

Filges, Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?

stellten Anwalt sachfremde Weisungen zu erteilen oder ihn aus wirtschaftlichen Gründen zu einer nur noch oberflächlichen Bearbeitung eines Mandats anzuhalten?

Schon diese wenigen Beispiele machen deutlich, dass es genügend Bereiche gibt, in denen von einem Anwalt aus ethischer Sicht ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gefordert werden kann, ohne dass sich ein Gebot unmittelbar aus geschriebenem Berufsrecht ergibt. Wer, wenn nicht die Freien Berufe selbst, muss die Frage diskutieren, welche Handlungsweisen ethisch akzeptabel sind und welche nicht. Augenfällig ist, dass diese Frage keineswegs losgelöst von allgemeinen ethischen Prinzipien beantwortet werden kann. Wertorientierte Regeln der Anwaltschaft stellen am Ende nicht mehr dar als Anwendungen universeller ethischer Prinzipien, die auf die spezifische Stellung der Anwaltschaft angewendet werden müssen. Ich hoffe daher sehr, dass sich alle Freien Berufe nicht allein mit ihrem geschriebenen Berufsrecht und einem diesbezüglichen Reformbedarf, sondern auch weiterhin intensiv mit dem Berufsethos befassen werden.

11. zu These 14 – Selbstverwaltung

Zum Abschluss meiner Ausführungen möchte ich noch kurz auf die Selbstverwaltung eingehen. Es sollte die ständige Aufgabe der Freien Berufe sein, über Funktion und Funktionalität der anwaltlichen Selbstverwaltung zu reflektieren. Eine unablässige

gründliche Bestandsaufnahme unserer Funktionen und Strukturen ist daher ständiges Erfordernis. Die Präsidenten aller 28 Rechtsanwaltskammern haben dementsprechend in einem ersten Schritt im Jahre 2008 einstimmig ein Thesenpapier zur Zukunft der anwaltlichen Selbstverwaltung beschlossen, das sowohl eine Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Aufgaben und Strukturen enthält als auch notwendige Verbesserungen aufzeigt. Dringender Reformbedarf ist beispielweise bei der Transparenz der anwaltlichen Selbstverwaltung gesehen worden. Die Entscheidungen in Beschwerdeverfahren erscheinen den betroffenen Bürgern nämlich oft mit Recht als nicht nachvollziehbar. Das schadet dem Ansehen der Anwaltschaft insgesamt, aber auch der Akzeptanz der Kammern in der Öffentlichkeit. Diesem Reformbedarf ist inzwischen weitestgehend Rechnung getragen worden. Die Informationsrechte der Beschwerdeführer sind in § 73 Abs. 3 BRAO deutlich erweitert worden und bei der BRAK ist auf ihr Betreiben hin die Schlichtungsstelle der Anwaltschaft eingerichtet worden, die neben der Schlichtung durch die regionalen Kammern Auseinandersetzungen zwischen Mandanten und Rechtsanwälten befrieden soll. Vorbild hierfür sind die allseits anerkannten Ombudsleute der Versicherungen und Banken. Das Argument, die Tätigkeit der Selbstverwaltung diene nur dem eigenen Berufsstand und stünde damit diametral gegen die Interessen der Verbraucher, dürfte damit ein weiteres Mal widerlegt sein. Es gibt mithin allen Grund, auf unser ausgewogenes Selbstverwaltungssystem – auch wenn es stets Verbesserungsbedarf gibt – stolz zu sein.

Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?

Rechtsanwalt Axel C. Filges, Hamburg/Berlin*

Am 24. September 2010 fand an der Humboldt-Universität zu Berlin unter der Leitung von Prof. Dr. Michael Kloepfer eine Tagung zum Thema „Gesetzgebungsoutsourcing – Gesetzgebung durch Rechtsanwälte?“ statt. Der nachfolgende Beitrag ist die erweiterte und überarbeitete Fassung des dort gehaltenen Vortrages und gibt ausschließlich die persönliche Auffassung von RA Axel C. Filges wieder.

1. Outsourcing: Allgemeines

Outsourcing ist die Verlagerung von Dienstleistungen oder Arbeitsprozessen aus dem eigenen Unternehmen auf außenstehende Dritte, weil diese – angeblich – die outgesourceten Arbeiten besser, schneller oder billiger vornehmen können. Man kann das eigene Unternehmen personell schlank halten oder zusätzlich verschlanken. Ist das Outsourcing erfolgreich, ist dies meist auch ein Zeichen dafür, dass die so an Dritte vergebenen Arbeiten nicht zwingend zur Kernkompetenz des Auslagerers gehören. Bisweilen kann dies unbeabsichtigte und ungewünschte Folgen haben. Die Patentanwälte hatten die Patentfristen- und Patentgebührenüberwachung stets als höchstpersönliche und ihnen vorbehaltene Aufgabe verteidigt. Wegen der hohen Formalisierung bei Fristen und regelmäßiger Entrich-

tung der Patentgebühren wurde die Patentgebührenüberwachung überwiegend EDV-gestützt durchgeführt. Als auch viele Patentanwälte die Patentfristen- und Patentgebührenüberwachung an eine von ihnen eigens für diese Zwecke gegründete Genossenschaft abgegeben hatten, die ebenfalls computergestützt arbeitete, war der Weg für die bekannte Masterpat-Entscheidung frei.¹ Damit hatten die Patentanwälte selbst zu erkennen gegeben, dass die Patentgebührenüberwachung keine ihnen alleine vorbehaltene geschützte Tätigkeit höherer Art sein kann und das BVerfG hat folglich in der Patentgebührenüberwachung auch keine substantielle Rechtsberatung gesehen, die Patent- oder Rechtsanwälten vorbehalten sei. Auch im Anwaltsbereich gewinnt das sog. Legal Process Outsourcing (LPO) zunehmend an Bedeutung.² Dabei werden umfangreiche Beratungsleistungen, etwa bei M & A-Beratungen, in verschiedene Arbeitsschritte zerlegt und daraufhin überprüft, ob man für jeden Arbeitsschritt wirklich einen Anwalt oder zumindest einen hiesigen Anwalt braucht. Was nicht zwingend der Anwalt erledigen muss, kann dann an Dritte, etwa Diplom-Wirtschaftsjuristen von Fachhochschulen, zur Bearbeitung übergeben werden. Das Legal Process Outsourcing hat im Common Law-Bereich naturgemäß größere Bedeutung, weil dort auf Common Law-Juristen aus englischsprachigen Billiglohnländern wie Indien zurückgegriffen werden kann. Für das

* Axel C. Filges ist Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer. Der Abdruck des Beitrages erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Instituts für Gesetzgebung und Verfassung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 BVerfGE 97, 12.

2 Vgl. JUVE Rechtsmarkt, Heft 5/2010, S. 49 ff.

Filges, Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?

deutsche Recht bietet sich ein solches LPO mangels ausländischer Alternativen weniger an und dürfte ohne den Preis eines Qualitätsverlustes nicht zu haben sein.

2. Gesetzgebungsoutsourcing: Abgrenzung zur Interessenvertretung und zu Sachverständigen

Was aber ist überhaupt Gesetzgebungsoutsourcing? Vielleicht hilft hier erst einmal eine negative Abgrenzung zu der Frage, was **nicht** Gesetzgebungsoutsourcing ist.

a) Abgrenzung zur Interessenvertretung

Kein Gesetzgebungsoutsourcing liegt vor, wenn interessierte Verbände oder Privatpersonen auf einen aus einem Ministerium stammenden Gesetzgebungsvorschlag mit Stellungnahmen reagieren und die Anregungen aus diesen Stellungnahmen in den späteren Gesetzentwurf einfließen. Hier handelt es sich um Lobbyarbeit, aber nicht um Gesetzgebungsoutsourcing, weil die Gesetzentwürfe nach wie vor im Ministerium erstellt werden und lediglich Einzelkritik Betroffener berücksichtigt – oder eben auch nicht berücksichtigt – wird. Das ist ein ganz normaler und seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland üblicher Prozess und jedenfalls heute unproblematisch, da der Versuch der Einflussnahme sowohl auf den Internetseiten der Gesetzgebungsorgane als auch auf den Internetseiten der Interessenverbände – schon aus Gründen der internen Rechtfertigung der Arbeit – veröffentlicht wird. Jedermann kann also in der Regel nachlesen, welcher Verband welche Interessen durchzusetzen versucht hat.

b) Abgrenzung zur sachverständigen Beratung

Sachverständige Beratung hat bei der Arbeit aller staatlichen Gewalten besondere Bedeutung. Sie ist Ausweis des Anspruchs auf sachliche Richtigkeit und der Sachangemessenheit staatlicher Entscheidungen. Der Vorgang der Auswahl der Sachverständigen und der Wertung und Gewichtung ihrer Argumente verbleibt ebenso bei der staatlichen Stelle wie die eigentliche Entscheidung durch sie. Der Sachverständige zeichnet sich durch Sachkunde, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit aus. Das grenzt ihn auf der einen Seite von Betroffenen ab und auf der anderen Seite vom Interessenvertreter. So weit das Idealbild. In der Praxis lässt sich die Trennung von Sachverständigen, Interessenvertretern und Betroffenen jedoch kaum durchhalten. Während der von einer Regelung Betroffene nicht notwendig besondere sachverständige Nähe zum Regelungsgegenstand haben muss, verfügt der Interessenvertreter regelmäßig über einen qualifizierten Überblick über die Materie und kann, muss aber nicht unmittelbar von ihr betroffen sein.³ Der Interessenvertreter kann auch derjenige sein, der den meisten Sachverstand aufweist, also sachverständiger Interessenvertreter ist. Auch wenn die Grenzen zwischen diesen Personen fließend sind, ist allen doch gemeinsam, dass sie lediglich an der Entscheidungsvorbereitung für einen bereits vorhandenen Gesetzentwurf teilnehmen, nicht aber an der Entscheidungsfindung selbst. Freilich sind auch hier die Grenzen zwischen einer entscheidungsunabhängigen, einer entscheidungspräformierenden und einer faktisch entscheidungersetzenden Beratung fließend. Aber sachverständige Beratung setzt gleichwohl in der Regel einen bereits durch politischen Gestaltungswillen geschaffenen Ministeriumsentwurf voraus, sieht man einmal von der Vorfeldberatung ab, ob ein Regelungsbedarf besteht.

3. Gesetzgebungsoutsourcing: Begriffserklärung

Anders ist dies beim Gesetzgebungsoutsourcing. Hier findet kein sachverständiger Diskurs mit dem Ministerium über die Sachangemessenheit eines Hausentwurfes statt. Vielmehr wird die Erstellung eines Ministeriumsentwurfes aus der Hand gegeben und auf Dritte oder eine Anwaltskanzlei delegiert. In der Vergangenheit wurde dieser Delegationsakt erst dann publik, als der fertige Entwurf bereits vorlag. Das schürte Misstrauen, ob der Auftrag mit einem politischen Gestaltungswillen versehen war, also neben dem Regelungsgegenstand insbesondere auch das Regelungsziel und die Regelungsinhalte hinreichend bestimmte oder ob der Anwaltskanzlei ein Blankoauftrag nach dem Motto „denkt euch mal was aus“ erteilt wurde. Nur um dieses punktuelle Gesetzgebungsoutsourcing geht es hier, also um die im Einzelfall vorgenommene Vergabe von Gesetzgebungsentwürfen an externe Dritte. Nicht zum Gesetzgebungsoutsourcing zählt die Beschäftigung externer Berater im Ministerium selbst. Die vorübergehende Beschäftigung externer Berater im Ministerium zwecks Mithilfe an der Gesetzgebung wirft zwar ähnliche Probleme auf, unterscheidet sich aber deutlich von der Komplettauslagerung ministerieller Tätigkeit auf externe Dritte. Nicht ganz ernst gemeint scheint mir der Vorschlag für eine privatisierte Gesetzesfabrikation zu sein, wonach das Ministerium die Gesetzesideen ausschreibt und im wettbewerblichen Markt der externen Gesetzesschreiber in Auktionen der Beste den Zuschlag erhält.⁴ Die Vision, staatliche Administration durch private Unternehmen ersetzen zu können, hat seit der Finanz- und Wirtschaftskrise jegliche Überzeugungskraft eingebüßt. Und wer Visionen hat, soll bekanntlich nach Altbundeskanzler Schmidt lieber zum Arzt als in die Politik gehen.

Die Bedenken gegen ein Gesetzgebungsoutsourcing hat *Battis* in der öffentlichen Anhörung des Bundestagsinnenausschusses am 15. Juni 2009 folgendermaßen beschrieben:

„Die großen Anwaltskanzleien machen die Gesetze, dann kommen sie als Sachverständige und hinterher verdienen sie an den Gesetzen, die sie gemacht haben, bei der Beratung der Interessenten, die von diesen Richtlinien und Verordnungen profitieren.“⁵

Diese Aussage tätigte *Battis* allerdings nur im Hinblick auf die Gesetzgebung der Europäischen Kommission in Brüssel, da damals nur die Beteiligung externer Berater an Ministeriumsentwürfen durch interne Beschäftigung zur Diskussion stand. Dass nicht nur externe Berater an der Vorbereitung ministeriumsinterner Entwürfe beteiligt sein würden, sondern die Gesetzesvorbereitung gänzlich auf externe Dritte ausgelagert werden könnte, war damals noch nicht bekannt.

4. Gründe für Gesetzgebungsoutsourcing

Die Fachministerien sind aufgrund der Komplexität der Regelungsmaterie nicht mehr in der Lage, mit ihren eigenen personellen Ressourcen in angemessener Zeit auf neu auftauchende Probleme zu reagieren. Der Grund hierfür liegt nicht in dem verbreiteten Vorurteil, den Beamten fehle es an der nötigen Motivation. Die etwa im Bundesministerium der Justiz tätigen Beamten sind hoch qualifiziert und hoch motiviert und entsprechen nicht dem gängigen Klischee, Beamte würden Dienst nach Vorschrift machen. Aber die Personalausstattung des BMJ ist mit 513 Beschäftigten im Jahre 2009⁶, davon etwa 100 Juristen, derart knapp, dass hoch komplexe Regelungsmaterien ein-

³ Krüper, JZ 2010, 655, 658.

⁴ Rainer Hank, FAS v. 16.8.2009, S. 34; zitiert nach *Battis*, ZRP 2009, 201.

⁵ Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Innenausschuss, Wortprotokoll Nr. 16/99 über die öffentliche Anhörung am 15. Juni 2009, S. 34/35.

⁶ Vgl. die Mitarbeiterangaben in BT-Drucks. 16/14133, S. 10.

fach nicht vom vorhandenen Mitarbeiterstab bewältigt werden können.

Im Sommer 2009 war die Zusammenarbeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit der Großkanzlei Linklaters beim Gesetz zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes in der öffentlichen Diskussion. Die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen offenbart das Dilemma:

„Das BMWi hat sich durch eine Rechtsanwaltskanzlei beraten lassen, weil aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt im Einzelnen nicht absehbaren Entwicklung der Finanzkrise aus Sicht des BMWi dringender Handlungsbedarf bestand und für die komplexen, vielfältigen rechtlichen Fragestellungen innerhalb des BMWi – neben den übrigen zusätzlichen Aufgaben aufgrund der Wirtschaftskrise – kurzfristig keine ausreichenden personellen Ressourcen mit praktischen Kenntnissen und Erfahrungen bei der Sanierung von Banken zur Verfügung standen. Angesichts der hohen Dringlichkeit einer zeitnahen Sanierung der HRE musste das Restrukturierungsmodell sehr schnell in einen Gesetzentwurf umgesetzt werden. Ziel war es, möglichst noch eine gesetzliche, transaktionssichere Alternative zur Entengungslösung im Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz aus der Sicht des BMWi ergänzend zur Verfügung zu stellen.“⁷

Der naheliegende Einwand, die Ministerien könnten doch ihren Personalbedarf entsprechend anpassen, klingt plausibel, offenbart aber ein weiteres Dilemma: Will man den Mitarbeiterstab allein für Belastungsspitzen aufstocken und Personal vorhalten, für das es in der übrigen Zeit möglicherweise keine Verwendung gibt? Auch dies wird in der Antwort der Bundesregierung auf die spätere allgemein zur Mitarbeit Privater gerichtete Anfrage der Linken anschaulich beschrieben:

„Wenn allerdings spezielle Fachkenntnisse und/oder besondere praktische Erfahrungen in einem bestimmten Aufgabenbereich benötigt werden, die nicht zu den Daueraufgaben gehören, führt eine Personalverstärkung nicht zum Ziel. In diesen seltenen Ausnahmefällen ist es wirtschaftlicher, punktuell zusätzlich externe Fachkenntnisse hinzuzuziehen, als hierfür dauerhaft Personal vorzuhalten.“⁸

Andererseits darf man das Thema „Gesetzgebungsoutsourcing“ aber auch nicht unnötig dramatisieren. Im Zeitraum von 1990 bis 2009 sind 61 Gesetze erlassen worden, an denen externe Berater mitgewirkt haben. Allein 36 davon stammen aus dem Umweltministerium, zehn weitere aus dem Verbraucherschutzministerium.⁹ Aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundesinnenministeriums sind in 19 Jahren fünf Gesetze erlassen worden, an denen externe Berater mitgewirkt haben. Im Bereich des BMJ ist kein einziges Gesetz unter Mitwirkung externer Berater erlassen worden.

Auch die aufgewendeten Beraterhonorare nehmen sich bescheiden aus. Spitzenreiter ist das Bundesumweltministerium mit ca. 3,635 Millionen Euro an Beraterhonoraren – verteilt über 19 Jahre. Danach folgt das Verbraucherschutzministerium mit ca. 2,14 Millionen Euro – ebenfalls verteilt über 19 Jahre. Das Bundesinnenministerium hat von 2005 bis 2009 insgesamt 485.000 Euro an externen Beraterhonoraren aufgewandt.¹⁰ Unschön ist allerdings, dass sowohl BMF als auch BMWi für die Jahre von 2004 bis 2009 die von ihnen gezahlten externen Beraterhonorare geschwärzt haben und deshalb keine für die Öffentlichkeit zugängliche Gesamtaufstellung gemacht werden

konnte. Die gezahlten Honorare wurden als VS-vertraulich eingestuft und sind nur Bundestagsabgeordneten zur Einsichtnahme in der Geheimschutzstelle des Deutschen Bundestages zugänglich.¹¹

5. Probleme des Gesetzgebungsoutsourcing

„Verhandelt wird, was auf dem Tisch liegt“ – so salopp wie zutreffend hat Krüper¹² die Relevanz der Delegation von Entwurfsarbeiten beschrieben. Wer einen Entwurf erarbeitet, bestimmt damit faktisch den Rahmen der sich anschließenden Entscheidungsfindung. Die Diskussion dreht sich um den Entwurf. Wozu der Entwurf schweigt, droht in Vergessenheit zu geraten, wenn nicht das Verschwiegene gerade im Fokus einer Interessengruppe steht. Ein überzeugend daherkommender Entwurf führt leicht dazu, dass vorschnell nur noch über Formulierungsdetails gestritten wird und taugliche Alternativen aus dem Blickfeld geraten. Die Federführung bei einem Entwurf kann daher schnell zur Machtfrage werden. Wer schreibt, der bleibt.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist die Delegation von Gesetzesvorlagen auf Dritte und Private heikel, weil Artikel 76 Abs. 1 GG kein Initiativrecht Privater kennt, sondern nur Initiativrechte der Bundesregierung und der Parlamente sowie des Bundesrates. Das Initiativrecht der Regierung ist Ausfluss funktionaler Gewaltenteilung. Der Vorsprung und die Konzentration fachlichen Wissens einer Ministerialverwaltung, ihre schnellere Aktionsfähigkeit im Vergleich zum Parlament und ihre Fähigkeit, mit Privaten, Vereinen und Verbänden zu kommunizieren und zu kooperieren, legitimieren ihr Initiativrecht. Das Initiativrecht umfasst das Recht zur Entschließung darüber, ob ein Gesetzentwurf ins Parlament eingebracht werden soll sowie die Entscheidung, mit welchem Inhalt ein Gesetz eingebracht werden soll. Nach Artikel 33 Abs. 4 GG ist überdies die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (Funktionsvorbehalt für Beamte), so dass die Delegation von Gesetzesvorlagen weg von der Ministerialbürokratie hin zu Privaten auch an dieser Stelle Probleme aufwirft.

Damit ist aber nicht gesagt, dass Gesetzgebungsoutsourcing unzulässig wäre. Das Initiativrecht der Regierung in Artikel 76 Abs. 1 GG setzt das Vorhandensein einer Gesetzesinitiative voraus, regelt aber nicht das Zustandekommen eines Gesetzentwurfes im Binnenraum der Regierung. Nur dieses innere Gesetzgebungsverfahren wird durch das Outsourcing tangiert. Ob es damit auch zugleich von allen verfassungsrechtlichen Bindungen befreit ist, erscheint zweifelhaft,¹³ kann aber hier offen bleiben. Denn auch wenn ein Ministerium sich Gesetzentwürfe von Anwaltskanzleien ausarbeiten lässt, übernimmt es die volle politische Verantwortung und bringt die Vorlage als eigene in das Kabinett ein, wo dann die Regierung insgesamt – also nicht nur das einbringende Ministerium – die Gesetzesvorlage verabschiedet, die dann als Gesetzesvorlage der Bundesregierung nach Artikel 76 Abs. 1 GG gilt.

Auch der Funktionsvorbehalt für Beamte steht einem Gesetzgebungsoutsourcing nicht zwingend entgegen, wie schon die Rechtsfigur des beliebigen Unternehmers zeigt. Mit dem Funktionsvorbehalt werden zuallererst Vollzugsaufgaben der Eingriffsverwaltung erfasst. Um solche handelt es sich bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen nicht. Andererseits wäre es widersprüchlich, wenn der grundrechtswesentliche Vollzug einer Rechtsnorm dem Funktionsvorbehalt unterfällt, nicht aber die

7 BT-Drucks. 16/13983, S. 2.

8 BT-Drucks. 16/14133, S. 5.

9 BT-Drucks. 16/14133, S. 6.

10 Vgl. die Honoraraufstellung BT-Drucks. 16/14133, S. 7.

11 BT-Drucks. 16/14133, S. 2.

12 JZ 2010, 655.

13 Vgl. Krüper, JZ 2010, 655, 657 m.w.N. in Fn. 38 und 39.

Filges, Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?

Erarbeitung von Rechtsnormen, die diesen Vollzug steuern. Vieles spricht dafür, auch diesen Gesetzesvorbereitenden Akt der Beamtenschaft mit ihrer Gemeinwohlbindung vorzubehalten, damit interessengeleitete Normensetzungsprozesse grundsätzlich vermieden werden. Auch das schließt aber die Auslagerung der Gesetzesvorbereitung auf private Dritte oder Anwaltskanzleien nicht aus, solange und soweit die Beamten des Ministeriums diese Vorlagen Dritter umfassend eigenständig überprüfen und der politischen Hausleitung als tauglichen Vorschlag empfehlen können. Die Einhaltung dieser Prüfpflicht ist freilich für Außenstehende nicht wirklich kontrollierbar und dürfte je mehr Misstrauen hervorrufen, desto weniger der spätere Regierungsentwurf vom Ursprungsentwurf der Anwaltskanzlei abweicht. Auch hier sollte man allerdings die Kirche im Dorf lassen. Ein handwerklich schlechter oder auf einseitige Interessendurchsetzung gerichteter Gesetzentwurf würde das Ministerium blamieren und die politische Hausleitung könnte es ihr Amt kosten. Schon aus diesem Grund hat die politisch verantwortliche Hausleitung ein ureigenes Interesse daran, dass die nachgeordneten Beamten den Fremdentwurf auf die Einhaltung der Zielvorgabe prüfen und diese Prüfungsschritte auch gegenüber der politischen Hausleitung dokumentieren und erläutern.

6. Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Anwälte?

Bevor über ein neues Berufsfeld für Anwälte gesprochen werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass auch nichtanwaltliche Beratungsfirmen einen erheblichen Teil der insgesamt ausgeschütteten Beratungshonorare erhalten haben. So hat ein Beraterunternehmen für angewandte Umweltforschung für die juristische und fachliche Unterstützung im Zusammenhang mit erneuerbaren Energien und dem Emissionshandelsrecht ein Beraterhonorar von insgesamt knapp über 1,8 Mio. Euro erhalten.¹⁴ Ein anderes hat für eine Beratung zum Umweltrecht ein Beraterhonorar von 660.000 Euro erhalten.¹⁵ Es sind also keineswegs nur Anwaltskanzleien, die am Gesetzgebungsoutsourcing bisher beteiligt waren. Inwieweit die nichtanwaltlichen Berater bei ihrer Beratungstätigkeit möglicherweise gegen das RDG verstoßen haben könnten, will ich hier außen vor lassen. Ich will damit nur Eines sagen: Gesetzgebungsoutsourcing ist keineswegs nur ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte, sondern auch ein neues Berufsfeld für andere Beratungsunternehmen, insbesondere im komplexen Umweltrecht mit seiner Verzahnung aus naturwissenschaftlichen Kenntnissen einerseits und entsprechenden Rechtskenntnissen andererseits.

Kommen wir zurück zur Ausgangsfrage: Ist Gesetzgebungsoutsourcing ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte? Diese Frage kann man schlicht bejahen, denn Rechtsanwälte werden nicht als Experten für Form- und Normfragen hinzugezogen, sondern weil sie die zu regelnde Materie beherrschen.¹⁶ Sie werden nicht hinzugezogen, weil sie die Gesetzgebungstechnik besser beherrschen würden als Ministerialbeamte, sondern weil sie aus langjähriger Befassung mit betroffenen Mandanten die materiellen Probleme der Rechtsmaterie besser kennen als es ein vom Schreibtisch – theoretisch – agierender Ministerialbeamter könnte. Gesetzgebungstechnik – also wie ein Rechtsbefehl technisch sauber formuliert wird – beherrschen die Mitarbeiter in Gesetzgebungsministerien in der Regel besser als Rechtsanwälte, da sie mit dieser Materie täglich vertraut sind. Die Defizite der Ministerialverwaltung liegen daher zumeist im materiellen Recht, weil die Ministerialbeamten nicht mit den konkreten Auswirkungen eines Gesetzes oder einer Gesetzes-

änderung befasst sind. Sie sind eher Theoretiker (oder waren mal in früheren Zeiten Richter) und kriegen Probleme allenfalls dann mit, wenn Betroffene konkrete Eingaben oder Petitionen an sie richten. Der Rechtsanwalt hingegen ist tagtäglich mit den konkreten Rechtsproblemen von Mandanten beschäftigt, die ein bestimmtes Gesetz hervorruft. Er ist daher auch in der Lage, die Probleme zu beschreiben und in eine gesetzgeberische Lösung zu überführen.

Nun gibt es solchen Sachverstand durchaus auch in anderen öffentlichen Behörden. Für das Gesetz zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes wäre sicherlich auch Sachverstand in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder bei der Bundesbank vorhanden. Die dort arbeitenden Beamten könnten aber einen Gesetzentwurf nicht ohne Vernachlässigung ihrer eigentlichen Aufgaben erarbeiten. Große Anwaltskanzleien haben hingegen langjährige Erfahrung mit der schnellen Zusammenstellung eines Beraterteams für kurzfristig übernommene und eilige Beratungsaufgaben. Sie sind äußerst flexibel und können auch andere Rechtsanwaltsgesellschaften zur Unterstützung heranziehen. Für große Anwaltskanzleien ist es tägliches Geschäft, umfassende und eilige Beratungsaufgaben durch Zusammenstellung eines Beraterteams rasch und effektiv zu erledigen.

In der öffentlichen Diskussion kommt jetzt meist der Einwand: Alles gut und schön, aber was ist mit den Interessenkonflikten? Arbeiten die Anwaltskanzleien wirklich im Gemeinwohlinteresse des Staates als neuem Mandanten oder versuchen sie nicht in Wahrheit die Interessen ihrer Stammmandanten aus Industrie und Wirtschaft durchzusetzen? Schließlich seien Anwälte doch einseitige Interessenvertreter ihrer Mandanten. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass auch das Ministerium, welches den Auftrag zur Erarbeitung eines Gesetzentwurfs vergibt, ein solcher Mandant ist, dem einseitige Interessenvertretung geschuldet ist. Zum anderen werden diese Anwaltskanzleien ja gerade wegen ihrer früheren Mandate und der dadurch erworbenen Expertise in der Regelungsmaterie beauftragt. Eine Interessenkollision, also eine Vertretung widerstreitender Interessen, liegt nicht vor, denn es fehlt an einem individuell-konkreten Interessenwiderstreit zweier Mandanten in derselben Rechtssache. Der rechtspolitische Auftrag steht selbst dann nicht in einem Konflikt zu einem anderen Beratungsmandat, wenn dieses die gleiche Regelungsmaterie zum Gegenstand hat. Der gesetzgebende Anwalt nimmt ein anderes Mandat wahr als der konventionell beratende Anwalt.

Natürlich besteht dennoch ein abstrakt-genereller Rollenkonflikt, auch wenn dieser keine Interessenkollision im Sinne des Berufsrechts darstellt. Bei der Erarbeitung eines Gesetzentwurfes kann und soll nicht das in früheren Mandaten derselben Regelungsmaterie erworbene Wissen ausgeblendet werden. Ebenso wenig lässt sich ausblenden, welche Interessen die früheren Mandanten hatten. Die Gefahr einer Abwägung der Interessen der dauerhaft beratenen Mandanten gegenüber den Interessen der zum konkreten Gesetzesvorhaben einmalig beratenen hoheitlichen Gewalt lässt sich nicht leugnen. Auch zukünftige private Mandatsverhältnisse können von der Zielrichtung des erarbeiteten Gesetzentwurfes und dem dabei erlangten Wissen profitieren.

Hier hilft aber größtmögliche Transparenz. Soweit die früheren privaten Mandate – deren dort erworbenes Wissen ja gerade Auslöser der Beauftragung durch den Staat war – nicht schon ohnehin durch Veröffentlichung¹⁷ bekannt sind, könnte eine Offenlegungspflicht für die früheren einschlägigen Mandatsbeziehungen erwogen werden. Da schon das Bestehen eines

¹⁴ BT-Drucks. 16/14133, S. 9.

¹⁵ BT-Drucks. 16/14133, S. 9.

¹⁶ Vgl. Battis, ZRP 2009, 201, 202.

¹⁷ Etwa in JUVE Rechtsmarkt.

Filges, Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?

Mandatsverhältnisses ein Geheimnis i.S.v. § 203 Abs. 1 StGB ist, bedürfte es hier einer gesetzlichen Offenbarungspflicht als Rechtfertigungsgrund. Vorzugswürdig erschiene allerdings die Offenlegung nur begrenzt gegenüber einem Parlamentsgremium, damit die letztentscheidenden Parlamentarier die Interessenkonfliktsituation einschätzen können. Meiner Auffassung nach würde es aber schon ausreichen, wenn die beauftragte Anwaltskanzlei ohne Nennung von Mandantennamen angeben müsste, wie viele Beratungs- und Prozessmandate aus der neu zu regelnden Rechtsmaterie sie in einem Zeitraum vor Auftragserteilung – beispielsweise fünf Jahre – bearbeitet hatte. Erhält eine Anwaltskanzlei beispielsweise den Auftrag, eine Novelle des Kreditwesengesetzes zu erarbeiten, müsste sie angeben, wie viele Mandate aus dem Bereich dieses Gesetzes sie in den letzten fünf Jahren vor Auftragserteilung bearbeitete. Zusätzlich erforderlich wären allenfalls noch Angaben dazu, ob die Unternehmen oder deren Kunden bzw. Arbeitgeber oder Arbeitnehmer die Mandanten waren, damit die Öffentlichkeit die Nähe zu bestimmt festgestellten Interessen überprüfen kann. Bei internationalen Großkanzleien kann man aber auch ohne diese Angabe im Beispielsfall des Kreditwesengesetzes davon ausgehen, dass sie keine Bankkunden vertreten haben.

Die Beauftragung von Anwaltskanzleien zur Gesetzesvorbereitung muss öffentlich gemacht werden; Geheimnistuerei ist hier fehl am Platz. Dabei sind auch der Gegenstand und der Umfang des ministeriellen Auftrages anzugeben, damit die fachinteressierte Öffentlichkeit kritisch überprüfen kann, ob die politischen Vorgaben eingehalten wurden oder ob nicht doch an einigen entscheidenden Stellen die Weichen anders gestellt wurden. Damit ist zugleich auch gesagt, dass die politische Zielvorgabe eines Regelungsentwurfes zwingend aus der Politik, also hier aus dem Ministerium kommen muss. Die Anwaltskanzleien werden als Sachverständige mit einem bestimmten Auftrag herangezogen. Sie können und dürfen deshalb nicht den politischen Gestaltungswillen selbst ausüben. Nur bei einer politischen Zielvorgabe kann das Ministerium den Fremdentwurf daraufhin überprüfen, ob diese eingehalten wurde. Nur dann ist es auch möglich, dass sich das Ministerium – und später die Bundesregierung – den Entwurf zu Eigen machen können. Ein solcher Akt inhaltlicher Aneignung ist erforderlich, weil Ministerien und Bundesregierung sich ihrer Gesamtverantwortung nicht entziehen können und dürfen.

Verschiedentlich wird vorgeschlagen, dass spätestens im Parlament auch eine Begründung für die Gesetzesdelegation vorzulegen sei.¹⁸ Das erscheint nicht erforderlich. Für die gebotene Transparenz brächte das wenig. Eine Begründung könnte allenfalls offenbaren, dass es dem Ministerium an Personal und Kompetenz fehlt. Das mag für künftige Haushaltsberatungen wichtig sein, sagt aber nichts über die Sachangemessenheit des konkret vorgelegten Gesetzentwurfes aus. Für das Transparenzgebot ist es unerheblich, aus welchen Gründen das Ministerium selbst nicht in der Lage war, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten.

Heikel ist allerdings die weitere Frage, ob das Transparenzgebot auch die Offenlegung vereinbarter Honorare oder zumindest die nachträgliche Offenlegung gezahlter Honorare verlangt. Ich erwähnte bereits eingangs, dass die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linken¹⁹ eine Auflistung der 20 externen Berater enthält. Bei 15 davon sind die Honorare angegeben, bei fünf dagegen nicht – darunter vier Anwaltskanzleien.

Die für diese Geheimschutzeinstufung gegebene Begründung ist allerdings anfechtbar. So heißt es in BT-Drucks. 16/14133, S. 3:

„Die für einen Auftragnehmer (das sind die Berater gleich welcher Profession) anfallenden und abzurechnenden Vertragsentgelte zählen zu dessen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen i.S.d. § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB.“

„Die betreffenden Informationen sind nur einem sehr beschränkten Personenkreis bekannt und werden auch nach dem Willen der innerhalb eines Unternehmens Informierten nicht publiziert. Denn diese Vertragsentgelte dokumentieren den Umfang der mit bestimmten Vertragspartnern in bestimmten Geschäftsfeldern in einem erkennbaren Zeitraum erzielten Umsätze und beruhen im Gesamtergebnis die im Detail auf den ebenfalls vertraulichen einzelvertraglichen Vereinbarungen. Für diejenigen, die über Kenntnisse der Branchenüblichkeiten verfügen, lassen sie ferner Rückschlüsse auf den Umfang der abgerechneten Leistungen zu. Der Gesetzgeber selbst hat die unbefugte Offenbarung eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses mit § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB für Amtsträger unter Strafe gestellt.

Die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterliegt dem Schutz des Art. 12. Abs. 1 GG, den die Bundesregierung auch bei der Beantwortung parlamentarischer Fragen zu beachten hat. Die uneingeschränkte Beantwortung der Anfrage auch hinsichtlich der geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse würde den Grundrechtsschutz der Betroffenen vollständig aushöhlen. Denn der Allgemeinheit wäre das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zugänglich, es hätte seine Eigenschaft als Geheimnis verloren.

Eine Weitergabe der Information darf daher nur dann erfolgen, wenn das Geheimhaltungsinteresse der privaten Auftragnehmer wirksam geschützt ist. Da den Beratern durch das Bekanntwerden ein Nachteil entstehen könnte und die Auftragnehmer auf die Wahrung der Vertraulichkeit vertrauen können müssen, sind die Anlagen als VS-vertraulich eingestuft worden.“

Mit dieser etwas gestelzten Begründung erklärt die Bundesregierung das Beraterhonorar zum Betriebs- und Geschäftsgeheimnis, welches die dortigen Amtsträger nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht ohne strafrechtliche Folgen verraten dürften. Da 15 andere Berater, darunter auch Anwaltskanzleien, jeweils mit ihrem Gesamtvolumen des Beratungshonorars veröffentlicht wurden, also keine Einwände hatten, wird deutlich, dass fünf Berater ihr eigenes Gesamthonorar nicht veröffentlicht sehen wollten. Das bezahlte Honorar ist zunächst einmal ein Geheimnis, da es nur wenigen Personen zunächst bekannt ist. Auch der Geheimhaltungswille liegt jedenfalls auf Seiten der fünf Berater vor. Zweifeln könnte man schon eher am objektiven Geheimhaltungsinteresse, denn es wird nur das Gesamtvolumen der Beraterhonorare mitgeteilt. Da angesichts der sehr allgemein gehaltenen Umschreibung der Beratungsgegenstände ein etwa dafür erforderlicher Arbeitsaufwand für Außenstehende nicht ermittelbar ist, lässt die Angabe des Gesamtberaterhonorars keinerlei Rückschlüsse auf abrechenbare Stunden und die Höhe von Stundenhonoraren zu. Es lässt sich nicht einmal erkennen, ob überhaupt Stundenhonorare gewählt wurden oder ob es sich um Pauschalvergütungen handelt. Es trifft daher nicht zu, dass Kenner der Branche Rückschlüsse auf den Umfang der abgerechneten Leistungen ziehen könnten, wie es die Antwort der Bundesregierung annimmt. Angesichts dessen bedürfte die Frage nach dem objektiven Geheimhaltungsinteresse einer näheren, hier nicht zu leistenden Untersuchung. Schließlich findet sich jedenfalls der Jahresumsatz großer Anwaltskanzleien regelmäßig in JUVE Rechtsmarkt wieder, der allerdings noch weniger Rückschlüsse auf geleistete Arbeitsstunden und Honorarsätze zulässt. Das BVerfG hat auch bei Abgeordneten die Pflicht zur Angabe der Einkünfte aus anwaltlicher Nebentätigkeit gebilligt, auch wenn diese Entscheidung nur mit

¹⁸ Krüper, JZ 2010, 655, 661.

¹⁹ BT-Drucks. 16/14133.

Eggert, Meinungsbild der Anwaltschaft zur Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft

vier zu vier Stimmen ergangen ist, also knapp am Verfassungswidrigkeitsverdict vorbeigeschrammt ist.²⁰

Auch wenn der Geheimhaltungswunsch bei Einkünften dennoch verständlich bleibt, stellt sich bei legislativem Handeln –

und sei es auch nur im Vorbereitungsbereich – die Frage, ob das Transparenzgebot nicht dazu führen sollte, die Beauftragung externer Dritter von ihrem Einverständnis zur Publikation des Gesamthonorars abhängig zu machen. Verschwiegene finanzielle Vorteile führen im politischen wie rechtspolitischen Raum immer wieder zu Misstrauen in die Objektivität und Unabhängigkeit der Bedachten, mögen die Mutmaßungen auch noch so unberechtigt sein.

20 BVerfGE 118, 277.

Meinungsbild der Anwaltschaft zur Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft – erste Ergebnisse der STAR-Untersuchung 2010

Kerstin Eggert, Institut für Freie Berufe, Nürnberg*

Seit 1993 führt das Institut für Freie Berufe (IFB) im Auftrag der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) regelmäßig eine schriftliche Befragung zur beruflichen und wirtschaftlichen Situation der Anwaltschaft durch. Die so genannte STAR-Erhebung (STAR = Statistisches Berichtssystem für Rechtsanwälte) wurde auch im Jahr 2010 realisiert.¹ Neben Standardfragen zur beruflichen und wirtschaftlichen Situation der Anwaltschaft (Umsatz, Kosten, Gewinn, Beschäftigte, Gehälter, Honorare etc.) war aus aktuellem Anlass – die unabhängige Schlichterin, Frau Dr. Renate Jaeger, zurzeit noch Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), wird im Januar 2011 ihre Tätigkeit aufnehmen – von Interesse, das Meinungsbild des Berufsstandes zu der bei der BRAK neu errichteten, unabhängigen Schlichtungsstelle der Anwaltschaft zu erschließen. Über die ersten Ergebnisse hierzu² wird im Rahmen dieses Beitrages berichtet.

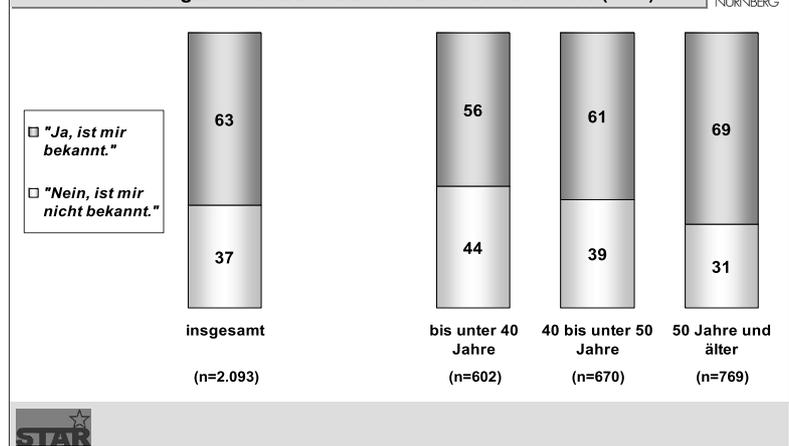
Die Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft bei der BRAK

Die Einrichtung der Schlichtungsstelle geht auf eine Initiative der BRAK zurück und ist im „Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht“ verankert worden. Aufgabe der Schlichtungsstelle ist es, in Auseinandersetzungen zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten über Honoraransprüche oder Schadensersatzansprüche wegen vermutterter Beratungsfehler zu vermitteln. Sie wird damit die bereits von allen 28 regionalen

Anwaltskammern angebotenen Schlichtungsmöglichkeiten ergänzen.

Vor der Schlichtungsstelle können lediglich Forderungen bis zu einer maximalen Höhe von 15.000 Euro verhandelt werden. Der jeweilige Vermittlungsvorschlag ist für beide Seiten nicht verbindlich; bleibt ein Schlichtungsverfahren erfolglos, haben die Beteiligten immer noch das Recht, die Gerichte anzurufen. Zudem ist kein Rechtsanwalt verpflichtet, sich an dem Schlichtungsverfahren zu beteiligen, das ausschließlich auf schriftli-

Abb. 1: „Ist Ihnen bekannt, dass bei der Bundesrechtsanwaltskammer derzeit die „Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft“ eingerichtet wird (§ 191 f BRAO)?“, insgesamt sowie nach Alter der befragten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (in %)



* Frau Eggert ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Freie Berufe an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

1 Im Jahr 2010 wurden hierfür rund 12.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte aus den Kammern Berlin, Celle, Frankfurt, Koblenz, Mecklenburg-Vorpommern, Nürnberg, Sachsen und Schleswig-Holstein mit den STAR-Erhebungsunterlagen angeschrieben.

2 Obwohl bislang mehr als 3.500 ausgefüllte Fragebögen beim IFB eingegangen sind, konnten aufgrund zeitlicher Differenzen, die zwischen den üblichen Auswertungen für den STAR-Bericht und der Auswertung zur Schlichtungsstelle bestehen, 2.100 Fragebögen in die Analyse zur Schlichtungsstelle miteinbezogen werden. Die Rücklaufquote für diese erste Vorab-Auswertung beträgt demnach rund 18 % und ist damit immer noch zufriedenstellend. Allen Anwältinnen und Anwälten, die an der Befragung teilgenommen haben, sei an dieser Stelle recht herzlich für ihre Mithilfe gedankt.

chem Wege erfolgt. Die Schlichtungsstelle der BRAK kann zudem nicht mehr angerufen werden, wenn bereits von einer Regionalkammer ein Vermittlungs- oder Schlichtungsverfahren durchgeführt wird oder wurde.

Ergebnisse der STAR-Befragung

Bekanntheitsgrad der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft

Zum Zeitpunkt der STAR-Befragung war rund zwei Dritteln der befragten Anwältinnen und Anwälte bekannt, dass bei der BRAK die Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft eingerich-