

TIM KERSTGES

Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

512

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

512

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Ralf Michaels



Tim Kerstges

Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm

Zugleich ein Beitrag zum
Internationalen Öffentlichen Recht

Mohr Siebeck

Tim Kerstges, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Passau; Rechtsreferendariat am OLG München.
orcid.org/0009-0008-1894-0769

ISBN 978-3-16-162373-8 / eISBN 978-3-16-162515-2

DOI 10.1628/978-3-16-162515-2

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Arbeit, die diesem Buch zugrunde liegt, wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem Dissertationspreis der Rechtsanwaltskammer München und dem Dissertationspreis des Vereins der Freunde und Förderer der Universität Passau e.V. ausgezeichnet. Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung konnten bis Oktober 2022 Berücksichtigung finden.

Entstanden ist diese Arbeit während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Kai von Lewinski. Ihm gebührt auch zuvörderst der Dank an dieser Stelle. Er hat nicht nur die Arbeit mit spannenden Impulsen bereichert, mir stets große Freiräume gewährt und auf Synergien zwischen dem Dissertationsthema und meinen Aufgaben am Lehrstuhl geachtet; vielmehr war er für mich auch Ansprechpartner, Mentor und Förderer in allen Angelegenheiten, die meinen juristischen Werdegang betreffen. Das weiß ich sehr zu schätzen. Außerdem hat er mich stets ermutigt, mich im Rahmen wissenschaftlicher Untersuchungen nicht mit oberflächlichen Antworten zufrieden zu geben.

Herrn Professor Dr. Dennis Solomon danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, vor allem aber dafür, dass er mir die Faszination des Internationalen Privatrechts, und damit auch des Rechtsanwendungsrechts im Allgemeinen, vor Augen geführt hat. Von den Erkenntnissen, die ich in seinen Schwerpunktvorlesungen, Seminaren und in persönlichen Gesprächen mit ihm gewonnen habe, konnte ich während des gesamten Entstehungsprozesses dieser Arbeit zehren.

Besonders danken möchte ich Herrn Andreas Bonacina, der mein wichtigster Förderer außerhalb des universitären Bereiches war und ist. Ich freue mich sehr auf unsere gemeinsamen Projekte in der Zukunft. Herrn Albert Vu danke ich ebenfalls für seine Unterstützung und das seit Jahren entgegenbrachte Vertrauen.

Speziell im Hinblick auf die Entstehung dieser Arbeit möchte ich den Herren Johannes Weigl, Dr. Maximilian Gerhold und Tobias Gafus danken, deren kluge Anmerkungen für den Feinschliff unverzichtbar waren. Frau Angelika Lausberger und Herr Dr. Willibald Lausberger haben mit beachtlicher Akribie die letzten Tippfehler rausgefischt.

Schließlich danke ich den Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen, insbesondere Frau Katrin Biermeier und Herrn Sören Strahl, für die großartige Zeit dort. Es ist schön, wenn man nicht nur zusammen arbeitet, sondern auch gemeinsam feiert.

Ich widme dieses Buch meiner Familie, allen voran meiner Ehefrau Franziska.

Passau, im März 2023

Tim Kerstges

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>Kapitel 1: Einführung</i>	1
A. Die Rechtsquellen und Wirkungsdimensionen des Berufsrechts . . .	1
B. Die Funktion und der Zustand des Rechtsanwendungsrechts	3
C. Gang der Untersuchung	10
<i>Kapitel 2: Bisherige Ansätze zur Anwendbarkeit berufsrechtlicher Ordnungsnormen in grenzüberschreitenden Sachverhalten</i>	12
A. Die Zulassung in Deutschland als Anknüpfungsmoment	12
B. <i>Max Friedlaender, Karl Neumeyer</i> und die Niederlassung als Anknüpfungsmoment	15
C. Der Tätigkeitsort als Anknüpfungsmoment	17
D. Sonstige Ansätze	23
E. Zwischenfazit	24
<i>Kapitel 3: Erkenntnisse aus dem Internationalen Verwaltungsrecht</i>	25
A. Geltungsbereich und Anwendungsbereich	26
B. Territorialität	28
C. Grenznormen, Kollisionsnormen und die Anwendung ausländischen Rechts	82
D. Die räumliche Begrenztheit von Ordnungsnormen als ökonomisches Eigeninteresse des Staates	103
<i>Kapitel 4: Die normzweckorientierte Bestimmung und Ermittlung des räumlichen Anwendungsbereiches berufsrechtlicher Ordnungsnormen</i>	108
A. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als räumliche Leitplanke des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der normzweckorientierten Bestimmung	108

B. Die normzweckorientierte Ermittlung der räumlichen Reichweite durch den Rechtsanwender	117
<i>Kapitel 5: Reaktionen auf Regelungshäufungen</i>	191
A. Begriff der Regelungshäufung	191
B. Erscheinungsformen von Regelungshäufungen	192
C. (Keine) Anlehnung an additive Grundrechtseingriffe	197
D. Verfassungsrechtliche Vorgaben	200
E. Unionsrechtliche Implikationen	209
F. Reaktionsmöglichkeiten	214
G. Regelungsmängel	255
H. Zusammenfassung – Kapitel 5	256
<i>Kapitel 6: Anwendungsbeispiel: Der räumliche Anwendungsbereich der deutschen Erfolgshonorarregelung</i>	259
A. Anwaltliche Erfolgshonorare im deutschen Berufsrecht	259
B. Die Regelungszwecke des Erfolgshonorarverbotes	272
C. Normzweckorientierte Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches der deutschen Erfolgshonorarregelung	283
D. Zusammenfassung – Kapitel 6	302
<i>Kapitel 7: Zivilrechtliche Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit berufsrechtswidriger Vereinbarungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten</i>	305
A. Grundfragen der Perspektive	306
B. Der Mandatsvertrag im europäischen IPR	311
C. Eingriffsnormen und ihre Auswirkungen auf den Mandatsvertrag	341
D. Der <i>ordre public</i> -Vorbehalt als Gewährleistung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen	398
E. Zusammenfassung – Kapitel 7	406
<i>Kapitel 8: Fazit</i>	410
Literaturverzeichnis	413
Sachregister	429

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Kapitel 1: Einführung	1
A. Die Rechtsquellen und Wirkungsdimensionen des Berufsrechts	1
B. Die Funktion und der Zustand des Rechtsanwendungsrechts	3
I. Das Internationale Privatrecht als Kollisionsrecht	4
II. Das Internationale Berufsordnungsrecht – ein ungeliebtes Findelkind	5
III. Grundlagen und Perspektive dieser Untersuchung	6
1. Die räumliche Begrenzung von Ordnungsnormen	7
2. Der räumliche Anwendungsbereich und die räumliche Anwendbarkeit	9
3. Die Rolle des IPR	9
C. Gang der Untersuchung	10
Kapitel 2: Bisherige Ansätze zur Anwendbarkeit berufsrechtlicher Ordnungsnormen in grenzüberschreitenden Sachverhalten	12
A. Die Zulassung in Deutschland als Anknüpfungsmoment	12
I. Die Zulassung als hinreichender Inlandsbezug	12
II. Das Internationale Berufsverwaltungsrecht nach Knöfel	13
B. <i>Max Friedlaender, Karl Neumeyer</i> und die Niederlassung als Anknüpfungsmoment	15
C. Der Tätigkeitsort als Anknüpfungsmoment	17
I. Orientierung am Recht des Tätigkeitsortes	18
II. Knöfel und die Dekonstruktion des Tätigkeitsortes	22
D. Sonstige Ansätze	23
E. Zwischenfazit	24

Kapitel 3: Erkenntnisse aus dem Internationalen

Verwaltungsrecht	25
A. Geltungsbereich und Anwendungsbereich	26
B. Territorialität	28
I. Territorialität als Wesensmerkmal moderner Staaten?	29
1. Der normativ-faktische Charakter des Territoriums	30
2. Territorialität als Ausdruck von Relativität	32
3. Methodische Prägung des Territorialitätsprinzips durch die Statutenlehre?	33
4. Die Westfälische Ordnung als Wiege des Territorialitätsprinzips?	37
II. Das Territorialitätsprinzip im gesellschaftspolitischen Wandel des 19. Jahrhunderts	41
1. Die Bedeutung der Kodifikationen	42
2. Das Wiedererstarken des Personalprinzips durch das moderne Narrativ der Nation	44
3. Savigny und die Entpolitisierung des Internationalen Privatrechts	45
III. Territorialität im deutschen Strafanwendungsrecht	52
IV. Territorialität im Völkerrecht	56
1. Grundlagen	56
2. Wesensunterschiede des Völkerrechts gegenüber dem Rechtsanwendungsrecht	57
3. Bedeutungsgehalt der Territorialität als Ordnungsprinzip	58
a) Bindung ausländischer Behörden und Gerichte	59
b) Vollzug von Hoheitsakten	59
c) Erfassung extraterritorialer Sachverhalte auf Tatbestandsebene	60
V. Entterritorialisierungstendenzen	63
1. Entterritorialisierung sozialer Räume	64
a) Territorialität im mobilitäts- und kommunikations- geschichtlichen Kontext	64
b) Die Digitale Revolution als Entterritorialisierungsfaktor?	66
2. Entterritorialisierung durch funktionale Zergliederung (hoheitlicher Zuständigkeit)	71
a) Nichtstaatliche Normsetzer (insbesondere CCBE) als Entterritorialisierungsfaktoren	72
b) Europäische Integration als Entterritorialisierungsfaktor	74
VI. Territorialität als Aspekt der Rechtsdurchsetzung	77
1. Sanktionierung durch tatsächliche Nachteilszufügung	78
2. Sanktionierung durch den Entzug rechtlicher Privilegien	79
3. Schlussfolgerungen für die Bedeutung der Territorialität	

im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung berufspräventiver Vorgaben	80
VII. Zwischenfazit	81
C. Grenznormen, Kollisionsnormen und die Anwendung ausländischen Rechts	82
I. Die Konzeption der Grenznorm von Karl Neumeyer	83
II. Klaus Vogel und die „Dekonstruktion“?	86
III. Die Einseitigkeit der Grenznormen oder: die (Un-)Möglichkeit der Anwendung ausländischen Verwaltungsrechts	86
1. Die Trennung von Staat und Zivilrecht als Vorbedingung mehreseitiger Kollisionsnormen im IPR?	87
a) Die Bedeutung, das Weltbild und die Staatstheorie von Savigny	87
b) Theoretische Einwände gegen die „Trennungsthese“	92
c) Widerlegung der „Trennungsthese“ durch die Rechtswirklichkeit	95
d) Zwischenfazit	96
2. Die Einseitigkeit der Grenznormen als „Rechtsprinzip“?	97
IV. Zwischenfazit	102
D. Die räumliche Begrenztheit von Ordnungsnormen als ökonomisches Eigeninteresse des Staates	103
I. Regelungsökonomie als Korrektiv der räumlichen Unbegrenztheit	104
II. Durchsetzungspraktikabilität als Unteraspekt der Regelungsökonomie	106
Kapitel 4: Die normzweckorientierte Bestimmung und Ermittlung des räumlichen Anwendungsbereiches berufsrechtlicher Ordnungsnormen	108
A. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als räumliche Leitplanke des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der normzweckorientierten Bestimmung	108
I. Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsprinzips	108
1. Ursprung, Herleitung und Grundstruktur	108
2. Verhältnismäßigkeit als negatives Kontrollkriterium	110
a) Einschätzungsprärogative der Legislative	111
b) Zwecksetzungsbefugnis der Legislative	112
c) Wertungsspielraum der Legislative	113
II. Berufspräventive Normen als Grundrechtseingriffe	113
III. Grundrechts- und Verhältnismäßigkeitsbindung in grenzüberschreitenden Sachverhalten	115

IV. Folgerungen für die legislative Bestimmung der räumlichen Reichweite berufsrechtlicher Ordnungsnormen	116
B. Die normzweckorientierte Ermittlung der räumlichen Reichweite durch den Rechtsanwender	117
I. Gesetzesauslegung als Kernbestandteil der Gesetzesanwendung . .	117
II. Der juristische Auslegungskanon	118
III. Der Normzweck – Auslegungsziel oder Auslegungsmittel?	120
IV. Die Auslegung von Normen	121
1. Der Normzweck als Auslegungsziel	121
2. Die Auslegungsmittel	122
V. Die Auslegung von Normelementen	125
1. Der Begriff der „Normelemente“	125
a) Rechtsanwendungsbestimmungen als Normelemente	126
b) Begrenztes Leistungsvermögen der Unterscheidung von Normen und Normelementen	126
2. Der Normzweck als Auslegungsmittel	127
3. Nachvollziehen der vom Gesetzgeber konkretisierten Zweckverwirklichung	128
4. Der Wortlaut als Ausgangspunkt	128
5. Die Bedeutung von Systematik und Entstehungsgeschichte . . .	129
6. Der Wortlaut als Grenze der Auslegung?	130
7. Die verfassungskonforme Auslegung	133
a) Abgrenzung zur verfassungsorientierten Auslegung	133
b) Voraussetzungen der verfassungskonformen Auslegung . . .	134
c) Grenzen der verfassungskonformen Auslegung	135
d) Verfassungskonforme Auslegung als Rechtsfortbildung? . . .	136
VI. Begrenzte Berücksichtigungsfähigkeit von Einzelfallgesichtspunkten als Konsequenz gesetzgeberischer Typisierungen?	138
1. Unterscheidung zwischen bloßen Generalisierungen und bewussten Differenzierungsdefiziten	139
2. Generalisierender Maßstab bei der Zumutbarkeitsprüfung (von Berufsausübungsregelungen)?	140
3. Stellungnahme: Ermittlung der gesetzgeberischen Determinationsdichte als Auslegungsaspekt	143
a) Umfassende Verfassungsbindung des Rechtsanwenders als Ausgangspunkt	143
b) Die Gesetzgeberische Abwägungsdetermination	144
c) Die Rechtssicherheit als Abwägungsbelang	147
d) Typisierungen im engeren Sinne und die gesetzgeberische Inkaufnahme von Einzelfallungerechtigkeiten	148
e) Aussagekraft des Wortlautes	150
f) Bedeutung des Ermessensspielraums	152

g) Zwischenfazit	156
VII. Unionsrechtliche Parameter	157
1. Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote	158
2. Die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote	158
3. Rechtfertigung von Grundfreiheitseingriffen	160
a) Zwingende Allgemeinwohlerfordernisse	161
b) Kohärenzkontrolle und Verhältnismäßigkeitsprüfung	161
4. Einschlägiges Sekundärrecht (insbesondere die Rechtsanwalts- richtlinien)	164
5. Unionsgrundrechte (insbesondere Art. 15 f. GRCH)	165
6. Die unionsrechtskonforme Auslegung und der Anwendungs- vorrang des Unionsrechts	166
VIII. Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung	168
1. Terminologie	169
a) Der Begriff der „Lücke“	169
b) Die verschiedenen Arten von Lücken	169
2. Fehlende Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches berufsrechtlicher Normen als „Funktionslücke“?	171
3. Der „allgemeine negative Satz“ und die Grundrechte	172
4. Zwischenfazit – Keine Lücke im Gesetz wegen fehlender Bestimmung zum räumlichen Anwendungsbereich	173
IX. Rechtsanwendungsspezifische Wertungen im deutschen Berufsrecht	174
1. § 29 BORA a. F.	174
2. §§ 206 ff. BRAO	175
3. § 29a BRAO	176
a) Entstehungsgeschichte	176
b) Prinzipielle räumliche Unbegrenztheit berufsrechtlicher Normen als Rückschluss aus § 29a Abs. 1 BRAO?	177
c) Der Rechtspflegevorbehalt des § 29a Abs. 2 BRAO	178
4. EuRAG	179
5. § 1 Abs. 1 und 2 RDG	181
a) Das Regelungssystem des RDG als gesetzgeberische Bestätigung der normzweckorientierten Bestimmung der räumlichen Reichweite	181
b) Beratung im deutschen Recht als Anknüpfungsmoment	183
c) Zwischenfazit	185
X. Folgerungen für die Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches	186
Kapitel 5: Reaktionen auf Regelungshäufungen	191
A. Begriff der Regelungshäufung	191
B. Erscheinungsformen von Regelungshäufungen	192

I.	Materielle Regelungshäufungen	193
1.	Absolute Pflichtenkollisionen	193
2.	Relative Pflichtenkollisionen	194
3.	Komplementärregelungen	194
II.	Formelle Regelungshäufungen	195
C.	(Keine) Anlehnung an additive Grundrechtseingriffe	197
D.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	200
I.	Ausländische Regelung als berücksichtigungsfähige Tatsache	200
1.	Das Souveränitätsargument	200
2.	Das Zurechenbarkeitsargument	201
3.	Die Zweitregister-Entscheidung des BVerfG	202
II.	Bedingtes Erfordernis der Reaktion auf Regelungshäufungen: Spezifische Abwägungskriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	203
1.	(Kein) Verfassungsrechtliches Erfordernis zur Achtung fremder Rechtsordnungen	205
2.	Grenzüberschreitende Tätigkeit als freiwillige Risikoentscheidung	207
3.	Rechtssicherheit als Abwägungsaspekt	208
4.	Reaktionen auf zumutbare Regelungshäufungen	209
E.	Unionsrechtliche Implikationen	209
I.	Vorgaben der Rechtsanwaltsdienstleistungs- und der Rechtsanwalts- niederlassungsrichtlinie	210
1.	(Kein) Vorrang des Rechts des Aufnahmestaats	210
2.	(Kein) Vorrang des strengerer Rechts	211
3.	Zwischenfazit	211
II.	Primärrechtliche Vorgaben (Grundfreiheiten)	212
III.	Unterschiede zu den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts	213
F.	Reaktionsmöglichkeiten	214
I.	Kollisionsrechtliche Verweisung (Anwendung ausländischen Berufsrechts)	214
1.	Keine Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung im Ordnungsrecht	215
a)	Argumente für eine kollisionsrechtliche Verweisung	216
b)	Argumente gegen eine Verweisungslösung	217
2.	Rechtswahl	218
a)	Begründung der Rechtswahlfreiheit im IPR	219
b)	Anwendungsfelder und Grenzen der Rechtswahl im IPR	220
c)	Genereller Ausschluss der Rechtswahl im IÖR?	222

d) Stellungnahme: Interessen- und normzweckorientierte Differenzierung	224
aa) (Keine) Parteiautonomie im Ordnungsrecht	225
bb) Pflichtenkollision als Voraussetzung für anerkennenswertes Interesse des Regelungsadressaten	226
cc) Interessen des Mandanten	227
(1) Inhaltliche Präferenzen	227
(2) Klarheit und Rechtssicherheit	228
(3) Heimwärtsstreben	228
(4) Berufspflichten ohne Mandatsbezug	229
(5) Folgerungen	229
dd) Beseitigung von Rechtsunsicherheit als öffentliches Interesse	230
ee) Rechtswahlfixe ordnungsrechtliche Wertungen	232
(1) Kein genereller Ausschluss der Rechtswahl im Berufsrecht	232
(2) Normen mit Individualschutz zugunsten Dritter	233
(3) Grenzen der Abwahl mandantenschützender Normen	234
(4) Abwahlfestigkeit von Normen mit überindividuellen Schutzzwecken?	237
e) Fazit: Die Rechtswahl im (Berufs-)Ordnungsrecht – ein Konzept mit Perspektive	239
II. Die Methode der Berücksichtigung	241
1. Beispiele aus der deutschen IPR-Rechtsprechung	241
2. Die Datumtheorie (im IPR)	243
3. Berücksichtigung als gewöhnlicher Vorgang der (teleologischen) Auslegung	246
4. Fazit: Die Berücksichtigung ausländischer Rechtsnormen im Berufsordnungsrecht	247
III. Verfahrensrechtliche Instrumente	250
1. Zuständigkeitsverzicht bei Verweisungsentscheidung ins ausländische Recht	250
a) Gesetzesbindung	250
aa) Ausdrückliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit	251
bb) Sachliche Zuständigkeit bei Anwendung ausländischen Berufsrechts	252
b) Weitere Argumente gegen Zuständigkeitsverzicht	252
c) Zwischenergebnis	253
2. Koordination der Aufsichtsbehörden durch Informationsaustausch	253
3. Anwendung/Übertragung bestehender Mechanismen aus der BRAO (Verfahrenskoordination)?	254

G. Regelungsmängel	255
H. Zusammenfassung – Kapitel 5	256
 Kapitel 6: Anwendungsbeispiel: Der räumliche Anwendungsbereich der deutschen Erfolgshonorarregelung	 259
A. Anwaltliche Erfolgshonorare im deutschen Berufsrecht	259
I. Tradition eines Verbotes	259
II. Das BVerfG und die „Minimallösung“ des Gesetzgebers	261
III. Erfolgshonorierte Inkasso-Prozessfinanzierung und Regelungskohärenz	 263
IV. Der Status quo	264
1. Materielle Voraussetzungen einer rechtmäßigen Erfolgs- honorarvereinbarung	 264
a) § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RVG	264
b) § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 u. 2 RVG	265
2. Formelle Voraussetzungen	265
3. Rechtsfolgen eines Verstoßes	266
a) Zivilrechtliche Rechtsfolgen	266
aa) § 4b RVG	266
bb) Verletzung von Hinweis- und Dokumentationspflichten	268
cc) Verstoß gegen § 4a Abs. 2 RVG	269
b) Berufsrechtliche Sanktionen	269
c) Strafrechtliche Sanktionen	271
d) Wettbewerbsrechtliche Sanktionen	272
B. Die Regelungszwecke des Erfolgshonorarverbotes	272
I. Der Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit	273
1. Bedeutung und Ursprung der Unabhängigkeit	273
2. Die anwaltliche Unabhängigkeit im Kontext von Erfolgshonoraren	 275
3. Zwischenfazit	279
II. Der Schutz des Mandanten	280
III. Der Schutz der prozessualen Waffengleichheit	281
C. Normzweckorientierte Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches der deutschen Erfolgshonorarregelung	283
I. Normzweckberührung	284
1. Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit	285
2. Schutz des Mandanten vor Übervorteilung	288
3. Schutz der prozessualen Waffengleichheit	289
II. Intensität der Normzweckberührung und Abwägungskriterien	290

1. Beratung/Vertretung eines im Ausland ansässigen Mandanten im Hinblick auf ein Verfahren vor einem deutschen Gericht . . .	291
2. Beratung/Vertretung eines im Inland ansässigen Mandanten im Hinblick auf ein Verfahren vor einem ausländischen Gericht/Schiedsgericht	292
3. Beratung/Vertretung eines im Ausland ansässigen Mandanten im Hinblick auf ein Verfahren vor einem ausländischen Gericht/Schiedsgericht	294
III. Regelungshäufung (Fallbeispiel)	295
1. Erfolgshonorare im schweizerischen Berufsrecht	295
2. Auftreten einer Regelungshäufung	297
aa) Räumliche Anwendbarkeit der deutschen Erfolgs- honorarregelung	297
bb) Räumliche Anwendbarkeit der schweizerischen Erfolgs- honorarregelung	297
cc) Einordnung der Regelungshäufung	297
3. Reaktionsmöglichkeiten	300
D. Zusammenfassung – Kapitel 6	302
 Kapitel 7: Zivilrechtliche Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit berufsrechtswidriger Vereinbarungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten	
	305
A. Grundfragen der Perspektive	306
I. Internationale Zuständigkeit und Anerkennungsfähigkeit	306
1. Internationale Zuständigkeit als Determinante der Wirksamkeit .	306
2. Internationale Anerkennungsfähigkeit als Determinante der Durchsetzbarkeit	307
II. Unionsrechtliche Harmonisierung	308
1. Harmonisierung des IPR durch die Rom I-VO	308
2. Harmonisierung des Zuständigkeits- und Anerkennungsrechts .	309
III. Folgerungen für die Untersuchungsperspektive	310
B. Der Mandatsvertrag im europäischen IPR	311
I. Anwendungsbereich der Rom I-VO	311
1. Vergütungsvorschriften als Teil des Vertragsstatuts	312
2. Kein Vorrang der Rechtsanwaltsrichtlinien	313
II. Bestimmung des anwendbaren Vertragsrechts gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO	314
1. Mandatsverträge als Dienstleistungsverträge	314
2. Gewöhnlicher Aufenthalt des Rechtsanwalts	314
a) Der einzelne Rechtsanwalt als natürliche Person	314
b) Berufsausübungsgesellschaften	315

3. Ausweichklausel der offensichtlich engeren Verbindung (Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO)	316
III. Rechtswahl (Art. 3 Rom I-VO)	317
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen	317
a) Willensäußerung	317
b) Weitere Voraussetzungen	318
2. Wählbares „Recht“	319
3. Teilrechtswahl	319
4. Reine Inlandssachverhalte (Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO)	320
5. Binnenmarktsachverhalte (Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO)	321
aa) Vorliegen eines Binnenmarktsachverhaltes	321
bb) Kein zwingendes Binnenmarktrecht für rechtsanwaltliche Mandatsverträge	322
IV. Formstatut	323
1. Anwendungsbereich	323
2. Regelungszweck „favor negotii“	323
3. Qualifikation (§§ 3a Abs. 1, 4a Abs. 3 Nr. 1–4 RVG als Formvorschriften)	324
a) § 3a Abs. 1 S. 1 RVG	324
b) § 3a Abs. 1 S. 2 RVG	325
c) § 3a Abs. 1 S. 3 RVG	325
d) § 4a Abs. 3 RVG	326
4. Regelungsinhalt	327
a) Vertragsschluss bei Aufenthalt im selben Staat	328
b) Vertragsschluss bei Aufenthalt in verschiedenen Staaten	328
c) Wahl des Formstatuts	329
d) Rechtsfolgen von Formverstößen	329
5. Gesetzesumgehung, Rechtsmissbrauch, Formerschleichung, <i>ordre public</i>	330
V. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen (Art. 6 Rom I-VO)	331
1. Anwendungsbereich	331
a) Persönlicher Anwendungsbereich	331
b) Sachlicher Anwendungsbereich	332
c) Situativer Anwendungsbereich	332
d) Die Bereichsausnahme des Abs. 4 lit. a	334
2. Die objektive Anknüpfung gemäß Abs. 1	336
3. Die Rechtswahlbeschränkung gemäß Abs. 2	336
a) Wirksamkeit und Wirkung der Rechtswahl	337
b) Zwingendes (Verbraucherschutz-)Recht	338
c) Vergütungsvorschriften als zwingendes Recht im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO	339
4. Das Formstatut bei Verbraucherverträgen	340
VI. Zwischenfazit	340

C. Eingriffsnormen und ihre Auswirkungen auf den Mandatsvertrag . . .	341
I. Begriff und Systematik der Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO	341
1. Schutz öffentlicher Interessen	342
a) Keine abstrakte Differenzierung zwischen öffentlich- rechtlichen und privatrechtlichen Normen	342
b) Keine Differenzierung im Hinblick auf hoheitliche Durchsetzungsmechanismen	343
c) Anforderungen an das öffentliche Interesse	344
d) Anforderungen an die Bedeutung der Norm	345
e) Kumulierter Schutz öffentlicher und privater Interessen . . .	346
2. International zwingender Charakter	347
3. Eingriffsnormen als Teil des Vertragsstatuts	349
a) „Disqualifikation“ als Voraussetzung von Eingriffsnormen . .	350
b) Sperrwirkung des Art. 9 Rom I-VO	350
c) Anwendung von Eingriffsnormen der lex causae unter Vorbehalt des Anwendungswillens	351
d) Schuldstatutstheorie	351
e) Stellungnahme	352
II. Anwendung forumseigener Eingriffsnormen (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO)	358
1. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO als Öffnungsklausel	358
2. Anwendungswille der Eingriffsnorm und erforderliche Inlandsbezüge	359
3. Einschätzungsspielraum des Erlassstaates und unionsrechtliche Grenzen	361
III. Anwendung forumsfremder Eingriffsnormen (Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO)	363
1. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO als Kollisionsnorm	364
2. Voraussetzungen für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen	366
a) Normzweck und Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO	366
b) Kein „Acquis révisé“	368
c) Normen des Erfüllungsortstaates	369
aa) Bedeutung der „Machttheorie“	369
bb) Kein einheitlicher Erfüllungsort	371
cc) Weitere Fragen zur Bestimmung des Erfüllungsortes . . .	372
d) Normen, die die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen	374
e) Entscheidungsspielraum des angerufenen Gerichts: „kann Wirkung verliehen werden“	375

aa) Art und Zweck der Eingriffsnorm	376
bb) Folgen der Anwendung oder Nichtanwendung	378
cc) Weitere Entscheidungskriterien	379
dd) Pflicht zur Anwendung von Eingriffsnormen anderer EU-Staaten	380
3. Rechtsfolge: Art der Wirkungsverleihung	382
4. Sperrwirkung von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO?	384
IV. Die deutsche Erfolgshonorarregelung als Eingriffsnorm	386
1. Eingriffsnormcharakter der Erfolgshonorarregelung	386
a) Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit	387
b) Schutz des Mandanten vor Übervorteilung	388
c) Schutz der prozessualen Waffengleichheit	388
d) Zwischenfazit	389
2. Anwendung durch deutsche Gerichte	389
a) Räumliche Anwendbarkeit der deutschen Erfolgs- honorarregelung	390
b) Rechtsfolge	391
3. Anwendung durch Gerichte eines anderen EU-Mitgliedstaates	393
a) Erfüllungsort der Honorarzahung	394
b) Relevante Kriterien der Anwendungsentscheidung	396
D. Der <i>ordre public</i> -Vorbehalt als Gewährleistung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen	398
I. Hintergrund und Bedeutung	398
II. Voraussetzungen, Maßstäbe und Folgen eines <i>ordre public</i> - Verstoßes nach Art. 21 Rom I-VO	400
1. Bestandteile des <i>ordre public</i>	400
2. Prüfungsmaßstab und Relativität des <i>ordre public</i>	401
3. Rechtsfolgen eines <i>ordre public</i> -Verstoßes	402
III. Berufsrecht und <i>ordre public</i>	403
IV. Der anerkennungsrechtliche <i>ordre public</i>	405
E. Zusammenfassung – Kapitel 7	406
Kapitel 8: Fazit	410
Literaturverzeichnis	413
Sachregister	429

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zsch.)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zsch.)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. J. Leg. Hist.	The American Journal of Legal History (Zsch.)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zsch.)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zsch.)
ArchRWPhil	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Zsch.)
Aufl.	Auflage
a. A.	andere Ansicht
A&R	Arzneimittel & Recht (Zsch.)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater (Zsch.)
beA	besonderes elektronisches Anwaltspostfach
BeckOGK	Beck Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BeckOK-BRAO	Beck'scher Online-Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung
BeckOK-GG	Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz
BeckOK-RVG	Beck'scher Online-Kommentar zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
BeckOK-VwVfG	Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK-Mitteilungen) (Zsch.)
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsvergütungsgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Brfg	Berufung
Brüssel Ia-VO	Verordnung EU 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen
bspw.	Beispielsweise

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CCBE	Conseil Consultative des Barreaux Européens (Rat der Europäischen Anwaltschaften)
DAV	Deutscher Anwaltverein
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zsch.)
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zsch.)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zsch.)
EGH	Ehrengerichtshof
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen vom 19. Juni 1980
EU	Europäische Union
EuErbVO	Verordnung EU 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Verordnung EU 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuR	Europarecht (Zsch.)
EUR	Euro
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAO	Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
helvIPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
helvOR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Schweiz)
helvZPO	Zivilprozessordnung (Schweiz)
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
IHR	Internationales Handelsrecht (Zsch.)
IÖR	Internationales Öffentliches Recht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zsch.)
IstR	Internationales Steuerrecht (Zsch.)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zsch.)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zsch.)
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Zsch.)
JZ	JuristenZeitung (Zsch.)
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht

lit.	Literatur
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts (Zsch.)
MüKo	Münchener Kommentar
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo-HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zsch.)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zsch.)
Rom I-VO	Verordnung EG 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung EG 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom III-VO	Verordnung EU 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Recht
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RT	Rechtstheorie (Zsch.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zsch.)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
usw.	und so weiter
u. a.	und andere
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zsch.)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
Zsch.	Zeitschrift

ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
z. B.	zum Beispiel

Kapitel 1

Einführung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit Fragen der Bestimmung des anwendbaren Rechts in grenzüberschreitenden Sachverhalten. Wie der Titel schon erkennen lässt, geht es dabei vornehmlich um das Berufsrecht – und zwar im Speziellen um das der Rechtsanwälte.¹

A. Die Rechtsquellen und Wirkungsdimensionen des Berufsrechts

Das rechtsanwaltliche Berufsrecht setzt sich aus einer Vielzahl von Normen unterschiedlicher Rechtsquellen zusammen. Zum einen sind die Vorschriften zu nennen, die ausschließlich für Rechtsanwälte gelten – also solche der BRAO, des RVG, der BORA, der FAO und (in gewisser Weise auch²) des EuRAG. Insoweit wird im Folgenden – ohne dass diese Einteilung zwingend wäre – vom anwaltlichen Berufsrecht im engeren Sinne gesprochen. Außerdem finden sich in anderen Gesetzen Normen, die explizit auf Rechtsanwälte Bezug nehmen, wie etwa die §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 352, 356 StGB, der § 29 BDSG oder die Vorschriften über Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsheimnisträger in den Prozessordnungen. Diese Normen sind insoweit berufsspezifisch, als sie zwar nicht ausschließlich für Rechtsanwälte gelten, aber an spezielle Charakteristika anknüpfen, die der Beruf des Rechtsanwalts aufweist und mit den anderen von diesen Vorschriften in Bezug genommenen Berufen gemeinsam hat. Daneben sind zahlreiche Vorschriften für die anwaltliche Berufstätigkeit relevant, die in erster Linie an den allgemeineren Umstand anknüpfen, dass der Rechtsanwalt Dienstleister ist. Der Dienstleistungscharakter der anwaltlichen Tätigkeit prägt das zivil-

¹ Sofern im Folgenden von „Anwälten“ gesprochen wird, sind damit ausschließlich Rechtsanwälte gemeint. Das gilt auch für Begriffe wie das „anwaltliche“ Berufsrecht und die „anwaltliche“ Berufsausübung. Patentanwälte, die der Anwaltsbegriff eigentlich mit umfasst, und ihr Berufsrecht sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

² Die Vorschriften des EuRAG finden nur auf sog. „europäische Rechtsanwälte“ Anwendung, also auf Personen, die berechtigt sind, als Rechtsanwalt unter einer der in der Anlage zu § 1 EuRAG genannten Berufsbezeichnungen selbständig tätig zu sein, vgl. § 1 EuRAG.

rechtliche Mandatsverhältnis.³ Als Anbieter von (Rechts)Dienstleistungen ist der Rechtsanwalt zudem Marktteilnehmer im Sinne des Lauterkeitsrechts.

Insoweit lässt sich von unterschiedlichen Wirkungsdimensionen sprechen, die jeweils über originäre Durchsetzungsmechanismen verfügen. Das Berufsrecht im engeren Sinne wird durch hoheitliche Maßnahmen der zuständigen Aufsichtsbehörde (Rechtsanwaltskammer oder Anwaltsgericht) sanktioniert – im Folgenden wird im Hinblick darauf von der ordnungsrechtlichen (Wirkungs)Dimension, dem Berufsordnungsrecht oder auch den Berufsordnungsrechtsnormen gesprochen. Die Verletzung strafrechtlicher Vorschriften wird im Wege des Strafverfahrens nach den Vorschriften der StPO geahndet. Unlauteres Verhalten kann nach Maßgabe des UWG durch Mitbewerber sowie durch die in § 8 Abs. 3 Nr. 2–4 UWG genannten Verbände, Einrichtungen und Körperschaften unterbunden werden. Ansprüche des Mandanten im Zusammenhang mit dem Mandatsvertrag oder Ansprüche Dritter aus deliktischer Haftung können über den Weg des klassischen Zivilprozesses durchgesetzt werden.⁴ Nun stehen diese Wirkungsdimensionen nicht beziehungslos nebeneinander. Normen des Berufsrechts im engeren Sinne können etwa

- Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB⁵ sein und somit der Vornahme von Rechtsgeschäften Grenzen setzen;
- Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB⁶ darstellen und damit als Anknüpfung für deliktische Ansprüche auf den Ersatz reiner Vermögensschäden dienen;

³ Der rechtsanwaltliche Mandatsvertrag wird im Regelfall als Dienstvertrag, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB zum Gegenstand hat, eingeordnet, vgl. nur v. *Lewinski*, *Berufsrecht der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater*, 5. Aufl. 2022, Kap. 3 Rn. 7. Dass bei entsprechender Vereinbarung hinsichtlich der geschuldeten Leistung (nach den Kategorien des BGB) auch eine Einordnung als Werkvertrag in Betracht kommt, steht außer Frage. Diese feingliedrige Unterscheidung des deutschen Zivilrechts darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Anwalt aus dem Mandatsvertrag in aller Regel zur persönlichen Erbringung geistiger Leistungen verpflichtet ist, unabhängig davon, ob diese etwa in Form eines schriftlichen Gutachtens manifestiert und somit als geschuldeter Erfolg definierbar sind.

⁴ Streitigkeiten über Ansprüche aus dem UWG werden ebenfalls vor Zivilgerichten ausgetragen, sofern nicht eine Zuständigkeit der Sozialgerichte oder der Arbeitsgerichte speziell angeordnet ist, vgl. dazu *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 12 Rn. 1.2 ff.

⁵ So etwa das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gemäß § 43a Abs. 4–6 BRAO, vgl. nur *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 10.

⁶ Als Beispiel kann § 12 BORA genannt werden, dessen vorrangiger Zweck darin besteht, den gegnerischen Mandanten vor Abgabe rechtlicher Erklärungen ohne vorherige Beratung zu schützen (allg. Ansicht, vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 12.07.2001 – 1 BvR 2272/00, NJW 2001, 3325, 3326 und *Prütting*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, BORA, § 12 Rn. 2. In Literatur und Rechtsprechung wurde diese Frage bisher nicht aufgegriffen, sondern lediglich

- Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG⁷ und damit als wettbewerbsrechtlich sanktionierbarer Lauterkeitsmaßstab sein.

Neben diesen allgemeinen Transmissionsriemen⁸ finden sich auch spezielle Anordnungen für die unmittelbare Einwirkung einzelner berufsrechtlicher Normen auf Zivilrechtsverhältnisse wie der § 4b S. 1 RVG, auf den im Folgenden noch einzugehen sein wird.⁹

Umgekehrt enthält auch das Berufsrecht im engeren Sinne mit § 43 BRAO nach herrschender Meinung eine Transportnorm, welche die Sanktionierung von außerhalb der BRAO normierten Pflichten, die „berufsrechtliche Relevanz“ aufweisen, mit Berufsaufsichtsmaßnahmen ermöglicht.¹⁰

Zahlreiche Normen des deutschen Rechts, welche die anwaltliche Berufsausübung betreffen, können daher mehreren Wirkungsdimensionen zugeordnet werden.

B. Die Funktion und der Zustand des Rechtsanwendungsrechts

Grenzüberschreitende Sachverhalte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Bezüge zu mehreren Staaten und somit zu mehreren Rechtsordnungen aufweisen. Da-

betont, dass ein Verstoß gegen § 12 BORA nicht zur Nichtigkeit eines infolgedessen abgeschlossenen Vertrages führt (vgl. nur BGH, Urteil vom 17.10.2003 – V ZR 429/02, NJW 2003, 3692). Dies stünde zu einer Einordnung als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB allerdings nicht in Widerspruch. Vielmehr ergibt sich daraus wertungsmäßig ein stimmiges Gesamtbild: Denn eine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB würde vor allem den Mandanten des berufsrechtswidrig handelnden Anwalts treffen, während die Einordnung als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dazu führt, dass der gegnerische Mandant einen unmittelbar gegen den berufsrechtswidrig handelnden Anwalt gerichteten Schadensersatzanspruch hat – gerichtet auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Abschluss der rechtlich nachteilhaften Erklärung entstanden ist.

⁷ So z. B. die Erfolgshonorarregelung, vgl. unten Kap. 6 A. IV. 3. d) (S. 272).

⁸ So *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 532.

⁹ Vgl. dazu unten Kap. 6 A. IV. 3. a) aa) (S. 266).

¹⁰ Der regelungstechnische Hintergrund ist, dass § 113 Abs. 1 BRAO die anwaltsgerichtliche Ahndung (nur) von Verstößen gegen „die in diesem Gesetz oder in der Berufsordnung bestimmt sind“ anordnet. Verstöße gegen Normen aus dem StGB, der InsO oder anderen Gesetzen können deshalb nur dann anwaltsgerichtlich geahndet werden, wenn darin zugleich ein Verstoß gegen eine BRAO-Norm vorliegt. Welche Vorschriften „berufsrechtliche Relevanz“ in diesem Sinne haben, ist nicht abschließend geklärt und auch nicht Gegenstand dieser Arbeit, vgl. nur den Überblick bei *Träger*, in: Weyland, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43 Rn. 13 ff. und die gewichtigen Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes bei *Römermann/Praß*, in: BeckOK-BRAO, 14. Ed. 01.05.2020, § 43 Rn. 3 ff.

mit stellt sich prinzipiell die Frage, welche dieser Rechtsordnungen beanspruchen, den jeweiligen Sachverhalt zu regeln – oder andersherum und mit Blick auf das konkrete Mandat formuliert: Den Regelungen welcher Rechtsordnung(en) unterliegt dieses Mandatsverhältnis?

Auskunft darüber geben die Regelungen des Rechtsanwendungsrechts. Diese Regelungen sind nicht – wie es etwa einer verbreiteten Vorstellung im Spätmittelalter und der Frühen Neuzeit entsprach¹¹ – Teil einer übergeordneten und der Gestaltungsmacht des jeweiligen Normsetzers entzogenen Logik. Die Bestimmung des Anwendungsbereiches einer Norm, sei es in sachlicher, räumlicher, zeitlicher oder personeller Hinsicht, ist originärer Bestandteil der der Normsetzung zugrundeliegenden Gestaltungsentscheidung.

I. Das Internationale Privatrecht als Kollisionsrecht

Mit Blick auf das Internationale Privatrecht (IPR), das die Menge der Rechtsanwendungsregeln betreffend die zivilrechtliche Wirkungsdimension bezeichnet, scheint dieser Befund auf den ersten Blick jedenfalls nicht (mehr) der Rechtswirklichkeit in Europa zu entsprechen. Zum einen enthält das geltende IPR keine Regelungen zum räumlichen Anwendungsbereich, sondern (nahezu) ausschließlich *Kollisionsnormen*. Es geht also gar nicht mehr darum zu bestimmen, welche Rechtsordnungen anwendungswillig sind, sondern nur noch darum, eine Auswahlentscheidung zu treffen. Offenbar liegt den Regelungen des IPR also die Vorstellung einer permanenten Kollisionslage infolge eines unbegrenzten räumlichen Anwendungsbereiches aller staatlichen Rechtsnormen dieser Welt zugrunde.¹² Zum anderen stammen diese Kollisionsnormen innerhalb der Europäischen Union zu weiten Teilen von einem anderen Normsetzer als die Sachnormen, über deren Anwendbarkeit sie entscheiden. Während die Ausgestaltung zivilrechtlicher Normen im Übrigen, mag sie auch teilweise durch EU-Richtlinien determiniert sein, Domäne des jeweiligen nationalen Gesetzgebers ist, sind zahlreiche der zentralen internationalen Kollisionsnormen¹³ unmittelbar in EU-Verordnungen geregelt.¹⁴ Damit lässt sich auch schwerlich die Behauptung aufrechterhalten, die Bestimmung der Anwendbarkeit einer Norm in grenzüberschreitenden

¹¹ Vgl. dazu unten Kap. 3 B. I. 3. u. 4. (S. 33 ff.).

¹² Vgl. dazu näher unten Kap. 3 B. II. 3. (S. 24).

¹³ Der Begriff der „internationalen Kollisionsnormen“ bezieht sich nicht auf die Rechtsquelle dieser Kollisionsnormen, sondern auf die Art der von ihnen erfassten Normenkollisionen. Auch Regelungen eines nationalen Gesetzgebers werden daher als „internationale Kollisionsnormen“ bezeichnet, wenn sie die Auflösung der Kollisionen von Normen unterschiedlicher Staaten regeln.

¹⁴ Als Beispiele seien hier nur die Rom I-VO, die Rom II-VO, die Rom III-VO, die EuIns-VO und die EuErbVO genannt.

Sachverhalten wäre Teil der der Normsetzung zugrundeliegenden Gestaltungsentscheidung. Dieser Zustand ist allerdings nicht etwa einer Rückbesinnung auf vermeintlich übergeordnete rechtsanwendungsrechtliche Dogmen geschuldet. Er ist das Ergebnis einer funktionalen Zergliederung der Normsetzungsbefugnis, die wiederum auf gesetzgeberischen Entscheidungen beruht.¹⁵

Die Regelungen dieses unionsrechtlich kodifizierten IPR betreffen, wie bereits angedeutet, nur die zivilrechtliche(n) Wirkungsdimension(en).¹⁶ Streiten sich Mandant und Rechtsanwalt über die Honorarforderung, entscheidet ein Zivilgericht und bestimmt das anwendbare Recht anhand der Rom I-VO. Begehrt ein Dritter klageweise Schadensersatz vom Rechtsanwalt, etwa wegen eines vermeintlichen Prozessbetruges, bestimmt das Zivilgericht das anwendbare Deliktsrecht nach den Regelungen der Rom II-VO.

II. Das Internationale Berufsordnungsrecht – ein ungeliebtes Findelkind

Keine Aussage treffen die Rom-Verordnungen oder andere EU-Verordnungen hingegen zu der Frage, nach Maßgabe wessen Staates Berufsrechts ein deutsches Anwaltsgericht im Rahmen eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens zu entscheiden hat, ob der Anwalt sich rechtswidrig verhalten hat und deshalb eine Disziplinarmaßnahme gegen ihn zu verhängen ist.¹⁷ Nun mögen einige bereits hier einwenden wollen, dass sich diese Frage ja wohl gar nicht ernsthaft stelle, da es hier schließlich um Öffentliches Recht gehe und die Anwendung ausländischen Öffentlichen Rechts per se ausgeschlossen sei. Diesem Einwand wird später zu begegnen sein.¹⁸ Doch selbst wenn dem so wäre, also ausschließlich die Anwendung des deutschen Berufsrechts in Betracht käme, würde sich damit die Rechtsanwendungsfrage nur dann erübrigen, wenn man im Hinblick auf in Deutschland zugelassene Rechtsanwälte sämtliche Vorschriften des deutschen Berufsrechts, unabhängig von den konkret bestehenden In- und Auslandsbezügen, in *jedem* Fall zur Anwendung bringen wollte. Diese Sichtweise würde jedoch nicht nur

¹⁵ Vgl. dazu auch unten Kap. 3 B. V. 2. b) (S. 74 ff.).

¹⁶ Wie oben dargelegt, lassen sich hinsichtlich der Durchsetzungsmechanismen auch innerhalb der zivilrechtlichen Wirkungsdimension Unterscheidungen treffen, etwa zwischen der wettbewerbsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Dimension. Aus Perspektive des geltenden IPR ist eine Untergliederung der zivilrechtlichen Wirkungsdimension wiederum durch die Anwendungsbereiche der einzelnen Rechtsquellen bzw. die Tatbestände der Kollisionsnormen vorgegeben.

¹⁷ Das ergibt sich (jedenfalls für das geltende IPR) ebenfalls aus den Bestimmungen über den sachlichen Anwendungsbereich der Rechtsquellen und der Reichweite der Tatbestände der einzelnen Kollisionsnormen, näher zum Anwendungsbereich der Rom I-VO unten Kap. 7 B. I. (S. 311).

¹⁸ Vgl. unten Kap. 3 C. III. (S. 86 ff.).

aufgrund ihrer Pauschalität intuitives Unbehagen wecken, sie wäre weder sachgerecht¹⁹ noch verfassungskonform.²⁰ Es besteht also eine Notwendigkeit, sich über das anwendbare Berufsrecht in der ordnungsrechtlichen Dimension Gedanken zu machen.

Wer das nicht so sieht, ist der deutsche Gesetzgeber. Denn geschriebene Regelungen zur internationalen Anwendbarkeit des deutschen Berufsordnungsrechts finden sich kaum. Den grenzüberschreitend tätigen Rechtsanwalt hat man in Deutschland lange Zeit für eine Art Fabelwesen gehalten, eine Fiktion, um lästigen EU-Vorgaben über die Freizügigkeit im Binnenmarkt²¹ eine Existenzberechtigung zuzusprechen – jedenfalls aber für ein seltenes Exemplar einer bei der Gesetzgebung nicht weiter zu beachtenden Gattung.²²

Doch auch die Rechtswissenschaft zeigte bislang insgesamt eher verhaltenes Interesse daran, sich mit Rechtsanwendungsfragen in der ordnungsrechtlichen Dimension zu befassen. Aus berufsrechtlicher Perspektive wurden diese Fragen vereinzelt aufgegriffen, aber eher halbherzig behandelt.²³ Das IPR ist demgegenüber ein (Teil-)Rechtsgebiet, das sich seit Jahrhunderten einer regen Aufmerksamkeit erfreuen kann, was sich nicht zuletzt darin widerspiegelt, dass Lehrstühle an Universitäten, gemeinnützige Forschungsinstitute und renommierte juristische Schriftenreihen das Internationale Privatrecht im Namen tragen. Doch befasst sich diese Rechtsanwendungsrechtswissenschaft eben in erster Linie mit der zivilrechtlichen Wirkungsdimension und würdigt die ordnungsrechtliche Dimension allenfalls mit gelegentlichen Seitenblicken.

Und so fristet das Internationale Berufsordnungsrecht sein Dasein als ungeliebtes Findelkind, für das sich keines der Elternteile wirklich verantwortlich fühlt.

III. Grundlagen und Perspektive dieser Untersuchung

Das IPR ist ein gut erforschtes Rechtsgebiet. Seit der Neukonzeption im 19. Jahrhundert haben sich zahlreiche Rechtswissenschaftler damit befasst und ein ausgefeiltes dogmatisches Fundament gelegt.²⁴ Zudem ist das heutige IPR in weiten Teilen recht engmaschig kodifiziert und dort, wo es nicht kodifiziert ist, lässt sich regelmäßig zumindest auf weitgehend etabliertes Richterrecht zurückgreifen.

¹⁹ Vgl. unten Kap. 3 D. (S. 103 ff.).

²⁰ Vgl. unten Kap. 4, insbesondere A. IV. (S. 116).

²¹ Vgl. dazu näher unten Kap. 4 B. VII. (S. 157 ff.).

²² In diesem Sinne (natürlich mit anderer Wortwahl) RegE BT-Drs. 10/3854, S. 27; dazu näher und kritisch unten Kap. 4 B. IX. 3. a) (S. 176).

²³ Vgl. dazu unten Kap. 2 (S. 11 ff.).

²⁴ So trägt etwa der Beitrag von *Schurig*, in: Mansel, Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert, 2014, S. 5 ff. den Titel: „Das Fundament trägt noch“.

Insgesamt lässt sich daher ohne Übertreibung festhalten: Im Trilog aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft wurden die meisten grundlegenden und drängenden Fragen geklärt. Natürlich besteht weiterhin Bedarf an Optimierungen, Ergänzungen und Aktualisierungen im Lichte sich wandelnder Wertvorstellungen und Rahmenbedingungen. Deshalb soll die Berechtigung an gegenwärtigen und künftigen Forschungen im IPR hier auch gar nicht in Frage gestellt werden. Aber niemand kann bestreiten: Das IPR funktioniert.

Von diesem Zustand ist das Internationale Öffentliche Recht (IÖR), zu dem auch das Internationale Verwaltungsrecht gehört, das als solches das Internationale Berufsordnungsrecht umfasst, weit entfernt.²⁵ Für diese Untersuchung begründet das die Notwendigkeit, sich mit grundlegenden Fragen zu befassen. Um den Rahmen des Darstellbaren und das Maß des für den Leser Erträglichen nicht zu überschreiten, ist eine Beschränkung der Perspektive erforderlich. So geht es (vorrangig) um rechtsanwendungsrechtliche Fragen aus der Perspektive deutscher Rechtsanwender, und die Antworten werden mit Blick auf die von diesen zu beachtenden verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen gesucht. Zudem befasst sich diese Arbeit primär mit dem anwaltlichen Berufsordnungsrecht. Einige der hier gewonnen Erkenntnisse mögen sich auf das Berufsrecht anderer Berufe übertragen lassen, manche werden generell auf das Internationale Verwaltungsrecht zutreffen und einzelne können wohl ganz grundsätzliche Gültigkeit für jegliche rechtsanwendungsrechtlichen Fragen beanspruchen. Teilweise wird sich das unmittelbar aus der Darstellung ergeben. In der Hauptsache ist die Beurteilung, inwieweit die hier gewonnen Erkenntnisse über das anwaltliche Berufsrecht hinausgehend relevant sind, aber nicht Gegenstand dieser Arbeit.

1. Die räumliche Begrenzung von Ordnungsnormen

Zunächst gilt es eine Grundentscheidung zu treffen: Legt man – wie der IPR-Gesetzgeber mit Blick auf das Zivilrecht – auch in der ordnungsrechtlichen Dimension die Vorstellung räumlicher unbegrenzter Berufsrechtsnormen zugrunde und beschränkt die Rechtsanwendungsentscheidung auf eine kollisionsrechtliche Auswahlentscheidung oder ist vielmehr zunächst danach zu fragen, ob der konkret zu beurteilende Sachverhalt überhaupt vom räumlichen Anwendungsbereich der deutschen Berufsrechtsnorm(en) umfasst ist?

Eine grundlegende Richtungsweisung gibt zunächst das Grundgesetz vor, das gemäß Art. 1 Abs. 3 GG jedes Handeln deutscher Staatsgewalt an die Grundrechte bindet und somit jedes staatliche Eingriffshandeln einem Gesetzesvorbehalt

²⁵ Zu den nicht zahlreichen, aber grundlegenden Untersuchungen zum IÖR und zum Internationalen Verwaltungsrecht, auf die im Rahmen dieser Arbeit auch teilweise zurückgegriffen wurde, vgl. unten Kap. 3 Fn. 2.

unterwirft – unabhängig von etwaigen Auslandsbezügen.²⁶ Daraus folgt zweierlei: Erstens existiert aus Sicht der deutschen Behörden im Hinblick auf die anwaltliche Berufsausübung mit Art. 12 Abs. 1 GG ein allgemeiner Erlaubnistatbestand. Es gibt daher keine logische Notwendigkeit, jedes berufsbezogene Verhalten eines Rechtsanwalts mit einem einfachgesetzlichen Ge- oder Verbot zu erfassen.²⁷ Zweitens stellt jedes staatlich auferlegte Ge- oder Verbot einen Grundrechtseingriff dar, der (mindestens) durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip einer verfassungsrechtlich vorgegebenen Zweckrationalität unterworfen wird. Die räumliche Anwendbarkeit einer Berufsordnungsrechtsnorm ist im konkreten Fall nur dann verfassungsrechtlich zu rechtfertigen (und auch nur dann gesetzgeberisch intendiert), wenn sie vom Normzweck getragen ist.²⁸ Für den Rechtsanwender ist die Ermittlung des räumlichen Anwendungsbereiches einer Berufsordnungsrechtsnorm damit ein Gesichtspunkt der (teleologischen) Auslegung.²⁹ Das schließt nicht die theoretische Möglichkeit aus, dass die Auslegung jeder einzelnen Berufsrechtsnorm ergibt, dass diese ihrem Zweck nach unabhängig von den bestehenden In- und Auslandsbezügen Anwendung finden will und dass dieses Ergebnis in jedem Fall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Klar ist damit aber, dass sich die Frage nach der räumlichen Anwendbarkeit, losgelöst von einer etwaig zu treffenden kollisionsrechtlichen Auswahlentscheidung, nicht per se erübrigt.

Mit dem Verweis auf das gerne als Schlagwort herangezogene „Territorialitätsprinzip“ ist jedenfalls noch keine substantielle Erkenntnis gewonnen.³⁰ Die Vorstellung, (öffentlich-rechtliche) Normen könnten extraterritoriale Sachverhalte per se nicht auf Tatbestandsebene erfassen,³¹ darf als längst überwunden gelten. Versteht man das Territorialitätsprinzip also nicht in diesem Sinne, sagt es

²⁶ Das schließt Absenkungen des Schutzniveaus aufgrund von Auslandsbezügen nicht aus, vgl. näher dazu unten Kap. 4 A. III. (S. 115). Eine Ausnahme der umfassenden Grundrechtsbindung besteht zudem im Hinblick auf ausländische juristische Personen, vgl. dazu näher unten Kap. 4 Fn. 25.

²⁷ Darin liegt bereits ein bedeutender Unterschied zur zivilrechtlichen Wirkungsdimension: Denn streiten sich zwei Privatpersonen vor Gericht, kann der Fall nur entschieden werden, wenn der Sachverhalt irgendeinem Recht unterworfen ist. Anders verhält es sich – jedenfalls aus deutscher Sicht – in der ordnungsrechtlichen Dimension. Dabei geht es nicht um die Ausgestaltung der Beziehung zwischen Einzelnen, sondern um die Einschränkung der tatsächlich möglichen Verhaltensweisen Einzelner. Und dank der Grundrechte, die in ihrer Abwehrfunktion jedes Eingriffshandeln deutscher Behörden erfassen, gilt: Ist etwas nicht verboten, dann ist es erlaubt. Vgl. auch unten Kap. 4 B. VIII. 3. (S. 172 f.) zu der Bedeutung der Grundrechte im Hinblick auf die Annahme von Regelungslücken im Internationalen Berufsordnungsrecht.

²⁸ Vgl. auch unten Kap. 4 A. IV. (S. 116).

²⁹ Vgl. dazu unten Kap. 4, insbesondere B. V. (S. 125 ff.).

³⁰ Ausführlich dazu unten Kap. 3 B. (S. 28 ff.).

³¹ Zur Blütephase des negativen Territorialitätsprinzips im Sinne einer axiomatischen Be-

zunächst nicht mehr aus, als dass *irgendein* Bezug zum inländischen Staatsgebiet bestehen muss. Bei der Suche nach differenzierten, den gesetzgeberischen Wertungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragenden Kriterien zur Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches von Berufsordnungsrechtsnormen kann dieser Befund nicht das Ende, sondern nur der Anfang sein.

2. Der räumliche Anwendungsbereich und die räumliche Anwendbarkeit

Die Frage nach dem räumlichen Anwendungsbereich – synonym wird im Folgenden auch von der räumlichen Reichweite gesprochen – ist nicht dahingehend misszuverstehen, als ginge es um eine Bestimmung der physischen Distanz, über die eine Norm wirkt. Es geht nicht darum, ein Netz aus Berufsrechtsnormen von Deutschland aus über die Weltkarte zu spannen und dann zu ermitteln, ob das Netz bis Polen, Russland oder China reicht. Gegenstand dieser Arbeit ist vielmehr die Herausarbeitung von Kriterien, anhand derer sich beurteilen lässt, ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt vom Anwendungsbereich einer deutschen Berufsrechtsnorm erfasst ist. Diese Kriterien kann man auch als (erforderliche bzw. hinreichende) Inlandsbezüge bezeichnen. Der räumliche Anwendungsbereich einer Berufsrechtsnorm ist das Ergebnis der Ermittlung der notwendigen und hinreichenden Inlandsbezüge. Die räumliche Anwendbarkeit der Norm ist das Resultat einer positiven Rechtsanwendungsentscheidung im konkreten Fall.

3. Die Rolle des IPR

Wurde eben festgestellt, dass das IPR ein gut ausgeforschtes Rechtsgebiet ist, liegt es eigentlich nahe, für die folgende Untersuchung dort Anleihen zu nehmen. Es wurde allerdings bereits angemerkt, dass sich die Grundkonzeption des modernen IPR als (nahezu ausschließliches) Kollisionsrecht nicht ohne weiteres auf das Internationale Berufsordnungsrecht übertragen lässt. Andererseits werden sich, gerade wenn es um den Umgang mit dem Aufeinandertreffen der Berufsordnungsrechtsnormen verschiedener Staaten geht,³² durchaus Ähnlichkeiten zu Konfliktlagen in der zivilrechtlichen Wirkungsdimension zeigen. Zudem finden sich in der prall gefüllten Schatzkiste der internationalprivatrechtlichen Forschung Erkenntnisse, die auch über die Lösung von Normenkonflikten hinaus Gültigkeit beanspruchen können. Der Übernahme von im Hinblick auf das IPR angestellten Überlegungen ist daher zwar mit Vorsicht zu begegnen, sie kann

grenzung jeglichen staatlichen Handelns auf das eigene Staatsgebiet im 17. und 18. Jahrhundert vgl. unten Kap. 3 B. I. 4. (S. 37 ff.).

³² Vgl. dazu unten Kap. 5 (S. 190 ff.).

aber nicht mit einem Verweis auf (teilweise bloß vermeintliche) Wesensverschiedenheiten pauschal abgelehnt werden.

Die Herausarbeitung der rechtsanwendungsrechtlichen Kriterien und Rahmenbedingungen im Berufsordnungsrecht erfolgt im Rahmen dieser Untersuchung also weder in Gänze nach dem Vorbild des IPR noch in einer betonten Gegenüberstellung. Vielmehr werden ausgewählte im IPR gewonnene Erkenntnisse an verschiedenen Stellen aufgegriffen und als Grundlage für weitere Überlegungen herangezogen.

In seiner originären Funktion wird das IPR schließlich relevant, soweit es um die Wechselbeziehung zwischen der ordnungsrechtlichen und der zivilrechtlichen Wirkungsdimension in grenzüberschreitenden Sachverhalten – namentlich um die Auswirkung von Normen des Berufsrechts im engeren Sinne auf die Wirksamkeit von Vereinbarungen im Mandatsvertrag – geht.³³

C. Gang der Untersuchung

Im Folgenden werden zunächst die (nicht sehr zahlreichen) Ansätze zur Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches deutscher Berufsordnungsrechtsnormen beleuchtet (Kapitel 2).³⁴ Da sich diese Untersuchung als wenig fruchtbar erweisen wird, erfolgt daraufhin eine Grundlagenbildung auf abstrakterer Ebene, die sich an den klassischen Topoi der (zwar ebenfalls nicht sehr zahl-, aber durchaus ertragreichen) Vorarbeiten zum Internationalen Verwaltungsrecht orientieren wird (Kapitel 3).³⁵ Dabei geht es unter anderem um die Bedeutung der Territorialität im Rechtsanwendungsrecht und um die Frage, ob die Anwendung ausländischen Öffentlichen Rechts (seitens deutscher Behörden und Gerichte) in Betracht kommt oder per se ausgeschlossen ist. In Kapitel 4 werden die verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen sowie die methodischen Eckpfeiler für die Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereichs von Berufsordnungsrechtsnormen durch den Gesetzgeber und für die Ermittlung desselben durch den Rechtsanwender herausgearbeitet.³⁶ Auch wird in diesem Zusammenhang beleuchtet, welche gesetzgeberischen Wertungen dem geltenden Berufsrecht im Hinblick auf rechtsanwendungsrechtliche Fragen zu entnehmen sind. In Kapitel 5 geht es um die rechtliche Erfassung der kumulativen Anwendbarkeit der Berufsrechtsordnungen verschiedener Staaten.³⁷ Die Untersuchung

³³ Vgl. unten Kap. 7 (S. 304 ff.).

³⁴ Vgl. unten Kap. 2 (S. 11 ff.).

³⁵ Vgl. unten Kap. 3 (S. 24 ff.).

³⁶ Vgl. unten Kap. 4 (S. 107 ff.).

³⁷ Vgl. unten Kap. 5 (S. 190 ff.).

dieses hier als „Regelungshäufung“ bezeichneten Phänomens erfolgt zunächst mit Blick auf die für den Regelungsadressaten infolge der Regelungshäufung erhöhten Belastung und einer sich deshalb ggf. verfassungs- und/oder unionsrechtlich ergebenden Notwendigkeit, auf diese Regelungshäufung zu reagieren. Hinsichtlich der Art der Reaktion werden verschiedene Möglichkeiten auf rechtsanwendungsrechtlicher, aber auch auf verfahrensrechtlicher Ebene beleuchtet.

In Kapitel 6 werden die in den vorigen Kapiteln herausgearbeiteten Grundlagen zur Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches von Berufsordnungsrechtsnormen und zum Umgang mit Regelungshäufungen am Beispiel der deutschen Erfolgshonorarregelung gemäß § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO i. V. m. dem RVG zur Anwendung gebracht.³⁸

Das Kapitel 7 befasst sich schließlich mit der Einwirkung von Berufsordnungsrechtsnormen auf die Wirksamkeit von Vereinbarungen in Mandatsverträgen in grenzüberschreitenden Sachverhalten.³⁹ Zunächst wird der anwaltliche Mandatsvertrag in das Gefüge des (geltenden) Internationalen Vertragsrechts eingeordnet. Dieser Vorgang stößt – entsprechend der oben skizzierten Kodifikations- und Forschungsdichte im IPR – auf wenige ungeklärte Fragen und ist daher eher deskriptiver Natur. Grundlegenderer Untersuchungsbedarf hat sich dann aber im Hinblick auf Eingriffsnormen als die Schnittstelle zwischen Ordnungs- und Zivilrecht im modernen Internationalen Vertragsrecht ergeben. Denn auch wenn im IPR so Vieles im Grundsatz geklärt ist, bereitet gerade der Umgang mit Eingriffsnormen noch Schwierigkeiten.

Die Untersuchung schließt mit einem Fazit in Kapitel 8.⁴⁰

³⁸ Vgl. unten Kap. 6 (S. 258 ff.).

³⁹ Vgl. unten Kap. 7 (S. 304 ff.).

⁴⁰ Vgl. unten Kap. 8 (S. 409 ff.).

Kapitel 2

Bisherige Ansätze zur Anwendbarkeit berufsrechtlicher Ordnungsnormen in grenzüberschreitenden Sachverhalten

Im Folgenden wird dargelegt, welche Ansätze hinsichtlich der räumlichen Anwendbarkeit deutscher Berufsrechtsnormen in ihrer ordnungsrechtlichen Dimension bereits vertreten bzw. diskutiert wurden.

A. Die Zulassung in Deutschland als Anknüpfungsmoment

I. Die Zulassung als hinreichender Inlandsbezug

Zu nennen ist zunächst die These, deutsches Berufsrecht finde grundsätzlich auf jede Tätigkeit eines in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalts Anwendung.¹ Dass dieses Prinzip jedenfalls nicht uneingeschränkt gelten kann, wird auch von Vertretern dieser Ansicht überwiegend eingeräumt. Einschränkungsbefehl wird jedoch nur im Hinblick auf Kollisionen mit Berufsrechtsvorschriften anderer Staaten sowie mit Blick auf Vorgaben des Unionsrechts angedeutet.² Nur vereinzelt wird in Erwägung gezogen, dass Berufsrechtsnormen wegen ihres Telos möglicherweise gar nicht auf jede Tätigkeit eines deutschen Rechtsanwalts mit grenzüberschreitenden Bezügen Anwendung finden wollen.³ Dass in diesem Zusammenhang teilweise noch in Kommentierungen aus dem Jahr 2019 zentral auf

¹ So bereits *Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1922, S. 258 ff.; *Eisenberg*, Das internationale Privatrecht der Anwaltshaftung, 1998, S. 36 f.; heute etwa *Prütting*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 41 f.; ähnlich AnwGH NRW, Beschluss vom 03.11.2000 – 2 ZU 21/00, NJW 2001, 2555, 2556, der zwar zunächst ausführt: „Entscheidend ist der Ort der Berufsausübung“, dann jedoch feststellt: „Die in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte unterliegen den Berufs- und Standesregeln, die in der Bundesrepublik Deutschland gelten [...]“.

² *Prütting*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 41 f.

³ Mit differenzierendem Ansatz, allerdings ohne Vertiefung etwa *Glindemann*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, EuRAG, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. Rn. 131.

die Regelungen des § 29 BORA Bezug genommen wird⁴ – eine Norm, die 2013 ersatzlos aufgehoben wurde⁵ – deutet bereits an, mit welcher Stiefmütterlichkeit rechtsanwendungsrechtliche Fragen im Berufsrecht typischerweise behandelt werden.

II. Das Internationale Berufsverwaltungsrecht nach Knöfel

Knöfel skizziert einen Ansatz, den er in der Literatur vorgefunden zu haben behauptet und als „Internationales Berufsverwaltungsrecht“ bezeichnet: Demnach sei die inländische Zulassung als Rechtsanwalt als „Grund-Kollisionsnorm“ heranzuziehen, die Geltung der BRAO dann aber unter den Vorbehalt zu stellen, „dass der verwirklichte Lebenssachverhalt durch Rechtsanwendungsnormen auch ihrem internationalen Anwendungsbereich zugewiesen sein muss“.⁶ Dieser Ansatz ist insofern zu begrüßen, als die Frage nach dem räumlichen Anwendungsbereich auch losgelöst von Normenkollisionen und unionsrechtlichen Vorgaben aufgeworfen wird. Allerdings findet sich in der Literatur weder der Begriff des Internationalen Berufsverwaltungsrechts⁷ noch die dahinterstehende Überlegung, die *Knöfel* skizziert.⁸ Herleitung und Konkretisierung dieses Ansatzes lassen sich daher ausschließlich den Ausführungen *Knöfels* entnehmen.⁹ Dieser

⁴ So etwa *Prütting*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43 Rn. 41 und *Kilian*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 49b Rn. 94.

⁵ Unter Geltung des § 29 BORA fand die Auffassung, deutsche Rechtsanwälte würden bei jeder Auslandstätigkeit dem deutschen Berufsrecht unterstehen, im Abs. 2 der Norm eine Stütze. § 29 Abs. 1 S. 1 BORA räumte in bestimmten grenzüberschreitenden Konstellationen den CCBE-Regelungen den Vorrang vor den Regelungen der BORA (nicht aber der BRAO!) ein. § 29 Abs. 2 BORA regelte ergänzend: „Sonstige grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit unterliegt dieser Berufsordnung.“ Die Aussagekraft dieser Regelung war aber ohnehin begrenzt. Denn erstens kann der räumliche Anwendungsbereich der BORA-Normen nicht über den der jeweiligen BRAO-Normen hinausgehen; zweitens ist mit der Anordnung der grundsätzlichen Anwendbarkeit der BORA in internationalen Sachverhalten keine zwingende Aussage über den räumlichen Anwendungswillen einzelner Normen getroffen.

⁶ *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 469.

⁷ Dass es sich beim „Internationalen Berufsverwaltungsrecht“ grundsätzlich um einen geeigneten Begriff handelt zur Bezeichnung von rechtsanwendungsrechtlichen Fragen im Berufsordnungsrecht (gerade in Abgrenzung zum Internationalen Privatrecht), steht außer Frage. Ohne dass der Begriff mit Leben gefüllt wird, lassen sich aus seiner Verwendung aber keine weiteren Erkenntnisse ableiten.

⁸ Bzgl. der dogmatischen Konstruktion bezieht sich *Knöfel* ausschließlich auf einen Aufsatz von *Steuber*, RIW 2002, 590, der diese Thematik jedoch nicht behandelt. Begrifflich ist das Internationale Berufsverwaltungsrecht ein Unteraspekt des Internationalen Verwaltungsrechts, das unweigerlich mit *Karl Neumeyer* in Verbindung gebracht wird. Auf dessen Ausführungen bezieht sich *Knöfel* dann auch kurz und punktuell (S. 470).

⁹ Nicht explizit eingegangen wird im Folgenden auf *Knöfel*, AnwBl. 2003, 3 und *Knöfel*,

fordert, die erforderlichen Rechtsanwendungsnormen „anhand der tatsächlichen Bedürfnisse der internationalen Rechtsberatung selbst zu bilden“.¹⁰ An einer späteren Stelle konkretisiert er diese Überlegung und formuliert als Leitlinie für „das Rechtsanwendungsrecht, welches über die Anwendung des deutschen Berufsrechts entscheidet“:

„Das Recht des Tätigkeitsstaates ist nicht zum Nachteil des Rechtsanwalts auf diesen anzuwenden, wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts in diesem Staat erforderlich war, um eine sachgerechte Vertretung nach den Regeln desjenigen Rechts, welches das Mandatsverhältnis regiert, zu gewährleisten.“¹¹

Ein stimmiges Gesamtbild ergibt sich dadurch nicht. Denn einerseits verlange ja, so *Knöfel*, die „Grund-Kollisionsnorm“ des Internationalen Berufsverwaltungsrechts für die Anwendung des deutschen Rechts die Zulassung als Rechtsanwalt in Deutschland. Andererseits stellt er die soeben genannte Leitlinie ausdrücklich für die Anwendung des deutschen Rechts als Tätigkeitsortsrecht auf, dessen Anwendung (jedenfalls mittelbar) von dem Recht abhängt, „welches das Mandatsverhältnis regiert“. Da drängt sich eigentlich die (von *Knöfel* nicht behandelte) Frage auf, welche Rechtsordnung denn ein Mandat regieren kann, das von einem in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt in Deutschland bearbeitet wird. Zweifellos muss das – trotz der Anknüpfungsmomente, die nach Deutschland führen – nicht zwingend das deutsche Recht sein. Es bräuchte dann aber jedenfalls gewichtige Bezüge zu einer (!) bestimmten anderen Rechtsordnung, um behaupten zu können, diese würde das Mandatsverhältnis regieren. Die Frage danach wird von *Knöfel* aber nicht nur nicht aufgeworfen; er erstickt sie bereits zuvor im Keim als er sich zu Beginn des hier betrachteten Kapitels mit einem Aufsatz von *Max Friedlaender* auseinandersetzt.¹² *Friedlaenders* Ansatz fasst *Knöfel* so zusammen, dass in grenzüberschreitenden Mandatsbearbeitungen das jeweils maßgebliche Berufsaufsichtsrecht anhand der „*Heimat des Mandats*“ zu bestimmen sei.¹³ Diese Vorgehensweise hält *Knöfel* in der modernen Anwaltswelt jedoch für aussichtslos: „Wenn ein Anwalt aber heute z. B. eine Transaktion

AnwBl. 2005, 669. Diese Aufsätze, die von *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, selbst teilweise mehrfach zitiert werden, sind zwar thematisch einschlägig, entpuppen sich aber als bloße (nahezu vollständig) wortgleiche (wenn auch etwas gekürzte) Kopie der Ausführungen aus *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 435 ff.

¹⁰ *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 469.

¹¹ *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 495.

¹² *M. Friedlaender*, AnwBl. 1954, 1, 2 ff.

¹³ Diese Darstellung von *Friedlaenders* Ansatz ist indes nicht ganz richtig. Denn *Friedlaender* spricht nicht von einer nebulösen und kaum zu bestimmenden „Heimat des Mandats“;

begleitet, die im Erwerb der weltweit verstreuten assets eines Unternehmens, besteht, hat das Mandat kein derart ausgewogenes Zuhause.“¹⁴ Dem (vermeintlichen) Ansatz *Friedlaenders* erteilt er daher eine Absage. Wie aber nun festgestellt werden kann, welche Rechtsordnung „das Mandatsverhältnis regiert“, wenn das Mandat kein Zuhause hat, bleibt offen.

Insgesamt kann das Modell des Internationalen Berufsverwaltungsrechts, wie *Knöfel* es skizziert, keinen Beitrag zur Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches von Berufsordnungsrechtsnormen leisten.

B. Max Friedlaender, Karl Neumeyer und die Niederlassung als Anknüpfungsmoment

Nach einem regelmäßig auf *Max Friedlaender* zurückgeführten Ansatz soll ein Anwalt stets dem Berufsrecht des Staates unterliegen, in dem er niedergelassen ist.¹⁵ Entgegen der Einordnung dieses Ansatzes durch *Knöfel*¹⁶ geht es *Friedlaender* wohl gerade nicht darum, die „*Heimat des Mandates*“ zu bestimmen. Vielmehr stellt er als Anknüpfungskriterium – und das ist bei der Bezugnahme auf die Niederlassung des Rechtsanwalts recht naheliegend – auf die *Heimat des Rechtsanwaltes* ab. *Friedlaender* will insoweit differenzieren zwischen „Vorschriften, die den Beruf als solchen, in seiner Gesamtheit [...]“ betreffen und „Vorschriften, die den einzelnen beruflichen Vorgang, die einzelne mit dem Beruf zusammenhängende Handlung betreffen“.¹⁷ Erstere sollen strikt auf jede Tätigkeit eines in Deutschland niedergelassenen Anwalts angewandt werden. Im Grundsatz ist eine solche Differenzierung – die ebenfalls auf *Neumeyer*¹⁸ zurückgeht – begrüßenswert, ist darin eine Orientierung anhand des Normzweckes je-

vielmehr will er stets (und weitestgehend uneingeschränkt) die Standesregeln des Staates angewendet wissen, in dem der Rechtsanwalt niedergelassen ist, dazu näher auch sogleich B.

¹⁴ *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 460.

¹⁵ *M. Friedlaender*, Anwbl. 1954, 1, 2 ff.; so nimmt etwa BGH, Urteil vom 28.10.1965 – VII ZR 171/63, NJW 1966, 296, 297 auf diesen Aufsatz Bezug, scheint aber Aspekte des IPR und des Berufsordnungsrechts zu vermischen; die Überlegungen *Friedlaenders* beruhen größtenteils auf den Ausführungen von *Karl Neumeyer*; vgl. *Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1922, S. 252 ff.; ein Unterschied scheint zunächst darin zu bestehen, dass *Neumeyer* im Gegensatz zu *Friedlaender* nicht an den Ort der Niederlassung, sondern an den Ort der Zulassung anknüpfen will; diesen Ansatz hält *Neumeyer* aber selbst nicht konsequent durch und bezieht sich auch wiederholt auf den Niederlassungsort als Anknüpfungsmoment.

¹⁶ Dazu soeben A. II. (S. 13).

¹⁷ *M. Friedlaender*, AnwBl. 1954, 2.

¹⁸ *Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1922, S. 258 ff.; auch *Ernst Isay* hat diese Kategorisierung im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Normen des rechtsanwaltlichen

denfalls angedeutet. Die Zuordnung einzelner Vorschriften zu den gebildeten Kategorien, die *Neumeyer* und *Friedlaender* vornehmen, verwundert dann allerdings und lässt die Abgrenzungslinien verschwimmen. So sollen etwa die Vorschriften über die „Preisgabe eines Geheimnisses“ zur zweitgenannten Kategorie gehören, während das (damals noch absolute) Verbot des Erfolgshonorars zur erstgenannten Kategorie gehöre.¹⁹ Noch weitergehend und jedenfalls zur eben genannten Einordnung der Vorschriften über die „Preisgabe eines Geheimnisses“ in Widerspruch stehend, betont *Friedlaender* dann mehrfach, dass sämtliche Regelungen des Standesrechts zu den Normen gehören, die auf jede Tätigkeit von in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwälten anzuwenden sind.²⁰ Dann folgt ein Gedanke, den *Friedlaender* so beiläufig einstreut, dass er fast unterzugehen droht – nämlich, „daß im einzelnen Falle, wenn der RA. im Ausland eine Handlung vorgenommen hat, ausländische Verhältnisse doch bei Beurteilung seines Verhaltens eine Rolle spielen können [...]“.²¹ Was damit gemeint ist, konkretisiert *Friedlaender* durch ein Beispiel zum (schon damals geltenden und heute in § 12 BORA geregelten) Verbot der Umgehung des Gegenanwalts:

„Wenn diese Pflicht vorwiegend als eine Kollegialitätspflicht zu erachten ist (was etwa dann zutrifft, wenn die Gegenpartei eine große Gesellschaft mit rechtskundigen Direktoren ist) so handelt der deutsche Anwalt nicht rechtswidrig; denn Kollegialität beruht auf einem Gegenseitigkeitsverhältnis und, wenn der auswärtige Anwalt gegenüber den Kollegen seines eigenen Landes solchen Schutz nicht genießt, auch seinerseits zu der betreffenden Rücksicht nicht gehalten ist, so kann man solche auch von dem deutschen RA. nicht verlangen. Wenn dagegen die Vorschrift, wie in den Regelfällen dem Schutze des Ansehens der deutschen Rechtsanwaltschaft dient und der Vermeidung auch nur des Anscheins, als wolle der Rechtsanwalt seine

Standesrechts übernommen, vgl. *Isay*, in: Stier-Somlo/Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 3, 1928, S. 353 f.

¹⁹ Dementsprechend ist für *Friedlaender*, AnwBl. 1954, 1, 7 „außer Zweifel gestellt, daß insbes. das Verbot der *quota litis* auch für Auslandssachen gilt, soweit es sich um deutsche Rechtsanwälte handelt.“

²⁰ Eine Erklärung für die insoweit nicht kohärent erscheinende Einordnung der Vorschriften findet sich bei *Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1922, S. 258 f.; demnach sei eine „Regelung eines einzelnen Vorgangs“ anzunehmen, wenn die Verletzung anwaltlicher Pflichten strafrechtlich sanktioniert werde. Zur Untermauerung seiner These führt er an, dass es etwa für die Anwendbarkeit des § 300 StGB a. F. (Geheimnisverrat, heute § 203 StGB) nur darauf ankomme, in welchem Staat das Geheimnis preisgegeben wurde. Das ist zwar mit Blick auf die damals geltenden Regelungen des deutschen Strafrechtsanwendungsrechts (dazu näher unten Kap. 3 B. III. (S. 52)) zutreffend. Allerdings liefert dies keine Begründung, warum der räumliche Anwendungsbereich einer Berufsrechtsnorm dadurch verändert (und zwar bei einem Wechsel von der Anknüpfung an die Niederlassung zu einer Anknüpfung an den Tätigkeitsort regelmäßig verkleinert) werden sollte, dass der Gesetzgeber das standeswidrige Verhalten zusätzlich mit Strafe belegt.

²¹ *M. Friedlaender*, AnwBl. 1954, 1, 6.

Überlegenheit über die Gegenpartei durch die Umgehung ausnützen, so muß dies auch gegenüber dem ausländischen Kollegen und seiner Partei gelten.“²²

In diesen Ausführungen keimt der Gedanke, der auch dem hier entwickelten Konzept zugrunde liegt: die Bestimmung der räumlichen Reichweite einzelner Berufsrechtsnormen anhand ihrer Zwecke und eine Anwendung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.²³ Für *Friedlaender* ist dies aber offenbar nur ein Randaspekt; ein kurzes Flackern, das recht schnell wieder erlischt. Denn in den unmittelbar darauffolgenden Ausführungen zum Erfolgshonorarverbot²⁴ ist von einer normzweckorientierten Anwendung dieser Regelung in grenzüberschreitenden Sachverhalten keine Rede.

Insgesamt ist festzuhalten: *Neumeyer* hat den Ansatz konzipiert, berufsrechtliche Normen für ihre Handhabung in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu kategorisieren. Die Kategorisierung, die *Neumeyer* vornimmt, ist in ihrer konkreten Gestalt jedoch nicht kohärent und die Gedankengänge in seinen Ausführungen zerfasern im weiteren Verlauf zunehmend. Überlegungen zur räumlichen Reichweite berufsrechtlicher Vorschriften werden zusammengewürfelt mit zweifelhaften Thesen zum Verhältnis zwischen berufsrechtlichen Normen, dem IPR und dem Internationalen Strafrecht.²⁵ *Friedlaender* hat die Idee der Kategorisierung aufgegriffen – freilich ohne die Schwächen in *Neumeyers* Ansatz zu erkennen oder jedenfalls ohne sie zu benennen – und um eine Ausrichtung der Bestimmung der räumlichen Reichweite einzelner Normen anhand der jeweiligen Normzwecke ergänzt. Indes ist es ihm nicht gelungen, diese Idee zu einem stimmigen Konzept auszuarbeiten. Zudem ist sie darstellerisch in den Schatten der Anknüpfung an den Niederlassungsort gestellt und in der Rezeption des Aufsatzes in Vergessenheit geraten.

C. Der Tätigkeitsort als Anknüpfungsmoment

Andere Ansätze rücken den Tätigkeitsort als maßgebliches Anknüpfungsmoment in den Fokus.

²² *M. Friedlaender*, AnwBl. 1954, 1, 7.

²³ Dazu unten Kap. 4, insb. B. (S. 117 ff.).

²⁴ Vgl. bereits Fn. 19.

²⁵ So behauptet *Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1922, S. 262 etwa, dass es „völlig untunlich wäre, die privatrechtliche Regelung anders abzugrenzen als die öffentlichrechtliche Ordnung“, was praktisch die Sinnhaftigkeit seiner gesamten Untersuchung in Frage stellt; vgl. auch Fn. 20.

I. Orientierung am Recht des Tätigkeitsortes

So hat der *Deutsche Anwaltverein* 2007 Vorschläge für die Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung ausgearbeitet. Der Vorschlag enthielt unter anderem folgenden § 59a Abs. 2 BRAO-E:

„Im Fall der grenzüberschreitenden Tätigkeit ist der Rechtsanwalt an das entsprechende Berufsrecht des Ziellandes seiner Tätigkeit gebunden, wenn dies das Zielland vorsieht. Soweit das deutsche Berufsrecht strengere Anforderung an die Berufsausübung stellt als das Berufsrecht des Ziellandes, tritt das deutsche Berufsrecht zurück.“²⁶

Ersichtlich ist dieser Vorschlag nur darauf ausgerichtet, zu verhindern, dass der deutsche Rechtsanwalt im Ausland mehrere Berufsrechte kumulativ beachten muss.²⁷ Bedeutungslos ist zunächst der Satz 1, der die Unterwerfung des Rechtsanwalts unter das Berufsrecht des Ziellandes betrifft. Die Frage der Anwendbarkeit ausländischen Berufsrechts durch ausländische Aufsichtsbehörden kann das deutsche Recht nicht regeln.²⁸

Problematisch ist die Regelung des Satz 2, die vorsieht, dass das deutsche Berufsrecht zurücktreten soll, soweit es strenger ist als das Berufsrecht des Ziellandes. Erstens würde dadurch der Umkehrschluss forciert, dass das deutsche Berufsrecht in allen anderen Fällen anwendbar bliebe. Die Frage, ob *die Normen* oder einzelne Normen des deutschen Berufsrechts – unabhängig von einer Normenkollision – überhaupt den konkreten Fall regeln wollen, wird dadurch völlig übergangen. Damit würden Regelungshäufungen²⁹ auch dort provoziert, wo sie bei einer verständigen Auslegung des deutschen Berufsrechts gar nicht auftreten würden. Zweitens dürfte es oftmals schwerfallen, zu bestimmen, welches Berufsrecht strenger ist. Probleme bereiten insoweit schon Regelungen, die einen unterschiedlichen Regelungsansatz wählen. So erlaubt das deutsche Berufsrecht Erfolgshonorarvereinbarungen nur, wenn die materiellen Voraussetzungen des § 4a Abs. 1 RVG vorliegen.³⁰ Ist das der Fall, sind auch *quota-litis*-Vereinbarungen zulässig. Das österreichische Recht hingegen kennt keine speziellen materiellen Voraussetzungen für Erfolgshonorarvereinbarungen, lässt *quota-litis*-Vereinbarungen aber gemäß § 879 Abs. 2 Nr. 2 AGBGB generell nicht zu. Welches Recht ist nun strenger, das deutsche oder das österreichische? Noch größere Pro-

²⁶ DAV AnwBl. 2007, 682, 687.

²⁷ So auch die Begründung, vgl. DAV AnwBl. 2007, 688, 698.

²⁸ Bedeutung hätte die Regelung nur dann, wenn damit eine Anwendung des ausländischen Berufsrechts durch deutsche Behörden angeordnet wird. Es finden sich jedoch keine Hinweise dafür, dass der Vorschlag so zu verstehen wäre; vgl. zur Anwendung ausländischen Ordnungsrechts durch deutsche Behörden im Allgemeinen Kap. 3 C. (S. 82 ff.) und im berufsrechtlichen Kontext als mögliche Reaktion auf Regelungshäufungen Kap. 5 F. I. (S. 214 ff.).

²⁹ Zum Begriff und der rechtlichen Erfassung unten Kap. 5 (S. 190 f.).

³⁰ Dazu näher unten Kap. 6 A. IV. 1. (S. 264 ff.).

bleme bereitet die Ermittlung des „strengerer Rechts“ bei Fällen, in denen die verschiedenen Rechtsordnungen miteinander unvereinbare Rechtsfolgen anordnen.³¹ Als Beispiel werden regelmäßig Konstellationen genannt, in denen das ausländische Recht den Rechtsanwalt zur Offenbarung einer Information zwingt, während das deutsche Recht ihn zur Geheimhaltung verpflichtet.³² Denkbar wäre natürlich, stets den konkreten Fall zu betrachten und das deutsche Berufsrecht dann unangewendet zu lassen, wenn eine bestimmte Verhaltensweise nach dem ausländischen Recht erlaubt oder sogar geboten ist. Das hätte aber zur Folge, dass das deutsche Recht in jedem Fall der grenzüberschreitenden Tätigkeit überhaupt keine Rolle spielt, sobald das „Zielland“ für sich beansprucht, die Tätigkeit zu regeln. Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des deutschen Berufsrechts in grenzüberschreitenden Sachverhalten hinge damit ausschließlich vom Regelungswillen ausländischer Rechtsordnungen ab – ein offensichtlich unbefriedigender Zustand.

Damit zusammenhängend, drittens: Auch wenn die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des „strengerer Rechts“ ausgeklammert werden, kann dieser Ansatz nicht überzeugen. Das deutsche Berufsrecht ist in sachlicher Hinsicht immer gleich streng. Ob es „strenger“ ist, hängt damit ausschließlich davon ab, welches ausländische Recht anwendbar ist und wie streng dieses ist. Damit würde der Liberalisierungsgrad des ausländischen Rechts zum allein maßgeblichen Faktor bzgl. der Anwendbarkeit des deutschen Berufsrechts. Es mag Konstellationen geben, in denen der Regulierungsdichte des ausländischen Rechts eine Indizwirkung bzgl. der Anwendbarkeit des deutschen Rechts entnommen werden kann.³³ Sie jedoch pauschal zum einzig relevanten Anknüpfungsmoment zu erheben, klammert sämtliche teleologischen und systematischen Erwägungen aus, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre.

Henssler greift den eben genannten Vorschlag auf und hält die ausschließliche Anwendung des Zielstaatrechts jedenfalls im Ergebnis „aus ganz unterschiedlichen Gründen für sachgerecht“.³⁴ Denn es sei „kaum sachgerecht“, wenn ein deutscher Rechtsanwalt von der deutschen Berufsaufsicht dafür sanktioniert würde, dass er im Vereinigten Königreich tätig ist und im Einklang mit den dort geltenden Bestimmungen um Mandanten wirbt und Erfolgshonorare vereinbart.

³¹ Zu den in dieser Arbeit als „Pflichtenkollisionen“ bezeichneten Konstellationen vgl. unten Kap. 5 B. I. (S. 192 ff.).

³² Etwa bei *Henssler*, NJW 2009, 1556, 1557.

³³ Denkbar ist das etwa, wenn der im Ausland ansässige Mandant eine geringere Erwartungshaltung hinsichtlich des ihm zukommenden Schutzes durch das Berufsrecht hat und dieser Umstand aus Sicht des deutschen Gesetzgebers relevant für die Schutzwürdigkeit des Mandanten ist. Vgl. im Kontext von Erfolgshonorarvereinbarungen unten Kap. 6 C. II. 1. (S. 284 ff.).

³⁴ *Henssler*, NJW 2009, 1556, 1558.

Diese Annahme begründet *Henssler* mit dem „Konzept des gemeinsamen europäischen Marktes“, in dem der Rechtsanwalt die Möglichkeit haben muss, „sich den Marktgegebenheiten an seinem Tätigkeitsort anzupassen.“ Unabhängig davon, ob *Henssler* im Ergebnis recht hat, ist das „Konzept des gemeinsamen europäischen Marktes“ für die Bestimmung der räumlichen Reichweite deutscher Berufsrechtsnormen mit Blick auf deutsche Rechtsanwälte nur von geringer Aussagekraft. Denn erstens betrifft es nur Fälle grenzüberschreitender Tätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten. Als allgemeingültiges Kriterium ist es deshalb untauglich. Zweitens mag das „Konzept des gemeinsamen europäischen Marktes“ zwar rechtspolitisch Gewicht haben. Normativ ist es indes nur von Belang, soweit es durch das Unionsrecht konkretisiert ist. *Henssler* will insoweit den Rücktritt des herkunftsstaatlichen Berufsrechts in Kollisionsfällen aus „den Überlegungen des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit in den Entscheidungen *Keck*^{35]} und *Hühnermund*^{36]} [sic!]“ herleiten. Diese Entscheidungen betreffen allerdings weder die Dienstleistungsfreiheit noch befassen sie sich mit einem Rücktritt des herkunftsstaatlichen Berufsrechts in Kollisionsfällen.

Ähnlich, wenn auch mit konkreterer normativer Anknüpfung, argumentiert *Kilian*, speziell mit Blick auf Erfolgshonorarvereinbarungen:

„Gestattet das ausländische Recht Erfolgshonorare, muss das strengere deutsche Recht zur Vermeidung der Beschneidung der gemeinschaftsrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit jedenfalls dann zurücktreten, wenn die Erbringung der Dienstleistung keine Auswirkung auf die deutsche Rechtspflege hat.“³⁷

Auch hier findet sich also eine Orientierung an der „Strenge“ des Rechts des Aufnahme- bzw. Tätigkeitsstaates. Der unionsrechtliche Begründungsansatz, den *Kilian* wählt, ist im Grundsatz nicht unhaltbar, jedoch recht oberflächlich und pauschal. So ist es zwar anerkannt, dass die Beschränkungsverbote der Art. 56 ff. AEUV nicht nur Diskriminierungen, sondern auch Marktzugangsbehinderungen erfassen.³⁸ Indes stellt die Dienstleistungsfreiheit nicht jede Regelung unter einen Rechtfertigungsvorbehalt, nur weil sie strenger ist als eine im Ausland geltende Regelung.³⁹ Erforderlich ist vielmehr die Eignung der Regelung, spezifisch den Zugang zum ausländischen Markt zu behindern.⁴⁰ Dass der

³⁵ EuGH, Urteil vom 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, NJW 1994, 121 – *Keck*.

³⁶ EuGH, Urteil vom 15.12.1993 – C-292/92, NJW 1994, 781 – *Hühnermund*.

³⁷ *Kilian*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 49b Rn. 97.

³⁸ EuGH, Urteil vom 10.5.1995 – C-384/93, EuZW-Sonderausgabe 2017, 32 – *Cold calling*; *Müller-Graf*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, AEUV, Art. 56 Rn. 96; *Tiedje*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, AEUV, Art. 56 Rn. 38.

³⁹ EuGH, Urteil vom 14.07.1994 – C-379/92, BeckRS 2004, 76879 – *Peralta*.

⁴⁰ *Müller-Graf*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, AEUV, Art. 56 Rn. 96 mit weiteren Nachweisen.

deutschen Erfolgshonorarregelung im Speziellen diese Eignung zukommt, ist aufgrund der Finanzierungsfunktion⁴¹ von Erfolgshonoraren durchaus naheliegend. Allerdings ist das Kriterium der „Auswirkung auf die deutsche Rechtspflege“ ohne weitere Konkretisierung zu pauschal, um anhand dessen eine endgültige Aussage darüber zu treffen, ob die Marktzugangsbeschränkung gerechtfertigt ist.⁴² Zudem lässt auch *Kilian* einige Fragen offen: Was gilt bei einer Tätigkeit des Rechtsanwalts in einem Nicht-EU-Staat, die nicht durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt ist? Warum ist der Schutz des Mandanten, der neben dem Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit und der prozessualen Waffengleichheit einen Zweck der Erfolgshonorarregelung darstellt,⁴³ für die Rechtfertigung eines Eingriffes in die Dienstleistungsfreiheit irrelevant? An anderer Stelle begründet *Kilian* den Vorrang des Rechts des Tätigkeitsstaates mit der „größeren Sachnähe und der unmittelbaren Betroffenheit“ dieses Staates.⁴⁴ Ob das Recht des Tätigkeitsstaates strenger oder milder ist als das Recht des Herkunftsstaates (des Rechtsanwalts), soll ausdrücklich keine Rolle spielen. Dargelegt wurde dieser Ansatz im Hinblick auf Interessenkollisionsregelungen. Ob er nur für Interessenkollisionsregelungen gelten oder verallgemeinerungsfähig⁴⁵ sein soll, bleibt unklar. Letzteres würde einen Widerspruch zu den eben erwähnten Ausführungen *Kilians* mit Blick auf die Erfolgshonorarregelung darstellen. Ersteres wiederum ließe jedenfalls im Ansatz eine normzweckorientierte Bestimmung der internationalen Anwendbarkeit des deutschen Berufsrechts erkennen, wie sie hier vertreten wird.⁴⁶

Hervorzuheben ist, dass auch *Henssler* einen Rücktritt des herkunftsstaatlichen Berufsrechts in jedem Fall für zwingend hält, wenn sich die „Wirkung des anwaltlichen Handelns“ auf den Zielstaat beschränkt. Allerdings mit anderer Begründung: Denn in diesen Fällen seien die Vorschriften des deutschen Berufsrechts „nach ihrem Normzweck nicht einschlägig“.⁴⁷ Ähnlich wie *Friedlaender*⁴⁸ lässt *Henssler* damit die Idee einer normzweckorientierten Bestimmung der räumlichen Reichweite berufsrechtlicher Vorschriften anklingen – jedoch ebenfalls nur als randständige Hilfsüberlegung, die nicht weiterverfolgt wird.

⁴¹ Dazu näher unten Kap. 6 A. IV. 3. d) (S. 272).

⁴² Zu den Rechtfertigungsanforderungen näher unten Kap. 4 B. VII. 3. (S. 160 ff.).

⁴³ Zu den Normzwecken der Erfolgshonorarregelung unten Kap. 6 B. (S. 272 ff.).

⁴⁴ *Kilian*, WM 2000, 1366, 1372.

⁴⁵ So interpretiert jedenfalls *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwältinnen, 2005, S. 471 die Ausführungen offenbar.

⁴⁶ Dazu unten Kap. 4 (S. 107 ff.).

⁴⁷ *Henssler*, NJW 2009, 1556, 1558.

⁴⁸ Vgl. dazu soeben B. (S. 3).