



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament
„Der Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen. Bericht im Rahmen der
ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor“ vom
30.07.2002 (KOM(2002) 441 endgültig)

erarbeitet vom Europaausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer unter Mitwirkung
seiner Mitglieder

RA Heinz **Weil**, Paris (Vorsitzender)

RA Dr. Martin **Abend**, Dresden

RA Eugen **Ewig**, Bonn

RA Dr. Klaus **Heinemann**, Brüssel

RAin und Notarin Karla **Köhler**, Frankfurt am Main

RA Prof. Dr. Peter **Mailänder**, Stuttgart

RA Dr. Hans-Michael **Pott**, Düsseldorf

RA JR Dr. Norbert **Westenberger**, Mainz

RA Dr. Thomas **Westphal**, Celle (Berichterstatter)

RA Wolfgang **Eichele** LL.M., BRAK Berlin/Brüssel

RAin Dr. Heike **Lörcher**, BRAK Brüssel

RAin Tanja **Struve**, BRAK Brüssel

Brüssel im Juni 2003

Die Bundesrechtsanwaltskammer vertritt als Dachorganisation 27 regionale Rechtsanwaltskammern und die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Diese Kammern vertreten die Gesamtheit von derzeit rund 121.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in der Bundesrepublik Deutschland.

I. Allgemeines

Als Dachverband von Angehörigen eines freien Berufes, der Dienstleistungen erbringt, begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die Bemühungen der Kommission, im Rahmen einer Gesamtstrategie zur Verbesserung des Binnenmarktes im Dienstleistungsbereich beizutragen. Sie teilt die Auffassung des Europäischen Rates und der Kommission, dass dem Dienstleistungssektor bei der Realisierung des Binnenmarktes eine ganz entscheidende Rolle zukommt und dass er bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen noch ein erhebliches Entwicklungspotential beinhaltet. Dem Ziel der Binnenmarktstrategie, die Erbringung von Dienstleistungen über die Binnengrenzen in der Europäischen Union hinweg genau so einfach zu gestalten, wie diejenige innerhalb der territorialen Grenzen eines Mitgliedstaates, wird uneingeschränkt zugestimmt.

II. Zum methodischen Vorgehen

Grundsätzlich wird der von der Kommission gewählte Ansatz befürwortet, zunächst in einer ersten Stufe eine Bestandsaufnahme derjenigen Elemente durchzuführen, die in der Praxis einer vollständigen und grenzüberschreitenden Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit entgegenstehen, um dann in einer zweiten Stufe darüber nachzudenken, ob die festgestellten Beeinträchtigungen zur Wahrung übergeordneter Interessen gerechtfertigt sind und welche Lösungen für die aufgezeigten Probleme, die diesem Maßstab nicht standhalten, entwickelt werden können. Durch dieses Vorgehen werden zwar auch solche Hindernisse und Schranken zur Überprüfung gestellt, die bereits auf gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten beruhen; deren Bestätigung als aus Gründen des Allgemeininteresses geboten wird aber zu einer endgültigen Rechtssicherheit führen, die zu begrüßen ist.

Die Bundesrechtsanwaltskammer wiederholt ihren bereits in der Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 29. Dezember 2000 (KOM (2000) 888) vom November 2001 vorgetragenen Hinweis, dass für den Bereich anwaltlicher Dienstleistungen mit den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zur Anerkennung von Diplomen (Richtlinie 89/48/EWG), zur Dienstleistungsfreiheit (Richtlinie 77/249/EWG) und zur Niederlassungsfreiheit (Richtlinie 98/5/EG) in vertikaler Hinsicht ein Rechtsrahmen geschaffen wurde, der nicht nur den Anforderungen und der besonderen Stellung des Berufsstandes der Rechtsanwälte gerecht wird, sondern auch den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht und geeignet ist, als Modell auch für andere reglementierte Freie Berufe zu dienen. Die Bundesrechtsanwaltskammer geht deshalb davon aus, dass es nicht die Intention der Kommission ist, diese Regelungen, die einen teilweise erst nach sehr kontroverser Auseinandersetzung innerhalb des Berufsstandes gefundenen Kompromiss darstellen, so kurze Zeit nach ihrer Umsetzung in nationales Recht wieder in Frage zu stellen. Es geht vielmehr darum, darüber hinaus gehende, auch im Bereich der Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen anzutreffende Hindernisse in horizontaler Ebene zu überprüfen und gegebenenfalls zu beseitigen.

III. Zu Einzelaspekten des Berichts

1. Terminologie

Die Begriffe „Dienstleistung“ und „Niederlassung“ werden in dem Bericht mit einem Inhalt gebraucht, der nicht deckungsgleich ist mit der Definition in Art. 42 und 49 des EG-Vertrages neuer Fassung und mit der von der Dienstleistungsrichtlinie (77/249/EWG) und Niederlassungsrichtlinie (98/5/EG) bekannten Abgrenzung. Dies wird beispielhaft in den Ausführungen unter I. A. 1. des Berichtes deutlich, in welchem „Schwierigkeiten bei der *Niederlassung von Dienstleistern*“ zusammengefasst werden. Während nach dem Verständnis der für die anwaltliche Tätigkeit bestimmten Richtlinien ein „Dienstleister“ derjenige ist, der vorübergehend in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen, in dem er seine eigentliche Niederlassung unterhält, dienstleistend tätig wird, stellt der Bericht auf den *Inhalt der Tätigkeit* ab. Dienstleister

ist hiernach auch jemand, der zur Erbringung einer dienstleistenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat eine Niederlassung einrichtet und unterhält.

Es wird angeregt, den hierdurch ausgelösten Missverständnissen durch eine Klarstellung oder eine geänderte Terminologie zu begegnen.

2. Rechtliche Schranken im Allgemeinen

a) Notwendigkeit der Inanspruchnahme von Dienstleistung als Hindernis ?

Der Bericht listet eine Reihe von „Hindernissen“ auf, die darin erkannt werden, dass der Dienstleister im grenzüberschreitenden Verkehr gehalten ist, Leistungen örtlicher Dienstleister in Anspruch zu nehmen, um rechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Als Beispiel seien genannt die Notwendigkeit, im Zusammenhang mit dem Zustandekommen von Verträgen (I A. 5 (i) – Seite 39¹) oder zur Beitreibung einer Forderung (I A. 6 (ii) – Seite 45 und dort Fn. 148) einen Rechtsberater vor Ort zu konsultieren.

Diesbezüglich wird zu bedenken gegeben, dass eine solche Betrachtungsweise jedenfalls dann Gefahr läuft, mit dem Anliegen des Berichts, eine Verbesserung des Binnenmarktes im Dienstleistungssektor herbeizuführen, zu kollidieren, wenn die Notwendigkeit, im grenzüberschreitenden Dienstleistungsmarkt die Leistungen eines Dienstleisters in Anspruch zu nehmen, als Hindernis aufgefasst und in Frage gestellt wird.

b) Kosten als Hindernis ?

Auch der Ansatz, dass die durch die Inanspruchnahme von Leistungen Dritter ausgelöste Kostenfolge als „Hindernis“ im Dienstleistungssektor verstanden werden kann (vgl. beispielhaft S. 9), ist zu hinterfragen, da er mit dem Ziel des Berichts, die Rahmenbedingungen für die Erbringung von Dienstleistungen zu stärken, nicht korrespondiert. Eine Verstärkung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Dienstleistungssektors geht notwendiger Weise mit dem Anwachsen der hierfür von den Dienstleistungsempfängern aufzuwendenden Kosten einher. Kosten stellen im übrigen keine „rechtlichen Schranken“ dar.

¹ Die Seitenangaben beziehen sich auf die deutsche Ausgabe des Berichts.

3. Sonstige Schranken

Soweit der Bericht die Schwierigkeiten beim Zugang zu Informationen über die in anderen Mitgliedsstaaten geltenden Rechtsvorschriften und deren Auslegung sowie die mangelnden Kenntnisse der gemeinschaftsrechtlichen Binnenmarkt-Grundsätze als Hindernisse hervorhebt (S. 46 f.), ist ihm zuzustimmen, und zwar auch für den Bereich anwaltlicher Dienstleistungen. Rechtsanwälte denken in ihrer Mehrheit nach wie vor „national“ und lassen die gemeinschaftsrechtlichen Aspekte bei ihrer täglichen Arbeit oft unbeachtet. Wie in der Vergangenheit wird sich die Bundesrechtsanwaltskammer deshalb auch in der Zukunft sowohl national als auch (im Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union) im europäischen Kontext dafür einsetzen, die Kenntnisse der Rechtsanwälte sowohl im Gemeinschaftsrecht als auch in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedsstaaten zu stärken und als unbedingt notwendigen Bestandteil sowohl der anwaltlichen Initialausbildung als auch in der Fort- und Weiterbildung mit einzubeziehen.

Bei einer Vereinfachung des Zugangs zu Informations- und Kenntnisressourcen darf aus der Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer aber nicht aus den Augen verloren werden, dass der *Umgang* mit diesen Kenntnissen durch deren Anwendung in Form von Beratung und Vertretung Dritter eine besondere Verantwortung des Dienstleisters gegenüber der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit voraussetzt. Bei der Beratung und Vertretung ihrer Mandanten in allen (auch gemeinschaftsrechtlichen) Rechtsangelegenheiten, sind Rechtsanwälte als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO) diesem Grundsatz verpflichtet und werden hierauf vereidigt.

IV. In Deutschland bestehende Schranken bei der Ausübung anwaltlicher Dienstleistungen und ihre Rechtfertigungsgründe

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat auf der Grundlage der von dem Bericht vorgegebenen Struktur eine Übersicht zu den Schranken im einzelnen erstellt. Darin werden den im Bericht abstrakt aufgelisteten Schranken die nach der derzeitigen Geset-

zeslage in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Entsprechungen sowie ihre Rechtfertigungsgründe gegenüber gestellt. Diese Übersicht ist dieser Stellungnahme beigegeben.

Im einzelnen bestehen nachfolgende Schranken:

A. Rechtliche Schranken

1. Schwierigkeiten bei der Niederlassung von Dienstleistern

- (i) In Deutschland ist die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen nur solchen Personen gestattet, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist (Artikel 1 § 1 Abs. 1 des Rechtsberatungsgesetzes – RBerG). Von dieser Schranke sind die Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsgesellschaften grundsätzlich ausgenommen (Artikel 1 § 3 Nr. 2 RBerG), so dass Rechtsanwälte ohne gesonderte Erlaubnis auf allen Rechtsgebieten beratend und vertretend tätig werden dürfen (sog. *Rechtsberatungsvorbehalt*). Aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie (77/249/EWG) der Niederlassungsrichtlinie (98/5/EG) erstreckt sich diese Erlaubnis auf alle EU-Rechtsanwälte. Die vom Rechtsberatungsgesetz getroffenen Regelungen fallen beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten und sind deshalb gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden (EuGH, Urteil vom 12.12.1996, EuZW 1997, S. 53 ff. <Tz. 41> - *Reisebüro Broede*).

Das Rechtsberatungsgesetz soll zum einen die Empfänger der betreffenden Dienstleistungen davor bewahren, dass ihnen durch Rechtsrat von Personen, die nicht die erforderliche berufliche oder persönliche Qualifikation besitzen, Schaden entsteht (**Schutz der Mandanteninteressen**) und zum anderen die **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** sichern (EuGH, aaO <Tz. 31>).

- (ii) Gemäß § 28 Abs. 1 BRAO ist es Rechtsanwälten untersagt, Zweigstellen einzurichten oder auswärtige Sprechtage abzuhalten. Die Regelung soll der Gefahr

vorbeugen, dass Rechtsanwälte zwischen mehreren Kanzleien pendeln und für Rechtssuchende, Behörden und Gerichte nur eingeschränkt erreichbar sind (BGH, Urteil vom 02.04.1998, NJW 1998, S. 2533 ff. (2535)), es dient somit der **Gewissenhaftigkeit der anwaltlichen Berufsausübung**. Dem europäischen Rechtsanwalt ist hingegen die Begründung mehrerer Niederlassungen in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten nach Maßgabe der RiLi 98/5/EG vom 16.02.1998 (EG-Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte – Abl. EG vom 14.03.1998 Nr. L 77 S. 36 ff.), in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) vom 09.03.2000, BGBl. I S. 182 ff.), gestattet.

- (iii) Gemäß § 2 Abs. 1 EuRAG hat sich der niedergelassene europäische Rechtsanwalt bei der für den Ort seiner Niederlassung zuständigen Rechtsanwaltskammer einzutragen. Durch die Eintragung wird sichergestellt, dass die Rechtsanwaltskammer die Einhaltung der den europäischen niedergelassenen Rechtsanwalt treffenden Berufspflichten insbesondere im Hinblick auf die nachzuweisende Vermögenshaftpflichtversicherung und die Wahrung der berufsrechtlichen Regelungen für den Umgang mit Fremdgeldern, Mandanten, Gerichten und Kollegen überwachen und Verstöße sanktionieren kann (**Selbstverwaltung des Berufsstandes**).

- (iv) Rechtsanwaltsgesellschaften mit beschränkter Haftung müssen von Rechtsanwälten verantwortlich geführt werden und ihre Geschäftsführer müssen mehrheitlich Rechtsanwälte sein (§ 59 f Abs. 1 BRAO). Geschäftsführer, die nicht Rechtsanwälte sind, müssen einem sozietätsfähigen Berufsstand angehören (§ 59 f Abs. 2 BRAO), also Patentanwalt, Steuerberater, Steuerbevollmächtigter, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer oder Berufsangehöriger aus einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union sein (vgl. § 59 a Abs. 1 Satz 1 BRAO). Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass Rechtsanwälte einen **freien Beruf** und kein Gewerbe ausüben und dass die Rechtsanwaltsgesellschaft nicht nur ein Instrument zur Berufsausübung der in ihr zusammengeschlossenen Rechtsanwälte ist, sondern als juristische Person selbst Erbringerin rechtsbesorgender Dienstleistungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BRAO ist (*Feuerich/Braun* BRAO, Rdn. 1 zu § 59 f). Die Beschränkung der weiteren Geschäftsführer auf Angehörige so-

zietätsfähiger Berufsgruppen dient der **Wahrung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses**, da die sozietätsfähigen Berufe einer den Rechtsanwälten vergleichbaren Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

- (v) Gemäß § 59 e Abs. 1 BRAO dürfen Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft nur Rechtsanwälte oder Angehörige der in § 59 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BRAO genannten sozietätsfähigen Berufe sein (vgl. auch § 27 BORA). Die Vorschrift dient der **Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit**, insbesondere in Form der **wirtschaftlichen Selbständigkeit**, auf die Berufsfremde keinen Einfluss nehmen dürfen, und schützt die **anwaltliche Verschwiegenheitspflicht** gegen den gesellschaftsrechtlich nicht ausschließbaren Auskunftsanspruch des berufsfremden Gesellschafters gemäß § 51 a GmbHG (*Feuerich/Braun*, BRAO, Rdn. 2 zu § 59 e; OLG Köln, Beschluss vom 10.10.1997, BRAK-Mitt. 1997, S. 264 ff. (266)).
- (vi) Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu versagen, wenn der Bewerber eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist, oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann (§ 7 Nr. 8 BRAO). Wird eine solche Tätigkeit von einem bereits zugelassenen Rechtsanwalt aufgenommen, ist die Zulassung zu widerrufen (§ 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO). Das Ziel dieser Regelung besteht darin, die fachliche Kompetenz und Integrität sowie den ausreichenden Handlungsspielraum der Rechtsanwälte zu sichern und die **notwendige Vertrauensgrundlage der Rechtsanwaltschaft** zu schützen; damit dient die Regelung der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** (BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, S. 1527 f. (1527)).
- (vii) Gemäß § 4 BRAO, § 16 EuRAG setzt die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft voraus, dass der Kandidat die Befähigung zum Richteramt erlangt oder die Eignungsprüfung in Sinne der RiLi 89/48/EWG vom 21.12.1988 (Abl. EG Nr. L 19 S. 16 ff.) abgelegt hat. Die Zugangsvoraussetzung zum Berufsstand stellt sicher, dass der Rechtsanwalt auch hinsichtlich seiner beruflichen Qualifikation seiner Rolle als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und als den Gerichten gleichberechtigt gegenüberstehender Akteur im „Kampf ums Recht“ gerecht

werden kann. Sie dient somit der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** und dem **Schutz der Mandanteninteressen**.

2. Schwierigkeiten bei der Nutzung von „input“ für Dienstleistungen

Derartige Schwierigkeiten sind im deutschen anwaltlichen Berufsrecht nicht gegeben.

3. Schwierigkeiten bei der Werbung für Dienstleistungen

- (i) Rechtsanwälten ist es untersagt, mit ihren Auftraggebern Vereinbarungen zu treffen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen sie einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhalten (quota litis) (§ 49 b Abs. 2 BRAO, CCBE-Standsrichtlinien 3.3). Die Vorschrift soll verhindern, dass der Rechtsanwalt den Ausgang eines Mandates zu einer eigenen Angelegenheit macht, an der er selbst ein wirtschaftliches Interesse hat; sie dient somit der **Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als Teil der Rechtspflege** (BT-Drucks. 12/4993, S. 31, *Hartung/Holl/Lörcher*, Anwaltliche Berufsordnung, Rdn. 2 zu CCBE 3.3).
- (ii) Gemäß § 43 b BRAO, § 6 Abs. 1 BORA, CCBE 2.6.1 ist dem Rechtsanwalt Werbung nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist. Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift bereits auf ihren Kernbestand reduziert. Das Sachlichkeitsgebot ist ein Grundsatz des **lauteren Wettbewerbs** (§ 1 UWG). Es dient dem **Ansehen des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege** und der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** (BT-Drucks. 12/4993, S. 28; *Kleine-Cosack*, NJW 2003, S. 868 ff. (869)). Das Verbot von Werbung, die auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist, dient dem Schutz des Rechtssuchenden vor Überrumpelung und Belästigung und damit dem Grund-

satz der **Lauterkeit im Rechtsberatungs-Wettbewerb** (*Har-
tung/Holl/Römermann*, Anwaltliche Berufsordnung, Rdn. 89 zu § 6).

- (iii) Unabhängig von der Angabe von Fachanwaltsbezeichnungen dürfen Rechtsanwälte als Teilbereiche ihrer Berufstätigkeit nur Interessen- und/oder Tätigkeitsschwerpunkte benennen. Insgesamt sind nicht mehr als fünf Benennungen zulässig, davon höchstens drei Tätigkeitsschwerpunkte. Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte sind jeweils als solche zu bezeichnen (§ 7 Abs. 1 BORA). Die Regelung soll sicherstellen, dass der Rechtsanwalt die angegebenen Rechtsgebiete auch tatsächlich beherrscht und somit letztlich einer **Irreführung des rechtssuchenden Publikums** entgegenwirken (BGH, Beschluss vom 26.05.1997, NJW 1997, S. 2522 f. (2523); OLG Nürnberg NJW 2001, S. 1481; OLG Celle, Urteil vom 31.10.2002, NJW 2003, S. 296 f. (297)).

4. Schwierigkeiten beim Vertrieb von Dienstleistungen

- (i) Nach § 28 EuRAG darf der dienstleistende europäische Rechtsanwalt in gerichtlichen Verfahren, in denen der Mandant sich nicht selbst vertreten kann, als Vertreter oder Verteidiger eines Mandanten nur im Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt (Einvernehmensanwalt) handeln. Die Regelung entspricht Art. 5 (zweiter Spiegelstrich) der RiLi 77/249/EWG vom 22.03.1977 (ABl. EG vom 26.03.1977 Nr. L S. 17). Sie betrifft insbesondere die Fälle des zivil- und strafprozessualen Anwaltszwangs (§§ 78 ZPO, 140 Abs. 1 StPO) und dient in der ihr vom EuGH gegebenen engen Auslegung dem Schutz der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** und dem **Schutz der Mandanteninteressen** (vgl. hierzu die Nachweise unter 6. (iii)).
- (ii) Rechtsanwälte sind bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit durch das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen (Generalnorm: § 43 a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA) beschränkt und dürfen insbesondere in Angelegenheiten, mit denen sie früher in irgendeiner Form (als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar, Notarvertreter, Notariatsverwalter, Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker, Betreuer o. ä.)

beruflich befasst waren, nicht tätig werden (*lex specialis*: § 45 Abs. 1 BRAO). Umgekehrt darf ein Rechtsanwalt in Angelegenheiten, in denen er als Rechtsanwalt tätig war, nicht als Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker o. ä. tätig werden (§ 45 Abs. 2 BRAO). Die Vorschriften dienen der Wahrung der **beruflichen Unabhängigkeit** des Rechtsanwalts und der Pflicht zur **Gewissenhaftigkeit und Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung** (BT-Drucks. 12/4993 S. 27; *Feuerich/Braun*, BRAO, Rdn. 54 zu § 43a; Rdn. 3 zu § 45; *Hartung/Holl/Hartung*, Anwaltliches Berufsrecht, Rdn. 3 zu § 3 BORA; *Hartung/Holl/Lörcher*, Anwaltliches Berufsrecht, Rdn. 1 zu 2.5. CCBE). Sie fördern das Vertrauen des Mandanten in die Lauterkeit des Rechtsanwalts.

5. Schwierigkeiten beim Verkauf von Dienstleistungen

- (i) § 49 b Abs. 1 BRAO verbietet dem Rechtsanwalt, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als es die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) vorsieht. Die Vorschrift will einen Preiswettbewerb um Mandate verhindern und dient der **Wahrung des für alle gleichen Zugangs zum Recht** (*Feuerich/Braun*, BRAO, Rdn. 12 zu § 49 b).

6. Schwierigkeiten nach dem Verkauf von Dienstleistungen

- (i) Gemäß § 51 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus seiner Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen und die Versicherung während der Dauer seiner Zulassung aufrechtzuerhalten. Die Versicherung muss bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen genommen werden. Von der Verpflichtung, eine Berufshaftpflichtversicherung nach § 51 BRAO zu unterhalten, ist der niedergelassene europäische Rechtsanwalt befreit, wenn er der Landesjustizverwaltung eine nach den Vorschriften des Herkunftsstaates geschlossene Versicherung oder Garantie nachweist, die hinsichtlich der Bedingungen und des Deckungsumfanges einer Versicherung gemäß § 51 BRAO gleichwertig ist. Bei fehlender Gleichwertigkeit ist durch eine

Zusatzversicherung oder ergänzende Garantie ein Schutz zu schaffen, der den Anforderungen des § 51 BRAO gleichkommt (§ 7 Abs. 1 EuRAG) vgl. auch CCBE: 3.9.. Die Vorschrift dient dem **Schutz des rechtssuchenden Publikums** vor vermögensmäßigen Benachteiligungen durch unsachgemäße anwaltliche Beratung oder Vertretung (BT-Drucks. 12/4993, S. 31).

- (ii) Für die gerichtliche Durchsetzung und Beitreibung einer Geldforderung, die höher ist als 5.000 € (Landgerichtszuständigkeit) muss sich ein Auftraggeber durch einen zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 78 ZPO). Der Anwaltszwang dient der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** und einer **Entlastung der Gerichte** durch Versachlichung des Rechtsstreits, Vermeidung aussichtsloser Prozesse und Förderung gütlicher Einigungen, ferner dem **Schutz der Partei vor Rechtsverlusten** durch unsachgemäße Prozessführung (*Wieczorek/Schütze/Steiner*, ZPO, Rdn. 1 zu § 78).

B. Sonstige Schranken

1. Informationsmangel

Schwierigkeiten für Rechtsanwälte beim Zugang zu Informationen über die in anderen Mitgliedsstaaten geltenden Rechtsvorschriften und deren Auslegung sowie mangelnde Kenntnisse der Rechtsanwälte über die gemeinschaftsrechtlichen Binnenmarkt-Grundsätze sind in Deutschland in der Tat vorhanden, haben ihre Ursache aber nicht in berufsrechtlichen Vorgaben oder Schranken.

2. Kultur- und Sprachschranken

Gemäß §§ 3 Abs. 3, 7 Abs. 1 Satz 3 EuRAG hat der europäische Rechtsanwalt, der die Aufnahme in die für den Ort seiner Kanzlei zuständige Rechtsanwaltskammer beantragt, die dem Antrag beizufügenden Unterlagen und den Nachweis des Bestehens einer ausreichenden Vermögenshaftpflichtversicherung in deutscher Sprache oder, wenn sie nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, in beglaubigter Übersetzung vorzulegen. Die Vorschrift dient letztlich der **Funktions-**

fähigkeit der Justizverwaltung einschließlich der Rechtsanwaltskammern, denen nicht abverlangt werden kann, Unterlagen, die in einer fremden Sprache beigebracht werden, selbst und auf eigene Kosten übersetzen zu lassen. Die ausschließliche Amtssprache in Deutschland ist Deutsch.

V. Überprüfung und Bewertung der Rechtfertigungsgründe

1. Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

- (i) Die Freiheit der Berufsausübung steht unter dem Schutz des Grundgesetzes (Art. 12 GG). Eine gesetzliche Beschränkung der freien Berufstätigkeit hält nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 GG nur stand,
- wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist;
 - wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und
 - wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.

Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen nicht weiter gehen, als die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange dies erfordern (BVerfG NJW 2001, S. 353; BVerfG, Beschluss vom 20.10.2002, NJW 2003, S. 879).

- (ii) Diese abgestufte Überprüfung der gesetzlichen Einschränkungen von Berufsfreiheit im Lichte des deutschen Verfassungsrechts entspricht weitgehend der Vereinbarkeitsüberprüfung von Einschränkungen der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten (insbesondere der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit) durch den EuGH, der eine Einschränkung dieser Freiheiten durch berufsrechtliche oder andere Verbote nur dann als mit Art. 49 EGV (Art 59 EGV alt) vereinbar ansieht, wenn
- das Verbot in nicht diskriminierender Weise angewandt wird;
 - das Verbot aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich ist;
 - das Verbot geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten;

- das Verbot nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist

(EuGH NJW 1996, S. 579 ff. <Tz. 37> (*Gebhard*); EuGH, Urteil vom 12.12.1996, EuZW 1997, S. 53 ff. <Tz. 28> (*Reisebüro Broede*)).

- (iii) Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat eine Überprüfung der Zulässigkeit berufsrechtlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten in abgestufter Form danach zu erfolgen, ob die Beschränkung gesetzlich vorgesehen ist, eines oder mehrere in der EMRK genannten berechtigten Ziele verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, um dieses Ziel oder diese Ziele zu erreichen (EGMR, Urteil vom 17.10.2002, NJW 2003, S. 497 ff. (497) (*Stambuck/Deutschland – zum Recht auf freie Meinungsäußerung*)).

2. Allgemeine Feststellungen zum Anwaltlichen Berufsrecht

Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO); er übt einen freien Beruf aus (§ 2 Abs. 1 BRAO), der eine staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt (BVerfG, Beschluss vom 14.02.1973, NJW 1973, S. 698 ff. (697); BVerfG, Beschluss vom 08.03.1983, NJW 1983, S. 1535 ff. (1536)). Die „Freiheit der Advokatur“ charakterisiert sich dadurch, dass der Rechtsanwalt aufgrund seiner qualifizierten akademischen Ausbildung vorrangige geistige Leistungen erbringt, die ein besonderes Vertrauensverhältnis der Vertragspartner und insbesondere ein besonderes Vertrauen des Auftraggebers in die persönliche und fachliche Qualität des Rechtsanwalts, seine berufliche wirtschaftliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit und seine Seriosität voraussetzen (BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, S. 1527 f. (1527)) und bei denen er sich an den gemeinwohlorientierten ethischen Grundsätzen des anwaltlichen Berufsrechts zu orientieren hat (*Feuerich/Braun*, BRAO, Rdn. 1 ff. zu § 2 m.w.N.).

Die Anwendung dieser Berufsregelungen auf die Tätigkeit der Rechtsanwälte – namentlich die Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit – bietet den Empfängern rechtlicher Dienstleistungen und der

Rechtspflege die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung; sie dient somit einem schutzwürdigen Zweck (EuGH, Urteil vom 19.01.1988, NJW 1989, S. 658 f. <Tz. 29> (*Gullung*); EuGH, Urteil vom 12.12.1996, EuZW 1997, S. 54 ff. <Tz. 38> (*Reisebüro Broede*); BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, S. 1527 f. (1527)).

Die besondere Stellung der Rechtsanwälte in der Rechtspflege weist ihnen eine zentrale Position zwischen der rechtssuchenden Öffentlichkeit und den staatlichen Gerichten zu, die geeignet ist, die üblichen Beschränkungen, die für die Mitglieder der Rechtsanwaltskammern bei ihrer Berufsausübung gelten, zu rechtfertigen (EGMR, Urteil vom 17.10.2002, NJW 2003, S. 497 ff. (497) (*Stambuck/Deutschland*); EGMR, Entscheidung vom 21.03.2002, NJW 2003, S. 877 f. (878) (*Wingerter/Deutschland*)).

3. Die Überprüfung der Rechtfertigungsgründe für berufsrechtliche Schranken der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Einzelnen

(i) Die Rechtfertigungsgründe lassen sich wie folgt unterteilen:

- *Im Bereich der Allgemeinheit liegende Gründe:*
 - Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der Justizverwaltung
 - Entlastung der Gerichte
 - Lauterkeit im Rechtsberatungs-Wettbewerb
- *Im Bereich des Mandanten liegende Gründe*
 - Schutz der Mandanteninteressen vor Rechts- und Vermögensnachteilen und vor Irreführung
 - Wahrung des gleichen Zugangs zum Recht und der Waffengleichheit
 - Wahrung der anwaltlichen Verschwiegenheit
 - Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit
 - Gewissenhaftigkeit und Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung
- *im Bereich des Rechtsanwalts liegende Gründe*
 - Wahrung der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege

Schutz der Vertrauensgrundlage der Rechtsanwaltschaft

- (ii) Alle vorgenannten Gründe sind solche des Gemeinwohls und entsprechen deshalb dem Allgemeininteresse; sie dienen somit schutzwürdigen Zwecken.
- (iii) Die berufsrechtlichen Schranken sind zur Erreichung der mit ihnen verfolgten Zwecke auch geeignet. Auch die Voraussetzung der Erforderlichkeit wird hinsichtlich der Schranken zu befürworten sein.
- (iv) Auch im Zuge der Gesamtabwägung ergeben sich zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe keine Gesichtspunkte, die einer Wahrung der Grenze der Zumutbarkeit entgegenstehen, da die Einschränkungen nicht über dasjenige hinausgehen, was zur Erreichung ihrer Ziele erforderlich ist.