

POSITIONSPAPIER

zur Studie des Instituts für Höhere Studien, Wien:

*„Economic Impact Of Regulation In The Field Of
Liberal Professions in Different Member States“*

erstellt im Auftrag der Hans-Soldan-Stiftung

von

Prof. Dr. Martin Henssler

RA Dr. Matthias Kilian

Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Institut für Anwaltsrecht
an der Universität zu Köln

I. Einleitung

Dieses Positionspapier nimmt Stellung zu der vom Institut für Höhere Studien (IHS) Wien im Auftrag der Generaldirektion Wettbewerb im Januar 2003 vorgelegten Studie „Economic Impact Of Regulation In The Field Of Liberal Professions in Different Member States“.

Die Verfasser des Positionspapiers beschäftigen sich seit vielen Jahren mit der rechtvergleichenden Erforschung der Regulierung des Anwaltsberufs in Europa. Der Verfasser Henssler ist u.a. Direktor des Dokumentationszentrums für Europäisches anwalts- und Notarrecht, einer in Europa einzigartigen Forschungseinrichtung auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Notare, sowie Herausgeber des in der Studie des IHS verwendeten (siehe S. 21 der Studie) Grundlagenwerkes „Anwaltliche Tätigkeit in Europa“. Der Verfasser Kilian ist u.a. Vorstand des Soldan-Instituts für Anwaltsmanagement, das sich mit empirischer Anwaltsforschung beschäftigt.

Das Positionspapier greift im Rahmen der Stellungnahme zur IHS-Studie zunächst die Kernaussagen der Studie auf (ad II.), um sich sodann mit der gewählten Methodik auseinander zu setzen (ad III.). Anschließend folgt eine Bewertung einzelner in der Studie herausgegriffener Problemkomplexe (ad IV.)

II. Studie des IHS

Die Studie des IHS untersucht, in welchem Umfang ausgewählte freie Berufe - Wirtschaftsprüfer/Steuerberater, „Rechtsberater“, Architekten/Ingenieure sowie Apotheker - in den Mitgliedsstaaten der EU reguliert sind. Aus den gewonnenen Erkenntnissen hat das IHS in der Studie einen „Regulierungsindex“ im Stile eines Rankings ermittelt. Die entsprechende Indizierung ist als methodischer Ansatz vom IHS frei gewählt und nicht näher begründet.

Die Studie kommt zu dem - wenig überraschenden - Ergebnis, dass in den Mitgliedsstaaten der EU eine sehr unterschiedliche Dichte der Regulierung der untersuchten freien Berufe festzustellen ist. Eine nähere Untersuchung der Gründe für diese unterschiedliche Regulierungsdichte erfolgt nicht.

Die indizierte Regulierungsintensität interpretiert die Studie dahingehend, dass aus ökonomischer Sicht eine möglichst geringe Regulierungsdichte anzustreben sei, weil eine intensivere Regulierung aus Sicht der Volkswirtschaft und der Verbraucher zu keinen besseren Ergebnissen führe. Sie leitet diesen Schluß vor allem von der Prämisse ab, dass in den geringer regulierten Märkten - etwa Finnland und Schweden - kein „market failure“, also kein Marktversagen auszumachen sei.

III. Methodik

1. Methodischer Ansatz

a) Vorbehalte

Ein Grundproblem der vorgelegten Studie ist, dass die Verfasser in der einleitenden Darstellung der gewählten Methodik selbst Vorbehalte hinsichtlich der Aussagekraft der ermittelten Daten äußern, insbesondere anzweifeln, inwieweit berufrechtliche Reglementierungen kausal für die der Studie zu Grunde gelegten wirtschaftliche Effekte sind (vgl. Seiten 1, 4, 5). Diese konzidierten fundamentalen methodischen Vorbehalte treten im Laufe des Untersuchungsgangs zunehmend in den Hintergrund; insbesondere in der *Executive Summary*, die vom eiligen Leser ausschließlich konsultiert werden wird, kommen sie nicht mehr mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck.

b) Indikatoren

Die Studie versucht, vereinfacht gesagt, das Verhältnis von Intensität der Regulierung eines Berufsstandes und seiner wirtschaftlichen Produktivität zu ermitteln.

Indikator für die wirtschaftliche Produktivität des Berufsstandes soll der Umsatz per capita sein. Schon die Prämisse, dass der erzielte Umsatz ein aussagekräftiger Indikator sein soll, wirft erhebliche Zweifelsfragen auf. Ein interessanterer und wohl sachgerechterer Wert wäre sicherlich der erzielte Gewinn per capita, unterscheidet sich doch die Kostenquote der Anwaltschaft in den einzelnen Mitgliedsstaaten nicht unerheblich. Auch der Gewinn wäre indes bei einer angezeigten volkswirtschaftlichen Betrachtung isoliert kein aussagekräftiger Indikator, ist für die freien Berufe doch ihr Gemeinwohlbezug maßgeblich. Vor diesem Hintergrund wäre auf den Nutzen der anwaltlichen Dienstleistungen für den Verbraucher abzustellen, also dessen Rente.

Unklar bleibt ferner, welche Bedeutung die Variable „Unternehmensgröße“ im Rahmen der Untersuchung haben soll. Die Größe von Berufsausübungsgesellschaften kann zum einen auf Regulierung beruhen - so etwa in Italien, wo die Vergesellschaftung lange Zeit nicht möglich war -, aber auch auf der Wirtschaftsstruktur des fraglichen Staates. So finden sich in den Staaten mit starker Zentralisierung des Rechtsberatungsmarktes - etwa in den Niederlanden oder England - überdurchschnittlich große Berufsausübungsgesellschaften, obwohl die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Vergesellschaftung dort nicht günstiger sind als etwa in Deutschland. Nicht nachvollziehbar erscheint die Relevanz der Gesellschaftsgröße haben soll, wenn der gewählte Effektivitätsindikator nicht der erzielte Gewinn, sondern der Umsatz sein soll. Große Berufsausübungsgesellschaften haben eine deutlich höhere Kostenquote (bis über 70%) als kleine spezialisierte Kanzleien oder Allgemeinkanzleien. Der Gewinn ist damit relativ zum Umsatz geringer, so dass die Aussage-

kraft der Daten Umsatzvolumen und Firmengröße nicht ersichtlich ist.

c) Regulierungsanliegen

Wie auch immer man zu diesen - entscheidenden - methodischen Weichenstellungen stehen mag, so gilt in jedem Falle, dass jede ausschließlich ökonomische Betrachtungsweise das eigentliche Kernproblem unbeachtet läßt: Welche Funktion die Regulierung eines bestimmten Aspekts der freiberuflichen Tätigkeit erfüllt. Die vorgenommene rein ökonomische Betrachtung arbeitet letztlich mit der Prämisse, dass die Regulierung den Interessen der Berufsangehörigen an einem abgeschotteten Markt und einer Gewinnoptimierung dient.

Mit der eigentlichen Funktion von Berufsrecht hat eine solche Sichtweise nichts zu tun, dürfen die fraglichen Bestimmungen des Berufsrechts als Berufsausübungsregelungen doch gerade nicht Partikularinteressen (etwa der Rechtsanwaltschaft) dienen, sondern müssen, um verfassungsrechtlich Bestand zu haben, von „vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls“ getragen sein. Auch europarechtlich können nach der Rspr. des EuGH die Aufnahme und Ausübung einiger selbständiger Tätigkeiten von der Beachtung bestimmter, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wie der Vorschriften über Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung abhängig gemacht werden (EuGH, Slg. 1977, 765 Tz. 12 - Thieffry). Voraussetzung ist, dass sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. EuGH, Slg. I 1993, 1663 Tz. 32 - Kraus

Man mag Zweifel daran haben können, ob einige wenige Detailregelungen des jeweiligen Berufsrechts einen nachvollziehbaren

Gemeinwohlbezug haben - etwa die zahlenmäßige Beschränkung von Schwerpunktangaben im anwaltlichen Werberecht in Deutschland - , jedoch gilt im Grundsatz, dass jede berufsrechtliche Bestimmung nicht um ihrer selbst oder im Interesse des Berufsstandes existiert, sondern im Gemeinwohlinteresse. Auf diese Ratio des anwaltlichen Berufsrechts geht die Studie nicht ein; sie behandelt sämtliche ausgemachten Beschränkungen identisch, ohne nach den Gründen ihrer Existenz zu fragen und eine entsprechende Gewichtung vorzunehmen.

Berufsrechtliche Vorschriften existieren vor allem, um

- den Zugang zum Recht zu gewährleisten,
- zur Erreichung materieller Gerechtigkeit nur qualitativ hochwertige Dienstleistungen auf dem Markt zuzulassen,
- Benachteiligungspotentiale, die in Prinzipal-Agenten-Beziehung von Mandant und Anwalt zwangsläufig sind, für die Verbraucher so weit wie möglich abzubauen.

Diese Zielsetzung berufsrechtlicher Vorschriften hat der EuGH wiederholt anerkannt. So hat der Gerichtshof Regelungen, die dem Schutz qualitativer Standards in der Rechtsberatung dienen, trotz der damit bewirkten Beschränkung der Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit gebilligt. In der Entscheidung *Säger/Dennemeyer* (EuGH, Urteil vom 25.07.1991 - Rechtssache C-76/90, GRUR Int. 1991, 807, Tz. 16, 17) heißt es ausdrücklich:

"Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, daß eine nationale Regelung wie die vom vorlegenden Gericht beschriebene offensichtlich die Empfänger der betreffenden Dienstleistungen vor Schäden bewahren soll, die ihnen dadurch entstehen könnten, daß sie Rechtsrat von Personen erhalten, die nicht die erforderliche berufliche oder persönliche Qualifikation besitzen. Sodann ist festzustellen, daß das Allgemeininteresse daran, daß die Empfänger dieser Dienstleistungen vor solchen Schäden geschützt werden, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt."

d) Deregulierungsziel

Folgt man der dem Gutachten offensichtlich zu Grunde liegenden Prämisse und unterstellt, dass eine geringe Intensität der Regulierung der Rechtsanwaltschaft den Markt anwaltlicher Dienstleistung im Interesse der Volkswirtschaft und damit mittelbar im Interesse des Einzelnen ankurbelt, ist damit die Kernfrage nicht beantwortet: Verbessert sich in einem solchen offensichtlich als idealtypisch angesehen Markt der Zugang zum Recht für den Bürger, erhält er eine qualitativ bessere oder zumindest gleichwertige Leistung und wird Benachteiligungspotentialen in mindestens ebenso effektiver Form begegnet wie in einem regulierten Markt? Auf diese - für rechtspolitische Deregulierungsüberlegungen entscheidenden - Fragen gibt das Gutachten keine empirisch gesicherten Antworten; es arbeitet vielmehr mit bloßen Annahmen.

e) Benchmarking

Eine zusätzliche Problematik erwächst aus der Tatsache, dass das Gutachten nicht nur einen idealtypischen, deregulierten Markt abstrakt mit einem real existierenden regulierten Markt vergleicht, sondern einen weitgehend deregulierten Markt als Benchmark für intensiver regulierte Märkte definiert. Eine Vergleichbarkeit wäre indes nur dann überhaupt vorstellbar, wenn zunächst einmal geklärt wäre, ob in dem als Benchmark definierten Markt im Vergleich zu strenger regulierten Märkten

- der Bedarf an rechtlichen Dienstleistungen aufgrund der Verrechtlichung, der sozialen und wirtschaftlichen Struktur der fraglichen Gesellschaft in ähnlichem Maße besteht,
 - der Zugang zum Recht tatsächlich besser,
 - die Qualität der Problemlösung gleichwertig sowie
 - der Schutz der Verbraucher zumindest ebenbürtig
- ist.

Einen entsprechenden Abgleich nimmt das Gutachten nicht vor – nicht zuletzt deshalb, weil sich 15 Rechtsanwaltschaften, die in keineswegs identisch strukturierten Märkten agieren und deren Bezugsobjekt der Tätigkeit, das nationale Recht, stark voneinander abweicht, schlechterdings nicht durch eine Indizierung vergleichen lassen. Das Bezugsobjekt ihrer Tätigkeit, das Rechtssystem, ist, anders als bei sonstigen freien Berufen, etwa Medizinern, Ingenieuren oder in gewissem Umfang Wirtschaftsprüfern, nicht länderübergreifend identisch, sondern von nationalen Besonderheiten geprägt. Diese können in einem Rechtssystem eine Regulierung notwendig machen und in einem anderen Rechtssystem entsprechende Regelungen entbehrlich erscheinen lassen. Der gewählte Benchmarking-Ansatz führt indes dazu, dass ein Rechtssystem, das möglicherweise aufgrund seiner Strukturen und Traditionen systemspezifische Anforderungen an die Regulierung der in ihm tätigen Rechtsanwälte stellt, als auch der Regulierung der Rechtsanwälte in allen anderen 14 Mitgliedsstaaten zu Grunde liegend angesehen wird. Die Regulierung eines Berufsstandes, der von den nationalen Besonderheiten des Bezugsobjekts seiner Tätigkeit geprägt ist, läßt sich schlechterdings nicht seriös „benchmarken“. Genau diese nationalen Besonderheiten des Anwaltsberufs betont aber der EuGH in ständiger Rechtsprechung.

f) Marktversagen

Die gewählte Benchmark unterstellt, dass in geringer regulierten Märkten ein Marktversagen nicht festzustellen ist. Diese Annahme wird durch keine Fakten untermauert. Bei der angewendeten Methodik wäre sie auch nicht ermittelbar, da eine solche Feststellung nicht auf den Vergleich von Daten gestützt werden kann, die isoliert bei Informanten erhoben wurden, die über keine rechtsvergleichenden Erkenntnisse verfügen und zu einer *relativen* Einschätzung der Situation in ihrer Rechtsordnung nicht befähigt sind.

Marktversagen ist danach zu bemessen, in welchem Umfang Regulierung verhindert, dass die rechtlichen Bedürfnisse der Bevölkerung befriedigt werden. Im Rahmen einer Studie wäre damit zu klären, inwieweit Regulierung Zugangsschranken, etwa durch Kostenbarrieren, Informationsdefizite oder Schwellenängste, errichtet anstatt abbaut. Eine solche Bewertung ist allerdings bei einer bloßen Analyse existierender berufsrechtlicher Bestimmungen unmöglich; sie verlangt eine Analyse des Rechtssystems als solchem. Manche Bestimmungen dienen, wenn sie in ein Gesamtsystem gestellt werden, gerade der Verbesserung des Zugangs zum Recht, obwohl sie bei einer isolierten Betrachtung den gegenteiligen Effekt zu haben scheinen (s.u.).

Die Studie enthält keine Kontrollüberlegungen dieses Inhalts. Sie analysiert noch nicht einmal den als Idealtypus vorgestellten deregulierten finnischen Markt im Detail, um zu verifizieren, dass dort kein Marktversagen festzustellen. Ebenso wenig unterziehen sich die Verfasser der Mühe, irgendwelche Indikatoren für ein Marktversagen zu ermitteln und diese empirisch nachzuweisen. So bleibt zum Beispiel die Frage unbeantwortet, warum sich in Finnland die Anbieter von Rechtsschutzversicherungen trotz fehlender Regulierung des Rechtsberatungsmarktes Anfang der 1980er Jahre dafür entschieden haben, ihre Versicherungsnehmer durch Zusatzklauseln in den Versicherungsbedingungen zu verpflichten (!), für die Rechtsverfolgung

einen Rechtsanwalt in Anspruch zu nehmen, der unter der Aufsicht des finnischen Anwaltsbundes arbeitet oder "juristisch qualifiziert" ist bzw. bei einem derart ausgewiesenen Anwalt angestellt ist (*Arti*, Rechtsschutz in Europa 1984/3, S.8, 13).

Ebenso wäre die Tatsache näherer Betrachtung wert gewesen, warum der finnische Staat ca. 10 % aller finnischen Anwälte hauptberuflich als Staatsbedienstete beschäftigt und in 67 staatlichen Rechtsberatungseinrichtungen einsetzt (bei einer Bevölkerungszahl von lediglich vier Millionen), also ganz erhebliche eigene Ressourcen investiert, um der Bevölkerung Zugang zu rechtsanwaltlicher Beratung zu ermöglichen. 75% der finnischen Bevölkerung sind berechtigt, entsprechende Beratungsleistungen in Anspruch zu nehmen und müssen diese nicht auf dem freien, deregulierten Markt "einkaufen".

Keine Auseinandersetzung erfolgt auch mit Stimmen aus dem Schrifttum, nach denen die Qualität nicht-anwaltlicher Rechtsberatung in Finnland Kritik ausgesetzt ist. So berichten *Lindholm* (in: *Fran advokatens arbetsfalt*, Helsinki 1994, S. 227) und *Letto-Vanamo* (in: *Ylöstalo, Asianajajaoikeutta*, Helsinki 1985, S. 12, 13) über erhebliche Qualitätsdefizite, die in der Bevölkerung offensichtlich nicht durchgängig wahrgenommen wird, weil eine hinreichende Trennschärfe zwischen Anwälten und nicht-anwaltlichen Rechtsberatern nicht gewährleistet ist

Diese drei beliebig herausgegriffenen Beispiele sprechen prima facie eindeutig gegen die These, dass es in deregulierten Märkten zu keinem ausgeprägteren Marktversagen kommt als in dichter regulierten Märkten.

g) Ergebnis

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Defizite bleibt unklar, welche Aussagekraft die errechneten Regulierungsindices überhaupt haben sollen. Die vorgelegte Studie ist letztlich eine Ansammlung von Hypothesen und Annahmen. Sie bietet ein nur in ganz geringem Umfang empirisch abgesichertes Modell, das, um

überhaupt begrenzte Aussagen zu liefern, umfassend mit den tatsächlichen Gegebenheiten der Beratungsmärkte in den Mitgliedsstaaten abgeglichen werden müßte.

2. Auswahlkriterien und Quellen

a) Untersuchungsgegenstand

Die Auswahl der für den Bereich der Rechtsberatung ausgewählten Länder - Dänemark, Deutschland, England und Wales, Italien und Frankreich - ist nicht nachvollziehbar.

Drei der vier in der Untersuchung genannten (S.10) Kriterien für die Auswahl dieser Länder (Größe, Verfügbarkeit, Lage) stehen in keinem nachvollziehbaren Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand - Regulierung der freien Berufe - und provozieren damit willkürliche Ergebnisse. Das vierte Auswahlkriterium, der vor der Untersuchung bekannte Grad der „Liberalisierung“, ist hinsichtlich der meisten problematisierten Aspekte untauglich, weil es - ein grundsätzliches Problem des Gutachtens - auf eine Verengung der regulierten Aspekte der Berufstätigkeit aus rein berufsrechtlicher Sicht hinausläuft. Berufsrechtliche Regelungen sind indes oftmals nur aus einem Gesamtsystem aus Verfassungsrecht, Verfahrensrecht, Wettbewerbsrecht, Vertragsrecht usw. heraus verständlich, da sie regelmäßig nicht um ihrer selbst existieren. Verzichtet die Rechtsordnung des Mitgliedsstaats auf sie und kommt es damit zu dem offenbar intendierten Idealbild eines deregulierten Anwaltsmarktes, so ist durchaus denkbar, dass allgemeine rechtliche Grundsätze in ähnlicher Art und Weise in das Marktverhalten der Betroffenen eingreifen. Zu denken ist hier insbesondere an die nicht berufsspezifischen Bestimmungen des Wettbewerbs- oder Deliktsrechts. Ein Rekurrieren allein auf die berufsrechtlichen Regeln ist daher weder als Auswahlkriterium noch, was zu zeigen sein wird, als Bewertungskriterium sinnvoll. Berufsrecht definiert oftmals lediglich allgemeine

Rechtsgrundsätze berufsspezifisch, dies verkennt eine Agenda, die sich die Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes durch Liberalisierung von Berufsrecht auf die Fahnen schreibt.

Ein besonders schwerwiegendes Defizit der Studie ist darin zu sehen, dass die gering regulierten Länder Finnland und Schweden, die letztlich als Idealtypus dargestellt werden, keiner detaillierten Analyse unterzogen werden. Dies ist umso bedauerlicher, als eine ausführliche und aktuelle Untersuchung zur Rechtsanwaltschaft in Schweden und Finnland existiert (*Pretzell, Rechtsanwaltschaft in Finnland, Schweden und Norwegen, 1997*).

b) Quellen

Auch die zu Grunde gelegten Quellen können nicht überzeugen. Die Studie stützt sich im wesentlichen auf Fragebögen, die - mit einer geringen Rücklaufquote - an Berufsverbände versandt wurden, sowie auf Sekundärquellen, deren Auswahl nicht näher nachvollziehbar ist.

Unsere eigenen Erfahrungen mit dem Einholen von berufsrechtlichen Informationen durch standardisierte Befragungen über Fragebögen zeigen, dass diese nur eingeschränkt zu verwertbaren Ergebnissen führen. Sie können insbesondere weder die Ratio noch die Rechtswirklichkeit berufsrechtlicher Regelungen zum Ausdruck bringen. Die Kenntnis dieser beiden Aspekte ist aber im Hinblick auf die Bewertung der Notwendigkeit solcher Regelungen und ihrer Auswirkungen auf das Verhalten von Marktteilnehmern unverzichtbar.

Aus diesem Grunde ist grundsätzlich eine Absicherung der gewonnenen Ergebnisse durch eigenständige Interpretation von Primär- und Sekundärquellen notwendig. Jedenfalls für den Beruf des Rechtsanwalts existieren zahlreiche Arbeiten, die in der Studie nicht ausgewertet worden sind. So existieren umfassende Länderstudien zur Rechtsanwaltschaft in Schweden, Finn-

land, Norwegen (jeweils *Pretzell*, Anwaltsrecht in Schweden, Finnland und Norwegen, 1997), Frankreich (*Hamelin/Damien*, Les règles de la profession d'avocat, 2000; *Damien*, Le Profession D'Avocat, 1991; *Martin*, Deontologie de l'avocat, 1995; *Soulez Larivière*, L'Avocature, 1995; *Henrichfreise*, Frankreichs Anwaltschaft im Wandel, 1992; *Nießen*, Frankreichs Anwaltschaft, 1995), England und Wales (*Remmert*, Anwaltschaft zwischen Tradition und Wettbewerb - Das Berufs- und Standesrecht der Rechtsanwälte in England und Deutschland, 1996; *Wegerich*, Das englische Anwaltsrecht, 1992), Irland (*O'Callahan*, The Law On Solicitors In Ireland, 2000), Italien (*Vockenberger*, Berufsrechtliche Probleme des deutschen und italienischen Berufsrechts, 2000), Spanien (*Odenbach*, Spanisches Anwaltsrecht, 1995.), Portugal (*Arnaut*, Iniciação à Advocacia, 1996) Dänemark (*Blomquist*, Lawyers Ethics, 2000) und Österreich (*Loimer*, Der österreichische Rechtsanwalt in der europäischen Union, 1996). Rechtsvergleichende Studien zum Werberecht der Rechtsanwälte in der EU sind ebenso vorgelegt worden (*Mälzer*, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der europäischen Union, 1995) wie Untersuchungen zum Vergütungsrecht (*Lenz*, Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten, 1998). Darüber hinaus existieren Gesamtdarstellungen zur Rechtsanwaltschaft in den Mitgliedsstaaten der EU von *Tyrell/Yaqub* (The Legal Professions In The New Europe, 1995) und *Donald-Little* (CCBE Cross-Border Practice Compendium, loose-leaf), die das Berufsrecht der Mitgliedsstaaten nach einem standardisierten Raster erschließbar machen. Die Auswertung dieser umfassenden Studien hätte zweifellos ermöglicht, einzelne berufsrechtliche Regelungen in ihrer tatsächlichen Bedeutung zu begreifen und entsprechend einzuordnen.

3. Zugrunde gelegtes Datenmaterial

In der Studie räumen die Verfasser ein, dass bisweilen - aus Sicht der Gutachter - überraschenden Daten zu Grunde gelegt

wurden. Bei der Interpretation dieser überraschenden Daten zeigt sich eine gewisse Hilflosigkeit; ein ernsthafter Versuch, überraschende Ergebnisse zu verstehen, wird nicht unternommen. Gleichwohl werden die Daten für das Benchmarking und die Indizierung unkorrigiert übernommen. Im Rahmen dieser Stellungnahme kann eine genaue Analyse des Datenmaterials nicht vorgenommen werden. Lediglich einige besonders auffällige Beispiele seien herausgegriffen:

a) Struktur der deutschen Anwaltschaft

Für Deutschland wird für das Jahr 2000 eine Zahl von 105.000 „Professionals“ ermittelt, auf welche der ermittelte Umsatz per capita umgelegt wird. Eine Ungenauigkeit ergibt sich daraus, dass die relativ hohe Zahl von Syndikusanwälten nicht wertend berücksichtigt wird. Nach deutschem Verständnis üben Syndikusanwälte ihre anwaltliche Tätigkeit nur in ihrer Kanzlei, nicht aber im Rahmen ihrer abhängigen Beschäftigung aus. Da nach empirischem Datenmaterial Syndikusanwälte 86% ihrer Arbeitskraft in der abhängigen Beschäftigung, d.h. nicht-anwaltlich einsetzen, sind die „anwaltlichen“ Einkünfte dieser Gruppe von Anwälten, die in der Statistik der „Rechtsanwälte“ als „vollwertige“ Berufsträger erscheinen, gering. Durch die Berücksichtigung der Syndikusanwälte bei der Ermittlung des von dem Berufsstand erwirtschafteten Umsatzes wird das Bild erheblich verzerrt, da das geringe Umsatzvolumen dieser rund 10.000 Anwälte zu einer starken Korrektur der per capita-Zahlen nach unten führt. Noch weiter verzerrt wird das Bild durch die ebenfalls relativ hohe Zahl von Titularanwälten, die, ähnlich wie Syndikusanwälte, vor allem aus Interesse an einer berufsständischen Versorgung eine Anwaltszulassung halten, ohne nennenswerte Einkünfte zu erzielen. Ein der deutschen „Doppelberufstheorie“ vergleichbares Verständnis der Stellung von Anwälten, die nicht ausschließlich in eigener Kanzlei tätig sind, kennen andere Rechtsordnungen nicht. Hier-

aus resultierende Ungenauigkeiten mögen weniger schwer ins Gewicht fallen, wenn sie sich in absoluten Zahlen niederschlagen, die für eine rein nationale Bewertung verwendet werden. Werden sie allerdings unkorrigiert in Bezug zu Daten aus anderen Ländern gesetzt, entwerten sie ein entsprechendes Benchmarking ganz erheblich.

b) Interpretation der Strukturdaten

Dass die durch bloße Teilung des Gesamtumsatzvolumens durch die Zahl der zugelassenen Berufsträger ermittelten Werte nicht repräsentativ sind, erkennen auch die Verfasser der Studie. Nach ihrer Hypothese wäre zu erwarten, dass die vergleichsweise hohe Regulierungsdichte in Deutschland einen relativ hohen per capita-Umsatz generiert. Dieser liegt aber am unteren Ende des Rankings. Eine abgesicherte Erklärung liefern die Verfasser der Studie nicht, sie mutmaßen, dass die Gründe in der deutschen Wiedervereinigung liegen könnten (S. 96). Diese Annahme hätte sich etwa durch die Heranziehung der STAR-Analysen, den regelmäßig von der Bundesrechtsanwaltskammer beim Institut für Freie Berufe in Auftrag gegebenen Erhebungen zur Einkommensstruktur der deutschen Anwaltschaft, überprüfen lassen. Erstaunlicherweise werden diese in der Case Study zu Deutschland auch verwertet, bei der Erhebung der dem Benchmarking zu Grunde gelegten Daten zur Interpretation aber nicht herangezogen.

c) Aktualität der Daten

Zudem wird zum Teil mit überholtem Datenmaterial gearbeitet. So gehen die Verfasser davon aus, dass lediglich 45% aller Absolventen in Deutschland den Anwaltsberuf ergreifen, 18% Richter oder Staatsanwalt werden, 27% in den öffentlichen Dienst gehen und 10% Unternehmensjuristen werden (S. 199). Möglicherweise werden diese überholten Daten - verlässliche Schätzungen

gehen davon aus, dass mittlerweile weit mehr als 70% aller Absolventen in die Anwaltschaft gehen - als Indikator für die Existenz von Marktzutrittschranken für Rechtsanwälte verwendet.

d) Ergebnis

Insgesamt läßt sich feststellen, dass die Untersuchung in der deutschen Case Study zwar relativ umfangreiches Datenmaterial präsentiert, dieses jedoch teilweise entweder nicht mehr aktuell ist oder mangels detaillierter Marktkenntnis falsch interpretiert wird. Inwieweit die in der Case Study enthaltenen Daten und Wertungen allerdings überhaupt Einfluss in das Benchmarking und die Indizierung gefunden haben, lässt sich, da die entsprechenden Grundlagen aus der Untersuchung nicht ersichtlich sind, nicht bewerten.

IV. Bewertung einzelner Problemkomplexe

1. Grundsätzliches zur Fallstudie

Die Fallstudie zur deutschen Rechtsanwaltschaft beschränkt sich auf sieben Druckseiten. Hinzu kommen noch einmal acht Seiten, auf denen ökonomische Daten sowohl zur Anwaltschaft als auch zum Notariat mitgeteilt werden. Die Fallstudie gibt daher nur einen sehr kursorischen Überblick über das deutsche Berufsrecht, indem im wesentlichen gesetzliche Bestimmungen referiert werden. Die Funktion der Fallstudie für die Gesamtuntersuchung bleibt unklar, da sich die Ergebnisse der Untersuchung im Kern auf die Regulierungsindices beziehen und den Fallstudien letztlich nur der Charakter von schmückendem Beiwerk zukommt.

In der Fallstudie finden sich nicht nur in den empirischen Daten, sondern auch in der Darstellung des berufsrechtlichen Regelwerks einige Ungenauigkeiten, die Anlass zu Zweifeln geben, ob an anderer Stelle der Studie, namentlich bei der Erstellung

der Regulierungsindices, von richtigen Annahmen ausgegangen wurde.

- So wird behauptet, die wesentlichen Aufgaben der deutschen Rechtsanwälte seien die Beratung im Steuer-, Renten-, Versicherungs-, Patent- und Insolvenzrecht (S. 177). Dies entspricht schlicht nicht der Realität.
- Zur Beschreibung der Funktion des Rechtsanwält als berufener Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten wird auf § 1 Abs. 3 BORA rekuriert, so dass nicht klar wird, ob den Autoren der Studie das Verhältnis zwischen Berufsordnung und Berufsgesetz hinreichend klar ist (S. 177).
- Bei der Darstellung der Reichweite des RBerG wird die im Wirtschaftsleben wichtige sog. Annexkompetenz zur Rechtsberatung nicht erkannt, ebenso wird mit keinem Wort auf die Beschränkung des durch das RBerG gewährten Monopolbereichs durch die Rspr. eingegangen (S. 178).
- Bei der im Grundsatz korrekten Darstellung des Vergütungsweisen weist die Studie nicht darauf hin, dass die ausgeprägte „Befolgung“ des Tarifgesetzes nicht zuletzt auf der Marktmacht der Rechtsschutzversicherer beruht (S. 179).
- Ebenso wenig wird deutlich, dass das Tarifgesetz vom Gedanken der Quersubventionierung getragen ist, also eine soziale Komponente aufweist (S. 177).
- Eine weitere Ungenauigkeit findet sich in der Darstellung der interprofessionellen Berufsausübung, die angeblich erst seit Mitte der 1990er Jahre erlaubt sein soll (S.181).
- Missverständlich ist auch die Darstellung des Zweigstellenverbots, bei der unklar bleibt, ob die Verfasser von der Unzulässigkeit überörtlicher Sozietäten ausgehen (S. 182).

In einem besonderen Abschnitt geht die Fallstudie knapp - im Umfang von einer Druckseite - auf aktuelle Entwicklungen im Berufsrecht ein. Im Hinblick auf die Zielsetzung der Untersu-

chung - Deregulierungspotentiale aufzuspüren - wäre es hier unabdingbar gewesen, wettbewerbsrelevante Reformvorhaben aufzugreifen. Dies geschieht leider nicht. Es wird vor allem auf die Erweiterungen der Fachanwaltschaften und die Schaffung des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) abgestellt. Mit keinem Wort erwähnt werden die jüngeren Entwicklungen zur Möglichkeit der Vergesellschaftung in Kapitalgesellschaften - ihr Fehlen wird traditionell als Indikator für Wettbewerbsferne der Anwälte angesehen - oder die Diskussion zur Reform des RBerG, die bestehende Beratungsmonopole noch weiter zurückdrängen wird als dies durch die Rspr. des BVerfG bereits derzeit geschieht. Knapp erwähnt wird zwar die Gebührenrechtsreform, es fehlt aber der wichtige Hinweis, dass das für den Untersuchungsgegenstand der Studie wesentliche Ziel die völlige Abschaffung der Regulierung der Vergütung für die außergerichtliche Tätigkeit sein wird.

2. Selbstregulierung

Nicht als eigenständiges Prüfungskriterium, aber doch als grundlegende Annahme der Studie spielt der Aspekt der „*self-regulation*“ eine Rolle. Einer „*self-regulation*“ wird häufig kritisch begegnet, weil sie in einem theoretischen Modell Benachteiligungspotentiale zu Lasten der mit der sich selbst regulierenden Gruppe agierenden Marktteilnehmer nach sich ziehen soll. Typische Bedenken, die der Selbstregulierung gegenüber zum Ausdruck gebracht werden, sind Marktabschottungstendenzen im Hinblick auf den Zugang zur Berechtigung der Dienstleistungserbringung, die Verhinderung eines effektiven Preiswettbewerbs und sonstige Selbstbeschränkungen, die einen Wettbewerb der Leistungsanbieter unterbinden.

Vor dem Hintergrund der Probleme, die „*self-regulation*“ nach landläufiger Auffassung mit sich bringt, ist die Erkenntnis wesentlich, dass sich das deutsche System der Selbstverwaltung des Berufsstandes im Kammerwesen fundamental von der „*self-*

regulation“ in dem in der IHS-Studie durch die Verwendung der englischen Sprache gebrauchten Sinne unterscheidet. Das deutsche Modell der berufsständischen Selbstverwaltung und Selbstkontrolle ist in fast allen EU-Staaten unbekannt. „*Self-regulation*“ ist nicht deckungsgleich mit der deutschen Selbstverwaltung als Teil der mittelbaren Staatsaufsicht. Hier geht es um eine Verwaltung vermittelt eines nicht staatsunmittelbaren Behördensystems. Augenfällig wird dies etwa durch die Tatsache belegt, dass die Selbstverwaltungskörperschaft der Anwaltschaft - die Rechtsanwaltskammer - nicht mit der auf freiwilligem Zusammenschluss beruhenden anwaltlichen Interessenvertretung - dem Anwaltverein - identisch ist. Eine Vereinigung dieser Funktionen, wie sie etwa im angelsächsischen Rechtskreis typisch ist, kennt das deutsche Recht nicht.

Selbstverwaltung deutscher Prägung bringt es mit sich, dass ausnahmslos alle Berufsausübungsregelungen am Maßstab höherrangigen Rechts zu messen sind. Mit anderen Worten: Die auch von der Kommission im Konsultationsverfahren aufgeworfene Frage, ob einzelne Regelungen der Berufsausübung einem „*public interest*“ dienen, ist im deutschen System mit dem Erlass der fraglichen Normen bereits beantwortet: Sie können nur erlassen werden - entweder vom Gesetzgeber oder im Wege abgeleiteter Rechtsetzungsbefugnis durch ein demokratisch legitimiertes Organ der Anwaltschaft -, wenn sie von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen und verhältnismäßig sind. Dieses aus dem deutschen Verfassungsrecht folgende Kriterium ist um so bedeutender, als es im Kern der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Beschränkungen der Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit entspricht (s.o.).

Die Frage, welche „*market entry regulations*“ und „*conduct regulations*“ ein billigenwertes Anliegen verfolgen und dem „*public interest*“ dienen, sind aufgrund der Besonderheiten des deutschen Rechts - Selbstverwaltung und Existenz einer geschriebenen Verfassung - bereits beantwortet. Die fraglichen Gemein-

wohlbelange sind regelmäßig die Gewährleistung des Zugangs der Bevölkerung zum Recht und einer hochwertigen Beratungsleistung, der Verbraucherschutz und die Sicherstellung einer funktionsfähigen Rechtspflege.

Ein solches System führt andererseits dazu, dass zahlreiche moderne Erscheinungsformen anwaltlicher Berufsausübung aufgrund der strikten Gemeinwohlorientierung der Regulierung zulässig sind, weil ihnen normative Hindernisse nicht entgegenstehen: Zu nennen sind etwa die Berufsausübung in interprofessionellen Gesellschaften, die Vergesellschaftung in Kapitalgesellschaften, die Ausübung von Zweitberufen, die Zulässigkeit anlassloser Werbung oder Haftungsbeschränkungen.

Nicht deutlich wird in der Studie, ob die Bewertung der Regulierungsdichte in bezug auf die deutsche Anwaltschaft der Tatsache Rechnung trägt, dass berufsrechtliche Regelungen des parlamentarischen Gesetzgebers und der anwaltlichen Selbstverwaltung in der Form ineinander greifen, dass die selben Fragestellungen auf der Ebene des Gesetzesrechts (Bundesrechtsanwaltsordnung) und auf der Ebene des Satzungsrechts (Berufsordnung) inhaltsgleich angesprochen werden. Es kann insofern bei der vom IHS gewählten rein quantitativ-formalen Bewertung berufsrechtlicher Vorschriften der falsche Eindruck besonders intensiver Regulierung entstehen.

Im Nachfolgenden soll nunmehr auf drei Aspekte eingegangen werden, die in der Untersuchung besondere Beachtung gefunden haben: Zum einen ist dies der Aspekt der „*market entry regulation*“, zum anderen aus dem Bereich der „*conduct regulation*“ die Regulierung der Vergütung und der Außendarstellung der Rechtsanwaltschaft.

3. Zugang

a) Erörterte Problemkreise

Unter dem Aspekt „*market entry regulations*“ werden in der Studie zwei unterschiedliche Problemkreise zusammengefasst: Zum einen der Zugang zum Beruf (Qualifikationsproblematik), zum anderen die Möglichkeit der Erbringung von Rechtsberatungsleistungen ohne entsprechende Qualifikation (Monopolproblematik). Die Annahme der Studie ist, dass der Wettbewerb umso geringer ist, je höher die Zugangshürden und je intensiver die Monopolrechte sind. Eine solche Herangehensweise ist von einer ausschließlich ökonomischen Sicht der Dinge geprägt und wird den Besonderheiten des Rechtsberatungsmarktes nicht gerecht:

b) *Regelungsanliegen von Zugangsregelungen*

Die Hypothese unterstellt im Ergebnis Zweierlei: Zum einen, dass die entsprechenden Regulierungen zum Zwecke der Marktabstottung erfolgen. Zum anderen, dass diese Abstottung volkswirtschaftlich nachteilig ist, weil sie zu höheren Kosten für den Verbraucher bei der Inanspruchnahme der benötigten Dienstleistung führt. Beide Prämissen treffen indes nicht zu:

aa) Sowohl Zugangshürden als auch Monopolrechte zu Gunsten qualifizierter Rechtsberater existieren im Interesse der rechtsuchenden Bevölkerung und ihrem Interesse an einer qualitativ hochwertigen Rechtsberatung. Der auf dem Rechtsberatungsmarkt agierende Nachfrager ist, im Gegensatz zu Teilnehmern auf vielen anderen Dienstleistungsmärkten, durch die zwischen ihm und seinem Rechtsberater bestehende Prinzipal-Agentenbeziehung zum einem und zum anderen durch die Tatsache, dass er zumeist ein „*one-shot-player*“ ist, benachteiligt. Der Staat (oder bei echter "*self-regulation*" der Berufsstand) muss daher zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und des Vertrauens der Verbraucher in sie ein hohes Qualifikationsniveau der Leistungserbringer garantieren und unqualifizierten Rechtsrat von der Bevölkerung fernhalten. Dass ein solches gesetzgeberisches Anliegen billigenwert ist, hat auch der EuGH wiederholt bestätigt (s.o.).

Eine andere Beurteilung wäre nur angezeigt, wenn der Staat durch Qualifikationsanforderungen und Monopolrechte nicht nur die Qualität der Rechtsberatungsleistung kontrollieren würde, sondern auch die Zahl der Leistungserbringer. Dies ist in Deutschland indes nicht der Fall. Jedem Universitätsabsolventen wird staatlicherseits der Zugang zur nächsten Qualifikationsstufe nicht nur durch Bereitstellen einer entsprechenden Ausbildungsstelle ermöglicht. Der Staat finanziert diese Ausbildung sogar durch Übernahme der Nachwuchsjuristen in ein zeitlich befristetes Angestelltenverhältnis. Mit erfolgreichem Abschluß dieser frei zugänglichen Ausbildungsstufe steht der Zugang zur Rechtsanwaltschaft jedermann ohne weitere fachliche Voraussetzungen offen. Jeder, der die Befähigung zum Richteramt hat, ist automatisch auch für den Anwaltsberuf qualifiziert. Die Mitgliedschaft in der berufsständischen Organisation ist weder von einer Bedürfnisprüfung abhängig noch zahlenmäßig begrenzt. Eine Aufnahmeprüfung erfolgt ebensowenig wie eine sonstige Selektion.

bb) Ebensowenig läßt sich die implizierte Hypothese verifizieren, dass die Deregulierung der Marktzugangsvoraussetzungen zu einer günstigeren Verfügbarkeit der nachgefragten Leistung führt. Empirische Forschung etwa aus Großbritannien zeigt, dass im Wettbewerb von anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Leistungserbringern Kostenvorteile nicht festzustellen sind. Ausschlaggebend ist, dass nicht-anwaltliche Leistungserbringer regelmäßig spezialisiertere Dienstleistungen erbringen als Allgemeinanwälte. Aus dieser Spezialisierung folgt häufig ein höherer Preis für die in geringerem Wettbewerb stehende spezialisierte Dienstleistung der nicht-anwaltlichen Leistungsanbieter (vgl. *Moorhead/Sherr/Paterson, Contesting Professionalism: Legal Aid And Non-Lawyers In England And Wales, 2003*).

c) Interpretation der Zugangsregelungen durch die Untersuchung

Es zeigt sich zudem, dass der in der Studie entwickelte „*Market Entry Regulation Index*“ aus der schlichten Existenz bestimmter Regelungen Rückschlüsse zieht, die einem Abgleich mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht standhalten. Exemplarisch läßt sich dies an folgenden Detailbeispielen belegen:

aa) Der Index legt maßgebliches Gewicht auf die Dauer der Ausbildung und die Zahl der abzulegenden Examina. Je kürzer die Ausbildung, je geringer die Prüfungsanforderungen, desto besser soll offensichtlich der Marktzugang gewährleistet sein. Eine solche Überlegung unterstellt zunächst - ohne Nachweis der Richtigkeit -, dass die Qualität der Dienstleistung von der Dauer der Ausbildung und der fachlichen Selektion der Dienstleistungserbringer nicht beeinflusst ist. Über diese Annahme wird man trefflich streiten können. Sie ist aber unabhängig hiervon untauglich, weil die Dauer der Ausbildung nicht zwangsläufig Rückschlüsse auf die Möglichkeit des Marktzutritts gestattet, Prüfungserfordernisse für graduierte Nachwuchsanwälte vielmehr ganz unterschiedliche Auswirkungen auf den Marktzutritt haben:

bb) So unterscheidet sich das deutsche System zwar nicht in der Zahl der Prüfungen - Index-Kriterium ERED4 - von anderen Rechtsordnungen, wohl aber in der Bedeutung der Prüfungen für Personen, die den Zugang zum Rechtsberatungsmarkt anstreben. In anderen Rechtsordnungen müssen Universitätsabsolventen ohne Ausbildungsplatzgarantie um eine begrenzte Zahl von „*training contracts*“ wetteifern (England und Wales), sich eigenverantwortlich und mit ungewissem Ausgang um eine Stelle als „*stagiaire*“ (Niederlande) bemühen oder sind gezwungen, ein höchst selektives Auswahlverfahren für eine Anwaltsakademie zu durchlaufen (Frankreich). In Deutschland ist hingegen jedem Nachwuchsjuristen, der die universitäre Ausbildung erfolgreich absolviert hat, ein Ausbildungsplatz garantiert. 97,12% der Juristen bestehen die sich anschließende Prüfung, die ohne weitere fachliche Voraussetzungen den Zugang zum Rechtsberatungs-

markt ermöglicht. In vielen anderen Rechtsordnungen beginnt dagegen nach Abschluß der universitären Ausbildung ein strenger Selektionsprozess. Dieses Beispiel zeigt, dass das bloße Abstellen auf Prüfungserfordernisse kein sinnvolles Kriterium sein kann, wenn dieses rein formal angewendet wird. Besonders augenfällig wird dies bei einem Vergleich mit den finnischen Gegebenheiten, die mit dem Indexwert "0.0" als Benchmark dienen. Berücksichtigung hat offensichtlich allein die Tatsache gefunden, dass in Deutschland der Zugang zum Rechtsberatungsmarkt nur nach dem Bestehen von zwei Staatsexamina möglich ist, in Finnland hingegen kein Hochschulstudium verlangt wird bzw. im Rahmen eines Studiums keine Abschlussprüfungen erfolgen. Zu stellende Ausgangsfrage wäre zunächst gewesen, inwieweit der Verzicht auf jegliche juristische Ausbildung überhaupt eine juristische Beratung eines akzeptablen Qualitätsniveaus ermöglicht. Lautet das Ergebnis, dass eine Ausbildung im Grundsatz unverzichtbar ist, ist festzustellen, dass Deutschland in den zurückliegenden Jahren 100% der Interessenten, die über die allgemeine Hochschulreife verfügen, eine entsprechende juristische Ausbildung ermöglicht hat, Finnland hingegen nur 11,2% der Interessenten (Pretzell, a.a.O., S. 73 - Zahl für 1994). In Finnland erfolgt eine Selektion derer, die überhaupt eine Chance erhalten, sich mit entsprechender Ausbildung auf den Rechtsberatungsmarkt begeben, bereits im voruniversitären Bereich über eine Universitätseingangsprüfung. Bereits in dieser werden juristische Sachverhalte abgeprüft. Diese Tatsache relativiert die auf den ersten Blick zugangsfreundlich wirkende Tatsache des Verzichts auf zwei Staatsexamina und ein Referendariat erheblich. Es wäre zu vergleichen gewesen, ob die Gegebenheiten in Finnland nicht faktisch den Markt wesentlich stärker abschotten als in Deutschland, weil dem Markt nur eine geringe Zahl handverlesener Universitätsabsolventen zugeführt wird und nicht jeder Interessent die Chance erhält, sich zu qualifizieren.

cc) Auch die Ausbildungsdauer, als Kriterium ERED1/2 mit 70% berücksichtigt, ist kein hilfreicher Indikator. Die Gegebenheiten insbesondere in Spanien, das als einziges europäisches Land eine einstufige (universitäre) Ausbildung für den Zugang zum Anwaltsberuf genügen läßt, zeigen, dass diese prima facie relativ wettbewerbsfreundliche Ausgangslage sich in ihren Auswirkungen in das Gegenteil verkehrt: Vielbeklagter Missstand in Spanien ist etwa, dass Universitätsabsolventen in Ermangelung eines geordneten Qualifikationssystems gezwungen sind, sich über mehrere Jahre für keine oder eine äußerst geringe Vergütung bei Rechtsanwälten zu verdingen, um überhaupt eine praktische Ausbildung zu erhalten. Erst diese befähigt sie, am Markt erfolgversprechend zu agieren. Andererseits weist Italien, wo nach den Feststellungen der Studie hohe Marktzugangsschranken existieren, eine extreme Anwaltsdichte auf. Dies belegt die Fragwürdigkeit des gewählten Ansatzes.

Grundsätzlich zeigt die Erfahrung, dass die Anforderungen an Ausbildungsdauer und Prüfungserfordernisse auf nationaler Ebene keinen Einfluss auf die Entscheidung haben, den Zugang zum Markt zu versuchen. Die Dauer der durchschnittlichen universitären Ausbildung hat in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund entsprechender gesetzlicher Einflussnahmen zwischen 4,5 und 6 Jahren geschwankt, jene der post-universitären Ausbildung (Referendariat) zwischen 2 und 3,5 Jahren variiert. Die jeweiligen gesetzlich beeinflussten Änderungen der Ausbildungsdauer haben keinen merklichen Einfluss auf die Nachfrage an Ausbildung gehabt. Es erscheint vor diesem Hintergrund wenig sachgerecht und von einer sehr vordergründigen, theoretischen Sichtweise geprägt, wenn dieser bei der Bewertung der Ausbildungsdauer innerhalb des Blockes ERED ein Gewicht von 70% und innerhalb des *Market Regulation Index* von fast 30% eingeräumt wird.

dd) Schon diese knappen Hinweise verdeutlichen, dass die der Indizierung im Bereich „*market entry*“ zu Grunde gelegten Kriterien zu einem verzerrten Gesamtbild führen.

4. Vergütung

Die Studie legt einen Schwerpunkt auf die Untersuchung der Regulierung der anwaltlichen Vergütung. Ein grundsätzliches Problem bei der Erforschung dieses Ausschnittsproblems ist, dass sich die Untersuchung auf die bloße Analyse der Regulierung als solcher beschränkt, aber nicht feststellt, welche Auswirkung die Regulierung der anwaltlichen Vergütung auf den Marktpreis der anwaltlichen Dienstleistung hat. Es wird ersichtlich mit der Annahme operiert, dass eine Regulierung der Vergütung, namentlich Mindesttarife, dem Interesse des Berufsstandes an einem auskömmlichen Einkommen dienen soll.

a) Gewährleistung des Zugangs zum Recht

Von diesem Gedanken ist das deutsche Tarifgesetz, das für den forensischen Bereich Mindesttarife stipuliert, indes nur in zweiter Linie getragen. Die Regulierung der Vergütung soll vielmehr allen Rechtssuchenden gleichermaßen den Zugang zum Recht garantieren. Bewirkt wird dies zum einen über die durch die Tarifierung herbeigeführte Streitwertabhängigkeit der Gebühren, zum anderen durch den der Taxe immanenten Gedanken der Mischkalkulation. Die vom Rechtsanwalt vereinnahmte hohe Vergütung bei hohen Streitwerten soll die nicht kostendeckenden Einnahmen bei niedrigen Streitwerten kompensieren. Insbesondere einkommensschwache Bürger sollen von der Durchsetzung ihrer Ansprüche mit geringem Streitwert nicht durch zu hohe Kosten abgeschreckt werden (sogenannte „Quersubventionierung“). Nur eine solche Form der Tarifierung erlaubt es, dass Bürger geringwertige Ansprüche mit Hilfe von Rechtsanwälten durchsetzen, weil die nicht kostendeckende Tarifvergütung in diesen

Mandaten durch die Einnahmen aus „gebührenhaltigeren“ Mandaten quersubventioniert werden. Eine solche soziale Komponente des Vergütungswesens ist nur bei einer Tarifierung denkbar; sie setzt zugleich voraus, dass dem Rechtsanwalt eine Mindestvergütung zugebilligt wird, welche die Bearbeitung kleinerer Mandate im System der Mischkalkulation wirtschaftlich gestattet. Im Falle der völligen Deregulierung mit der wohl zwangsläufigen Folge einer Vergütung nach Zeitaufwand würden sich die vor allem bei Bürgern unterer Einkommensschichten zu vermutenden geringwertigen Streitigkeiten für den Rechtsuchenden nicht mehr ökonomisch sinnvoll durchsetzen lassen. Wenngleich dies bei einem volkswirtschaftlichen „*cost-benefit*“-Vergleich akzeptabel erscheinen mag, so würde es doch zu einem Verlust von Einzelfallgerechtigkeit und einem wenig wünschenswerten Rechtsschutzgefälle innerhalb der Bevölkerung kommen. Die Tatsache, dass die Tarifverfügung vom Gesetzgeber trotz anhaltender Proteste der Anwaltschaft mehr als zehn Jahre nicht erhöht worden ist, belegt anschaulich, dass die Tarifierung der Vergütung nicht im Interesse des Berufsstandes erfolgt, sondern ein Element der Gewährleistung des Zugangs zum Recht ist.

b) Gewährleistung der prozessualen Kostenerstattung

Ebenso wenig findet die Tatsache Berücksichtigung, dass das deutsche Tarifgesetz rechtstechnisch eine subsidiäre Dispositivtaxe ist, also ein dispositives Tarifgesetz. Zwingend ist es nur hinsichtlich der Höhe der im Rahmen der Kostenerstattung erstattungsfähigen Vergütung des Rechtsanwalts sowie der Mindestvergütung des Rechtsanwalts bei forensischer Tätigkeit. Diese Mindestvergütung muss im Hinblick auf die Kostenerstattungsmechanismen angeordnet werden, um zu verhindern, dass der Mandant im Wege der Kostenerstattung einer höhere Anwaltsvergütung erstattet erhält als er im Innenverhältnis seinem Rechtsanwalt schuldet und dem Rechtsanwalt auf diese Art und Weise ein nicht nur in Deutschland, sondern auch in vielen an-

deren Rechtsordnungen unzulässiges Erfolgshonorar zahlt. Die Tarifierung der anwaltlichen Vergütung effektiviert in einem System der Kostenerstattung zugleich Erstattungsmechanismen und macht Prozesskostenhilfe möglich. Bei einem Vergleich der Regulierung der anwaltlichen Vergütung in verschiedenen Rechtsordnungen ist zwingend notwendig zu beachten, in welchem Maße die nicht-dispositive Regulierung - und nur diese kann die Aufmerksamkeit der Kommission finden - die anwaltliche Vergütung als solche oder die Frage der Kostenerstattung betrifft. So kennen etwa Belgien, Frankreich, Luxemburg, Spanien oder Portugal entweder de lege lata oder faktisch keine prozessuale Erstattung von Rechtsanwaltskosten und bedürfen daher auch keines Lösungsmodells zur Bestimmung der erstattungsfähigen Kosten. In anderen Rechtsordnungen existiert zwar kein - im Falle von Deutschland nur sehr eingeschränkt bindendes - allgemeines Tarifgesetz zur anwaltlichen Vergütung, wohl aber eine Tarifierung der erstattungsfähigen Anwaltskosten durch einen "Erstattungstarif" o.ä. So bestimmt sich **die Höhe der erstattungsfähigen Kosten** in den Niederlanden nach einem *Liquidatietarief Rechtbanken en Hoven*, der aufgrund einer Abstimmung der Anwaltskammer und der *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak* von den Präsidenten der *Arrondissementsrechtbanken* in regelmäßigen Abständen festgesetzt wird. Der *Liquidatietarief* enthält eine detaillierte Liste einzelner Verfahrenshandlungen, für deren Vornahme sich der Rechtsanwalt 0.5 bis 2 Punkte anrechnen kann, die wiederum abhängig vom Streitwert mit einem bestimmten Geldbetrag vergütet werden. Ähnlich ist die Regelung in Schweden, wo die - nur ab einem bestimmten Streitwert überhaupt - erstattungsfähigen Anwaltskosten jährlich vom schwedischen Gerichtsverband festgesetzt werden. Das Gutachten verkennt insofern, dass das deutsche Tarifgesetz letztlich nur in den Bereichen zwingend ist, in denen es für die Funktionsfähigkeit der prozessualen Kostenerstattung unentbehrlich ist.

c) Gewährleitung eines Rechtsschutzversicherungsmarktes

Völlig unbeachtet bleibt in der IHS-Studie schließlich, dass die Tarifierung der anwaltlichen Vergütung einen wichtigen, verbraucherfreundlichen Aspekt hat. Sie gestattet das Entstehen eines funktionierenden und effektiven Versicherungsmarktes, auf dem sich die Bevölkerung kostengünstig gegen das Risiko versichern kann, Rechtsverfolgungskosten aufwenden zu müssen. Versicherungsprodukte können auf dem Markt nur dann kostengünstig angeboten werden, wenn dem Versicherer zum einen ein Risiko-Pooling möglich und zum anderen das versicherte Risiko kalkulierbar ist. Sind Rechtsverfolgungskosten das versicherte Risiko, ist dieses nur bei versicherungsmathematischer Bestimmbarkeit der bei Eintritt des Versicherungsfalls vom Versicherer aufzuwendenden Kosten für Anwalt und Gericht kalkulierbar. Dies setzt eine pauschalierte Tarifvergütung voraus. Deutschland bietet diese Voraussetzungen dank der Existenz der BRAGO. Resultat ist, dass Deutschland der weltweit größte Rechtsschutzversicherungsmarkt ist. Das Prämieeinkommen der deutschen Rechtsschutzversicherer betrug 1999 nicht weniger als 5,36 Mrd. DM (2,75 Mrd. €). Deutschland ist im weltweiten Vergleich mit über 25 Mio. Rechtsschutzversicherungsverträgen bei 81 Mio. Einwohnern mit Abstand das Land mit der größten Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen, rund 44% der Bevölkerung sind durch entsprechende Policen abgedeckt (die deutschen Versicherer erzielen 60% des europäischen Prämienaufkommens der Rechtsschutzversicherungssparte). Die Belastung des deutschen Steuerzahlers mit der Finanzierung eines aufwändigen Prozesskostenhilfesystems ist nicht zuletzt aufgrund der Existenz der tarifierten Anwaltsvergütung deutlich geringer als in diesbezüglich „deregulierten“ Ländern.

In den als Vorbild dargestellten deregulierten Ländern existiert kein ähnlich effektives Finanzierungssystem, das den Zugang der Bevölkerung zum Recht garantieren würde. So musste der Fiskus in England und Wales, wo die Einführung von Rechts-

schutzversicherungen in den 1970er Jahren nicht zuletzt wegen der Unkalkulierbarkeit von Kostenrisiken scheiterte, bis vor kurzem pro Einwohner mehr als Zehnfache (!) an Steuergeldern in die Prozesskostenhilfe investieren als der deutsche Fiskus. Einziger Ausweg aus diesem finanziellen Dilemma war letztlich die Freigabe von Erfolgshonoraren, die für den Rechtsuchenden im Vergleich zu einer Rechtsschutzversicherung das weit unattraktivere Finanzierungsinstrument sind.

Nichts anderes gilt für den deregulierten schwedischen Markt. Dort hat das Fehlen einer tarifierten Vergütung dazu geführt, dass Rechtsschutzversicherungen hohe Selbstbeteiligungen (20%) und relativ niedrige Kappungsgrenzen (11.300 EUR) vorsehen müssen, um überhaupt Versicherungsleistungen anbieten zu können. Dies war solange kein Problem, wie sich der schwedische Wohlfahrtsstaat ein großzügiges System der staatlichen Kostenhilfe geleistet hat, auf das die Bevölkerung primär zurückgreifen konnte. Mittlerweile ist dieses System stark beschnitten worden; die Bevölkerung muß nun auf Rechtsschutzversicherungen zurückgreifen, die aus den genannten Gründen nicht annähernd so attraktiv und effektiv sind wie entsprechende Policen auf dem deutschen Markt. Der Effekt: Die Zahl der durch die beiden Instrumente finanzierten Verfahren ging von 1995 (=100%) zu 2000 auf 40% zurück; der Zugang der besonders bedürftigen Bevölkerungsschichten zum Recht hat sich damit signifikant verschlechtert.

d) Ergebnis

Diese Beispiele mögen Beleg dafür sein, dass eine isolierte Betrachtung eines einzelnen Aspekts berufsrechtlicher Regulierung, hier etwa der anwaltlichen Vergütung, wertlos ist, wenn er nicht in einen Gesamtkontext gestellt wird. Eine Gesamtschau zeigt, dass die völlige und der Studie nicht einkalkulierte Deregulierung anwaltlicher Vergütung durchaus unerwartete negative Folgen haben kann. Entweder verschlechtert sich

der Zugang breiter Bevölkerungsschichten zum Recht oder es werden Einsparpotentiale durch eine stärkere fiskalische Belastung in einem anderen Element des Gesamtsystems mehr als aufgezehrt.

5. Werbung

Unter einem fehlenden Blick über den Tellerrand hinaus leidet auch die Bewertung werberechtlicher Beschränkungen. Die Studie untersucht relativ detailliert die bestehenden berufsrechtlichen Regelungen zum anwaltlichen Werberecht und weist auch auf die weitgehende Deregulierung in diesem Bereich durch die BRAO-Novelle des Jahres 1994 hin. Eine Analyse der berufsrechtlichen Vorschriften zum Werberecht macht allerdings nur Sinn, wenn ihre unterstellte Aufhebung tatsächlich zu einer Liberalisierung des Werberechts führen würde.

Die Studie verkennt insofern, dass es sich bei dem berufsrechtlichen Werberecht in weiten Teilen um berufsspezifisch kodifiziertes Wettbewerbsrecht handelt. Bei Wegfall der entsprechenden *leges speciales* würden weitgehend die allgemeineren Regelungen des Lauterkeitsrechts greifen. Sie beanspruchen zwar nicht berufsspezifische Geltung. Aufgrund ihres general-klauselartigen Charakters hat sich aber eine umfassende Kasuistik hinsichtlich der Zulässigkeit werblichen Verhaltens einzelner Berufsgruppen herausgebildet. Aus diesem Grunde wird etwa von Stimmen im deutschen Schrifttum bisweilen dafür plädiert, auf eigenständige werbrechtliche Regelungen in Berufsrecht zu verzichten, da das dort geregelte bereits vom allgemeinen Lauterkeitsrecht erfasst sei. So ist die unsachliche, unwahre, aufdringliche und irreführende Werbung eines Rechtsanwalts sowohl von den Tatbeständen der §§ 43 b BRAO, 6-10 BORA als auch der §§ 1, 3 UWG erfasst (vgl. umfassend jüngst *Pohlmann*, Die Beschränkung anwaltlicher Werbung in Berufs- und Wettbewerbsrecht und deren Verhältnis zueinander, Leipzig 2002).

Eine Analyse der berufsrechtlichen Regulierung anwaltlicher Werbung ist vor diesem Hintergrund nicht zielführend. Es müsste im Einzelfall verifiziert werden, ob in Rechtsordnungen mit relativ geringer Regulierungsdichte der anwaltlichen Werbung durch das Berufsrecht tatsächlich weitgehend uneingeschränkt geworben werden kann oder ob, was nach den vorstehenden Ausführungen nicht unwahrscheinlich ist, nicht vielmehr eine Regulierung durch das Wettbewerbsrecht oder Richterrecht bewirkt wird.

V. Abschließende Bewertung

Das vom Wiener Institut für Höhere Studien vorgelegte Gutachten enthält eine Reihe interessanter Informationen und Gedankenansätze.

Aufgrund der gewählten Methodik, die aus den genannten Gründen nicht unerhebliche Defizite aufweist, der gezwungenermaßen im Fragmentarischen verbleibenden Quellenauswertung, einer aufgrund unzureichender Berücksichtigung des Wirken einiger Regelungen im nationalen Kontext häufig nicht überzeugenden Interpretation der ermittelten Informationen kann das Gutachten gleichwohl nicht zur Grundlage weiterer Gesetzgebung gemacht werden. Massive Eingriffe in die Rechtspflegesystem der einzelnen Mitgliedsstaaten können nicht auf eine Untersuchung gestützt werden, die selbst einräumt, mit einer unbefriedigenden empirischen Grundlage und einer Vielzahl von nicht verifizierbaren Hypothesen arbeiten zu müssen.

Entscheidender noch ist, dass neben die rein volkswirtschaftliche Bewertung, welche die Untersuchung wählt, eine Würdigung der Regelungsanliegen von Berufsrecht treten muss. Soweit Vorschriften dazu dienen, den Zugang zum Recht zu verbessern, Verbraucherrechte zu stärken und die Qualität der anwaltlichen Dienstleistung zu sichern, können diese wichtigen Gemeinwohl-

belange nicht für eine Deregulierung, die dann letztlich nur ihrer selbst Willen erfolgen würde, geopfert werden.

Köln, im September 2003

gez. Prof. Dr. Martin Henssler

gez. Dr. Matthias Kilian