaftlicher Tatsachenforschung gekoppelt. Dies war lange Zeit, bis zum Ende der 60er Jahre, ausschließlich eine Domäne der Politologen und Soziologen.²³⁵ Die wesentlichen Unterschiede zwischen

²³⁴ Rheinstein, S. 65.

²³⁵ G.O. Hazard Jr., *Law in a changing America*, 1968.

dem kontinentaleuropäischen und dem angloamerikanischen Rechtskreis liegen nicht in formalen oder materiellen Aspekten des Rechts. Es ist vielmehr die unterschiedliche Art und Weise der Rechtsfortbildung sehr charakteristisch.²³⁶ Dabei nehmen die Richter eine besondere Stellung ein. Sie setzen im Wesentlichen das Recht.

Die Bundesrichter werden gem. Art. II § 11 der Bundesverfassung vom Präsidenten der Vereinigten Staaten und dem Senat auf Lebenszeit ernannt, solange nicht ihr Verhalten beanstandet werden kann (*good behaviour*).²³⁷ Bei der Ernennung ist es nicht nur die fachliche Qualifikation der Kandidaten, die ausschlaggebend ist.

Vorab gilt es eine bundesstaatliche Verhältnismäßigkeit bei der Auswahl der Kandidaten zu berücksichtigen, was jedoch nicht immer konsequent gelingt. Denn primär spielen politische Überlegungen eine Rolle. Die meisten Präsidenten ernennen Richter, deren Ideologie und Einstellung zu wichtigen Gegenwartsproblemen, sowie deren Verfassungsauslegung weitgehend den ihrigen entsprechen, wobei die parteipolitische Zugehörigkeit des Kandidaten meistens – wenn auch nicht immer - mit derjenigen des ihn ernennenden Präsidenten übereinstimmt.²³⁸

Auch die Zustimmung des Senats zu Richterernennungen lässt sich im Allgemeinen als politische Erwägung bezeichnen. Hinzu kommen verschiedene Interessenvertretungen, die versuchen Einfluss zu nehmen. Die ABA beispielsweise opponierte einst in vehementer Weise gegen die Ernennung von Richter Brandeis, der damals einen hervorragenden Ruf als Anwalt genoss und später als einer der fähigsten Richter des *Supreme Court* in die Geschichte einging. Bei der als sehr konservativ geltenden

²³⁶ Rheinstein, S. 101.

²³⁷ Abraham, S.43 ff.

²³⁸ Haller, S. 81-85, Schack S. 5.

ABA hatte er aber wegen seiner liberalen politischen Ansichten Missfallen erregt.²³⁹

Die Richter an den Bundesstaatengerichten werden je nach Bundesstaat entweder vom Gouverneur ernannt oder von der Bevölkerung gewählt.²⁴⁰ Die Amtszeit liegt regelmäßig bei einer Dauer von 10 Jahre. Die Wahl und Wiederwahl des Richters wird durch *fund raising* finanziert. Wiederwahlen sind zwar die Regel, jedoch kommt es auch zu Abwahlen, wenn die Bevölkerung mit der Rechtsprechung des Richters nicht einverstanden ist. So spielt bei der Ernennung von Richtern ihr rechtspolitisches Glaubensbekenntnis immer eine große Rolle.²⁴¹

Dies sind Gegebenheiten, die an der Unabhängigkeit des Richters zweifeln lassen, auf der anderen Seite unterstreichen sie, wie stark dieser am politischen Leben beteiligt ist. Er setzt das Recht: „*We are accustomed, in the common law world to judicial review of administrative action, and in the United States the power of judges to hold legislation invalid if unconstitutional is accepted without serious question.*“²⁴²

Hat der Richter die Macht, politische Entscheidungen zu kippen, ergibt sich aus dem Umkehrschluss, dass er politische Bewegung auch bestätigt, möglicherweise sogar durch *overruling* einer früheren, der alten politischen Lage entsprechenden rechtlichen Situation. So findet sich auch in der Rechtsfortbildung des anwaltlichen Landesrechts eine Wende, die stark auf politischen Einfluss zurückzuführen ist.

²³⁹ Haller, S. 83.

²⁴⁰ Abraham S. 22ff..

²⁴¹ Schack, S. 4.

²⁴² Merryman, John Henry, "Judicial Responsibility in the United States", *RebelsZ* 41(1977), S. 334.

b) Lyndon B. Johnson und seine "war on poverty"-Politik

Die Politik des Demokraten Lyndon B. Johnson bedeutete Mitte der sechziger den Anfang für die wesentlichen Wandlungen der Rechtsprechung hinsichtlich des anwaltlichen Standesrecht und seiner Wettbewerbsforcierung.

Es war das Attentat auf J.F.Kennedy, das am 22.11.1963 den Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten, Lyndon Baines Johnson, zum 63. Präsidenten machte. Der Texaner hatte seine Karriere schon drei Jahrzehnte zuvor in Washington begonnen. Trotzdem herrschte eine allgemeine Unsicherheit darüber, wie dieser Mann einzuschätzen sei. Er galt als großer Stratege des Senats, als geschickter politischer Operateur, als Pragmatiker und mit seiner regionalen Einordnung als Texaner erfüllte er unweigerlich die südstaatlich-konservativen, wenn nicht sogar reaktionären Stereotypen.²⁴³ Seine eindeutige Haltung in der Rassenfrage und vor allem sein Feldzug gegen die Armut stellten ihn aber als einen kämpferischen Liberalisten dar.²⁴⁴ Dies trat und tritt heute noch in den Hintergrund, da auch die brisanten Anfänge des Vietnamkrieges in den Zeitraum seiner Regierungszeit fielen. Er hatte zwar Maßnahmen zur Deeskalation versprochen, seine Politik stand aber mehr im Lichte des militärischen *old code*, der sich in den Vergeltungsmaßnahmen zur Erhaltung der amerikanischen Ehre und Gesichtswahrung widerspiegelte.²⁴⁵

Michael Harringtons „*The Other America*“ war noch ein Ausfluss der Politik Kennedys. Es war das erste in einer Reihe von Büchern, die nur auf die Armut in Amerika fokussierten.²⁴⁶ *The rediscovery of poverty* wurde zu

²⁴³ White, S. 7.

²⁴⁴ White, S. 6.

²⁴⁵ Bertram, S.311.

²⁴⁶ Michael Harrington, *The Other America: Poverty in the United States* New York 1962; Fox/Kloppenber, Stichwort: Harrington, S. 293.

einem neuen sozialwissenschaftlichen Gebiet.²⁴⁷ Bereits Kennedy hatte die Extensivität der Armut in den USA untersuchen lassen. Die Ergebnisse der veranlassten Untersuchungen wurden Johnson präsentiert und der Wirtschaftswissenschaftler Walter Heller sollte in seinem Auftrag das *war on poverty*-Programm entwickeln.²⁴⁸

Folge war das *Economic-Opportunity*-Gesetz und ein neues Amt, dessen Vorsitz Walter Heller hatte. Dieses neue *Office of Economic Opportunity* (OEO) hatte die Aufgabe die Pläne für die Gesamtktion zu entwerfen, zu koordinieren und stimulierend einzugreifen.

Die Armut der sechziger Jahre war eine paradoxe Armut, denn sie fand inmitten eines nie da gewesenen Wohlstandes statt. Die Wirtschaft war in vollem Schwung. Als Begründung für dieses Paradoxon wurde ein Teufelskreis genannt: die arme Bevölkerung gab ihre Armut von Generation zu Generation weiter, was mit Faktoren der Unterernährung, unzureichender Bildung, überengten und ungesunden Wohnverhältnissen und mangelnder ärztlicher Versorgung zusammenhing, die sich alle gegenseitig bedingten.²⁴⁹ Dieses grausame Schema sollte mit dem neuen Programm durchbrochen werden, der Begriff „war“ sollte die Notwendigkeit von Maßnahmen wiedergeben und der Aufrüttlung und Dynamik dienen. Er erklang das erste Mal am 8. Januar 1964 in der Rede Johnsons zur Lage der Nation vor dem Kongress. „Die Regierung erklärt heute, hier und jetzt der Armut in Amerika den bedingungslosen Krieg.“²⁵⁰

Als Johnson 1968 aus dem Amt schied, hatte er viel erreicht. Es gab 36 % weniger Menschen der amerikanischen Gesellschaft, die unter der Armutsgrenze lebten. Kritikern, die bezweifelten, dass Amerika sich diese finanzielle Anstrengung leisten konnte, wurde entgegengehalten, dass das

²⁴⁷ Katz, S. 83; Leibfried/Voges-Rainwater, S. 196.

²⁴⁸ Johnson, S. 77; Patterson JT, S. 99 ff.

²⁴⁹ Landauer, S. 231.

²⁵⁰ Johnson, S. 78.

Budget des OEO 1966 \$1,5 Milliarden, 1967 \$1,7 Milliarden, 1968 \$1,8 Milliarden betragen hatte. Der Vietnamkrieg verschlang 30 Milliarden jedes Jahr. Das Bruttosozialprodukt betrug damals \$700 bis \$800 Milliarden.²⁵¹

Der Angriff hatte viel in Gang gesetzt, die Auswirkungen machten sich im Bildungswesen, in der Justiz, der Medizin und der Sozialfürsorge bemerkbar, ebenso im Geschäftsleben, in der Industrie, im bürgerlichen Bereich, in der Gewerkschaftsbewegung und in den Kirchen.²⁵² „Das Gewissen der Nation war wachgerüttelt.“²⁵³

Der *war on poverty* fiel zeitgleich zusammen mit der durch Martin Luther King und andere geführten Bürgerrechtsbewegung.²⁵⁴ Es ist eine Korrelation dieser beiden politischen Ambitionen, die die innenpolitische Entwicklungen der USA in dieser Zeit bestimmte und die im Rahmen des anwaltlichen Berufsrechts besondere Auswirkungen in der sog. *legal need* Frage fanden.²⁵⁵

c) Wohlfahrtstaatliche Maßnahmen im *war on poverty*

In den sechziger und siebziger Jahren ergingen die ersten wissenschaftlichen Untersuchungen bezüglich der tatsächlichen Inanspruchnahme rechtlichen Beistands, die von der *American Bar Association* und der *American Bar Foundation* gesponsert wurden. Diese brachten zutage, was schon lange vermutet, aber noch nie zugegeben worden war: 36 % der Befragten hatten noch nie einen Rechtsanwalt befragt, 44 % lediglich einmal. Alle anderen hatten im Wesentlichen nur geschäftlichen Kontakt. Hinzu kam, dass die Inanspruchnahme stark mit

²⁵¹ Landauer, S. 234.

²⁵² Havemann, S. 123-188; Levitan/Taggart, S.265-268.
Patterson, S.148, 184,209.

²⁵³ Johnson S. 87.

²⁵⁴ Landauer, S. 234.

²⁵⁵ Katz, S. 72; Patterson JT, S. 148, 153.

Geschlecht, Alter, Rasse, Einkommen und Bildung zusammenhing, Minderheiten standen statistisch besonders schlecht da.²⁵⁶ Die Sozialhilfepolitik der sechziger Jahre wurde deshalb auch auf den Rechtsberatungsbereich ausgeweitet.

aa) *Pro bono legal service*

Unter *pro bono service* versteht der amerikanische Anwalt, seine Dienstleistung ohne bzw. für ein geringeres als das übliche Honorar zu erbringen. Idealerweise geschieht dies rein zu wohltätigen Zwecken. Viele Anwälte bezeichnen jedoch oft bereits Mandate als *pro bono* Leistung, die sie lediglich ohne Honorar erbracht haben. Dieses Kriterium gilt jedoch lediglich als eine notwendige Bedingung für die Subsumtion unter den *pro bono* Begriff, es reicht in einer wettbewerbsorientierten Branche nicht aus. Denn trotz eines fehlenden Honorars wird die Dienstleistung dennoch manchmal aus eigennützigen Motiven erbracht und wäre auch gerne von anderen erledigt worden, wenn sie geeignet ist, auf irgendeine marketingrelevante Weise das Renommee zu fördern. *Pro bono* Arbeit aber gilt als die historisch bedeutendste altruistische Form der Rechtsberatung. Sie erfolgt an Menschen, die sonst nicht in der Lage wären, die Rechtsberatung zu finanzieren, wobei Uneigennützigkeit das wichtigste Kriterium darstellt.

Es sind vor allem Einzelanwälte, die diese Arbeit erbringen. Sie sind es, die mit dem mittellosen, bedürftigen Mandanten in Kontakt kommen. Auch Jurastudenten erbringen einen großen Anteil der erbrachten *pro bono* Leistungen. Hier dient das Engagement oft zum Einstieg und zur Übung der erlernten Materie. Viele Universitäten bieten daher sog. eigene *legal services* speziell für den mittellosen Mandanten.²⁵⁷

²⁵⁶ Curran, S.146-159.

²⁵⁷ Aronson/Weckstein, S. 174.

Pro bono legal services werfen ein positives Licht auf die amerikanische Rechtsanwaltsbranche, der tatsächlich notwendige Bedarf ist jedoch nie gedeckt worden. Ein Versuch, den *pro bono service* als Pflichtbestimmung in die *Model Rules* aufzunehmen, ist am regen Widerstand der ABA gescheitert.²⁵⁸ Hauptargumente waren, dass eine derartige Kodifizierung der Institution den Wohltätigkeitscharakter nähme und weiterhin andere *professions*, wie Ärzte und Zahnärzte, auch keine vergleichbaren Pflichten hätten. Es blieb daher bei der Soll-Vorschrift des Code of Professional Responsibility „ *the basic responsibility for providing legal services for those unable to pay ultimately rests upon the individual lawyer...*“ „... *the rendition of free legal services to those unable to pay reasonable fees continues to be an obligation of each lawyer...*“.²⁵⁹

Diese rechtspolitische Diskussion wurde in den 70er Jahren am intensivsten geführt. Dass es nicht zu einer Kodifizierung kam, ist vor allem auf die zeitlich parallele Entwicklung der *Legal Aid* in den USA zurückzuführen.

bb) Legal Aid²⁶⁰

Die ersten Ansätze der *Legal Aid* können in die Jahre 1865 bis 1868 datiert werden. *Legal Aid* diente dem Rechtsschutz der völlig mittellosen befreiten Sklaven.²⁶¹

Die erste gemeinnützige Gesellschaft, die rechtlichen Schutz gewährte, war 1876 die *Deutsche Gesellschaft* New York Citys, die sich um neuangekommene Immigranten kümmerte, um sie vor Ausbeutung zu

²⁵⁸ Wolfram S. 951.

²⁵⁹ “In a time when the need for legal services among the poor is growing and public funding for such services has not kept pace, lawyer’s ethical obligation to volunteer their time and skills pro bono publico is manifest.”
Mallard v. U.S. Dist.Ct. for S. Dist of Iowa, 490 U.S. 296, 109 S.Ct. 1814, 104 L.Ed.2d 318 (1989).

²⁶⁰ Thou Shalt Not Ration Justice: A History and Bibliography of Legal Aid in America, 44 Geso Wash. L.Rev. 754 (1976).

²⁶¹ Westwood, Getting Justice for the Freedman, 16 How. L.J. 492 (1971).

schützen.²⁶² 1888 wurde auch in Chicago eine Agentur zum Schutze der Armen von der *Chicago Ethical Culture Society* gegründet. Im Jahre 1917 gab es bereits in einundvierzig Städten vergleichbare Organisationen, die 117.201 Fälle bearbeiteten. Der Rechtsschutz für die arme Bevölkerung war trotzdem noch völlig unzureichend. In den 20er Jahren mit dem wirtschaftlichen Zusammenbruch der „Great Depression“ stieg der Bedarf noch weiter und das Angebot sank wegen fehlender Gelder.

Die finanzielle Unterstützung für *Legal Aid* stammte aus verschiedenen Ressourcen. Religiöse oder ethnische Gruppierungen waren früh fleißige Spender. *Charitable Funds* und *bar associations* haben einen beträchtlichen prozentualen Beitrag geleistet. Auch staatliche Zuschüsse ergingen. Diese jedoch waren unter den *bars* nicht gerne gesehen, denn es wurde ein zu starker staatlicher Einfluss gefürchtet. Diese Angst wurde in den 50er Jahren im Rahmen der *McCarthy Era* besonders gefördert, jeder staatliche Eingriff wurde kritisch auf kommunistischen Gehalt geprüft. Das nach dem zweiten Weltkrieg eingeführte englische Beispiel eines staatlich finanzierten *legal aid* Systems weckte große Antipathie, es wurde als „*creeping socialism*“ betrachtet.²⁶³

1965 wurde im Rahmen des *war on poverty* ein bundesstaatlich getragenes *legal service program* ins Leben gerufen. Das war revolutionär, denn es war eine Kehrtwendung gegenüber der Einstellung, die noch zu McCarthy- Zeiten vorherrschte.²⁶⁴ Es begann mit \$ 5 Millionen pro Jahr und nahm in den Spitzenzeiten der Jahre 1980-81 ein Volumen von \$ 321 Millionen ein.

²⁶² McGuire J., *The Lance of Justice* (1928) – Die Geschichte der New York Legal Aid Society.

²⁶³ Abel, S.8, Storey, „The Legal Profession Versus Regimentation: A Program to Counter Socialization“.

²⁶⁴ Friedlander, S.339-341.

Der *Reagan*- Administration waren die *legal service* Programme wiederum ein Dorn im Auge.²⁶⁵ Die Programme sollten gänzlich abgeschafft werden, nachdem bereits in der Zeit Nixons viele meist politisch pikante Rechtsfragen wie Abtreibungsfälle aus dem Rechtsberatungsprogramm ausgeschlossen wurden. 1980 war die Entwicklung jedoch so weit gediehen, dass die Gerichte diese Form der Beratung als Notwendigkeit zur Erhaltung einer gleichberechtigten Rechtspflege anerkannt hatten. Eine Beseitigung galt als nicht rechtsstaatlich. Dem Vernichtungsversuch der Exekutiven wurde durch die Rechtsprechung getrotzt.²⁶⁶

Tatsächlich ist diese Entwicklung aber auch auf den plötzlich regen politischen Einsatz der Anwälte und der ABA zurückzuführen. Diese waren zwar anfangs noch vehemente Gegner der *legal aid*, befürchteten aber jetzt, dass die Abschaffung des *legal aid* darin enden würde, dass *pro bono service* als anwaltliche Pflicht in den *legal ethics* verankert werden würde.

Civil legal aid wird in den USA heute im Wesentlichen nicht durch Rechtsanwälte, sondern durch angestellte Juristen der *Legal Service Corporation* erledigt. Dies findet seinen Grund darin, dass eine Studie von 1974 der Legal Service Corporation ergab, dass Rechtsanwälte, deren Fälle im Rahmen des *legal aid programs* finanziert wurden, schlechtere Rechtsberatung lieferten als bei privater Bezahlung.²⁶⁷ Eine weitere Studie ergab, dass eine große Anzahl dieser Anwälte inkompetent war, weil ihnen die Praxis fehlte, oder sie unmotiviert waren, weil die private Bezahlung für sie günstiger ausfiel.²⁶⁸

Neben der Legal Service Corporation stehen aber auch Verbraucherschutzorganisationen für *Legal Aid*, wie das *Center for Auto*

²⁶⁵ Cramton, Crisis in Legal Services for the Poor, 26 Vill.L.Rev. 521, 529 (1981); Abel, S.134.

²⁶⁶ Abel S. 188.

²⁶⁷ Legal Service Corporation, Delivery Systems Study 1974.

²⁶⁸ Abel, S. 134.

Safety, der *Environmental Defense Fund*, der *Sierra Club*, die *Consumers Union*, das *Medical Committee for Human Rights* und der *American Civil Liberties Union*.

cc) Pflichtverteidiger

Im Rahmen des Strafrechts existieren erste Ansätze zur Einführung der Pflichtverteidigung erst seit 1960. Vorher wurden Anwälte höchstens aus privaten *legal aid societies* gestellt. Erst 1963 entschied der *Supreme Court*, dass jeder finanziell bedürftige wegen Totschlags Angeklagte auf Kosten der Staatskasse einen Anwalt gestellt bekommen müsse.²⁶⁹ Hierauf ergingen 1964 der *Criminal Justice Act* auf Bundesebene und vielerlei parallele Gesetze auf Bundesstaatsebene, die entsprechende Verfahren vorsahen. Die Einrichtung der Institution des Pflichtverteidigers war erst im Jahre 1972 vervollständigt, als der *Supreme Court* entschied, dass niemand eine Freiheitsstrafe erhalten dürfe, ohne vor Gericht anwaltlich vertreten worden zu sein.²⁷⁰

In den Vereinigten Staaten werden 65 % aller Totschlagsdelikte und 47 % aller Straftaten von Mittellosen begangen. In mehr als der Hälfte aller jährlichen Strafrechtsfälle übernimmt ein Pflichtverteidiger die anwaltliche Vertretung des Angeklagten.²⁷¹

d) Ideologische Positionen in der öffentlichen Meinung zum Wohlfahrtsstaat

Die Auswertung von Umfragen zur Einstellung der Bevölkerung zur bundesstaatlichen Sozialpolitik bringt ein stabiles Bild zutage. Die breiteste und unangefochtenste Wertschätzung genießt die Rentenversicherung, über die es bereits früh einen Konsens gab, der in den letzten 50 Jahren bis heute die Zustimmung zur staatlichen

²⁶⁹ *Gideon v. Wainwright* 372 U.S.: 335, 83 S.Ct. 792, 9 L.Ed.2d. 799, 23 O.O.2d. 258 (1963).

²⁷⁰ *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 92 S.Ct. 2006, 32 L.Ed.2d. 530 (1972).

²⁷¹ *Aronson/Weckstein*, S. 158.

Intervention dieser Form verstärkt hat. Die Rentenversicherung gilt als Ausfluss einer kapitalistisch-demokratischen Arbeitsethik. Maßnahmen zur medizinischen Versorgung genießen ebenfalls eine allgemeine Befürwortung, weil sie die Alten und Armen als die *truly needy* betrifft.²⁷²

Trotzdem ist die Einstellung zu staatlichen *welfare-Programmen* diffus und paradox. Wird in Umfragen das Wort „*welfare*“ benutzt, bleibt die Unterstützung gering. Wird die Einstellung zu „*caring for the poor*“ oder „*assistance for the poor*“ erfragt, gibt es hingegen eine breite Zustimmung. Mit dem Begriff der *welfare* wird leicht ein negatives Image des Wohlfahrtsstaates verknüpft. Man verbindet damit Schmarotzertum bis hin zum Betrug und bürokratische Inkompetenz. Oft gilt es als Hindernis der Arbeitswilligkeit. Umverteilungspolitik gilt als Widerspruch zur individuellen Eigenverantwortung im ökonomischen Leistungswettbewerb.²⁷³

So stark in der amerikanischen Kultur das Prinzip eines freien Wettbewerbs ohne staatliche Einflüsse verankert ist, so revolutionär war die Entwicklung der *legal aid*. Es war ein Ergebnis einer Wende in der Sozialpolitik (*a turning point in social legislation*).²⁷⁴ Für die *truly needy* wird Wohlfahrt akzeptiert.

Wohlfahrtsstaatliche Maßnahmen lassen sich aber grundsätzlich nur zur Gewährleistung eines Mindestmaßstabes rechtfertigen. So bezieht sich die Zustimmung im medizinischen Bereich lediglich auf staatliche Maßnahmen zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung, eine staatliche Krankenversicherung war nie durchzusetzen. Tatsächlich wird im

²⁷² Shapiro/Young, S. 59 ff.

²⁷³ Weinberger-Hecló, S. 331-340.

²⁷⁴ Fishman-Eckstein, S. 200.

Krankenversicherungsbereich der marktwirtschaftliche Wettbewerb bevorzugt.²⁷⁵

Die Parallele zum Rechtsberatungsbereich ist unverkennbar. Bis auf die staatliche *legal aid*, sind alle weiteren Entwicklungen für eine soziale Rechtspflege allesamt auf wettbewerblicher Basis geschaffen. Der staatliche Eingriff einer *legal aid* ist revolutionär, und so revolutionär, so dringend wurde der Bedarf nach Rechtssicherheit für einen Teil der Gesellschaft gesehen, der bisher zu sehr ignoriert worden war.

2. Wettbewerbsforcierung

Es gab in den Jahren von 1950 bis 1984 eine 300prozentige Steigerung der Anzahl von Rechtsanwälten. 1950 kam ein Anwalt auf 696 Bürger, 1984 waren es nur noch 363 Bürger auf einen Anwalt.²⁷⁶ Präsident Carter äußerte Ende der siebziger Jahre, die USA seien mit Anwälten überschwemmt und gleichzeitig stände der Bevölkerung nicht ausreichend rechtliche Beratung zur Verfügung. Zur Beseitigung dieses Misstandes hat man daher auch noch andere Maßnahmen angestrengt. Die Erweiterung wettbewerblicher Freiheiten des Anwalts sollten diesem Zustand ein Ende bereiten.²⁷⁷

„We live in a society where the distribution of legal assistance, like the distribution of most other goods is generally regulated by the dynamics of private enterprise.“²⁷⁸

Das Programm des *war on poverty* konnte nicht mit rein wohlfahrtsstaatlichen Mitteln erfüllt werden. Die bedeutendsten Auswirkungen hatte der *war on poverty* daher auf den

²⁷⁵ Shapiro/Young, S. 59 ff.

²⁷⁶ Mallen/Smith, S. 45.

²⁷⁷ Aronson/Weckstein, S. 178.

²⁷⁸ Fulder v. Oregon , 417 U.S. 40, 53, 94 S.Ct. 2116,2114 40 L.Ed..2d. 642 (1974).

Anwaltswettbewerb. *The duty to make legal service available*²⁷⁹ - eine soziale Rechtspflege sollte daher mit Mitteln eines „laissez-faire“²⁸⁰ erreicht werden.

a) Die Theorie der sozialen Wettbewerbsforcierung

a) Die öffentliche Aufgabe des amerikanischen Privatrechts

Beschäftigt man sich mit dem amerikanischen Wettbewerbsrecht, befindet man sich rechtlich in einem Grenzbereich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Dies ist für den Kontinentaleuropäer insoweit nichts Besonderes, denn auch hier reicht das Wirtschaftsrecht sowohl in privatrechtliche als auch in öffentlich-rechtliche Gebiete hinein. Die Gewährleistung des Wettbewerbs durch die Möglichkeit einerseits privater Klagen und andererseits durch behördliches Einschreiten ist ein europäisch juristischer Vorgang, wie auch eine Methode des amerikanischen Pendant, dem *antitrust laws*.

In den USA verschwimmen jedoch die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht schnell ins Undefinierbare. Der private Kläger ist oftmals nicht nur Verfechter seines eigenen speziellen, privaten Anliegens, sondern zugleich auch Vertreter des allgemeinen, öffentlichen Interesses an der Durchsetzung von Rechtsnormen. Mancher Kläger ist deshalb auch als *private attorney general* zu bezeichnen²⁸¹

In den USA ist ein doppeltes Verständnis des Privatrechts vorhanden. Es dient nicht nur der Regelung der Rechte Privater untereinander, sondern wird auch ganz offen als Instrument zur Verwirklichung sozial- oder wirtschaftspolitischer Vorstellungen bezeichnet. Deshalb gelten im amerikanischen Privatrecht auch der Schutz vor Verletzungen durch

²⁷⁹ Aronson/Weckstein, S. 156 ff.

²⁸⁰ « Laissez faire, laissez aller, le monde va de lui-même » Grundsatz der klassischen Nationalökonomie (Adam Smith).

²⁸¹ Reimann, S. 269, vgl die Auswirkungen dieser Position auf das Anwaltshonorar in „Fee Shifting“.

Vorbeugung oder Abschreckung und mitunter sogar die Bestrafung von Rechtsbrechern als durchaus legitime Ziele. Effizienz wird Dogmatik bevorzugt.

Es sind daher die Ziele, die man notwendigerweise vor Augen haben muss, wenn man sich mit beispielsweise den *punitive damages* beschäftigt, ohne nach europäischem Verständnis dogmatisch streng von einer Vermischung von öffentlichen bzw. strafrechtlichen Kategorien zu sprechen.²⁸² Darüber hinaus gilt es, sich von den aus dem eigenen Rechtskreis bekannten Regelungszielen zu distanzieren. So gilt es, den Aspekt der Naturalrestitution bei *punitive damages* zu verdrängen.

Bezüglich der Ansichten über das Ziel und den Zweck des amerikanischen Privatrechts gibt es zwei Hauptrichtungen. Die traditionelle Auffassung sieht den Zweck des Privatrechts in der Suche nach Gerechtigkeit zwischen den Parteien, demzufolge soll Recht Entscheidungen treffen, die den Ansprüchen moralischer Richtigkeit genügen. Rechtsregeln sind Ausdruck sittlicher Überzeugung. Diese individuell-privatrechtliche Sichtweise entspricht auch kontinentaleuropäischem Privatrechtsverständnis.²⁸³

Konkurrierend gibt es aber die weitverbreitete Ansicht, Privatrecht diene auch als Mittel im Dienst sozialpolitischer Ziele. Rechtsregeln seien Instrumente zur Verbesserung der gesellschaftlichen Lebensbedingungen. Dieser Ansatz ist gleichsam kollektiv-öffentlich-rechtlich, denn es geht um das Gemeinwesen als Ganzes. Privatrecht als politisches Gestaltungsmittel ist europäischen Juristen in der Regel nicht vertraut.

²⁸² Die Nichtanerkennung eines amerikanischen Urteils durch den BGH bezüglich des Strafschadenersatzes BGHZ 118, S. 334 ff..

²⁸³ Reimann, S. 12.

Dem amerikanischen Juristen liegt das Denken in klaren und starren Kategorien wenig, diese Denkweise ist mitunter praktisch und hilfreich, aber nicht grundlegend oder allgemeingültig.²⁸⁴ Die einflussreichste Variante dieser sozialpolitischen Funktion des Privatrechts ist die *law and economics* Schule, die in den letzten Jahrzehnten in den USA an bedeutendem Einfluss gewonnen hat. Diese Schule, in Deutschland ökonomische Analyse des Rechts genannt, ist aus der amerikanischen Rechtswissenschaft nicht mehr wegzudenken.

b) Law and Economics

Wirtschaftstheoretische Überlegungen gibt es unter Juristen natürlich schon länger auch in Europa, doch die ökonomische Analyse des Rechts ist erst seit den siebziger Jahren in den USA als eigene Disziplin anerkannt. Sie ist längst nicht mehr nur auf den akademischen Bereich beschränkt, sondern übt auch großen Einfluss auf Gesetzgeber und Gerichte aus. Sie hat deshalb einen festen Platz in der juristischen Theorie und Praxis.²⁸⁵

Die ökonomische Analyse des Rechts hat sich in den letzten dreißig Jahren entwickelt und die Literatur ist kaum noch übersehbar. Pionier dieses Wissenschaftszweigs war Ronald H. Coase mit seinem 1960 veröffentlichten Aufsatz „*The problem of social cost*“.²⁸⁶

Bei der ökonomischen Analyse geht es um Effizienz. Sie überträgt damit eine der wichtigsten Sichtweisen der Wirtschaftswissenschaft auf das Recht. Die Sichtweise beruht auf dem Grundsatz, dass der Gesellschaft nur begrenzte Mittel zur Verfügung stehen um eine Bedürfnisbefriedigung zu erreichen. Es gilt daher, die Mittel möglichst effizient einzusetzen.

²⁸⁴ Reimann, S. 270.

²⁸⁵ Reimann, S.248.

²⁸⁶ Coase, R.H., *The Problem of social Costs*, *Journal of Law and Economics*, Bd.3 (1960), S.1 ff. ; wiederabgedruckt und übersetzt in: *Ökonomische Analyse des Rechts* (Hrsg. Assmann H./Kirchner, C./Schanze, E.) (2.Aufl.1993) S.129ff..

Rechtsregelungen können ein geeignetes Mittel sein, dieses Ziel zu erreichen.

In der ökonomischen Analyse stellt sich die Frage allein, ob die Regelung ökonomisch effizient ist. Dabei zielt die Analyse lediglich auf das Ergebnis ab. Die Konsequenzen stehen im Vordergrund und daher rechnet man diese Methode den sog. konsequentialistischen Sozialtheorien zu. Diese basieren auf einem utilitaristischen Gerechtigkeitsverständnis.²⁸⁷

Das Privatrecht kann Effizienz, d.h. ein möglichst günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis, auf verschiedene Weise fördern: Es kann z.B. Anreize zu wirtschaftlich sinnvollem Verhalten geben. Es kann helfen, wirtschaftliche Zusammenarbeit zu fördern, um Kosten zu verringern.²⁸⁸ Parteien können zur Offenlegung von Informationen gezwungen werden oder zu redlichem Verhalten gezwungen werden.²⁸⁹

Das Recht kann aber auch das Funktionieren eines freien Marktes fördern, indem es Monopole verbietet und Spielregeln für den Wettbewerb aufstellt. Hierdurch wird der Konkurrenzkampf gefördert, Anbieter werden zu möglichst kostengünstigem Verhalten gezwungen. Wettbewerb wird rechtspolitisch gestaltet.

Das Ziel dieser wissenschaftlichen Richtung ist damit aber nicht nur rechtstheoretisch, sondern auch rechtspolitisch. Es geht nicht allein darum, die wirtschaftlichen Konsequenzen des Rechts besser zu verstehen, sondern es geht auch um die rechtliche Gestaltung. So kann Recht zur Erhöhung der Produktivität oder zur Senkung von Kosten, zur Verringerung von Verschwendung oder zur Vermeidung von Unfällen beitragen. Der Endzweck ist die Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee

²⁸⁷ Schäfer/Ott, S. 2.

²⁸⁸ sog. transaction costs –der Kern des Coase Theorems eines der wichtigsten Elemente der Law and Economics Theorie; Coase R.,s.o..

²⁸⁹ Reimann, S. 249.

durch Vermehrung des gesamtgesellschaftlichen Wohlstandes. Die ökonomische Analyse des Rechts betrachtet es als legitime und notwendige Aufgabe der Rechtswissenschaft, rechtliche Regelungen danach zu beurteilen, in welchem Maße sie die Verschwendung von Ressourcen verhindern und damit die Effizienz erhöhen.²⁹⁰ Insbesondere die Wettbewerbsregeln orientieren sich daher nach den obigen Kriterien insbesondere am volkswirtschaftlichen Dienst.

Die ökonomische Analyse unterstellt bei der Herstellung von Prognosen über die Wirkungen von Rechtsnormen, dass die Individuen ihren eigenen Nutzen verfolgen und sich nicht von moralischen Kategorien oder von Pflichtbewusstsein leiten lassen.²⁹¹ Dies ist eine rein wirtschaftswissenschaftliche Prognose, die auf das Anwaltsrecht nur angewandt werden kann, wenn man beim Anwalt von üblichem Marktverhalten ausgeht. Das ist in den USA der Fall. Damit wird Effizienz zum Hauptkriterium der Begründung von Wettbewerbsregelungen und das ist in den folgenden Abschnitten zum Verständnis zu beachten.

b) Wettbewerbsforcierung durch *Legal clinics*

80 % der amerikanischen Rechtsanwälte betreiben ihre Kanzleien allein. Sie haben ein Durchschnittseinkommen von \$ 80.000 p.a..²⁹² Das allgemein verbreitete Bild der amerikanischen Großsozietät mit schwerreichen Anwälten ist daher eher die Ausnahme. In den USA sind, bezogen auf das Verhältnis zur Bevölkerungszahl, doppelt so viele Anwälte tätig wie in Deutschland. Die Gesamtzahl der U.S.-Rechtsanwälte lag im Jahr 1970 bei 350.000, im Jahr 1997 bei etwa 885.000 und um die Jahrtausendwende um die 1 Million.²⁹³ In beiden Ländern machen die

²⁹⁰ Schäfer-Ott, S. 1.

²⁹¹ Schäfer/Ott, S. 3; Gäfgen, G., Entwicklung und Stand der Theorie der Property Rights, eine kritische Bestandsaufnahme, in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, (Hrsg. Neumann, M. (1983), S.43 ff.

²⁹² laut Vortrag Prof. Dryan, Professor für Legal Ethics an der Georgetown-University, vor der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung in Frankfurt am 22.5.2003.

²⁹³ <http://www.census.gov/prod/www/statistical -abstract-us.html>.

Anwälte, die in den sehr großen Büros tätig sind, nur einen kleinen Bruchteil der Gesamtzahl der Anwälte aus; diese Bruchzahl liegt etwa bei 5%. Beide Rechtsanwaltsmärkte werden tatsächlich von Einzelanwälten und kleineren Sozietäten beherrscht.

aa) Die Entwicklung

Dennoch haben Anwaltskollektive eine intensive Bedeutung. Schon seit dem Ende des 19. Jahrhunderts ist es in den USA immer mehr zu Zusammenschlüssen unter den Anwälten, zu sog. *law firms* gekommen, eine parallele Entwicklung zu der immer komplexer werdenden Rechtslage im Rahmen der steigenden Industrialisierung. Der Code²⁹⁴ von 1969 war auf diese Form der Rechtsberatung kaum anzuwenden. Er ging noch zu stark von dem Bild eines Einzelanwalts aus und betrachtete große Sozietäten nicht als Unternehmen, sondern als den Zusammenschluss vieler Einzelanwälte.²⁹⁵ Heute gilt der grundsätzliche Tenor, dass der Anwalt zwar vielen Restriktionen unterworfen sei, die sich aus der Stellung des Rechtsanwalts als Professional ergeben, dennoch sei er ein Wirtschaftssubjekt, ein Unternehmer.²⁹⁶ Um die anwaltliche Unabhängigkeit dieses Unternehmers zu wahren, sieht *Model Rule 5.4 CPR* das traditionelle Verbot vor, dass ein amerikanischer *lawyer* nicht in einer Firma tätig werden darf, in der ein *nonlawyer* einen Anteil hält.

1961 äußerte das *ABA ethics committee*, dass allein das Praktizieren von Rechtsberatung durch eine Gesellschaft keinen Verstoß gegen die *legal ethics* darstelle. Die traditionelle Ansicht der Standesorganisation, dass die Inkorporierung eine zu kommerziell ausgerichtete Tätigkeit des Rechtsanwalts darstelle, wurde wohl auch vor dem Hintergrund, dass dies große steuerrechtliche Vorteile bedeuten würde, aufgegeben.²⁹⁷ Bereits im

²⁹⁴ s. B.I.11.a –faktische Rechtsquellen.

²⁹⁵ Wolfram, S. 878.

²⁹⁶ Wolfram, S.877.

²⁹⁷ H.Henn & J.Alexander, *Laws of Corporations* 138-43.

Jahre 1969 wurde in den *Code* die Erlaubnis für Rechtsanwälte aufgenommen, Gesellschaften zu gründen, allerdings unter der Bedingung, dass die Anteilsnehmer selbst Rechtsanwälte sind.²⁹⁸ MR 5.4 ergänzt diese Vorschrift heute damit, dass kein Nichtjurist Weisungsbefugnis besitzen dürfe. Heute sind entsprechende Regelungen in sämtlichen Bundesstaaten in die *legal ethics* aufgenommen. Im übrigen darf eine solche Gesellschaft keine anderen als juristische Leistungen erbringen.²⁹⁹

bb) Rechtsformen

Als Personengesellschaft kommt die traditionelle *general partnership* (GP - der deutschen OHG vergleichbar) oder die *limited partnership* (hier mit Einlagenhaftung) in Betracht. Als Kapitalgesellschaft kommt die *professional corporation* in Betracht.³⁰⁰ Zwei neuere und äußerst beliebte Organisationsformen sind die *Limited Liability Company* (LLC) und vor allem die *Limited Liability Partnership* (LLP). Die LLP gleicht einer *general partnership*, die in ein Register eingetragen ist und gesamtschuldnerisch, aber lediglich beschränkt haftet.

cc) *Legal Clinic*

Als eine Errungenschaft des Wettbewerbs wird die Zusammenführung von Anwälten zur sog. *legal clinic* betrachtet. Diese ermöglicht es mit geringen Mitteln ausgestatteten Personen, bezahlbare Beratung in Anspruch zu nehmen. Wie in Arzt-Kliniken werden Kosten durch eine besonders hohe Steigerung der Effizienz gespart. *Legal clinics* haben bestimmte juristische Abläufe vollkommen in den Geschäftsablauf implementiert. Sie erreichen ihre Effizienz und damit Kostengünstigkeit durch Systematisierung,

²⁹⁸ Wolfram, S. 889; Florida Bar v. Hunt 429 So. 2d 1201 (Fla 1983); In re Rhode Island Bar Ass'n, 106 R.I. 752, 263 A.2d 692, 696 (1970) Cf Street v. Sugarman, 202 So.2d 749 (Fla.1967).

²⁹⁹ Network Affiliates, Inc. v. Schack, 682 P 2d 1244: Einer law firm Gesellschaft wurde verboten, Anweisungsmaterial für Fernseh-Werbung an andere law firms zu verkaufen.

³⁰⁰ Hennsler, Grundlagen des US-amerikanischen Berufsrechts der Rechtsanwälte, AnwBl 2002, 557-566.

Mechanisierung, erhöhte Produktivität und Spezialisierung. *Legal Clinics* sind entweder privat organisiert oder werden von *bar associations* oder *law schools* unterhalten (d.h. sie werden gesponsert und sind daher vom *legal aid* abgrenzbar).

Rückgrad dieser Institutionen sind die sog. *paralegals*, welche viel Arbeit übernehmen, die einst lediglich von Anwälten wahrgenommen wurde. Mit der Hilfe von systematisierten Mustervorlagen werden ihnen Standardabläufe zugeteilt und sie übernehmen standardisierte Mandantenberatungen. Alles wird letztlich vom Anwalt gegengezeichnet, denn die *paralegals* dürfen keine erheblichen Entscheidungen treffen, trotzdem gilt ihr Tätigkeitsbereich als enorm vielfältig und geht weit über das des deutschen Rechtsanwaltsgehilfen hinaus.³⁰¹

Legal Clinics finden sich meist in Zentren, wo Menschen mit Regelmäßigkeit verkehren. Sie in Einkaufspassagen zu finden, ist daher nichts Unübliches. Oft sind diese Kanzleien dann einzelne Filialen, die über die ganze Stadt verteilt sind. Unterschiedlich spezialisierte Anwälte zirkulieren dann von einer Lokalität zur anderen. Erhöhte Erreichbarkeit entsteht durch die Anpassung der Arbeitszeit an die Ladenöffnungszeiten.³⁰² Weitere Effizienz liegt in der Möglichkeit Barzahlung, Ratenzahlung und Kreditkartenbezahlung zu nutzen.

Effizienz diene auch der Zeitersparnis. Die Systematisierung der Abläufe, Spezialisierung, die Nutzung von *paralegals* und komplikationslose Abwicklung erlaube es dem *clinic lawyer* ein nahes Anwalt- Mandanten-Verhältnis aufzubauen. *Clinic lawyers* gelten daher als besonders effektiv und mandantennah.

³⁰¹ s.oben unauthorized practice.

³⁰² Ladenschlussregelungen sind die Ausnahme.

Die Mehrheit dieser Institutionen sind durch *law schools* oder staatliche Stiftungen ins Leben gerufen worden. In *Jacoby v. State Bar of California* 1977 entschied der kalifornische *Supreme Court* noch, dass die Nutzung des Wortes „*legal clinic*“ irreführender Natur sei. Inzwischen hat sogar die konservative ABA mit \$80.000 eine Stiftung gegründet, die aufgrund des Konzepts einer *legal clinic* kostengünstige Rechtsberatung anbieten soll. Legal clinics gelten auch für Junganwälte als attraktive Möglichkeit, die juristische Karriere zu beginnen.³⁰³

Rechtsberatung wird hier als Massenprodukt vermarktet. Den Bedenken, die aus konservativ standesrechtlicher Sicht entgegengebracht werden, wird entgegnet, dass auf diese Weise eine kostengünstige und damit soziale Art geschaffen werde, das Produkt der Rechtsberatung auf den Markt zu bringen.³⁰⁴ Große Namen dieser Institutionen sind *Hyatt, Legal Services* und *Jacoby & Meyer*.

dd) *Law Firms*

Weniger als sozialer Ausfluss dieses wirtschaftspolitischen Instruments sind die Zusammenschlüsse von Rechtsanwälten zu den sog. *mega law firms* zu bezeichnen. Diese prägen das Klischee des amerikanischen Wirtschaftsanwalts. Sie dominieren das Gesellschafts-, Kapitalmarkt-, Kartell- und internationale Recht. Sie haben eine Vielzahl von Büros innerhalb der USA und den großen Wirtschaftszentren der Welt. Die geschichtlichen Wurzeln reichen oft Hunderte von Jahre zurück und den großen unter ihnen gehören bis zu 2000 Anwälte an. Ein Drittel der Angehörigen sind *Associate*-Partner. Sie gehören zwar in quantitativer Hinsicht zur Minderheit der amerikanischen Anwälte, aber sie bestimmen das allgemeine Bild nicht nur in Europa, sondern auch in den USA selbst. Einher geht damit das für diese Minderheit nicht unbegründete Bild einer

³⁰³ Aronson/Weckstein, S. 170 ff.

³⁰⁴ Aronson/Weckstein, S. 170 ff.

stark materialistischen Grundorientierung und eines besonders harten Arbeitsklimas.³⁰⁵

³⁰⁵ Assmann/Bungert-Bungert, S.49; ein Ranking der größten Büros kann im Internet unter <http://www.lawnewsnetwork.com/Survey/nlj250/50.html> eingesehen werden.

c) Wettbewerbsforcierung durch Preispolitik

Da die Inanspruchnahme von Rechtsberatung aber unmittelbar mit Kosten verbunden ist, gilt es diese auch niedrig zu halten. Versucht wird dies mit Regeln der Marktwirtschaft.

aa) Die Höhe des Honorars

Fragt man nach Restriktionen in Bezug auf die Preispolitik der Anwälte, ist die Antwort zunächst relativ einfach: Es gibt kaum welche.³⁰⁶ Der Anwalt ist grundsätzlich vollkommen frei. Verbote finden sich nur schwer. Es ist dem amerikanischen Anwalt z.B. verboten, eine Gegenleistung entgegenzunehmen, die in der Abtretung von Rechten liegt, die zum Zwecke der Vermarktung in den Medien genutzt werden sollen.³⁰⁷ Es sind in den USA vier verschiedene Varianten gängig, ein Honorar für die anwaltliche Leistung zu berechnen:

- Eine Pauschalgebühr unabhängig von dem Schwierigkeitsgrad und der Zeit, die die Leistungen in Anspruch genommen haben, etwa \$ 500 für das Erstellen eines Testaments oder \$ 1000 für die Gründung einer Gesellschaft, oder eine Monatsgebühr für die ständige Bereitschaft und Abarbeitung rechtlicher Probleme³⁰⁸,
- ein Stundenhonorar das zwischen \$ 75 und \$ 1000 liegt ³⁰⁹,
- eine prozentuale Berechnung nach Streitwert,
- ein Erfolgshonorar in einer prozentualen oder pauschalen Höhe.

³⁰⁶ Law Poll, Fees about Right, Lawyers Say, 68 ABA J. 1562 (1982); Davies, Small Business and Legal Services, 65 ABA J. 1806 (1979); Goulden, S.160.

³⁰⁷ RPC 1.8 (d); DR 5- 104 (b).

³⁰⁸ Greenberg v. Remick & Co., 230 n.Y. 70, 129 N.E. 211 (1920); Jacobsen v. Sassower, 113 Misc.2d 279, 452 N.Y.S.2d 981, 983-984 (1982); Aronson-Weckstein, S.265.

³⁰⁹ Zahlen aus Aronson/Weckstein, S. 264 (von 1991).

In der Praxis gängig ist aber auch eine Mixtur dieser Standardvereinbarungen, beispielsweise die Einflechtung eines „kickers“ in die übliche auf Stundenbasis getroffene Vereinbarung, d.h. ein Bonus für das Erreichen eines besonders angestrebten Ergebnisses.³¹⁰

Hat der Anwalt sich einmal auf sein Honorar festgelegt, ist eine Veränderung der Honorarhöhe nicht mehr möglich.³¹¹

(1) *Minimum Fees*

1975 entschied der *Supreme Court* in dem bekannten *Goldfarb case*, dass die Wettbewerbsregeln des *Sherman Act* („*Act to protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies*“ von 1890) auch auf die „*learned professions*“ anzuwenden sind.³¹² Mit dieser Entscheidung wurden die von der Virginia State Bar vorgegebenen Minimumhonorare für Rechtsanwälte für rechtswidrig erklärt.³¹³ Die Virginia Bar hatte argumentiert, Wettbewerb sei mit den Berufsständen der „professionals“ nicht zu vereinbaren, denn Wettbewerb würde die Profitgier des Anwalts schüren, dies sei aber dem Standesrecht gegenüber contraproduktiv und nicht mit den gesellschaftlichen Aufgaben der professionals zu vereinbaren.

Dem entgegnete das Gericht, dass es zwar das Interesse an der Aufrechterhaltung von Berufsregulierungen für *professionals* im Allgemeinen voll anerkenne, die Existenz dieser Vorschriften lägen auch im staatlichen Interesse. Dieses Interesse an einer qualitativen Regulierung des Rechtsanwaltsberufs sei sogar besonders hoch. Sie erfülle eine wichtige Funktion, um den Staat regierungsfähig und rechtsstaatlich zu erhalten, die Rechtsanwälte seien seit je her „*officer of court*“. Die

³¹⁰ Aronson/Weckstein, S. 264.

³¹¹ *Grossman v. State Bar*, 34 Cal.3d 73, 192 Cal. Rptr. 397 664 P.2d 542 (1983).

³¹² *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773,787 (1975).

³¹³ Wolfram, S. 519.

Aktivitäten eines Rechtsanwalts seien im Allgemeinen auch nicht mit denen eines normalen Wirtschaftsbetriebs vergleichbar.³¹⁴ Die Kompetenz, Zulassung und das Verhalten des Anwaltsberufs zu regulieren, solle mit dieser Entscheidung auch nicht angegriffen werden.

Diese Regeln hätten jedoch nicht mehr Gewicht als das Interesse des Staates an einem *freien* Wettbewerb. Dort, wo der Anwalt im üblichen Wettbewerb stehe, d.h. „*commerce*“ betreibe, müssten die Regulierungen der Bar of Virginia gegenüber den Wettbewerbsregeln des Sherman Act zurückstehen.³¹⁵

Dies war die erste Entscheidung einer Reihe folgender Entscheidungen des *Supreme Courts*, die den Wettbewerb unter den Anwälten wesentlich verstärken sollten.

Nach der *Goldfarb*- Entscheidung verschwanden in den gesamten USA *minimum fee schedules*.³¹⁶ Es blieb aber auch die einzige Entscheidung, in der der *Sherman Act* angewendet wurde, um eine Regulierung des Anwaltsrechts anzugreifen. Weiterhin gibt es in einigen Bundesstaaten außerhalb der *legal ethics fee schedules*, die beispielsweise das Erfolgshonorar in Arzthaftungsfällen verbieten. Diese Kataloge haben aber nicht den Zweck der Existenzsicherung bzw. der Wettbewerbshemmung wie einst die Minimumhonorare, vielmehr sollen in bestimmten Rechtsgebieten überhöhte Honorare verhindert werden.

(2) *Das Maximum-Honorar*

Es sind in Amerika für deutsche Verhältnisse sehr hohe Honorare denkbar, sie dürfen nach dem dortigen Verständnis nur nicht „exzessiv“ hoch sein. DR 2-106 (B) enthielt hierzu folgende Regelung: „*a fee is clearly excessive when, after a review of the facts, a lawyer of ordinary prudence would be*

³¹⁴ Morgan/Rotunda, S. 120.

³¹⁵ *Goldfarb v. Virginia State Bar: The Professions Are Subject to the Sherman Act*, 41 Mo L.Rev.1 (1976).

³¹⁶ Aronson/Weckstein, S. 268.

left with a definite and firm conviction that the fee is in excess of a reasonable fee." Heute heißt es in der *Model Rule 1.5* lediglich nur noch „*(the) fee shall be reasonable*“. Weiter werden acht Faktoren genannt, die bei der entsprechenden Bewertung herangezogen werden müssten und die auch DR 2-106 (B) folgen:

- Die Zeit, der Aufwand und der Schwierigkeitsgrad,³¹⁷
- die Wahrscheinlichkeit einer Wiederkehr des Mandanten
 - bei Bedarf -,³¹⁸
- das übliche Honorar anderer Anwälte,³¹⁹
- der Streitwert und das Ergebnis,
- die Zeitbegrenzung, die durch den Mandanten oder die Umstände vorgegeben waren,³²⁰
- die Natur und Länge des Anwalt-Mandanten Verhältnisses,³²¹
- die Erfahrung und der Ruf sowie die Fähigkeiten des Anwalts,
- ob es sich um ein Erfolgshonorar oder fixes Honorar handelt,³²²
- die Zahlungsfähigkeit des Mandanten bzw. die steuerlichen Absetzungsmöglichkeiten für den Mandanten.³²³

Bei der Bewertung dürfe man des Weiteren nicht das angemessene (*reasonable*) Honorar mit einem durchschnittlichen Honorar verwechseln.

³¹⁷ Wolfram S. 518; Heniger & Heniger v. Davenport Bank & Trust Co., 341 N.W. 2d 43, 49 (Iowa 1983); Olson, Truth in Billing, 69 ABA J. 1344 (1983); State v. Davitt, 234 Kan. 283, 671 P.2d 1123 (1983) Ein Routinejob, der zudem noch in einem Schuldspruch endete, durfte nicht mit einem hohen Stundensatz von \$500 abgerechnet werden -In re Kutner, 78 Ill.2d 157, 35 Ill. Dec. 674, 677, 399 N.E.2d 963, 966.

³¹⁸ Hierzu hieß es in den 1908 Canon 12 (2): Whether the acceptance of employment in the particular case will preclude the lawyer's appearance for others in cases likely to arise out of the transaction, and in which there is a reasonable expectation that otherwise he would be employed, or will involve the loss of other employment while employed in the particular case or antagonisms with other clients.

³¹⁹ zu den üblichen Honoraren von Anwälten siehe: Altman & Weil, Inc., The 2000 Survey of Law Firm Economics.

³²⁰ Wolfram, S.520.

³²¹ hierzu hieß es in den 1908 Canon 12 (6): „the character of the employment, whether casual or for an established and constant client.“

³²² Page v. Schrenker, 439 N.E. 2d 694, 697 (1982).

³²³ Davis vs. Myers, 427 So.2d 648, 650 (1983).

In der *California rule*, auf die die *Kutak-Kommission*³²⁴ bei dieser Wortwahl wohl zurückgegriffen hat, heißt es hierzu, dass ein „*shock of conscience*“ (mehr als große Verwunderung) hervorgerufen werden müsse, bevor ein verbotenes Honorar indiziert werden könne.³²⁵ Konkretisiert hieße dies, dass trotz großzügiger Betrachtung ein Honorar noch immer wesentlich höher sein müsse als andere vergleichbare, bereits hohe Honorare.

Es wird in der Regel aber immer ein vom Rechtsanwalt vertraglich definiertes Limit geben, über das hinaus keine Honorierung erwartet wird. Selbst wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass der Fall größere Schwierigkeiten birgt als zunächst erwartet und sich daraus dann auch eine höhere Honorierung rechtfertigen ließe, ist dies im Nachhinein grundsätzlich nicht gestattet.³²⁶ Eine anderslautende Abrede mit dem Mandanten ist zwar rechtlich grundsätzlich denkbar, wird von den Gerichten aber höchstsuspekt behandelt und häufig für unwirksam erklärt.³²⁷

³²⁴ s.o.

³²⁵ Wolfram, S.517.

³²⁶ In re Burns, 139 Ariz. 487, 679 P.2d 510,514 (1984).

³²⁷ Wolfram S. 503-504; Betrachtet man die Rechtsprechung, wird deutlich, dass unter diesen Bedingungen tatsächlich jede Honorarhöhe denkbar ist, es bedarf lediglich einer Begründung:

Um eine unangemessene Forderung handelte es sich nach Ansicht des Gerichts in Matter of Fordham. Hier stellte der Anwalt Fordham dem Vater seines Mandanten 227 Std. Arbeit in Rechnung, die er mit \$50.022,25 entlohnt sehen wollte. Der Stundenlohn war vorher abgesprochen worden, dass es sich dabei um einen hohen Stundenlohn handelte, war den Beteiligten auch bewusst. Der Anwalt hatte des Weiteren auch klargestellt, dass das Rechtsgebiet, auf dem er tätig werden sollte, (noch) nicht sein Spezialgebiet sei. Der Anwalt genoss jedoch auf anderen Gebieten einen ausgezeichneten Ruf, weshalb wohl auch hier Besonderes zu erwarten war. Das Rechtsproblem wurde dann auch mit einem außergewöhnlichen, viel Aufmerksamkeit erregenden und noch nicht bekannten juristischen Trick gelöst, was den Mandanten sogar vor einem Gefängnisaufenthalt bewahrte.

In dem Verfahren um Herrn Fordham wurden im Wesentlichen Gutachter gehört. Die durch den Beklagten geladenen verteidigten das Honorar, indem sie auf die außergewöhnliche Leistung hinwiesen. Diese sei angesichts des hohen vereinbarten Stundenhonorars erwartet worden und sie sei auch geliefert worden. Sie sei auf einem unbekanntem Gebiet erfolgt und rechtfertige damit auch die hohe Anzahl an Arbeitsstunden. Das hohe Gesamthonorar sei damit ausreichend gerechtfertigt.

Die Gutachter der Gegenseite lobten zwar die juristische Leistung, bestritten jedoch, dass das Erlernen von Rechtsgebieten, die andere bereits beherrschten, ein Teil der zu bezahlenden juristischen Leistung sei. Schon

Trotz dieser nach deutschem Verständnis sehr liberalen Regelung, erfährt aber selbst die existierende Begrenzung noch schwere Kritik. Liest man die amerikanische Literatur zur Frage der Höhe eines Honorars, ist der folgende Kommentar in einem bedeutenden Lehrbuch zum Ständesrecht nicht ungewöhnlich emotional und aggressiv:

Man sucht nach einer Begründung, aber findet keine präzise Antwort auf die Frage, warum ein Anwalt ohne Betrug, ohne nötigen zu wollen oder ohne jede andere erdenkliche Art der Übervorteilungsabsicht, nicht frei sein sollte, die Höhe des Honorars danach zu bestimmen, was der Mandant zu zahlen bereit ist.³²⁸ Die meisten anderen Teilnehmer am

gar nicht dürfe sie das Dreifache des sonst in entsprechenden Fällen üblichen Honorars kosten. Das Gericht schloss sich letzterer Meinung an und erklärte lediglich ein Drittel des Honorars als gerechtfertigt.

In *Brobeck, Phleger & Harrison v. Telex Corp.* kam das Gericht zu dem Schluss, dass ein Honorar von \$ 1.000.000 für den Anwalt Brobeck dem Dienstleistungsvertrag entspreche und auch nicht sittenwidrig sei. Die Telex Corp. befand sich in einem Rechtsstreits mit IBM. Der Streitwert lag in dreistelliger Millionenhöhe. Vom Ausgang des Rechtsstreits hing die Existenz des Unternehmens ab. In der ersten Instanz waren sie bereits unterlegen. Sie nahmen bewusst den angesehenen und damit teuren Anwalt Brobeck in Anspruch, weil sie sich mit ihm die besten Chancen versprochen. Es wurde ein \$ 25.000 hohes Minimumhonorar für die Erstellung einer Klageschrift vereinbart. Im Falle eines Erfolges sollte ein Erfolgshonorar bis zu \$5.000.000 fällig werden. Es wurde Revision eingelegt. Als die Zulässigkeit der Klage (bereits ein erster bedeutender Erfolg) feststand, verglich sich die Telex Corp. mit IBM ohne weiteres Zutun Brobecks. Dieser stellte dann der Telex Corp. für seine Leistungen \$1.000.000 in Rechnung. Das Gericht bestätigte einen Anspruch in dieser Höhe, da es sich nicht um einen Fall gehandelt habe, in dem eine Partei die Unwissenheit des anderen ausgenutzt oder eine anderweitige Übervorteilung vorgelegen habe. Es habe sich vielmehr um ein Großunternehmen gehandelt, welches durch geschäftstüchtige Köpfe repräsentiert worden sei, die wiederum zu einer anspruchsvollen Auswahl gekommen seien. Es habe sich zwar bereits um ein hohes Minimumhonorar gehandelt, dies spiele aber in Anbetracht der erreichten enormen Vorteile für Telex keine Rolle, denn es sei zu vermuten, dass das Unternehmen ohne den Erfolg Brobeck's keinen Vergleich erreicht hätte und damit in die Insolvenz geraten wäre. Dies reiche aus, um das den Vertragsbedingungen entsprechend angemessene Honorar zu rechtfertigen. Im Vordergrund stehe aber, dass es sich hier nicht um einen Fall der Übervorteilung gehandelt haben könne, da von einer großen Firma fest davon ausgegangen werden könne, dass sie sich über das Ausmaß und die Höhe der Honorarvereinbarung im Klaren gewesen sei.

³²⁸ Calif. Rule 2-107 (B) gibt ein zusätzliches anwaltsfreundliches Kriterium an, um ein unangemessenes Honorar festzustellen: "The informers' consent of the client to the fee agreement". Dies ist eine Ausnahme. In *Florida Bar v. Moriber* 314 So.2d 145, 148 (Fla1975) kam dieses Kriterium nicht zur Geltung. Ein Anwalt wurde für *excessive charge* trotz weit gehender Aufklärung für schuldig befunden.

Wirtschaftsleben dürften dies - warum also nicht die Anwälte. Glänzende Rhetorik derjenigen, die die Begrenzung verteidigten, überschattete letztlich lediglich eine außerordentliche sozialistische Maxime: Anwälte hätten sich dafür zu schämen, zu viel Geld zu verdienen.³²⁹

Es sind sehr hohe Honorare möglich, im Rahmen der Erfolgshonorare sind sicherlich die höchsten Gewinne zu erzielen. Erfolgshonorare hängen proportional von der Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes ab, gesteigert werden sie darüber hinaus dadurch, dass amerikanische Gerichte in zahlreichen Klagen Schadensersatz über den tatsächlich materiell erlittenen Schaden hinaus gewähren.³³⁰

(3) Klageart und Klagehöhe

Es gibt besondere Klagearten, die das an das Prozessergebnis geknüpfte Honorar besonders lukrativ werden lassen. Die unter diesen Klagen am häufigsten auftretende Form ist die Klage auf punitativen Schadensersatz. Man erinnere sich an die Höhe der Klagen gegen die Tabakindustrie in teilweise dreistelliger Millionenhöhe.³³¹ Aber auch sog. Fälle der *treble damages* sind für Anwälte sehr lukrativ. Diese sind in Antitrust-Klagen gegeben, wenn die dreifache Summe des tatsächlichen Schadens gezahlt werden muss.³³² Gesteigert werden kann ein Honorar dann noch im Rahmen einer *class action* Klage. Hier wird im Namen einer ganzen, durch einen Schaden betroffenen Gruppe Klage erhoben.³³³ Ein Repräsentant

³²⁹ HKC, S.499.

³³⁰ Lange/Black, S. 15.

³³¹ Christian Thiele, Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie, Hamburg 2003; Bydlinski, Peter, „Produzentenhaftung für Raucherschäden nach österreichischem Recht“ ÖJZ 1997, S.386; Steffen NJW 1996, 3062.

³³² Die von Laker Airways gegen Lufthansa, British Airways und andere Fluggesellschaften erhobene Antitrust Klage belief sich auf einen von Laker mit 350 Millionen Dollar bezifferten Schaden und damit auf eine treble damage Klage von 1.05 Milliarden Dollar –damals drei Milliarden DM.

³³³ Sie machen in den USA 6-8 % der Zivilprozesse aus. Sie ist eine der wichtigsten und umstrittensten Institute des US-amerikanischen Zivilprozessrechts. Sie gilt als einzig ökonomischer Weg zur Gerechtigkeit und einen der sozial nützlichsten Rechtsbehelfe in der Geschichte (s. Pommerantz, New Developments in Class Actions

klagt für die gesamte Gruppe das Recht ein. Die einzelnen Gruppenmitglieder müssen dabei nicht alle aktiv geworden sein, nicht einmal zugestimmt haben. Es reicht ein beeindruckendes Kollektiv.

So strengten Anleger eine *class action* an, die aufgrund vom Unternehmen falsch in Umlauf gebrachter Informationen Aktien des Unternehmens erworben hatten.³³⁴ Personen, die das gleiche schädigende Arzneimittel eingenommen hatten³³⁵, und Asbestgeschädigte klagten und forderten allesamt Schadensersatz vom Hersteller der schädigenden Produkte.³³⁶ Durch das kollektive Geltendmachen der Schäden entstehen eine besonders hohe Gesamtschadensersatzsummen. Diese sind für die Anwälte natürlich im Rahmen von Erfolgshonoraren besonders interessant.

Traditionell legen Gerichte häufig die prozentuale Höhe des Erfolgshonorars fest.³³⁷ Die Lukrativität ist dadurch nicht gemindert und hat dazu geführt, dass diese zu einem maßgeblichen Argument im Rahmen der Diskussion um die Abschaffung dieser Klageart geworden ist. Die Klageart produziere überhöhte Anwaltshonorare und schade damit der Rechtspflege.³³⁸

Um die Höhe ein wenig zu begrenzen, ist es in vielen Bundesstaaten gesetzlich verankert, dass ein Teil des *punitive award* an gemeinnützige Kassen gehen soll. Gerichte gelten überwiegend als nicht befugt eine

has their Death Knell been Sounded?, 25 Bus. Law 1259, 1259 (1970)) Sie werden aber auch als legalisierte Erpressung dargestellt. (s. Handler, The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits – Twenty-Third Annual Antitrust Review, 71 Column. L.Rev. 1 S.9 (1971); Wolfram spricht von einer “grown industry” und von „amorphous procedural mutants“ S. 492.

³³⁴ In re Urcarco Sec. Litig., 148 F.R.D. 561 (N.D. Tex. 1993).

³³⁵ In re Copley Pharmaceutical, Inc., 158 F.R.D. 485 (D.Wyo.1994).

³³⁶ Ahearn v. Fibreboard Corp., 162 F.R.D. 505 (E.D. Tex 1995).

³³⁷ Kirchhoff v. Flynn, 786 F.2d 320, 325 (7th Cir. 1986); Central R.R. & Banking Co. v. Pettus, 113 U.S. 116, 127 f (1885).

³³⁸ ABA Report and Recommendations of the Special Committee on Class Action Improvements 110 F.R.D. 195 (1986).

vergleichbare Maßnahme zu ergreifen.³³⁹ So gehören Alabama, Kansas, Missouri, Utah (mit 50%), Oregon (mit 60%), Florida (mit 35%), Colorado (mit 33%) und Iowa (mit 75%) zu den Staaten, in denen ein bestimmter Prozentsatz abgegeben werden muss.³⁴⁰

(4) Die jury

Ein weiterer Aspekt, der den Schadensersatz und damit das Honorar in die Höhe treiben kann, ist, dass in Zivilprozessen in erster Instanz vor Geschworenengerichten verhandelt wird, solange der geltend gemachte Anspruch seine Grundlage im *common law* (nicht in den Regeln der *equity*) findet.³⁴¹ Dann besteht ein verfassungsmässig garantiertes Recht auf eine Jury-Verhandlung.³⁴²

Durch die Jury- Verhandlung ergeben sich mehrere Faktoren, die zu einer besonderen Höhe der Schadensersatzsumme führen können. Ein Faktor sind rhetorisch begabte Anwälte, die es verstehen, mit psychologischen Taktiken die Jury auf ihre Seite zu bewegen. Hierzu wird sich bei besonders bedeutenden Prozessen einer Übungsjury in den nachgestellten Räumlichkeiten eines Gerichtssaals bedient, wo dann die erfolgversprechendste Strategie geübt wird.³⁴³

³³⁹ Smith v. States General Life Ins. Co., 592 So.2d 1021 (Ala.1992) Aufhebung eines Urteils durch den Supreme Court, in dem die Hälfte des punitive award, \$ 124.200 von insges. \$ 250.000 einer gemeinnützigen Organisation zufließen sollte.

³⁴⁰ Aronson-Weckstein, S. 272; Da ein Hauptangriffspunkt der punitive damages die Höhe ist, werden auch weitere Maßnahmen gesucht, diese zu begrenzen. Eine Methode ist die der sog. caps oder ceilings, Höchstbeträge, die lediglich in der Produkthaftung nicht gelten, die im Code of Georgia beispielsweise \$ 250.000 betragen. Eine andere Methode ist die Ermittlung des Höchstbetrages durch Multiplikation des Naturalenschadens. Trotzdem bleibt das Problem der Bestimmtheit der allgemeinen Zweck-Mittel-Relation. Mörsdorf-Schulte, S.214 ff.

³⁴¹ Siehe zur Unterscheidung: Kötz, S. 269.

³⁴² 7. Amendment der Amerikanischen Verfassung.

³⁴³ sog. mock jury s. ABA Journal 69 (1983), S. 1073.

Der zweite Faktor ist die fehlende juristische Bildung der Jury, die zu einer stärkeren Beeinflussung der Jury führt. Sie ist emotional erregbar und für die Taktiken der Anwälte anfälliger, das kann für den Beklagten fatale Folgen haben, wenn die Jury dann auch noch über die Genugtuungsfunktion der Schadensersatzsumme entscheidet.³⁴⁴

(5) Remedies for Excessive Fee Charges

In den USA hat der Mandant im Wesentlichen zwei Möglichkeiten sich gegen exzessive Honorare seines Anwalts zu wehren. Zum einen gibt es die Möglichkeit, die überhöhte, standeswidrige Forderung bei der *disciplinary agency* der jeweiligen *state bar* zu melden. Diese wendet sich dann in einem ihrer Meinung nach begründeten Fall schlichtend an den Anwalt. Ansonsten bleibt die Schadensersatzklage, bei der dem Anwalt die Beweislast für die Angemessenheit des Honorars obliegt.³⁴⁵ Gleichzeitig besteht für den Anwalt die Gefahr, dass im Fall einer exorbitanten Forderung die gesamte Forderung für nichtig erklärt wird, mit der Folge, dass der Beklagte gar nichts zahlen muss. Ein Gericht hat sogar einmal punitativen Schadensersatz wegen einer exzessiven Forderung gewährt, um generalpräventiv überhöhte Forderungen durch Anwälte zu begrenzen.³⁴⁶

bb) Erfolgshonorare

(1) Der soziale Zweck

Erfolgshonorare sind am ehesten im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen für Körperverletzung zu finden, dort, wo die Gewährung von punitivem Schadensersatz am üblichsten ist. Typisch

³⁴⁴ Bydlinski, Peter, „Produzentenhaftung für Raucherschäden nach österreichischem Recht“ ÖJZ 1997, S.386.

³⁴⁵ Aronson-Weckstein, S. 285.

³⁴⁶ *Rodriguez v. Horton*, 95 N.M. 356, 622 P.2d 261 (App.1980).

ist es, das Honorar prozentual festzulegen (sog. *quota litis*: 33% der erstrittenen Summe ist normal), aber auch fixe Summen sind nichts Außergewöhnliches.³⁴⁷ Wesentliches Element ist jedenfalls, dass der Anwalt das Risiko trägt, bei Eintritt eines unerwünschten Ergebnisses des rechtlichen Verfahrens typischerweise weder Honorar noch Ausgleich für seine Kosten zu erlangen, zumindest jedoch irgendeine Art des Vermögensnachteils zu erfahren.³⁴⁸

Erfolgshonorare werden fast ausschließlich von Klägern genutzt. Gängig sind sie bei Schadensersatzklagen wegen Körperverletzung mit dem Kfz, bei Produkthaftungsfällen und bei medizinischen oder anderen freien Berufshaftungsfällen. Auch zu finden sind sie bei Steuerrückforderungsklagen, Arbeitsplatz-Diskriminierungsklagen und Erbfall-Klagen.³⁴⁹ Letztlich gelten Erfolgshonorare jedoch als Ausnahmeform der Honorierung anwaltlicher Leistung.³⁵⁰

In vielen Bundesstaaten war diese Form der Honorierung lange verboten. Bedeutenden Eingang in die Rechtspraxis fand das Erfolgshonorar mit seiner Aufnahme in die Canons von 1908. Viele Staaten gaben das generelle Verbot damit auf. Es hielt sich jedoch in Maine bis 1965.³⁵¹ Nie erlaubt war es in Strafrechtsfällen, im Familienrecht und in manchen Staaten beim *lobbying*³⁵². Seinen schäbigen Ruf hat es auch nie abschütteln können.³⁵³

³⁴⁷ Wolfram, S. 526.

³⁴⁸ *Frederic Hayes, Inc. v. Rollins*, 435 *Wo 2d* 1151 (1983): hier lehnte der Mandant einen Vergleich ab, mit dem Ergebnis, dass am Ende sowohl er als auch der Rechtsanwalt nichts bekamen.

³⁴⁹ Wolfram, S.526.

³⁵⁰ ABA Model Code DR 5-103 (A); ABA Model Rules r. 1.8. (j); Fisch, S. 83.

³⁵¹ R. Field, V. Mc Kusick & L.Wroth, *Maine Civil Practice* § 88.1 (2d ed 1970).

³⁵² Dietl/Lorenz zu *lobbying*: Einflussnahme auf Gesetzgeber durch Beauftragte von Interessengruppen / *lobbyist*: (meist bezahlter) Interessenvertreter, der im Vorraum (lobby) des Parlaments/Congress versucht, die Abgeordneten zu beeinflussen.

s.hierzu Wolfram, S. 747.

³⁵³ Wolfram, S. 528 mit bunten Beispielen.

Das Hauptargument für das Erfolgshonorars liegt in dem sozialen Aspekt, den dieses erfüllen soll.³⁵⁴ Mandanten, die keinerlei finanziellen Rückhalt besitzen, sollen trotzdem in der Lage sein, ihre Rechte durchzusetzen. Ihre Bonität liegt dem potentiellen zukünftigen Vermögen zugrunde, welches sich mit einer erfolgreichen Klage ergeben könnte. Das Erfolgshonorar ist sozial, weil man keine Mittel bedarf um zu klagen. Zudem trägt man als Mandant kein finanzielles Risiko. Das Erfolgshonorar bietet bei Vorliegen der nötigen Erfolgsaussicht somit immer die Möglichkeit zu klagen, es ergeben sich kaum Hürden. Schließlich wird angeführt, dass der Rechtsanwalt grundsätzlich ein höheres Interesse an einem Erfolg hat und somit tendenziell bessere Leistungen erbringen werde.³⁵⁵

Die Hauptkritik am Erfolgshonorar ist die Gefahr des sog. „quick kill“.³⁵⁶ Zwar haben Anwalt und Mandant das gemeinsame Interesse am Erfolg, wie dieser Erfolg jedoch aussehen soll, darüber kann ein Dissens bestehen. Der Anwalt besitzt im Rahmen der erfolgsbedingten Honorierung zweierlei: zum einen die finanzielle Souveränität, zum anderen die Wissensüberlegenheit. Er hat die Kontrolle über das gesamte Geschehen. Wenn dann situationsbedingt zwar ein großer Erfolg denkbar ist, jedoch ein kleinerer Erfolg für den Anwalt ein wesentlich besseres Aufwand – Honorierungs- Verhältnis bedeutet (betriebswirtschaftlich sog. geringere Opportunitätskosten), hat der Mandant keinen oder kaum Einfluss, er weiß ja möglicherweise noch nicht einmal um diese Gegebenheit.³⁵⁷

Eine Unverhältnismäßigkeit von Erfolgshonoraren wird oft bei Schadensersatzklagen wegen Körperverletzung angeführt. In diesen Fällen

³⁵⁴ Aronson-Weckstein, S. 273.

³⁵⁵ Aronson-Weckstein, S. 273.

³⁵⁶ Wolfram, S. 529.

³⁵⁷ Wolfram S. 529.

ist der Mandant wie immer vollständig auf die Vertrauenswürdigkeit des Anwalts angewiesen. Dieser wird hingegen im Wesentlichen nur wegen seiner besonderen Verfahrenskennntnis benötigt. Da der Schaden so offensichtlich ist, trägt der Anwalt ein relativ geringes Risiko, der Erfolg ist fast garantiert. Um der Gefahr einer vorzeitigen Beendigung des Rechtsstreits zu Lasten des Mandanten zu begegnen, wird in Verträgen regelmäßig unterschieden zwischen Erfolgen, die durch Vergleich und solchen Erfolgen, die durch reines Erstreiten zustande gekommen sind.

Ein weiterer gängiger Kritikpunkt am Erfolgshonorar ist, dass die Objektivität des Verfahrens stark beeinträchtigt werde, weil der Anwalt im technischen Sinne zu sehr Partei des Rechtsstreits werde. Aus der Kritik sei jedoch niemals zu schließen, dass das Erfolgshonorar gänzlich abzuschaffen sei. Es gäbe keine Alternative. Die mit dem Erfolgshonorar verknüpften Probleme seien nur ein Symptom für einen Umstand, der das tatsächliche Problem darstelle: Es sei noch immer eine Frage des Geldes, seine Rechte - sei es per Vergleich oder vor Gericht - durchzusetzen. Nur das Erfolgshonorar stelle zur Zeit einen Ausgleich dieses Missstandes dar und sei daher notwendig.³⁵⁸

Hierbei handelt es sich um eine rein utilitaristische Argumentation.³⁵⁹ Der Anwalt soll zwar grundsätzlich kein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben, im Rahmen der Erfolgshonorierung wird aber eine Ausnahme von diesem Grundsatz zugelassen zugunsten des höherrangigen Wertes einer sozialen Rechtspflege.³⁶⁰ Der

³⁵⁸ vgl. hierzu die Einführung des Erfolgshonorars in England: Zwischen 1979 und 1986 war durch Senkung der Einkommensgrenzen etwa 13 Millionen Briten der Anspruch auf legal aid genommen worden, die Mittelklasse geriet damit in eine Armutsfalle. Sie war nach den legal aid - Kriterien zu wohlhabend und angesichts der enormen Verfahrenskosten in England nicht in der Lage, einen Prozess aus eigener Tasche zu finanzieren. Mit der Zulassung von Erfolgshonoraren, wurde im Contingency Fees Green Paper argumentiert, könne die durch Veränderungen des legal aid- Systems aufgerissene Lücke wieder geschlossen werden.

–aus Schepke, S. 59f m.w.N..

³⁵⁹ s. Effizienz im Verhältnis zum Utilitarismus und anderen Gerechtigkeitstheorien in: Schäfer/Ott, S. 35.

³⁶⁰ Fisch, S. 83.

Argumentationsweg wird aber erst vor dem Hintergrund der sog. *American Rule* deutlich.

(2) Die Verquickung des Erfolgshonorars mit der American Rule

Sowohl bei Klagen vor den Bundesgerichten als auch vor den föderalen Gerichten ist es die allgemeine Regel, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt. Dies ist die sog. *American Rule*, denn die wenigsten demokratischen Staaten der Welt folgen diesem Prinzip (Alaska hingegen macht eine Ausnahme).³⁶¹

Es erscheint zunächst ungerecht, dass der Inhaber eines Rechts viel Geld bezahlen soll, um sein Recht durchsetzen zu dürfen. Die Argumente, die gesammelt werden, diese Regel aufrechtzuerhalten, sind jedoch allesamt Argumente gegen das in der restlichen Welt vorherrschende *Fee Shifting/loser-pays system*.³⁶²

Ein Argument ist, dass *Fee Shifting* arme Personen trotz an sich berechtigtem Klagebegehren abschrecken würde, weil sie Angst vor den immensen Kosten haben müssten, die ihnen auferlegt würden, sollten sie doch verlieren.³⁶³ Weiterhin käme es zu einer verstärkten Häufung von Klagen, da die Kläger in der Überzeugung zu gewinnen, weniger Hemmungen hätten zu klagen.³⁶⁴ Es käme zu unverhältnismäßig vielen Vergleichen, die nichts mehr mit Gerechtigkeit zu tun hätten. Vielmehr kämen diese nur aufgrund der erhöhten Gefahr zustande, dass man auch noch die Kosten für den Gewinner tragen müsste.³⁶⁵ Aber auch der gegenteilige Effekt sei denkbar. Man beharre besonders lange auf der

³⁶¹ *Anchorage v. Mc Cabe*, 568 P.2d 986, 994; in Japan als Folge der amerikanischen Besetzungszeit nach dem 2. Weltkrieg und dem sich daraus ergebenden Einfluss auf das Rechtssystem gilt diese *American Rule* auch - s. Jokima & Taniguchi, *Access to Justice in Japan*, *Access to Justice*, S. 689-705 (1978).

³⁶² Wolfram bezeichnet all diese Argumente als *makeweight* -Argumente, die eine Fehlinterpretation der wirtschaftlichen Folgen und eine schwache Logik enthielten.

³⁶³ *Summit Valley Indus. v. Local 112, United Bd. Of Carpenters*, 456 U.S. 717, 102 S.Ct. 2112, 2117 (1982).

³⁶⁴ Goodhart, *Current Judicial Reform in England*, 27 *NYU L.Rev.* 395, 405-406.

³⁶⁵ Posner, S. 143.

eigenen Position, in der Überzeugung, so und nicht anders müsse der Richter entscheiden, man ignoriere dabei die entstehenden Kosten, da diese ja ohnehin von der anderen Seite getragen würden.³⁶⁶ Diese Handlungsgefahr erhöhe das finanzielle Risiko. Sie könne zwar auch auf dem schlechten Rat des Anwalts beruhen. Die *american rule* senke aber zumindest die finanziellen Auswirkungen.

Eine kritische Haltung gegenüber der *american rule* ist verbreitet.³⁶⁷ Dies hat in vielen Bereichen auch schon gefruchtet.³⁶⁸ Es gibt verschiedene im Folgenden beschriebene Ausnahmen.

(a) Traditionelle Ausnahmen

Zu den Ausnahmen, die schon immer mit der *american rule* verknüpft waren, gehören *Fee Shifting* - Klauseln, die im Rahmen eines Vertrages geschlossen werden.³⁶⁹ Dies gilt zumindest für Honorare in durchschnittlicher Höhe.

Weiterhin gehören zu den traditionellen Ausnahmen auch Fälle, in denen die Kläger aus unredlichen Motiven Klage erheben. *Fee Shifting* wird als Sanktion für die Erhebung einer Klage genutzt, die als sittenwidrig und die Rechtspflege schädigend bezeichnet werden muss.³⁷⁰ Dies ist auch schon in einigen Gesetzen festgehalten worden.³⁷¹ In diesem Fall handelt es sich

³⁶⁶ Schwartz & Mitchell, an Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal Injury Litigation, 22 Stan.L.Rev. 1125 (1970).

³⁶⁷ "There is doubtless much force to the intuitive feeling that the American rule often produces injustice." Wolfram, S.921.

³⁶⁸ R.Larson, Federal Court Awards of Attorney's Fees (1981); Note, State Attorney Fee Shifting Statutes: Are We Quietly Repealing the American Rule?, 47 L.& Contemp.Probs.321 (1984).

³⁶⁹ Eine Ausnahme macht Nebraska, wo die Gerichte grundsätzlich keine Anwaltshonorare vollstrecken lassen; Aleyka Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Society 421 U.S. 240, 260-264.

³⁷⁰ Roadway Express v. Piper, 447 U.S. 752, 765-67; Alyeska Pipeline Co. V. Wilderness Society, 421 U.S. 240, 358-59; eine Entscheidung sogar gegen einen Hoheitsträger gerichtet: EEOC v. New Enterprise Stone & Lime Co., 74 F.R.D. 628 (W.D.Pa.1977).

³⁷¹ so in U.S.S.Ct.R. 49.2 (von 1980) und West's Fla S.A. § 57.105 "The court shall award a reasonable attorney's fee to the prevailing party in any civil action in which the court finds that there was a complete absence of a justifiable issue of either fact or law raised by the losing party."

aber um einen materiellrechtlichen Deliktsanspruch, der eng ausgelegt wird und sich in vielen *statutes* gegen den Anwalt der Gegenseite, nicht gegen den Kläger richtet.

(b) Private Attorney General Exception

Wurde schon zuvor von der Verquickung des Zivilrechts mit Öffentlichem Recht, von der Verknüpfung von Schadensersatz und einer Straffunktion gesprochen, so hat dies auch Auswirkungen auf die Regelungen des *Fee Shifting*. Viele Bundesstaaten, z.B. Kalifornien³⁷², sehen ein *fee shifting* in Fällen vor, in denen:

- der Kläger ein öffentliches Interesse verfolgt,
- gleichzeitig dadurch Kosten entstehen, die zu der Höhe der Klagesumme außer Verhältnis stehen.

Dieser Grundsatz soll Klagen fördern, die im öffentlichen Interesse stehen und sonst wegen eines zu hohen Kostenrisikos nicht geführt würden. 1976 verabschiedete der Kongress den *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act* für die Bundesgerichte.³⁷³ Die *statutes* der Staaten sind letztlich eine Ergänzung dieses Grundsatzes für ausgewählte Rechtsgebiete. Dies betrifft in der Mehrheit solche Rechtsgebiete, in denen ein öffentliches Interesse an der privatrechtlichen Klage regelmäßig mitfließt.³⁷⁴

(3) Das Maß - Model Rule 1.5.

EC 2-20 des *Model Code* sah noch vor, dass die Erfüllung der Gegenleistung der anwaltlichen Dienstleistung in Form eines Erfolgshonorars nur dann begründet sei, wenn dies für einen armen Menschen die einzige Möglichkeit sei, einen Prozess zu finanzieren und weil auf diese Weise eine sog. *res*, Fonds durch besonders hohe Honorare,

³⁷² West's Ann.Calif.Civ.Code § 1021.5.

³⁷³ Pub.L. 94-559, 94th Cong., 2nd Sess. (1976).

³⁷⁴ Wolfram, S. 926.

beim Anwalt entstände, aus dem auch mal verlorene Prozesse finanziert werden könnten. Die Gerichte erkennen heute aber die Erfolgshonorierung auch in den Fällen als rechtmäßig an, in denen weder Armut noch der Bedarf nach Kompensation verlorener Mandate als ernst zu nehmender Faktor eine Rolle spielen. Als Voraussetzung muss dann aber gewährleistet sein, dass ein Mandant vollkommen in sämtliche oben genannten Gefahren des Erfolgshonorars eingewiesen wurde, sodass diese ausgeschlossen werden können. Das muss gem. *Model Rule* 1.5(d) in Schriftform erfolgen.

Des Weiteren müssen sog. *closing statements* an den Klienten ergehen. Diese müssen den Hergang und die Beendigung des Rechtsstreits ausführlich wiedergeben. Sie dürfen keinerlei Verdacht auf Übervorteilung hinterlassen. Manche Bundesstaaten verlangen, dass eine Kopie auch an das für den Rechtsstreit zuständige Gericht gesandt wird.³⁷⁵

Es fände sich kein Grund, warum die Reichen nicht auch die Möglichkeiten in Anspruch nehmen sollten, die die Armen gezwungen seien, in Anspruch nehmen zu müssen. Auch die Reichen hätten Anspruch darauf, das Risiko eines Verlustes soweit wie möglich zu Lasten des sie vertretenden Anwalts zu minimieren, um ihn dafür im Nachhinein möglicherweise höher zu entlohnen.

Was die Höhe einer prozentualen Beteiligung des Rechtsanwalts angeht, gilt letztlich das, was bereits zur Höhe des Honorars gesagt wurde. Es bedarf regelmäßig der Begründung, aber letztlich kann es zu sehr hohen Honoraren kommen. In Körperverletzungsfällen, in denen die *juris* nicht selten sechsstellige Summen für Schwerverletzte als Schadensersatz festgesetzt haben, wurden prozentuale Beteiligungen in Höhe von 30 %

³⁷⁵ United States v. Cortese, 410 F. Supp. 1380,1381 n.1 (E.D.Pa 1976), affirmed 540 F.2d. 640 (3dCir.1976) (description of filing requirement in Philadelphia).

regelmäßig als legitim betrachtet.³⁷⁶ 50%ige Beteiligungen werden lediglich in Fällen mit ungewöhnlich schwieriger Rechtslagen als legitim betrachtet.³⁷⁷ Ein Fall mit 76%iger Beteiligung stellte einmal eine Ausnahme dar.³⁷⁸ Eine Beteiligung von 60% gilt regelmäßig als exorbitant (*excessive*).³⁷⁹

Für den Fall, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Forderung nach diesen Maßstäben adäquat erscheint, sich aber im Nachhinein herausstellt, dass das Honorar überhöht ist, verlangt die Rechtsprechung von den Anwälten, ihre Ansprüche von sich aus zu senken.³⁸⁰

(4) *Das Verbot von Erfolgshonorierung*

Erfolgshonorare hat es in Strafrechtsfällen nie gegeben, obwohl dies schon sehr lange von der Literatur kritisiert wird.³⁸¹ Das liegt wohl an der fehlenden Möglichkeit einer Quota litis. Der Erfolg einer guten Anwaltsdienstleistung bedeutet im Strafprozess die Erhaltung eines gegenwärtigen und gewünschten Zustandes (der Freiheit), Gewinn von Vermögen, wie dies im Zivilprozess oft der Fall ist, gibt es nicht. Ein Erfolgshonorar i.S. einer pauschalen Erfolgssumme wäre jedoch denkbar. Dafür spräche, dass der Mandant sich eher auf einen Prozess einließe als auf ein *plea bargain*³⁸² einzugehen. Die Strafanwälte, die ein üblicherweise im Voraus gezahltes Pauschalhonorar gewöhnt sind, haben aber nie besonderen Ehrgeiz gezeigt, ein Erfolgshonorar durchzusetzen.³⁸³ Der sich aus der Rechtsprechung ergebende Grund für das Verbot ist aber letztlich

³⁷⁶ Wolfram S.534.

³⁷⁷ Taylor v. Bemiss, 110 U.S. 42, 3 S.Ct. 441, 28 L.Ed. 64 (1864); U.S. 908, 103 S.Ct.212, 74 L.Ed.2d 169 (1982).

³⁷⁸ Foshee v. Lloyds, New York, 643 F.2d 1162 (5th Cir,1981).

³⁷⁹ Gruskey v. Simenaukas, 107 Conn. 380, 140 A.724 (1928).

³⁸⁰ In re Schwartz, 1984, ABA /BNA Lawyers' Man. Prof. Conduct 371 (Ariz.1984).

³⁸¹ HCK, S. 519; Wolfram S. 539, 540.

³⁸² *plea bargaining*: Verhandlung zwischen Staatsanwalt und Verteidiger vor Prozessbeginn über ein mildes Strafmaß als Gegenleistung für die Schuldanerkenntnis des Angeklagten.

³⁸³ HCK, S. 519.

die allgemeine Angst, dass ein Erfolgshonorar eine skrupellose, die Wahrheitsfindung beeinträchtigende Verteidigung fördern würde.³⁸⁴ Die Folgen seien zwar in Strafrechtsfällen nicht unbedingt wahrscheinlicher als in Zivilrechtsfällen, aber sie seien schwerer wiegend.

Das Interesse des Staates an der Familiengründung und -erhaltung verbiete ein Erfolgshonorar auch in Scheidungsangelegenheiten.³⁸⁵ Jede Art von Interesse des Anwalts an dem Erfolg des Verfahrens sei ethisch nicht vertretbar und laufe dem Interesse des Staates zuwider. Es bestünde die Gefahr, dass der Anwalt nicht genügend Ehrgeiz entwickle, eine friedliche Lösung des Konflikts zu erreichen.³⁸⁶ So verbietet *rule* 1.5.(d) das Erfolgshonorar auch in Scheidungsangelegenheiten.

³⁸⁴ People v. Winkler, 523 N.E. 2d 485 (N.Y.1988); Downs v. Florida, 453 So. 2d. 1102 (Fla. 1984); Schoonover v. Kansas, 543 P. 2d.881 (Kann.1975).

³⁸⁵ Aronson-Weckstein, S.275.

³⁸⁶ Aronson-Weckstein, S.275.

d) Wettbewerbsforcierung durch Werbung

*"Although the State undoubtedly has a substantial interest in ensuring that attorneys maintain their dignity and decorum in the courtroom, we are unsure that the State's desire that attorneys maintain their dignity in their communications with the public is an interest substantial enough to justify the abridgement of their First Amendment rights."*³⁸⁷

Goldfarb v. State Bar of Virginia war eine Entscheidung, die neue Formen der Preispolitik ermöglichte. Die Wettbewerbsforcierung blieb aber nicht auf diesen speziellen Bereich beschränkt. Der Wettbewerb in den Berufsrechten aller *professions* sollte nicht nur hinsichtlich der Preispolitik geschürt werden.³⁸⁸ Auch Werbung sollte zunehmend möglich werden.

aa) Commercial Speech

Im Jahre 1943 hatte der *Supreme Court* der USA über die Frage zu entscheiden, ob Wirtschaftswerbung durch die Meinungsfreiheit des *First Amendment* der amerikanischen Bundesverfassung gedeckt sei.³⁸⁹

(1) *First Amendment*

Das *First Amendment* ist eines der bedeutendsten Rechte der amerikanischen Verfassung.³⁹⁰ Das wird deutlich am systematischen Rang innerhalb der Verfassung, aber auch besonders deutlich an der Eigenheit der sog. „*preferred position*“- *Doktrin* dieses Rechts. Nach diesem Grundsatz gilt bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit nicht grundsätzlich die

³⁸⁷ *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 105 S. Ct. 2265, 85 L.Ed. 2d 652 (1985).

³⁸⁸ Branca&Steinberg, *Attorney Fee Schedules and Legal Advertising: The Implications of Goldfarb*, 24 UCLA Rev. 475, 516-517 (1977).

³⁸⁹ *Valentine v. Chrestensen* 316 U.S. 52, 54 (1942).

³⁹⁰ „In the First Amendment the Founding Fathers gave the free press the protection it must have to fulfill its essential role in our democracy.“ Justice Black in *New York Times v. United States*, 403 US 713, 717 (1971); There is little need to reiterate that the freedoms of speech and of the press rank among our most cherished liberties. 413 U.S. 376, 381 (1973).

Annahme, dass ein Gesetz verfassungsgemäß, sondern vielmehr umgekehrt, dass es verfassungswidrig sei.

*Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech,...*³⁹¹

Über das 14. *Amendment*, der sog. *process clause*, gilt dieses Grundrecht über das Bundesrecht hinaus auch in den einzelnen Bundesstaaten, sodass nicht nur der *Congress*, sondern alle Gliedstaaten dieses fundamentale Recht mit seinen verfassungsrechtlichen Besonderheiten zu gewährleisten haben.³⁹² Nach Aufgabe einer bis in die zwanziger Jahre unseren Jahrhunderts praktizierten Auslegung erkannte der *Supreme Court* im Jahre 1924 die Meinungsfreiheit als eines der fundamentalen Rechte des 14. Zusatzartikels an.³⁹³ Der Grundrechtsschutz wird sowohl für mündliche und schriftliche als auch symbolische³⁹⁴ Äußerungen gewährt; er beinhaltet auch das Recht zum Schweigen.³⁹⁵

³⁹¹ “*Congress shall make no laws respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*” First Amendment of 1791.

³⁹² The liberty protected by the 14th amendment includes the liberty of speech and of the press. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666.

Erst nach Beendigung des Amerikanischen Bürgerkrieges wurde mit der Ratifizierung des vierzehnten Zusatzartikels auch die öffentliche Gewalt der Gliedstaaten an die Freiheitsrechte der Bundesverfassung gebunden. James Madison sah als Gründungsvater diese Notwendigkeit bereits 80 Jahre eher; s.hierzu James Madison, 1 *Annals of Congress* 783 (Aug.17,1789).

³⁹³ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925): “*We may and do assure that freedom of speech and of the press which are protected by the First Amendment from abridgement by Congress are among the fundamental personal rights and liberties protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by states.*”.

³⁹⁴ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *California v. La Rue*, 409 U.S. 109 (1972) Sex Show als Äußerung *Tinker v. Des Moines*, 393 U.S. 503 (1969) Tragen schwarzer Armbinden als Protest gegen Vietnam.

³⁹⁵ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): Verweigerung des Grußes an die US-Flagge aus religiösen Gründen.

*All ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion – have the full protection of the guarantees.*³⁹⁶

Der sehr weit gehende Schutzbereich der Meinungsfreiheit findet sein Fundament in der Gemeinwohlbedeutung des Rechts in den USA. Die enge Verknüpfung der Meinungs- und Pressefreiheit mit dem Demokratieprinzip hat diesem Recht innerhalb des letzten Jahrhunderts besondere Beachtung gebracht. Der Schutzbereich wurde aber über das Demokratieprinzip hinaus -im Rahmen der sog. *Commercial Speech*- auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht relevant.

(2) Die Anfänge der Commercial Speech

Der fehlende Bezug der Wirtschaftswerbung zum Demokratieprinzip war der frühere Grund, dass der *Supreme Court* diese Form der Meinungsäußerung nicht durch das *First Amendment* schützte. Im Rahmen der diesbezüglich ersten relevanten Klage wollte der Kläger Werbeprospekte auf den Straßen New Yorks verteilen, was ihm unter Hinweis auf das geltende Wegerecht nicht gestattet wurde. Er berief sich auf seine Meinungsfreiheit. Das Gericht entschied, dass reine Werbung keinen verfassungsrechtlichen Schutz wie die Meinungsäußerungen genieße.³⁹⁷

Das Abgrenzungskriterium zwischen *commercial-* und *non-commercial-speech* ergibt sich aus der Frage, ob ein ausschließlicher Bezug zu wirtschaftlichen Interessen des Äußernden vorliegt, wie es bei prototypischer Reklame für Waren und Dienstleistungen, aber auch bei der Verwendung von Markennamen, Firmen und Verkaufsschildern der Fall

³⁹⁶ 354 U.S. 476, 484 (1957).

³⁹⁷ We are ... clear that the Constitution imposes no such restraint on government as respects purely commercial advertising. 316 U.S. 52, 54 (1942).

ist.³⁹⁸ In einer ersten Überleitungsphase zur heutigen Rechtsprechung hinsichtlich der *commercial speech* findet sich ein nur in wenigen speziellen Fällen ergebender mittelbarer Schutz von Wirtschaftswerbung über die *freedom of speech*. Es sind Fälle, in denen regelmäßig die Pressefreiheit mittangiert war, weil es nur mittelbar Werbung, vor allem aber um politische Aussagen ging.³⁹⁹ Das *profit motive* des Werbenden als auch das der Zeitung spielte hier keine bedeutende Rolle, Werbung stand unter dem „sicheren Dach“ der Pressefreiheit. Trotzdem wurde die Bedeutung von Werbung als existentiell notwendige Informationsquelle für die Bevölkerung explizit hervorgehoben und damit folgenden Entscheidungen der Weg geebnet.⁴⁰⁰

(3) Virginia State Board v. Virginia Citizens Consumer Council

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council brachte bezüglich der *Commercial Speech* die entscheidende und eindeutige Wende.⁴⁰¹ Der *Supreme Court* hatte zu entscheiden, ob ein Gesetz des Staates Virginia, das Apothekern die Preiswerbung für

³⁹⁸ The critical feature of the advertisement in *Valentine v. Chrestenson* was that in the Court's view, it did no more than propose a commercial transaction. 413 U.S. 376, 385; *Linmark Associates v. Townships of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977); *Frieman v. Rogers* 440 U.S. 1,11 (1979).

³⁹⁹ 310 U.S. 88, 102 –104 (1940); That the Times was paid for publishing the advertisement is as immaterial in this connection as is the fact that newspapers and books are sold. 376 U.S. 254; *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 150 (1959); Eine New Yorker Organisation bot sich an abtreibungswillige Frauen zu beraten und sie über medizinische Einrichtungen zu informieren, welche die im Staat New York –im Gegensatz zu Virginia- erlaubten Abtreibungen vornehmen konnten. In Virginia war wegen des Verbots auch die Werbung verboten. Der Supreme Court betrachtete die Anzeige im Wesentlichen als Information über Rechtslagen in anderen Staaten und damit als Information von allgemeiner Tragweite. *Bigelow vs. Virginia* 421 U.S. 809 (1975).

⁴⁰⁰ Aronson/Weckstein, S. 180.

⁴⁰¹ Here .. the question whether there is a First Amendment exception for commercial speech ist squarely before us. Our Pharmacist does not wish to editorialise on any subject, cultural, philosophical, or political. He does not wish to report any particularly newsworthy fact, or to make generalized observations even about commercial matters. The idea he wishes to communicate is simply this: I will sell you the X-prescription drug at the Y-price. Our question, then is whether this communication is wholly outside the protection of the First Amendment. 425 U.S. 748, 761; in *Bigelow v. Virginia* 421 U.S: 809, 826 hatte der Supreme Court dies Frage offengelassen;

Der verfassungsrechtliche Schutz der freien Marktwirtschaft P. Nelson, Advertising as information in David G. Tuerck, Issues in Advertising 1978 S. 18.

verschreibungspflichtige Medikamente als standeswidrig untersagte, verfassungsgemäß war.⁴⁰²

Der *Supreme Court* kam zu einem positiven Ergebnis. Er begründete die Wandlung gegenüber der früheren Rechtsprechung aber nicht mit einer Erweiterung des Schutzbereichs der *freedom of speech*, sondern mit einem veränderten Verständnis der Aufgabe und Funktion von Werbung in einer Marktwirtschaft.⁴⁰³ Nicht das Verständnis der *freedom of speech* habe sich geändert, sondern der Informationsfluss durch Werbung habe an Bedeutung gewonnen. In einer freien Marktwirtschaft sei eine informierte, auf dem aktuellen Stand gehaltene und dadurch intelligente Öffentlichkeit unverzichtbar. Informationsfluss in Form von Werbung sei dafür unverzichtbar. Das *First Amendment* sei immer als das wesentliche Instrument zur demokratischen Willensbildung betrachtet worden und die Förderung des Informationsflusses von Werbung mit Hilfe dieses Grundrechts liefe dieser traditionellen Interpretation nicht zuwider.⁴⁰⁴ Sie unterstütze diesen Aspekt und stelle eine den neuen Entwicklungen angemessene Anpassung dar.

⁴⁰²Die abstrakte Normkontrolle ist im US-amerikanischen Recht insbesondere der US-amerikanischen Auffassung von Gewaltenteilung wegen nicht vorhanden. Im Vordergrund steht grundsätzlich der Individualrechtsschutz. Entscheidungen zu Verfassungsproblemen ergehen nur dann, wenn die Rechtsstellung einer Prozesspartei davon betroffen ist. Aus diesem Grund sind auch verfassungsrechtliche Entscheidungen des US Supreme Court ausschließlich fallbezogen. Seit der Leitentscheidung des US Supreme Court in *Marbury v. Madison* ist es den Gerichten allerdings möglich, eine inzidente Normenkontrolle innerhalb eines konkreten Sachverhalts durchzuführen. 5. U.S. 137.

⁴⁰³ Aronson/Weckstein, S. 180.

⁴⁰⁴ So long as we preserve a predominantly free enterprise economy the allocation of our resources in large measure will be made through numerous private economic decisions. It is a matter of public interest that those decisions, in the aggregate, be intelligent and well informed. To this end the free flow of information is indispensable... And if it is indispensable to the proper allocation of resources in a free enterprise system, it is also indispensable to the formation of intelligent opinions as to how that system ought to be regulated or altered. Therefore, even if the First Amendment were thought to be primarily an instrument to enlighten public decision making in a democracy, we could not say that the free flow of information does not serve that goal. 425 U.S. 748, 765.

Lediglich über den Wertgehalt von Werbung ließe sich streiten. Es wurden zwei mögliche Restriktionen genannt, in denen die *commercial speech* zurückzustehen habe: Falsche oder irreführende Werbung oder Werbung für illegale Handlungen.⁴⁰⁵

Die Entscheidung war durch Argumente geprägt, die seit Anfang der 60er Jahre immer mehr Anhänger gefunden hatte. Vertreter waren u.a. auch das *Department of Justice* und die *Federal Trade Commission*.⁴⁰⁶ So heißt es, man wolle sich von einer paternalistischen Fürsorge distanzieren und war der Meinung dem Konsumenten die Mündigkeit zusprechen zu können, mit Information aus der Werbung vernünftig umzugehen. Man müsse jedenfalls dem Konsumenten das nötige kritische Bewusstsein zutrauen, Werbung, die auf Manipulierung abziele, auch als solche zu erkennen, bzw. sich über die Möglichkeit der Manipulation im Klaren zu sein. Jedenfalls überwiege das Interesse der Allgemeinbevölkerung an Informationen über Existenz, Bezug und Kosten an Produkten dem Interesse an Schutz vor Manipulation.

Die Feststellung allein, dass auch kommerzielle Werbung den Schutz der Meinungsfreiheit genießen würde, hieße jedoch nicht, dass sie auch einen gleichwertigen Rang wie die bisherig geschützte Meinungsäußerung erhalte. Es g

gebe messbare Unterschiede zwischen Äußerungen, die rein kommerziell motiviert sind und höherrangigen Varianten, solchen denen höherrangiger demokratischer Wert zukomme. Auch wenn diese Unterschiede nicht den Schluss rechtfertigten, kommerzielle Äußerungen seien wertlos und nicht schutzwürdig i.S. der Meinungsfreiheit, sei trotzdem festzustellen, dass sie einen geringeren Grad des Schutzes bedürften. Kommerziell motivierte Äußerungen seien nur dann schutzwürdig, wenn sie wahrheitsgetreu seien und legitime Informationen innehätten. Die kommerziell motivierte

⁴⁰⁵ *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1975).

⁴⁰⁶ HKC, S.1016.

Äußerung habe damit einen höheren Eingriffsbereich. Die nicht wahrheitsgetreue kommerzielle Information sei zu filtern.⁴⁰⁷ Die *Commercial Speech* nimmt damit nur eine zweitrangige Position im Rahmen des Schutzes der Meinungsfreiheit ein.

Daher darf der Gesetzgeber unwahre oder irreführende Werbeaussagen verbieten, da ansonsten die reine Informationsaufgabe nicht mehr erfüllt oder zumindest stark beeinträchtigt wäre. Anders als bei der Pressefreiheit, bei der der Wahrheitsgehalt der Aussage kein Kriterium darstellt, hält der *Supreme Court* in seinen Entscheidungen dem Werbenden vor, Sorgfalt hinsichtlich des Wahrheitsgehalts wahren zu müssen, um in den Genuss des *First Amendment* zu kommen.⁴⁰⁸ Erst recht darf der Gesetzgeber Werbung für rechtswidrige Handlungen untersagen. Darüber hinaus darf er auch entgegen der sog. *prior restraint-Doktrin* eine Vorzensur vornehmen und Beschränkungen an den Inhalt der Äußerungen anknüpfen.⁴⁰⁹

Faktische Folge dieser Rechtsprechung war, dass die Rechtfertigungslast des Staates bei beschränkenden Maßnahmen des Wettbewerbs stark wuchs. Der *Supreme Court* stand jedem staatlichen Schritt sehr skeptisch gegenüber, der einen „*paternalistic approach*“, eine paternalistische Staatsfunktion zu Lasten eines freien Wettbewerbs erkennen ließ. Dies stand von nun an einer verfassungsrechtlichen Garantie einer möglichst

⁴⁰⁷ In concluding that commercial speech enjoys First Amendment protection, we have not held that it is wholly indistinguishable from other forms. There are common sense differences between speech that does no more than propose a commercial transaction, ... and other varieties. Even if the differences do not justify the conclusion that commercial speech is valueless, and thus subject to complete suppression by the State, they nonetheless suggest that a different degree of protection is necessary to ensure that the flow of truthful and legitimate commercial information is unimpaired.

⁴⁰⁸ 435 U.S. 748, 771. *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, 571 (1980).

⁴⁰⁹ 425 U.S. 748, 771; 447 U.S. 557, 571; *Police Department v. Mosley* 408 U.S. 92, 95; *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971); *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269 (1964); *Friedman v. Rogers* 440 U.S. 1, 9 (1979).

freien Kommunikation der Wirtschaftsbeteiligten gegenüber.⁴¹⁰ Ein Schutz, der besondere wirtschaftspolitische Bedeutung und Wirkung in sich trug.

Es ist kein Zufall, dass die verfassungsrechtliche Entwicklung der *commercial speech* in die Zeit des *war on poverty* fiel. *Commercial speech* als Instrument zur Aufklärung der Bevölkerung über Rechte und Möglichkeiten war als dynamisches Instrument gedacht, die Bekämpfung von Armut und Ungleichbehandlung zu fördern. Dies wird auch für den Bereich des anwaltlichen Berufsrechts deutlich.

bb) Advertising und solicitation

*"We live in a society where the distribution of legal assistance, like the distribution of most other goods is generally regulated by the dynamics of private enterprise."*⁴¹¹

(1) Anwaltswerbung

Auch in den USA gibt es viele Stimmen, die das Image des Rechtsanwalts in der Öffentlichkeit gerne als das eines diskreten „Gentlemans“ sähen. Dieser solle möglichst nur von seinen bereits erbrachten Leistungen und der damit einhergehenden Reputation leben und seinen Auftritt im Geschäftsleben darauf beschränken, lediglich seinen Fachbereich, seine Adresse und seine Geschäftszeiten anzugeben. Beachtenswert ist, dass diese Stimmen meist aus den Reihen der Anwälte selbst stammen. Große Teile der amerikanischen Bevölkerung hingegen halten Werbung für informativ und ethisch akzeptabel.⁴¹² Die Stimmen, die sich für Werbung aussprechen, berufen sich auf das Argument, Information über die Rechte des Bürgers könnten gar nicht weit genug verteilt werden.

⁴¹⁰ Riley v. National Federation of Blind 487 U.S. 781, 790 (1988); Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350, 365 (1977) Ohralik v. Ohio State Bar, 436 U.S. 447, 456 (1978).

⁴¹¹ Fulder v. Oregon, 417 U.S.40, 53, 94 S.Ct. 2116, 2114 40 L.Ed.2d. 642 (1974).

⁴¹² Rhode, S. 97 -auf mehrere Studien hinweisend.

Canon 2 RPC: „a lawyer should assist the legal profession in fulfilling its duty to make legal counsel available“

Eine durch einen Unfall verletzte Person, die sich nicht darüber im Klaren sei, welche Rechte sie habe, müsse so schnell wie möglich durch einen Anwalt vor der Überrumpelung durch den Versicherungsvertreter der Gegenpartei geschützt werden. Eine verhaftete Person müsse sofort durch einen Anwalt über Aussageverweigerungsrechte etc. informiert werden.⁴¹³ Aus diesen Gründen gibt es nicht wenige Stimmen, die über die übliche Werbung hinaus dafür plädieren, ein unmittelbares Herantreten an den potentiellen Mandanten und das Aussprechen desselben erlauben zu lassen (sog. *solicitation* s.unten).

Im 18. und 19. Jahrhundert war es in den Vereinigten Staaten nichts Unübliches - wie es im Übrigen auch im alten Rom oder der Antike nichts Ungewöhnliches war - wenn ein Anwalt seine Dienstleistung mit Hilfe der Werbung anpries.⁴¹⁴ Auch Abraham Lincoln bediente sich einst dieses Hilfsmittels.⁴¹⁵ Er habe potentielle und gut betuchte Mandanten ohne Scham persönlich angesprochen, um sie auf diese Weise zu akquirieren.⁴¹⁶ Aber schon zu seiner Zeit war es nicht gerne gesehen, zum Teil war es sogar verpönt, denn es ließ sich nicht mit dem aus England stammenden traditionellen Bild des Anwalts vereinbaren.⁴¹⁷ 1908 wurde im *Canon 27* der *Canons of Professional Ethics*⁴¹⁸ diese Überzeugung festgehalten und damit faktisch ein Werbeverbot für die gesamten USA geschaffen. Innerhalb der nächsten sechs Jahrzehnte wurde viel Zeit und Arbeit investiert, Regulierungen zu finden, die bestimmen sollten, wie der Auftritt

⁴¹³ Wolfram S. 787.

⁴¹⁴ Rhode, S. 95.

⁴¹⁵ Rhode, S. 96.

⁴¹⁶ Boden, Five Years after Bates: Lawyer Advertising in Legal and Ethical Perspective, 65 Marq. L. Rev. 547-548 (1982); J.Duff, Abraham Lincoln, Prairie Lawyer 31 (1960); bei dieser Form der Werbung handelt es sich um bis heute besonders verpönte sog. „solicitation“ s. weiter unten.

⁴¹⁷ HKC, S.1014.

⁴¹⁸ Vorgänger der heutigen ABA Model Rules s.o..

des Rechtsanwaltes in der Öffentlichkeit auszusehen hätte. So war in den zwanziger Jahren ein Schild am Eingang der Kanzlei und der moderate Gebrauch von Visitenkarten und Briefköpfen zulässig, aber die Größe des Schildes konnte bereits ein Grund für einen Verstoß gegen die Standessitten sein, ebenso wie die Wiedergabe des Fachbereichs und die Aufzählung in einer Anwaltsliste (heute in den USA üblich, s. Martindale-Hubbell).

(2) *Bates vs. State Bar of Arizona*

Goldfarb v. Virginia State Bar war die erste einer Reihe von Entscheidungen des *Supreme Courts* zugunsten des Wettbewerbs und zu Lasten der Regulierungen von Standesorganisationen. Viele hielten nach dieser Entscheidung auch Werbebeschränkungen für unrechtmäßig, sollte auch hier der *Sherman Antitrust Act* sämtliche standesrechtlichen Argumente verdrängen.⁴¹⁹

Für die Anwälte und ihr Werberecht kam die wesentliche Entscheidung in *Bates vs. State Bar of Arizona*.⁴²⁰ Hier setzte sich das Gericht zunächst mit dem *Sherman Antitrust Act* auseinander. Dieser konnte hier jedoch nach Ansicht des Gerichts nicht fassen. Während in dem *Minimum Schedule* der *Virginia State Bar* im Wesentlichen das Verhältnis zwischen Anwaltschaft und Mandant von Seiten der Anwaltschaft reguliert wurde und damit eine privatrechtliche Regulierung im Vordergrund stand, sah das Gericht hinter den Werberegulierungen in *Bates* weniger die *State Bar* als den *Virginia State Supreme Court* hinter den Werberestriktionen stehen. Daher hielt man es für eine öffentlich-rechtliche Regulierung, in der die

⁴¹⁹ Aronson/Weckstein, S. 179.

⁴²⁰ 433 U.S. 350, 97 S.Ct. 2691, 53 L.Ed.2d 810 (1977).

wettbewerbsrechtlichen Regulierungen des Antitrust-Rechts nicht fassten.⁴²¹

Vielmehr stand die Entscheidung Bates im Lichte von *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*.⁴²² Über die einschneidende Bedeutung dieser Entscheidung, dass diese Haltung augenblicklich die Frage nach einer Übertragung, einer Aufhebung des Werbeverbots auch bei anderen *professionals* auslösen würde, darüber waren sich die Richter in *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council* im Klaren: *“We stress that we have considered in this case the regulation of commercial advertising by pharmacists. Although we express no opinion as to other professions, the distinctions, historical and functional, between professions, may require consideration of quite different factors. Physicians and lawyers for example, do not dispense standardized products; they render professional services of almost infinite variety and nature, with the consequently enhanced possibility for confusion and deception if they were to undertake certain kinds of advertising.”*⁴²³

Schließlich wurde dann in *Bates v. State Bar of Arizona*⁴²⁴ durch den *Supreme Court* festgestellt, dass auch Werbung für die Anwaltsdienstleistung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fiel und Schutz durch das *First Amendment* genieße. Dies war der erste Meilenstein innerhalb der Reihe von Entscheidungen des

⁴²¹ „affirmative command“ of the Arizona Supreme Court, the „ultimate body in wielding the State’s power over the practice of law“.

⁴²² 425 U.S. 748 (1975); Dort sah der Supreme Court der USA die Schranken der Meinungsfreiheit durch das Verbot der Werbung für Medikamente für überschritten an. Das Interesse der Allgemeinbevölkerung an der „commercial speech“, dem Interesse an Informationen über Existenz, Bezug und Kosten an Medikament-Produkten sei hier maßgeblich betroffen. In der Entscheidung wurde festgestellt, dass es bei den Preisen für ein und dasselbe Medikament in einzelnen Städten zu Preisunterschieden bis zu 1200% kam - Aronson/Devine/Fisch, S. 411. Eine übertriebene paternalistische Schutzhaltung des Staates solle unterbunden werden. (s. hierzu weiter oben).

⁴²³ 425 U.S. S.773-775.

⁴²⁴ 433 U.S. 350, 97 S.Ct. 2691, 53 L.Ed.2d 810 (1977).

Verfassungsgerichts der USA zur Werbung von Anwälten, in der sich das Gericht über die einschränkenden Empfehlungen der anwaltlichen *state bars* hinwegsetzte.

Bates war schließlich auch der Anlass für die ABA, neue Richtlinien zu schaffen. Aus dem *Code of Professional Responsibility* wurde der *Model Code of Professional Responsibility*. Diese Wandlung beruhte aber nicht auf einem rein freiwilligen Entschluß. Die ABA sah sich einer Beschwerde des *Justice Department* ausgesetzt. Die Verwaltungsbehörde kritisierte in einem eigens angestregten Verfahren die restriktiven Werbevorschriften.⁴²⁵

(a) Bates - der Hintergrund

Es ging um zwei Anwälte, John R. Bates und Van O´Stehen, die gerade die Universität verlassen hatten und eine Existenz gründen wollten. Sie hatten Anzeigen in Zeitungen geschaltet, die zwei Listen mit Pauschalpreisen für ihre Dienstleistungen enthielten. Das letzte Instanzgericht Arizonas hatte entsprechend den Ansichten der State Bars noch folgende Begründung genannt, warum diese Werbung schädlich und daher zu verbieten sei:⁴²⁶

*(aa) Werbung schädige den Berufsstand selbst und sein Ansehen*⁴²⁷

Es entstände ein ungesundes Profitstreben, welche die Würde und die Selbstachtung in der Öffentlichkeit und bei den Anwälten selbst schädige.

*(bb) Werbung fördere die Kommerzialisierung des Berufsstandes*⁴²⁸

Werbung schüre den Konkurrenzkampf. Ein Kampf um Marktanteile aber verhindere den Blick des Anwalts auf die primäre Pflicht der Beratung. Es entstände ein irreparabler Schaden für das delikate Gleichgewicht

⁴²⁵ Justice Department dismisses Antitrust Suit against ABA, 64 ABA J. 1538 (1978).

⁴²⁶ *Bates S. 372 ff.*

⁴²⁷ Aronson/Devine/Fisch, S. 405.

⁴²⁸ Christensen, Lawyers for People of Moderate Means S. 152-153 (1970)

zwischen Pflicht zu beraten und der Notwendigkeit, den Lebensunterhalt damit zu verdienen. Dies aber hätte schwer wiegende Auswirkungen für das Vertrauen des Klienten in die Leistung des Anwalts. Wäre der Klient erst einmal davon überzeugt, dass der Anwalt nach Profit strebt, würde er Zweifel haben, dass sein eigenes Wohl und nicht das des Anwalt im Vordergrund steht und die Handlungen des Anwalts leitet.⁴²⁹

(cc)Werbung trüge die Gefahr der Täuschung und Irreführung mit sich

Werbung müsse den Konsumenten zwangsweise irreführen, weil es nicht möglich sei, ein objektives Bild von einer individuellen juristischen Dienstleistung im Rahmen von Werbung zu präsentieren, es handle sich um eine zu komplexe Tätigkeit, daher entstände zwangsweise ein Trugbild.⁴³⁰ Im Übrigen wüsste der Mandant regelmäßig vor dem Anwaltsbesuch, welche Form der Dienstleistung er benötige. Ein verfälschtes Bild der anwaltlichen Dienstleistung entstände.⁴³¹

(dd)Werbung beinhalte die Provokation von Rechtsstreitigkeiten⁴³²

Die Rechtspflege sei ein Instrument, das denjenigen dienen solle, die sich derartig in ihren Rechten beeinträchtigt fühlten, dass sie ihre Klage vor Gericht bringen wollten. Werbung würde den Bürger aber anstiften vor Gericht zu klagen. Dies schaffe unnötige soziale Unruhe. Werbung sei daher gemeinwohlschädigend.

(ee)Werbung führe zu einer Erhöhung der Anwaltskosten⁴³³

Die Kosten der Werbung würden die Kosten für den Betrieb eines Dienstleistungsunternehmens in die Höhe treiben. Diese Kosten würden

⁴²⁹ Aronson/Devine/Fisch, S. 405.

⁴³⁰ Bates, S. 372.

⁴³¹ "The Chief Justice and Mr. Justice Powell argue in dissent that advertising will be misleading because the exact services that are included in an advertised package may not be clearly specified or understood by the prospective client."

⁴³² Aronson/Devine/Fisch, S. 409.

⁴³³ 425 U.S., S. 754; Benham, The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses, 15 Journal Law & Economics (1972) S. 337.

dann letztlich auf den Mandanten abgewälzt.⁴³⁴ Zusätzlich würden diese erhöhten Kosten auch eine Barriere für beginnende Anwälte darstellen, die mehr Kapital mitbringen müssten, um sich selbstständig machen zu können.

*(ff) Werbung schädige der Qualität der Dienstleistung*⁴³⁵

Es seien inflationäre Gefahren mit Werbung verbunden. Werbung drücke den Preis für die Dienstleistung, dies ginge aber zu Lasten der Qualität der Rechtsberatung. Der Anwalt gerate wegen der erhöhten Kosten und der verstärkten Konkurrenz unter Zeit- und Leistungsdruck und wäre daher nicht in der Lage eine adäquate Leistung zu erbringen.

*(gg) Werbung brächte eine Gefahr des Missbrauchs mit sich*⁴³⁶

Ein Missbrauch des Vertrauens des Mandanten in die durch die Werbung propagierten Leistungen des Anwalts sei schwer zu durchleuchten und schwer zu unterbinden.

(b) Bates –die Entscheidungsgründe

Der *Supreme Court* kam in *Bates* zu dem Schluss, dass das *First Amendment* der *Freedom of Speech* allen diesen Argumenten gegenüber überwiegen würde. Viele konservative Juristen besäßen leider noch immer die antiquierte Überzeugung, dass es verschwiegen werden müsse, dass der Anwalt seinen Lebensunterhalt mit der anwaltlichen Dienstleistung verdiene. Banker und Ingenieure (die jedoch auch nie Angehörige der *professions* waren) seien in ihrer Entwicklung bereits weiter. Der Glaube, Rechtsanwälte würden „*somehow above*“ - irgendwie über - der sonstigen Wirtschaft stehen, sei nicht mehr zeitgemäß; daher sei das historische Fundament für ein Werbeverbot gebrochen.⁴³⁷

⁴³⁴ Wilson, Madison, Meet the Bar, 61 A.B.A.J. 586,588 (1975).

⁴³⁵ Aronson/Devine/Fisch, S. 411.

⁴³⁶ Aronson/Devine Fisch, S. 411.

⁴³⁷ *Bates* S. 368-376.

(aa) Etiquette und soziale Rechtspflege⁴³⁸

Das Gericht bestätigte die Ansicht, dass dem Anwalt eine besondere öffentliche Aufgabe zukomme, er daher bestimmt sei, besondere Pflichten zu erfüllen. Dies sei dem Gericht aus eigener Erfahrung bekannt, waren doch alle an der Entscheidung beteiligten Richter selbst ehemals zugelassene Anwälte. Die behauptete Verknüpfung zwischen Werbung und dem langsamen Verfall der Standeswürde sei aber zu weit hergeholt. Letztlich würde das Werbeverbot von den Anwälten verlangen, den Klienten vorzuenthalten, dass sie ihren Lebensunterhalt mit ihrer Tätigkeit verdienten. Derart selbstlose Anwälte seien genauso selten wie Mandanten, die kostenlose Beratung erwarteten. Darüber hinaus sei das Argument, dass Werbung das Ansehen des Standes schädige, in Anbetracht werbender Banker und Ingenieure, deren Ansehen und Würde keinen Schaden davontrage, unbegründet.⁴³⁹ Ganz im Gegenteil würden Studien bestätigen, dass potentielle Mandanten keine Rechtsberatung in Anspruch nehmen würden, da sie die Höhe der Kosten fürchteten und nicht wüssten, wie sie einen kompetenten Anwalt kontaktieren könnten. Das Werbeverbot erscheine als eine Regulierung, die mehr der Etiquette des Standes diene, als der Rechtspflege.

(bb) Irreführung und soziale Rechtspflege⁴⁴⁰

Das Gericht sei nicht überzeugt, dass Werbung in jedem Fall irreführend sei. Dem in diesem Zusammenhang genannten Einwand, dass Werbung keine fundierten Informationen enthalte und damit dem Konsumenten keine Hilfe sei, wird entgegnet, dass zwar tatsächlich kein fundierter Entschluss für oder gegen einen Anwalt aufgrund von Werbung getroffen werden könne, aber zumindest ansatzweise entscheidungserhebliche

⁴³⁸ " We all know that law offices are big businesses, that they may have billion-dollar or million-dollar clients, they're run with computers, and all the rest. And so the argument may be made that to term them noncommercial is sanctimonious humbug" -*Bates Counsel for the appellee Oral Arg.* 64 .

⁴³⁹ Advertising, Solicitation and the Profession's Duty to Make Legal Counsel Available, 81 Yale L.J. 1181,1190 (1972).

⁴⁴⁰ Morgan, The Evolving Concept of Professional Responsibility, 90 Harv. L.Rev. 702, 741 (1977).

Informationen verbreitet würden. Dies sei besser, als gar keine Informationen, wie es das Werbeverbot zur Folge habe. Im Übrigen beruhe das Argument der Irreführung auf der Annahme, der Konsument sei nicht in der Lage die limitierten Informationsmöglichkeiten der Werbung richtig einzuordnen, er könne nicht mit unvollständigen Informationen umgehen. Das Gericht übernehme die Ansicht aus *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, dass diese Annahme auf einer Unterschätzung der Mündigkeit des Konsumenten beruhe. Im übrigen sei es Aufgabe der *state bars*, wenn sie von einer derartigen Naivität der Bevölkerung ausgingen, dafür Sorge zu tragen, dass die notwendige Aufklärung erfolge, anstatt Werbung zu verbieten.⁴⁴¹

*(cc) Die Provokation von Rechtsstreitigkeiten und soziale Rechtspflege.*⁴⁴²

Wenn behauptet würde, dass Werbung Rechtsstreitigkeiten fördere, dann sei dieser Effekt vor dem Hintergrund, dass zu viele Amerikaner die Rechtspflege aus Unwissenheit nicht in Anspruch nehmen, sogar erwünscht. Der *Supreme Court* habe immer schon jede Tätigkeit, die darauf gerichtet sei, Menschen zusammenzubringen, die ein gemeinsames Rechtsinteresse hätten, unterstützt. Damit einhergehende Kommunikation sei mit Hilfe des *First Amendment* zu schützen, wenn es denn darum ginge, eine Frage vor Gericht zu bringen.⁴⁴³ Dass Werbung Rechtsstreitigkeiten provoziere, die nicht nötig seien und daher den Rechtsfrieden störten, sei, wenn es überhaupt zuträfe, ein in Kauf zu nehmender Nebeneffekt.

⁴⁴¹ Sherman Act Scrutiny of Bar Restraints on Advertising and Solicitation by Attorneys, 62 Va.L. Rev. 1135, 1152-1157 (1976); Bar Restrictions on Dissemination of Information about Legal Services, 22 UCLA Rev. 483, 500 (1974).

⁴⁴² Wolfram, S.780.

⁴⁴³ *United Transportation Union v. State Bar of Michigan*, 401 U.S. 576, 585, 91 S.Ct. 1076, 1082, 28 L.Ed. 2d 339 (1971); *United Mine Workers v. Illinois State Bar Ass'n*, 393 U.S. 217, 222-224; 88 S.Ct. 353, 19 L.Ed.2d 426 (1967); *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Virginia Bar*, 377 U.S. 1, 7, 84 S.Ct. 1113, 1117, 12 L.Ed.2d 89 (1964); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 438-440, 83 S.Ct. 328, 340-341, 9 L.Ed. 2d 405 (1963).

(dd) Die Steigerung der Anwaltskosten und die soziale Rechtspflege

Es ist zwar eine ökonomische Bedingung, dass dort, wo geworben würde, auch die Kosten für die Werbung auf das jeweilige Produkt abgewälzt würden, dies kann aber dort kein Argument sein, wo aufgrund fehlender Werbung, fehlenden Wettbewerbs, die Gefahr besteht, dass noch viel höhere Kosten auf den Konsumenten zukommen. Es ist daher bei der Aufhebung des Werbeverbots eher von einer Minderung der Anwaltskosten auszugehen. ⁴⁴⁴

(ee) Qualitätsminderung und soziale Rechtspflege

Die Werbefreiheiten zu begrenzen, sei kein effektiver Weg, um schlechte Anwaltsleistungen zu verhindern. Ein Anwalt, der gewillt und bereit ist seine Dienstleistungsqualität in einem adäquaten Maß zu erbringen, wird dies ohnehin tun, unabhängig von einem Recht mit seiner Dienstleistung zu werben. Das Werben mit pauschalisierten Preisen für Dienstleistungspakete bedeute nicht notwendigerweise eine Reduzierung der gebotenen Qualität, sondern kann im Gegenteil sogar eine Steigerung durch routiniert gehandhabte, standardisierte Abläufe bedeuten. Damit sei wiederum eine Reduzierung der Fehlerquote zu erwarten. ⁴⁴⁵

(ff) Die fehlende Kontrollmöglichkeiten contra das Argument der sozialen Rechtspflege

Das Problem der fehlenden Kontrollmöglichkeiten bestände ohnehin, mit oder ohne Werbung. Werbung fördere die Missbrauchsmöglichkeiten aber auch nicht unbedingt. Es sei nicht zu erwarten, dass aufgrund der Möglichkeit eines Anwalts für seine Leistungen zu werben zwangsläufig ein erhöhter Missbrauch provoziert werde, das Gericht erwarte vielmehr, dass die Anwälte sich so verhielten, wie sie es immer getan hätten: Sie würden

⁴⁴⁴ Martyn, Lawyer Advertising: The Unique Relationship between First Amendment and Antitrust Protections, 23 Wayne St.L.Rev. 167 (1976); J.Cady, Restricted Advertising and Competition: The Case of Retail Drugs (1976).

⁴⁴⁵ McChesney & Muris, The Effect of Advertising on the Quality of Legal Services, 65 ABA J. 1503 (1979); Aronson/Devine/Fisch, S. 411.

aufgrund ihres bei ihrer Zulassung geleisteten Eides die Integrität und Würde des Standes als auch das des Rechtssystems aufrechterhalten.

(gg) Das Leitkriterium – die Pflicht zur Information⁴⁴⁶

Leitkriterium dieser Entscheidung und das unter den Argumenten immer wieder hervorstechende Kriterium ist, dass Werbung einen sozialen Aspekt erfülle: Sie informiere die arme und damit oft ungebildete Bevölkerung über ihre Möglichkeiten – in diesem Fall über ihre Rechte. Gerade aber im Zusammenhang mit der Rechtsberatung einer verantwortungsvollen und bedeutenden Tätigkeit für die Gesellschaft habe die Rechtsanwaltschaft nicht nur den Anspruch, sondern vielmehr die Aufgabe und Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Möglichkeiten zu informieren. Es gäbe zu viele Bürger, die sich nicht darüber bewusst seien, wie sie sich in der Gesellschaft behaupten können.⁴⁴⁷ Das Argument, ein Trugbild könne entstehen, wurde zwar bis zum gewissen Grad anerkannt, dem wurde jedoch entgegnet, dass es gerade wegen der Komplexität wichtiger sei, zumindest teilweise zu informieren, als es gar nicht zu tun. Die Mündigkeit des Bürgers sei bisher zu stark ignoriert worden. 70% der amerikanischen Bevölkerung bekomme gar nicht, bzw. nur unzulänglich Rechtsschutz.⁴⁴⁸ Auch wenn möglicherweise die Zahl der Rechtsstreitigkeiten sich erhöhen würde, kann die tendenzielle Haltung nicht mehr akzeptiert werden, dass es grundsätzlich besser sei, eine Person leide lange und still vor sich hin, als dass die Gerichte bemüht würden.

(3) Die Rechtsprechung nach Bates

(a) Laundry list

⁴⁴⁶ Wolfram, S. 778,779.

⁴⁴⁷ ABA, Revised Handbook on Prepaid Legal Services 2 (1972) -Survey, Appendix C, S.1.

⁴⁴⁸ 35,8 % der erwachsenen Amerikaner haben im Jahr 1971 noch nie einen Anwalt besucht, weitere 27,9 % erst einmal –nach Meserve, Our Forgotten Client: The Average American, 57 A.B.A.J. 1092 (1971).

Die Argumentation für die Aufhebung des Werbeverbots bedeutet aber nicht gleichzeitig völlige Werbefreiheit. Auch hier wurden zwei mögliche Restriktionen genannt, in denen die *commercial speech* zurückzustehen hätte: Falsche oder irreführende Werbung oder Werbung für illegale Handlungen. Außerdem wären Warnungen oder Gegendarstellungen in Anwaltsanzeigen denkbar.⁴⁴⁹

War in der *Bates*-Entscheidung des *Supreme Courts* somit noch der Schutzrahmen festgestellt worden, ging es in folgenden Entscheidungen um die Rahmenbedingung, in denen Werbung möglich sein sollte.

Folge der *Bates* Rechtsprechung war, das die *state bars* Tabellen aufführten, die erlaubte Werbung enthielten – die sog. *laundry list*.⁴⁵⁰ Originäre Quelle dieser Regeln waren die nach *Bates* ergehenden Entscheidungen.

Irreführung und Geschmacklosigkeit

In *re .R.M.J.*⁴⁵¹ ging es um diese von der *Missouri Bar* herausgebrachten Regeln zur Werbung. In der Entscheidung wurde hervorgehoben, dass Anwaltswerbung i.S.v. *Bates* wahrheitsgemäß zu erfolgen habe, nicht irreführen dürfe, solange die Wortwahl jedoch bestimmt werde, müsse eine substantielle Begründung vorhanden sein. Weiterhin müsse auch die Verhältnismäßigkeit der Mittel gewahrt sein. Sinngemäß sei beispielsweise die Regulierung eines Bundesstaats, bei schriftlicher Werbung den

⁴⁴⁹ Wolfram, S. 779; 433 U.S. 383-384, 97 S.Ct. 2708-2709;

Wiederfinden kann man dies in der ersten Rule der ABA zur Werbung # 7.1:

A lawyer shall not make a false or misleading communication about the lawyer or the lawyer's services. A communication is false or misleading if it:

contains a material misrepresentation of fact or law, or omits a fact necessary to make the statement considered as a whole not materially misleading;

is likely to create an unjustified expectation about results the lawyer can achieve, or states or implies that the lawyer can achieve results by means that violate the rules of professional conduct or other law; or compares the lawyer's services with other lawyers' services, unless the comparison can be factually substantiated.

⁴⁵⁰ Aronson/Weckstein, S. 181.

⁴⁵¹ 455 U.S. 191, 206, n.20 (1982).

Aufdruck „*advertising*“ zu verlangen,⁴⁵² nicht zu beanstanden. Die Beanstandung der *state bar* in diesem Fall wurde jedoch zurückgewiesen. Allein die Begründung ein Trugbild entstände, ohne dass formuliert würde, wie dieses entstände, reiche nicht aus. Weiterhin war die beanstandete Werbung nach Ansicht des Gerichts zwar geschmacklos, aber gab nicht die Unwahrheit wieder oder wäre als irreführend zu betrachten – ein Plädoyer für die Mündigkeit des Konsumenten folgte.⁴⁵³

Werbung als Fachanwalt bzw. Spezialist

Die *Missouri Bar* handhabte die *legal ethics* noch strenger als die *ABA*. So ließ sie sich von Bates auch weniger stark als andere Staaten beeindrucken. Deutlich wurde dies unter anderem daran, dass ein Anwalt, der auf sein Fachgebiet hinweisen wolle, dies nur in einer vorgeschriebenen Form mit präzise von der *bar* ausformulierten Wendungen tun durfte (z.B. *tort law* und nicht der für den Laien verständlichere Begriff *personal injury*). Auch durfte nicht damit geworben werden, dass jemand angab, über den Staat Missouri hinaus zugelassen zu sein.

In *Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission*⁴⁵⁴ stellte *Justice Marshall* fest, dass es keine irreführende Werbung sei, wahrheitsgemäß wiederzugeben, dass man Angehöriger eines privaten Anwaltsvereins sei. Das Argument der Irreführung stammt aus der Diskussion um die Werbung mit der Bezeichnung Spezialist bzw. Fachanwalt. Über die Werbung mit der Fachrichtung wurde zeitweilig behauptet, sie sei irreführend, weil sie gleichzeitig suggerieren würde, der Werbende besäße besondere Kompetenz auf diesem Gebiet, was nicht notwendigerweise der Fall sein müsse. Selbiges Argument wurde hier bezüglich Werbung mit der Zugehörigkeit zu einem Anwaltsverein

⁴⁵² Heute in vielen *Rules of professional responsibility* zu finden.

⁴⁵³ Aronson/Weckstein, S. 183.

⁴⁵⁴ 496 U.S. 91 (1990).

angeführt. Beide Fälle gelten seit der Entscheidung *Peel* als geklärt, das Argument der Irreführung würde bei einem mündigen Erwachsenen nicht fassen.

Bestätigt wurde dies noch einmal in *Ibanez v. Florida Department of Business and Professional Regulation, Board fo Accountancy*.⁴⁵⁵ Ergänzt wurde in dieser Entscheidung, dass die Zusammenarbeit und die Werbung in Form des Anbietens von Leistungspaketen durch Anwälte und Angehörige einer anderen Profession kein Verstoß gegen das Berufsrecht sei; solange es wahrheitsgetreu geschehe, sei es keine Werbung in der sich der Werbende als Spezialist suggeriere, sondern lediglich Wiedergabe von Tatsachen.⁴⁵⁶

Heute heißt es in *Rule 7.4* , dass ein Rechtsanwalt in der Werbung angeben dürfe, auf welchem Rechtsgebiet er arbeite oder nicht arbeite. Er dürfe sich jedoch nicht als Spezialist bezeichnen oder suggerieren, er sei einer. Ausnahmen gelten lediglich für den Patentanwalt bzw. Admiralanwalt.

(b) *Stimulating Publicity*

Das traditionelle Verbot, bewusst Medienaufmerksamkeit auf sich zu lenken, wurde durch *Jacoby v. State Bar* aufgehoben. Es war mit der Bates-Entscheidung nicht konform.⁴⁵⁷ Mit den Medien zu kokettieren sei grundsätzlich eine Charakterfrage, keinesfalls könne es vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit der Anwälte und der Pressefreiheit der Medien verboten werden. Den Publizisten dabei zu bezahlen, sei genauso wenig zu verbieten, wie Werbung an sich. Daraus resultiert letztlich auch das Recht eines Anwalts einen *public relations-* oder Werbefachmann

⁴⁵⁵ 496 U.S. 91, 110 S.Ct. 2281, 110 L.Ed.2d. 83 (1990).

⁴⁵⁶ Anders noch in: *In re Johnson*, 341 N.W. 2d 282 (Minn. 1983); *Spencer v. Justices of Supreme Court of Pennsylvania*, 579 F. Supp. 880 (E.D. Pa 1984).

⁴⁵⁷ *Jacoby v. State Bar*, 19 Cal.3d 359, 138 Cal. Rptr. 77, 562 P.2d 1326, 4 A.L.R. 4th (1977).

einzustellen. Entscheidend sei hingegen, welche Medienform gewählt würde. Zeitschriften und Zeitungen werden i.d.S. als harmlos betrachtet, Fernsehwerbung ist dagegen bis auf den heutigen Tag höchst umstritten.

(c) Fernsehwerbung

Schon Bates sah in der Werbung mit elektronischen Medien eine Besonderheit.⁴⁵⁸ So ist auch in vielen Staaten der USA Werbung mit elektronischen Medien - somit auch Fernsehwerbung - verboten.⁴⁵⁹ In den Bundesstaaten, in denen sie zugelassen ist, liegt meist eine sehr restriktive Regelung vor. Die Werbung muss sachlich sein und es dürfen keine sensationellen und dramatischen Effekte genutzt werden. Es waren im Wesentlichen *legal clinics*, die vor dem Hintergrund einer notwendigen wirtschaftlichen Expansion forderten, auch Massenkommunikationsmittel für Werbung nutzen zu dürfen. Vor allem die weniger gebildete Bevölkerung sei mit diesem Medium am ehesten zu erreichen.

(d) Werbebriefe und Broschüren

Werbebriefe und Broschüren sind grundsätzlich erlaubt, es ist jedoch von Bedeutung, an wen sie mit welchem Inhalt gesandt werden.⁴⁶⁰ Es darf kein Verdacht der Manipulation aufkommen. Ein solcher wird z.B. darin gesehen, wenn ein Brief unmittelbar an eine geschädigte Person gesendet würde. Allgemeine Informationen an Personen, die lediglich möglicherweise als Kunden (*persons who might find such services in general... useful*) in Betracht kämen sind unproblematisch.

(e) Firmennamen

⁴⁵⁸ Bates v. Arizona State Bar, 433 U.S. 350, 381; 97 S.Ct. 2691, 2707-2708, 53 L.Ed.2d 810 (1977).

⁴⁵⁹ In *Grievance Committee v. Trantolo*, 192 Conn. 27, 470 A.2d 235 (1984) entschied der Supreme Court hingegen, daß das in DR. 2-101 niedergelegte Verbot der Fernsehwerbung so interpretiert werden sollte, dass damit nur irreführende oder wahrheitswidrige Werbung gemeint sei. Ein komplettes Verbot hingegen sei verfassungsgemäß sehr zweifelhaft.

⁴⁶⁰ *Grievance Comm. v. Trantolo*, 192 Conn. 27, 470 A.2d 235; *Koffler v. joint Bar Ass'n*, 51 N.Y.2d 140, 432 N.Y.S.2d 872, 412 N.E.2d 927 (1980); *Kentucky Bar Ass'n v. Stuart*, 568 S.W.2d 933 (Ky.1978).

Auch dieser Aspekt muss weit gehend dem Kriterium standhalten, nicht irreführend zu wirken. So ist in den meisten Staaten der Begriff *professional corporation* erlaubt, wie natürlich auch der Begriff *clinic*.⁴⁶¹ Auch erlaubt ist es, bereits verstorbene Anwälte weiterhin im Firmennamen zu führen. Eine weitere Bedingung ist, dass die Anwälte die im Namen geführt werden, auch in dem Staat, in dem die Firma ihren Sitz hat, zugelassen sind.⁴⁶² Dies bedeutet, dass *multistate law firms*, die im Namen die Namen ihrer Angehörigen tragen, nicht mit diesem werben können, solange die Anwälte dort, wo Werbung betrieben werden soll, nicht zugelassen sind.

(f) Briefköpfe

Es gab schon immer vielfältige Regulierungen für die Art der Gestaltung von Briefköpfen. Ihre Bedeutung für ein effektives Marketing hingegen ist gering und daher sind sie weniger Gegenstand von Beschwerden. Heute gilt die allgemeine Formel, dass auch Briefköpfe weder wahrheitswidrig noch irreführend sein dürfen.⁴⁶³

(4) *Solicitation*

Das Werbeverbot ist in den USA lange gebrochen. Werbung ist in bestimmter Form erwünscht. So erwünscht, dass gegenseitige Absprachen unter Anwälten, in der Umgebung des anderen nicht zu werben, als ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht, als ein Verstoß gegen den *Sherman Antitrust Act* betrachtet werden.⁴⁶⁴ Die aber schlechthin anrühmlichste und umstrittenste Form der Werbung ist die sog. *solicitation*.

⁴⁶¹ *The Court seems implicitly to have required that the "clinic" in fact have at least those operating characteristics. Some subsequent decisions have been restrictive in permitting the use of the word "clinic" to describe a law practice.* –E.g., *Bishop v. Committee on Professional Ethics*, 521 F.Supp. 1219 (S.D. Iowa, 1981).

⁴⁶² anders in: *New York Crimin. & Civ.Cts. Bar Ass'n v. Jacoby*, 61 N.Y.2d 130, 472 N.Y.S.2d 890, 460 N.E.2d 1325 (1984).

⁴⁶³ Anders in: *In re Advisory Committee Opinion No.477*, 86 N.J.. 473 A2d 59 (1981).

⁴⁶⁴ *Blackburn v. Sweeney*, 53 F. 3d. 825 (7th Cir.1995).

Eine besondere Bedeutung besitzt in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Ohralik v. Ohio State Bar Association*.⁴⁶⁵ Hier wurde entschieden, dass der Staat Ohio einen legitimen und auch zwingenden Anspruch habe, das betrügende, übervorteilende, einschüchternde oder sonst wie schikanöse direkte Herantreten und Ansprechen des potentiellen Mandanten zu verhindern. Somit dürften durch einen Bundesstaat präventive Maßnahmen ergriffen werden, die auch darin bestehen könnten, das direkte Herantreten an potentielle Mandanten grundsätzlich zu verbieten. Seit dieser Entscheidung wird *solicitation* als grundsätzlich rechtswidrig behandelt. In *Ohralik v. Ohio State Bar Association* ging es um das mittlerweile klassisch anrühige „*ambulance chasing*“; Anwälte auf der Suche nach *personal injury* Fällen, die z.B. keine Hemmungen haben den potentiellen Mandanten direkt am Unfallort oder im Krankenhaus zu aquirieren. Hintergrund für das besonders intensive Engagement der Anwälte sind die mit den *personal injury* Fälle verknüpften Erfolgshonorare, oft sehr attraktive Mandate (s.o.).⁴⁶⁶

Das Verbot der *solicitation* wurde jedoch gleichzeitig relativiert. Am selben Tag der *Ohralik* Entscheidung, im Jahr 1978 gab es noch eine weitere Entscheidung in der ein solches unmittelbares Herantreten wiederum als legitim betrachtet wurde.⁴⁶⁷ Besonders an diesem Fall war, dass die handelnde Person kein wirtschaftliches Interesse an der Akquisition hatte, sondern ideelle und politische Ambitionen im Vordergrund standen. Damit hatte sie sich von der bei direktem Herantreten gegebenen *prima facie* der Übervorteilungsabsicht und Nötigungsabsicht befreit. Im Übrigen war dies wegen der fehlenden wirtschaftlichen Interessen kein Grenzfall der *Commercial Speech*, vielmehr fiel dieser Fall direkt unter die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit. *Solicitation* galt somit grundsätzlich als

⁴⁶⁵ 436 U.S. 447 (1978)

⁴⁶⁶ s. weiter oben. Personal injury und Erfolgshonorare.

⁴⁶⁷ *In re Primus* 436 U.S. 412 (1978).

verboten, es gab jedoch Rechtfertigungstatbestände mit höheren Rechts- und Wertegütern. Aus diesem Grund sind gemeinnützige Verbraucherschutzorganisationen vom Verbot der *solicitation* befreit und dürfen, ihrem Schutzzweck entsprechend, geschädigte Personen direkt ansprechen.

In der folgenden Zeit fand dann eine weitere Differenzierung zwischen schriftlicher und mündlicher *solicitation* statt. Das kategorische Verbot des direkten Herantretens, ob schriftlich oder mündlich, um prophylaktisch eine Übervorteilung des Mandanten zu verhindern, wurde als ein Verstoß gegen die *commercial speech* betrachtet, da es Formen der *solicitation* gebe, welche die potentiellen Gefahren weniger beinhalteten. Der briefliche Kontakt zu einem potentiellen Mandanten brächte nicht den gleichen Grad an Gefahren mit, wie dies der unmittelbare persönliche Kontakt täte. Vielmehr stelle sich die Frage, was ein potentieller Mandant eigentlich sei? Eine Person, die potentiell in eine relevante Rechtssituation gelangt ist, oder eine Person, bei der dies bereits der Fall ist, die aber noch als Mandant gewonnen werden muss. Ein brieflicher Kontakt mit der ersten Gruppe berge nicht mehr Gefahren als dies die Werbung in Zeitungsannoncen täte. Dieser war in Zauderer⁴⁶⁸ noch ausdrücklich gebilligt worden. Doch selbst wenn der Gleichwertigkeit der Gefahren zu Zeitungsannoncen widersprochen würde, weil die zweite Gruppe der potentiellen Mandanten wohl eher von den Anwälten als Ziel betrachtet würden, sei nicht die gleiche Prävention erforderlich wie bei unmittelbarem mündlichen Kontakt; es gäbe mildere Formen die Gefahren zu bändigen: Beispielsweise durch Kennzeichnung als Werbung.⁴⁶⁹

Eine neuere Entwicklung im Rahmen der schriftlichen *solicitation* erfolgte durch *Florida Bar v. Went for It*.⁴⁷⁰: Erst nach 30 Tagen dürften Unfallopfer

⁴⁶⁸ 471 U.S. S.626 ff.

⁴⁶⁹ HCK, S.1023.

⁴⁷⁰ 115 S.Ct.2371 (1995).

und deren Familien per Postweg angesprochen werden, um der Gefahr der Überrumpelung zu begegnen. In Anlehnung an diese Meinungen in Literatur und Rechtsprechung findet sich eine entsprechende Regelung in der ABA Rule 7.3.

Des Weiteren darf er auch nicht durch aufgenommene oder geschriebene Werbung oder im Sinne des obigen Absatzes an potentielle Mandanten herantreten, wenn diese bereits zu verstehen gegeben haben, dass sie nicht geworben werden wollen oder die Werbung Zwang oder Übervorteilung bedeutet.

Außerdem muss jede geschriebene oder aufgenommene Werbung des Anwalts mit dem Aufdruck oder der Ansage, dass es sich um Werbung handele („*advertising material*“), unmissverständlich kenntlich gemacht werden.⁴⁷¹

Florida Bar vs. Went for It hat in die Regulierungen noch keinen Eingang gefunden.

(5) Die Gegenwärtigkeit der Anwaltswerbung

Anwälte nehmen heute in steigenden Zahlen Werbemaßnahmen in Anspruch. Diese Entwicklung entstand aber nicht explosionsartig. Nicht unmittelbar nach der Entscheidung Bates im Jahre 1977, sondern erst

⁴⁷¹ *A lawyer shall not by in-person or live telephone contact solicit professional employment from a prospective client with whom the lawyer has no family or prior professional relationship when a significant motive for the lawyer's doing so is the lawyer's pecuniary gain.*

A lawyer shall not solicit professional employment from a prospective client by written or recorded communication or in-person or telephone contact even when not otherwise prohibited by paragraph (a), if :
the prospective client has made known to the lawyer a desire not to be solicited by the lawyer, or
the solicitation involves coercion, duress or harassment.

Every written or recorded communication from a lawyer soliciting professional employment from a prospective client known to be in need of legal services in a particular matter, and with whom the lawyer has no family or prior professional relationship, shall include the words „Advertising Material“ on the outside envelope and at the beginning and ending of any recorded communication.

Mitte der achtziger Jahre stieg die Zahl der werbenden Anwälte von 13% - 1985 auf 32% -1987.⁴⁷² Wenn man die Zeitpunkte der Präzedenzfälle betrachtet, wird deutlich, dass erst mit der steigenden Zahl werbender Anwälte die Gerichte die Notwendigkeit einer Einschränkung der Werbung erkannt haben. Patterson meinte 1984 noch, dass sich die Diskussionen um die Werbung erledigt hätten.⁴⁷³ Kurz darauf wurde die Diskussion jedoch neu entfacht, durch *Florida Bar vs. Went for It*. Diese Entscheidung dürfte nicht die letzte Einschränkung gewesen sein, die rege Diskussion in der amerikanischen, Literatur die auch in dieser Entscheidung Eingang gefunden hat, lässt noch mehr erwarten.⁴⁷⁴ Von 1980 bis 1993 ergab sich eine Steigerung der Ausgaben für Fernsehwerbung durch Anwälte von \$ 5.000.000 auf \$ 130.000.000.⁴⁷⁵ Von einer Steigerung dieses Trends ist auszugehen.

15 Jahre vor Bates waren durch die Entscheidung *Connelly*⁴⁷⁶ noch Anwaltspartner mit einem Disziplinarverfahren verfolgt worden, nachdem sie ihre Kanzlei über einen Artikel im Life-Magazin unter den New Yorker Anwaltsfirmen als „*the cream of corporate business*“ darstellen ließen. Durch Bates konnte dann ungehindert mit Reportern zusammengearbeitet werden. Heute kämpfen die *law firms* untereinander um die Aufmerksamkeit der Presse. Viele haben in ihren Reihen Marketing-Experten engagiert oder haben *public relation* Firmen beauftragt Broschüren und *newsletter* zu produzieren. Ein Artikel wie der von *Olwine Connelly* wäre heute ein großer und vor allem legaler Erfolg.⁴⁷⁷

⁴⁷² Lawpoll: Advertising Attracting neither Participants nor Supporters, 67 ABA J. 1618-1619 (1981); ABA-Survey, S.2..

⁴⁷³ Only a few years ago , lawyer advertising and solicitation created a firestorm in the bar ... it soon burned itself out ... Patterson, S.585.

⁴⁷⁴ anders bzw. einschränkend Smith/Mallen, S. 289.

⁴⁷⁵ Smith/Mallen, S. 278 m.w.N..

⁴⁷⁶ 18 A.D. 2d 466, 240 N.Y.S.2d 126 (1st Dept. 1963).

⁴⁷⁷ Gillers, S.891.

Die Rechtsprechung ist heute, 25 Jahren nach Bates, immer noch damit beschäftigt, weitere Grenzen für die Werbung zu finden, Ausartungen sind bekannt und werden als nicht erwünschter Nebeneffekt einer notwendigen Regelung in Kauf genommen.⁴⁷⁸ Sie sind nicht aus dem amerikanischen Rechtsleben wegzudenken und werden permanent bekämpft.

⁴⁷⁸ Blackburn v. Sweeney, 53 F. 3d. 825 (7th Cir. 1995).

D) Rechtspflege und europäische Wettbewerbsforcierung im deutschen Berufsrecht

I. Das deutsche berufsrechtliche Spannungsverhältnis

In Deutschland steht das gesamte Berufsrecht des Rechtsanwalts im Spannungsverhältnis zweier verfassungsrechtlich relevanter Grundsätze. Zum einen dem Allgemeininteresse an einer funktionsfähigen Rechtspflege, zum anderen dem Grundsatz der freien Advokatur. Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. (§1 BRAO). Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus (§ 2 Abs.1 BRAO). Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe. (§ 2 Abs.2 BRAO). Der Rechtsanwalt ist der berufene, unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. (§ 3 BRAO).

Die anwaltliche Selbstbestimmung unterliegt allein der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts.⁴⁷⁹ Der Rechtsanwalt übt weder ein öffentliches Amt aus, er ist nicht staatlich gebunden, noch unterliegt er beamtenähnlichen Treuepflichten.⁴⁸⁰ Verfassungsrechtliche Maßstabnorm für Eingriffe in die anwaltliche Unabhängigkeit und Freiheit ist daher nicht Art. 33 GG, sondern Art. 12 GG.⁴⁸¹ Daraus folgt, dass in die Freiheit der anwaltlichen Berufsausübung nur „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ -mittels Rechtsverordnung oder Satzung- eingegriffen werden kann. Alle wesentlichen Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen nach dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.⁴⁸² Wesentliche Eingriffe sind gegeben bei Regelungen der Berufswahl sowie statusbildenden Normen, die von einschneidender Bedeutung für das Gesamtbild der beruflichen Betätigung sind.

⁴⁷⁹ BVerfGE NJW 1988, 191.

⁴⁸⁰ BVerfGE 34, 293, 302; 50, 16; 63,266.

⁴⁸¹ Kleine-Cosack, Einl. Rn. 5..

⁴⁸² BVerfGE 33, 125, 157 ff; 57, 121, 131; 60, 215, 230; BVerfG NJW 1993, 317.

Außerhalb dieses wesentlichen Bereichs sind Regelungen in einer Berufsordnung (Satzung) aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zulässig. § 59 b enthält eine entsprechende Regelung, die dies für die Satzungsversammlung in der Bundesrechtsanwaltskammer bestimmt, die Kompetenz zur Normierung des Standesrechts.⁴⁸³

Der Begriff des Gewerbe ist in keinem Gesetz definiert. Nach der Rechtsprechung und Lehre hat sich der Grundsatz entwickelt, dass Gewerbe jede selbstständige i.S. des § 84 Abs. 1 S.2 HGB planmäßige, auf dauernde Gewinnerzielung gerichtete ausgeübte Tätigkeit ist.⁴⁸⁴ Diese Voraussetzungen erfüllt der Rechtsanwalt bis auf die Frage, ob dieser den Beruf zum Zwecke der Gewinnerzielung ausübt.⁴⁸⁵ Nach h.M. in deutscher Rechtsprechung und Lehre üben die freien Berufe grundsätzlich noch kein Gewerbe aus.⁴⁸⁶

Der Rechtsanwalt ist ein Organ der Rechtspflege und als ein solches ist er vorrangig der Rechtspflege verpflichtet. Wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, ist eine Absicht, die hintenansteht.⁴⁸⁷ Gewerbetreibende üben ihren Beruf des Einkommens willen aus und legen ihre Preise bzw. Löhne selbst fest oder verhandeln mit Vertragspartnern hierüber. Maßgebend für

⁴⁸³ Siehe zu weiteren Rechtsquellen: Gesetzesauslegung BVerfG NJW 1974, 1279 vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht Kleine-Cosack § 43 Rn. 7.

⁴⁸⁴ Michalski, S. 117; Canaris, S. 23.

⁴⁸⁵ Michalski, Lutz, „Die freie berufliche Zusammenarbeit im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Berufsrecht“, AnwBl 1989, S.66.

⁴⁸⁶ BVerfGE 21, 227, 233; BGH EGE XIII, 67, 71; LG München I NJW 1994, 1882, 1883; Kornblum, Udo, „Probleme der Haftung assoziierter Rechtsanwälte“, AnwBl 1973, 153,158; Schmidt, HandelsR, 4.Aufl. 1994, S.282; Feuerich, §2 Rn.1.

⁴⁸⁷ Begründung zur BRAO BTDrucks III/120, S.48: *„Das Wesen des freien Berufes erschöpft sich aber nicht darin, dass seine Angehörigen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Staat oder zu einem Auftraggeber stehen. Vielmehr liegt die Eigenart des freien Berufes vornehmlich darin begründet, dass seine Angehörigen sich nicht vom Streben nach Gewinn bestimmen lassen dürfen (...). So werden die Handlungen und Unterlassungen eines Anwalts, der von der ethischen Aufgabe seines Berufs erfüllt ist, von dem Motiv geleitet sein, das Recht zu verwirklichen. Von diesem idealen Streben her gesehen, übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf aus.“*

das Gewerbe ist daher der wirtschaftliche Wettbewerb, so dass Löhne und Preise dem wirtschaftlichen Markt entsprechend angeglichen werden.⁴⁸⁸

Das Berufsrecht hat sich zwar in letzter Zeit stark verändert. Inhaltlich entspräche die Berufsordnung - anders als die früheren Richtlinien - jetzt dem Grundsatz „*in dubio pro libertate*“, so ein führender Kommentator.⁴⁸⁹ Damit sollen aber lediglich kleinliche Reglementierungen, wie früher beispielsweise die Vorgaben für Größe, Gestaltung und Art des Praxisschildes (§ 70 III RichtIRA), vermieden werden. Der wirtschaftliche Wettbewerb soll nach deutschen Vorstellungen nicht derartig angekurbelt werden, dass man von einem Gewerbe sprechen kann. Dennoch hat eine Wettbewerbsforcierung stattgefunden.

III. Berufsrecht und europäische Wettbewerbsforcierung

Die Veränderungen des deutschen Berufs- und Standesrechts der deutschen Anwaltschaft der letzten 25 Jahre sind auf zwei grundlegende Faktoren zurückzuführen:

Der erste war die Entscheidungen des BVerfG vom 14.07.1987⁴⁹⁰ zum Wesentlichkeitsgrundsatz, Werbeverbot und Sachlichkeitsgebot der Standesrichtlinien der Rechtsanwälte. Damit wurden die seit Kriegsende geltenden Standesregeln aufgehoben.

Das BVerfG stellte fest, dass die gem. § 177 II Nr. 2 i.V.m. § 43 BRAO (in der damaligen Fassung) von der BRAK erlassenen Standesrichtlinien keine ausreichende Grundlage für Einschränkungen der anwaltlichen

⁴⁸⁸ Rittner, S. 23f.

⁴⁸⁹ Hartung/Holl- Hartung, S. 17.

⁴⁹⁰ BVerfGE, NJW 1988, 191; BVerfGE NJW 1988, 194.

Berufsausübung waren. Eine Einschränkung des Grundrechtes aus Art. 12 GG durch die nichtgesetzlichen Standesregeln war nicht möglich.⁴⁹¹

Erst mit der Reform des Berufsrechtes 1994 wurden konkrete Standesvorschriften in die BRAO aufgenommen und somit eine rechtliche Grundlage für Einschränkungen der Berufsausübung geschaffen.⁴⁹² Im Weiteren erhielt die BRAK in § 59a BRAO die Befugnis, im Wege der Satzung weitere Standesvorschriften für bestimmte Bereiche der Berufsausübung aufzustellen. Dies hat sie letztlich mit dem Erlass der Berufsordnung für Rechtsanwälte vom 29.11.1996, welche am 11.03.1997 in Kraft trat, getan.⁴⁹³

Der zweite wesentliche Faktor, der sich unmittelbar auf das deutsche Berufsrecht auswirkte, waren die europarechtlichen Vorgaben.⁴⁹⁴ Die notwendig gewordene weit reichende Revision des deutschen Berufsrechts aufgrund der genannten Entscheidungen des BVerfG stellte einen Umstand dar, der die Möglichkeit der Umsetzung des Gemeinschaftsrechtes in Deutschland ungemein unterstützte.⁴⁹⁵

Die Wettbewerbsforcierung im Berufsrecht des Rechtsanwalts ist auf den zweiten Faktor der Veränderungen zurückzuführen. Es ist eine europäische Wettbewerbsforcierung, die sich wiederum in zwei bedeutende Abschnitte gliedern lässt.

Das Primärziel der Integration ist auch hinsichtlich der Rechtsberatung zu berücksichtigen. Für die rechtsberatende Dienstleistung waren zunächst

⁴⁹¹ näheres dazu s. o..

⁴⁹² Änderungsgesetz der BRAO vom 2.09.1994 (BGBl. I S. 2278).

⁴⁹³ BRAK-Mitt. 1996, 241ff.

⁴⁹⁴ Geiger, S. 66.

⁴⁹⁵ Raczinski, Bernd/ Rogalla, Dieter/ Tomsche Eberhard, „Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs für die deutschen Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft“, AnwBl 1989, S.583, 586; Rabe, Hans-Jürgen, „Internationales Anwaltsrecht- Dienstleistung und Niederlassung“, NJW 1987, S. 2185; Redeker, Konrad, „Freiheit der Advokatur –heute“, NJW 1987, S. 2610.

Freizügigkeit (Art. 39-42 EGV), Niederlassungsfreiheit (Art. 43-48) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49-55) zu gewährleisten.⁴⁹⁶ (1.)

Darüber hinaus hat sich in der neueren europäischen Rechtsprechung eine neue Stufe der Integration ergeben. Die neueren Entscheidungen ergehen allesamt bezüglich Art. 81 EGV. Damit ist eine neue Stufe der Integration erreicht, denn es geht nicht mehr um den Marktzugang, sondern um eine gemeinschaftsrechtliche Leitlinie für das nationale Berufsrecht schlechthin, um allgemeingültige europäische Regeln. (2.)

1. Berufsrecht und europäische Integration in Form des Marktzugangs

a) Zulassung zur Anwaltschaft

aa) Deutschland

Dank des Rechtsberatungsgesetzes gibt es in Deutschland ein Rechtsberatungsmonopol für deutsche Rechtsanwälte. Die Ziele sind gemeinwohlrelevant.⁴⁹⁷ Das Gesetz soll dem Schutz der Rechtsuchenden vor unzuverlässigem „Winkelkonsulententum“ dienen, indem sie davor bewahrt werden sollen, mit ihren rechtlichen Problemen in die Hand von Personen zu gelangen, die keine hinreichende Gewähr für ausreichende Sachkunde und fachliche Zuverlässigkeit bieten.⁴⁹⁸ Weiterhin soll das Rechtsberatungsgesetz im Interesse einer effektiven Verwaltungstätigkeit von Behörden und Dienststellen das Tätigwerden sachkundiger Vertreter verhindern.⁴⁹⁹ Weniger gemeinwohlorientiert, aber zumindest ehrlich wird schließlich argumentiert, dass das Gesetz der Anwaltschaft ein ausreichendes Arbeitsfeld sichern soll, als Gegenleistung für die lange

⁴⁹⁶ s. hierzu die Entscheidungen des EuGH in: Reyners EuGH 1974, 631, Klopp EuGH 1984, 2971, van Binsbergen EuGH 1974, 1299 oder Gebhard EuGH 1995, I-4165.

⁴⁹⁷ Kleine-Cosack, NJW 2000, S.1596.

⁴⁹⁸ BGH, NJW 1961, 313; NJW 1967, 1558.

⁴⁹⁹ BverfG, NJW 2000, 1251; NJW 1976, 1349.

Ausbildung und berufsständische Bindungen.⁵⁰⁰ Diesen Schutz hat das BVerfG jedoch für unzulässig erachtet.⁵⁰¹ Soweit eine fühlbare Beeinträchtigung der für eine ordnungsgemäße Rechtspflege benötigten Anwaltschaft nicht zu besorgen sei, könnten rechtliche Bestimmungen nicht zum Schutz vor oder gegen Konkurrenz dienen. Trotz dieses Gesetzes bröckelt das Rechtsanwaltsmonopol. So gab es in den letzten Jahren eine verstärkte Konkurrenz spezialisierter Dritter wie Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.⁵⁰²

bb) Europa

Vor allem ergaben sich Öffnungen im Rahmen der Bildung eines europäischen Binnenmarkts. Einschneidende Veränderungen gab es in den berufsrechtlichen Vorschriften, welche die Zulassung zur Anwaltschaft regeln. Gem. § 2 und § 25 EURAG darf ein europäischer Anwalt sich heute in Deutschland niederlassen und dienstleistend tätig werden. Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit ist ihm weiterhin auch die Zulassung zur deutschen Anwaltschaft zu ermöglichen. Dies kann gem. § 11 EURAG nach dreijähriger effektiver und regelmäßiger Tätigkeit des niedergelassenen europäischen Anwaltes auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts als auch des deutschen Rechts erfolgen. Bei kürzerer Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts kann der europäische Anwalt mittels eines Nachweises über die geleistete Tätigkeit und mit dem Absolvieren eines Gespräches zur Anwaltschaft zugelassen werden, §§13-15 EURAG.

Eine weitere Möglichkeit ist das Ablegen einer Eignungsprüfung, § 15 EURAG. Dies entspricht weitestgehend der Regelungen im EigPrüfG.

⁵⁰⁰ BGH, NJW 1962, 2010; Henssler/Prütting-Weth, S.1172.

⁵⁰¹ BVerfG, NJW 1998, 3483.

⁵⁰² Das BVerfG hat bereits im Masterpat-Beschluß BVerfGE NJW 1998, 3481 entscheidende Restriktionen des Gesetzes vorgenommen. Von Seiten der Medien ist das Rechtsberatungsgesetz auch unter öffentlichen Druck geraten, nachdem Rechtsanwälte Front gegen Verbrauchersendungen machten. Ricker, Reinhard, „Das Rechtsberatungsgesetz im Konflikt mit den Grundrechten aus Art.5 I GG, NJW 1999, 449 m.w.N..“

Insbesondere die Vorschriften zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, die den europäischen Rechtsanwalt berechtigen in Deutschland tätig zu werden, führten oftmals dazu, dass er bestimmte berufsrechtliche Vorgaben, die für einen deutschen Anwalt gelten, nicht zu erfüllen braucht. So gilt weiterhin für nur in Deutschland zugelassene und tätige Anwälte das Zweigstellenverbot. Dem Anwalt hingegen, der grenzüberschreitend tätig wird, ist es möglich, überall in Deutschland, ohne eine Sozietät zu gründen, eine zweite Kanzlei zu unterhalten.⁵⁰³

Im Weiteren gilt für deutsche Anwälte der Grundsatz der territorialen Ausschließlichkeit (Singularzulassung). Um den Beruf eines Anwaltes ausüben zu können, muss dieser bei einem Gericht zugelassen sein, §§ 18, 52 II BRAO. In dem Bezirk dieses Gerichts hat der Anwalt dann seine Kanzlei einzurichten. Da er keine Zweigstellen unterhalten darf, wird im Umkehrschluss klar, dass grundsätzlich die Zulassung nur bei einem Gericht möglich ist.

Mit der Neuregelung des § 78 ZPO seit dem 01.01.2000 ist ein deutscher Anwalt bei allen Amts- und Landgerichten sowie Familiengerichten postulationsfähig, der Zulassungszwang an einem Gericht bleibt jedoch bestehen. Voraussetzung für die Tätigkeit eines europäisch dienstleistenden Anwaltes ist jedoch, dass er im Einvernehmen mit einem deutschen Anwalt handelt, soweit Anwaltszwang besteht. Eine Zulassung bei einem deutschen Gericht ist für ihn nicht notwendig.

cc) Inländerdiskriminierung

Für inländische Anwälte gelten somit strengere Vorschriften als für europäische Anwälte.⁵⁰⁴ Diese Konsequenz aus der Verwirklichung der

⁵⁰³ vgl. Ausführungen zum Klopp-Urteil des EuGH weiter unten.

⁵⁰⁴ Wesser, S. 119.

Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit hat auch der EuGH gesehen und hingenommen.⁵⁰⁵ Er führt dazu aus, dass sich der dienstleistende ausländische Rechtsanwalt in einer Situation befindet, die sich nicht mit der Situation der ständig im Tätigkeitsland ansässigen Anwälte vergleichen ließe. Die Vorschrift des § 52 II BRAO, der den Grundsatz der territorialen Ausschließlichkeit enthält, ist aber gerade ein Teil der berufsrechtlichen Regulierungen, die speziell für in Deutschland ständig ansässige Anwälte gilt. Eine Ungleichbehandlung deutscher Anwälte sei zugunsten der Dienstleistungsfreiheit hinzunehmen.⁵⁰⁶

Dies führt dazu, dass sich die deutschen Anwälte zunehmend der ausländischen Konkurrenz gegenübersehen und sie deshalb versuchen müssen, Marktpositionen zu behalten und zu gewinnen. Dies sind Aspekte, die bei der Änderung und Liberalisierung des Standesrechts mitspielten.

b) Ausnahme vom Zweigstellenverbot - §29a BRAO

aa) Deutschland

Grundsätzlich gilt in Deutschland das Zweigstellenverbot. Ein Anwalt kann nur eine Kanzlei betreiben. Dies ergibt sich aus dem Lokalisationsgebot. Der Anwalt hat im Bezirk des Gerichtes, bei welchem er zugelassen ist, seine Kanzlei einzurichten und nur dort. Der Grund dafür liegt in der besonderen Rolle des Anwalts als Organ der Rechtspflege. Es muss für den Rechtssuchenden eindeutig erkennbar sein, wo er den Anwalt erreichen kann. Im Weiteren soll das Lokalisationsgebot eine enge Bindung des Anwaltes zum lokalen Gericht fördern und damit die Abwicklung der Prozesse vereinfachen.

⁵⁰⁵ EuGH Rs. 427/85 Slg. 88, 1154.

⁵⁰⁶ Bleckmann in Anmerkung zu EuGH Rs. 427/85 in NJW 1988, 509, 510; Feuerich/Braun, BRAO, § 52 Rn. 16; Hempel S. 41; Geiger S. 165.

bb) Europa

Zu einer bedeutenden Veränderung dieser Rechtslage führte die Entscheidung des EuGH in dem Verfahren gegen Klopp⁵⁰⁷, nämlich zur Einführung des § 29a BRAO⁵⁰⁸. Der deutsche Rechtsanwalt Klopp, welcher Mitglied der RAK Düsseldorf war und dort seine Kanzlei betrieb, beantragte die Zulassung zur Anwaltschaft in Frankreich und wollte in Paris eine Kanzlei einrichten. Dieser Antrag wurde von der französischen Behörde abgewiesen mit der Begründung, dass Herr Klopp bereits eine Kanzlei unterhalte. In Frankreich gilt, wie auch in Deutschland, der Grundsatz, dass ein Rechtsanwalt nur in einer Kanzlei tätig sein darf. Zweigstellen sind auch dort untersagt.

In dieser Versagung der Zulassung sah der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Zwar bestand in Ermangelung europarechtlicher Vorschriften (zu der Zeit galt nur die DienstleistungsRI.) eine Kompetenz der Mitgliedsstaaten zur Regelung der Modalitäten der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in ihrem Hoheitsgebiet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass einem Anwalt vorgeschrieben werden kann, dass er im gesamten Gebiet der Gemeinschaft nur eine Kanzlei betreiben darf. Dies hätte zur Folge, dass eine grenzüberschreitende Tätigkeit nicht bzw. nur unter Aufgabe der bislang betriebenen Kanzlei möglich wäre.

Diese europäische Rechtsprechung wurde daher entsprechend auch vom deutschen Gesetzgeber in das deutsche Berufsrecht eingeflochten. § 29a BRAO macht daher eine Ausnahme vom Zweigstellenverbot für den Rechtsanwalt, der bereits eine Kanzlei in einem der anderen Mitgliedsstaaten hat und sich in Deutschland niederlassen will.

⁵⁰⁷ EuGH Rs. 107/83 Slg. 1984, 2971.

⁵⁰⁸ durch das Gesetz vom 13.12.1998, BGBl. I 98, 2135.

c) Lokalisierungsgebot

aa) Deutschland

Gem. § 18 BRAO ist der deutsche Rechtsanwalt verpflichtet, sich bei einem Gericht zuzulassen. Für das Allgemeininteresse der Sicherung der Funktion der Rechtspflege ist eine Lokalisierung geboten. Der Anwalt muss erreichbar sein.

bb) Europa

Aufgrund der besonderen Situation für einen lediglich vorübergehend tätigen mitgliedstaatlichen Anwalt findet diese Pflicht für ihn keine Anwendung. Da er sich nur vorübergehend zur Berufsausübung in Deutschland aufhält, kann eine Zulassung nicht gefordert werden.

Eine Besonderheit liegt bei Verfahren vor dem BGH vor. Hier muss der beispielsweise französische Anwalt gem. § 27 EURAG das Erfordernis der Zulassung bei diesem Gericht beachten. Eine andere Möglichkeit besteht gem. § 28 EURAG, wonach der dienstleistende europäische Anwalt in gerichtlichen und behördlichen Verfahren, wo Anwaltszwang besteht, im Einvernehmen mit einem Anwalt handeln kann, welcher befugt ist, bei dem Gericht oder der Behörde aufzutreten. Auf den niedergelassenen europäischen Anwalt findet § 18 BRAO ebenfalls zunächst keine Anwendung. § 6 EURAG erklärt nur bestimmte Teile der BRAO für anwendbar. Sobald der ausländische Anwalt jedoch seine Zulassung zur deutschen Anwaltschaft erhalten hat, unterliegt er im vollen Umfang den Vorschriften der BORA. Unter Beachtung des Zweigstellenverbotes des §28 BRAO darf er dann auch nur in einem Gerichtsbezirk seine Kanzlei unterhalten.

Die Wahl der Niederlassung wird damit zwar beschränkt. Für eine Rechtfertigung wird jedoch angeführt, dass für das Allgemeininteresse der Sicherung der Funktion der Rechtspflege eine Lokalisierung geboten ist.

Der Anwalt muss erreichbar sein. Ob dies einer Überprüfung i.S.d. Niederlassungsfreiheit standhält, ist zweifelhaft.⁵⁰⁹ Das Ziel der Lokalisierung kann im Zeitalter moderner Kommunikation und Infrastruktur unproblematisch erreicht werden.

d) Wohnsitzpflicht - § 27 I BRAO

aa) Deutschland

Die gleiche Kritik kann man auch der Wohnsitzpflicht entgegenbringen. Der deutsche Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Wohnsitz im Bezirk des Oberlandesgerichts einzurichten, in dessen Landgericht er zugelassen ist. Diese Vorschrift wirkt sich damit mittelbar auf die Freiheit der Niederlassung aus. Der Kanzleiort wird damit vom Wohnort des Rechtsanwalt beeinflusst. Kann dieser nicht frei gewählt werden, so ist auch die Wahl des Ortes der Niederlassung nicht unbeschränkt.

bb) Europa

Der EuGH hat sich hierzu in der Entscheidung "van Buisbergen"⁵¹⁰ erklärt. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sei aus Gründen des Allgemeininteresses möglich. Mit der Wohnsitzpflicht würde gewährleistet, dass der Anwalt für den Rechtssuchenden und die Justiz erreichbar sei.

Aber auch hier läßt sich entgegenen, dass mittels der heutigen Telekommunikationsmöglichkeiten eine schnelle und zuverlässige Verbindung auch über größere Strecken gewährleistet ist. Das Erfordernis der örtlich nahen Ansiedlung ist ein Relikt aus früheren Jahrhunderten. Jedenfalls vor dem Hintergrund der Möglichkeit eines Zustellungsbevollmächtigten als weniger einschneidende Beschränkung müssen ernsthafte Zweifel an dieser Vorschrift aufkommen.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Merle, S. 139.

⁵¹⁰ EuGH Slg. 1974, 1299, 1309.

⁵¹¹ Merle, S. 146.

e) Gesellschaftsformen im Zuge der Europäisierung

aa) Gründung von Sozietäten/überörtlichen Sozietäten/EWIV

Das historische Bild eines Anwalts ist das eines Einzelanwaltes. Diese althergebrachte Vorstellung beruht auf dem Gedanken, dass die seriöse und verantwortungsvolle Tätigkeit eines Anwaltes durch die mechanische Betriebsamkeit und geschäftsmäßige Routine eines Anwaltsgrößbetriebes gefährdet würde.

Die zeitliche Entwicklung brachte eine zunehmende Spezialisierung und Vergrößerung der Kompetenz von Anwälten zutage. Der Rechtsanwalt musste gegen andere rechtsberatende Berufe immer mehr bestehen. Für den leistungsfähigen Anwalt wurde immer mehr ein Grad an Technik notwendig, der mit hohen Kosten einherging. Damit stiegen die Risiken der Berufsausübung. Ein Zusammenschluss in überörtlichen Sozietäten war damit ökonomisch und wurde zunehmend als berufsrechtlich zulässig angesehen.⁵¹²

Die "Klopp"-Entscheidung des EuGH brachte die Möglichkeit der Errichtung von Zweit- und Mehrfachkanzleien im EG-Ausland.⁵¹³ Heute ist die überörtlich tätige Kanzlei ein nicht mehr wegzudenkender Bestandteil der Rechtsanwaltslandschaft. §59a BRAO regelt die berufliche Zusammenarbeit ausgewählter freier Berufe in einer Sozietät. Diese braucht sich nicht auf einen OLG-Bezirk beschränken.

In Deutschland sind 50 - 60% aller Rechtsanwälte in Sozietäten zusammengeschlossen.⁵¹⁴ Eine Legaldefinition des Begriffs Sozietät ist nicht existent. Eine Sozietät ist ein auf vertraglicher Grundlage

⁵¹² Geiger, S. 161f.

⁵¹³ EuGH Slg. 1984, 2971, 2989f.

⁵¹⁴ Kraus/Kunz/Nerlich, Sozietätsrecht, 2000, § 1 Rn.1.

beruhender Zusammenschluss von mindestens zwei Rechtsanwälten oder einem Rechtsanwalt mit einem Angehörigen einer sozietätsfähigen Berufsgruppe zur gemeinsamen Berufsausübung in einer gemeinsamen Kanzlei.⁵¹⁵

Die Sozietät ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ergänzt werden die Regelungen der §§ 705 ff BGB durch die BRAO, Modifikationen, die sich aus den allgemeinen Gesetzen und der Natur der Sache ergeben.⁵¹⁶ Die Bedingungen des Sozietätsvertrages müssen so gestaltet sein, dass die Bewegungsfreiheit und die berufliche Unabhängigkeit der Sozien nicht gefährdet werden.

Bedingung für einen zulässigen Zusammenschluss ist, dass mindestens ein Partner der Gesellschaft seinen Tätigkeitsschwerpunkt an jeweils einem Kanzleistandort hat. Diese Beschränkung ergibt sich aus den bekannten Gründen des Lokalitätsgrundsatzes und der Wohnsitzpflicht. Es läge im Interesse des Allgemeinwohls. Als Organ der Rechtspflege muss der Anwalt für den Rechtssuchenden erreichbar sein. Es muss gewährleistet sein, dass der potentielle Mandant in einer Kanzlei der Sozietät einen Anwalt antrifft, welcher berechtigt ist, die Sozietät zu verpflichten.

Nach h.M. ist die gleichzeitige Zugehörigkeit eines Rechtsanwalts in mehreren Sozietäten unzulässig. Ob sich dies aus dem Wortlaut des § 59 a I 1 BRAO ergibt, ist umstritten, dafür spricht, dass der später erlassene § 59 e II BRAO für die Rechtsanwalts GmbH ebenfalls Konstellationen verhindern will, die einer Sternsozietät gleichen.⁵¹⁷

⁵¹⁵ BGHZ 83, 328.

⁵¹⁶ Michalski, Lutz, „ Die freiberufliche Zusammenarbeit im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Berufsrecht“, AnwBl 1989, S. 65.

⁵¹⁷ Bejahende Feuerich/Braun § 59 a Rn.4, 11; Henssler/Prütting-Hartung § 59a Rn.20; Hartung-Holl § 31 Rn. 20; a.A. Astrid Steinkraus/ Christian Schaaf, „ Zur Einführung: Das Berufsrecht der Rechtsanwälte“, JuS 2001, S.278.

Tritt ein Rechtsanwalt aus einer Sozietät aus, scheidet er nicht automatisch aus den Rechten und Pflichten des Mandatsverhältnisses aus. Zur Überleitung der Rechte und Pflichten auf die Restsozietät bedarf es einer Regelung im Sozietätsvertrag oder einer gesonderten Aufhebungsvereinbarung. Gegenüber dem Mandanten bleiben die Pflichten bestehen, wenn der Mandant den ausscheidenden Anwalt nicht aus dem Vertragsverhältnis entlässt.⁵¹⁸

Im Weiteren stellte das Gemeinschaftsrecht selbst den freien Berufen die Möglichkeit der Gründung einer Europäischen Wirtschaftsvereinigung zur Verfügung. Diese Gesellschaftsform wurde gerade mit dem Ziel geschaffen, die grenzüberschreitende Kooperation der freien Berufe zu fördern. Allerdings ist die EWIV auf eine Hilfstätigkeit für die beteiligten Berufe beschränkt. Die Mitglieder bleiben in ihrer Haupttätigkeit unabhängig voneinander und unterstützen sich nur zur Steigerung der eigenen Effektivität.⁵¹⁹

bb) Partnergesellschaft

Die unzureichende Struktur der GbR für größere Zusammenschlüsse, insbesondere die fehlende Möglichkeit der Haftungsbegrenzung führte zu der Entwicklung des PartnerschaftsgesellschaftG.⁵²⁰ Partner können nur Angehörige freier Berufe werden. Für Rechtsanwälte gilt der engere § 59a BRAO. Die Partnerschaft ist gem. §§ 7 II PartGG i.V.m. § 124 I HGB rechts-, grundbuch- und parteifähig. Sie stellt aber keine juristische Person dar. Die Partnerschaftsgesellschaft ist in ein Partnerschaftsregister einzutragen (§ 4 PartGG), auf das gemäß § 5 II PartGG insbesondere § 15 HGB anwendbar ist. Jeder Partner ist zur Geschäftsführung befugt, das Vertretungsrecht der OHG ist, soweit es dem Wesen der Gesellschaft

⁵¹⁸ Henssler/Prütting-Hartung, § 59a Rn. 29.

⁵¹⁹ Geiger, S. 166.

⁵²⁰ PartGG v. 1.7.1995.

entspricht, anwendbar. Gemäß § 7 IV PartGG⁵²¹ kann die Partnerschaftsgesellschaft als Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden. Die Partnergesellschaft haftet für alle vertraglichen Erfüllungs- und Schlechterfüllungsansprüche, neben der Gesellschaft haften dann aber nur der mit der Bearbeitung befasste Partner. Deliktisch haftet die Partnerschaftsgesellschaft gemäß § 31 BGB analog für Handlungen der Partner, soweit diese in Ausführung einer ihnen obliegenden Verpflichtung gehandelt haben.⁵²²

cc) Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung

Lange war die RA-GmbH sehr umstritten.⁵²³ Eine Wende kam mit dem Beschluss des BayOLG vom 24.11.1994.⁵²⁴ Diesem folgend führte der Gesetzgeber zum 1.3.1999 mit den §§ 59 c-m BRAO diese Rechtsform ein.⁵²⁵

Gesellschafter darf auch hier nur ein Angehöriger der in § 59 a I, III BRAO genannten sozietätsfähigen Berufe sein. Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an nicht sozietätsfähige Dritte ist nichtig und führt zu einem berufsrechtswidrigen Zustand. Folge kann gem. § 59 h III BRAO der Widerruf der Zulassung sein.

Die interprofessionelle Zusammenarbeit birgt aber ein Problem. So stellt sich die Frage, ob eine GmbH mit Wirtschaftsprüfern möglich ist, angesichts der sich widersprechenden Bedingungen, dass die anwaltlichen Gesellschafter über die Kapital- und Stimmenmehrheit verfügen müssen,

⁵²¹ eingefügt und am 1.1.2001 in Kraft getreten.

⁵²² Tiling/Ludwig, H 5 Rn. 64.

⁵²³ Zuck, Komm-Anwalts-GmbH; ders. „Die berufsrechtliche Zulassung der Anwalts GmbH“, AnwBl 1999, 297.

⁵²⁴ Henssler, Martin, „Die Rechtsanwalt GmbH“, JZ 1992, S.697; ders., „Anwaltsgesellschaften“ NJW 1993, 2137; ders. „Die Freiberufler GmbH“ ZIP 1994, S. 844; Koch, Ludwig „Die Zulässigkeit der Rechtsanwalts GmbH nach geltendem Recht“, AnwBl 1993, S.153.

⁵²⁵ Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und andere Gesetze v. 7.).1998 BGBl I, 2600.

§§ 59e III, 59 f I 2 BRAO⁵²⁶ und § 28 II, III und die Wirtschaftsprüferordnung in § 28 II, III eine identische Regel enthält.⁵²⁷ Gem. § 59 a I, III BRAO sind Wirtschaftsprüfer als Gesellschafter wiederum ausdrücklich zugelassen. Ein Widerspruch, der einer legislatorischen Klärung bedarf.⁵²⁸

Gemäß §§ 59 e II BRAO darf der Gesellschafter den Rechtsanwaltsberuf in keinem weiteren beruflichen Zusammenschluss ausüben, noch darf er gem. § 59 e I BRAO Anteile an einer weiteren RA GmbH halten, was eine Konstellation verhindert, die einer Sternsozietät gleichkäme.

Zwar haftet die RA GmbH nur mit dem Gesellschaftsvermögen, aber unter den Voraussetzungen des § 43 II GmbHG steht mit dem Haftungsverursacher ein weiterer Schuldner zur Verfügung. Wegen der gesetzlichen Haftpflichtversicherung gem. § 59j BRAO mit einer Mindestversicherungssumme von 5 Mio. DM ist die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen für den Mandanten in den meisten Fällen folgenlos.⁵²⁹

Weiterhin unterliegt die RA GmbH noch einer besonderen Eigenheit. Sie ist einem eigenen Zulassungsverfahren unterworfen, so bedarf sie für die Eintragung ins Handelsregister zunächst einer staatlichen Genehmigung, §8.⁵³⁰ Weiterhin muss der Gesellschaftsvertrag der Landesjustizverwaltung und der Rechtsanwaltskammer vorgelegt werden.

dd) Die Anwalts-AG

⁵²⁶ Tiling/Ludwig, H 5 Rn. 89.

⁵²⁷ Tiling/Ludwig, H 5 Rn. 89 - ablehnend; a.A. Henssler, Martin, "Die gesetzliche Regelung der RechtsanwaltsGmbH", NJW 1999, 241 ff.

⁵²⁸ Henssler, Martin, „Der Gesetzesentwurf zur Regelung der RechtsanwaltsGmbH“ ZIP 1997, S. 1481,1486; ders., s.o. NJW 1999, 241.

⁵²⁹ Henssler, Martin, s.o., NJW 1999, 243.

⁵³⁰ Henssler, s.o..

In Bezug auf die Zulässigkeit der Anwalts A.G. hat das BayOLG mit seiner Entscheidung vom 27.3.2000⁵³¹ wiederum eine Vorreiterstellung eingenommen. Danach gewährleisten die Art. 12 I, 19 III GG die Grundrechtsfähigkeit der Berufsfreiheit der A.G.. Das Nichtvorhandensein einer Regelung im BRAO-ÄnderungsG aus dem Jahre 1998 ließe auch nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber verbiete diese Institution. Die Regelung der RA GmbH gebe vielmehr vor, dass einer Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in einer Kapitalgesellschaft keine Einwendungen gegenüberstünden.⁵³²

Im Verfahren des BayOLG ging es jedoch nur um die Frage der handelsregisterrechtlichen Eintragungsfähigkeit. Berufs- oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften fanden bisher keine oder nicht ausreichende Anwendung.⁵³³ Wegen des Fehlens konkreter gesetzlicher Normen für ein Zulassungsverfahren nach der Bundesrechtsanwaltsordnung und für die Zuerkennung einer Rechtsberatungsbefugnis nach dem RechtsberatungsgG kann die RA A.G. noch nicht als Berufsausübungsgesellschaft tätig werden. Der Gesetzgeber wird zur Zeit von allen Seiten dazu aufgerufen, diese Regelungslücke zu schließen.⁵³⁴ Es besteht ein Bedürfnis nach Regelungen, die insbesondere vorgeben, wie die Satzungsbestimmungen der A.G. auszusehen haben, damit das Berufsbild des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege gewahrt bleibt.

⁵³¹ NJW 2000, 557.

⁵³² Astrid Steinkraus/Christian Schaaf, „Zur Einführung: Das Berufsrecht der Rechtsanwälte“ JuS 2001, S.279; Die Anwendbarkeit von § 59 k BRAO auf die Rechtsanwalts-AG ist umstritten, dafür Kempster, Fritz Eckerhardt/Kopp Stephan, „Hinweis zur Gestaltung einer RechtsanwaltsGmbH“, NJW 2000, 3450; a.A. Heubelein, Joachim, „Die RechtsanwaltsAG vor der Eintragung ins Handelsregister“, AnwBl 1999, S. 305f; Schumacher, Jörg G., „Die RechtsanwaltsAG nach der Anerkennung durch das Bayrische Oberste Landesgericht“, AnwBl 2000, S. 410.

⁵³³ Kempster/Kopp, Fortführung des Beitrags - s.o., NJW 2001, S. 777.

⁵³⁴ Steinkraus/Schaaf, S. 279; Kempster/Kopp, NJW 2001, S. 781.

f) Standesregeln eines anderen Mitgliedstaates

Zu Kollisionen kann es kommen, wenn der grenzüberschreitend tätig werdende Rechtsanwalt an zwei unterschiedliche und dann möglicherweise kollidierende Standesregeln, die des Herkunftsstaates und die des Aufnahmestaates, gebunden ist. Der dienstleistende bzw. niedergelassene deutsch-europäische Anwalt ist gem. Art. 4 II DienstleistungsRL, § 27 EURAG, §6 I EURAG an das Berufsrecht des Aufnahmestaates wie auch aufgrund der bleibenden Zugehörigkeit zu der Anwaltschaft im Herkunftsland an das eigene Berufsrecht gebunden. Sollte es zu einer Kollision kommen gilt Folgendes: Der grenzüberschreitend tätige Anwalt hat die Berufsnormen des Tätigkeitsortes zu beachten. Strengeren Normen seines Heimatlandes bleibt er zusätzlich unterworfen, sofern diese nach ihrem Normzweck ausnahmsweise auch zu Gunsten der ausländischen Mandanten bzw. des ausländischen Rechtspflegesystems greifen.⁵³⁵

Dieser Umstand selbst aber stellt sich wettbewerbshemmend dar. Diese doppelte Geltung dient nicht dem Ziel der Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit.

g) Die CCBE

Vor dem Hintergrund dieser Problematik aber auch dem hinzukommenden Aspekt der vielfachen Inländerdiskriminierung entstanden Bestrebungen, ein einheitliches europäisches Berufsrecht der Rechtsanwälte zu schaffen⁵³⁶. Die CCBE, der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (*Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne* - CCBE-) hat sich schon frühzeitig um ein solches einheitliches Standesrecht für die Europäische Gemeinschaft bemüht.

⁵³⁵ Hennsler, Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZJP 2002, S.355.

⁵³⁶ Merle S. 159.

Die CCBE-Standesregeln sind in 5 Kapitel gegliedert. Kapitel 1 und 2 sind den bedeutenden Prinzipien der Anwaltschaft gewidmet, die diese von anderen Berufen unterscheidet. Die Kapitel 3 bis 5 regeln das Verhältnis des Anwaltes zu seinem Mandanten, zu den Gerichten und gegenüber Kollegen.

Kapitel 1 ist mit Vorspruch bezeichnet. In Nr. 1.1 wird auf die besondere Stellung des Rechtsanwaltes in der Gesellschaft hingewiesen. Sowohl gegenüber dem Rechtssuchenden wie auch gegenüber der Justiz hat der Rechtsanwalt auf die Einhaltung der Prinzipien eines Rechtsstaates hinzuwirken. Nach Nr. 1.2. dienen die Standesvorschriften des Berufsstandes der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben des Rechtsanwaltes. In Nr. 1.2.2 wird den jeweiligen nationalen Standesregeln eigenständige Bedeutung zugesprochen. Die CCBE-Regeln sollen diese nicht ersetzen.

Ziel und Zweck der Europäischen Standesregeln werden in Nr. 1.3. aufgeführt. Hier wird insbesondere die Vermeidung von Konflikten aufgrund des Prinzips der doppelten Standesregeln angesprochen. Im Weiteren wird der Wunsch ausgesprochen, dass die Richtlinien eine Harmonisierung der nationalen Standesvorschriften herbeiführen und als gemeinsame Überzeugung aller Anwaltschaften der EG anerkannt werden. Auch bei Verbindlichkeit der CCBE-Regeln unterliegt der Anwalt weiterhin dem nationalen Standesrecht, wenn dieses nicht mit den CCBE-Vorschriften im Widerspruch steht.⁵³⁷

Nr. 1.4. regelt den persönlichen Anwendungsbereich. Unter Hinweis auf die Dienstleistungs-RL gelten die Vorschriften für die Mitgliedsstaaten der EG und des EWR. Der sachliche Anwendungsbereich bezieht sich auf die grenzüberschreitende Tätigkeit des Rechtsanwaltes, Nr. 1.5.. Als solche

⁵³⁷ Nr. 1.3.2. 3.UA - Bedenken gegen diese Regelung aus deutscher Sicht äußert in Hartung/Holl-Lörcher, CCBE Rn. 6ff.

gilt jede Tätigkeit gegenüber Rechtsanwälten anderer Mitgliedsstaaten anlässlich anwaltlicher Berufsausübung sowie die berufliche Tätigkeit eines Rechtsanwaltes in einem anderen Mitgliedstaat, gleichgültig ob er dort anwesend ist oder nicht⁵³⁸.

Unterhält ein deutscher Anwalt geschäftliche Beziehungen zu einem Anwalt aus einem anderen Mitgliedsstaat, fallen diese unter den Begriff der grenzüberschreitenden Tätigkeit, auch wenn die Angelegenheit nach deutschem Recht zu beurteilen ist und sich in Deutschland abspielt. Maßgebendes Kriterium ist, dass der Kollege aus einem anderen Mitgliedsstaat stammt. Eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat kann bereits dann vorliegen, wenn der Anwalt ein Schreiben aus dem Ausland erhält oder ein Telefonat ins Ausland führt. Sobald ein Kontakt mit einem anderen Land besteht, liegt eine grenzüberschreitende Tätigkeit vor.

In Kapitel 2 werden die allgemeinen Grundsätze aufgeführt, die einen Kernbereich der anwaltlichen Berufsausübung darstellen und länderübergreifend für Rechtsanwälte gelten, unabhängig von der Aufnahme in die CCBE-Standesrichtlinien. Dies sind die anwaltliche Unabhängigkeit, das besondere Vertrauensverhältnis, die Verschwiegenheitspflicht, die Unvereinbarkeit mit bestimmten Berufen, welche die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes beeinträchtigen können, das Verbot der persönlichen Werbung sowie die Ausrichtung der anwaltlichen Tätigkeit am Interesse des Mandanten.

Kapitel 3 regelt das Verhalten gegenüber den Mandanten. Gem. Nr. 3.1. ist der Rechtsanwalt gehalten, nur im Auftrag des Mandanten tätig zu werden sowie die Vertretung unverzüglich, gewissenhaft und sorgfältig auszuführen. Der Rechtsanwalt hat ein Mandat abzulehnen, wenn er nicht

⁵³⁸ Hartung/Holl-Lörcher, §29 Rn. 37ff.

in der Lage ist, dieses im Interesse des Mandanten zu erfüllen. Eine Mandatsniederlegung darf nur ohne Schaden für den Mandanten erfolgen.

Bestehen widerstreitende Interessen, darf der Rechtsanwalt den Auftrag nicht ausführen. Das gilt auch, wenn sich Rechtsanwälte zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben. Vertritt ein Partner einen Mandanten, so darf der andere Partner nicht im widerstreitenden Interesse für eine andere Partei in derselben Rechtssache tätig werden, Nr. 3.2..

Nr. 3.3. verbietet dem Rechtsanwalt den Abschluss einer Vereinbarung, welche ihm ein Erfolgshonorar zuspricht. Mit dem Verbot soll die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gesichert werden. Der Rechtsanwalt soll den Ausgang eines Verfahrens nicht zu seiner persönlichen Angelegenheit machen, nur weil er einen wirtschaftlichen Vorteil hat. Andererseits soll nicht verhindert werden, dass in Mitgliedsstaaten Regelungen bestehen bzw. eingeführt werden, nach denen der Rechtsanwalt aufgrund des Erfolges eines Mandates eine besondere Zahlung erhält, soweit zum Schutz des Mandanten und der ordentlichen Rechtspflege eine hinreichende Kontrolle gewährleistet ist.⁵³⁹

So erlaubt z.B. das *Barreau de Paris*, dass der Rechtsanwalt ein höheres Honorar verlangen kann, wenn er ein gerichtliches Verfahren erfolgreich durchgeführt hat. In England und Wales sieht das Standesrecht unter bestimmten Voraussetzungen die zulässige Vereinbarung eines Erfolgshonorars vor. Mit einer schriftlichen Erklärung kann ein Aufschlag auf das normale Honorar im Falle des Obsiegens vereinbart werden (*conditional fee*: für Mandate im Insolvenzfall zur Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund der EMRK und in *personal injuries*-Verfahren).⁵⁴⁰ In

⁵³⁹ Hartung/Holl-Lörcher, BORA, CCBE, 3.3 Rn. 3ff.

⁵⁴⁰ Schaaf, Petra, „Das Conditional Fee –Einführung des Erfolgshonorars im Englischen Prozessrecht“, AnwBl. 1997, S. 169 ff..

Deutschland ist die Vereinbarung eines Erfolgshonorars gem. § 49b II BRAO ausdrücklich verboten.

Nach Nr. 3.4. hat der Rechtsanwalt ordnungsgemäß abzurechnen. Er kann einen angemessenen Vorschuss fordern, Nr. 3.5.. Der Rechtsanwalt hat eine Hinweispflicht auf die Möglichkeiten der Beratungs- und Prozesskostenhilfe. Der Umgang mit Mandantengeldern regelt Nr. 3.5., danach ist der Rechtsanwalt u.a. verpflichtet, diese Gelder auf einem Anwalt-Anderkonto zu verwalten. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen, Nr. 3.9..

Kapitel 4 ist dem Verhalten gegenüber den Gerichten gewidmet. Danach hat der Anwalt eine faire Verfahrensführung zu beachten und das Gericht zu achten, Nr. 4.2., 4.3..

Gegenüber anderen Rechtsanwälten hat sich der Rechtsanwalt kollegial zu verhalten. Er hat einen ausländischen Anwalt als Kollegen anzuerkennen und soll diesem gegenüber fair und höflich auftreten, Nr. 5.1..

Die Korrespondenz zwischen Anwälten ist in Nr. 5.3. geregelt. Danach hat der Anwalt kenntlich zu machen, dass eine Mitteilung an einen Kollegen vertraulich sein soll. Ist der Empfänger aufgrund der Standesvorschriften seines Landes nicht in der Lage, dieser Forderung nachzukommen, so hat er das Schriftstück an den Absender zurückzuschicken, ohne sich vom Inhalt Kenntnis zu verschaffen.

Hintergrund dieser Regelung sind die Standesgepflogenheiten im romanischen Rechtskreis. Dort ist es üblich, dass Schriftsätze zwischen Anwälten vertraulich sind und deren Inhalt auch nicht den Mandanten zur Kenntnis gebracht werden darf. Im deutschen Recht des anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages findet dagegen § 666 BGB Anwendung, wonach der Auftraggeber (Mandant) gegenüber dem Auftragnehmer

(Rechtsanwalt) einen Auskunftsanspruch hat. Im Rahmen der Umsetzung in deutsches Recht sieht § 29 BORA insoweit einen Gesetzesvorbehalt vor. Widerspricht eine Vorschrift der CCBE-Standesrichtlinie deutschen Gesetzen, deutschem Verfassungsrecht oder europäischem Gemeinschaftsrecht, findet sie keine Anwendung.

Entsprechend ist der ausländische Rechtsanwalt sofort darauf hinzuweisen, falls einem deutschen Anwalt ein Schreiben mit dem Hinweis "vertraulich" zugeht. Nr. 5.4. untersagt die Vereinbarung oder Annahme eines Vermittlungshonorars. Im Weiteren ist dem Anwalt untersagt, den Gegenanwalt zu umgehen, Nr. 5.5.

Gem. Nr. 5.7. haftet der Rechtsanwalt persönlich für die Gebührenforderung des ausländischen Kollegen, wenn er ihm eine Angelegenheit überträgt oder um Rat bittet. Eine Haftung kann jedoch bei Beginn der Zusammenarbeit ausgeschlossen werden. Diese Möglichkeit trägt dem Umstand Rechnung, dass eine persönliche Haftung nicht Bestandteil aller europäischen Rechtsordnungen ist. Auch das deutsche Berufsrecht kannte bislang diese Möglichkeit nicht. Die Vorschrift wurde aber so von der Satzungsversammlung der BRAK mit dem Verweis in § 29 BORA in das deutsche Recht aufgenommen. Eine Kompetenzüberschreitung liegt nicht vor, da Nr. 5.7. keine zwingende Vorschrift ist⁵⁴¹.

Abschließend regelt Nr. 5.9., dass bei Streitfragen hinsichtlich der Berufsausübung zunächst der Kollege auf einen möglichen Verstoß gegen das Standesrecht hingewiesen werden soll und eine gütliche Einigung angestrebt werden soll.

⁵⁴¹ Hartung/Holl-Lörcher, BORA., CCBE 5.7., Rn. 5 .

2. Europäische Integration durch Leitlinien

Neben der zuvor aufgezeigten Entwicklung hin zu einem europäischen Marktzugang zeigt die EuGH-Entscheidungspraxis, dass eine neue Richtung eingeschlagen wird.⁵⁴² Es geht nun nicht mehr um den Abbau von Marktzugangsschranken, sondern um eine Vereinheitlichung, um Leitlinien für die europäischen freien Berufsrechte.⁵⁴³

Wie in allen Entscheidungen zu den freien Berufen stellte sich in den zuletzt ergangenen EuGH Entscheidungen zum Anwaltsrecht die Fragestellung: Inwieweit durch nationale Eigenarten geprägte Berufsordnungen der freien Berufe mit den Vorstellungen eines den Wirtschaftsverkehr in der Gemeinschaft prägenden wettbewerblichen Leitbildes zu vereinbaren sind.

Zunächst sollen hier daher dargestellt werden die nationalen Eigenarten der deutschen Preisfindung für die Anwaltsdienstleistung⁵⁴⁴ (a.), die nationalen Eigenarten der Anwaltswerbung (b.) und folgend die EuGH Sichtweise des Falles Arduino⁵⁴⁵ (c.) und des Falles Wouters⁵⁴⁶ (d.), darüber hinaus wird aus europarechtlicher Sicht im weiteren Sinne, i.S.d. EMRK, auch noch Art. 10, die Meinungsfreiheit (e.), relevant.

a) Honorierung

Welche Vergütung der Mandant seinem Rechtsanwalt für die Tätigkeit zu zahlen hat, ist in dem für alle Rechtsanwälte verbindlichen Bundesgesetz der BRAGO geregelt.⁵⁴⁷ Kommt es zu einem gerichtlichen Verfahren, fallen zusätzliche Gerichtskosten an, die die Gerichte für ihr Tätigwerden beanspruchen. Die Erhebung ist im GKG geregelt. Gerichtskosten sind

⁵⁴² Mailänder, BRAK-Mitt 3/2003, S.116.

⁵⁴³ Berufsrecht der Zollspediteure EuGH 1998 I, 3851 -CNSD, Patentanwälte Kommission v. 30.1. 1995, ABL. L 122/37 –COAPI, Architekten und Ingenieure EuGH C 221/99, Ärzte EuGH 2000 I – 6451 – Pavlov.

⁵⁴⁴ Kilian, Matthias, „Einführung in das Anwaltsgebührenrecht“, JuS 1998, S. 253ff.

⁵⁴⁵ EuGH, Urt. V. 19.02.2002 – C-35/99, NJW 2002, 882.

⁵⁴⁶ EuGH, Urt. v. 19.02.2002 - C-209/99, NJW 2002, 877.

⁵⁴⁷ Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung vom 26.07.1957, BGBl I, S.907.

öffentliche Abgaben für die Tätigkeit der Gerichte. Es handelt sich daher um eine Justizsteuer.⁵⁴⁸ Die Kosten, die an ein Gericht oder an einen Rechtsanwalt zu zahlen sind, unterteilen sich wiederum in Gebühren und Auslagen. Mit den Gebühren werden allgemeine Kosten des Gerichts und des Anwalts abgegolten, während besondere Aufwendungen Kosten für Auslagen auslösen. Dies ist der Fall bei Auslagen für Anfragen beim Einwohnermeldeamt, beim Registergericht, Gerichtsvollzieherkosten oder Übersetzungskosten. Die klassischen Fälle der Post- und Schreibauslagen, die im allgemeinen Sprachgebrauch als Telekommunikations- und Fotokopierpauschalen bezeichnet werden, sind ausdrücklich in §§ 26,27 BRAGO geregelt.

Die BRAGO orientiert sich stark an einer forensischen Tätigkeit des Rechtsanwalts. Der tatsächliche Schwerpunkt anwaltlicher Tätigkeit, die außergerichtliche wird nur rudimentär in § 118 BRAGO geregelt.⁵⁴⁹

Grundsätzlich ist der Vergütungsanspruch privatrechtlicher Natur, er kann sich aber auch beispielsweise im Rahmen der Prozesskostenhilfe §§ 114ff, 121 ZPO aus öffentlich rechtlichen Vorschriften ergeben, wenn der Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger oder im Rahmen der Beratungshilfe tätig wird. Welche Vertragsart vorliegt, hängt vom Willen der Vertragsparteien ab. Regelmäßig handelt es sich bei der Vereinbarung zwischen Anwalt und Mandanten um einen Dienstvertrag, denn der Anwalt will den Erfolg nicht schulden.⁵⁵⁰

Der anwaltliche Vergütungsanspruch unterliegt grundsätzlich der Vertragsautonomie. Die staatliche Gebührenordnung hebt die Privatautonomie des bürgerlichen Rechts nicht auf.⁵⁵¹ Die Vergütung bleibt frei vereinbar. Nur wenn keine Vereinbarung zwischen Anwalt und

⁵⁴⁸ LG Karlsruhe, VersR 1977, S. 1121; OLG Koblenz, R Pflieger 1975, S. 447.

⁵⁴⁹ s.hierzu Matschke, in : Liber Amicorum für H.J. Rabe, 1995, S. 107 ff.

⁵⁵⁰ BGHZ 18, 345; 71, 381; Hartstang, S. 134.

⁵⁵¹ Hartmann, KostenG 26.Aufl.Grdz.BRAGO Rn. 18.

Mandant vorliegt, bemisst sich die Vergütung nach der BRAGO. Die BRAGO bestimmt was i.S.d. § 612 BGB eine angemessene Vergütung darstellt. Eine höhere Vergütung ist frei vereinbar, aber formpflichtig.

Auch die Existenz einer gesetzlichen Anwaltsgebührenordnung ist aus rechtsvergleichender Sicht eher ungewöhnlich, wenngleich es schon erste rudimentäre Tariffestlegungen der anwaltlichen Tätigkeit bereits im römischen Recht gab.⁵⁵² Länder, die ebenfalls gesetzliche Regelung haben sind Italien, Österreich, Polen, Tschechien, Bulgarien und die Türkei. In Belgien, Dänemark und Finnland finden sich Richtlinien für die Gebührenhöhe in den Standesrichtlinien der berufsständischen Organisationen.⁵⁵³ Die freie Vereinbarkeit findet sich in den meisten Rechtsordnungen, so etwa in Frankreich, England, Kanada, Luxemburg, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Südafrika und Ungarn. Einen Sonderweg beschreiten seit Jahren die Niederlande, in denen der Rechtsanwalt nach einem Stundensatz honoriert wird, der jährlich von der Rechtsanwaltskammer festgelegt wird. Dieser Satz wird mit einem Faktor multipliziert, der sich aus Wert und Komplexität der Sache ergibt.⁵⁵⁴

aa) Die Höhe

Trotzdem ist für die anwaltliche Vergütung die BRAGO vorrangig von Bedeutung, auch wenn die durch die BRAGO unberührt bleibende Vertragsfreiheit individualvertraglich abweichende Vereinbarungen ermöglicht: Die in der BRAGO festgelegten gesetzlichen Gebühren sind jene, die in einem gerichtlichen Verfahren von dem unterlegenen Gegner

⁵⁵² Grundsätzlich war die Vergütung des römischen advocatus und causidicius unüblich: Der Anwalt galt als ein Vorbild der Uneigennützigkeit, da es vornehme römische Bürger als Ehrenpflicht erachteten, den hohen Dienst des Advokaten dem Volk unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Cicero verglich daher die Tätigkeit des Anwalts mit der der hochgeachteten Kriegskunst. Er rühmte sie aber gleichzeitig als eine Kunst, die auch als gutes Mittel zur Gewinnung von opes augendas (Reichtum) war, ließ man sie sich gerne mit großzügigen Geschenken belohnen. Lohn durfte nicht verlangt werden. Dieser kam erst 41-54 n.Chr., als die Bezahlung legalisiert wurde. Kilian, s.o., JuS 98, S. 254,255..

⁵⁵³ ders. S.255, m.w.Verw..

⁵⁵⁴ Hardenberg, Lumbertus, „Anwaltskosten und Prozesskosten in den Niederlanden“, AnwBl.1973, S. 2

im Rahmen der Kostenerstattungspflicht zu tragen sind. Individuelle Zusatzvereinbarungen der siegreichen Partei sind nicht zu berücksichtigen.⁵⁵⁵ Sie sind auch bei der Einschaltung einer heute weit verbreiteten Rechtsschutzversicherung unbeachtlich, da diese gem. § 2 I b der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung stets auf Grundlage der in der BRAGO vorgesehenen Gebühren abrechnet. Die Regeln der BRAGO gelten nur für typische Tätigkeiten des Anwalts. Nicht dazu gehören vor allem die in § 1 II BRAGO aufgezählten Tätigkeiten des Rechtsanwalts als Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Vergleichsverwalter, Nachlassverwalter, Zwangsverwalter, Treuhänder, Schiedsrichter, Liquidator oder Sequester. Wobei diese Aufzählung nicht abschließend ist.

Im Gegensatz zu den Festgebühren der gerichtlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts finden für die zivilrechtliche Tätigkeit des Anwalts die Satzrahmengebühren Anwendung. Relevant hierfür sind die Regeln der §§ 118 und 20 BRAGO. Wie viele Zehntel der Anwalt für seine Tätigkeit festlegt, obliegt seinem freien Ermessen, allerdings mit den Einschränkungen des § 12 BRAGO, nach dem der Anwalt die Einkommensverhältnisse des Auftraggebers berücksichtigen muss und ebenso den Schwierigkeitsgrad und Umfang des Auftrages.⁵⁵⁶

Neben der sog. Mischkalkulation kommt der weitere Aspekt des Gegenstandswertes hinzu. Die vom Rechtsanwalt vereinnahmten hohen Gebühren bei hohen Streitwerten sollen die nicht kostendeckenden Einnahmen bei niedrigen Streitwerten kompensieren, damit der Bürger bei der Durchsetzung von Ansprüchen mit geringem Streitwert nicht durch zu hohe Kosten abgeschreckt wird. (sog. Quersubventionierung)

⁵⁵⁵ Scherer, S.51.

⁵⁵⁶ Enders, Rn. 752.

Große Gewinne im Rahmen der Vereinbarung eines Honorars finden ihre Begrenzung nicht in der Konkurrenzsituation der Anwälte untereinander, sondern in einer gesetzlichen Beschränkung, die in § 3 III BRAGO normiert ist: Ist die vereinbarte Vergütung unangemessen hoch, so kann sie im Rechtsstreit gerichtlich bis auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren reduziert werden. Die Herabsetzung der Vereinbarung ist ein gestaltender richterlicher Eingriff in die Vertragsautonomie, der seine Rechtfertigung in der besonderen Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege findet.⁵⁵⁷ Auszuscheiden aus dem Bereich des § 3 III BRAGO sind jene Fälle, in denen die Honorarvereinbarung gar nicht erst wirksam ist, so dass auch ihre Reduzierung durch richterlichen Gestaltungsakt nicht denkbar ist. Dies ist der Fall bei einer fehlenden Schriftform der Vereinbarung oder einer Vereinbarung, die wegen ihrer Höhe allein schon als sittenwidrig und daher gem. § 138 BGB nichtig ist.

bb) Die Gebührenunterschreitung

Die Gebührenunterschreitung ist zunächst von Bedeutung in den Fällen des § 20 I 1 BRAGO, der sogenannten Erstberatungsgebühr. Diese Gebühr soll, unabhängig vom Streitwert der Sache, eine Grenze schaffen, die verhindert, dass eine überaus geringfügige Tätigkeit nach dem System der BRAGO wegen eines besonders hohen Gegenstandswertes eine enorme Gebühr auslöst.⁵⁵⁸

Die §§ 3 V BRAGO, 49b BRAO sehen seit der Berufsrechtsnovelle weiterhin auch die rechtsgeschäftlich vereinbarte Gebührenunterschreitung vor. Bei besonders hohen Gegenstandswerten etwa bei Industriemandaten war es bei den Großkanzleien schon lange üblich, nach amerikanischem Vorbild über sog. *time sheets*, Stundenhonorare, abzurechnen ohne explizit zu prüfen, ob diese die gesetzlichen Gebühren auch nicht unterschritten.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Riedel/Sußbauer/Fraunholz § 3 Rn.6; OLG Düsseldorf, AnwBl 1986, S.408; OLG Frankfurt JurBüro 1988, S.591.

⁵⁵⁸ Kilian, S. 353.

⁵⁵⁹ v.Westphalen, DriZ 1988, S.21.

Diese Praxis ist nun ausdrücklich legalisiert worden. Zuvor war dieses Vorgehen als Verstoß gegen § 1 BRAGO betrachtet worden („Die Vergütung bemisst sich nach diesem Gesetz“).⁵⁶⁰ Im Rahmen der forensischen Tätigkeit ist eine Unterschreitung nicht zulässig. Diese soll einerseits dem Anwalt sein Auskommen sichern, andererseits eine Prozessvermeidende Funktion fördern. Kosten sollen eine außergerichtliche Regelung provozieren. Diese festen Gebühren finden daher ihre Rechtfertigung in der Sicherung der Rechtspflege, die weiter gefördert werden soll.

cc) Zulässigkeit von Erfolgshonoraren

Gegen die Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung wird in Deutschland vorrangig angeführt, der Anwalt würde die notwendige Distanz zu der Sache verlieren, wenn er wirtschaftlich an ihrem Ausgang interessiert sei.⁵⁶¹ Der Rechtsanwalt arbeite nicht primär für seinen Mandanten, sondern werde für das Recht tätig. Er müsse stetig gute Leistungen erbringen, unabhängig von der Höhe des Verdienstes, nur so bleibe die Freiheit erhalten, objektiv für eine Sache zu kämpfen ohne sie rechtlich zu verbiegen.⁵⁶²

Die Unzulässigkeit der Vereinbarung lässt sich über die BRAGO nicht ausmachen. Sie wird vielmehr traditionell über § 138 als sittenwidrig behandelt.⁵⁶³ Neuerdings wird auch die Begründung angeführt, die Abmachung einer Erfolgshonorierung verstoße gegen § 134 BGB, da § 49b

⁵⁶⁰ BGH NJW 1982, S. 2329; Bork, Reinhard, „Standesrechtliche Zulässigkeit des Gebühreninkassos für Rechtsanwälte“, NJW 1992, 2451.

⁵⁶¹ RGZ 115, S.141; Kalsbach, BRAO 1960, S. 331; Friedländer, Max, „Gerichte und Standesauffassung“ JW 1927; S. 498; Kleine-Cosack, Matthias, „Verfassungswidriges Standesrecht“, NJW 1988, S.172.

⁵⁶² Kalsbach Rn.50.

⁵⁶³ Gegen die Sittenwidrigkeit Feuerich/Braun, BRAO, 3 Aufl. 1995 § 49b Rn. 20; Kilian, Matthias, „Das Verbot der Erfolgshonorierung“, Jur.Büro 1994, S.642f; Rutkowsky, Heinz, „Die Problematik der quota litis“, NJW 1962, S.18.

seit 1994 die Bestimmung enthält, dass es für den Rechtsanwalt unzulässig sei, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren.⁵⁶⁴

b) Werbung

Die Beschlüsse des BVerfG und das Urteil von 1987 und die Neuregelung des Berufsrechts brachte die Abwendung vom strikten Werbeverbot und eine Liberalisierung dieses Aspekts. Unter Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 12 GG könne Werbung nicht grundsätzlich untersagt werden. Mit der wachsenden Zahl von Anwälten und deren zunehmender Spezialisierung ginge ein erhöhtes Informationsbedürfnis des Mandanten einher. Auf die Art der Berufsausübung sollte von nun an in Form von Werbung hingewiesen werden dürfen.

Bei der Neuregelung wurde auch eine Harmonisierung mit den Werbevorschriften der anderen Mitgliedsstaaten angestrebt. Dies erwies sich jedoch als schwieriges Unterfangen, da diese vom strikten Werbeverbot (u.a. Italien, Griechenland, Spanien) bis zu sehr liberalen Vorschriften (u.a. Großbritannien, Irland) reichen. Wenn geworben werden darf, finden sich jedoch überall Grenzen in der Form der Werbung. Sie muss grundsätzlich objektiv und informativ sein. Eine vergleichende oder irreführende Werbung sowie die Werbung mit Erfolgsquoten ist nirgendwo in Europa erlaubt.⁵⁶⁵

Entsprechend sieht die Neuregelung von 1994 in Deutschland gem. § 43b BRAO vor, dass ein Anwalt lediglich eine berufsbezogene und sachlich informierende Werbung betreiben darf. Eine nähere explizite und sehr beschränkte Ausgestaltung erfolgte in der BORA, §§ 6-10. Danach kann der Anwalt Rundschreiben, Praxisbroschüren auch an Nichtmandanten

⁵⁶⁴ Feuerich/Braun, § 49b Rn. 22; Henssler/Prütting/Dittmann, BRAO 1997, § 49b Rn. 23; andere Ansicht Kilian, S.354, s. insbesondere Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts.

⁵⁶⁵ Hartung/Holl, BORA Werbe-ABC Anh § 10.

versenden. Er darf mit Fachanwaltsbezeichnungen und Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkten werben.⁵⁶⁶

aa) Erlaubte Werbung

Der Anwalt darf Fotos von sich beispielsweise in einer Praxisbroschüre abdrucken, wenn hiermit eine sachliche Unterrichtung über die berufliche Tätigkeit verbunden ist, da das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant durchaus ein legitimes Interesse für die Darstellung ist.⁵⁶⁷

Das Deponieren von Visitenkarten - was früher als verbotene Drittwerbung verstanden wurde, ist heute erlaubt, wenn der Anwalt nicht daran mitwirkt, dass der Dritte in einer Weise für ihn wirbt, die auf Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist.⁵⁶⁸

Auch Fernsehwerbung ist erlaubt, wenn sie eine sachliche Unterrichtung darstellt und sich jeden reklamehaften und marktschreierischen Anstrichs enthält. Dies bedeutet z.B. die Möglichkeit einer Schaltung eines Standbildes mit dem Text der anwaltlichen Visitenkarte, im Hinblick auf Häufigkeit der Schaltung ist jedoch Zurückhaltung geboten.⁵⁶⁹

Auch erlaubt ist Werbung mit der Gebührenhöhe (für außergerichtliche Angelegenheiten) als sachliche Information über die anwaltliche Berufstätigkeit, die auch auf Briefbögen angegeben werden kann.⁵⁷⁰

Zudem darf geworben werden mit dem Hinweis auf ständige, aber auch besonders bekannte Mandanten in einer Praxisbroschüre, wenn diese ihre Zustimmung erteilt haben.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ Hartung/Holl, BORA Werbe-ABC Anh § 10.

⁵⁶⁷ WIR, 98, S. 10.

⁵⁶⁸ Ring, Rn. 10.

⁵⁶⁹ BRAK-Vorstand, WIR 1998, S.10.

⁵⁷⁰ Feuerich, § 43 b Rn. 63.

Erlaubt ist weiter die Einladung, die zu einer vom Rechtsanwalt durchzuführenden Seminarveranstaltung an Unternehmen versandt wird, selbst wenn diese mit dem Briefkopf des Anwalts unter Hinweis auf dessen fachliche Qualifikation versandt wird.⁵⁷²

Werbung, die auf Erreichung des Kunden über das Unterbewusstsein abzielt, ist reklamehaft. Der Kunde kann sich der Beeinflussung nicht entziehen.⁵⁷³ Reklamehafte Werbung ist daher untersagt, wann diese jedoch einschlägig ist, ist schwer zu beurteilen.

bb) Unzulässige Werbung

Als reklamehaft und daher unzulässig gilt der Aufdruck einer Kanzlei auf Bussen und Bahnen oder Taxis.⁵⁷⁴ Der Aufdruck auf Briefköpfen oder in Anzeigen „*Anerkannte Anwaltspraxis für ...*“ ist nicht erlaubt, da die Anerkennung einer Anwaltspraxis keine überprüfbare Wertung ist.⁵⁷⁵ Erlaubt ist auch nicht die Beleuchtung eines Kanzleischildes, wenn dieses zu Zeiten erfolgt, bei denen noch nicht mit Mandanten gerechnet werden kann und die Beleuchtung über das Notwendige hinausgeht.⁵⁷⁶ Hörfunkspots mit Musikuntermalung oder Problemfallgeräuschen,⁵⁷⁷ die Beteiligung an einem Gewinnspiel in der örtlichen Presse, die Teilnahme einer Anwaltskanzlei an einer Messe mit eigenem Informationsstand⁵⁷⁸ sind genauso unzulässig wie Trikotwerbung oder Werbung auf

⁵⁷¹ Feuerich, § 43 b Rn. 63.

⁵⁷² LG Hagen NJW-RR 1990, S.482.

⁵⁷³ LG Nürnberg-Fürth, MDR 1998, 1506.

⁵⁷⁴ BRAK-Vorstand, WIR 1998, S.11; LG Nürnberg-Fürth MDR 1998, 1506.

⁵⁷⁵ Henssler/Prütting-Eylmann, § 43 b Rn. 27.

⁵⁷⁶ BRAK Mitt. 94, 89.

⁵⁷⁷ OLG München AnwBl. 1998, S.478.

⁵⁷⁸ BRAK-Vorstand WIR 1998, S. 10.

Sportplatzbanden.⁵⁷⁹ Sponsoring von Konzerten oder Ausstellungen sind auch unzulässig, da hier der Berufsbezug fehlt.⁵⁸⁰

cc) Werbung um ein Einzelmandat

§ 43 b BRAO verbietet Werbung, die auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist. Die Reichweite dieses Verbots wird in der Rechtsprechung jedoch nicht sehr deutlich.

Neue Mandanten zu gewinnen ist das Ziel jeder Form der Werbung. Jegliche Form der Werbung ist daher auf die Erteilung von Aufträgen gerichtet. Würde man daher §43 b BRAO subjektiv interpretieren, spräche dies für ein generelles Werbeverbot. Jegliche Werbung ist motiviert von der Hoffnung auf Erteilung eines Auftrages.⁵⁸¹

Vielmehr hatte der Gesetzgeber den Fall vor Augen, der auch in den USA unerwünscht ist, *ambulance chasing*, das Überreichen der Visitenkarte am Unfallort an das Unfallopfer. Wenn der Beratungsbedarf in einem konkreten Fall offensichtlich ist, soll sich der Rechtsanwalt im Interesse des Ansehens des Anwaltsberufes nicht von sich aus als Berater aufdrängen.⁵⁸²

Rundschreiben an einen Adressatenkreis ist keine gezielte Werbung um ein Einzelmandat. Ebenso erlaubt sind Kanzlei-Homepages oder das Angebot der Online-Rechtsberatung, die von vornherein keine Möglichkeit der Werbung um einen Einzelauftrag enthält, da sich die Information an alle Internet-Nutzer richtet.⁵⁸³

⁵⁷⁹ BRAK Vorstand WIR 1998, S. 13.

⁵⁸⁰ Kleine-Cosack § 43 b Rn. 25.

⁵⁸¹ LG Schwerin, AnwBl 98, 50f.

⁵⁸² Härting, Niko, „Anwaltliche Werbung im Internet“, AnwBl 00, S.346.

⁵⁸³ Schneider, Harald, „Standes- und wettbewerbsrechtliche Grenzen von Internet-Präsentationen von Anwälten“ MDR 2000, S. 136.

c) Europa

Gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten u.a. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind. Nach den jüngsten Entscheidungen des EuGH zum Anwaltsrechts ist der europäische Anwalt Unternehmer und die Anwaltskammer eine Unternehmensvereinigung i.S.d. Art. 81 EGV, wenn diese autonom die Berufsregeln aufstellt, auch wenn sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist.⁵⁸⁴ Hinsichtlich der Autonomie wird unterschieden zwischen Letztentscheidungsbefugnis und reinem Ermächtigungssystem. Wenn die Letztentscheidungsbefugnis bei dem Mitgliedsstaat verbleibe, dann könne die Kammer nicht als private Institution und damit nicht europakartellrechtlich behandelt werden. Hierbei stellt sich jedoch die Frage, inwieweit eine Autonomie denkbar sein soll, wenn dem Staat die Letztentscheidungsbefugnis verbliebe und keine - die Autonomie eigentlich kennzeichnende - Ermächtigung vorliegt. Die Antwort ergibt sich wohl gerade aus dem deutschen Modell, wo in § 191e BRAO der Rechtsaufsicht, dem Bundesministerium der Justiz, ein Vorbehalt verbleibt.⁵⁸⁵

Dennoch ist es Ziel der neuen Strategie der Kommission, für Dienstleistungen im Binnenmarkt das Wachstumspotential des Binnenmarktes für alle Dienstleistungen, einschließlich der rechtsberatenden Berufe, voll nutzbar zu machen. Gerade auch die rechtsberatenden Berufe in Deutschland sollen in Zukunft viel stärker vom Binnenmarkt profitieren.⁵⁸⁶ Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission will das teilweise noch vorhandene Werbeverbot hinsichtlich der anwaltlichen Leistung grundsätzlich aufheben. Werbung

⁵⁸⁴ EuGH Az C-35/99; Az C-309/99 v. 19.02.2002.

⁵⁸⁵ so Hennsler JZ 20/2002, S.984 als Konsequenz aus der *Wouters*-Entscheidung EuGH, 19.2.2002 – C-309/99, JZ 20/2002, S.990.

⁵⁸⁶ Froehlinger, Die rechtsberatenden Berufe im Binnenmarkt, AnwBl 4/2003; 29.12.2000 KOM (2000), S.888.

stelle einen wichtigen Wettbewerbsfaktor dar, mit dem die Vorzüge des einzelnen Marktteilnehmers, die Qualität seiner Leistung und deren Preis klarer vermittelt würde.⁵⁸⁷

Die zuletzt ergangenen Entscheidungen für das Anwaltsrecht, die EuGH-Entscheidungen Wouters⁵⁸⁸ und Arduino⁵⁸⁹ lassen jedoch eine gewisse Diskrepanz zwischen den Bestrebungen der Kommission und der Sichtweise des EuGH erkennen.

aa.) Arduino

Vereinbarungen und Beschlüsse anwaltlicher Unternehmen oder Unternehmensvereinigung geraten dann in den Verbotsbereich des Art. 81 Abs. 1 EGV, wenn sie einen Bezug zum Wettbewerb haben, also entweder dessen Einschränkung bezwecken oder wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Im Fall Arduino war über die weitreichende Frage zu entscheiden, inwieweit ein Gebührenbeschluss einer Berufskammer mit Mindest- und Höchstsätzen für bestimmte Dienstleistungen am Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV scheitern könnte. Hier war entscheidend, dass der italienische Staat eine Letztaufsicht innehatte, der Nationale Rat der Rechtsanwälte Italiens nicht in eigener Verantwortung handelte.

Inhaltlich blieb dann die der Umsetzung vorgegebene hoheitliche Gesetzesregelung zu prüfen. Diesbezüglich war dann zu prüfen, inwieweit gegen gemeinschaftsloyale Pflichten gem. Art. 10 Abs.2 i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EGV verstoßen wurde. Hierzu gab es keine eindeutige Position des EuGH hinsichtlich der Notwendigkeit von Mindest- und Höchstsätzen zur Erhaltung eines bestimmten Qualitätsniveaus, dennoch wurde ein Verstoß verneint.

⁵⁸⁷ Ehlermann, Claus Dieter, Wettbewerb und freie Berufe: Antagonismus oder Kompatibilität, München 1995, S. 158.

⁵⁸⁸ EuGH, Urt. v. 19.02.2002 - C-209/99, NJW 2002, 877.

⁵⁸⁹ EuGH, Urt. V. 19.02.2002 – C-35/99, NJW 2002, 882.

bb.) NOVA/Wouters

In NOVA/Wouters wurde die Aufstellung von Standespflichten, wie es in der niederländischen NOVA geschehen ist, zur Wahrung der Unabhängigkeit, zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Wahrung von strengen Berufsgeheimnissen aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EGV gehalten. Es hätte auch andere Varianten gegeben, z.B. im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV zu prüfen, ob die Rechtsanwaltsdienstleistung nicht eine Tätigkeit von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellt und daher die Wettbewerbsregeln auszuschließen seien, weil ansonsten die Erfüllung dieser Interessen gefährdet wären. Das wäre dann eine gemeinschaftswidrige Interessenbeeinträchtigung. Darüber hinaus hätte der EuGH auch der Anwaltschaft überlassen könne, den Weg des Art. 81 Abs.3 EGV zu gehen und eine Freistellung zu beantragen.

Auch wenn der EuGH damit dem Druck, der im Wesentlichen von der Kommission ausgeht, ein wenig die Kraft genommen hat, bleiben die gegenwärtigen Vorschriften unter erhöht kritischer Betrachtung und es wird auch in Zukunft ein erhöhter Rechtfertigungszwang bestehen. Wettbewerbshemmnisse als notwendige Vorschrift für Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit für die Gewähr von Integrität und Erfahrung der Rechtspflege zu erklären. Es ist fraglich, wie lange Berufspflichten wie § 6 BORA im Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 bleiben.⁵⁹⁰

cc.) Art. 10 EMRK

Werberechtliche Fragen sind darüber hinaus hinsichtlich der EMRK, wie in den USA, unter dem Gesichtspunkt der Freiheit der Meinungsäußerung zu prüfen, weil die EMRK keine ausdrückliche Gewährleistung der Berufsfreiheit enthält. Diese Rechtsprechung wurde für die Freiberufler

⁵⁹⁰ Mailänder, BRAK-Mitt 3/2003, S. 117.

insbesondere in den Verfahren *Casado Coca v. Spain*,⁵⁹¹ *Schöpfer v. Switzerland*,⁵⁹² *Nikula v. Finland*⁵⁹³ und *Stambuk*⁵⁹⁴ entwickelt.

Der EGMR sieht Beschränkungen der Möglichkeit, objektiv und sachlich zu werben, sehr kritisch. Eine Parallele zu den USA ergibt sich daher, dass diese kritische Haltung weniger aus dem Blickwinkel des Werbenden, sondern vor allem aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise betrachtet wird. Nach der Rspr. kann die Freiheit zur Werbung vor allem zur Vermeidung unlauteren Wertbewerbs oder der Irreführung des Publikums eingeschränkt werden. Fraglich ist, ob § 7 BORA dieser ratio standhielte.⁵⁹⁵

Die Rechtsprechung des EGMR sieht einen zulässigen Eingriff in diese Freiheit, wenn zum einen dieser gesetzlich vorgesehen sei, zum anderen einer oder mehrere in Art.10 II EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgt werden und weiterhin die Erreichung dieses Zweckes in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, d.h. insbesondere verhältnismäßig sei.⁵⁹⁶

E) Der Vergleich

Betrachtet man die Entwicklung und Wettbewerbsforcierung von Anfang der 70er Jahre bis heute, dann sieht man erstaunliche Parallelen, die auf den ersten Blick darauf schließen lassen könnten, dass sich eine Veramerikanisierung durchgeschlagen habe. Bei näherer Betrachtungsweise stellt sich der rechtspolitische Hintergrund aber als ein völlig unterschiedlicher dar. In Deutschland ist die Wettbewerbsforcierung

⁵⁹¹ EGMR Urteil v. 24.2.1994, Az.: 15450/89.

⁵⁹² EGMR Urteil v. 20.5.1998, Az.: 25405/94.

⁵⁹³ EGMR Urteil v. 21.2.2002, Az.: 31611/96.

⁵⁹⁴ EGMR NJW 2003, 437ff.

⁵⁹⁵ Kilian, AnwaltsBl 5/2003, S. 259.

⁵⁹⁶ EGMR EUGRZ 1986, 390ff; 1986, 174f.

auf die Europäisierung des Rechts zurückzuführen. In den USA war die Wettbewerbsforcierung eine wirtschaftspolitisch motivierte Entwicklung im Rahmen des *war on poverty*. Die damals entwickelten Argumente pro Regulierungslockerungen sind auch heute noch die dominierenden.

Die beiden Berufsrechte gleichen sich in ihren Regelungszielen hinsichtlich des Bedürfnisses von Qualitäts- und Vertrauensschutz. Nicht übereinstimmend sind sie hinsichtlich der Erreichung dieses Zwecks. Insbesondere die Wettbewerbsforcierungen des Berufsrechts in den USA und in Deutschland beruhen auf völlig unterschiedlicher rechtspolitischer Motivation. Der Eindruck einer Veramerikanisierung könnte auch dadurch entstanden sein, dass so viele amerikanische Großkanzleien in Deutschland Fuß gefasst haben. Die Niederlassung ist allein durch die Europäisierung des Berufsrechts ermöglicht und für diese interessant geworden.

Betrachtet man amerikanische Argumentation zugunsten des verstärkten Wettbewerbs und wollte man diese auf das deutsche Berufsrecht projizieren, so stellt sich vor dem Hintergrund einer sozialen Marktwirtschaft Deutschlands die Frage nach der Notwendigkeit einer Wettbewerbsforcierung.

Die Antwort auf das „Warum“ einer Wettbewerbsforcierung des deutschen Berufsrechts liegt primär im Europarecht, denn der gegenwärtige Wettbewerb wird vor allem vor der europarechtlichen Rechtsprechung und Rechtssetzung verständlich. Es ist festzustellen, dass in Deutschland eine Wettbewerbsforcierung trotz Unverträglichkeit mit dem Regelungsziel der Rechtspflege vielfach zum der europäischen Integration willen stattgefunden hat.

Hinsichtlich der Aufhebung des Werbeverbots lässt sich dagegen eine Orientierung am amerikanischen Regelungsziel vermuten, so wurde im

Gesetzesentwurf zur BRAO angeführt: „Das Interesse potentieller Mandanten geht dahin, zu erfahren, wie sie für ihre Rechtsprobleme einen Spezialisten finden und was dieser kosten wird.“⁵⁹⁷ Das ist eine verbraucherorientierte Betrachtungsweise, die nicht unter Art. 12 GG fällt, obwohl Werbefreiheit regelmäßig unter dieses Grundrecht subsumiert wird. Man könnte sich aber auch an Art.10 EMRK orientiert haben, der europaweiten Auslegung der Meinungsfreiheit. Hier steht im Einklang mit US-amerikanischem Verfassungsrecht bei grundrechtlicher Fragestellung im Falle von Werbung der Konsument im Vordergrund.

Auch in Amerika gibt es ein Rechtsberatungsmonopol der Rechtsanwälte. Wenn gefürchtet wird, dass dieses fallen könnte, dann ist dies allein auf eine europäische Liberalisierungs- und Deregulierungswelle zurückzuführen. Europa hat auch Einfluss in den USA. In den Niederlanden wird die Rechtsberatung lediglich zu 30 % von Anwälten betrieben. Sollte das zu einem europäischen Modell werden?⁵⁹⁸

In den USA fand die Wettbewerbsforcierung zugunsten einer sozialen Rechtspflege statt. Angesichts der verschiedenen Regelungsziele der Wettbewerbsforcierung ergeben sich trotz grundsätzlich restriktiver Grundhaltung in Deutschland auch Bereiche, die sogar weitergehen als in den Vereinigten Staaten. Zuletzt wird dies deutlich an der interdisziplinären Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten. So konnten sich in den USA die Befürworter einer solchen gemeinsamen Tätigkeit nie durchsetzen.⁵⁹⁹ Anders in Deutschland, wo die Berufsregeln der Wirtschaftsprüfer als derartig streng gelten, dass § 59a I BRAO vorsieht, dass eine interprofessionelle Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten keine Gefahr für die Rechtspflege darstelle.

⁵⁹⁷ BT Drucks. 12/4993, S.28; BR Drucks. 93/93.

⁵⁹⁸ Henssler, Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZZ 2002, S.343.

⁵⁹⁹ Ward Bower Multidisciplinary Partnerships – The Future, 1997; Gibeaut ABA Journal Feb.98; Terry 72 Temple L.Rev. 869 (2000).

Die reine Kooperation unter den Berufen reicht aber bereits aus, dass Missstände unentdeckt entstehen können, wie der ENRON Skandal zeigt. Auch die Buchführung anderer als der am Skandal beteiligten amerikanischen Wirtschaftsprüfungsunternehmen hat dem Bild der Zusammenarbeit von Prüfungsgesellschaften und Beratungsgesellschaften geschadet, *Hennsler* nimmt diesen Skandal zum Anlass diese Form der Zusammenarbeit weltweit als Auslaufmodell zu bezeichnen.⁶⁰⁰

In den USA dient die Wettbewerbsforcierung aller marketingrelevanten Bereiche der Erreichbarkeit von Rechtsschutz. In Deutschland fand eine Wettbewerbsforcierung trotz Bedenken die Rechtspflege vor den höherrangigen Werten des Europarechts zu belasten statt. Soziale Rechtspflege, Erreichbarkeit von Rechtsschutz wird vor allem durch das Armenrecht gedeckt, einer Institution, die als *welfare* in den USA verpönt ist. Vorzug wird dort – mit der der Kultur eigenen gewichtigen Argumenten - z.B. dem Erfolgshonorar gegeben, welches - von vielen Autoren unbeachtet - vor allem eine soziale Funktion erfüllen soll.

Die rechtsvergleichende Betrachtung des Anwaltsrechts sollte daher auch andere Disziplinen einschließen, die Kriterien wie Tradition, *mentalité* und Kultur einbezieht. Das historische und kulturelle „*why*“ der Regelung gilt beantwortet zu werden.⁶⁰¹

I. Amerikanisches Standesrecht

Jeder Einzelstaat hat sein eigenes Berufsrecht. Die Anwälte in den USA vereinigen sich in den sog. *bars*, diese haben einen großen Einfluss auf das Recht. Die Rechtsetzungskompetenz liegt zwar bei den höchsten Gerichten eines jeden Einzelstaates, beruhend auf dem sog. *inherent power*, der Kompetenz zur Regulierung der eigenen Verwaltung. Diese

⁶⁰⁰ Hennsler, Satzungsrecht der verkammerten Berufe und europäisches Kartellrecht, JZ 20/2002, S. 988.

⁶⁰¹ s. hierzu: Legrand, Pierre, Fragments on law-as-culture, Deventer: Tjeenk Willink, 1999.

delegieren die Rechtssetzung jedoch regelmäßig auf die *state bars* und greifen nur regulierend ein, wenn ein Bedarf gesehen wird. Faktisch haben damit die *bars* lange das gesamte Berufsrecht in den sog. *legal ethics* gestaltet, aber insbesondere die Wandlung bezüglich der Behandlung des *profit motive* ist auf die Rechtsprechung des *Supreme Court* der USA zurückzuführen.

II. Der Wandel in den USA

Der *Supreme Court* der USA sah in der Rechtssetzungspraxis der *state bars* wettbewerbsregulierende Maßnahmen, die lediglich unter dem Deckmantel der Rechtspflege geführt wurden. Tatsächlich aber sollten sie nur den alteingesessenen Anwälten dienen, um ihre Marktposition auszubauen und zu stärken. Dies aber bedeutete für die Rechtspflege nichts Gutes, denn nach den Regeln des Marktes habe dies eine Verteuerung der Anwaltsdienstleistung zur Folge, die zu Lasten der Rechtspflege insbesondere einer sozialen Rechtspflege ginge. Anwaltsdienstleistung sei aus diesem Grund in zu geringem Maße in Anspruch genommen worden. Die Diskussion um den sozial besonderen Sachgehalt der anwaltlichen Berufssparte ist dort nicht minder intensiv geführt worden als hier. Es wird jedoch anders versucht die gleichen Regelungsziele zu erreichen.

Ausschlaggebend für einen Wandel war der *war on poverty* der sechziger und siebziger Jahre. Neben geringen wohlfahrtsstaatlichen Maßnahmen, um den Bedürftigen die Teilnahme an der Rechtspflege zu ermöglichen, waren es vornehmlich wettbewerbpolitische Maßnahmen, die diesem Ziel dienen sollten. Diese Politik wurde von Seiten der Exekutive unter Präsident Johnson initiiert und sowohl von der Verwaltung als auch von der Rechtsprechung fortgeführt.

Hintergrund für die Förderung einer sozialen Rechtspflege durch Wettbewerb ist der rechtswissenschaftliche Bereich der *law and*

economics-Schule. Die ökonomische Analyse unterstellt in den meisten ihrer Anwendungsgebiete einen normativen und einen methodologischen Individualismus.⁶⁰² Interessieren soll hier der methodologische Individualismus. Die ökonomische Analyse unterstellt bei der Herstellung von Prognosen über die Wirkung der Standesregeln, dass die Anwälte ihren eigenen Nutzen verfolgen und sich nicht von moralischen Kategorien oder von Pflichtbewusstsein leiten lassen. Sie geht von der rational egoistisch handelnden Person als Basis für das Verständnis von Normen und Institutionen aus. Sie nimmt an, dass Institutionen nur dann geeignet sind, ihre Aufgaben zu erfüllen, wenn diese so konstruiert sind, dass die in ihnen handelnden Personen durch die Verfolgung ihres privaten Vorteils gleichzeitig diese Aufgaben unterstützen. Es gibt nach Auffassung des methodologischen Individualismus kein Verhalten von Systemen oder Institutionen, sondern nur ein Verhalten in Institutionen.⁶⁰³

Damit wird vom *worst case* ausgegangen, eine Funktionsfähigkeit der Rechtsberatung auch ohne moralische Verantwortung der Rechtsanwälte soll gewährleistet werden, dabei kann selbstverständlich nicht schaden, wenn dennoch moralisch gehandelt würde. Im Bereich des Anwaltsrechts wird das auch weitgehend erwartet. Allein die Rechtsregeln sind auf den methodologischen Individualismus ausgerichtet.

Diese Perspektive darf bei der Betrachtung jeder einzelnen wettbewerbsrelevanten Standesregel des amerikanischen Anwalts nicht außer Betracht bleiben, denn hinter den Freiheiten des Wettbewerbs steht das Regelungsziel der Erreichung einer sozialen Rechtspflege.

⁶⁰² Schäfer/Ott, S.3.

⁶⁰³ Schäfer/Ott, S.3.

a) Goldfarb-Kostensenkungsmaßnahme und Lenkungsfunktion

Wettbewerbsforcierung in den USA wurde erstmals im Rahmen der Anwaltsgebühren mit der Entscheidung *Goldfarb* betrieben, dem Verbot von Minimumhonoraren.⁶⁰⁴ Die Kompetenz, Zulassung und Verhalten des Anwaltsberufs zu regulieren, sollte mit dieser Entscheidung grundsätzlich nicht angegriffen werden. Die Regeln übertrafen aber nicht das Interesse des Staates an einem freien Wettbewerb. Dort, wo der amerikanische Anwalt im üblichen Wettbewerb stehe und „*commerce*“ betreibe, hätten die Regulierungen gegenüber den Wettbewerbsregeln des *Sherman Act* zurückzustehen.

Preiswettbewerb fördert das Bemühen, zu niedrigen Kosten zu produzieren. Dies war die erste erwünschte Maßnahme, die weit reichende Folgen haben sollte. Besteht beim Preiswettbewerb der Anreiz, Kosten für ein bestimmtes Produkt zu reduzieren, wird sich der Anbieter überlegen, wie dies erreicht werden kann. Damit soll durch die Lenkungsfunktion des Wettbewerbs der Markt unverzüglich auf veränderte wirtschaftliche Lagen reagieren und sich flexibel anpassen. Hier war das Ziel, das Rechtsberatungsbedürfnis der armen Bevölkerung abzudecken. Ein üblicher Weg, ein Produkt möglichst günstig zu gestalten, ist, bei wiederkehrenden Leistungen diese in standardisierter Form zu erbringen. Dies nennt sich der sog. „*economy of scales*“-Effekt.⁶⁰⁵

b) Die Legal Clinic- „*economy of scales*“ Effekt

Einher mit dem Verbot von Minimumhonoraren geht die *legal clinic*. Rechtsberatung wird zum Massenprodukt. Dieses Produkt soll es armen und bürgerlichen Person möglich machen, bezahlbare Beratung in Anspruch zu nehmen. Erfolgreiche *legal clinics* haben bestimmte

⁶⁰⁴ *Goldfarb v. Virginia State Bar: The Professions Are Subject to the Sherman Act*, 41 Mo L.Rev.1 (1976).

⁶⁰⁵ Lenz, S. 121.

juristische Abläufe vollkommen in den Geschäftsablauf implementiert und gestalten sich dadurch effektiv und günstig. Wie in medizinischen Kliniken werden Kosten durch eine Steigerung der Effizienz gespart. Effizienz wird durch Systematisierung, Mechanisierung, erhöhte Produktivität und Spezialisierung erreicht. Die *Goldfarb* Entscheidung war eine wesentliche Voraussetzung, denn erst sie brachte den notwendigen politischen Druck, diese Produktivität erreichen zu müssen, um konkurrenzfähig zu bleiben.

Gleichzeitig dient der Zusammenschluss der Anwälte auch einer zunehmenden Spezialisierung. Das Wandern der Anwälte von Lokalisation zu Lokalisation innerhalb der *legal clinic* bewirkt eine Optimierung der Qualität des Angebots. Damit hat der Wettbewerb eine optimale Faktorallokation zur Folge. Der Produzent versucht seine Ressourcen auf die effizienteste Weise einzusetzen. Ein Team von Rechtsanwälten teilt das Dienstleistungsangebot unter sich auf und jeder wird zum Spezialisten.

Die Koordinierungsfunktion des Wettbewerbs besagt, dass Preisdruck bewirke, dass Anbieter ihr Angebot besser auf die Bedürfnisse der Nachfrager ausrichten. Die besonderen Bedürfnisse des Mandanten können je nach Art seiner Angelegenheiten ein Interesse an unterschiedlicher Leistungsform bewirken. Die *legal clinic* stellt eine in diesem Sinne besondere Angebotsform dar, die auf die Bedürfnisse des wenig begüterten Mandanten zugeschnitten ist. Vor dem gleichen Kriterien der Koordinierungsfunktion ist das Erfolgshonorar zugunsten des armen Mandanten zu verstehen.

c) Erfolgshonorar-Koordinierungsfunktion

Das Hauptargument für diese Form der Honorierung ist, dass Mandanten, die keinerlei finanziellen Rückhalt besitzen, trotzdem in der Lage sein sollen ihre Rechte durchzusetzen. Dies allein mit dem finanziellen Potential, welches in der Klage liegt.

Selbst wenn ein finanzieller Rückhalt vorliegt, kann aber das finanzielle Risiko auf diese Weise möglichst gering gehalten werden. Damit stellt dies keine Hürde mehr für eine Person dar, zu klagen. Weder eine unsichere Rechtslage muss den Mandanten abhalten noch ein übermächtiger Gegner wie ein Großunternehmen, denn vor Gericht wird der kleine Mann plötzlich zum ebenbürtigen Gegner, hat er einen risikobereiten guten Anwalt gefunden.

Oftmals entspricht die Höhe des Erfolgshonorars nicht dem Leistungsaufwand des Einzelfalles. Die dem angemessenen Honorar überschüssende Differenz soll indes als Puffer dienen, spätere Klagen, die verloren werden -wo kein Honorar anfällt- zu finanzieren. Um diese Argumentation richtig zu verstehen kommt man weiterhin nicht darum herum, die Besonderheiten des amerikanischen Zivilprozessrechts einzubeziehen. Die Koordinierungsfunktion des Wettbewerbs dient hier dem Zugang des armen Mandanten zur Rechtspflege.

In den USA ist jedoch lediglich der Zugang, nicht der kostenlose Zugang abgesichert. Dafür muss man sich die *American Rule* vor Augen halten, die das Bedürfnis des Mandanten nach Minderung des Kostenrisikos besonders verstärkt.⁶⁰⁶ Bei den Klagen vor den Bundesgerichten als auch vor den föderalen Gerichten ist es die allgemeine Regel, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt. Die Argumente für diese Regelung sind allesamt Argumente gegen das in der restlichen Welt vorherrschende *Fee Shifting/loser-pays system*.⁶⁰⁷ Die geführten Argumente gegen eine Regelung wie die in §§ 91ff ZPO sind allesamt finanzieller Art und sollen

⁶⁰⁶ Schepke, S.159, ignoriert diese Verquickung von American Rule, Erfolgshonorar und Honorarpuffer.

⁶⁰⁷ Gemäß § 91 I 1 ZPO hat die unterliegende Partei „die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.“

Abs 2: “Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten ...“.

auch wieder den kleinen Mann schützen.⁶⁰⁸ Die damit einhergehenden Ungerechtigkeiten gelten durch andere Institutionen als ausgeglichen. Zum einen gibt es Ausnahmen. Es sind Schadensersatzklagen möglich für Klagen, die aus Schikane geführt wurden oder von Anfang an völlig aussichtslos erschienen.(s.o.) Zum anderen gibt es das Erfolgshonorar, welches dem mit einem Recht die Möglichkeit gibt ohne jedes Risiko zu klagen. Die Tatsache, dass jemand überhaupt finanzielle Kosten hat, um ein Recht durchzusetzen, gilt als eine Sache, die in der Natur von Rechtsstreitigkeiten liegt. Das Erfolgshonorar lindert dieses Problem. Im Übrigen gilt der marktwirtschaftliche Grundsatz: Je geringer das Risiko, desto geringer wird auch das Honorar des Anwalts ausfallen.

d) Bates - Commercial Speech - Koordinierungsfunktion

Die Stellung eines Verfassungsrichters vor dem Hintergrund der *stare decisis* und einer mehrere Jahrhunderte alten Verfassung der USA gebietet, die in den *case law* Entscheidungen niedergelegten Regeln kritisch daraufhin zu prüfen, ob sie noch mit den Interessen und Bedürfnissen der Gegenwart in Einklang stehen.⁶⁰⁹

Das Bedürfnis der Armutsbekämpfung war zum Zeitpunkt der Entscheidung *Virginia State Board* bekannt. In diesem Kontext ist die *Commercial Speech* einmal in einem anderen Lichte zu betrachten. Liegt der Diskussionsschwerpunkt in der Literatur vorwiegend auf der Frage nach dem Schutzbereich dieses Grundrechts - auf der Frage nach einer Definition, was eine kommerzielle Äußerung ausmacht- ist hier ein Blick auf das Grundrechtssubjekt zu werfen.

Es werden keine Argumente vorgebracht, den Äußernden einer kommerziellen, vom „*profit motive*“ geführten Aussage zu schützen,

⁶⁰⁸ siehe zu den Argumenten weiter oben.

⁶⁰⁹ Zweigert/Kötz, S. 255.

obwohl es sich um das Grundrecht der Meinungsfreiheit handelt. Im kommerziellen Bereich haben Äußerungen einen geringen verfassungsrechtlichen Wert hinsichtlich ihrer Bildung. Weiterhin dienen solche Äußerungen nicht der Persönlichkeitsentwicklung und es fehlt der Bezug zu dem *originären* Schutzbereich der Meinungsbildung, nämlich der Förderung des politischen und demokratischen Prozesses.⁶¹⁰ Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist das vornehmste Menschenrecht überhaupt, es ist für ein freiheitliches demokratisches Gemeinwesen konstituierend.⁶¹¹

Diese Argumente wurden nicht entkräftet, sondern ergänzt. Der Schutzbereich ist der gleiche geblieben. *Commercial Speech* findet seine Existenzberechtigung in dem Argument, dass die kommerzielle Äußerung ebenso einen Zweck für den Empfänger erfüllt.⁶¹² Es wird nicht auf die Meinungsbildung, sondern auf den Effekt geblickt. Zwar dient auch die Meinungsfreiheit dem Meinungsbildungsprozess und damit dem Empfänger. Bei der *Commercial Speech* aber liegt der Schwerpunkt der Bedeutung allein auf dem Wert, den die Äußerung für den Empfänger hat.

Sämtliche Begründungen für die Einschränkung und nicht Gleichbehandlung mit anderen Äußerungen konzentrieren sich auf diesen Wert beim Empfänger. Ist die Werbeäußerung irreführend, verliert sie jeden Grundrechtsschutz. Nicht die Freiheit einer kommerziellen Meinungsäußerung hat Verfassungsrang, sondern der Informationsgehalt für den Empfänger.

Markant wird dieser Aspekt an einer Äußerlichkeit der Präzedenzentscheidung Virginia State Board selbst. Es waren nicht etwa

⁶¹⁰ Pietzcker, Jost, „The U.S. Commercial Speech Doctrine“ Zeitung für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), S. 1, 29.

⁶¹¹ BVerfGE 7, 208; 62, 247, 71, 220; 76, 208f.

⁶¹² „This switch from the speaker to the listener has not been given much attention but it may in fact indicate that commercial speech is different.“ Pietzcker, S. 29.

Apotheker die sich auf ihr Verfassungsrecht der *commercial speech* beriefen, es war vielmehr eine Verbraucherschutzorganisation, die sich auf die Meinungsäußerungsfreiheit der Apotheker berief.

Es verschwimmen hier die Grenzen zwischen Grundrechtsträger und Schutzbereich des Grundrechts auf eine Art, wie sie sich unmittelbar auf kein deutsches Verfassungsrecht übertragen ließen. Es ist aber ein eindeutiges Indiz für die Funktion der *Commercial Speech* als ein allein und rein *dienendes* Grundrecht für einen Meinungsbildungsprozess relevant nur für die amerikanische Marktwirtschaft.

Für den Anwalt hat dies, wie auch in Bates deutlich wird, die Auswirkung, dass die Möglichkeit Informationen über die Anwaltsdienstleistung zu erhalten, ein Informationsrecht von Verfassungsrang ist, zu dessen Zweck man dem Anwalt die Werbefreiheit ermöglicht.⁶¹³ Der amerikanische Anwalt ist Gewerbetreibender. Wobei diese Gewerbetätigkeit jedoch der Rechtspflege dienen soll. Daher ist kein vergleichbares Spannungsverhältnis zwischen Freiheit der Berufsausübung und Organ der Rechtspflege vorhanden. Vielmehr sollen die Freiheiten des Rechtsanwalts im wirtschaftspolitischen Sinn der Niedrighaltung der Kosten für das Dienstleistungsprodukt, einer optimalen Ressourcenallokation, einer Koordinierungsfunktion, Lenkungsfunktion und einer Informationsfunktion des Wettbewerbs dienen. Damit soll eine soziale Rechtspflege erreicht werden.

Hierdurch werden die Freiheiten der Berufsausübung in den USA ein untergeordneter Bestandteil des Regelungsziels einer ordentlichen Rechtspflege. Standesrecht ist auch in den USA ein Recht, das vergleichsweise und quantitativ ethischen Kategorien stärker ausgesetzt

⁶¹³ „... the disciplinary rule serves to inhibit the free flow of commercial information and to keep the public in ignorance.“ 433 U.S.350, 365 (1977).

ist als andere Rechte.⁶¹⁴ Es verbietet sich daher, von fehlender Moral des amerikanischen Standesrechts zu sprechen, allerhöchstens von fehlender Moral des handelnden Rechtsanwalts. Die ist aber in die Makroanalyse des Standesrecht eingeflossen und daher nicht unschädlich, vielmehr Voraussetzung der ökonomischen Analyse.

Der amerikanische Anwalt ist kein Organ der Rechtspflege. Er ist vielmehr ein Instrument zur Erreichung eines gepflegten Rechts. Hierbei spielt das *profit motive* des Rechtsanwalts eine besondere Rolle. Es soll eine soziale Rechtspflege fördern. Gewinnerzielungsabsicht steht damit nicht im Widerspruch zur Rechtspflege, es soll dieser vielmehr im Rahmen einer konsequentialistischen Effizienzethik dienen. Standeswürde soll hier durch die Allokationseffizienz einer Dienstleistung erreicht werden, nicht durch das moralische Verhalten der Standesangehörigen selbst.

Vor diesem Hintergrund lässt es sich dann auch ganz anders argumentieren. Wenn ohnehin *profit motive* gewollt ist, so findet ein eher zweitrangiges Argument plötzlich eine schmückende Form. Nach der ökonomischen Analyse führt die fehlende Möglichkeit, den Mandanten über die Qualität anwaltlicher Leistung zu informieren, zu einer Verringerung der Qualität anwaltlicher Dienstleistung, da eine hohe Qualität nur unzureichend wahrgenommen wird und es sich für die Anwälte daher weniger lohnt, gute Qualität zu erbringen.⁶¹⁵ Werbung nutzt sowohl dem Anwalt als auch dem Mandanten. Eine *win/win*-Situation, wie der Betriebswirt sagen würde.

⁶¹⁴ s. S.10; Taupitz S. 189.

⁶¹⁵ Heintze, S. 47.

III. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf Deutschland

Alle Fragen, die sich zur Wettbewerbsforcierung in den USA stellten, waren solche, die in Deutschland unter die Frage der Freiheit der Berufsausübung subsumiert würden. Die Vordergründigkeit des volkswirtschaftlichen Aspekts der Wettbewerbsforcierung in den USA lässt jedoch daran zweifeln, dass Art. 12 GG vergleichbar weite Wettbewerbsfreiheiten zuließe - eine vergleichbare Wirtschaftsfunktion zugute kommt. Dies hängt im Wesentlichen damit zusammen, dass das Regelungsziel der Wettbewerbsforcierung in den USA in Deutschland vom Sozialstaatsprinzip gedeckt wird.

a) Art. 12 I GG

Art 12 I GG schützt sowohl die Wahl als auch die Ausübung des Arbeitsplatzes.⁶¹⁶ Das Grundrecht sichert „die Freiheit des Bürgers, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d.h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen“. Es ist in erster Linie ein persönlichkeitsbezogenes Recht.⁶¹⁷ Es enthält ein Abwehrrecht und zugleich eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung. Neben diesem personalen Ansatzpunkt ist das Grundrecht auch für die Wirtschaftsordnung von erheblicher Bedeutung. Es sichert die Freiheit des Gewerbes.⁶¹⁸ Im praktischen Ergebnis, nicht aber als Regelungsziel hat es einen wettbewerbsfördernden Effekt,⁶¹⁹ denn eine bestimmte Wirtschaftspolitik oder eine bestimmte Wirtschaftsordnung schreibt das Grundgesetz nicht vor.⁶²⁰

⁶¹⁶ Jarass/Pieroth, Art.12 GG, Rn.2..

⁶¹⁷ BVerfGE 30, 334; 54, 313; 71, 201; 75, 292; 77, 112f.

⁶¹⁸ BVerfGE 50, 362; BVerwGE 65 32, 317.

⁶¹⁹ BVerfGE 32, 317.

⁶²⁰ BVerfGE 7, 400.

b) Soziale Marktwirtschaft

Zwar spricht sich das Grundgesetz nicht für eine bestimmte Wirtschaftsordnung aus, sondern verhält sich wirtschaftspolitisch neutral. Aus dem Gesamtgefüge der verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergeben sich jedoch Grundprinzipien. Solche Eckpfeiler unserer Wirtschaftsordnung sind das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip, die Berufs- und allgemeine Handlungsfreiheit.⁶²¹ Auf dieser Grundlage wurde die soziale Marktwirtschaft der BRD geschaffen, die auf der grundsätzlich freien wirtschaftlichen Betätigung des Einzelnen beruht. Die Koordination des Marktes erfolgt daher grundsätzlich anhand des Wettbewerbs.⁶²² Durch das Praktizieren einer „sozialen Marktwirtschaft“ sollen Schwächen der freien, nicht beeinflussten Marktwirtschaft durch staatliche Maßnahmen beseitigt werden.

Schwächen der freien Marktwirtschaft liegen darin, dass diese durch Konzentrationsvorgänge größten Ausmaßes den Wettbewerb eingeschränkt, ggf. sogar völlig beseitigt. Es besteht die Gefahr zu großer Einkommensunterschiede mit unterschiedlichen Vermögensbildungen in der Gesellschaft als Keim sozialer Spannung. Diskrepanzen zwischen Angebot und Nachfrage können konjunkturelle Schwankungen auslösen. Folge ist in Hochkonjunktoren Preissteigerung, Überbeschäftigung und Geldentwertung; in Zeiten der Rezession besteht die Gefahr von Massenarbeitslosigkeit.⁶²³

Die soziale Marktwirtschaft, wie sie in der Bundesrepublik praktiziert wird, hat sich zum Ziel gesetzt, die genannten Schwächen der freien, nicht beeinflussten Marktwirtschaft durch staatliche Maßnahmen zu beseitigen. Dazu bedarf es auf Gesetz beruhender Eingriffe des Staates in den Wirtschaftsablauf, die insoweit systemkonform sind, als sie dazu dienen,

⁶²¹ Baumbach/Hefermehl, Allg Rn. 42 ff.

⁶²² Baumbach/Hefermehl, Allg. Rn.70.

⁶²³ Wöhe S.6.

dem System immanente Faktoren, die zu sozialen Spannungen führen können, abzubauen.⁶²⁴

d) Armenrecht in Deutschland

Im Hinblick auf die Sozialstaatsfunktion der BRD aus Art. 20 I GG, der Rechtsweg Garantie Art. 19 IV GG und dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs Art.103 I GG ist die BRD dem sozial Schwachen gegenüber verpflichtet, zu gewährleisten, die Rechtspflege in Anspruch nehmen zu können. Das Armenrecht der Prozesskostenhilfe in den §§ 114-127a ZPO bildet für den finanziell Bedürftigen in Deutschland die Zugangsmöglichkeit zu den Gerichten. Es sichert gleichzeitig die Waffengleichheit und das Recht der Partei auf Gleichbehandlung, Art. 3 GG.⁶²⁵ Um eine gleichförmige Handhabung der Prozesskostenhilfe zu gewährleisten hat man ein Tabellensystem entsprechend ähnlicher europäischer Vorbilder in England, Schweden und Frankreich geschaffen.⁶²⁶

In den 70er Jahren gab es auch in Deutschland eine rechtspolitische Diskussion um das sog. Armenrecht.⁶²⁷ Es wurde auch hier analysiert, wieweit die Anwaltsdienstleistung für den armen Bürger erreichbar würde. Wettbewerbsforcierung durch *laissez-faire* kam als Förderungsaspekt jedoch nicht in Betracht, vielmehr waren es staatlich in den Bereich eingreifende Ideen, wie eine Rechtsschutzzwangsversicherung. Die Diskussion wurde schließlich 1981 im Rahmen der Einführung der Prozesskostenhilfe als Ersatz für das frühere Armenrecht beendet. Die in den §§ 114-127 ZPO geregelte Hilfe gilt für alle Gerichtszweige. Die jeweiligen Verfahrensordnungen verweisen insoweit auf die ZPO. Zuständig für die Gewährung ist das jeweilige Gericht.

⁶²⁴ Wöhe S.7.

⁶²⁵ Blomeyer, Zivilprozessrecht, S. 71 ff.

⁶²⁶ Engels, S. 4.

⁶²⁷ Albers/Hartman-Hartman, § 91 ZPO, m.w.Verweisen.

Ist das Einkommen des Antragsstellers niedriger als die untere Einkommensgrenze, so wird die Prozesskostenhilfe vollständig gewährt; liegt das Einkommen zwischen den beiden Einkommensgrenzen, so wird die Prozesskostenhilfe zwar gewährt, der Antragsteller aber gleichzeitig verpflichtet, monatliche Raten bis zur Deckung der Kosten an die Staatskasse zu zahlen. Eine Nachzahlungspflicht bei nachträglicher Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse besteht im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht mehr.⁶²⁸

Dem Antragsteller wird, sofern Anwaltszwang besteht, der Anwalt seiner Wahl beigeordnet, sonst nur, wenn auch der Gegner durch einen Anwalt vertreten ist oder wenn die Beiordnung erforderlich scheint (§ 121 ZPO). Der Anwalt hat einen direkten Anspruch gegen die Staatskasse, er kann hingegen keinen Vergütungsanspruch gegen die Partei geltend machen (§ 122 I Nr.3 ZPO). Die Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung mit dem Mandanten ist gemäß § 3 IV S.1 BRAGO ausgeschlossen. Die Vergütung des Rechtsanwalts berechnet sich bei einem Streitwert bis zu 5000,-DM wie die normale gesetzliche Vergütung, bei einem Streitwert zwischen 5000,- DM und 50.000 DM nach einer besonderen niedrigeren Tabelle; bei Streitwerten über 50.000 DM erhält der Anwalt eine Festgebühr. Wird der Gegner in die Kosten verurteilt, so hat der Anwalt ein eigenes Recht, die normale gesetzliche Vergütung von dem Gegner beizutreiben (§ 126 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn dem Gegner selbst Prozesskostenhilfe gewährt worden war (§123 ZPO). Dies ist ein erhebliches Kostenerstattungsrisiko.⁶²⁹

Mit dem Gesetz über die Prozesskostenhilfe trat gleichzeitig zur Verbesserung des vor- und außergerichtlichen Rechtsschutzes das Beratungshilfegesetz in Kraft. Die Beratungshilfe besteht in Beratung und - soweit erforderlich - in einer Vertretung. Sie wird in Angelegenheiten des

⁶²⁸ Schuster, S. 18.

⁶²⁹ Lenz, S. 45.

Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs-, Verfassungs-, Sozial-, und Strafrechts gewährt; im Strafrecht aber nicht für die Vertretung. Zur Bewilligung bedarf es der gleichen Voraussetzungen wie bei der Prozesskostenhilfe. In § 3 BerHG ist vorgesehen, dass die Beratungshilfe außer durch einzelne Rechtsanwälte auch durch das Amtsgericht oder zentrale anwaltliche Beratungsstellen gewährt werden kann. Diese müssen auf Grund einer Vereinbarung mit der Landesjustizverwaltung eingerichtet sein. Ein Alternativmodell stellt Hamburg dar mit öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstellen. In Bremen erteilen sog. Arbeitnehmerkammern Auskunft.⁶³⁰

Positive sachliche Voraussetzung der Prozesskostenhilfebewilligung ist jedoch die hinreichende Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung.⁶³¹ Das Armenrecht verändert auch nicht die grundsätzlichen Kostentragungsregeln. Es bleibt bei der Unterliegenshaftung für die Prozesskosten der §§ 91 ff ZPO. Gewinnt der Bedürftige den Prozess, muss der unterlegene Gegner die Kosten des Rechtsstreits in üblicher Höhe tragen. Verliert der Bedürftige den Prozess, tauscht das Armenrecht den Kostenschuldner aus und die Allgemeinheit tritt an seine Stelle. Trotzdem muss der bedürftige Verlierer die außergerichtlichen Kosten des Gegners tragen, wenn dieser verliert § 123 ZPO. Die Angst vor dieser Kostentragung beim Prozessverlust wird dem Armen durch die Pfändungsvorschriften der §§ 811 ff ZPO genommen.

Gemäß § 16 I der BerufsO ist der Anwalt verpflichtet bei begründetem Anlass auf die Möglichkeit von Beratungs- und Prozesskostenhilfe hinzuweisen. Aus den CCBE 3.7. ergibt sich eine vergleichbare Verpflichtung. Die § 48, 48a BRAO regeln die sich folglich ergebende Verpflichtung zur Übernahme der Prozessvertretung bzw. Beratungshilfe.

⁶³⁰ Lenz, S. 46.

⁶³¹ Engels, S. 5.

Die Zahl der Prozesskostenhilfverfahren sind nach der Gesetzeseinführung der PKHG vom 13.6.1980 stark gestiegen.⁶³² Die Gesetzesänderung brachte als Anspruchsvoraussetzung neben der Bedrohung des notwendigen Unterhalts, das neue Kriterium der - nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen - vorliegenden Unfähigkeit bzw. teilweisen Unfähigkeit, die Kosten der Prozessführung aufzubringen. Prozesskostenhilfe ist Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege und nimmt jährlich einen finanziellen Aufwand von DM 400.000 Millionen ein.⁶³³

IV. Amerikanische Regelungsziele und deren Übertragbarkeit auf das Europarecht

Das Regelungsziel der sozialen Wettbewerbsforcierung lässt sich nicht auf das Europarecht übertragen, denn dieses ist lediglich auf die europäische Integration ausgerichtet. Hingegen lässt sich aber das Regelungsziel der Wettbewerbsforcierung allein sehr wohl übertragen.

Im Gegensatz zu der auf das BVerfG zurückzuführenden Interpretation des Grundgesetzes, der „wirtschaftspolitischen Neutralität“⁶³⁴, legt sich der EGV in Art.2 und 3, verstärkt durch das Binnenmarktkonzept (Art. 7a EGV) und insbesondere Art.3a Abs.1 EGV auf eine marktwirtschaftliche Ordnung fest, die durch die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschung schützt, geschaffen und gesichert werden soll.⁶³⁵

Weitere Regulierungen, die dies offenbaren, sind Art. 81 ff. EGV mit den Regeln zum Kartellrecht, Art. 102 a S.2 und Art 105 I S.3 EGV insbesondere Art. 3a EGV, wonach die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft die Einführung einer Wirtschaftspolitik umfasst, die dem

⁶³² BT- Drucksache, 12. Wahlperiode, 12/ 6963.

⁶³³ Engels, S. 4.

⁶³⁴ BVerfGE 4, 17f.; 50, 338.

⁶³⁵ Streinz, Rn 787.

Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.

Staatliche Eingriffe sollen nur dort stattfinden, wo es einer Korrektur bedarf, um höhere Ziele zu erreichen oder Fehlentwicklungen zu verhindern. Was der Wettbewerb im Markt nicht selbst steuern kann, soll auf dem Wege einer sozial gerechten Intervention geordnet werden.⁶³⁶

Der dauerhafte Bestand des deutschen Rechtsberatungsgesetzes beispielsweise ist schon deshalb im bisherigen Umfang zweifelhaft, weil der zusammenwachsende europäische Dienstleistungsmarkt eine Angleichung der rechtlichen Voraussetzungen der Erbringung der Dienstleistungen erfordert. In anderen Ländern der EU finden sich aber keine dem deutschen Rechtsberatungsgesetz vergleichbare Regelungen, bzw. finden sich in Frankreich, Österreich, Griechenland oder Luxemburg keine dem deutschen Recht vergleichbaren restriktiven Regulierungen. Die Standortwahl für Unternehmen und wirtschaftlich tätige Personen und die Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit soll sich ausschließlich nach den unverfälschten Bedingungen des Marktes richten können. Der unverfälschte Wettbewerb ist ein grundlegendes Vertragsziel von zwingender Geltung, nicht lediglich ein Programmsatz.

⁶³⁶ Baumbach/Hefermehl, Allg. Rn.72.

Literaturverzeichnis

- Abel, Richard**
American Lawyers
Oxford, New York, 1989
zitiert: Abel,
- Abraham, A.**
The Judicial Process
6. Auflage.
New York/Oxford 1993
zitiert: Abraham,
- Ahrens, Hans Jürgen**
Anwaltsrecht für Anfänger
München 1996
zitiert: Ahrens,
- Aronson, Robert H.
Devine, James R.
Fisch, William B.**
Problems, Cases and Materials in
Professional Responsibility
St. Paul, Minn 1985
zitiert: Aronson/Devine/Fisch,... .
- Aronson, Robert H.
Weckstein, Donald T.**
Professional Responsibility
in a Nutshell
Second Edition
St. Paul, Minn 1991
zitiert: Aronson/Weckstein,
- Baumbach, Adolf
Hefermehl, Wolfgang**
Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb
Kommentar
19. Auflage
München 1996
zitiert: Baumbach/Hefermehl,... .
- Blomeyer, Arned**
Zivilprozessrecht
Berlin 1985
zitiert: Blomeyer,... .

- Blumenwitz, Dieter** Einführung in das U.S.-amerikanische Recht
6. Auflage
München 1998
zitiert: Blumenwitz,
- Brandstetter, Arnulf** Der Erlaß von Berufsordnungen durch die
Kammern der freien Berufe
Berlin 1971
zitiert: Brandstetter,
- Canaris, Karl Herrman** Handelsrecht
22. Auflage
München 1995
zitiert: Canaris,
- Cochran Jr., Robert F.** Cases and Materials on
Collett, Teresa S. The Rules of the Legal Profession
St. Paul Minn. 1996
zitiert: Cochran/Collett
- Commission on Advertising** Report on the Survey on the Image of
ABA Lawyers in Advertising
Chicago 1990
zitiert: ABA-Survey,
- Curran, Barbara** The Legal Needs of the Public
Chicago 1977
zitiert: Curran,
- Dahrendorf, Ralf** Soziale Klassen und Klassenkonflikte in der
industriellen Gesellschaft
Stuttgart 1957
zitiert: Dahrendorf,
- Dahs, Hans** Handbuch des Strafverteidigers
5. Aufl.
Köln 1983
zitiert: Dahs,

- Deneke, Paul** Die freien Berufe
Stuttgart 1956
zitiert: Deneke,... .
- Dietl, Clara-Erika**
Lorenz, Egon Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik
Mit erläuternden und rechtsvergleichenden
Kommentaren
Teil 1 Englisch-Deutsch
Sechste völlig neu bearbeitete und
erweiterte Auflage
München, 2000
zitiert: Dietl/Lorenz,
- Enders, Horst Reiner** Die BRAGO für Anfänger
8.Auflage
München 1995
zitiert: Enders,... .
- Engels, Curt** Prozesskostenhilfe
Frankfurt am Main 1990
zitiert: Engels, S.
- Engisch, Karl** Auf der Suche nach Gerechtigkeit
2.Auflage
München 1971
zitiert: Engisch,... .
- Enneccus, Ludwig**
Nipperdey, Hans Carl Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts
1.Halbband
5.Aufl.
Tübingen 1958
zitiert: Enneccus/Nipperdey,... .
- Fehlmann, Max** Die rechtliche Stellung der freien
wissenschaftlichen Berufe
Zürich 1946
zitiert: Fehlmann,

- Feuerich, Wilhelm** Bundesrechtsanwaltsordnung
3.Auflage
München 1995
zitiert: Feuerich,... .
- Feuerich, Wilhelm**
Braun Anton BRAO
4.Auflage
Vahlen, 1999
zitiert: Feuerich/Braun,
- Fisch, William B.** "Professional Services"
in: International Encyclopedia of
Comparative Law
Volume VIII -Specific contracts
Chapter 9
Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster
1999
zitiert: Fisch,
- Fishman, Leo** Poverty amid Affluence
New Haven 1966
zitiert: Fishman-Bearbeiter,... .
- Fox, Richard Wightman**
Kloppenber, James T A Companion to American Thought
Camebridge, Massachusetts 1995
zitiert: Fox/Kloppenber, Stichwort:
- Frey, Bruno S.** Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik
München 1981
zitiert: Frey,
- Friedlander, Walter A.** Introduction to Social Welfare
Engelwood Cliffs, New Jersey 1961
zitiert: Friedlander,

- Gatto, John D.** Die Anwaltshaftung im US-amerikanischen und deutschen Recht
Giessen 1992
zitiert: Gatto,.... .
- Geiger, Andrea Elisabeth** Der Wandel des Berufsrechts des deutschen Rechtsanwalts unter dem Einfluß des europäischen Integrationsprozesses
München 1995
zitiert: Geiger,
- Gillers, Stephen** Regulation of Lawyers: Problems of Law and Ethics
Fifth Edition
New York, New York 1998
zitiert: Gillers,
- Goulden, J.** The Million Dollar Lawyers
New York, New York 1978
zitiert: Goulden,....
- Haller, Walter** Supreme Court und Politik in den USA
Bern 1972
zitiert: Haller,
- Hartstang, Gerhard** Der deutsche Rechtsanwalt
Heidelberg 1986
zitiert: Hartstang,.... .
- Hartung, Wolfgang; Holl, Thomas** Anwaltliche Berufsordnung
Fachanwaltsordnung Europäische
Standesregeln –CCBE
Kommentar und Berufsrecht ABC
München 1997
zitiert: Hartung/Holl-Bearbeiter,

Husmann, Johann Herrman

Freie Advokatur im Zwangsverband
Würzburg 1970
zitiert: Husmann,... .

Illich, Ivan

Entmündigende Expertenschaft
in: Illich, Ivan/McKnight, John/Zola Irving
K.
Entmündigung durch Experten
Reinbek 1979
zitiert Illich,... .

Johnson, Lyndon B.

Meine Jahre im weißen Haus
aus dem Amerikanischen von Hans-Heinz
Werner
Originaltitel: „The vantage point.
Perspectives of the Presidency 1963-1969“
München 1972
zitiert: Johnson,

Katz, Michael B.

Improving Poor People
The Welfare State, The „Underclass“ and
Urban Schools in History
Princeton, New Jersey 1995
zitiert: Katz,

Kauffmann, Hans

Creifelds Rechtswörterbuch
11. Auflage
München 1992
zitiert: Creifelds, Stichwort ... , S.

Kaufman, Andrew L.

Problems in Professional Responsibility
Third Edition
Boston 1989
zitiert: Kaufman,... .

Klump, Rainer

Einführung in die Wirtschaftspolitik
Vahlen 1989
zitiert: Klump,

Köbler, Gerhard

Juristisches Wörterbuch
4. Aufl.
München 1989
zitiert: Köbler,

**Kötz, Hein
Zweigert, Konrad**

Einführung in die Rechtsvergleichung
auf dem Gebiet des Privatrechts
3. neubearb. Aufl.
Tübingen 1996
zitiert: Zweigert/Kötz,

Kunz, Christian

Die Europäisierung des Berufsrechts der
Rechtsanwälte
Baden-Baden 1997
zitiert: Kunz,

Landauer, Carl

Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der
Vereinigten Staaten von Amerika
Stuttgart 1981
zitiert: Landauer,

Laufs, Adolf

Arztrecht
4. Aufl.
München 1988
zitiert: Laufs,

**Leibfried Stephan
Voges Wolfgang**

Armut im modernen Wohlfahrtsstaat
Sonderheft der Kölner Zeitschrift für
Soziologie und Sozialpsychologie
Opladen 1992
zitiert: Leibfried/Voges –(Bearbeiter),

Lenz, Rita

Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten
Baden-Baden 1998
zitiert: Lenz,

- Levitan, Sar A.**
Taggart, Robert
 The Promise of Greatness: The Social Programs of the Last Decade and Their Major Achievements
 Camebridge, Massachusetts 1976
 zitiert: Levitan/Taggart,
- Lingenberg, Joachim**
Hummel, Fritz
Zuck, Fritz
Eich Alexander
 Kommentar zu den anwaltlichen Grundsätzen des Standesrechts
 2.Aufl.
 Köln 1988
 zitiert: Lingenber/Hummel/Zuck/Eich-Bearb.,... .
- Luban, David**
 The Good Lawyer
 Lawyers´ Role and Lawyers´Ethics
 Totowa, New Jersey 1984
 zitiert: Luban-(Bearbeiter),
- Mallen, Ronald E.**
Smith, Jeffrey M.
 Legal Malpractice
 Fourth Edition
 St.Paul, Minnessota 1996
 zitiert: Mallen/Smith,
- Meiselman, David J.**
 Attorney Malpractice: Law and Procedure
 San Francisco 1980
 zitiert: Meiselman,... .
- Merle, Henner**
 Die Freizügigkeit für Rechtsanwälte in der Europäischen Union
 Frankfurt a.M. 1994
 zitiert: Merle,
- Michalski, Lutz**
 Der freie Beruf im Standes und Steuerrecht
 Köln 1989
 zitiert: Michalski,

- Morgan, Thomas D.**
Rotunda, Ronald D.
Professional Responsibility
-Problems and Materials
Sixth Edition
Westbury, New York, 1995
zitiert: Morgan/Rotunda,
- Mörsdorf-Schulte, Juliana**
Funktion und Dogmatik US-amerikanischer
punitive damages
Diss. Köln 1999
zitiert: Mörsdorf-Schulte,... .
- Neuhäuser, M.**
Standesrecht und Standessitte der
Anwaltschaft
in Juristen-Jahrbuch 4 (1963/64)
S.120 ff
zitiert: Neuhäuser,... .
- Ostler, Fritz**
Die deutschen Rechtsanwälte
1871-1971
Essen, 1971
zitiert: Ostler,
- Patterson, James T.**
America´s Struggle Against Poverty 1900-
1980
Camebridge, Massachusetts 1981
zitiert: Patterson JT,
- Patterson, L. Ray**
Legal Ethics: The Law of Professional
Responsibility
Second Edition
NewYork, New York 1984
zitiert: Patterson,
- Poll, Jens**
Die Haftung der freien Berufe am Beispiel
des Rechtsanwalts
Berlin 1992
zitiert: Poll,... .

Posner, Richard

Economic Analysis of Law
2nd edition
Boston 1977
zitiert: Posner,... .

Reimann, Mathias

Einführung in das US-amerikanische
Privatrecht
München 1997
zitiert: Reimann,... .

Rheinstein, Max

Einführung in die Rechtsvergleichung
2. Aufl.
München 1987
zitiert: Rheinstein,

Rhode, Deborah L.

Professional Responsibility
-Ethics by the pervasive Method
Second Edition
New York, New York 1999
zitiert: Rhode,

Rhode, Deborah L.

Luban, David

Legal Ethics
Westbury, New York, 1992
zitiert: Rhode/Luban,

Riedel, Fritz

Süssbauer, Heinrich

Fraunholz, Karl Josef

Keller, Hans Ludwig

Bundesgebührenordnung
Kommentar
4.Auflage
München 1978
zitiert: Riedel/Süßbauer/Fraunholz,... .

- Scherer,** Grundlagen des Kostenrechts
5.Auflage
München 1995
zitiert: Scherer,... .
- Schmidt Eberhard** Der Arzt im Strafrecht
in Ponsold Albert
Lehrbuch der gerichtlichen Medizin
2.Aufl.
Köln 1988
zitiert: E.Schmidt,... .
- Schmidt, Karsten** Handelsrecht
4.Auflage
München 1994
zitiert: Schmidt,... .
- Schmidt, Marek** Standesrecht und Standesmoral
Baden Baden 1993
zitiert: M.Schmidt,
- Schuster, Paul** Prozesskostenhilfe
Köln 1980
zitiert: Schuster,
- Shapiro, Robert; Young John** Public Opinion and the Welfare State:
United States in Comparative Perspective
Political Science Quarterly 104, Nr.1 (1989)
S. 59-89
zitiert: Shapiro/Young,
- Stern, Klaus** Anwaltschaft und Verfassungsstaat
München 1980
zitiert: Stern,... .
- Streinz, Rudolf** Europarecht
4.Auflage
Heidelberg 1999
zitiert: Streinz,... .

- Sue, Ingrid** Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen
Standesrechts
Göttingen 1986
zitiert: Sue,
- Taupitz, Jochen** Die Standesordnungen der freien Berufe
Geschichtliche Entwicklung, Funktionen,
Stellung im Rechtssystem
Berlin 1991
zitiert: Taupitz,
- Tuchtfeldt, Egon** Bausteine zur Theorie der Wirtschaftspolitik
2. unveränderte Auflage
Stuttgart 1987
zitiert: Tuchtfeldt,
- v.Gierke, Otto** Deutsches Privatrecht
Band I
Leipzig 1895
zitiert: v. Gierke,... .
- Walter Gerhard** Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess
Stuttgart 1991
zitiert: Gerhard,
- Warburg, Walter** Zur Bedeutung der Ethik für die Tätigkeit
des Rechtsanwalts
in Festschrift für Reimers
Berlin 1979
zitiert: Warburg,... .
- Weinberger, Daniel** Fighting Poverty. What Works and What
Doesn't
Camebridge, Massachusetts 1986
zitiert: Weinberger-Bearbeiter,... .

- Weißler, Adolf** Die Geschichte der Rechtsanwaltschaft
Leipzig 1905
zitiert: Weißler,
- Wesser, Sabine** Grenzen unzulässiger
Inländerdiskriminierung
Bonn 1995
zitiert: Wesser,
- White, William S.** Lyndon B. Johnson
Persönlichkeit, Politiker, Präsident
aus dem Amerikanischen von Ulla H. de
Herrera
Originaltitel: „The Professional –Lyndon B.
Johnson“
München, 1964
Zitiert: White,
- Williston** Williston on Contract
3.Aufl.
Mount Kisco, New York 1967
zitiert: Williston, ...
- Wöhe, Günter** Einführung in die Allgemeine
Betriebswirtschaftslehre
18. Auflage, 1993
zitiert: Wöhe,
- Wolfram, Charles W.** Modern Legal Ethics
Student Edition
St. Paul, Minn. 1986
zitiert: Wolfram,
- Ziegenhagen, Christina** Die Berufsggerichtsbarkeit der freien Berufe
Münster 1998
zitiert: Ziegenhagen,

Zitrin, Richard
Langford, Carol M.

The Moral Compass of the American Lawyer
Truth, Justice, Power, and Greed
First Edition
New York, New York 1999
zitiert: Zitrin/Langford,

Zuck, Rüdiger

Kommentar zu den §§ 59c-59m BRAO
München 1999
zitiert: Zuck, Komm-Stichwort.