

MAXIMILIAN GERHOLD

Anwaltliche
Berufsausübung
im Dienste des Rechtsstaats

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

92

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

92



Maximilian Gerhold

Anwaltliche Berufsausübung im Dienste des Rechtsstaats

Eine grundrechtsdogmatische
deutsch-französische Studie

Mohr Siebeck

Maximilian Gerhold, geboren 1996; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau und der Université Toulouse Capitole; 2017 Licence en droit; 2020 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht in Passau; Forschungsaufenthalte am Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC) der Université Toulouse Capitole; 2022 Promotion; Rechtsreferendariat am Landgericht Stuttgart.

Die Publikation wurde durch die Universität Passau finanziell unterstützt.

ISBN 978-3-16-162295-3 / eISBN 978-3-16-162296-0

DOI 10.1628/978-3-16-162296-0

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Das Bedürfnis des rechtsuchenden Publicums muß an erster Stelle über die Gestaltung der Rechtsanwaltschaft entscheiden.

Rudolf [v.] Gneist, Freie Advocatur – Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen, Berlin 1867, S. 58.

Car il faut avoir le courage de le dire où la défense n'est pas libre, il n'y plus, en vérité, de défense. Et à quoi bon, dès lors, des avocats?

*Robert Badinter, L'avocat bâillonné,
Le Monde v. 15.1.1981.*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau und der École doctorale Droit et Science politique der Université Toulouse Capitole als Dissertation/thèse angenommen. Sie entstand an beiden Universitäten im cotutelle-Verfahren. Gesetzesänderungen und Rechtsprechung sind bis Ende August eingepflegt. Vereinzelt konnten auch spätere Entwicklungen noch berücksichtigt werden. Die Disputation fand am 10.10.2022 an der Universität Passau statt.

Prof. Dr. Kai v. Lewinski hat nicht nur die vorliegende Doktorarbeit betreut und stand für Diskussionen jederzeit zur Verfügung, sondern war über acht Jahre ein vertrauensvoller Lehrer, Chef und Mentor für mich, auf dessen Unterstützung und Ermutigung ich bei allen Projekten stets bauen konnte. Dass ich ab Ende des ersten Semesters als Hilfskraft an seinem Lehrstuhl arbeiten durfte, war eine für mich glückliche Weichenstellung meines Ausbildungsweges. Es waren für mich sehr prägende Jahre der Arbeit für und mit ihm, auf die ich voller Dankbarkeit für seine Förderung zurückschaue.

La Professeure Aurore Gaillet m'a accompagné également depuis le début de mes études. Sa perspective franco-allemande sur le droit public a suscité en moi de la curiosité scientifique, déjà en tant que jeune étudiant dans le cadre du double-diplôme Passau-Toulouse, ainsi que plus tard pendant mon doctorat. Sa rigueur méthodologique et ses appréciations parfois sévères ont énormément contribué à la qualité de mon travail et n'ont jamais fait obstacle à une atmosphère bienveillante, chaleureuse d'encouragement et d'écoute. Je dois beaucoup à ma „mère de thèse“ française.

Die Jury bestand zudem aus den externen Gutachtern Prof. Dr. Martin Henssler (Köln) und Prof. Dr. Armin Steinbach (HEC Paris). Für ihre Anregungen und die Diskussionen in ihren Gutachten wie in der Disputation bedanke ich mich herzlich. Ihr zeitliches Engagement ehrt mich.

Der Passauer Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht war mir über die Jahre ein wundervolles akademisches Zuhause. Viele inspirierende und freundliche Menschen habe ich dort kennen lernen dürfen. Herausgegriffen seien gleichwohl Katrin Biermeier und Dr. Tim Kerstges, mit denen ich das Büro teilte und die für eine Kaffeepause, aber oft auch als verfassungsrechtliche und berufsrechtliche Sparringspartner zur Verfügung standen. Hierfür danke ich beiden von Herzen.

Unter anderem mit Jytte Lauenstein (Greifswald), Clothilde Melin (Toulouse/Greifswald) und Dr. Thea Schlütermann (Münster/Toulouse) habe ich zuerst auf Zoom, später in Toulouse die Freuden und Frustrationen, die mit einer rechtsvergleichenden Arbeit einhergehen, zumal während einer Pandemie, geteilt. Ihre Anregungen und ihre Diskussionsbereitschaft bei der monatlichen Runde von Prof. Dr. Aurore Gaillet haben viel zum Gelingen der Arbeit und einer tollen Promotionszeit beigetragen. Danke und Merci!

Pour l'accueil chaleureux qu'on m'a offert lors de mes séjours de recherche, même en période de crise sanitaire, je remercie l'ensemble de l'équipe de Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC) de l'Université Toulouse Capitole.

Dem Deutsch-Französischen Doktorandenkolleg zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht danke ich sehr für die großzügige finanzielle Förderung meines Forschungsaufenthaltes in Toulouse. Außerdem habe ich sehr von der Möglichkeit profitiert, beim 16. Nachwuchsforschertreffen im Juni 2022 an der DUV Speyer Aspekte der Arbeit vor- und zur Diskussion zu stellen.

Die Deutsch-Französische Hochschule (DFH) hat im Januar 2023 die Arbeit mit ihrem Dissertationspreis „Prix des affaires“ ausgezeichnet, was mich sehr ehrt. Sie hat außerdem die Durchführung der Disputation unterstützt. Dem Verein der Freunde und Förderer der Rechtswissenschaften an der Universität Passau e. V. danke ich ebenfalls für die Verleihung seines Promotionspreises im Februar 2023.

Die Aufnahme meiner Dissertation in die Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V. hat mich sehr gefreut. Die Publikation wurde finanziell sehr großzügig gefördert durch die Ludwig Sievers Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe. Hierfür bin ich ihr sehr zu Dank verpflichtet. Ich habe auch der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für ihren großzügigen Druckkostenzuschuss zu danken, der die Drucklegung mitermöglicht hat. Den Einrichtungen der Universität Passau gilt mein Dank gleichermaßen für ihre Druckkostenzuschüsse: dem Graduiertenzentrum und der Universitätsbibliothek, deren finanzielle Zuwendung die Open-Access-Publikation ermöglichte.

Vollständig oder in Teilen haben die Arbeit gelesen Katrin Biermeier, Franziska Gehann, Karen Gerhold, Johanna Hahn und Dr. Tim Kerstges. Clothilde Melin wiederum hat sich um das französische Résumé große Verdienste erworben. Dr. Maximilian Hirschfeld hat die Entstehung der Arbeit mit vielen freundschaftlichen Gesprächen und Ratschlägen begleitet. Allen danke ich sehr herzlich für die investierte Mühe sowie Kritik und Lob.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Familie – meinen Eltern Karen und Thomas Gerhold, meinem Bruder Alexander sowie meiner Lebensgefährtin Franziska Gehann – in Liebe und Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXV |
| | |
| Einleitung | 1 |
| §1 <i>Herausarbeiten des Untersuchungsgegenstandes</i> | 3 |
| §2 <i>Kontext der Untersuchung</i> | 35 |
| §3 <i>Methodischer Rahmen</i> | 39 |
| §4 <i>Historische Grundlagen</i> | 46 |
| | |
| Kapitel 1: Der Rechtsanwalt, (k)ein Grundrechtsberechtigter wie jeder anderer | 65 |
| §1 <i>Ein „Bild des Rechtsanwalts“ und sein Gewinn für die Grundrechtsdogmatik</i> | 65 |
| §2 <i>Abriss über das einfachgesetzliche Berufsbild</i> | 67 |
| §3 <i>Rechtsanwalt und Richter – Kontrast oder Nähe?</i> | 101 |
| §4 <i>Ein Bild der Fremdnützigkeit anwaltlicher Berufsausübung im verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang</i> | 114 |
| | |
| Kapitel 2: Subjektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit: Deutsche Impulse für das französische Verfassungsrecht | 147 |
| §1 <i>Vorfrage nach der Ausdifferenzierung der Schutzbereiche</i> | 147 |
| §2 <i>Anwaltliche Berufsausübung: Wirtschaftliche Grundrechte</i> | 149 |
| §3 <i>Anwaltliche Berufsausübung: Kommunikationsgrundrechte</i> | 196 |
| | |
| Kapitel 3: Objektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit: Französische Impulse für das deutsche Verfassungsrecht | 213 |
| §1 <i>Frankreich: eine objektiv-rechtliche und funktionale Freiheit</i> | 213 |

| | |
|--|-----|
| § 2 <i>Deutschland: eine dienende, ausgestaltungsbedürftige Freiheit</i> | 337 |
| § 3 <i>Regulierung anwaltlicher Werbung als Anwendungsbeispiel</i> | 453 |
| | |
| Schluss: Kurze Bilanz und Perspektiven des Grundrechtsvergleichs . . . | 467 |
| § 1 <i>Rückblick auf das Ziel des Grundrechtsvergleichs</i> | 467 |
| § 2 <i>Bilanz für das deutsche Verfassungsrecht</i> | 471 |
| § 3 <i>Bilanz für das französische Verfassungsrecht</i> | 473 |
| | |
| Résumé français de la thèse | 475 |
| § 1 <i>Introduction</i> | 475 |
| § 2 <i>L'avocat – un titulaire de droits fondamentaux particuliers</i> | 480 |
| § 3 <i>Les droits subjectifs de l'avocat</i> | 493 |
| § 4 <i>La dimension objective de la liberté de l'avocat</i> | 499 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 511 |
| Sachverzeichnis | 547 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXV |
| | |
| Einleitung | 1 |
| § 1 <i>Herausarbeiten des Untersuchungsgegenstandes</i> | 3 |
| A. Rechtsanwalt und Avocat als Unterworfenen eines spezifischen Rechts | 3 |
| I. Definition und Abgrenzung | 4 |
| II. Quellenvielschichtigkeit des spezifischen Rechts des Rechtsanwalts ... | 7 |
| 1. Unions- und regionales Völkerrecht | 8 |
| 2. Nationales Verfassungsrecht | 9 |
| a) Grundgesetz | 9 |
| b) Constitution Française (im weiten Sinne) | 10 |
| 3. Berufsrecht und déontologie: Rechtsvergleichende Vorbemerkung zu Frankreich | 11 |
| a) Normativität der déontologie | 12 |
| b) Thematische Reichweite der déontologie | 13 |
| 4. Berufsrecht: Staatliches Recht | 14 |
| 5. Berufsrecht: Binnenrecht | 15 |
| a) Bastille-Entscheidungen | 15 |
| b) Einheitlichkeit der Bräuche in Frankreich | 17 |
| 6. Berufsethik | 19 |
| III. Ein spezifisches Recht für spezifische Aufgaben | 20 |
| 1. Rechtsanwalt und Avocat als Teil der rechtsprechenden Staatsfunktion | 20 |
| a) Rechtsprechung als Rechtskontrolle | 21 |
| b) Rechtsprechung als Dialog | 21 |
| c) Rechtsprechung als neutrales Verfahren | 23 |
| 2. Anteil des Rechtsanwalts und Avocats am Resultat der rechtsprechenden Staatsfunktion | 25 |
| a) Gesellschaftliche Befriedung | 25 |
| b) Fehlende Mitwirkung des Rechtsanwalts und Avocats | 27 |
| B. Rechtsanwalt und Avocat als Träger von Grundrechten | 28 |
| I. Der Begriff des Grundrechts bei einem deutsch-französischen Rechtsvergleich | 28 |

| | |
|---|--------|
| II. Konkrete Grundrechte des Rechtsanwalts und Avocat | 30 |
| III. Dienende Freiheit des Rechtsanwalts? | 32 |
| § 2 <i>Kontext der Untersuchung</i> | 35 |
| A. Das Thema im Kontext des Schrifttums | 35 |
| I. In Deutschland | 35 |
| II. In Frankreich | 36 |
| B. Das Thema im Kontext der Rechtsprechung | 38 |
| I. In Deutschland | 38 |
| II. In Frankreich | 38 |
| § 3 <i>Methodischer Rahmen</i> | 39 |
| § 4 <i>Historische Grundlagen</i> | 46 |
| A. „Le Palais, la Cité et le Royaume“ | 47 |
| I. Le Palais | 47 |
| 1. Les gens de justice | 48 |
| 2. Der Avocat als erster Richter der Parteien | 49 |
| II. La Cité | 50 |
| 1. L’avocat et l’argent | 50 |
| 2. L’avocat et la liberté | 51 |
| III. Le Royaume | 52 |
| 1. L’avocat et le roi | 52 |
| 2. L’avocat-roi | 53 |
| a) Selbstmord eines Standes | 53 |
| b) Machtentfaltung eines Standes | 55 |
| IV. Vergleichende Bemerkungen zur deutschen Anwalts-geschichte | 57 |
| 1. Bedarf an einer Anwaltschaft | 57 |
| 2. Bedarf an einer unabhängigen Anwaltschaft | 58 |
| B. Grundrechte im historischen Vergleich | 60 |
| I. Grundrechte und DDHC als konzeptioneller Gegensatz | 61 |
| II. Bindung des Gesetzgebers und Vorrang der Verfassung | 61 |
| III. Auftrag an den Gesetzgeber | 62 |
| Kapitel 1: Der Rechtsanwalt, (k)ein Grundrechtsberechtigter wie jeder anderer | 65 |
| § 1 <i>Ein „Bild des Rechtsanwalts“ und sein Gewinn für die Grundrechtsdogmatik</i> | 65 |
| § 2 <i>Abriss über das einfachgesetzliche Berufsbild</i> | 67 |
| A. Notwendige Freiheit | 67 |
| I. Freiberuflichkeit | 68 |
| II. Unabhängigkeit | 71 |
| 1. Unabhängigkeitsgewährleistungen | 72 |
| 2. Schutzrichtungen | 72 |

| | |
|--|-----|
| a) Staat | 72 |
| aa) Anwendungsbeispiel Strafverteidigung | 73 |
| (1) Délit d'audience und Sitzungspolizei | 73 |
| (2) Pflichtverteidigung | 75 |
| bb) Loyalitätspflicht gegenüber dem Staat und der Verfassung? . . . | 77 |
| (1) Pflicht zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung . . . | 77 |
| (2) Eid des Anwalts | 78 |
| b) Mandant | 81 |
| aa) Unabhängigkeit vom Mandanten | 81 |
| bb) Unabhängigkeit vom Mandat? | 83 |
| c) Gesellschaft | 84 |
| B. Notwendige Bindung | 85 |
| I. Organ der Rechtspflege | 85 |
| 1. Grundlagen | 85 |
| a) Terminologie | 85 |
| aa) Organ/auxiliaire | 85 |
| bb) Organ der Rechtspflege/auxiliaire de justice | 86 |
| b) Ursprung als Rechtsbegriff | 88 |
| aa) in Deutschland | 88 |
| bb) in Frankreich | 89 |
| 2. Bedeutung | 89 |
| a) Kein Eingriffstatbestand | 89 |
| aa) Verfassungsrechtlicher Schutzschirm in der Judikatur des BVerfG | 90 |
| bb) Beschränkungen aufgrund des reglementierten Charakters der Profession | 91 |
| b) Eine Rollenbeschreibung | 91 |
| aa) Organ „zur“ Rechtspflege | 92 |
| (1) Funktionales Organverständnis | 92 |
| (2) Ergebnis einfachrechtlicher Vorrechte des Rechtsanwalts | 92 |
| bb) Gehilfe des service public de la justice | 94 |
| II. Interessenvertreter | 95 |
| 1. Grundgedanke des deutschen Berufsrechts | 96 |
| 2. Französische Unsicherheiten über die Vertretung | 97 |
| a) Vertragsrecht | 98 |
| aa) Ablehnung tradierter Perspektiven | 98 |
| bb) Mandat als umstrittenes Verhältnis | 99 |
| b) Berufsrecht | 100 |
| § 3 <i>Rechtsanwalt und Richter – Kontrast oder Nähe?</i> | 101 |
| A. Verfassungsrechtliche Verbürgung | 103 |
| B. Unabhängigkeitsverbürgungen | 104 |
| I. Sachliche Unabhängigkeit | 104 |
| II. Persönliche Unabhängigkeit | 105 |
| III. Institutionelle Unabhängigkeit | 106 |

| | | |
|------|---|-----|
| C. | Schutzrichtungen der Garantie | 107 |
| I. | Staatsunabhängigkeit | 107 |
| II. | Parteiunabhängigkeit | 108 |
| III. | Gesellschaftsunabhängigkeit | 109 |
| D. | Grundrecht oder Funktionsprivileg? | 111 |
| I. | Verfassungsrechtliche Entscheidung für ein Funktionsprivileg | 111 |
| II. | Parallele zwischen richterlicher und anwaltlicher Unabhängigkeit | 112 |
| § 4 | <i>Ein Bild der Fremdnützigkeit anwaltlicher Berufsausübung im verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang</i> | 114 |
| A. | Rechtsstaatsprinzip als Fundamentalentscheidung | 114 |
| I. | Rechtsvergleichende Vorbemerkung zum Rechtsstaat/État de droit | 115 |
| II. | Zielkonflikt innerhalb des Rechtsstaatsprinzips | 116 |
| 1. | Scheinbares Primat der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ... | 116 |
| 2. | Materieller grundrechtsorientierter Rechtsstaatsbegriff | 117 |
| III. | Auflösung mithilfe der anwaltlichen Mitwirkung | 118 |
| B. | Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zugang zu Gericht | 119 |
| I. | Rechtzeitiger Rechtsschutz mit Rechtsanwalt | 120 |
| II. | Qualitativer Rechtsschutz mit Rechtsanwalt | 121 |
| III. | Ökonomischer Zugang zum Rechtsschutz mit Rechtsanwalt | 122 |
| C. | Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Verfahren vor Gericht | 123 |
| I. | Bedeutung der Verteidigungsrechte in Frankreich | 124 |
| 1. | Ein weites prozessuales Grundrecht | 124 |
| 2. | Sicherung durch anwaltlichen Beistand | 125 |
| a) | Frühe Weichenstellung beim Conseil d'État | 126 |
| b) | Zumeist Sternstunden der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in Frankreich | 127 |
| 3. | Recht auf ein <i>faies</i> Verfahren als deutsche Entsprechung | 131 |
| a) | Recht auf ein <i>faies</i> Verfahren | 131 |
| b) | Kritik an dieser Lösung | 132 |
| II. | Bedeutung des rechtlichen Gehörs in Deutschland | 133 |
| 1. | Gehörsrealisierung durch Rechtsanwalt | 133 |
| a) | Rechtlicher Vortrag und Rechtsgespräch | 134 |
| b) | Recht auf anwaltlichen Beistand als Konsequenz | 137 |
| 2. | <i>Contradictoire</i> als französische Ausprägung des Gehörsgedanken ... | 140 |
| a) | <i>Contradictoire</i> durch <i>Avocat</i> | 141 |
| b) | Nähe zur deutschen Waffengleichheit | 144 |

Kapitel 2: Subjektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit:

| | |
|--|-----|
| Deutsche Impulse für das französische Verfassungsrecht | 147 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| § 1 <i>Vorfrage nach der Ausdifferenzierung der Schutzbereiche</i> | 147 |
|--|-----|

| | |
|---------------------------------------|-----|
| A. Nivellierungsthese | 147 |
| B. Überzeugende Gegenauffassung | 148 |

| | |
|---|-----|
| § 2 <i>Anwaltliche Berufsausübung: Wirtschaftliche Grundrechte</i> | 149 |
| A. Neukonfiguration des Abwehrrechts des Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG | 149 |
| I. Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Rechtsanwälte | 149 |
| 1. Kein Totalausschluss des Grundrechtsschutzes | 150 |
| 2. Keine Verwässerung des Grundrechtsschutzes | 152 |
| a) Keine Bedeutung des staatlich-gebundenen Berufes | 152 |
| aa) Renaissance als grundrechtsdogmatische Kategorie | 152 |
| bb) Zurückweisen einer Bedeutung für die Anwaltsprofession | 153 |
| b) Indienstnahme des Rechtsanwalts | 156 |
| 3. Zwischenfazit | 158 |
| II. Ermittlung des Gewährleistungsinhalts | 158 |
| 1. Gewährleistungsinhalt | 158 |
| a) Argumente im Schrifttum | 158 |
| b) Konjunktur im Ersten Senat | 161 |
| 2. Bestimmung des spezifischen Gewährleistungsinhalts der anwaltlichen Berufsfreiheit | 162 |
| a) Entscheidung zur RVG-Kappungsgrenze | 163 |
| aa) Dissens zwischen Senatsmehrheit und Berichterstatter | 163 |
| bb) Analyse des Gewährleistungsinhalts | 165 |
| b) Fortschreibung der Bestimmung des Gewährleistungsinhalts | 167 |
| aa) Fortbildungspflicht | 169 |
| bb) Pflicht zur Verschwiegenheit | 170 |
| (1) Grundlagen | 170 |
| (2) Verfassungsrechtliche Abbildung | 171 |
| cc) Sonstige anwaltliche Grundpflichten | 176 |
| c) Zielrichtung der Abwehrdimension | 177 |
| B. Konfiguration des Abwehrrechts des Avocats aus Art. 4 DDHC | 177 |
| I. Wirtschaftliche Grundrechte im französischen Verfassungsrecht | 177 |
| II. Wirtschaftliche Grundrechte des Avocats | 180 |
| 1. Grundrecht der reglementierten juristischen Professionen | 180 |
| a) Grundrechtliche Gleichstellung von Avocat und Notaire | 180 |
| b) Anwendbarkeit auf den Avocat | 182 |
| 2. Inhalt einer anwaltlichen liberté d'entreprendre | 184 |
| a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Berufszugangs | 184 |
| aa) Zulassungshindernisse | 184 |
| bb) Zulassungsvoraussetzungen ausländischer Juristen | 184 |
| cc) Zweitberufsfreiheit | 185 |
| b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Berufsausübung | 186 |
| aa) Vertragsabschlussfreiheit | 186 |
| bb) Postulationsfreiheit | 187 |
| cc) Honorarvereinbarungsfreiheit | 190 |
| dd) Ausübung als angestellter Anwalt | 190 |
| ee) Strafbarkeitsrisiko des Avocats | 191 |

| | |
|---|-----|
| c) Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Berufsbeendigung | 192 |
| aa) Radiation (Berufsgerichtlicher Ausschluss) | 192 |
| bb) Fehlen weiterer relevanter Erlöschensstatbestände | 192 |
| 3. Ausblick | 194 |
| § 3 <i>Anwaltliche Berufsausübung: Kommunikationsgrundrechte</i> | 196 |
| A. Abgrenzung der Meinungs- und Berufsfreiheit im anwaltlichen Kontext | 198 |
| B. Sachlichkeitsgebot | 200 |
| C. Meinungsfreiheit | 202 |
| I. . . . im Verhältnis zwischen Anwalt und Gericht | 202 |
| 1. Justizgrundrechtsorientierte Auslegung der Meinungsfreiheit in Deutschland | 202 |
| 2. Funktionaler Schutz durch das einfache Gesetz in Frankreich | 205 |
| II. . . . im Verhältnis Anwalt zum Mandanten | 207 |
| III. . . . im Verhältnis Anwalt zur Gegenseite | 209 |
| IV. Mediale Äußerungen von Rechtsanwältinnen | 210 |
| Kapitel 3: Objektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit: Französische Impulse für das deutsche Verfassungsrecht | 213 |
| § 1 <i>Frankreich: eine objektiv-rechtliche und funktionale Freiheit</i> | 213 |
| A. Funktionale anwaltliche Freiheit | 213 |
| I. Abkehr vom „subjectivisme“ des Jahres 1789: Bedeutung der Lehre von Hauriou | 213 |
| 1. Subjektive und objektive Seite bei Hauriou | 214 |
| 2. Konsequenzen für die Freiheitsrechte bei Hauriou | 216 |
| II. Soziale Funktion der Grundrechte | 218 |
| 1. Soziale Funktion der Grundrechte bei Hauriou | 218 |
| 2. Funktionsgrundrechte in der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel | 219 |
| a) Liberté de la communication audiovisuelle | 220 |
| aa) Ein Grundrecht ausschließlich objektiver Natur | 221 |
| (1) Art. 11 DDHC als gelenkte Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers | 221 |
| (2) Fremdnützigkeit der Rundfunkfreiheit | 224 |
| (3) Ergänzungsfunktion der allgemeinen Meinungsfreiheit | 225 |
| bb) Erklärung der Judikatur: Rückkehr der „liberté publique“ auf Kosten der DDHC? | 225 |
| cc) Rechtsvergleichender Ausblick auf das deutsche Medienverfassungsrecht | 227 |
| b) Unabhängigkeit des Hochschullehrers | 228 |
| III. Fremdnützige anwaltliche Grundrechte | 231 |
| 1. Soziale Funktion der anwaltlichen Freiheit | 231 |
| 2. Funktionalisierung in der Rechtsprechung | 233 |

| | |
|--|-----|
| a) des Conseil Constitutionnel (Nachweis von Kenntnissen) | 233 |
| aa) Berufsrechtlicher Rahmen | 233 |
| bb) Konzept dienender Freiheit | 234 |
| cc) Zutreffende Ableitungen aus dem Konzept der dienenden Freiheit | 236 |
| b) der Cour de Cassation (Religiöse Zeichen) | 236 |
| aa) Vorgeschichte und berufsrechtlicher Rahmen | 236 |
| bb) Überzeugendes Konzept dienender Freiheit | 238 |
| cc) Kritikwürdige Ableitungen aus dem Konzept dienender Freiheit | 240 |
| c) des Conseil d'État (Ausgangssperre) | 248 |
| aa) Vorgeschichte und seuchenpolizeilicher Rahmen (Covid-19) | 248 |
| bb) Überzeugendes Konzept dienender Freiheit | 249 |
| cc) Zutreffende Ableitungen aus dem Konzept dienender Freiheit | 250 |
| 3. Anerkennung als Prinzip bzw. liberté publique | 251 |
| B. Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers kraft Verfassung | 252 |
| I. Gibt es eine kategoriale Verschiedenheit von Eingriff und Ausgestaltung? | 252 |
| II. Gesetzgeberische Zuständigkeit | 254 |
| 1. Art. 34 Verf. 1958 | 254 |
| a) Verfassungsrechtliche Grundentscheidung des Art. 34 Verf. 1958 | 254 |
| aa) Eine weite Kompetenz zur Grundrechtsausgestaltung | 255 |
| bb) Eine auszuschöpfende Kompetenz zur Grundrechtsausgestaltung | 256 |
| (1) Grundlage der incompétence négative | 257 |
| (2) Kontrolldichte des Conseil Constitutionnel | 258 |
| b) Gesetzgeberische Zuständigkeit im Rechtsdienstleistungsrecht | 259 |
| aa) Regelung der anwaltlichen Aufgaben | 259 |
| bb) Regelung der beruflichen Qualifikationen | 260 |
| cc) Regelung der Berufspflichten | 261 |
| 2. Gesetzgeberische Interventionen im Rahmen des Art. 4 DDHC | 262 |
| a) Konzept des Art. 4 DDHC im Allgemeinen | 262 |
| b) Liberté d'entreprendre | 263 |
| c) Liberté contractuelle | 264 |
| III. Maßstäbe der Vermessung der anwaltlichen liberté d'entreprendre | 265 |
| 1. Allgemeine Maßstäbe | 265 |
| a) Rückschrittsverbot (effet cliquet) | 265 |
| b) Verhältnismäßigkeitskontrolle bei der Grundrechtsförderung | 267 |
| aa) Formen der Grundrechtsförderung | 267 |
| bb) Kontrast: Infragestellen des Grundrechts | 268 |
| c) Anwaltliche Freiheit zwischen Grundrechtsförderung und Grundrechtseingriff | 269 |
| aa) als Grundrechtsförderung | 269 |

| | |
|---|-----|
| (1) Abstimmung mit Art. 16 DDHC | 269 |
| (2) Abstimmung mit der <i>bonne administration de la justice</i> . . . | 271 |
| bb) als Grundrechtseingriff | 272 |
| 2. Anwaltsspezifische Maßstäbe | 273 |
| a) Negatives Leitmotiv: der <i>déni de justice</i> | 273 |
| b) Positives Leitmotiv: Funktionalisierung | 274 |
| IV. Instrumente der Ausgestaltung | 274 |
| 1. Funktionalisierung durch Horizontalwirkung des Art. 16 DDHC gegenüber dem <i>Avocat</i> | 275 |
| a) Vorarbeiten im Schrifttum, insb. <i>Rivero</i> | 276 |
| b) Der <i>Avocat</i> als grundrechtsberechtigt und zugleich grundrechtsgebundener Akteur | 277 |
| aa) <i>Conseil Constitutionnel</i> (<i>commission d'office</i>) | 277 |
| (1) Kontext der Entscheidung: Verurteilung des unverteidigten Angeklagten | 277 |
| (2) Verfassungsgerichtliche <i>Retourkutsche</i> | 278 |
| (3) Rekonstruktion der Drittwirkung des Art. 16 DDHC | 279 |
| bb) <i>Cour de Cassation</i> (<i>signes religieux</i>) | 281 |
| (1) Analyse der Rechtsprechung | 281 |
| (2) Rekonstruktion der „Technik“ der horizontalen Anwendung der <i>Cour de Cassation</i> | 282 |
| c) (Keine) Differenzierung beim Inhalt der grundrechtlichen Bindung | 285 |
| 2. Funktionalisierung durch Berufspflichten als Kehrseite der Freiheit . . . | 286 |
| a) Ein pflichtenbegründender Status und eine pflichtenauslösende Tätigkeit | 286 |
| b) Eine pflichten- und wertgebundene Profession | 287 |
| aa) Erste Schicht: Allgemeine Pflichten in Deutschland und Frankreich | 287 |
| (1) Unsicherheit im deutschen Berufsrecht bei unspezifischen Pflichten | 287 |
| (2) Wertekanon im französischen Berufsrecht und Standesrechtsprechung | 288 |
| bb) Zweite Schicht: Spezifische Pflichten in Deutschland und Frankreich | 291 |
| cc) Pflichten auch im privaten Bereich | 292 |
| (1) Enge Verfolgungsmöglichkeit privater Verfehlungen im deutschen Recht | 293 |
| (2) Überhang des französischen Berufsrechts ins Privatleben | 293 |
| c) Pflichten als immanenter Bestandteil der <i>liberté des Avocats</i> | 295 |
| 3. Einheitliches <i>secret professionnel</i> als zwingendes Element der Ausgestaltung | 296 |
| a) Einführung zum <i>secret professionnel</i> | 297 |
| aa) Entwicklung der Dogmatik | 297 |

| | | |
|-----|--|-----|
| bb) | Stand der einfachgesetzlichen Dogmatik heute | 298 |
| b) | Judikatur des Conseil Constitutionnel | 300 |
| aa) | Eine partielle Verankerung im bloc de constitutionnalité | 300 |
| (1) | Droits de la défense | 300 |
| (2) | Recht auf Achtung des Privatlebens | 303 |
| bb) | Keine allgemeine Verankerung im bloc de constitutionnalité | 304 |
| c) | Herausarbeiten eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Schutzes | 307 |
| aa) | im ungeschriebenen Verfassungsrecht | 308 |
| (1) | PFRLR | 308 |
| (2) | Objectif de valeur constitutionnelle | 312 |
| bb) | im geschriebenen Verfassungsrecht | 312 |
| (1) | eine isolierte Grundlage | 312 |
| (2) | eine kombinierte Grundlage | 313 |
| d) | Zwischenergebnis | 314 |
| 4. | Anwaltliche Selbstverwaltung als zwingendes Element der Ausgestaltung | 315 |
| a) | Keine individuelle Unabhängigkeit ohne kollektive Unabhängigkeit | 316 |
| aa) | Historische Motive | 316 |
| bb) | Herausforderungen der Gegenwart | 317 |
| b. | Ordre als institution-personne | 319 |
| aa) | Ordre als soziologisches Phänomen | 319 |
| bb) | Erklärung mit der Lehre Haurious | 319 |
| cc) | Parallele zur genossenschaftlichen Wurzel der deutschen funktionalen Selbstverwaltung | 321 |
| c. | Ausgestaltungsvorgabe im geltenden Recht | 323 |
| aa) | Rechtsetzungsermessen und institutionelle Unabhängigkeit | 323 |
| bb) | Kernbestand an zugewiesenen Aufgaben | 325 |
| (1) | Herrschaft über das „Tableau“ | 325 |
| (2) | Kontrolle über die Ausbildung | 326 |
| (3) | Regulierungshoheit | 327 |
| cc) | Jurisdiktionsprivileg des Ordre? | 330 |
| dd) | Mitwirkung des Bâtonnier als Verfahrensvorschrift par excellence | 332 |
| ee) | Horizontale Gewaltenteilung in der Profession | 335 |
| d) | Zusammenfassung | 336 |
| § 2 | <i>Deutschland: eine dienende, ausgestaltungsbefürchtige Freiheit</i> | 337 |
| A. | Eine dienende Freiheit | 337 |
| I. | Erinnerung an die Definition der dienenden Freiheit | 337 |
| II. | Vorfrage nach der verfassungsgemäßen Grundrechtstheorie | 337 |
| 1. | Grundrechtstheoretische Schablonen einer dienenden Freiheit | 338 |
| a) | Institutionelles Grundrechtsverständnis bei Häberle | 338 |
| aa) | Grundrechte als Institutionen | 338 |
| bb) | Kritik am institutionellen Grundrechtsverständnis | 339 |

| | |
|--|-----|
| cc) Dienende Freiheit und institutionelles Grundrechtsverständnis | 341 |
| dd) Anhaltspunkte für ein institutionelles Grundrechtsverständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit | 342 |
| b) Funktionales Grundrechtsverständnis bei Scholz | 344 |
| 2. Verfassungsmäßige Grundrechtstheorie | 345 |
| III. Referenzgrundrechte dienender Natur | 349 |
| 1. Medienfreiheit | 350 |
| 2. Akademische Freiheit | 353 |
| a) Forschungsfreiheit | 353 |
| b) Lehrfreiheit | 355 |
| 3. Kunstfreiheit | 356 |
| IV. Anwaltliche Grundrechte als dienende Freiheit | 358 |
| 1. Einfachgesetzliche Konzeption einer dienenden Freiheit | 358 |
| a) § 3 BRAO als einfachgesetzliche dienende Freiheit | 358 |
| aa) Objektiv-rechtlicher Programmsatz | 358 |
| bb) Versubjektivierung des Programmsatzes | 359 |
| b) Berufsrechtliche Durchbrechungen der dienenden Freiheit | 360 |
| aa) Informationspflichten beim anwaltlichen Inkasso | 360 |
| bb) Umgehung des gegnerischen Anwalts | 360 |
| 2. Dienende anwaltliche Berufsfreiheit in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur | 361 |
| a) Zeugenbeistand (BVerfGE 38, 105) | 361 |
| aa) Inhaltlicher Konnex zweier Verfassungsbeschwerden | 361 |
| bb) Etikettenwechsel | 362 |
| b) Geldwäsche (BVerfGE 110, 226) und Anwaltsdaten (BVerfGE 113, 29) | 363 |
| c) Erfolgshonorar (BVerfGE 117, 163) | 364 |
| aa) Ein misslungener Rückgriff auf das Ansehen der Anwaltschaft | 365 |
| bb) Eine überzeugende dienende Konzeption | 369 |
| cc) Eine dienende, aber auch ausgestaltungsbedürftige Freiheit? | 370 |
| 3. Grund und Reichweite einer dienenden Freiheit | 370 |
| a) Problemaufriss | 371 |
| b) Lösungsvorschlag mit dem Grundrechtsmodell Kloepfers | 372 |
| aa) Entstehenssicherung von Grundrechten | 372 |
| bb) Entstehenssicherung des rechtlichen Gehörs durch Rechtsanwalt | 372 |
| cc) Schlussfolgerungen für die Grenzen der dienenden Freiheit | 373 |
| 4. Konturen der dienenden Berufsfreiheit | 375 |
| a) Wesen der dienenden Berufsfreiheit | 375 |
| aa) Dienende Berufsfreiheit als personale Freiheit | 375 |
| bb) Dienende Freiheit als Medaille mit zwei Seiten | 377 |
| b) Zurückweisen von Einwänden gegen die dienende Berufsfreiheit | 378 |
| aa) Preisgabe der Kohärenz des geschlossenen Grundrechtssystems | 378 |

| | | |
|-----|---|-----|
| bb) | Widerspruch zum allgemeinen menschenrechtlichen Ansatz der Grundrechte? | 379 |
| cc) | Widerspruch zum besonderen Konzept der Freien Advokatur? | 381 |
| c) | Zusammenfassung | 382 |
| 5. | Staatliche Definitionskompetenz | 383 |
| 6. | Leistungs- und Schutzpflicht des Staates | 385 |
| a) | Keine Leistungs- und Schutzpflicht als subjektive grundrechtliche Ansprüche | 385 |
| b) | Objektiv-rechtliche Leistungspflicht des Staates | 388 |
| aa) | Abhängigkeit des Rechtsanwalts von staatlicher Festlegung der Vergütung | 388 |
| bb) | Kompensation durch finanzierungsbereite Dritte | 389 |
| cc) | Maßstab: keine konkreten Vorgaben | 389 |
| dd) | Keine Resubjektivierung | 390 |
| c) | Objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates | 391 |
| aa) | Gegenüber dem störenden Mandanten | 391 |
| bb) | Gegenüber störenden Dritten | 392 |
| cc) | Schutzpflicht gegen „anwaltliche Selbstgefährdungen“ | 394 |
| 7. | Träger der dienenden Freiheit | 395 |
| a) | Überfällige Erstreckung auf ausländische juristische Personen ... | 395 |
| b) | Weiterhin gebotene Zurückhaltung bei der Grundrechtsfähigkeit der RAK | 398 |
| aa) | Keine Grundrechtsberechtigung der RAK | 399 |
| bb) | Äußerungsbefugnis der RAK im Rahmen staatlichen Informationshandelns | 402 |
| 8. | Zusammenfassung | 403 |
| B. | Spezifischer Ausgestaltungsvorbehalt der Sachbereichsgarantie | 404 |
| I. | Bedarf gesetzgeberischer Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit | 405 |
| 1. | Vorfrage: Was soll ausgestaltet werden? | 406 |
| 2. | Zugrunde gelegte Klassifizierung | 407 |
| a) | Konstituierende Gesetzgebung | 407 |
| b) | Konturierende Gesetzgebung | 407 |
| c) | Konkretisierende Gesetzgebung | 409 |
| 3. | Einordnung der anwaltlichen Berufsfreiheit | 410 |
| a) | Berufsfreiheit des Rechtsanwalts: Bedarf für eine Konstituierung .. | 410 |
| aa) | Berufsfreiheit im Allgemeinen | 410 |
| bb) | Berufsfreiheit des Rechtsanwalts – Vertragsfreiheit | 412 |
| b) | Bedarf für eine Konturierung – das Dienende in der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts | 414 |
| aa) | Rechtsschutzsystem | 415 |
| bb) | Justizgrundrechte des Mandanten | 417 |
| cc) | Tätigwerden im Rechtsverkehr | 418 |
| c) | Bedarf für eine Konkretisierung | 419 |
| II. | Abgrenzung einer Ausgestaltung und eines Eingriffs in die anwaltliche Berufsfreiheit | 419 |

| | |
|--|-----|
| 1. Identifizierung tauglicher Kriterien zur Abgrenzung | 419 |
| a) Verworfenе Kriterien | 420 |
| b) Taugliches Kriterium | 421 |
| 2. Zuordnung von berufsrechtlichen Themenkomplexen zur Ausgestaltung und zum Eingriff | 423 |
| III. Gesetzgeberisches Ermessen bei der Ausgestaltung | 425 |
| 1. Objektive Grundrechtsgehalte und Ermessen des Gesetzgebers | 425 |
| 2. Rationalitätsgebot als negative Grenze des gesetzgeberischen Ermessens | 426 |
| 3. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers | 427 |
| a) Allgemeines | 427 |
| b) Einschätzungsprärogative im Berufsrecht | 428 |
| 4. Zwecksetzungsbefugnis | 430 |
| IV. Maßstäbe für Ausgestaltungsbestimmungen | 431 |
| 1. Allgemeine Ausgestaltungsmaßstäbe | 431 |
| a) Formelle Anforderungen | 431 |
| b) Materielle Anforderungen | 432 |
| aa) Bestimmtheitsgebot | 432 |
| bb) Folgerichtigkeit | 433 |
| cc) Übermaßverbot | 435 |
| (1) Geeignetheit | 435 |
| (2) Erforderlichkeit | 435 |
| (3) Angemessenheit | 436 |
| 2. Spezifische Ausgestaltungsbestimmungen für die anwaltlichen Grundrechte | 437 |
| a) Gewährleistungsspezifische Vorgaben der anwaltlichen Berufsfreiheit | 438 |
| b) Verfassungsrechtliche Pflicht zur Wahrung eines bestimmten Berufsbildes | 442 |
| aa) Schutz des Berufsbildes | 443 |
| bb) Verstärkung zur Einrichtungsgarantie der §§ 1–3 BRAO? | 446 |
| cc) Zwischenergebnis | 448 |
| c) Anwaltliche Selbstverwaltung als zwingende Ausgestaltungsbestimmung? | 449 |
| aa) Selbstverwaltung | 450 |
| bb) Anwaltsgerichtsbarkeit | 452 |
| § 3 <i>Regulierung anwaltlicher Werbung als Anwendungsbeispiel</i> | 453 |
| A. Phasenverschiebung bei der Liberalisierung des Werberechts in Deutschland und Frankreich | 453 |
| B. Dienende Werbefreiheit in Deutschland und Frankreich | 455 |
| I. Festlegung des einschlägigen Grundrechtsmaßstabes | 455 |
| 1. für das deutsche Verfassungsrecht | 455 |
| 2. für das französische Verfassungsrecht | 456 |

| | |
|--|-----|
| a) Skepsis bei der Anwendbarkeit des Art. 11 DDHC | 456 |
| b) Relevanz für die anwaltliche Werbung | 458 |
| II. Fremdnützige Werbefreiheit | 459 |
| 1. Abbau von Informationsdefiziten als Ziel | 459 |
| a) Funktionale Auslegung von Werbung | 459 |
| b) Funktionale Auslegung von Sachlichkeit | 460 |
| 2. Verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen | 461 |
| a) Verfassungsrechtlich legitime Schutzzwecke | 461 |
| b) Dienende Werbefreiheit | 464 |
| aa) in Frankreich | 464 |
| bb) in Deutschland | 465 |
| c) Wirkweise und Konsequenzen der dienenden Werbefreiheit | 466 |
| Schluss: Kurze Bilanz und Perspektiven des Grundrechtsvergleichs ... | 467 |
| <i>§ 1 Rückblick auf das Ziel des Grundrechtsvergleichs</i> | 467 |
| A. Gemeinsamkeiten | 468 |
| I. Funktionalisierung | 468 |
| II. Normprägung | 469 |
| B. Unterschiede | 469 |
| I. Unabhängigkeit und Interessenvertretung | 469 |
| II. Grund der Freiheit | 470 |
| C. Ergebnis | 470 |
| <i>§ 2 Bilanz für das deutsche Verfassungsrecht</i> | 471 |
| <i>§ 3 Bilanz für das französische Verfassungsrecht</i> | 473 |
| Résumé français de la thèse | 475 |
| <i>§ 1 Introduction</i> | 475 |
| <i>§ 2 L'avocat – un titulaire de droits fondamentaux particuliers</i> | 480 |
| A. Une liberté multidimensionnelle | 481 |
| B. Une obligation légitimée par la fonction | 484 |
| C. L'avocat et le juge: rapprochement ou contraste constitutionnel | 486 |
| D. L'avocat en tant qu'«instrument» prévu par la Constitution | 487 |
| I. L'avocat et le Rechtsstaat | 487 |
| II. L'avocat et l'accès à l'instance: le recours effectif | 488 |
| III. L'avocat et l'instance (1): le droit à un procès équitable et les droits de la défense | 488 |
| IV. L'avocat et l'instance (2): le droit à être entendu et le principe du contradictoire | 490 |

| | |
|--|-----|
| § 3 <i>Les droits subjectifs de l'avocat</i> | 493 |
| A. Les libertés économiques | 493 |
| B. <i>La liberté « rhétorique »</i> | 497 |
| § 4 <i>La dimension objective de la liberté de l'avocat</i> | 499 |
| A. Les droits fondamentaux de l'avocat en France – des droits objectifs au service de la fonction | 499 |
| B. La liberté professionnelle de l'avocat en Allemagne – une liberté « <i>servante</i> » à aménager | 505 |
| C. La liberté publicitaire des avocats en Allemagne et en France | 510 |
| Literaturverzeichnis | 511 |
| Sachverzeichnis | 547 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|--|
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alte Fassung |
| a. A. | anderer Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| AGH | Anwaltsgerichtshof |
| AJ pénal | Actualité Juridique pénale (Zeitschrift, Frankreich) |
| AJDA | Actualité Juridique Droit Administratif (Zeitschrift, Frankreich) |
| allgM | allgemeine Meinung |
| Alt. | Alternative |
| amtl. | amtlich |
| Amtl. Begr. | Amtliche Begründung |
| Anh. | Anhang |
| Anm. | Anmerkung |
| AnwBl. (Online) | Anwaltsblatt (Online) (Zeitschrift) |
| AnwG | Anwaltsgericht |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift) |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| Az. | Aktenzeichen |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| BB | Betriebsberater (Zeitschrift) |
| Bd. | Band |
| BeckOK | Beck'scher Onlinekommentar |
| Begr. | Begründung; Begründer |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BNotO | Bundesnotarordnung |
| BOPA | Berufsordnung der Patentanwälte |
| BORA | Berufsordnung der Rechtsanwälte |
| BRAK-Mitt. | Mitteilungen der Bunderechtsanwaltskammer (Zeitschrift, Verkündungsorgan der BRAK) |
| BRAO | Bunderechtsanwaltsordnung |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |

| | |
|---------------|---|
| BVerfGE | Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfG-K | Kammer des Bundesverfassungsgerichts |
| bzgl. | bzgl. |
| bzw. | beziehungweise |
| CA | Cour d'appel (Berufungsgerichtshof) |
| CAA | Cour administrative d'appel (Verwaltungsgerichtshof im zweiten Rechtszug) |
| Cass. | Cour de Cassation |
| Ass. plén. | Assemblée plénière (Vollversammlung) |
| Civ. (I./II.) | (Première/Deuxième) Chambre civile (Erste/Zweite Zivilkammer) |
| Ch. req. | Chambre des requêtes (vormals existierender Spruchkörper) |
| Crim. | Chambre criminelle (Strafkammer) |
| Com. | Chambre commerciale, financière et économique (Handels- und Wirtschaftskammer) |
| CC | Conseil Constitutionnel (frz. Verfassungsrat) |
| CCBE | Conseil des barreaux européens (Rat der europäischen Anwaltschaften) |
| CCiv | Code Civil (frz. Zivilgesetzbuch) |
| CE | Conseil d'État (frz. Staatsrat) |
| Ass. | Assemblée du Contentieux (Versammlung für Verwaltungsstreitverfahren) |
| Sect. | Section du Contentieux (Sektion für Verwaltungsstreitverfahren) |
| CJA | Code de justice administrative (frz. Verwaltungsgerichtsordnung) |
| CNB | Conseil National des Barreaux (Nationaler Rat der Anwaltskammern) |
| Cons. disc. | Conseil de discipline (Berufsgericht der Anwälte im ersten Rechtszug) |
| CP | Code pénal (frz. Strafgesetzbuch) |
| CPC | Code de procédure civile (frz. Zivilprozessordnung) |
| CPP | Code de procédure pénale (frz. Strafprozessordnung) |
| D. | Recueil Dalloz (Zeitschrift, Frankreich) |
| DAV | Deutscher Anwaltsverein |
| DDHC | Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 26.8.1789 (Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte v. 26.8.1789, Verfassungsrang) |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| Diss. | Dissertation |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DJZ | Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift) |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| ebda. | ebenda |
| EGH | Ehrengerichtshof der Rechtsanwaltschaft |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| evtl. | eventuell |
| f. ff. | folgende; fortfolgende |
| F. A. Z. | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| Fn. | Fußnote |

| | |
|-----------|--|
| FS | Festschrift |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais (Zeitschrift, Frankreich) |
| GewArch. | Gewerbearchiv (Zeitschrift) |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbHR | GmbH-Rundschau (Zeitschrift) |
| GRCh | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| GVRZ | Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht (Zeitschrift) |
| HdB | Handbuch |
| h. L. | herrschende Lehre |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Hs. | Halbsatz |
| idF | in der Fassung |
| idR | in der Regel |
| i. E. | im Ergebnis |
| insb. | insbesondere |
| InsO | Insolvenzordnung |
| iSd | im Sinne des/der |
| iSv | im Sinne von |
| iVm | in Verbindung mit |
| jew. | jeweils |
| JCP E | La Semaine Juridique – Edition entreprise (Zeitschrift, Frankreich) |
| JCP G | La Semaine Juridique – Edition générale (Zeitschrift, Frankreich) |
| Jhrb. | Jahrbuch |
| JöR | Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge (Zeitschrift) |
| JORF | Journal officiel de la République française |
| JP | Jus Politicum (Zeitschrift, Frankreich) |
| JRP | Journal für Rechtspolitik (Zeitschrift, Österreich) |
| JZ | Juristenzeitung |
| Lfg. | Lieferung |
| LG | Landgericht |
| lit. | litera |
| Ls. | Leitsatz |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| Me | Maître |
| Mio. | Million(en) |
| mN | mit Nachweisen |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| n. F. | neue Fassung |
| NJOZ | Neue Juristische Online Zeitschrift (Zeitschrift) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift) |
| OLG | Oberlandesgericht |

| | |
|------------|--|
| OVC | Objectif de valeur constitutionnelle (Ziel mit Verfassungsrang, Frankreich) |
| PFRLR | Principe fondamental reconnu par les lois de la République (von republikanischen Gesetzen anerkanntes grundlegendes Prinzip mit Verfassungsrang, Frankreich) |
| RAK | Rechtsanwaltskammer |
| RBerG | Rechtsberatungsgesetz (außer Kraft getreten) |
| RDG | Rechtsdienstleistungsgesetz |
| RDP | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Zeitschrift, Frankreich) |
| RegE | Regierungsentwurf |
| RFDA | Revue Française de Droit Administratif (Zeitschrift, Frankreich) |
| RFDC | Revue Française de Droit Constitutionnel (Zeitschrift, Frankreich) |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RIDC | Revue Internationale de Droit Comparé (Zeitschrift, Frankreich) |
| RIN | Règlement intérieur national de la profession d'avocat (Nationale Berufsordnung der Rechtsanwälte, Frankreich) |
| Rn. | Randnummer |
| RNotZ | Rheinische Notar-Zeitschrift (Zeitschrift) |
| RSC | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Zeitschrift, Frankreich) |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RTD Civ. | Revue Trimestrielle du Droit Civil (Zeitschrift, Frankreich) |
| RVG | Rechtsanwaltsvergütungsgesetz |
| S. | Satz; Seite |
| s. | siehe |
| sog. | sogenannte |
| StB | Der Steuerberater (Zeitschrift) |
| Stbg | Die Steuerberatung (Zeitschrift) |
| str. | streitig |
| TA | Tribunal administratif (Verwaltungsgericht im ersten Rechtszug) |
| teilw. | teilweise |
| u. a. | unter anderem |
| v. | vom; von |
| v. a. | vor allem |
| Verf. 1958 | Verfassung der Französischen Republik v. 4.10.1958 |
| vgl. | vergleiche |
| WissR | Wissenschaftsrecht (Zeitschrift) |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Zeitschrift) |
| WPO | Wirtschaftsprüferordnung |
| z. B. | Zum Beispiel |
| Ziff. | Ziffer |
| zit. | zitiert |
| ZÖR | Zeitschrift für Öffentliches Recht (Zeitschrift, Österreich) |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift) |
| zust. | zustimmend |
| zutr. | zutreffend |

ZVglRWiss Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZZP Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

Im Übrigen wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021 verwiesen.

Einleitung

Das Anwaltsrecht ist aus Sicht des Verfassungsrechtlers nicht nur das Recht eines Standes oder einer Profession, sondern Ausformung des Gerichtswesens und auch Recht und Staat als solches finden ihren Spiegel in ihm.¹ Der französische Rechtswissenschaftler *Wachsmann* hat diesen Befund in der Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass „le combat pour les droits de l’homme et celui pour la dignité et l’indépendance de l’avocat se confondent“.² Verfassungsordnung und Geltung der Grundrechte stehen also in einem engen wechselseitigen Bezug mit der Freiheit des Rechtsanwalts.³ Der Einzelne droht ohne eine unabhängige Anwaltschaft seiner Rechte verlustig zu gehen. Zurecht wurde im Gesetzgebungsverfahren zur deutschen BRAO erkannt, dass die Garantie des unabhängigen Richters wertlos sei, wenn niemand anderes, der unabhängig ist, diesen anrufen kann.⁴ Diese Erkenntnis geht auf die Herausbildung des Rechtsstaats deutscher Prägung zurück: Der 1888 in den Adelsstand erhobene [v.] *Gneist* ist prominent für seine Reformbestrebungen bei der gerichtlichen Kontrolle exekutiven Handelns in Erinnerung geblieben,⁵ doch die „erste Forderung aller Justizreform“ war für ihn jene zuvor 1867 proklamierte nach der „Freien Advocatur“, denn dabei handele es sich um eine „Vorbedingung des konstitutionellen Verfassungslebens“⁶. Seine Rechtsstaatskonzeption basiert auf gerichtlicher Kontrolle, denn ohne eine solche Rechtsgarantie verpufft die mit der Einführung von Grundrechten erhoffte Wirkung sofort. Grundlage ist die Trennung von Staat und Gesellschaft.⁷ Der Advokat als Helfer des Bürgers steht im gesellschaftlichen und nicht im staatlichen Lager. Nicht nur ist diese Erkenntnis überkommen, sie ist auch rechtsordnungsübergrei-

¹ *Stern*, Anwaltschaft und Verfassung, S. 5; diesen Zusammenhang – dass die Freiheit des Rechtsanwalts Gradmesser für Freiheit und Konstitutionalismus eines Landes sei – sieht auch *Redeker*, NJW 1987, 2610 (2610); so auch Sondervotum *Simon*, BVerfGE 63, 298 (312) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei, unter Hinweis auf eine Rede des Bundespräsidenten *Carstens* vor der International Bar Association.

² *Wachsmann*, in: *Mélanges Pettiti*, S. 761.

³ Vgl. *Huffmann*, Kampf um freie Advocatur, S. 13; auch *Beaud*, D. 2021, 2081.

⁴ Zit. nach *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 (529); inhaltlich auch *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 96.

⁵ [v.] *Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland; interessant ist, dass das Werk „Freie Advocatur“ bei *Hahn*, Rudolf von Gneist (1816–1895) keinen Eingang fand.

⁶ [v.] *Gneist*, Freie Advocatur, S. 70.

⁷ [v.] *Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, S. 233 ff.; hierzu *Sommermann*, Staatsziele und Staatsbestimmungen, S. 53.

fend anerkannt⁸ und reicht damit weiter über die deutsche Verfassungs- und Justizgeschichte hinaus: In einer demokratischen Gesellschaft nimmt der Anwalt eine „mission fondamentale“ wahr, wie *Victor* in den Schlussanträgen vor dem französischen Conseil d'État in einem Verfahren zu steuerrechtlichen Meldepflichten eindringlich betonte.⁹ Im Fokus der Arbeit soll die Anwaltschaft als Thema des Verfassungsrechts stehen. Daneben ist sie aber auch Akteur des Verfassungsrechts.¹⁰ Als der französische Conseil Constitutionnel ab 2010 immer mehr in die Funktion eines veritablen Verfassungsgerichts hineinwuchs, wurde der Einfluss einer qualifizierten Anwaltschaft und engagierter anwaltlicher Vereinigungen auf die Herausbildung eines effektiven Grundrechtsschutz deutlich sichtbar.¹¹ Die Anwaltschaft ist aber vor allem ein wichtiger Gegenstand des Verfassungsrechts, weil die Regulierung der anwaltlichen Berufsausübung, mag sie an noch so vermeintlich banalen Stellen erfolgen wie dem Gebührenrecht, über die anwaltliche Sphäre hinaus reicht.¹² Sie ist nie neutral im Hinblick auf die Rechtsverfolgung des Einzelnen. Sie kann diese erschweren oder erleichtern. Denn Rechtsanwälte schaffen „Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Anspruchswissen“.¹³ Wer die Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte restriktiv ausgestaltet, der verhindert Wissensvermittlung und die Wahrnehmung von Chancen, um sein Recht durchzusetzen. Es ist gerade dieser Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, ob er sein Recht durchsetzen will, und die Bedeutung des anwaltlichen Beistands insgesamt, die den verfassungsrechtlichen Sonderstatus des Rechtsanwalts begründet.¹⁴ Dieser Sonderstatus wird geprägt durch ein „institutionelles Arrangement“ von Freiheit und Verantwortung,¹⁵ welches die vorliegende Arbeit in den Kapiteln 1–3 deutsch-französisch verfassungsvergleichend untersuchen möchte.

Dies setzt voraus, in einer Einleitung das Thema aus Sicht des deutschen und französischen Rechts zu beschreiben (dazu unter § 1), die Forschungsfrage in den deutschen wie französischen wissenschaftlichen und höchstrichterlichen Diskurs einzuordnen (dazu unter § 2) und das Interesse an einem Grundrechtsvergleich herauszuarbeiten (dazu unter § 3). Im Anschluss sollen die historischen Grundlagen

⁸ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – Orde van Vlaamse Balies u.a. („Bedeutung in allen Mitgliedstaaten“).

⁹ *Victor*, SchlA. v. 16.6.2021 zu CE, Beschl. v. 25.6.2021 – Nr. 448486 – CNB (DAC 6), S. 13.

¹⁰ *D. Rousseau*, Gaz. Pal. v. 10.7.2018, Nr. 25, S. 3.

¹¹ Hierzu *Klausser*, *Revue des droits de l'homme*, Nr. 20, 2021, Rn. 10 ff.; für die EMRK auch der Befund bei *Weitzel/de Salvia*, in: *Mélanges Velu III*, S. 1458 ff.

¹² Diese Sichtweise auf das Kostenrecht lag auch dem (soweit ersichtlich unveröffentlichten) Festvortrag *Wallrabensteins*, den sie am 23.2.2021 auf der 61. Jungen Tagung Öffentliches Recht in Münster gehalten hat, zugrunde.

¹³ Hierzu und im Folgenden *Baer*, *Rechtssoziologie*, § 7 Rn. 47 ff., dort auch mit Kritik an fehlender empirischer Forschung zu den Auswirkungen berufsrechtlicher Gesetzgebung; vgl. hierzu allerdings die im Folgenden auch z. T. ausgewiesenen Arbeiten von *Kilian*; zum Nutzen dieser am Beispiel der Werbung s. unter Kap. 3, § 3, B., II., 2., S. 466.

¹⁴ Vgl. *Mendes-Constante*, *Les droits fondamentaux du justiciable*, S. 273 Rn. 561.

¹⁵ *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999, 2 (5).

für das Thema knapp aufbereitet werden, soweit sie für die Argumentation relevant werden können (dazu unter § 4).

§ 1: Herausarbeiten des Untersuchungsgegenstandes

Wenn die Arbeit sich für die Grundrechte des Rechtsanwalts¹⁶ im deutschen und französischen Verfassungsrecht interessiert, muss das zugrunde gelegte Verständnis beider Bestandteile des Themas offengelegt werden. Denn sowohl der Beruf des „Rechtsanwalts“ wie auch die Kategorie der „Grundrechte“ sind erstmal Konzepte des deutschen Rechts. Sie bedürfen einer Einordnung in einen deutsch-französischen Kontext: Heute entspricht der französische Avocat aufgrund des Zuschnitts seiner Vorbehaltsaufgaben dem deutschen Rechtsanwalt.¹⁷ Aufgrund ihrer Funktion unterliegen beide besonderer Reglementierungen, die die Profession aus der Vielzahl an Berufen herausheben (dazu unter A.). Sie können sich jeweils auf übergesetzliche, von der Verfassung geschützte Freiheiten berufen, was es rechtfertigt, den Begriff des Grundrechts im Rahmen des Rechtsvergleichs zu gebrauchen (dazu unter B.).

A. Rechtsanwalt und Avocat als Unterworfene eines spezifischen Rechts

Rechtsanwalt und Avocat sind jeweils der zentrale Rechtsdienstleister im deutschen wie französischen Recht (dazu unter I.). Die Regulierung der Profession erfolgt in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich vergleichbar durch einerseits staatlich und andererseits „ständisch“ gesetztes Recht. Gleichwohl lassen sich Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich bei der Bedeutung des Standesrechts ausmachen (dazu unter II.). Was beide Berufe eint, ist ihre spezifische Funktion im Rahmen der staatlichen Aufgabe der Rechtsprechung: Diese setzt im Regelfall die Mitwirkung des qualifizierten und unabhängigen Anwalts voraus (dazu unter III.).

¹⁶ Die Arbeit verwendet aus Gründen der besseren Lesbarkeit in Übereinstimmung mit der BRAO und den französischen Regelwerken nur die männliche Form, bezieht aber stets die seit dem 11.7.1922 zulassungsfähigen Rechtsanwältinnen und die seit 1.12.1900 zulassungsfähigen Avocates ein. – In ihrer 4. Sitzung am 5.12.2022 hat die 7. Satzungsversammlung der BRAK die BORA und die FAO im Sinne geschlechtergerechter Sprache umformuliert (https://www.brak.de/fileadmin/01_ueber_die_brak/7-sv/Beschlüsse_4_Sitzung/221212_Beschlüsse_4_Sitzung_7_SV-internet.pdf), vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 BORA: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind zur Verschwiegenheit verpflichtet und berechtigt. – Mit Beschl. v. 9.12.2022 (JORF v. 4.2.2023) hat der CNB dem RIN einen article préliminaire vorangestellt, wonach sich die Bezeichnungen avocat, bâtonnier und vice-bâtonnier auch auf die weiblichen Entsprechungen (avocate, bâtonnière und vice-bâtonnière) beziehen.

¹⁷ Zu Vorsicht beim Vergleichsgegenstand „Rechtsanwalt“ mahnt auch *Brechmann*, Legal Tech und das Anwaltsmonopol, S. 11 ff.

I. Definition und Abgrenzung

Rechtsanwalt und Avocat ist, wer ein formales Kriterium erfüllt: die Zulassung (vgl. § 12 Abs. 4 BRAO) bzw. die Eidesleistung vor der Cour d'appel und die anschließende Eintragung.¹⁸ Zudem setzen beide Rechtsordnungen ein Hochschulstudium sowie eine praktische Berufsausbildung voraus. In beiden Rechtsordnungen folgt die Eintragung in ein Register sowie die gesetzliche Mitgliedschaft in berufsständischen Institutionen¹⁹. Diese Institutionen werden in der Arbeit – für das deutsche wie das französische Recht – als Teil der funktionalen, berufsständischen oder anwaltlichen *Selbstverwaltung* bezeichnet. Als Rechtsbegriff entstammt die funktionale Selbstverwaltung dem deutschen Recht. Wenn man sie als öffentlich-rechtliches Ordnungskonzept begreift,²⁰ scheint sie auf die französischen berufsständischen Institutionen, die Personen des Privatrechts sind, als Kategorie nicht zu passen. Doch gleichwohl üben diese eine „mission de service public“ aus, weisen also trotzdem öffentlich-rechtliche Elemente auf, die ihr Wesen prägen.²¹ In ihrem Aufgaben- und Funktionsbezug gibt es keine Unterschiede, was es gerechtfertigt erscheinen lässt, auch in Frankreich von berufsständischer Selbstverwaltung zu sprechen. Die Rechtsanwaltskammern wie die Ordres sind rechtsfähig und verselbstständigt, weisen die typische mitgliedschaftliche Struktur auf und erledigen ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich unter einer inhaltlich beschnittenen Aufsicht des Staates.²² Rechtsvergleichende Übersichten zur berufsständischen Selbstverwaltung nehmen dann auch die Rechtsanwaltskammer und den Ordre selbstverständlich mit auf.²³ Beide Rechtsordnungen liefern neben der formalen gleichwohl noch eine materielle Umschreibung des Rechtsanwalts und des Avocats, die über Ausbildung, Zulassung, und Pflichtmitgliedschaft hinausgeht. Im *Creifelds*²⁴ wird deshalb auch nur wiedergegeben, was der Gesetzgeber in §§ 1–3 BRAO, die auch mit „Der Rechtsanwalt“ betitelt sind, bereits positiv geregelt hat: „Der RA ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege und übt einen freien Beruf – kein Gewerbe – aus (§§ 1, 2 BRAO [...]). Der RA ist der berufene Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 BRAO [...]).“ Das französische Recht ist nicht derart konzise, doch auch hier liefert es die wesentlichen

¹⁸ Rechtsanwalt und Avocat kann sich für Zwecke der Arbeit auch auf Berufsausübungsgesellschaften beziehen.

¹⁹ In Frankreich ist hier auch noch die Caisse autonome des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) zu nennen, über die ein Avocat jede finanzielle Transaktion abwickeln muss.

²⁰ Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 69 f.; differenziert *Axer*, Selbstverwaltung als Organisationstyp, in: HdB VerwR III, § 62 Rn. 23 ff.

²¹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4. S. 314 ff.

²² Auf diese Merkmale stellt auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 71 f., der allerdings im Vorfeld nicht öffentlich-rechtliche Organisationen ausscheidet.

²³ S. *Kluth/Goltz*, Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung in der EU, S. 50 („weitgehend ähnlich“); s. aber *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 19 Rn. 47, die auf den Charakter der deutschen anwaltlichen Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung hinweisen, der auf europäischer Ebene durchaus ein Hindernis für den Diskurs sei.

²⁴ *Creifelds*, Stichwort: Rechtsanwalt.

Elemente für die Eintragung im *Vocabulaire juridique* H. Capitant selbst: Avocat ist ein „auxiliaire de justice, qui fait profession de donner des consultations, rédiger des actes et défendre, devant les juridictions, les intérêts de ceux qui lui confient leur cause, et dont la mission comprend l’assistance (conseil, actes, plaidoiries) et/ou la représentation [...] devant les juridictions où son intermédiaire est obligatoire.“²⁵ Die Definition greift das Werk des Gesetzgebers auf, der 1971, 1991 und 2011 erst die einheitliche Profession des Avocats mit diesem weiten Aufgabenfeld geschaffen hat. Avocat, Avoué und der die Ansiedlung ausländischer wirtschaftsberatender Sozietäten favorisierende Conseil juridique²⁶ fusionierten schrittweise zum Avocat. Die deutschen Reformen zum Rechtsbeistand stellen sich daneben als marginale Berufsbildveränderungen dar. In beiden Rechtsordnungen bestehen nur noch perforierte Anwaltsmonopole.²⁷ Dem Berufsstand ist also nicht die ausschließliche gerichtliche wie außergerichtliche Rechtsdienstleistungserbringung vorbehalten. In Frankreich hat er das Monopol für die Repräsentation (mit örtlicher Begrenzung sowie mit Rückausnahme für die Pariser Umlandsgerichte) und das Plädoyer (Art. 4 des Gesetzes v. 31.12.1971), was man mit einem monopole judiciaire beschreiben kann, das nur vor den Handels- und Landwirtschaftsgerichten, Arbeits- und Sozialgerichten Ausnahmen kennt. Anders sieht es für das „périmètre du droit“²⁸ aus; auch nach der letzten Fusion 2011 gibt es kein monopole juridique. Die gesetzliche Regelung ist misslungen und kaum zu erfassen, löst aber den vollständig unregulierten Zustand der Rechtsberatung ab (Art. 54 ff. des Gesetzes v. 31.12.1971).²⁹ Die Regelung knüpft, was aus rechtsvergleichender Sicht eine Besonderheit scheint, nicht an bestimmte Berufe, sondern an eine Ausbildung an.³⁰ Sie basiert auf der Voraussetzung einer licence en droit oder einer anderen dieser entsprechenden Sachkunde für das Erbringen einer *consultation juridique* und der *rédaction des actes sous seing privé*. Beide Begriffe werden nicht gesetzlich definiert. Eine Differenzierung zwischen Rechtsdienstleistern (ein Begriff, den das französische Recht allerdings nicht kennt), die hauptamtlich Rechtsdienstleistungen besorgen und solchen, die nur akzessorisch solche besorgen, ist eine erste Systematisierung. In erster Gruppe rangieren Generalisten wie Notare und Avocats à la Cour, aber auch solche justiziellen Berufe, die nicht im gesamten Recht beraten dürfen.³¹ Hinzu treten Beamte (etwa Hochschullehrer) und Beamte im Ruhestand

²⁵ *Vocabulaire juridique* H. Capitant, Stichwort: Avocat. – *Mollot*, Règles sur la profession d’avocat, S. 1 f. nennt eine rechtliche Definition, die auf die Ausbildung und das Tätigkeitsfeld abstellt, definiert aber selbst den Avocat als jemand, der unbedingt die Standesregeln befolge und zwar mit einer „sorte de culte“.

²⁶ Hierzu auch *Gruber*, ZVglRWiss 107 (2008), 1 (7 f.).

²⁷ Rechtsvergleichende (frühe) Darstellung bei BT-Drs. 16/3655, S. 28 ff.; *Henssler*, AnwBl. 2001, 525 (531).

²⁸ Begriff bei *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 611.21.

²⁹ Übersichtlich die Darstellung bei *Martin*, Déontologie des avocats, Rn. 65 ff.; kritisch auch *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 611.12.

³⁰ Dies hervorhebend *Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, Einl. RDG Rn. 23.

³¹ Huissiers de justice, administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs, commissaires-priseurs.

(zumindest die Magistrate), die nur beraten, aber nicht vertragsgestaltend wirken dürfen. Bei den akzessorischen Rechtsdienstleistern wird zwischen reglementierten Berufen unterschieden (Architekten oder *experts-comtable*³²) und nicht-reglementierten Berufen. Hierzu gehören Inkassounternehmen (*entreprise de recouvrement amiable*).³³ Für reglementierte juristische Berufe wird die Kompetenz gesetzlich vermutet, denn eine licence en droit ist an sich keine Voraussetzung für deren Ausübung. Für nicht reglementierte Berufe, nicht für einzelne Berufsträger, entscheidet das Ministerium nach *avis* einer Kommission (bestehend aus Mitgliedern der Höchstgerichte, des Rechnungshofes und eines Hochschullehrers) über die genauen Voraussetzungen, wenn keine licence vorliegt.³⁴ Der französische Gesetzgeber hat in Art. 55 des Gesetzes v. 31.12.1971 für nicht anwaltliche Rechtsdienstleister zwei zentrale Berufspflichten festgelegt: das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und über einen Verweis auf Art. 226-13 und Art. 226-14 CP auch eine Verschwiegenheitspflicht.

Für gerichtliche Rechtsdienstleistungen besteht in Deutschland nach den maßgeblichen Prozessordnungen weitestgehend ein Anwaltsmonopol; Ausnahmen bestehen für Hochschullehrer und andere eng begrenzte Personengruppen (§§ 79 Abs. 2 ZPO, 67 Abs. 2 VwGO, 73 Abs. 2 SGG, 67 Abs. 2 FGG, 138 Abs. 1 StPO, 22 Abs. 1 BVerfGG). Im Kaiserreich war die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten von der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) umfasst. Allerdings steuerte der Reichsgesetzgeber bereits 1878 nach und nahm die „gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ in die Liste der nach § 35 Abs. 1, 3 GewO untersagungsfähigen Berufe auf.³⁵ Einen Einschnitt stellte das Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz aus 1935 dar. Es war der Schlusspunkt der wirtschaftlichen Vernichtung jüdischer Juristen. Waren diese aus ihren angestammten Berufen (Anwaltschaft, Justiz und Verwaltung) gedrängt, so bot ihnen die außergerichtliche Rechtsberatung doch noch ein (immer kleiner werdendes) Fenster zur beruflichen Tätigkeit.³⁶ Die Anwaltschaft wirkte darauf hin, dieses zu schließen. Zum einen waren die jüdischen Rechtskonsulenten ihr aus Konkurrenz Gesichtspunkten ein Dorn im Auge, zum anderen verschlechterte sich ihre wirtschaftliche Situation.³⁷ Für den Gerichtsanwalt bestand im NS-Regime kein Bedarf, weil Prozesse ideologisch ab-

³² Ausführlich *Martin*, *Déontologie des avocats*, Rn. 76.

³³ *Martin*, *Déontologie des avocats*, Rn. 71 f.

³⁴ Bspw. Arrêtés du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice v. 24.6.1999 conférant l'agrément prévu par l'article 54-1 de la loi Nr. 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF v. 30.6.1999, S. 9587, wo als Alternative ein juristischer Master oder fünfjährige Berufserfahrung in rechtlichen Fragen, die mit der Tätigkeit zusammenhängen, verlangt werden; s. auch die vergleichbaren Beschlüsse v. 19.12.2000, JORF v. 29.12.2000, S. 20820 sowie v. 6.2.2001, JORF v. 15.2.2001, S. 2527.

³⁵ *Rücker*, *Rechtsberatung*, S. 45 ff.; auch die Steuerberatung war eine gewerbliche, durch Rechtskonsulenten ausgeübte Tätigkeit, s. instruktiv *Pausch*, *Stbg* 1977, 179 (180 ff.). Sie wurde erst schrittweise ab Ende der Weimarer Republik freiberuflich, vgl. *Pausch*, *StB* 1984, 129 (136 f.).

³⁶ Ausführlich *Rücker*, *Rechtsberatung*, S. 236 ff.; hierauf geht auch *Ch. Schönberger*, *NJW* 2003, 249 (250) ein.

³⁷ *Rücker*, *Rechtsberatung*, S. 364 ff.

gelehnt wurden. NS-Organisationen leisteten zudem ebenfalls Rechtsberatung.³⁸ Mit Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz wurde die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der außergerichtlichen Beratung und der Forderungseinziehung, erlaubnispflichtig; Art. 1 § 2 nahm die Rechtsanwälte hiervon aus. 1958 wurde dieses Gesetz als RBerG Bundesrecht. Der Rechtsvergleich ließ seine Illiberalität und seinen freiheitsfeindlichen Charakter deutlich zu Tage treten.³⁹ Das BVerfG bohrte das Anwaltsmonopol⁴⁰ mit mehreren Entscheidungen auf, auch wenn die Grundkonzeption keine durchgreifenden grundrechtlichen Bedenken im Ersten Senat auslöste.⁴¹ Der Gesetzgeber hat mit dem RDG 2007 auf die Entwicklungen reagiert. Seines § 1 Abs. 1 S. 2 zufolge dient es mehreren Schutzzwecken:⁴² dem Schutz des Rechtsuchenden,⁴³ des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistern; entfallen ist der Schutzzweck, die Anwaltschaft vor Wettbewerb zu behüten.⁴⁴ Für die Besorgung von außergerichtlichen⁴⁵ Rechtsdienstleistungen (§ 2 Abs. 1 RDG) ordnet § 3 RDG ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt an. Diese ist aber nach § 3 Abs. 1 BRAO Rechtsanwälten vollumfänglich möglich.

II. Quellenvielschichtigkeit des spezifischen Rechts des Rechtsanwalts

Wer den Rechtsanwalt im (Verfassungs-)Recht sucht, müsste eigentlich alle Normen begutachten, die für den Status und die Berufsausübung des Anwalts Bedeutung haben.⁴⁶ Ein Überblick im Folgenden soll die wichtigsten Erwähnungen umfassen, und zwar nach dieser Gliederung: Unions- und regionales Völkerrecht

³⁸ Rücker, Rechtsberatung, S. 266 ff.

³⁹ Henssler, in: Deckenbrock/Henssler, Einl. RDG Rn. 8; Ahrens, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 2 Rn. 27.

⁴⁰ BVerfGE 97, 12 (27 ff.) – Masterpat; BVerfG-K, Beschl. v. 27.9.2002 – 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 3531 (3532) – Erbensucher; BVerfG-K, Beschl. v. 20.2.2002 – 1 BvR 423/99, 1 BvR 821/00, 1 BvR 1412/01, NJW 2002, 1190 (1191 f.) – Inkassounternehmen I; BVerfG-K, Beschl. v. 14.8.2004 – 1 BvR 725/03, NJW-RR 2004, 1570 ff. – Inkassounternehmen II; BVerfG-K, Beschl. v. 11.3.2004 – 1 BvR 517/99, 1 BvR 313/99, NJW 2004, 1855 (1857 f.) – Rechtsberatung im Rundfunk; BVerfG-K, Beschl. v. 29.7.2004 – 1 BvR 737/00, NJW 2004, 2662 f. sowie BVerfG-K, Beschl. v. 16.2.2006 – 2 BvR 951/04 u. a., NJW 2006, 1502 f. – Altruistische Rechtsberatung durch pensionierten Richter („Kramer“).

⁴¹ BVerfGE 97, 12 (26 f.) – Masterpat; so auch Ch. Schönberger, NJW 2003, 249 (253 f.).

⁴² S. hierzu Römermann, in: BeckOK-RDG, § 1 Rn. 15 ff.

⁴³ Trotz der dem Verfasser bewussten Ungenauigkeit des Begriffes wird er aufgrund seiner Üblichkeit verwendet; vgl. zum Begriff auch Skupin, Rechtsdurchsetzende nichtanwaltliche Dienstleister, S. 30.

⁴⁴ Diesen vorher schon für verfassungswidrig haltend Ch. Schönberger, NJW 2003, 249 (253).

⁴⁵ § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG war hingegen nicht auf den außergerichtlichen Bereich beschränkt.

⁴⁶ Vgl. das Vorgehen bei Baer, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 33; s. für das französische Recht die einleitende Übersicht bei Scillato de Ribalsky, L’avocat face à la justice du 21^e siècle, S. 12 ff. Rn. 2, der jedoch weder die EMRK oder die GRCh nennt, die gleichwohl den Verteidiger ausdrücklich adressieren. Auch das Pressegesetz v. 1881, das die Indemnität des Avocats regelt, wird nicht erwähnt. Die Übersicht begrenzt sich somit auf das Berufsrecht in einem sehr engen Sinne.

(dazu unter 1.), Verfassungsrecht (dazu unter 2.), Berufsrecht (dazu unter 3.–5.). Abgesetzt hiervon mangels Normativität schließt sich die Ethik der Anwaltschaft an (dazu unter 6.).

1. Unions- und regionales Völkerrecht

Art. 6 EMRK ist von zentraler Bedeutung für die Strafprozessordnungen der Signatarstaaten; gerade das französische Strafverfahrensrecht unterlag und unterliegt einem starken Druck des EGMR.⁴⁷ Die Existenz von Rechtsanwältinnen ist durch Art. 6 Abs. 3 lit. c. EMRK vorausgesetzt.⁴⁸ Die EMRK erfasst den Rechtsanwalt vor allem in seiner Bedeutung für das Strafverfahren. Der Zugang zu einem frei gewählten Verteidiger⁴⁹ – auch bei fehlenden wirtschaftlichen Möglichkeiten⁵⁰ des Angeklagten – ist geschützt. Das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant steht auch unter dem Schutz der EMRK,⁵¹ genau wie die Kommunikation insgesamt.⁵² Nur die Sicherstellung der Mitwirkung des Rechtsanwalts lässt die Verfahrensgarantien der EMRK effektiv wirken.⁵³ Die Garantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK finden sich im Unionsrecht hingegen in zwei Vorschriften, deren Abgrenzung im Einzelfall nur schwer möglich ist.⁵⁴ Art. 48 Abs. 2 GRCh adressiert die Verteidigungsrechte, während Art. 47 Abs. 2 S. 2 das Recht auf Verteidigung, Beratung und Vertretung schützt. Regelungen, die die Vertretung gerade durch Rechtsanwälte anordnen, sind aber mit Art. 47 Abs. 2 S. 2 GRCh vereinbar.⁵⁵ Von der Vorschrift wird das anwaltliche Berufsgeheimnis mitgeschützt, auch wenn der EuGH die Vorschrift in seiner Entscheidung zur Anzeigepflicht bestimmter Steuergestaltungen, wohl weil kein Verfahrensbezug erkennbar war, nicht erwähnt, sondern ausschließlich auf Art. 7 GRCh abgestellt.⁵⁶ Die zahlreichen Vor-

⁴⁷ Vgl. hierzu Kap. 1, § 4, C, I., S. 124 ff.

⁴⁸ So auch *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2018, 279 (280); vgl. auch *Wachsmann*, in: *Mélanges Pettiti*, S. 773. – Das Beistandsrecht muss ausdrücklich geregelt sein: EGMR, Urt. v. 29.4.2015 – Nr. 30460/13, Rn. 67 ff. – A. T./Luxemburg.

⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 4.4.2018 – Nr. 56402/12, NJW 2019, 3627 – *Correia de Matos*, wonach es das Recht auf freie Verteidigerwahl verletzt (9:8 Entscheidung), wenn ein Rechtsanwalt sich nicht selbst vertreten darf in einem Verfahren wegen Beleidigung eines Richters.

⁵⁰ EGMR, Urt. v. 9.10.1979 – Nr. 6289/73 – *Airey/Irland* (zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und nicht Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK); *Weitzel/de Salvia*, in: *Mélanges Velu III*, S. 1455 f.

⁵¹ *Schmahl*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, EMRK Rn. 35; *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2018, 279 (281); *Kleine-Cosack*, AnwBl. 2009, 326 (327).

⁵² EGMR, Urt. v. 19.12.2006 – Nr. 14385/04, NJW 2007, 3409 (3411 Rn. 145 ff.) – *Oferta Plus SRL* zu Plexiglasscheiben (Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK).

⁵³ *H.-H. Kühne*, JZ 2003, 670 (671 f.); *Schmahl*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, EMRK Rn. 35; *Sicard/de La Ferté-Sénéctère*, JCP G 2015, 1834 (1837).

⁵⁴ *Eser*, in: *Meyer/Hölscheidt*, Art. 47 GRCh Rn. 37.

⁵⁵ *Jarass*, NJW 2011, 1393 (1398); so wohl auch *Jaeger*, NJW 2004, 1 (6 f.).

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20 – *Orde van Vlaamse Balies* u. a. – S. früher schon EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79, NJW 1983, 503 (504 f.) – *AM & S Europe Limited*; bei *Sommerrmann*, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichen, in: *HdB GR I*, § 16 Rn. 42 wird diese Entscheidung als besonders gelungene, da systematische Rechtsvergleichung hervorgehoben.

schriften in der EMRK und der GRCh, die den Rechtsanwalt als Instrument zur Verwirklichung des „fairen Verfahrens“ begreifen, werden durch die allgemeinen Grundrechte⁵⁷ des Rechtsanwalts ergänzt: Art. 10 EMRK und auch Art. 8 EMRK⁵⁸ als „konventionsrechtliche Berufsfreiheit“. Insoweit hat der EGMR, gerade für den Rechtsanwalt, das Konzept der EMRK als nicht lückenlose Grundrechtsschutz aufgegeben.⁵⁹

2. Nationales Verfassungsrecht

a) Grundgesetz

Das Grundgesetz erwähnt den Rechtsanwalt nur im kompetenzrechtlichen Teil. Die Kompetenz des Bundes für die Rechtsanwaltschaft wurde erstmals, ohne dass dies strittig gewesen wäre,⁶⁰ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG niedergelegt. Die Zuordnung des Berufsrechts zur Rechtspflege im weiteren Sinne wird damit zum Ausdruck gebracht. Auch der Verteidiger (wie EMRK und GRCh den Rechtsanwalt oft bezeichnen) hat keinen Eingang in den Verfassungstext gefunden. Im Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses war noch auf Betreiben der Abgeordneten Dehler und Zinn ein Recht auf Verteidigerwahl vorgesehen.⁶¹ Weil eine unterschiedliche Behandlung von Be- und Angeschuldigtem nicht als kohärent empfunden wurde und man zugleich ein verfassungsrechtliches Beistandsrecht nicht zu weit fassen wollte, wurde die Vorschrift gestrichen. Stattdessen sollte der Gesetzgeber der StPO die Frage entscheiden.⁶² In der vierten Lesung versuchten die Abgeordneten Höpker-Aschhoff und Dehler die Garantie – „Jedermann kann sich in allen Rechtsangelegenheiten eines Rechtsanwalts oder eines Rechtsbeistandes bedienen.“ – durchzusetzen, also einen Vorschlag, der über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich vorheriger Vorschläge hinausging.⁶³ Dies blieb erfolglos. Das Grundgesetz bleibt also hinter EMRK und GRCh zurück, die ein ausdrückliches Beistandsrecht kennen, woran insbesondere *Jaeger* verfassungs-

⁵⁷ *Weitzel/de Salvia*, in: *Mélanges Velu III*, S. 1450: „comme tout citoyen“.

⁵⁸ *Rudloff*, *Droit et libertés de l’avocat dans la CEDH*, S. 23 ff., 52 ff.; Überblick auch bei *Kirchberg*, *BRAK-Mitt.* 2018, 279 ff.; *Krenc*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 283 ff. zu Durchsuchungen von Anwaltskanzleien.

⁵⁹ Zur Gewährleistung der Berufsausübungs- und Berufszugangsfreiheit durch andere Verbürgungen im Grundrechtssystem der EMKR s. *Gundel*, *DVBl.* 2020, 1042 ff. (insb. 1048 zum Beruf des Rechtsanwalts).

⁶⁰ Vgl. *Uhle*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, *GG*, Art. 74 Rn. 130; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art. 74 Rn. 28.

⁶¹ Wiedergabe bei *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR n. F. 1* (1951/2010), S. 743 der Einwände des Abg. *Becker*, dass nicht das Recht auf Verteidigerwahl, sondern auf Beistand durch einen Rechtsanwalt die entscheidende Garantie darstellen müsse; Art. 135 Abs. 2 HChE sah noch vor, dass jeder Angeklagte sich eines Verteidigers *bedienen* (Hervorhebung nur hier) konnte.

⁶² *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR n. F. 1* (1951/2010), S. 743.

⁶³ Wiedergabe ihres Vorschlags bei *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR n. F. 1* (1951/2010), S. 744 Fn. 29.

politische Kritik geübt hat.⁶⁴ Indirekte Erwähnung findet der Rechtsanwalt gleichwohl: Nach Art. 104 Abs. 4 GG ist eine Person des Vertrauens über eine richterliche Entscheidung über eine Freiheitsentziehung zu benachrichtigen, was vielmals der Verteidiger sein dürfte.⁶⁵ Das Landesverfassungsrecht statuiert weitergehende Garantien als das Grundgesetz: Nach Art. 88 Abs. 1 S. 2 und 3 ThürVerf ist eine Beschränkung der Verteidigung nicht zulässig und jedem das Recht vermittelt, sich rechtlichen Beistands zu bedienen.⁶⁶ Art. 91 BayVerf, an den sich Art. 103 Abs. 1 GG ursprünglich einmal anlehnen sollte,⁶⁷ sichert in Abs. 2 das Recht jedes Angeklagten, sich vor Gericht durch einen Strafverteidiger vertreten zu lassen. Der bundesverfassungsrechtliche Status des Rechtsanwalts muss sich also aus allgemeinen Vorschriften ableiten lassen.

b) Constitution Française (im weiten Sinne)

Die Verf. 1958 erwähnt die Anwaltschaft oder den Rechtsanwalt nicht, sondern nur die *autorité judiciaire*. Auch Prozessgrundrechte finden sich (außer der *liberté individuelle* in Art. 66) nicht. Auch die DDHC aus 1789 schweigt sich über Status und Rolle des *Avocats* aus; nicht überraschend, denn nur wenige Monate nach ihrer Verkündung wurde per Gesetz der Berufsstand aufgelöst.⁶⁸ Gleichwohl ist heute Art. 16 DDHC in einer zeitgemäßen Auslegung⁶⁹ die zentrale Norm, um den Beistand durch den *Avocat* abzubilden. Eigene verfassungsrechtliche Positionen sind dem *Avocat* durch die allgemeinen Grundrechtsverbürgungen zugewiesen (Art. 4 und 11 DDHC), so dass die Debatte, die aus dem *Ordre* (in Paris) heraus um eine verfassungsrechtliche Verankerung (regelmäßig) geführt wird,⁷⁰ zum Teil eine Scheindebatte ist. Hier kommt im Besonderen die allgemeine Fokussierung im

⁶⁴ Jaeger, NJW 2004, 1 (6 f.).

⁶⁵ S. etwa BVerfGE 16, 119 (123); BVerfGE 38, 32 (34); Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 19.

⁶⁶ Dette, in: Linck/Baldus/Lindner/Poppenhäger/Ruffert, ThürVerf, Art. 88 Rn. 23 betont, dass der Landesverfassungsgesetzgeber die Frage, ob die Gewährleistung eines Anwalts als Bestandteil des rechtlichen Gehörs verbürgt ist, für den Freistaat Thüringen dem bundesverfassungsrechtlichen Streit entzogen habe.

⁶⁷ Baur, AcP 153 (1954), 393 (394); Remmert, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 11 Fn. 4.

⁶⁸ Vgl. hierzu Einl., § 4, A., III., 2., S. 53 ff.

⁶⁹ S. ausführlich zu einer zeitgenössischen Auslegung des Art. 16 DDHC (allerdings im Hinblick auf die Gewaltenteilung) Troper, *Droits* 8 (1989), 111 ff., u. a. will Troper auf den Willen des auf die DDHC verweisenden Verfassungsgebers 1958 abstellen (S. 115).

⁷⁰ Sicard/de La Ferté-Sénectère, JCP G 2015, 1834 ff. nennen auf der Suche nach einer Verbürgung der unabhängigen Berufsausübung kein einziges Mal die Berufsfreiheit oder Meinungsfreiheit des Anwalts, sondern erwarten, dass der Conseil Constitutionnel ein derartiges Verfassungsprinzip „erfindet“; s. auch den wiedergegebenen Vortrag der berufsständischen Selbstverwaltung bei CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 3 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile); aus der Wissenschaft für eine ausdrückliche Garantie zugunsten des *Avocats* D. Rousseau, *Gaz. Pal.* v. 10.7.2018, Nr. 25, S. 3; zutreffend erweiterter Blickwinkel hingegen bei Carrère, RFDC 2019, e19 ff.

französischen Verfassungsrecht auf vom Conseil Constitutionnel bereits „gefundene“ Verfassungsgrundsätze⁷¹ zum Ausdruck.

3. Berufsrecht und *déontologie*:

Rechtsvergleichende Vorbemerkung zu Frankreich

Das französische Berufsrecht – so man denn nicht weiterhin von Standesrecht sprechen mag⁷² – unterscheidet sich von der deutschen Konzeption. Dies hat mit dem Verständnis der Selbstverwaltung, dem Ordre und der von ihm ausgeübten „*autorégulation*“⁷³ zu tun.⁷⁴ Auffällig ist, dass das französische, vom Ordre gesetzte Berufsrecht außerhalb der klassischen Normenhierarchie zu stehen scheint. Die Perspektive von BVerfG und Cour de Cassation auf das Binnenrecht ist gegensätzlich: Während das BVerfG einen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt im Gesetzesrecht verlangt, genügt es der Cour de Cassation, dass der Gesetzgeber eine Frage nicht ausdrücklich geregelt hat, um sie der Rechtsetzung der Selbstverwaltung zuzuweisen. Nur vereinzelt wird auf diesen Missstand hingewiesen.⁷⁵ Das französische Berufsrecht ist Nachfolger der *règles et usages*, die an die Stelle christlicher Moralvorstellungen traten, als die Profession sich säkularisierte.⁷⁶ Deshalb tritt der ethische Einschlag des Berufsrechts offen zu Tage und kulminiert in der akademischen Diskussion um den Begriff der „*déontologie*“. Das Vocabulaire juridique H. Capitant versteht unter der *déontologie* „un ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale“.⁷⁷ Entnommen ist der Begriff aus *Benthams* Werk „*Deontology or, The science of morality*“. Sein griechischer Ursprung (*deon-ontos* und *logos*) verweist auf das Wissen um dessen, was gut und richtig ist. Bestimmte Handlungen werden entweder als gut oder als falsch bezeichnet. Der Begriff wird auch mit dem der „*exemplarité*“ verbunden, vor allem bei den Maßstäben an Mitglieder des öffentlichen Dienstes, wobei *exemplarité* durch die Beachtung der *déontologie* entsteht.⁷⁸ Es ist das Charakteristikum der sozialen Kontrolle einer Gruppe über die Moral des Individuums, das in der *déontologie* bestimmter Institutionen fortlebt.⁷⁹ Nachdem die Rechtsnatur der *déonto-*

⁷¹ S. *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (219 ff.).

⁷² So *Gruber*, ZVglRWiss 107 (2008), 1 (8 Fn. 40), da dieser Begriff das Traditionsbewusstsein abbilde. Dem ist nicht zu widersprechen, auch wenn er sich nur auf einen Teilbereich der Regelungen – die *déontologie* – bezieht. Auf der anderen Seite ist der Begriff des Standesrechts in Deutschland belastet, erinnert er doch an als überholt geltende Zeiten. – Kritischer Blick von außen auf dieses Standesbewusstsein bei *F. Wieland*, DJZ 1906, 1174 (1179).

⁷³ *Moret-Bailly/Noto-Jaffeux*, Les Cahiers de la Justice 2020, 469 (471, 472); *Libchaber*, RTD Civ. 1998, 218 (218).

⁷⁴ Vgl. zum Ordre als verfassungsrechtlich gebotene Garantie der Ausgestaltung Kap. 3, § 1, B., IV., 4., S. 314 ff.

⁷⁵ *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

⁷⁶ Eindringlich *Damien*, in: *Mélanges Hébraud*, S. 256.

⁷⁷ Vocabulaire juridique H. Capitant, Stichwort: *Déontologie*.

⁷⁸ *Kerléo*, JP, Nr. 28, 2022, 143 (145 f.).

⁷⁹ Vgl. auch *Brigant*, Contribution à l'étude de la probité, S. 37 f. Rn. 48.

logie bestimmt wurde (dazu unter a)), soll ihre thematische Reichweite aufgezeigt werden (dazu unter b)).

a) Normativität der déontologie

Dieser Ursprung in der sozialen Kontrolle einer Gruppe liegt der Debatte über die Normativität der déontologie zugrunde⁸⁰ und hat Anlass gegeben, diese Frage als „triangle des Bermudas formés par l’Etat, le juridique et l’obligatoire“⁸¹ zu qualifizieren. *Taupitz* bewertet die Deontologie entsprechend ihrer Herkunft als eine Richtung in der Ethik.⁸² Fragen der Deontologie sind somit erstmal der ethischen, nicht der rechtlichen Ordnung zuzuordnen, wobei es vielfach zwischen diesen Ordnungen zu Überschneidungen kommen kann.⁸³ *Beignier*⁸⁴ hat seine nuancierte Position so umschrieben: Die Besonderheit bestehe darin, dass die Quelle der déontologie zwar die Moral⁸⁵ sei, ihre Sanktion aber durch das Recht erfolge.⁸⁶ Gleichwohl verbleibe es beim Charakter einer moralischen Regel, denn die rechtliche Sanktion verrechtlicht die Regel selbst nicht und verändert ihre Natur nicht. Hiergegen ist jedoch überzeugend eingewandt worden, dass die Quelle der déontologie heute der staatliche Normsetzungsakt ist; sei es durch das Parlament oder die zur Rechtsetzung ermächtigte Regierung.⁸⁷ Das verhindert nicht, dass die Profession hierauf Einfluss nehmen kann: Regeln mögen sich zuerst im „Schatten“ des staatlichen Rechts entwickeln, oftmals zur Abgrenzung von diesem, dann jedoch setzt ein Institutionalisierungsprozess ein und das Regelwerk wird durch den Staat anerkannt und integriert.⁸⁸ Tradition und Auslegung durch die Selbstverwaltungsinstitutionen sind dann nicht die Hauptquelle, sondern treten nur ergänzend

⁸⁰ Vgl. nur die (frühe) Auseinandersetzung zwischen dem Soziologen *Milburn* und dem Juristen *Moret-Bailly* in: *Droit et Société* 1994, 174 ff., in: *Droit et Société* 1995, 183 ff. (Replik) und in: *Droit et Société* 1995, 186 ff. (Duplik); jüngst *Gaudemet*, RDP 2021, 895 ff.

⁸¹ *Encinas de Munagorri*, RTD Civ. 2007, 67 (71); vgl. auch (außerhalb des anwaltlichen Berufsrechts) *Wachsmann*, JP, Nr. 28, 2022, 119 (125): „brouillage de la frontière entre l’impératif et le souhaitable“.

⁸² *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 (736).

⁸³ *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 184 ff.; wohl auch *Brigant*, Contribution à l’étude de la probité, S. 37 f. Rn. 48; tendenziell womöglich anders *Moret-Bailly*, in: *Droit et déontologie de la profession d’avocat*, S. 58.

⁸⁴ *Beignier*, Déontologie, in: *Dictionnaire de la culture juridique*, S. 361 f.

⁸⁵ *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 (734 f.) will Ethik und Moral unterscheiden; die Moral gebiete, die Ethik rasoniere über die Gebote.

⁸⁶ In diese Richtung wohl auch *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 309 Rn. 224.

⁸⁷ Die Bedeutung des staatlichen Rechtsetzungsaktes wie hier betonend *Encinas de Munagorri*, RTD Civ. 2007, 67 (71 f.); *Cabrol*, Déontologie et droit, S. 205 ff. sieht in der déontologie eine eigene, vom Staat verschiedene Rechtsordnung; wohl auch *Bergel*, in: *Droit et déontologies professionnelles*, S. 18 f. – *Milburn*, *Droit et Société* 1994, 174 (175) will dem Umstand der staatlichen Normsetzung jedoch kein übermäßiges Gewicht beimessen, da die Anwaltschaft durch ihre Interessenvertretung diese Rechtsetzung massiv beeinflusst habe.

⁸⁸ Allg. zu solchen Entwicklungen *Teboul*, Usages et coutume dans la jurisprudence administrative, S. 277 ff. (Absorption durch ein Gesetz), 293 ff. (Absorption durch eine Verordnung); so auch *Encinas de Munagorri*, RTD Civ. 2007, 67 (70); ausführlich zur Wechselwirkung zwischen déontologie und staatlichem Recht *Cabrol*, Déontologie et droit, S. 294 ff.; *Puech-Coutouly*, *Droit*

hinzu, wo das staatliche Recht diesen Raum lässt.⁸⁹ Auch die staatlichen Rechtsquellen verwenden den Begriff der *déontologie*:⁹⁰ in der Verordnungsermächtigung zugunsten der Regierung in Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971, im hierauf gestützten Dekret v. 12.7.2005 sowie im Binnenrecht im RIN (vgl. Art. 12, 14.3, 16.8), das durch eine „*décision à caractère normatif*“ (Hervorhebung nur hier) des CNB angenommen wird. Auch die für das Berufsrecht zuständige Erste Zivilkammer der Cour de Cassation rekurriert auf den Begriff.⁹¹ *Moret-Bailly*⁹² hat ihn deshalb (auch) als rechtliche Realität bezeichnet. Aber auch bei einer deutlicheren Betonung der ethischen Wurzel der Regel ist festzuhalten, dass an die Nichtbefolgung der ethischen Standards rechtliche, vom Staat angeordnete und durchgesetzte Sanktionen gekoppelt werden.⁹³ Ihr Verbindlichkeitsgrad kommt dem einer Rechtsnorm wenigstens nahe.⁹⁴ Sie ist ein modernes Privileg, ein „*droit d’exception*“,⁹⁵ das durch die Funktion des *Avocats* und den darin zum Ausdruck kommenden „*intérêts supérieurs*“⁹⁶ gerechtfertigt ist. Hierfür muss der *Avocat* unabhängig sein und dies zu sichern, ist Ziel der *déontologie*.⁹⁷

b) Thematische Reichweite der *déontologie*

Es liegt nahe, die *déontologie* mit den deutschen Berufspflichten gleichzusetzen.⁹⁸ *Moret-Bailly* hat sich dieser Gleichsetzung mit Pflichten entgegengestellt, weil die *déontologie* dem Rechtsanwalt auch Rechte zuweisen würde, etwa Art. 15 Abs. 1 des Dekrets v. 12.7.2005, wonach der Rechtsanwalt das Recht habe, unter bestimm-

et *déontologie des professions libérales*, S. 427 ff. – S. bspw. CE, Urt. v. 19.10.1960, Rec. S. 560 (für das Friseurhandwerk).

⁸⁹ *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 311.84; vgl. auch nuanciert die Position des CE, Urt. v. 19.10.1960, Rec. S. 560, wo dem staatlichen „Absorptionsakt“ wohl eine inhaltliche Reichweite, die über die ungeschriebene Regel hinausgeht, zugesprochen wird (s. auch *Teboul*, Usages et coutume dans la jurisprudence administrative, S. 294).

⁹⁰ Für den öffentlichen Dienst grundlegend Loi Nr. 2013-907 v. 11.10.2013 (Loi relative à la transparence de la vie publique), JORF Nr. 0238 v. 12.10.2013; s. hierzu aus kommunaler Sicht *Wachsmann*, JP, Nr. 28, 2022, 119 ff.

⁹¹ Statt vieler Cass. Civ. I., Urt. v. 17.7.1990 – Nr. 89-16595.

⁹² *Moret-Bailly*, in: *Droit et déontologie de la profession d’avocat*, S. 67 f.; *ders.*, *Droit et Société* 1995, 183 (184).

⁹³ Hierzu *Brigant*, Contribution à l’étude de la probité, S. 53 ff. Rn. 68 ff.; Hervorhebung auch bei *Moret-Bailly*, *Droit et Société* 1995, 183 (184); a. A. *Bergel*, in: *Droit et déontologies professionnelles*, S. 18, der der Sanktion eine rein binnenrechtliche Natur zuschreibt. – Instrukтив hierzu CE, Urt. v. 21.4.2001 – Nr. 195211 – Mmes. Clermont et Gillain, wo das Gericht feststellte, dass ein Verstoß gegen die Berufsehre der Apotheker im subjektiven Element kein unmoralisches, sondern ein bewusstes Verhalten voraussetzt.

⁹⁴ *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 183. – Von einer Absorption der sozialen Regel durch das Recht spricht *Bergel*, in: *Droit et déontologies professionnelles* S. 16, vgl. jedoch S. 17 f. wo die Regel doch dem staatlichen Recht zugeordnet wird.

⁹⁵ *Moret-Bailly*, in: *Droit et déontologie de la profession d’avocat*, S. 82; ähnlich *Jaeger*, *AnwBl.* 2000, 475 (476).

⁹⁶ *Guinchard*, in: *Les règles déontologiques au service des usagers du droit*, S. 12 f.

⁹⁷ *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 306 Rn. 222.

⁹⁸ Vgl. auch *Schlosser*, *AnwBl.* 2000, 679 (679).

ten Umständen zu werben.⁹⁹ Letztlich ist diese (begrenzte) Erlaubnis aber nichts anderes als ein – wenn auch kein totales – Verbot bestimmter Werbepraktiken und damit eine Pflicht, solche Werbung zu unterlassen. In dieser Perspektive kommt wiederum aber die der französischen Debatte um die *déontologie* immanente Vermischung von rechtlichen und ethischen Regeln zum Ausdruck. *Taupitz*¹⁰⁰ hat formuliert, dass das Recht danach fragt, was der Staat verbieten darf, während Ethik danach fragt, was der Mensch tun soll. Legt man diese (knappe) Definition zugrunde, entspricht es einer ethischen Perspektive, wenn man Art. 15 Abs. 1 des Dekrets v. 12.7.2005 als gestattende Regel begreift. Aus deutscher Sicht bedarf es nicht der Unterscheidung zwischen Berufspflichten und Verboten, da beide Kategorien dem Rechtsanwalt ein Verhaltensgebot auferlegen, und lediglich in der rechtlichen Intensität Unterschiede bestehen. Die *déontologie* lässt sich zwar nicht auf die „anwaltlichen core-values“ begrenzen, denn sie ist ja gerade Erbe der *règles et usages traditionnels de la profession* und verkörpert damit einen umfassenderen Regulierungsanspruch; ihr Kern ist jedoch das Pflichtenelement. Nach einer Auffassung umfasst die *déontologie* nur einen Ausschnitt der Regeln, die den anwaltlichen Beruf regulieren. Sie wird als Kategorie von extern gesetzten Regeln verstanden, während die internen Regeln als *usages* bezeichnet werden. Der Gesetzgeber verwendet allerdings beide Begriffe austauschbar, so ist die Vereinheitlichungskompetenz des CNB nicht auf die *déontologie*, sondern die *règles et usages* gerichtet (Art. 21-1 des Gesetzes v. 31.12.1971). Nach anderer Auffassung fallen in die Kategorie der *déontologie* nur Regeln mit einer „coloration morale“, während Zugangsregelungen und Organisationsregeln dem Berufsrecht zuzuordnen seien. Berufsrecht ist also ein weiterer Begriff als die *déontologie*.¹⁰¹

4. Berufsrecht: Staatliches Recht

Sowohl die BRAO als auch das Gesetz v. 31.12.1971 werden ausdrücklich als das Grundgesetz, die *loi fondamentale*, ihres Standes bezeichnet.¹⁰² Beide Rechtsordnungen entnehmen die Pflichten des Rechtsanwalts dem Berufsrecht und weniger dem Mandatsvertrag.¹⁰³ Berufsrecht ist letztlich nicht mehr, aber auch nicht weniger als das Recht, das die Verwirklichung des Menschen in seiner Arbeit zum

⁹⁹ *Moret-Bailly*, in: *Droit et déontologie de la profession d’avocat*, S. 62; allgemein auch *Kerléo*, JP, Nr. 28, 2022, 143 (143). – Weitere Beispiele betreffen Art. 130 des Dekrets von 1991, wonach der angestellte Anwalt „*maître de l’argumentation*“ bleibt oder Art. 11 Abs. 1 und 3 des Dekrets von 2005, der dem Anwalt das Recht gegenüber seinem Klienten einräumt, einen Vorschuss zu verlangen.

¹⁰⁰ *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 (735); ausführlicher *ders.*, *Die Standesordnung der freien Berufe*, S. 181 ff.

¹⁰¹ *Bergel*, in: *Droit et déontologies professionnelles*, S. 14 f.; *Moret-Bailly/Truchet*, *Déontologie des juristes*, S. 55.

¹⁰² Selbst französische Autoren verwenden diesen doch ungewöhnlichen und deutschen Begriff des *loi fondamentale* für das Gesetz aus 1971 (s. nur *Moret-Bailly*, *Les Cahiers de la Justice* 2020, 469 ff.; *ders.*, in: *Droit et déontologies professionnelles*, S. 119).

¹⁰³ *Hellwig*, BRAK-Mitt. 2002, 52 (53 f.).

Gegenstand hat.¹⁰⁴ Das französische Berufsrecht findet sich im Parlamentsgesetz, aber auch in exekutiven Dekreten. Dies liegt an der Kompetenzverteilung zwischen Parlament und Regierung (Art. 34, 37 Verf. 1958). Die berufsrechtlichen Dekrete sind allerdings nicht Ausfluss der autonomen Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive aus Art. 37 Verf. 1958, sondern so genannte *décrets d'application/décrets complémentaires à la loi*, die dem Vollzug des Gesetzes v. 31.12.1971 dienen. Ermächtigungsgrundlagen finden sich umfangreich in Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971 (vor allem in Bezug auf die *déontologie*!) sowie Art. 3 *bis* für das anwaltliche Werberecht. Als das Rechtsetzungsermessens dirigierende Vorgaben gibt das Gesetz die Achtung der Unabhängigkeit des Anwalts, die Autonomie des *Conseils de l'ordre* und den freiberuflichen Charakter der anwaltlichen Tätigkeit vor. Die weitreichende Delegation verletzt weder Art. 34 Verf. 1958, eine Form eines Gesetzesvorbehalts,¹⁰⁵ noch gibt es ein Rechtsprinzip, was der Regierung die Entscheidung solcher Fragen der Natur nach entzieht, um sie der Tradition gemäß der Selbstverwaltung zuzuweisen.¹⁰⁶

5. Berufsrecht: Binnenrecht

Trotz der großen Unterschiede im Blick auf die Selbstverwaltung sind das deutsche und französische Modell doch strukturell verwandt und grenzen sich gegenüber dem angelsächsischen Rechtskreis ab.¹⁰⁷ Der Erlass von untechnisch gesprochen „standesrechtlichen Regeln“ gehört zu den tradierten Zuständigkeiten der Selbstverwaltung. Aber sowohl in Deutschland („Bastille“; dazu unter a)) als auch in Frankreich („Saga“;¹⁰⁸ dazu unter b)) kann die aktuelle Struktur des Binnenrechts nur vor dem Hintergrund der sie formenden richterlichen Interventionen verstanden werden.

a) Bastille-Entscheidungen

Die BORA trat am 1.7.1997 in Kraft – das Ende eines Jahrzehnts des Übergangs nach den zwei wegweisenden Entscheidungen des BVerfG vom 14.7.1987¹⁰⁹

¹⁰⁴ Rittner, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriff, S. 19; ähnlich die terminologische Festlegung bei *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 23 f., der auch auf Unterschiede im anwalts- und ärztlichen Diskurs über die Zukunftsfähigkeit des Begriffs des Standesrechts hinweist (s. auch *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 1 Rn. 2). – Zu Bestrebungen in Frankreich ein professionsübergreifendes „*droit professionnel*“ zu schaffen *Moret-Bailly*, in: *Mélanges Truchet*, S. 423 ff.; *Nasom[-Tissandier]*, Recherche sur la notion juridique de profession, S. 11 f.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., II., 1., S. 254 ff.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., c), aa), S. 323.

¹⁰⁷ *Melis/Meniconi*, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, in: IEP V, § 88 Rn. 110.

¹⁰⁸ *Moret-Bailly/Truchet*, Déontologie des juristes, S. 64.

¹⁰⁹ BVerfGE 76, 171 ff. sowie BVerfGE 76, 196 ff., wobei die zweite Entscheidung weitgehend auf die erste für die grundrechtsdogmatischen Ausführungen verweist und vor allem werbespezifische Aussagen trifft (vgl. hierzu Kap. 3, § 3, S. 452 ff.).

(daher die geläufige Bezeichnung Bastille-Entscheidungen). Auf Grundlage der Generalklausel des § 43 BRAO (vormals § 28 RAO) entwickelten die Ehrengerichte ungeschriebene Regeln der Berufsausübung. Seit 1934 wurden sie in Richtlinien versucht zusammenzufassen. Die Gerichte behandelten sie wie Rechtsnormen, was sie jedoch gerade nicht waren. Das BVerfG billigte diese Praxis.¹¹⁰ Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG legt aber explizit fest, dass die Berufsausübung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden darf.¹¹¹ Seit dem Facharzt-Beschluss 1972¹¹² lag auch eine Veränderung des anwaltlichen Berufsrechts in der Luft; 1987 gab das BVerfG die bisherige Rechtsprechung ausdrücklich auf. Weder die allgemeine Standesauffassung¹¹³ noch die Generalklausel des § 43 BRAO, bei deren Erlass der Gesetzgeber nicht die wesentlichen Entscheidungen für die Grundrechtsbeschränkung selbst getroffen hat,¹¹⁴ vermögen Beschränkungen der Berufsfreiheit zu legitimieren. Die aus dieser Umwälzung resultierenden Folgen hat das Gericht selbst nahegelegt: Der parlamentarische Gesetzgeber sollte zum Erlass von Satzungen ermächtigen.¹¹⁵ Die Verfassung beschränkt jedoch die Reichweite der Satzungs Ermächtigung. Delikat ist, dass beide Normgeber durch das Demokratieprinzip auf ihre spezifische Art legitimiert sind, beide schützen und gefährden zugleich die Grundrechte.¹¹⁶ Der Gesetzgeber darf sich des Erlasses sog. statusbildender Normen nicht entledigen.¹¹⁷ Dies betrifft insbesondere die Berufswahl.¹¹⁸ Standesinteressen konfliktieren hier strukturell häufig mit dem Minderheitenschutz, der ein vom Gesetzgeber zu sichernder Allgemeinwohlbelang ist.¹¹⁹ Dem Satzungsrecht können nur statusausfüllende Normen zugewiesen werden. Das BVerfG meint damit Berufsausübungsregeln von Verbandsmitgliedern.¹²⁰ Abgesteckt ist damit für das Satzungsrecht ein Bereich, in dem die Selbstverwaltung sich für ihre eige-

¹¹⁰ BVerfGE 36, 212 (213) – Führen des LL.M. (Harvard); BVerfGE 57, 121 (132) – Führen des Fachanwalts für Verwaltungsrecht; BVerfGE 60, 215 (230); BVerfGE 66, 337 (356) – Lebenslanger Ausschluss I.

¹¹¹ Kritisch erstmals *Kleine-Cosack*, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, S. 65 ff.

¹¹² BVerfGE 33, 125 – Facharzt; *Häberle*, DVBl. 1972, 909 (913) sah bereits das Ende von „Standesherrlichkeit“ und eine „Bresche in der Arkana und Interna der Berufsstände geschlagen“.

¹¹³ BVerfGE 76, 171 (188) – Bastille; vorsichtige, gleichwohl inkonsequente Kritik bei *Jarass*, NJW 1982, 1833 (1836).

¹¹⁴ BVerfGE 76, 171 (189) – Bastille.

¹¹⁵ *Wimmer*, NJW 1989, 1772 (1772) mit dem Hinweis, dass der Gesetzgeber nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen gehalten sei, überhaupt Satzungsrecht durch die Anwaltschaft zu ermöglichen. Das BVerfG sähe hierin aber einen naheliegenden Weg.

¹¹⁶ So bereits früh *Häberle*, DVBl. 1972, 909 (910); zur demokratischen Legitimation ausf. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 204 ff.; instruktiv auch *Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, S. 215 ff. (mit deutsch-österreichischem Vergleich); jüngst ausführlich *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 124 ff.

¹¹⁷ Bereits *Jarass*, NJW 1982, 1833 (1835); kritisch *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1483); grundsätzliche Kritik an der fehlenden Differenzierung der Rspr. bei *Lepsius*, Gesetz und Gesetzgebung, in: HdB VerfR, § 12 Rn. 59.

¹¹⁸ *Wimmer*, NJW 1989, 1772 (1773 f.).

¹¹⁹ So bereits früh *Häberle*, DVBl. 1972, 909 (912).

¹²⁰ BVerfGE 76, 171 (185) – Bastille.

nen Angelegenheiten mobilisiert,¹²¹ also insbesondere das Verhältnis des Rechtsanwalts zur Kammer.¹²² Interessen des Rechtsuchenden jenen des Standes und des einzelnen Anwalts zuzuordnen, obliegt alleine dem Gesetzgeber, der, wenn er zum Erlass ermächtigt, genaue Vorgaben machen muss.¹²³ Was dies bedeutet, illustriert die Nichtigerklärung von § 13 BORA a. F.¹²⁴ Nach dieser Vorschrift galt: „Der Rechtsanwalt darf bei anwaltlicher Vertretung der Gegenseite ein Versäumnisurteil nur erwirken, wenn er dies zuvor dem Gegenanwalt angekündigt hat; wenn es die Interessen des Mandanten erfordern, darf er den Antrag ohne Ankündigung stellen.“ Diese standesrechtliche, mit zivilprozessualen Normen im Widerspruch stehende Restriktion war verfassungsrechtlich nicht haltbar, weil die Selbstverwaltung nicht über die Rechtsposition des Mandanten disponieren darf.

b) Einheitlichkeit der Bräuche in Frankreich

Das anwaltliche Berufsrecht ist im zentralistischen Frankreich in seiner Zersplitterung ein Ausnahmephänomen.¹²⁵ Napoléon I errichtete zwar die anwaltliche Selbstverwaltung, zerschlug aber die traditionsreichen mächtigen Ordres in heute 164 Kammern. Nach Art. 17 des Gesetzes v. 31.12.1971 erlässt jede Kammer ein règlement intérieur (nicht mit der Geschäftsordnung nach § 89 Abs. 2 BRAO zu verwechseln),¹²⁶ das als an die lokalen Anwälte gerichtetes Binnenrecht deren Berufsausübung verbindlich regelt.¹²⁷ Damit war das Binnenrecht auf eine rechtssichere Grundlage gestellt, denn die Cour de Cassation¹²⁸ hatte 1917 die gesetzesgleiche Wirkung der Sprüche der Disziplinargerichte¹²⁹ als mit Art. 5 CCiv unvereinbar gehalten. Die Norm verbietet einem mit einem Streitfall befassten Ge-

¹²¹ Bereits BVerfGE 33, 125 (156) – Facharzt; BVerfGE 11, 266 (275) – Wählerversammlung.

¹²² Wimmer, NJW 1989, 1772 (1774); s. auch Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, in: HdB VerwR III, § 65 Rn. 69.

¹²³ Wimmer, NJW 1989, 1772 (1773); bereits BVerfGE 33, 125 (165) – Facharzt; Burgi, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 181; kritisch zu satzungsrechtlichen Werbebestimmungen aufgrund ihrer Auswirkungen auf den Mandanten deshalb Kämmerer, Gutachten zum 68. DJT, H38; so auch Krekeler, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 472 (für das ärztliche Berufsrecht).

¹²⁴ BVerfGE 101, 312 (327 f.) – Versäumnisurteil; zu den damals bereits verfassungsgerichtlich überholten, aber ggf. noch übergangsweise anwendbaren Standesrichtlinien BVerfG-K, Beschl. v. 2.11.1992 – 1 BvR 911/90, NJW 1993, 121.

¹²⁵ Aus Art. 1 Verf. 1958 – „La France est une République indivisible [...]“ – folgt jedoch kein striktes Prinzip der Uniformität des Rechtsrahmens, so dass das droit local im Elsass und Moselle-Département, spezifische Regeln für die Überseegebiete oder auch für die Gebietskörperschaft Korsika möglich sind.

¹²⁶ So auch Laurich, in: Anwälte und ihre Geschichte, S. 1075 Fn. 35.

¹²⁷ Lemaire, Les règles de la profession d’avocat et les usages du barreau de Paris, S. 66 Rn. 82.

¹²⁸ Cass. Ch. req., Urt. v. 11.12.1917 – D. 1921, 108.

¹²⁹ Deutlich anhand der frühen Systematisierung der „Précédents“ bei Mollot, Règles sur la profession d’avocat, S. 261 ff. auf 300 Seiten; s. auch Cresson, Règles et Usages de la profession d’avocat, der zwei Bände und 700 Seiten benötigt. – Der Conseil de discipline ist „kein Privatkomitee“ oder keine „Ehrenjury“ (Lemaire, Les règles de la profession d’avocat et les usages du barreau de Paris, S. 515 Rn. 506), was durch das Dekret v. 30.6.2022 nunmehr auch ausdrücklich textlich festgehalten ist.

richtet sich durch allgemeine und verbindliche Vorschrift zu äußern. Gerade dies war aber die Wirkweise der berufsgerichtlichen Kontrolle. Wenn nun aber eine Kammer, wie aktuell in Lille, Anwältinnen das Tragen eines Kopftuchs zur Robe verbietet, in Bordeaux ein solches Verbot nicht erlassen wird, führt diese Zersplitterung zu unhaltbaren Ergebnissen, vor allem in grundrechtssensiblen Bereichen.¹³⁰ Der Gesetzgeber hat dies auch, trotz Bedenken womöglich dadurch die lokalen Kammern zu schwächen,¹³¹ erkannt und mit dem Conseil national des barreaux (CNB) eine nationale Instanz geschaffen. Er ist wie die Kammer eine privatrechtliche Person und mit der Ausübung eines *service public* betraut. Ziel war es, das Berufsrecht der vielen Kammern zusammenzuführen. Doch der Conseil d'État¹³² hatte die Kompetenzen des CNB sehr eng ausgelegt, um die Rechtsetzungskompetenz der Regierung zu schützen. Die vom CNB erlassenen Vorschriften über das Berufsgeheimnis und zur anwaltlichen Korrespondenz waren deshalb nichtig und der CNB auf *Soft Law* zur einheitlichen Auslegung inhaltlich deckungsgleicher Regeln zurückgewiesen. Der Gesetzgeber änderte daraufhin Art. 21-1 des Gesetzes v. 31.12.1971 und gab der Norm ihren heutigen Wortlaut. Die Abgrenzung zur Rechtsetzung durch den lokalen Conseil de l'ordre und die Regierung ist aber weiterhin alles andere als klar. Der CNB soll nunmehr im Rahmen der Gesetzes- und Verordnungsgrenzen die Regeln und Bräuche des Anwaltsberufes durch allgemeine Vorschriften vereinheitlichen. Der Conseil d'État erkannte daraufhin eine Rechtsetzungsbefugnis des CNB an,¹³³ nicht aber ohne diese engmaschig einzuhegen. Maßgebliche Leitlinie ist die Harmonisierung und die Förderung der Interessen der Anwaltschaft.¹³⁴ Er darf nicht die „Rechte und Regeln der Profession“ beeinträchtigen, was Individual- wie Kollektivinteressen umfasst. Nach deutschem Verständnis dürfte ihm der Erlass sog. statusbildender Vorschriften verwehrt sein. Der Conseil d'État¹³⁵ erlaubt dem CNB eine lokale Regel auf alle Bezirke auszudehnen – so wie

¹³⁰ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), cc), S. 240 ff. – Dass die Postulation territoriale beschränkt auf die Gerichte des Kammerbezirks ist, ist unerheblich. Da ein *Avocat* jedoch vor jedem Gericht (mit Ausnahme der Cour de Cassation und des Conseils d'État) plädieren darf, stellt sich das Problem trotzdem. Zusätzlich wird die Regel auch durch die fehlende territoriale Einheitlichkeit delegitimiert.

¹³¹ *Pontier*, AJDA 2015, 319 (320); grundsätzlich zum Rückbau der Autonomie der französischen Selbstverwaltung durch Judikative und Gesetzgeber s. *Nasom[-Tissandier]*, Recherche sur la notion juridique de profession, S. 156 ff.

¹³² CE, Urt. v. 27.7.2001 – Nr. 191706 – *Ordre des avocats au barreau de Tours*, vorausgegangen war eine Vorlage durch den Conseil d'État an das Kompetenzgericht Tribunal des conflits. – Zur Zuständigkeit Kap. 3, § 1, B., IV, 4., c), cc), S. 330.

¹³³ CE, Urt. v. 17.11.2004 – Nr. 268075, 268501 – *Société d'exercice libéral Landwell et associés, Société d'avocats EY Law*; s. hierzu *Sauvé*, Le pouvoir normatif du Conseil national des barreaux au prisme de la jurisprudence du Conseil d'État, 25 ans du Conseil national des barreaux, Cercle des armées, 5.7.2017.

¹³⁴ Eindringlich warnend (trotz des Charakters als Festrede) *Sauvé*, Le pouvoir normatif du Conseil national des barreaux au prisme de la jurisprudence du Conseil d'État, 25 ans du Conseil national des barreaux, Cercle des armées, 5.7.2017.

¹³⁵ CE, Urt. v. 9.11.2015 – Nr. 384728, Rn. 2 – *M. Naim* (Wahl der Internetdomain); CE, Urt. v. 29.1.2014 – Nr. 366083, Rn. 6 – *Mme Vally* (Kohärenzverfahren zwischen den Kammern); CE,

es jetzt für das Kopftuchverbot diskutiert wird, welches nur in einigen Kammerbezirken gilt – oder zu einem Sachthema eine neue Regel zu erarbeiten, die in allen Kammern angewandt wird und die vorherigen lokalen Regeln verdrängt. Soweit es keine Grundlage im Gesetz gibt oder eine Regel eine „zwingende Folge einer Berufstradition“ ist, darf sie nicht die freie Berufsausübung oder Grundregeln der Profession beeinträchtigen.¹³⁶ Restriktionen für die multidisziplinäre Berufsausübung genügten diesen Maßgaben nicht und der Conseil d’État erklärte sie in der Landwell-Entscheidung für nichtig.¹³⁷ Die Maßstäbe des Conseil d’État sind nicht aus sich heraus logisch oder abgrenzbar,¹³⁸ sie sind aber ein deutlicher Fingerzeig, dass er den CNB nicht unkritisch sieht. Während die lokalen Kammern nach Art. 19 des Gesetzes v. 31.12.1971 das Privileg der nur zurückhaltenden, da auf die Verteidigung subjektiver Rechte zugeschnittenen Kontrolle der ordentlichen Gerichte genießen, ist der CNB hiervon ausdrücklich nicht umfasst. Deshalb ist es auch durchaus möglich, dass ein Kopftuchverbot durch den CNB beim Conseil d’État für nichtig erklärt wird, während die Cour de Cassation dies als rechtens bestätigte.

6. Berufsethik

Die Diskussion über Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit einer Berufsethik,¹³⁹ die neben das geschriebene Recht tritt,¹⁴⁰ steht vor verfassungsrechtlichen Hürden, wenn sie in die Nähe der vom BVerfG sanktionierten Standesrichtlinien rückt.¹⁴¹ Die Steuerung anwaltlicher Berufsausübung muss vielmehr weiterhin durch rechtlich und staatlich zurechenbare Regeln ausgeübt werden.¹⁴² Die Frage, ob Mandanteninteressen als Allgemeinwohlintressen etikettierten Standesinteressen weichen müssen,¹⁴³ beantwortet das einfache Gesetz unter Achtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe. Rechtliche Freiheit schützt nicht davor, moralische oder ethische Bindungen für sich selbst als verbindlich zu begreifen und hieran sein Handeln auf Suche nach Sinn auszurichten.¹⁴⁴ Eine gewisse Ethik ist Voraussetzung für

Urt. v. 19.10.2012 – Nr. 354613, Rn. 6 – SELARL Delmas et Associés (Ergänzung eines Dekrets, das das Wohnsitzkriterium im Sprengel abschwächt).

¹³⁶ St. Rspr. etwa CE, Urt. v. 29.1.2014 – Nr. 366083, Rn. 6.

¹³⁷ CE, Urt. v. 17.11.2004 – Nr. 268075, 268501 – Société d’exercice libéral Landwell et associés, Société d’avocats EY Law.

¹³⁸ Die zwingende Tradition als Alternative zum Gesetzesvorbehalt erschien bislang als wenig relevant, doch vermag sie womöglich die Position der Cour de Cassation, die Robenpflicht zum Ausgangspunkt eines Verbotes u. a. des Kopftuches zu machen, erklären. – S. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), cc), S. 240 ff.

¹³⁹ Grundlegend *Henssler*, AnwBl. 2008, 721 ff.; dagegen *Hellwig*, AnwBl. 2008, 644 ff.; differenzierend *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 ff.

¹⁴⁰ *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 (736 f.) spricht von Ergänzungsfunktion; kritisch *Ahrens*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 1 Rn. 8.

¹⁴¹ S. auch *Gaier*, in: FS Stürner I, S. 20 ff.; zumindest die Frage aufwerfend *Taupitz*, AnwBl. 2015, 734 (737).

¹⁴² Zur Rechtslage vor den Bastille-Entscheidungen des BVerfG bereits *Kleine-Cosack*, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, S. 24 f.

¹⁴³ *Henssler*, AnwBl. 2018, 22 (27).

¹⁴⁴ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 840.

das Berufsrecht, aber es kann sie nicht erzwingen.¹⁴⁵ Wenn man aber die Regeln eines Ethikkodex durch rechtliche Sanktionen schützen oder mit ihrer Hilfe die Generalklausel des § 43 BRAO auslegen will, ist der Begriff der Ethik verschleiern. Wenn man sie als Ethik bezeichnet, kann die Sanktion nur im sozialen Milieu erfolgen.¹⁴⁶ Das zeigt die französische *déontologie*, die gerade aus den ethischen und moralischen, an die Idee des tugendhaften Avocat appellierenden Regeln durch die Sanktionierung durch die Selbstverwaltung rechtlich zwingende Vorschriften gemacht hat. Diesen Brückenschlag sieht man noch heute darin, dass als Grundlage der Berufspflichten vielmals der Eid herangezogen und damit die moralische Verpflichtung betont wird. Der ethische Einschlag ist aber deshalb in Frankreich weniger grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, weil er auf ein anderes Verständnis und eine andere Legitimität der Autonomie der Anwaltschaft trifft.¹⁴⁷ Die Anwaltsethik verhält sich zum Berufsrecht wie die Grundrechtskultur zu den Grundrechten:¹⁴⁸ Anwaltliche Ethik, ein bestimmtes Berufsethos, kommt sicherlich, wenn es gelebt wird, im Ergebnis dem Allgemeininteresse, dem Rechtsuchenden zugute; verlassen hierauf darf sich die Rechtsordnung freilich nicht.¹⁴⁹

III. Ein spezifisches Recht für spezifische Aufgaben

Der Rechtsanwalt und der Avocat leisten – nicht anders als der Richter und der Juge – einen Beitrag zum Verfahren der Rechtsprechung (dazu unter 1.).¹⁵⁰ Der anwaltliche Beistand ist besonders geeignet, die mit der richterlichen Entscheidung bezweckte gesellschaftliche Befriedung herbeizuführen und die richterliche Handlung zu legitimieren (dazu unter 2.).

1. Rechtsanwalt und Avocat als Teil der rechtsprechenden Staatsfunktion

Die Frage nach der Definition der Rechtsprechung (formell/materiell) hat viele Autoren bereits beschäftigt.¹⁵¹ Vorliegend werden einzelne Elemente herausgegriffen, die Teil der Staatsfunktion Rechtsprechung sind und auf die Angewiesenheit der Mitwirkung des Rechtsanwalts hin untersucht werden. Wenn im Folgenden von der „Rolle“ des Rechtsanwalts gesprochen wird, ist ein „Bündel von Erwartungshaltungen und daran orientierten Handlungen“ hiermit gemeint.¹⁵²

¹⁴⁵ v. Lewinski, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 34 Rn. 44, 46; vgl. auch Gaier, in: FS Stürner I, S. 20. – Gaudemet, in: *Mélanges Truchet*, S. 228 hält sie für gefährlich, weil sie das „natürliche Standesbewusstsein“ verschleift.

¹⁴⁶ v. Lewinski, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 34 Rn. 44, 46; vgl. auch Gaudemet, in: *Mélanges Truchet*, S. 230.

¹⁴⁷ Tendenziell sieht Hellwig, *AnwBl.* 2008, 644 (646) auch bei den deutschen RAK ein ordentliches Selbstverständnis.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu auch die methodischen Hinweise bei Einl., § 3, S. 39 ff.

¹⁴⁹ Kleine-Cosack, *Berufsständische Autonomie und Grundgesetz*, S. 25.

¹⁵⁰ Pinat, *Le discours de l'avocat devant la Cour de Cassation*, S. 10 f. Rn. 2 m. w. N.

¹⁵¹ Vgl. schon Bötticher, *ZZP* 51 (1926), 201 (205 ff.).

¹⁵² Röhl, *Rechtssoziologie*, § 37, S. 309 ff.

a) Rechtsprechung als Rechtskontrolle

Man kann eine Aufgabe von Rechtsprechung darin sehen, die Einhaltung des Rechts zu überwachen. „Die Aufgabe der Rechtskontrolle läßt sich aber sinnvoll nur erfüllen, wenn die Erkenntnis des Rechts im Sinne der Richtigkeit soweit als möglich gewährleistet ist, denn nur bei richtiger Rechtserkenntnis ist die für die Verwirklichung des Rechtsstaates unverzichtbare Effektivität des Rechts zu erreichen“.¹⁵³ Deshalb sieht die Verfassung „institutionelle Richtigkeitsgewährleistungen“ vor.¹⁵⁴ Dazu zählt der richterliche Status und die grundrechtliche Überformung des Gerichtsverfahrens (bspw. Art. 103 Abs. 1 GG). Der Staat hat „Gewähr für richtige Rechtserkenntnis zu tragen“, weil die „Sozialbeziehungen unter der Herrschaft des Rechts stehen“.¹⁵⁵ Eine solche institutionelle Richtigkeitsgewährleistung ist nicht nur der Status des Richters, sondern auch die Mitwirkungsbefugnisse des Rechtsanwalts.¹⁵⁶ Denn er hat eine juristische Qualifikation „auf völlig gleicher Stufe“¹⁵⁷ wie der Richter (vgl. § 4 Nr. 1 BRAO). Das französische Recht setzt hingegen auf eine strengere Fortbildungspflicht für Anwälte, deren Legitimation auch in der Mitwirkung an der Rechtskontrolle liegt und deren Ausgestaltung sich an der Funktion messen lassen muss. Dies gilt für die Rechtsdienstleistung insgesamt und nicht nur die Rechtspflege i. e. S. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 RDG ist der Schutzzweck dieses Gesetzes dann auch der Schutz der Rechtsordnung. Das gerät aber in die Nähe von Plattitüden, wenn der Gesetzgeber vom Recht als „höchstrangiges Gemeinschaftsgut“ spricht, das „grundsätzlich nicht in die Hände unqualifizierter Personen gelangen dürfe, da es als ‚gelebtes Recht‘ maßgeblich durch die Personen beeinflusst und fortentwickelt wird, die Recht beruflich anwenden.“¹⁵⁸ Der richtige¹⁵⁹ Gedanke liegt darin, dass Rechtsfindung und auch die Rechts(fort)bildung wesentliche Funktionen der Gerichte sind, bei deren Erfüllung sie auf die Mitwirkung eines Rechtsanwalts angewiesen sind.¹⁶⁰ Dies wird beim nun darzustellenden dialogischen Element deutlich.

b) Rechtsprechung als Dialog

Bei anderen Autoren steht der „unparteiische Dritte“, der „unabhängig von Weisungen das streitige Recht allein mit den Mitteln und Methoden des Rechts erkennt

¹⁵³ M. Wolf, ZZP 99 (1986), 361 (371).

¹⁵⁴ M. Wolf, ZZP 99 (1986), 361 (371).

¹⁵⁵ M. Wolf, ZZP 99 (1986), 361 (372).

¹⁵⁶ So auch Stürner, JZ 1986, 1089 (1090).

¹⁵⁷ [v.] Gneist, Freie Advocatur, S. 53 (mit Kritik an einer abweichenden Praxis in bestimmten Territorien).

¹⁵⁸ BT-Drs. 16/3655, S. 45.

¹⁵⁹ Deckenbrock, in Deckenbrock/Henssler, § 1 RDG Rn. 12; ablehnend Römermann, in: BeckOK-RDG, § 1 Rn. 26 ff.

¹⁶⁰ Ch. Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 RDG Rn. 11; auch Pinat, Le discours de l’avocat devant la Cour de Cassation, S. 192 ff. Rn. 247 ff.; anders wohl (für die am BGH zugelassenen) Anwälte Heinrichs, Freiheit der Advokatur, S. 215 ff., der jedoch diese Funktion als Konflikt mit der Interessenwahrungspflicht für den Mandanten begreift, was damit nicht intendiert ist.

und feststellt“,¹⁶¹ im Fokus der Definition. Unparteilichkeit setze aber Zweckfreiheit (neben der Streitentscheidung durch Rechtserkenntnis) voraus, d. h. die Parteien müssen dem Verfahren „den sozialen Sinn“ geben, indem sie Zwecke verfolgen. Die Parteien transformieren ihre außerrechtlich artikulierten Interessen und Wertungen in die Frage nach Recht und Unrecht.¹⁶² Rechtsfindung sei „nicht allein eine Frage richterlicher Voten und Beratung, sondern auch eine Auseinandersetzung, die zwischen allen Verfahrensbeteiligten im öffentlichen Gerichtssaal mit Blick auf den konkreten Streitgegenstand geführt wird.“¹⁶³ Das rechtliche Gehör der Parteien (Art. 103 Abs. 1 GG) ist deshalb auch konstitutiv für die grundgesetzliche Rechtsprechung.¹⁶⁴ Dem Rechtsanwalt kommt in einem solchen Verständnis eine zentrale und unverzichtbare Rolle zu.¹⁶⁵ Bei *Smid* spielt der Rechtsanwalt als Teil der vorsorgenden Rechtspflege eine wichtige Rolle; er ist der erste Richter der Parteien im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung und kann sie vermeiden.¹⁶⁶ Aber auch vor Gericht gilt dies. Art. 103 Abs. 1 GG reagiert darauf, dass der Inhalt einer Rechtsnorm sich nicht einfach dem Gesetz entnehmen lässt,¹⁶⁷ sondern mit *Arndt* als „immerwährendes Geschehen“¹⁶⁸ beschrieben werden kann. „Vor Gericht bilden die von den Prozeßbevollmächtigten vertretenen Positionen die These und Antithese, welche die richterliche Synthese erst möglich macht“¹⁶⁹. Rechtsanwalt und Gericht arbeiten also zusammen.¹⁷⁰ Das BVerfG hat diesen Befund für die Tätigkeit der beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte geteilt, wenn es auf die „besonderen Kenntnisse sowie ihrer allgemein hohe juristische Qualifikation“ abstellt, die den beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt in die Lage versetzen, durch „Beiträge zu den gerichtlichen Verfahren, erforderlichenfalls auch

¹⁶¹ *Smid*, Rechtsprechung, S. 393.

¹⁶² *Smid*, Rechtsprechung, S. 343 ff.; s. auch aus der Psychologie *Barbou*, L'art de plaider en défense aux assises: analyse dialogique et argumentative d'une technique sociale du sentiment: le cas de l'affaire Courjault, S. 135 f.

¹⁶³ *Bumke*, NJW 2021, 1366 (1369); so auch die für die Cour de Cassation entwickelte Konzeption bei *Pinat*, Le discours de l'avocat devant la Cour de Cassation, S. 215 ff. Rn. 282 ff., wonach der Avocat den Rahmen für die richterliche Entscheidung determiniert.

¹⁶⁴ *Smid*, Rechtsprechung, S. 343.

¹⁶⁵ *Smid*, Rechtsprechung, S. 343; s. auch *Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 18 f.

¹⁶⁶ S. auch *Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 16; empirisch schon *Wasilewski*, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, S. 91 ff. (dort Zusammenfassung und Ergebnisse); spezifisch für die Avocats aux Conseils *Pinat*, Le discours de l'avocat devant la Cour de Cassation, S. 31 Rn. 13.

¹⁶⁷ *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 423; *ders.*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 17 ff.; *Rüping*, Rechtliches Gehör und Strafverfahren, S. 155 f., allerdings inkonsequent, weil ein Anspruch auf ein Rechtsgespräch abgelehnt wird; wie hier wohl auch *Crozé*, in: Études Normand, S. 136.

¹⁶⁸ *Arndt*, NJW 1959, 6 (7).

¹⁶⁹ *Krämer*, NJW 1995, 2313 (2317).

¹⁷⁰ *Arndt*, NJW 1959, 6 (7) mit dem Bild der „Arbeitsgemeinschaft“, die durch Parteien und Gericht gebildet wird; i. E. auch *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 104 Rn. Rn. 64 m. w. N. („gardien de la motivation“ und „créateur du droit“); s. auch rechtstheoretisch ausführlich begründet *Pinat*, Le discours de l'avocat devant la Cour de Cassation, S. 192 ff. Rn. 247 ff. („discours spécialement destiné à la Cour de Cassation“).

durch kritische Einwände, die Weiterentwicklung der Rechtsprechung sichern und voranbringen“¹⁷¹ zu können. Es geht also auch um die über die Rechtsanwendung hinausgehende Rechtsbildung¹⁷². Diese Erwägungen kann man aber von den beim BGH zugelassenen Rechtsanwälten lösen und auf jede anwaltliche Tätigkeit vor einem Gericht übertragen.¹⁷³ Als Organ der Rechtspflege nimmt er den geforderten Transformationsprozess der parteiischen Zwecke vor. Hierbei spielt seine trotz der Parteilichkeit bestehende Unabhängigkeit, auch vom Mandanten, die entscheidende Rolle, denn nur aufgrund ihr kann er den Richter von den Emotionen und Interessen „entlasten“.¹⁷⁴

c) Rechtsprechung als neutrales Verfahren

Vofßkuhle hat an diese beiden Elemente mit seinem Modell der grundgesetzlichen Rechtspflege angeknüpft. Ausgangspunkt ist der Charakter der Rechtsprechung als Verfahren,¹⁷⁵ der aus dem Wortlaut („Recht sprechen“) sowie der legislatorischen Entscheidungen, „Modalitäten der Erledigung und Absicherung“ festzulegen, folgt.¹⁷⁶ Um Rechtsprechung zutreffend zu beschreiben müsse man Organe, Arbeitsabläufe und Wirkungszusammenhänge gleichermaßen abbilden. Der Richter und der Verfahrensbetroffene sind die zentralen Akteure dieses Verfahrens. Die Rolle des Richters ist es, einen objektiven Entscheidungsfindungsprozess zu leiten, wie ihn rechtsstaatliche und gleichheitsrechtliche Verbürgungen verlangen.¹⁷⁷ Neben objektive Komponenten der richterlichen Neutralität treten auch subjektive, die sich mit dem Begriff der inneren Unabhängigkeit bezeichnen lassen. Die richterliche Funktion wird durch die zugleich objektiv-rechtliche Verfassungsentscheidungen darstellenden Rechte der Verfahrensbetroffenen (Art. 103 Abs. 1 GG, Recht auf ein faires Verfahren und Waffengleichheit) inhaltlich geformt,¹⁷⁸ denn die Verfassung gebietet dem Richter korrespondierende Verhaltenspflichten. Die Verfahrensbetroffenen sind also Akteure. Beide Rollen bedürfen der Sicherung; die Verfassung sieht solche vor. Der Richter ist bei der Streitentscheidung an Recht und Gesetz gebunden. Diese Streitentscheidung erfolgt in einem formalisierten,

¹⁷¹ BVerfG-K, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 1295/07, NJW 2008, 1293 (1295) – Auswahlverfahren Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim BGH.

¹⁷² *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 92 ff.; s. auch *Pinat*, Le discours de l’avocat devant la Cour de Cassation, S. 196 ff. Rn. 255 ff.

¹⁷³ Vorsichtiger *Pinat*, Le discours de l’avocat devant la Cour de Cassation, S. 33 f. Rn. 17.

¹⁷⁴ Vgl. hierzu später Kap. 1, § 2, A., II., S. 71 ff. – Auch *Pinat*, Le discours de l’avocat devant la Cour de Cassation, S. 12 f. Rn. 3 weist darauf hin, dass man die Mitwirkung des Avocats nicht aufgrund seiner Parteilichkeit negieren dürfe; vielmehr sei die Diskursrolle des Avocats mit der der Rechtswissenschaft vergleichbar, zur Prägung des Diskurses durch die Parteilichkeit s. auch S. 181 Rn. 227.

¹⁷⁵ Auch *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 88; *Crozé*, in: *Études Normand*, S. 131 ff.

¹⁷⁶ *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 94 f.

¹⁷⁷ Hierzu und im Folgenden *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 105 ff.

¹⁷⁸ Anders *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, S. 166.

sachfremden Einfluss ausschließenden Verfahren.¹⁷⁹ Er ist an Recht und Gesetz gebunden. Die Bindung an das Gesetz verlangt (im Regelfall¹⁸⁰) den professionalisierten, rechtsgelehrten Richter. Auch wenn *Voßkuhle* die Rolle des Rechtsanwalts in seinem Modell nicht erwähnt, fügt sie sich bruchlos in dieses ein. Sie dient zudem der Sicherung beider Akteure – der Stellung des Richters wie der Partei.¹⁸¹ Seine Mitwirkung und auch der in bestimmten Verfahren angeordnete Anwaltszwang¹⁸² schützen (auch¹⁸³) die Objektivität des Verfahrens.¹⁸⁴ Er ist Puffer¹⁸⁵ zwischen dem objektiven Gericht und der leidenschaftlichen Partei. Zugleich kontrolliert der Rechtsanwalt das Gericht,¹⁸⁶ denn er mahnt den Richter, „seine Erkenntnisse nur auf dem engen justizförmigen Wege zu gewinnen und sachlich ständig wieder in Frage zu stellen“.¹⁸⁷ Die Freie Advokatur zielte auf die Herauslösung des Rechtsanwalts aus den Fesseln des Beamtentums, um damit einen Gegenspieler zu den Gerichten, die die Gestalt eines „brutalen Herrschaftsinstruments“ angenommen hatten, zu etablieren.¹⁸⁸ Dieser Aufgabe kann der Rechtsanwalt genügen, weil er dem Richter in der juristischen Qualifikation nicht nachsteht.¹⁸⁹ So wie der rechtsgelehrte Richter dem Idealbild entspricht,¹⁹⁰ hat die Geschichte die Vertretung durch Laien nachhaltig diskreditiert.¹⁹¹ Aber der Rechtsanwalt kontrolliert nicht nur das Gericht dahingehend, ob es den verfassungsrechtlichen Forderungen

¹⁷⁹ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 121.

¹⁸⁰ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 126.

¹⁸¹ S. auch i. E. so *Ahrens*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 44 Rn. 1232.

¹⁸² Vgl. *Stürner*, JZ 1986, 1089 ff.

¹⁸³ BVerfG-K, Beschl. v. 12.5.1993 – 1 BvR 582/93, NJW 1993, 3192 sieht den Normzweck des § 78 ZPO darin, „den Gerichten die Terminierung zu erleichtern, Gericht und Anwaltschaft zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zu verbinden sowie die Zusammenballung der Mandate bei einer kleinen Zahl ‚ambulant‘ tätiger Anwälte zu verhindern, um dadurch ein regional verteiltes, flächendeckendes Angebot anwaltlicher Dienstleistungen sicherzustellen.“; dass der Anwaltszwang keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wurde bereits davor (knapp) durch BVerfGE 74, 78 (93) festgehalten.

¹⁸⁴ *Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 18 f.; *Zuck*, JZ 1993, 500 (506 f.).

¹⁸⁵ *Zuck*, JZ 1993, 500 (506).

¹⁸⁶ [v.] *Gneist*, Freie Advocatur, S. 55; *Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 20; *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (3).

¹⁸⁷ *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1388).

¹⁸⁸ *Reifner*, NJW 1984, 1151 (1154); zur Kontrollaufgabe des Anwalts *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 90 f.

¹⁸⁹ *Stürner*, JZ 1986, 1089 (1090); *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 147.

¹⁹⁰ Das Grundgesetz enthält jedoch kein Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit: Wenn die Parteien von ihrer in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Schiedsfreiheit Gebrauch machen, können sie auch juristische Laien als Schiedsrichter benennen. Freilich stellt die Verfassung Anforderung an den Abschluss der Schiedsvereinbarungen, weil hierdurch der Justizgewährungsanspruch ausgeschlossen wird (s. zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Schiedsfreiheit und ihren Grenzen jüngst BVerfG-K, Beschl. v. 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16, Rn. 39 ff. – Pechstein).

¹⁹¹ [v.] *Gneist*, Freie Advocatur, S. 53. – *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 91 sieht die Rolle des Anwalts in der Schweiz für umso wichtiger, weil Laienrichter in der ersten Instanz mitwirken können, was in Frankreich bei den Cours d’assises gleichermaßen der Fall ist.

gen genügt, sondern er organisiert Kontrolle durch das Gericht.¹⁹² Damit der Verfahrensbeneficiäre seine Mitwirkungsrechte aus Art. 103 Abs. 1 GG nutzen kann, bedarf er des Beistands durch den Rechtsanwalt. Der Grund ist, dass Rechtsprechung ein selektives und gerade kein offenes Verfahren sei.¹⁹³ Dieser „schmale soziale Kontext, in dem dieses Verfahren abläuft, ermöglicht es dem Richter als omnipotenten Verfahrensleiter, konfliktlösend tätig zu sein. Die Akzeptanz seiner Tätigkeit beruht eben auf dieser Reduktion“.¹⁹⁴ Dies betrifft die Rolle des Verfahrensleiters, den Verfahrensgegenstand und den Verfahrensablauf. Diese Aspekte des Verfahrens werden kraft Verfassung „Selektionsgeboten“ unterworfen. Der Richter als Verfahrensleiter kann über den Verfahrensgegenstand nicht selbst disponieren; er ist passiv und muss warten, dass die Parteien einen Konflikt vor ihn bringen. Aber auch der soziale Konflikt selbst unterliegt dem Selektionsgebot. Das Verfahren ist stark formalisiert und lässt keinen Raum für informelle Absprachen, um die richterliche Objektivität zu wahren. Es dient dazu, den Konflikt mittels „rigider Abschichtung [...] relativ schnell und rationalitätsfördernd zu verarbeiten“¹⁹⁵. Diese Selektionsfähigkeit des Verfahrens ist ohne Mitwirkung des Rechtsanwalts nicht zu leisten.¹⁹⁶ Die begrenzte Rolle des Richters hindert diesen, von Amts wegen tätig zu werden; seine Anrufung setzt also das Bewusstsein eines Betroffenen seines Rechts voraus. Der Rechtsanwalt ist Akteur der Mobilisierung des Rechts¹⁹⁷ und löst im Vorfeld des Prozesses die Rechtsfragen aus dem sozialen Konflikt heraus. Entweder führt der Rechtsanwalt damit den Konflikt durch seine Beratung einer Auflösung zu oder er sorgt dafür, dass der Richter als Verfahrensleiter diese „Transformation“ des sozialen Konfliktes in eine Rechtsfrage nicht mehr vornehmen muss. In diesem Sinne ist der Rechtsanwalt Organ der Rechtspflege und *auxiliaire de justice*.

2. Anteil des Rechtsanwalts und *Avocats* am Resultat der rechtsprechenden Staatsfunktion

a) Gesellschaftliche Befriedung

Gerichte sind von der übrigen Staatsgewalt abgetrennte Einrichtungen. Sie sind, weil der Bürger auf die Selbsthilfe verzichtet und das staatliche Gewaltmonopol respektiert, in seinem Interesse geschaffene Äquivalente hierfür.¹⁹⁸ Als Kehrseite

¹⁹² Diese Differenzierung auch bei *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 147.

¹⁹³ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 128.

¹⁹⁴ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 128.

¹⁹⁵ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 130; s. auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 104.

¹⁹⁶ Vgl. *Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 19; auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 67 f., 103 (dort auch Fn. 7 spezifisch für den Rechtsanwalt).

¹⁹⁷ *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 47 ff.

¹⁹⁸ Vorsichtiger *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S. 59 f., weil die Rechtsschutzgewährung wohl nicht zwingend durch Gerichte zu erfolgen habe.

der rechtsprechenden Staatsfunktionen besteht deshalb im Privatrecht die Pflicht des Staates zur Justizgewähr. Doch damit dieser Handel für den Bürger akzeptabel ist, muss die Organisation der Justizgewähr bestimmten Anforderungen genügen. Dies stellt Anforderungen an das Gericht. Vor allem muss es sich auf fairen und konstruktiven Streit einlassen, wenn seine Entscheidung befrieden soll.¹⁹⁹ Dem Rechtsanwalt kommt gleichsam eine wichtige Rolle bei der Akzeptanz zu.²⁰⁰ Rechtssoziologische Untersuchungen haben herausgearbeitet, dass Kontrolle und Mitwirkung darüber entscheiden, ob jemand den Ausgang eines Verfahrens als fair empfinden kann.²⁰¹ Diese Erkenntnis ist für die Auslegung des Art. 103 Abs. 1 GG von zentraler rechtlicher Bedeutung. Hierin liegt der individualrechtliche Daseinszweck dieses Grundrechts. Man kann das als fair empfundene Verfahren vom Ergebnis aus betrachten: Ihm gelingt es regelmäßig materiell richtige Ergebnisse hervorzubringen. Zum anderen ist ein faires Verfahren geeignet, die Maßstäbe zur Beurteilung dessen, was ein gerechtes Ergebnis ist, herauszubilden.²⁰² Dies ist ein instrumentelles Verständnis des Verfahrens. Man kann das Verfahren aber auch als Selbstzweck betrachten; Teilnahme und Mitwirkung seien aus sich heraus Werte, ohne ihre Relevanz für das Ergebnis zu betonen. *Röhl* nennt folgende Beispiele: Wer am Ende einer öffentlichen Hauptverhandlung freigesprochen wird, sei gleichwohl „gestraft“. Trotz dieses Ergebnisses könne die Verweigerung von Gehör als unfair empfunden werden.²⁰³ Jedenfalls kommt dem Verfahren eine mitlegitimierende Funktion der Entscheidung zu.²⁰⁴ Dabei kann der Rechtsanwalt, wenn Versuche des Gerichts, seine Entscheidung zu begründen scheitern, versuchen, seinem Mandanten die Motive des Gerichts nahezubringen, damit er seinen Standpunkt revidieren und der von ihm erst abgelehnten Entscheidung aus Überzeugung zustimmen kann.²⁰⁵ Der Rechtsanwalt gibt dem Mandanten die Chance, der sozialen Isolation, die aus der Wahl, die Entscheidung nicht zu akzeptieren, folgt, zu entgehen und „auf eine solche negative Identität festgelegt“ zu werden.²⁰⁶ Das Verfahren will Akzeptanz, wenn auch nicht unbedingt aus innerer Überzeugung des Verlierers, schaffen. Auf realen Konsens kommt es nicht

¹⁹⁹ *Hauriou*, Précis de droit administratif, S. 671 Rn. 539; *Favoreu*, Du déni de justice en droit public interne, S. 558; *Deckers*, BlnAnwBl. 2021, 304 (304).

²⁰⁰ *Triepel*, in: FS Binding II, S. 25; *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 198 Rn. 129; zu Akzeptanz als Ziel der Rechtsprechung *Vofßkuhle*, in: Justiz und Justizverwaltung, S. 40.

²⁰¹ *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (9 ff.) m. w. N. aus dem anglo-amerikanischen Schrifttum und zur Frage, inwieweit rechtskulturelle Vorprägungen der Probanden zugunsten des amerikanischen Prozesses diese Ergebnisse beeinflusst haben könnten. *Röhl* weist darauf hin, dass es nicht um eine Präferenz für den realen amerikanischen oder französischen Prozess ging, sondern inwieweit bestimmte Elemente Wertschätzung erfuhren. (S. 14).

²⁰² *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (17).

²⁰³ *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (17 f.).

²⁰⁴ Grundlegend *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 56 ff.; *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (19).

²⁰⁵ Kritisch zu einer solchen Perspektive auf Verfahrensgerechtigkeit *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (16).

²⁰⁶ Hierzu und im Folgenden *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 117 ff.

an. Es will eine Rebellion gegen das Ergebnis im Keim ersticken. *Röhl* hat diesen Gedanken in folgendem Bild zusammengefasst: Wer sich aus freien Stücken auf ein derartiges Verfahren einlässt, „hat damit im Grunde schon das Ergebnis akzeptiert. Das Verfahren ist wie eine Rutschbahn, die man nicht mehr verlassen kann, bevor man ins Wasser fällt. Ist das Wasser kalt, entspricht also die Entscheidung nicht den Hoffnungen und Erwartungen, würde ein Protest doch ungehört verhallen. Es bleibt nur noch Dissonanzreduktion.“²⁰⁷ Misslingt dies, kann die Zuweisung der Verantwortung zum Richter, Zeugen oder auch dem unfähigen Anwalt dem Mandanten erleichtern, die Entscheidung zur Grundlage seines Handelns zu machen.²⁰⁸

b) Fehlende Mitwirkung des Rechtsanwalts und Avocats

Die Thematik ist populärwissenschaftlich in „Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich: Die neue Klassenjustiz“ von *Steinke* einem breiteren Publikum in Erinnerung gerufen worden:²⁰⁹ Nur 10 % der Angeklagten bekommen einen Pflichtverteidiger bestellt; es sind in Deutschland einkommensschwache Menschen, die ohne Beistand vor dem Strafgericht erscheinen und dort Überforderung und Hilflosigkeit erleben. Die Folgen sind auch in einer strafrechtlichen Dissertation anekdotisch, ohne Anspruch auf Repräsentativität geschildert worden.²¹⁰ Der Autor besuchte 30 amtsgerichtliche Verhandlungen, in 25 waren die Angeklagten unverteidigt. Diesen Angeklagten gelang es nicht, dem Verfahren zu folgen, sich zu rechtlichen Aspekten strukturiert zu äußern und mit Gericht und Staatsanwaltschaft in einen Dialog über die Rechtsfolgen einzutreten. Sie konnten keine Einstellung des Verfahrens oder einen Freispruch aus Mangel an Beweisen erreichen. Es passt in dieses Bild, dass Zivilverfahren ohne Anwaltszwang in großer Zahl trotz des gesetzlichen Dispenses mit anwaltlichem Beistand geführt werden.²¹¹ Die fehlende Mitwirkung eines Rechtsanwalts verhindert, dass mögliche Legitimationsdefizite der Dritten Gewalt kompensiert werden. Diese ist eine „zwar gut versorgte, aber offene Wunde der Staatstheorie“.²¹² Wenn man erwägt partizipative Legitimationsmodelle ergänzend heranzuziehen,²¹³ kann nur bei anwaltlicher Mitwirkung hieran gedacht werden. Denn nur dann ist das Verfahren für den Betroffenen fair, weil seine Mitwir-

²⁰⁷ *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), 1 (20).

²⁰⁸ Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 112, der daher das schlechte Bild der Juristen als „relativ unschädliches Ventil“ bezeichnet.

²⁰⁹ *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich: Die neue Klassenjustiz, S. 29 ff., 35 ff.; s. auch *ders.*, DRiZ 2021, 326.

²¹⁰ Hierzu und im Folgenden *Kucharski*, Der unverteidigte Beschuldigte im Strafverfahren, S. 2 ff.

²¹¹ S. dazu die Zahlen bei *Toussaint*, in: MüKo-ZPO, § 79 Rn. 4; sehr kritisch zum französischen Zivilverfahren und der willkürlichen Aufspaltung in *jurisdiction de droit commun* („Anwaltsprozess“) und *jurisdiction d’exception*, bei der sich die Partei selbst vertreten kann, *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 272.

²¹² *Vofßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (674).

²¹³ S. *Vofßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (681 f.).

kung als Akteur zur Geltung kommt und er der Situation des Ausgeliefertseins entkommt.²¹⁴

B. Rechtsanwalt und Avocat als Träger von Grundrechten

In einem ersten Schritt muss erklärt werden, weshalb es gerechtfertigt ist, den deutschen Begriff des Grundrechts in einem französisch-verfassungsrechtlichen Kontext zu gebrauchen und welche Rechte durch die Gleichstellung mit dem deutschen Recht adressiert werden (dazu unter I.). Im Folgenden sollen die spezifischen Grundrechte des Anwalts kurz genannt sein, die im weiteren Verlauf der Arbeit behandelt werden (dazu unter II.). Im Anschluss hieran wird die These in den Raum gestellt, dass die Grundrechte des Anwalts aufgrund ihres sozialen Bezugs zur rechtsstaatlichen Funktion und zu den Grundrechten des Mandanten als „dienende Grundrechte“ zu charakterisieren sein könnten (dazu unter III.). Die Arbeit legt dabei den Schwerpunkt auf die nationalen Grundrechte. Allgemein kommt in der Praxis, vor allem aufgrund der fehlenden Verfassungsbeschwerde, der EMRK in Frankreich eine zentrale Bedeutung zu.²¹⁵ Deshalb wird punktuell auf sie eingegangen.

I. Der Begriff des Grundrechts bei einem deutsch-französischen Rechtsvergleich

Aus deutscher Sicht ist der Begriff des Grundrechts als Teil des Themas leicht verständlich. Bei der Lektüre des Grundgesetzes erschließt sich ohne weiteres, was und welche Rechte gemeint sind. Grundrecht ist eine genuin deutsche Terminologie, während das französische Verfassungsrecht mit der DDHC Menschenrechte kennt.²¹⁶ Gleichwohl neigt das französische Schrifttum inzwischen auch zur Charakterisierung eines Rechts (droit) oder einer Freiheit (liberté) als fundamental(e).²¹⁷ Andere Bezeichnungen weisen auf einen besonderen (verfassungsrechtlichen) Rang des Rechts hin, indem es als constitutionnellement protégé oder constitutionnellement garanti bezeichnet wird. Terminologische Festlegungen werden in wissenschaftlichen Arbeiten angesichts der Vielfalt als Risiko bezeichnet.²¹⁸ Die

²¹⁴ S. die Zusammenfassung der Eindrücke bei *Kucharski*, Der unverteidigte Beschuldigte im Strafverfahren, S. 11.

²¹⁵ Allgemein s. *Classen*, JöR n.F. 68 (2020), 213 (224f.); exemplarisch im Berufsrecht EGMR, Urt. v. 19.4.2018 – Nr. 41841/12, NJOZ 2018, 2019, 1453, AJ pénal 2018, 310 – Ottan/France, im Nachgang zu Cass. Civ. I, Urt. v. 5.4.2012 – Nr. 11-11.044, D. 2012. 1017.

²¹⁶ Statt vieler *Hochmann*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 361 f. Rn. 645. – Vielmehr stehen Kategorisierungen der Freiheiten nach ihrer „Generation“ bzw. Anciennität oft im Mittelpunkt, vgl. *Le Pourhiet*, *Droit constitutionnel*, S. 164 ff.

²¹⁷ *Gaillet*, in: FS CJFA, S. 182; Nachweise auch bei *Champeil-Desplats*, JP, Nr. 5, 2010, S. 1 ff. – Im Zuständigkeitsrecht war der Begriff bereits früh im Rahmen der voie de fait relevant, um die Reichweite des Rechtsprechungsprivilegs der Verwaltung zu bestimmen (CE, Sect., Urt. v. 8.4.1961 – Nr. 46746 – Dame Klein) und heute setzt der Eilrechtsschutz nach Art. 521-2 CJA eine liberté fondamentale voraus, die es durch den Verwaltungsrichter zu verteidigen gilt.

²¹⁸ *Gaillet*, in: FS CJFA, S. 173.

Unklarheit in der Terminologie wird vom Conseil Constitutionnel zusätzlich verstärkt. Er spricht zwar von „droits et libertés fondamentales“,²¹⁹ durch die Verwendung des Wortes „notamment“ lässt er jedoch erkennen, dass es für ihn keinen abschließenden Katalog an Grundrechten gibt.²²⁰ Bei vielen Freiheiten und Rechten ist also ungeklärt, ob sie ein Grundrecht sind bzw. überhaupt Verfassungsrang haben.²²¹

Eine weiterhin bedeutende Kategorie stellen die *libertés publiques* dar. Sie sind wichtig, um den Grundrechtsschutz in Frankreich zu verstehen. Publique dient nicht der Gegenüberstellung zu *privée*, sondern drückt aus, dass die Freiheit durch die öffentliche Gewalt anerkannt und eingerichtet wurde.²²² Sie sind einfachgesetzliche Freiheiten, die exekutive Machtausübung eindämmen sollen und deshalb dem Verwaltungsrecht zugeschrieben werden. Dem Einzelnen werden durch den Gesetzgeber Freiräume gegenüber der Verwaltung geschaffen, das Gesetz adressiert Unterlassungsgebote an die Verwaltung. Der Gesetzgeber eröffnet den Freiheitsraum und entscheidet souverän über Erweiterungen und Modifikationen.²²³ Die *liberté publique* unterscheidet sich vom Grundrecht (*droit fondamental*) dadurch, dass die Rolle des Gesetzgebers prominent beleuchtet wird. Sie denkt von Anfang an soziale und kollektive Dimensionen von Freiheit mit und überantwortet dem Gesetzgeber die Austarierung dieser Interessen.²²⁴ Insoweit bestehen Parallelen zur Einschätzungsprärogative und zum Wertungsspielraum des Gesetzgebers im deutschen Verfassungsrecht.²²⁵ Freiheit besteht im, nicht gegen das Gesetz.²²⁶ Dies wird heute noch in Art. 34 Verf. 1958²²⁷ deutlich, der (in der offiziellen Übersetzung des Conseil Constitutionnel) anordnet: „Durch Gesetz werden geregelt: die staatsbürgerlichen Rechte und die den Staatsbürgern *zur Ausübung ihrer Grundrechte gewährten grundlegenden Garantien* [...]“ (Hervorhebung nur hier). Dies weckt Assoziationen mit dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG oder

²¹⁹ CC, Entsch. v. 13.8.1993 – Nr. 93-325 DC, Rn. 3 – Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers nennt Freizügigkeit, Sicherheit, Ehefreiheit und Recht auf ein normales Familienleben; CC, Entsch. v. 10.6.1998 – Nr. 98-401 DC, Rn. 3 – Loi d’orientation et d’incitation relative à la réduction du temps de travail in Bezug auf Grundrechte des Arbeitnehmers und Angestellten, die aus Art. 4 DDHC folgen.

²²⁰ So auch *Meindl*, La notion de droit fondamental, S. 49 f.

²²¹ Tabellarischer Vergleich mit Deutschland bei *Meindl*, La notion de droit fondamental, S. 65.

²²² *Wachsmann*, Libertés publiques, S. 2 Rn. 2; *Gaillet*, in: FS CJFA, S. 168; *Rivero*, Libertés publiques I, S. 6 f. Rn. 8.

²²³ Zu Subventionen für Privatschulen und ihrer Bedeutung für die Lehrfreiheit *Rivero*, AJDA 1978, 565 (567).

²²⁴ *Champeil-Desplats*, JP, Nr. 5, 2010, S. 5 f.; *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 162 ff.; aus deutscher Sicht *Classen*, JÖR n. F. 68 (2020), 213 (230 f.).

²²⁵ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., III., S. 425 ff.

²²⁶ Grundlegend für die Reserve des Gesetzgebers CE, Avis v. 6.2.1953 – Nr. 60.497, RDP 1953, 170; s. *Braud*, La notion de liberté publique française, S. 413, der den Richter gezwungen sieht, ein Gesetz, das mit einer *liberté publique* unvereinbar ist, als Ausnahmegesetz wenigstens sehr restriktiv auszulegen.

²²⁷ Vgl. zu dieser Norm Kap. 3, § 1, B., II., 1., S. 254 ff.

der verfassungsrechtlichen Pflicht, Verfahrens- und Organisationsvorschriften zu erlassen, um das Grundrecht zu schützen. Die *libertés publiques* werden oft zu einer *liberté publique constitutionnellement garantie*.²²⁸ Eine Großzahl der traditionellen *liberté publique* ist heute mit Verfassungsrang ausgestattet und damit aus dem einfachgesetzlichen Rahmen herausgewachsen.²²⁹ Auf der anderen Seite firmieren historische *libertés publiques* wie die Pressefreiheit nicht als *liberté publique constitutionnellement garantie*, sondern als *droit fondamental*.²³⁰ Die Kategorie der *liberté publique* ist weiterhin wichtig, denn sie verhindert, die zentrale Rolle des Gesetzgebers (und der Fachgerichte) beim Grundrechtsschutz zu negieren.²³¹ Gleichwohl ist es gerechtfertigt, den Begriff des Grundrechts länderübergreifend zu gebrauchen.²³² Unter Umständen kann aus dem Charakter als *liberté publique* eine differenzierte Kontrolldichte des Conseil Constitutionnel folgen. Bspw. entsprach es langer Zeit einer verbreiteten Auffassung, dass nur eine *liberté publique* – nicht aber ein *droit fondamental* – mit einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet werden darf. Aus deutscher Sicht wäre dies eine schlichte Frage Angemessenheit,²³³ würde aber bereits jetzt dazu führen, die Existenz eines anwaltlichen Grundrechts im Ansatz zu verneinen oder die geltenden Berufszugangsregelungen für grundrechtswidrig zu halten. Denn natürlich ist der Beruf des *Avocats* nur legal auszuüben, wenn man beim *Barreau* eingeschrieben ist und den Eid vor der *Cour d'appel* geleistet hat.

II. Konkrete Grundrechte des Rechtsanwalts und *Avocat*

Weder das deutsche noch das französische Verfassungsrecht kennen ein spezifisches Grundrecht des Rechtsanwalts, wie es etwa für den forschenden und lehrenden Wissenschaftler und den Künstler in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG oder für den Medienschaffenden in den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG angelegt ist. Auch eine institutionelle Garantie der Unabhängigkeit besteht nicht.²³⁴ Damit sind die allgemeinen Vorschriften heranzuziehen. Dies ist aber auch der verfassungsrechtliche Normalzustand. Privilegien, die an den Status einer Person anknüpfen, bedürfen einer besonderen Legitimation vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes und des Sozialstaatsprinzips.²³⁵

²²⁸ Etwa CC, Entsch. v. 18.1.1995 – Nr. 94-352 DC – *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*; *Rivero*, *Libertés publiques I*, S. 11 f. Rn. 17.

²²⁹ *Champeil-Desplats*, JP, Nr. 7, 2012, S. 6.

²³⁰ CC, Entsch. v. 10./11.10.1984 – Nr. 84-181 DC, Rn. 78 – *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*; so für die einfachgesetzliche Vereinigungsfreiheit und die Freizügigkeit auch *Meindl*, *La notion de droit fondamental*, S. 76.

²³¹ *Wachsmann*, *Libertés publiques*, S. 5 Rn. 5; *Gaillet*, in: FS CJFA, S. 174.

²³² Vgl. auch *Hochmann*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 368 Rn. 658.

²³³ So auch *Classen*, *JöR* n. F. 68 (2020), 213 (217).

²³⁴ Gegen eine Änderung dieses Zustands *Rick*, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, S. 104 f.

²³⁵ Vgl. für die hier interessierenden Berufsgruppen *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999, 2 (2).

Wirtschaftliche Grundrechte: In Deutschland ist die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG von besonderer Bedeutung.²³⁶ Sie umfasst auch die berufsspezifische Vertragsfreiheit. In Frankreich ist die Entsprechung die *liberté d’entreprendre*, die zwar nicht in der Verf. 1958, aber in Art. 4 DDHC richterrechtlich geschützt wird, genau wie die *liberté contractuelle*.²³⁷ Verbinden sich mehrere Rechtsanwälte zur gemeinschaftlichen Berufsausübung wird über Art. 12 Abs. 1 GG hinaus noch Art. 9 Abs. 1 GG relevant. Allerdings ist festzustellen, dass der Erste Senat im anwaltlichen Gesellschaftsrecht der Vereinigungsfreiheit keine eigenständige Bedeutung zukommen lässt und anhand der Berufsfreiheit entscheidet.²³⁸ Auf Ebene des einfachen Gesetzes ist die Organisationsfreiheit dagegen von aktueller Relevanz und hat zur grundlegenden „Großen BRAO-Reform“ aus 2022 geführt.²³⁹ In Frankreich ist dieses Grundrecht weder in der Verf. 1958, noch in der DDHC geschützt. Es ist ein richterrechtliches *principe fondamental reconnu par les lois de la République* (PFRLR²⁴⁰). Weil der republikanische Gesetzgeber sie erstmals schützte und ihr Schutz seitdem fort dauerte, hat sie Verfassungsrang angenommen.

Kommunikationsgrundrechte: „Der Rechtsanwalt ist Vertreter einer rhetorischen Zunft“²⁴¹. Dies gilt insbesondere für den französischen *Avocat*. Damit richtet sich der Blick auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die auch den Vortrag von Tatsachen umfasst, die für die Rechtsfragen relevant sind. Allerdings ist ihre Bedeutung im deutschen Anwaltsverfassungsrecht durch eine am Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG aufgehängte Rechtsprechungslinie des

²³⁶ Auch der Schutz der wirtschaftlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts durch Art. 14 Abs. 1 GG kann von Bedeutung sein: Die Zulassung oder die durch die Berufsausübung aufgebaute Praxis kann als Eigentumsposition anerkannt werden: offengelassen von BGHZ 97, 204 (209 f.); anders aber bspw. (allerdings in Abwesenheit einer ausdrücklichen Berufsfreiheit) EGMR, Urt. v. 9.11.1999 – Nr. 37595/97 – Peter Döring/Deutschland im Fall eines ehemaligen DDR-Richters; EGMR, Urt. v. 22.5.2006 – Nr. 6213/03, NJW 2007, 3049 – Gerd Lederer/Deutschland im Fall eines Zulassungswiderrufs bei einem verbeamteten Hochschullehrer; an anwaltlichen Schriftsätzen kann wohl mittlerweile deutlich einfacher ein Art. 14 Abs. 1 GG zuzuordnendes Urheberrecht angenommen werden (HambOVG, Beschl. v. 20.9.2021 – 3 Bf 87/18, BRAK-Mitt. 2022, 55 – Informationszugang zu anwaltlichem Schriftsatz). – Aufgrund der restriktiven Rspr. des BVerfG zur berufsregelnden Tendenz kommt in bestimmten Konstellationen auch Art. 13 GG eine wichtige Rolle zu (hierzu *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 54 ff.).

²³⁷ Im an den angestellten Anwalt gerichteten Verbot einer *clientèle personnelle* sehen CA Angers, Beschl. v. 24.2.2012 – Nr. 11/02513 und Cass. Civ. I, Beschl. v. 24.4.2013 – Nr. 12-21.443 keine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie (Art. 17 DDHC), weil die Geltung des Verbots auf eine privatautonome Entscheidung zurückzuführen ist (die für den arbeitsrechtlich vorteilhafteren Status des angestellten Anwalts). – Hierzu auch Kap. 2, § 2, B., II., 2., b), dd), S. 190.

²³⁸ BVerfGE 141, 82 (120 Rn. 94) – Sozierung mit Apothekern; BVerfGE 135, 90 (124 Rn. 89) – Sozierung mit Patentanwälten; ausschließlich auf Art. 12 Abs. 1 GG stellt auch *Kleine-Cosack*, vor §§ 59b ff. BRAO Rn. 6 ab.

²³⁹ Zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses für die Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1072/17 zur doppelstöckigen Gesellschaft durch § 59i Abs. 1 S. 1 BRAO s. BVerfG-K, Beschl. v. 4.8.2022 – 1 BvR 1072/17, NJW 2022, 3146 (3147 Rn. 17); anders noch die Stellungnahme BRAK-Verfassungsrechtsausschuss Nr. 64 v. Dezember 2021.

²⁴⁰ Vgl. zu dieser Kategorie am Beispiel des Berufsgeheimnisses Kap. 3, § 1, B., IV., 3., c), aa), (1), S. 308 ff.

²⁴¹ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 68 ff.; v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 127 Rn. 37.

BVerfG nicht voll ausgeprägt. Art. 11 DDHC ist seinem Wortlaut nach eines der kostbarsten Menschenrechte überhaupt. Mangels einer Verfassungsbeschwerde kann der Conseil Constitutionnel sie jedoch für den Anwaltsberuf nicht konturieren. Diese Rolle übernimmt der EGMR über Art. 10 EMRK. Art. 11 DDHC kann jedoch womöglich als Kontrollmaßstab für Werberestriktionen dienen.

III. Dienende Freiheit des Rechtsanwalts?

Fraglich ist, ob die „grundrechtliche Spielaufstellung [...] so klar und schlicht“²⁴² tatsächlich ist. Das Grundgesetz weist dem Rechtsanwalt kein ausdrückliches Privileg im Sinne einer spezifischen Autonomieverbürgung zu. Gleichwohl ist bei den Freien Berufen, insbesondere auch beim Rechtsanwalt, die Berufsfreiheit eine besondere und nicht mit anderen durch dieses Grundrecht geschützten Berufen gleichzusetzen.²⁴³ Dies wird in Aussagen des BVerfG gelegentlich deutlich. „Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts“.²⁴⁴ *Mayen* hat zurecht das Gericht so verstanden, dass nicht jede von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübung, unter denen die anwaltliche nur eine von vielen wäre, der freien und unreglementierten Berufsausübung unterliegen soll.²⁴⁵ Sondern das Gericht hat eine spezifische Vorstellung von der *anwaltlichen* Berufsausübung. Die Begründung hierfür muss in der verfassungsrechtlich unmittelbar begründeten Gemeinwohlorientierung²⁴⁶ und der Betroffenheit von verfassungsrechtlich geschützten Gütern der Dienstleistungsempfänger gesucht werden. Weil der Staat vielmals die Angehörigen dieser Berufe in seine Daseinsvorsorge integriert bzw. sie ein Monopol für bestimmte Tätigkeiten haben, hat der Staat eine besondere Verpflichtung, Gefahren für die Dienstleistungsempfänger durch die Berufsträger zu unterbinden.²⁴⁷ Die anwaltliche Berufsausübung wird reguliert, um die Grundrechte des Mandanten zu schützen. Der Rechtsanwalt leistet „Dienst an diesen Rechtsgütern“.²⁴⁸ Des-

²⁴² So auch mit gewissen Zweifeln *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2893); gegen eine verfassungsrechtliche Sonderstellung der Freien Berufe aber *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 42.

²⁴³ *Gaier*, BRAK-Mitt. 2012, 142 (145); *Krämer*, NJW 1975, 849 (853): „Tätigkeit, die eben nicht nur Beruf i. S. von Art. 12 Abs. 1 GG ist“; womöglich auch *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 76, der erinnert, dass die Freien Berufe aus der Verfassung keine besonderen Freiheitsprivilegien ableiten können, zugleich aber auch die Freie Advokatur schutzverstärkend zu berücksichtigen sei.

²⁴⁴ BVerfGE 110, 226 (251 f.) – Geldwäsche.

²⁴⁵ *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (408).

²⁴⁶ Auch EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – Orde van Vlaamse Balies („Der besondere Schutz“) und EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – Nr. 12323/11, NJW 2013, 3423 (3427 Rn. 18) – Michaud/Frankreich („verstärkten Schutz“) sehen die anwaltliche Freiheit durch Jedermannsgrundrechte (Art. 7 GRCh und Art. 8 Abs. 1 EMRK) geschützt, verstärken sie aber aus funktionalen Gründen, weil, so beide Gerichte, den Rechtsanwälten in einer demokratischen Gesellschaft eine grundlegende Aufgabe übertragen wird.

²⁴⁷ Deutlich in BVerfGE 9, 338 (347) – Hebammenaltersgrenze.

²⁴⁸ *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32.

halb wird letztlich immer wieder die Parallele zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG für die anwaltliche Berufsfreiheit gesucht,²⁴⁹ um so die für ein Privileg notwendige textliche Verankerung zu überwinden. Ein solches Denken führt aber nicht zu einer Privilegierung der Anwaltschaft um ihrer selbst willen, denn, so hat es *Jaeger* formuliert, die Freiheiten bestehen um ihrer Funktion willen; garantiert werden „funktionale Privilegien, also Freiheiten, die der Funktionswahrnehmung dienen“.²⁵⁰ Wenn von „der“ anwaltlichen Berufsfreiheit die Rede ist, geht es um diese Funktionswahrnehmung. Zu untersuchen ist, wie diese Erkenntnis grundrechtsdogmatisch abgebildet werden kann. Dieser Dienst an den Rechtsgütern wird von *Kämmerer* als „selbst konstitutiv“ für das Grundrecht bezeichnet und soll deshalb „insoweit vom Grundrecht der Berufsfreiheit umschlossen“ werden.²⁵¹ Diese Formulierung drückt ein gewisses Unbehagen aus, die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts auf eine schlichte abwehrrechtliche Dimension zu reduzieren, die sich gegenüber kollidierendem Verfassungsrecht, das die Interessen des Rechtssuchenden oder die Interessen der Rechtspflege schützt, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Eingriffsrechtfertigung durchsetzen muss. Gleichwohl hat *Kämmerer* sich (relativ knapp) dagegen verwehrt, den spezifischen Bezug zum Mandanten- und Allgemeinwohlinteresse mit der dogmatischen Figur der dienenden Freiheit zu beschreiben.²⁵² Er ist damit (soweit ersichtlich) der erste im Schrifttum, der eine Übertragung dieser aus der mediengrundrechtlichen und hochschulverfassungsrechtlichen Debatte bekannten Kategorie auf die Berufsfreiheit von Freien Berufen dogmatisch erwogen hat.²⁵³ Eine solche denkbare Übertragung der dienenden Freiheit setzt voraus, dass man offenlegt, was unter dem Begriff überhaupt verstanden wird, obgleich gilt, dass der Begriff der dienenden Grundrechte „heute in der Grundrechtslehre einen festen Platz“²⁵⁴ hat. Eine Systematisierung als Kategorie – über die Anwendungsbeispiele aus der Judikatur und Ausführungen zu Einzelgrundrechten hinaus – hat vor allem *Burmeister* versucht. Er setzt dabei an der aus der schematischen Trennung von Staat und Gemeinschaft²⁵⁵ folgenden Unvereinbarkeit von Allgemeinwohlbelangen und menschlicher Freiheit an. Staatliche Kompetenz und individuelle, eigennützige Freiheitsentfaltung stünden sich gegenüber,²⁵⁶ auch wenn der Einzelne durch altruistische Veranlagung seine Grundrechte im Allgemeinwohlinteresse ge-

²⁴⁹ Vgl. (für die institutionelle Dimension der Berufsfreiheit) *Gaier*, BRAK-Mitt. 2012, 142 (145); *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1999, 2 ff.; anders wohl *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (476 f.).

²⁵⁰ *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (476 f.); so auch *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1999, 2 (3).

²⁵¹ *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32; ähnlich in der Formulierung zur anwaltlichen Verschwiegenheit auch BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

²⁵² *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32.

²⁵³ S. aber vorsichtig (im Kontext der anwaltlichen Werbefreiheit) v. *Lewinski*, in: *Hartung/Scharmer*, vor § 6 BORA Rn. 45; anders aber womöglich *ders.*, in: *Hartung/Scharmer*, § 6 BORA Rn. 18; s. auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411).

²⁵⁴ *H. H. Rupp*, JZ 2001, 271 (271).

²⁵⁵ Zu diesem Gegensatz als „Inbegriff unterschiedlicher Funktions- und Ordnungsstrukturen“ *H. H. Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *HdB StR I*, § 28 Rn. 29 ff.

²⁵⁶ So bereits *Hermes*, Grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten, S. 32 f.

brauchen kann.²⁵⁷ Der Grundrechtsgebrauch sei aber kein Dienst an der Gemeinschaft und bedarf, anders als die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, nicht der gesetzgeberischen Ausgestaltung. Gleichwohl verbietet „die Verfassungsordnung des freiheitlichen Rechtsstaates keinesfalls die ‚Verortung‘ von Allgemeinwohlaufgaben im gesellschaftlich-privaten Betätigungsbereich.“²⁵⁸ Es gibt also öffentliche Aufgaben, die aus der staatlichen Zuständigkeit herausgelöst und der grundrechtlich geschützten Sphäre zugewiesen wurden. Damit geht nicht die öffentliche Aufgabe auf den Grundrechtsträger über, dafür aber Handlungsmacht.²⁵⁹ Dieser „Systembruch“²⁶⁰ kann mit der Idee der dienenden Freiheit aufgelöst werden. Ihr Merkmal ist, dass die Eigennützigkeit, also die Verfolgung eigener Zwecke durch den Grundrechtsgebrauch, nicht die Daseinsberechtigung des Grundrechts ist, sondern die Zuordnung zum Grundrechtstatbestand in der Herstellung von Staatsferne ihren Sinn findet. Eine dienende Freiheit ist ein „inhaltlich determinierter Handlungsauftrag“.²⁶¹ Zum Teil wird daraus ein weitgehender Ausschluss von der Verfolgung privater Zwecke geschlussfolgert, doch erscheint dies keinesfalls eine zwangsläufige Konsequenz. Dienende Freiheit und Eigeninteresse schließen sich nicht aus, auch wenn vielmals der Verfolgung dieser Eigeninteressen durch die öffentliche Hand Grenzen gesetzt werden, um die Ziele mit der Inanspruchnahme des Privaten tatsächlich zu erreichen.²⁶² Die dienende Freiheit begründet für den Grundrechtsberechtigten keine Handlungspflichten.²⁶³ Für *Burmeister* ist eine dienende Freiheit also eine solche, die die „ungehinderte Ausübung von Befugnissen im Interesse eines besonderen verfassungsrechtlichen Schutzgutes des allgemeinen Wohls oder im Interesse der Verwirklichung des Rechts- oder Freiheitsstatus Dritter“²⁶⁴ gewährleistet. Sie grenzt sich gerade ab von einer Freiheit, „die die ungehinderte Ausübung von Befugnissen um des Einzelnen selbst willen“²⁶⁵ gewährleistet, bleibt jedoch zugleich auch Freiheit, weil sie etwas anderes als die zwangsweise Auferlegung öffentlicher Aufgaben auf Private oder eine Grundpflicht ist. Auch handelt es sich nicht um eine „gemeinsame Aufgabe“ von Staat und Individuum.²⁶⁶ Inhaltlich rückt die dienende Freiheit damit an ein Funktionsgrundrecht heran.²⁶⁷

²⁵⁷ Vgl. *H. H. Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HdB StR I, § 28 Rn. 37.

²⁵⁸ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 849.

²⁵⁹ Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 34, 426 ff.

²⁶⁰ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 850.

²⁶¹ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 851.

²⁶² *Burmeister*, in: FS Stern, S. 851.

²⁶³ So *Hermes*, Grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten, S. 52.

²⁶⁴ *Burmeister*, in: EMR-Dialog, S. 55; vgl. auch *H. H. Rupp*, JZ 2001, 271 (271).

²⁶⁵ *Burmeister*, in: EMR-Dialog, S. 55.

²⁶⁶ So zur Rundfunkfreiheit *Hermes*, Grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten, S. 78.

²⁶⁷ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht. – BVerfGE 59, 360 (377) – Schülerberater spricht bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG von einem fiduziarischen, dienenden Grundrecht; BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20, u. a., Rn. 144 – Nachweis einer Impfung gegen Masern spricht nur von einem dienenden Grundrecht. – Ein Verständnis des dienenden Grundrechts im Sinne eines treuhänderischen Grundrechts liegt im Folgenden allerdings zugrunde.

Der Begriff des Funktionsgrundrechts ist sicherlich terminologisch weniger „provokativ“, bleibt aber in seiner Abgrenzung zur bloßen Verfassungserwartung womöglich zu schwach. Man kann ihn zudem so verstehen, dass er das Grundrecht nur auf seine objektive Funktion reduziert und das Vorhandensein eines Normbestands gewährleistet. Die dienende Freiheit ist jedoch Freiheit in der Hand des Grundrechtsträgers und kann von diesem nicht gelöst werden.²⁶⁸ Deshalb soll für das deutsche Recht von einer dienenden Freiheit gesprochen werden. Das französische Verfassungsrecht hat eine solche Kategorie nicht ausgebildet, dort wird vielmehr von der sozialen Funktion der Grundrechte oder einer *liberté finaliste* gesprochen. Ob die anwaltliche Berufsfreiheit mit diesen Kategorien beschrieben werden kann, soll Gegenstand der Untersuchung sein.

§ 2: Kontext der Untersuchung

Das Grundgesetz hat, indem es den Status des Rechtsanwalts nicht geregelt hat, Schrifttum (dazu unter A.) und Rechtsprechung (dazu unter B.) – den Verfassungswie den Fach- und Berufsgewichten – die Aufgabe anvertraut, diese Leerstelle zu füllen. Beide haben sich dieser Aufgabe angenommen.

A. Das Thema im Kontext des Schrifttums

I. In Deutschland

Schneider hat bereits 1976 eine die Diskussion prägende Dissertation zur verfassungsrechtlichen Position des Rechtsanwalts vorgelegt.²⁶⁹ Seinerzeit musste die Anwendbarkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit auf Rechtsanwälte noch argumentativ verteidigt werden gegenüber Bestrebungen, mittels der Figur des „staatlich gebundenen Berufes“ und der Eigenschaft als „Organ der Rechtspflege“, Art. 33 GG Maßstäbe zu entnehmen. Die Arbeit von *Rick* (1998) interessierte sich neben der Berufsfreiheit auch für die Beistandsgarantie zugunsten des Mandanten, die institutionelle Dimensionen des Grundrechtsgebrauchs und eine Institutionalisierung der Anwaltschaft als solcher.²⁷⁰ Heute wird wohl kaum eine anwaltsrechtliche wissenschaftliche Arbeit geschrieben, die nicht in einem verfassungsrechtlichen Kapitel die berufsfreiheitlichen Maßstäbe aus der Judikatur des BVerfG zu diesem einzelnen Problem darstellt. Nicht selten wird jedes Ge- oder Verbot, das sich an den Berufsträger richtet, als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff

²⁶⁸ *Badura*, in: *Jhrb. Bitburger Gespräche* 2007/I, S. 12; *ders.*, JA 1987, 180 (181); deutlich auch bei *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1132 f.), der von einer dienenden Kunstfreiheit spricht und ihr einen demokratiefunktionalen Schutzzweck zuschreibt, ohne das individualrechtliche Schutzzugut zu relativieren.

²⁶⁹ *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*.

²⁷⁰ *Rick*, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*.

behandelt.²⁷¹ Dem liegt (unausgesprochen) die Annahme einer liberalen Grundrechtstheorie zugrunde, was aber in dieser Schlichtheit zweifelhaft erscheint. Aktuelle Herausforderungen durch den „außerberufsrechtlichen Regulierungszugriff“²⁷² nicht nur des nationalen Gesetzgebers lassen Zweifel aufkommen, ob eine individuell-berufsfreiheitliche Perspektive ausreichend ist, um die mit derartigen Gesetzesvorhaben verbundenen systemischen Verschiebungen bei der anwaltlichen Freiheit abzubilden. In jüngerer Zeit hat *Ch. Wolf* diesen Fokus auf Art. 12 Abs. 1 GG in Zweifel gezogen und vielmehr Art. 103 Abs. 1 GG als zentrale Vorschrift des Anwaltsverfassungsrechts propagiert.²⁷³ Damit geht auch ein grundrechtlicher Perspektivwechsel einher, der weg führt vom berufsfreiheitlich legitimierte und unternehmerisch denkenden modernen Freiberufler und (wieder?) hin zu einem Rechtspflegeorgan, aber vor allem hin zu den Grundrechten des Mandanten. Damit riskiert man aber, dass ein großer Teil der anwaltlichen Tätigkeit, der ja in der von konkreten Rechtsstreitigkeiten losgelösten Beratung und Vertragsgestaltung besteht, in seiner Bedeutung für die anwaltliche Berufsausübung negiert wird. Eine solche Auffassung wirft zudem die Frage nach der Abstimmung mit der anwaltlichen Grundrechtsposition auf – *Arndt* hatte noch Art. 103 Abs. 1 GG als anwaltsgrundrechtsexkludierende Norm verstanden.²⁷⁴ Dies kann aufgrund der Gewährleistungen der Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wiederum auch nicht richtig sein. Kommt es dann jedoch zu einer Grundrechtskollision zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG?

II. In Frankreich

Der verfassungsrechtliche Status des *Avocats* ist ein rechtspolitisches Thema von dauerhafter Aktualität, dem sich das wissenschaftliche Schrifttum nur zögerlich annimmt. Auch die von *Noto-Jaffeux*²⁷⁵ verfasste und für die Untersuchung sehr gehaltvolle 2022 erschienene Monografie zur Unabhängigkeit des *Avocats* bleibt in verfassungsrechtlicher Hinsicht trotz eines Umfangs von 850 Seiten erstaunlich blass. Art. 16 DDHC als Schutz der *droits de la défense* und auch die Redefreiheit werden erwähnt, aber es stehen andere Rechtsquellen im Mittelpunkt, wenn die Autorin den Freiheitsraum des *Avocats* abmisst. Dies ist zum einen punktuell die EMRK, aber vor allem die *déontologie*. Dies liegt daran, dass sie historisch die Freiheit des *Avocats* als Ergebnis des vertraglichen Zusammenschlusses zur Selbstverwaltung nachzeichnet und die Rolle des *Ordre* für die Unabhängigkeit des einzelnen Anwalts womöglich so überbetont.²⁷⁶ Diese sehr traditionelle, der Vergangenheit (unverhältnismäßig) viel Bedeutung beimessende Perspektive auf

²⁷¹ Jüngst etwa dezidiert *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 113.

²⁷² *Uwer*, AnwBl. Online 2019, 327 ff.

²⁷³ *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 414 ff.; s. aber schon *Krämer*, NJW 1975, 849 (850).

²⁷⁴ Vgl. *Arndt*, NJW 1967, 1331 f.

²⁷⁵ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat.

²⁷⁶ Vgl. zur Abbildung der Bedeutung der Selbstverwaltung im Rahmen des Grundrechts

anwaltliche Freiheit droht die realen Unterschiede der Anwaltschaft im 18. Jahrhundert und jener im 21. Jahrhundert einzuebnet, aber vor allem die veränderten konstitutionellen Rahmenbedingungen aus dem Blick zu verlieren bzw. sie vor-schnell (stillschweigend) für irrelevant zu erklären. Das verfassungsrechtliche Desinteresse im französischen Schrifttum erstaunt umso mehr, denn die Judikatur des Conseil Constitutionnel zum Recht auf einen Avocat steht wie wenige für Hinweise auf eine Entwicklung zu einem veritablen Verfassungsgericht. Nicht nur nutzte er hier sehr früh das Normenkontrollverfahren QPC, sondern hat bei diesem Thema, bei aller berechtigten sonstigen Kritik an dieser Institution, couragierte Entscheidungsfreude gegenüber den übrigen Gewalten gezeigt. Die Bedeutung des Conseils wird in der Untersuchung des verfassungsrechtlichen Status des Avocats von *Carrère* deutlich, der sich stark an Judizien des Conseils orientiert und sich der Querschnittshaftigkeit des „droit constitutionnel de l’avocat“ bewusst ist. Dieser rechtsgebietsübergreifende Ansatz ist, soweit ersichtlich, jedoch singulär geblieben, denn das Gros der Judizien des Conseils betraf strafprozessuale Vorschriften, die vor allem das strafrechtliche Schrifttum interessierten. Das Thema leidet daher unter der – im Vergleich zu Deutschland – ausgeprägten Spezialisierung von Rechtswissenschaftlern, die sektorielle Untersuchungen begünstigt.²⁷⁷ Das Berufsrecht als Rechtsgebiet ist zudem in Frankreich, da Rechtspraxis und Rechtswissenschaft wenig Berührungspunkte aufweisen, akademisch insgesamt spärlich beleuchtet und wenn, zumeist Thema des privatrechtlichen Diskurses, ohne dass die administrative Seite, verkörpert durch die vom Ordre ausgeübte *puissance publique*, berücksichtigt wird.²⁷⁸ Ein faktischer Grund für dogmatische Zurückhaltung ist sicherlich auch die Rechtswegzersplitterung im Berufsrecht: Die traditionelle Rolle der Zivilgerichte wurde durch die Rechtsetzungsbefugnis des CNB zurückgedrängt, als das Tribunal des conflits dessen Kontrolle dem Conseil d’État zuwies. Beide Gerichte denken das anwaltliche Berufsrecht aber in ihrer Logik und erklären es in ihrer eigenen Sprache. Der gemeinsame Nenner für beide ist mangels Verfassungsbeschwerde nicht die DDHC, sondern die Mindeststandards verbürgende EMRK, der dann auch im französischen Schrifttum eine beachtliche Bedeutung zukommt. Bspw. hat *Wachsmann*²⁷⁹ in einem viel rezipierten Beitrag die Rolle des Avocats in der EMRK beleuchtet.²⁸⁰ Die menschenrechtliche Strukturierung der anwaltlichen Selbstverwaltung und Gerichtsbarkeit selbst nimmt allerdings, im Vergleich zu den Individualfreiheiten, einen prominenten Platz ein.

Kap. 3, § 1, B., IV., 4., S. 314 ff. – Zweifel drückt auch der Betreuer der Arbeit *Moret-Bailly* im Geleitwort aus (*Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 14).

²⁷⁷ Für das öffentliche Recht s. nur *Fromont/Gaillet*, in: *Streitsache Staat – VStRL* (1922–2002), S. 902.

²⁷⁸ *Bioy*, *AJDA* 2022, 1056 f.

²⁷⁹ *Wachsmann*, in: *Mélanges Pettiti*, S. 761 ff.

²⁸⁰ S. auch *Rudloff*, *Droit et libertés de l’avocat dans la CEDH*.

B. Das Thema im Kontext der Rechtsprechung

I. In Deutschland

Art. 12 Abs. 1 GG ist – freilich je nach Methode der Erfassung und Umfang der einbezogenen Entscheidungen – das meistgerügte materielle Grundrecht.²⁸¹ Und kein anderer Beruf ist derart oft betroffen von Verfassungsbeschwerden, die auf Art. 12 Abs. 1 GG gestützt werden, wie der des Rechtsanwalts. Diese Feststellung von *Redeker* aus 1987²⁸² ist zwar soweit ersichtlich nicht nochmal verifiziert worden, doch es gibt keinen Anlass, die tatsächliche Bedeutung des Berufes für die Rechtsprechungspraxis des BVerfG heute geringer zu schätzen.²⁸³ Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung (der Senate wie Kammern) ist thematisch reichhaltig und kennt in zeitlicher Hinsicht keine „Konjunkturen“²⁸⁴. Dabei war die Position des Gerichts nicht stets atmosphärisch (womöglich aber inhaltlich) kohärent; die des Zweiten Senats nahm Bezug auf den „staatlich gebundenen Beruf“, die des Ersten Senats pries die Freie Advokatur. Die Rechtsprechung des Gerichts ist durch den Versuch geprägt, konzeptionell das subjektive Abwehrrecht des Berufsträgers mit den Gemeinwohlbelangen abzustimmen. Die Entscheidung zum Erfolgshonorar verdeutlicht dies: Was als Prüfung der Verletzung der Berufsfreiheit einer konkreten Rechtsanwältin beginnt, weitet sich aus und endet in der Angemessenheit in der Frage, ob die angegriffene Vorschrift potentielle Mandanten von der Rechtsverfolgung abhält, was die Verletzung der Berufsfreiheit begründen soll. Ob die Perspektive des Gerichts auf die anwaltliche Berufsfreiheit durch eine andere Konzeption dieses Grundrechts ersetzt werden kann, soll Gegenstand der Arbeit sein. Woran kein Zweifel besteht, ist der große Einfluss des Gerichts auf die Neuorganisation des Berufsrechts.²⁸⁵

II. In Frankreich

Dass der Conseil Constitutionnel einen solchen Schwerpunkt nicht ausbilden konnte, ist verfassungsprozessual bedingt.²⁸⁶ Im DC-Verfahren, also der a priori-Kontrolle, kann er strafprozessuale oder gerichtsverfassungsrechtliche Vorschriften an Art. 16 DDHC messen, ist also nicht auf eine originäre Grundrechtsposition des Rechtsanwalts angewiesen. Aber auch im QPC-Verfahren sind die Prozessgrund-

²⁸¹ *L. Wendel*, JZ 2020, 668 (673).

²⁸² *Redeker*, DVBl. 1987, 200 (200 Fn. 6).

²⁸³ *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 235; s. auch *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 125 f., der die Bedeutung des Anwaltsrechts für die Dogmatik des Art. 12 GG, insbesondere für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, betont.

²⁸⁴ Hierzu *Engel*, JZ 2022, 593 ff.

²⁸⁵ Übersicht und auch Kritik bei *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 15 ff. Rn. 37 f.; zur fehlenden Eignung des BVerfG als Akteur der gesamthaften Weiterentwicklung des Berufsrechts auch *Mann*, GewArch. 2021, 346 (350).

²⁸⁶ Die vorsichtige Hoffnung bei *Favoreu*, in: *Études Hamon*, S. 235 f., dass das einfache Recht in Frankreich künftig in gleichem Maße verfassungsrechtlich determiniert sein wird wie in Deutschland, ist im Fall der reglementierten Berufe noch nicht verwirklicht.

rechte des Mandanten aus Art. 16 DDHC oftmals ein taugliches Angriffsmittel des Gesetzes, selbst wenn die berufsständische Selbstverwaltung das Verfahren vor dem Fachgericht initiiert hat. Dieses Vorgehen ist freilich auch mit prozessstrategischen Risiken verbunden, denn es scheint, dass es der Conseil Constitutionnel nicht goutiert, wenn die Anwaltschaft für sie nachteilige Regeln angreift und sich auf die Prozessgrundrechte des Mandanten beruft, um die Verfassungswidrigkeit zu begründen.²⁸⁷ Auf der anderen Seite ist der Conseil d'État sehr zurückhaltend, erwerbswirtschaftliche Möglichkeiten von Rechtsanwälten dem Art. 4 DDHC des Anwalts zuzuordnen bzw. entsprechende Rügen überhaupt zu prüfen.²⁸⁸ Diese Grundhaltung teilt der Conseil d'État mit der Ersten Zivilkammer der Cour de Cassation. Deren Grundrechtsprüfungen können nur als erratisch und dezisionistisch bezeichnet werden. Gleichwohl, so die vorweg genommene Analyse, hat der Conseil Constitutionnel, ohne sicherlich eine gefestigte Anschauung über die anwaltlichen Grundrechte im Sinne einer Dogmatik zu haben, eine bestimmte Idee hiervon. Er differenziert zwischen belastenden Gesetzen, die die Interessen des Mandanten und der Rechtspflege fördern, und solchen, bei denen der Gesetzgeber die anwaltliche Position und die des Mandanten beeinträchtigt. Insgesamt ist hier vieles im Fluss, wie etwa eine Vorlage der Cour de Cassation zur Zweitberufsfreiheit reglementierter Berufe unterstreicht.²⁸⁹

§ 3: Methodischer Rahmen

Zur grundrechtsvergleichenden Methode sollen hier nur wenige Stichworte genügen und insbesondere anstatt abstrakter methodischer Überlegungen das Interesse an einem deutsch-französischen Vergleich über die anwaltlichen Grundrechte dargelegt werden.

Keine Arbeit zur rechtsvergleichenden Methode: Ob die funktionale Methode im öffentlichen Recht passgenau ist, mag dahinstehen.²⁹⁰ Der Rechtsvergleich soll jedenfalls pragmatisch vorgenommen und lebendig transportiert werden.²⁹¹ Die beiden Rechtsordnungen sollen verzahnt dargestellt werden und dort verglichen wer-

²⁸⁷ Deutlich bei CC, Entsch. v. 7.4.2017 – Nr. 2017-623 QPC, Rn. 23 – CNB (Secret professionnel et obligation de discrétion du défenseur syndical) sowie CC, Entsch. v. 20.5.2022 – Nr. 2022-994 QPC, Rn. 9 – M. Mohammed D. (Délivrance d'un permis de communiquer aux seuls avocats nominativement désignés par la personne mise en examen).

²⁸⁸ CE, Beschl. v. 3.3.2021 – Nr. 449764 – Ordre des avocats au barreau de Montpellier; hierzu Gerhold, AnwBl. Online 2021, 163 (165 f.).

²⁸⁹ Cass. Com., Beschl. v. 9.6.2022 – Nr. 22-40.008; im Anschluss hieran CC, Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC – M. Frédéric B. (Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d'avocat).

²⁹⁰ Dafür Herdegen, Das GG im westlichen Konstitutionalismus, in: HdB VerfR, § 1 Rn. 86 ff.; auch Kischel, Rechtsvergleichung, S. 182 Rn. 187 (die „Pflicht zur Neutralität“ relativierend); auch Lachmayer, JRP 18 (2010), 166 (170); insgesamt auch Starck, JZ 1997, 1021 ff.

²⁹¹ Lesenswert Mastor, RRJ 2020, 1424 (1432); s. auch Tschentscher, JZ 2008, 807 ff.

den, wo es sich aufdrängt.²⁹² Im Mittelpunkt soll das konkrete Thema stehen, das den Vergleichsvorgang determiniert: die Grundrechte des Rechtsanwalts.

Grundrechtsvergleich und Dogmatik: In Frankreich existiert keine der deutschen vergleichbare Grundrechtsdogmatik.²⁹³ Allerdings sind die einzelnen Elemente der deutschen Grundrechtsdogmatik durchaus in Rechtsprechung und Schrifttum bekannt, wenn auch nicht zu einer allgemeinen Lehre zusammengeführt.²⁹⁴ Eine grundrechtsvergleichende Arbeit zeigt zum einen den Nutzen der Dogmatik, denn ihre Ausformung kann einen defizitären Grundrechtsschutz überwinden. Zugleich weist der Rechtsvergleich die Dogmatik auf ihre dienende Funktion zurück.²⁹⁵ Rechtsvergleichendes Vorgehen kann also zwar zum Entwickeln einer Grundrechtsdogmatik beitragen, wie das Beispiel des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes zeigt,²⁹⁶ doch führt die Rechtsvergleichung zugleich Grenzen eines auf Dogmatik begrenzten Blickwinkels vor Augen.

Gründe für die Auswahl der Rechtsordnungen und Vergleichsinteresse: Die Referenzrechtsordnungen sind die deutsche und die französische.²⁹⁷ Obgleich das Thema sehr stark in nationalen Traditionen verhaftet ist, können im Berufsrecht zwei Berührungen der deutschen und französischen Rechtsordnung im 19. Jahrhundert hervorgehoben werden. Im Rheingebiet stieß die deutsche Tradition im Zuge napoleonischer Expansion auf eine anders verfasste französische Profession. Teile des französischen Berufsrechts setzten sich nach 1813 durch, während die Trennung von Avocat und Avoué, die deutsche Ausbildungstradition und das französische Disziplinarrecht eine Vielzahl legislatorischer Korrekturen erforderten.²⁹⁸ Im ehemaligen Reichsland Elsass-Lothringen trafen das deutsche und französische Berufsrecht später wiederum eine Zeit lang aufeinander, insbesondere die durch die RAO geschaffene einheitliche Profession übte nachhaltigen Einfluss auf das französische Recht aus.²⁹⁹ Unabhängig von diesen Berührungspunkten tei-

²⁹² S. auch *Gaillet*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 29 f. Rn. 14 f.; vgl. auch *Tschentscher*, JZ 2007, 807 (815); vgl. *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (228).

²⁹³ Ausführlich *Gaillet*, *La Cour constitutionnelle fédérale*, S. 57 ff. Rn. 34 ff.; *Hochmann*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 368 Rn. 658; *Grewe*, JöR n. F. 58 (2010), 1 (10).

²⁹⁴ Vgl. *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (219 ff.).

²⁹⁵ Vgl. *Starck*, in: FS Brohm, S. 567 (573); an Beispielen des Privatrechts *Kötz*, *RabelsZ* 54 (1990), 203 (209 ff.).

²⁹⁶ *Kühling*, *Grundrechte*, in: v. Bogdany/Bast, *EuRVerfR*, S. 672.

²⁹⁷ Die Auswahl wird – wie bei vielen rechtsvergleichenden Arbeiten – negativ begrenzt durch Sprachkenntnisse, Begeisterung für Land, Kultur und Recht (vgl. *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, S. 1 Rn. 1). – Für das Thema hätte in verfassungsrechtlicher Sicht inhaltlich ein Blick auf die Verf. Portugals sicherlich Erkenntnisgewinn versprochen: Als Produkt einer jüngeren Textstufe hat es den Schutz durch den Rechtsanwalt (Art. 20 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 3) und den Schutz des Rechtsanwalts (Art. 208) ausdrücklich adressiert.

²⁹⁸ *Weißler*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 405 ff. – S. ausführlich zum sog. *Ventôse-Gesetz*, dem das deutsche Recht das Nur-Notariat verdankt, *Frischen*, *RNotZ* 2003, 1 ff.; *Kleensang*, *RNotZ* 2003, 8 ff.

²⁹⁹ Zum Rechtsstand in den frühen 1930er Jahren *Gardenat*, *Traité de la profession d’avocat*, S. 43 f. Rn. 84 ff.

len beide Rechtsordnungen, trotz Unterschieden im Berufsbild,³⁰⁰ die Konzeption des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“.³⁰¹ Deshalb sind Auslandsrechtsstudien,³⁰² aber auch Vergleichsarbeiten zum deutschen und französischen Berufsrecht in den letzten Jahren erschienen, um einen neuen Blick auf die großen, vielleicht manchmal festgefahrenen Reformdiskussionen dieser Rechtsmaterie zu werfen³⁰³. Nicht nur die Gestaltung des künftigen Berufsrechts, sondern auch der Vollzug des geltenden Berufsrechts in grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen, unter denen die deutsch-französischen eine große Bedeutung haben,³⁰⁴ kann die Ermittlung ausländischen Berufsrechts notwendig werden lassen, so dass rechtsvergleichende Arbeiten den Rechtsanwender entlasten können.³⁰⁵ Die Arbeit will ermitteln, ob sich diese einfachgesetzliche Konvergenz auf Ebene des Grundrechtsschutzes widerspiegelt oder ob dieser nicht vielmehr durch die rechtsordnungsspezifischen Besonderheiten geprägt wird. Für Deutschland wären solche Besonderheiten verfassungsprozessual die Verfassungsbeschwerde und damit die individuelle Berufsfreiheit als „Türöffner“ für eine effektive Verteidigung anwaltlicher Freiheit. Für Frankreich wäre dies die (vielfach behauptete) Schutzfunktion der anwaltlichen Selbstverwaltung gegenüber dem Staat; eine Position, für die man im deutschen Berufsrechtsdiskurs als „geschichts- und faktenblind“³⁰⁶ bezeichnet wird. Der Grundrechtsvergleich zwischen Deutschland und Frankreich erscheint allerdings heute „nicht gleichberechtigt“.³⁰⁷ Während das deutsche System Modellcharakter aufweist und im 19. Jahrhundert bereits die französische Doktrin faszinierte,³⁰⁸ scheint das französische System als Blick in die Vergangenheit zu dienen.³⁰⁹ Das wirft die Frage auf, welchen Gewinn man sich für das deutsche Verfassungsrecht erwarten kann. Vielleicht stellt sich nicht unmittelbar ein dogmatischer Gewinn ein, aber konkrete Lösungen von verfassungsrechtlichen Fragestellungen sind durchaus zu erwarten. Dies zeigen auch die Inbezugnahmen des

³⁰⁰ Zweigert, in: FS Ficker, S. 502 (im Unterschied zum Richteramt).

³⁰¹ Henssler, ZZP 115 (2002), 321 (326).

³⁰² Henrichfreise, Frankreichs Anwaltschaft im Wandel; s. bereits früh berichtend F. Wieland, DJZ 1906, 1174 ff.

³⁰³ S. nur Glindemann, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe; Brechmann, Legal Tech und das Anwaltsmonopol; Magnus, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz; auch mit rechtsvergleichenden Bemerkungen (auch zur deutschen Anwaltsgeschichte) Noto-Jaffaux, L'indépendance de l'avocat, S. 40 ff. Rn. 15. – Bereits früh mit kurzen rechtsvergleichenden Ausführungen Gardenat, Traité de la profession d'avocat, S. 46 ff. Rn. 129 ff.

³⁰⁴ Gruber, ZVglRWiss 107 (2008), 1 (1).

³⁰⁵ Vgl. Kerstges, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 411.

³⁰⁶ Kleine-Cosack, Einl. Rn. 19 sowie vor §§ 60 ff. BRAO Rn. 5.

³⁰⁷ Gaillet, in: FS CJFA, S. 172 f.; ausführlich Grewe, JöR n. F. 58 (2010), 1 (3 ff.).

³⁰⁸ S. m. w. N. Ponthoreau, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), S. 7; Gaillet, in: Droits constitutionnels français et allemand, S. 24 f. Rn. 4.

³⁰⁹ Classen, Französischer Einfluss auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: HdB StR IX, § 187 Rn. 33, 41 ff. – Jellinek, RDP 1902, 385 (389) schrieb zur DDHC von 1789 in seinem berühmten Disput mit Boutmy: „Les Français ont érigé en règle de droit les principes de la liberté, et ils l'ont fait pour toute l'Europe“.

BVerfG auf die Judizien französischer Höchstgerichte.³¹⁰ Hierfür muss die Judikatur des Conseil Constitutionnel (und inzwischen aufgrund der QPC auch der Höchstgerichte³¹¹) erst einmal zusammengetragen und ausgewertet werden.

Bedeutung der Verfassungskultur für das Thema: Man muss sich bei jedem Vergleich der Rechts- und Verfassungskultur³¹² vergewissern. Dort, wo es keine Grundrechtskultur gibt, gelten die Grundrechte gerade nicht.³¹³ Das Recht bleibt jedoch Ausgangs- und Mittelpunkt des Vergleichs. Die „Freie Advokatur“ als wichtiges Schlagwort des deutschen Anwaltsverfassungsrechts zählt (auch) zu den großen „Momenten der Verfassungskultur“.³¹⁴ Auch das Berufsrecht lebt von seiner Tradition. Der französische Avocat ist der Archetyp des französischen Juristen, der sich durch Redegewandtheit im Parlament wie Gerichtssaal auszeichnet.³¹⁵ Er ist Vertreter eines freien, moralisch angesehenen und idealistisch verklärten Anwaltsstandes; Mitglied eines freien, der Revolution entstammenden Bürgertums. Er stellt die „geistige Aristokratie der Nation“ dar.³¹⁶ Das Recht verteidigt er nicht am Schreibtisch, sondern auf dem Forum und im Palais. Hingegen herrscht in Deutschland das Bild des „rechtsgelehrten Doktors“ in der Justiz, Anwaltschaft und Verwaltung vor. Die Verfassungskultur ist auch deshalb wichtig, weil bestimmte Berufsgruppen in Deutschland und Frankreich nicht (zwingend) gerichtliche Rechtsbehelfe benötigen, um ihre verfassungsrechtliche Position zu verwirklichen.³¹⁷ Dies gilt auch für die Anwaltschaft, insbesondere in Frankreich, deren Schutz letztlich bis heute mehr über ihr Ansehen als durch die (Verfassungs-)Rechtsordnung gesichert ist. „Die französische Advokatur glaubt an ihren Beruf: das ist die starke Wurzel ihrer Kraft.“³¹⁸ Bis heute prägen Ereignisse wie die *mutinerie* von 1602 das Bewusstsein

³¹⁰ Jüngst BVerfG, Beschl. v. 20.7.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 (3113 Rn. 77) – Zustimmung Sachsen-Anhalt.

³¹¹ *Grewe*, JöR n. F. 58 (2010), 1 (10) findet es bezeichnend für die Rolle der Grundrechte, dass jede Einleitung des QPC-Verfahrens den Filter von Cour de Cassation und Conseil d'État passieren muss.

³¹² *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 413; *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 90 spricht von Erwartungen, Einstellungen und Handeln der Bürger und Pluralgruppen.

³¹³ *Häberle*, JZ 1989, 913 (915).

³¹⁴ Ausdrücklich *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 92; *D. Rousseau*, Gaz. Pal. v. 10.7.2018, Nr. 328w8, S. 3; s. auch *Assier-Andrieu*, Les Avocats, S. 25; in diese Richtung auch *Lewald*, NJW 1947, 2 (3 f.).

³¹⁵ Hierzu und im Folgenden aus deutscher Sicht *Zweigert*, in: FS Ficker, S. 502 ff.; *C. Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaften, S. 24 f.; *Ch. Schönberger*, „German Approach“, S. 12.

³¹⁶ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 405.

³¹⁷ *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1999, 2 (4) am Beispiel des politischen Erfolges des Spiegels gegen Franz-Josef Strauß, bevor das BVerfG „Zitierfähiges zum hohen Wert der Pressefreiheit formuliert hat und [...] die Verfassungsbeschwerde des Spiegelverlages zurückwies“.

³¹⁸ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 405; zur kulturellen Dimension der anwaltlichen Unabhängigkeit deshalb (zusammenfassend) *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 367 f. Rn. 284, die vor allem auf die Mitgliedschaft im Ordre als Schutzversprechen abstellt; zutreffend auch *J.-D. Kühne*, in: Anwälte und ihre Geschichte, S. 137; zu den guten Sitten und dem nationalen Geist als besten Schutz der Freiheit in Frankreich *Esmein*, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, S. 563.

für die Unabhängigkeit der Profession:³¹⁹ Als erstmals das Edikt von Blois (1587) durch das *Parlement* vollzogen wurde, so dass Anwälte ihr Honorar auf Schriftsätzen ausweisen mussten, kam es zum Streik und zur kollektiven Zulassungsrückgabe der Pariser Anwaltschaft. Man sah in der Vorschrift einen Eingriff in ihre Unabhängigkeit. Der bewirkte Zusammenbruch der Justiz im Königreich zwang Henri IV zum Einlenken. Bis heute ruft es bei deutschen Rechtsanwältinnen Bewunderung hervor, wenn französische *Avocats* mit Transparent und Menschenkette auf den Stufen des Palais de Justice für die verfassungsrechtlichen Rechte der einzelnen Mitglieder und der gesamten Profession eintreten.³²⁰

Einbezogene Rechtsquellen: Die der Rechtsprechung eingeräumte Bedeutung bedarf der Vergewisserung im Vorfeld. Das BVerfG als einfachen Diskursteilnehmer zu begreifen, wird seiner Bedeutung für die Struktur vieler Rechtsgebiete, gerade auch des anwaltlichen Berufsrechts, nicht gerecht.³²¹ Auch in Frankreich stehen die Cour de Cassation, der Conseil d'État und der Conseil Constitutionnel oftmals im Zentrum des wissenschaftlichen Diskurses.³²² Für das anwaltliche Berufsrecht spielt die Rechtsprechung der Conseils de discipline und der ordentlichen Gerichte angesichts der Vielzahl an sehr unbestimmten Pflichten erst recht eine beachtliche Rolle. Das Schrifttum beschränkt sich deshalb darauf, diese zu sammeln und zu systematisieren. Dies gilt auch für die Verfassungsrechtsprechung, die es zu verstehen, zu entschlüsseln und für künftige Anwendungsfälle zu operationalisieren gilt, ohne dass Wissenschaft und Rechtsprechung allerdings in einen richtigen Dialog mit dem Conseil Constitutionnel treten.³²³ Wo es an normativen Indizien fehlt, wird die Rechtsprechung deshalb als Indiz für das geltende Recht herangezogen, nicht ohne auf eine kritische Auseinandersetzung zu verzichten.³²⁴

Ziel des vorliegenden Rechtsvergleichs: Der Arbeit geht es darum, Impulse zu geben und Lösungen miteinander zu konfrontieren,³²⁵ nicht darum nachzuweisen, dass das deutsche wie französische Verfassungsrecht zu identischen Lösungen kommen. Sich die Verschiedenheit zu vergegenwärtigen, kann auch Ergebnis des Vergleichs sein.³²⁶ Rechtsvergleichende Schlüsse sind selten, eigentlich nie

³¹⁹ Karpik, *Les Avocats*, S. 48; auch Weißler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 394 f.

³²⁰ Römermann, NJW 2019, 2986 (2987 f.); zur „gewerkschaftlichen Orientierung“ der französischen Anwaltschaft Reifner, KJ 9 (1976), 258 ff.

³²¹ Zum deutschen Recht Kleine-Cosack, Einl. Rn. 25 f.; Hellwig, AnwBl. 2008, 644 (644); sehr kritisch zur Rolle des BVerfG im anwaltlichen Berufsrecht Stürner/Bormann, NJW 2004, 1481 (1483).

³²² Hochmann, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 367 Rn. 657.

³²³ So auch der Blick von außen auf die französische doctrine bei Ch. Schönberger, „German Approach“, S. 39.

³²⁴ So auch die Vorgehensweise bei Oehme, *L'indépendance de l'audiovisuel*, S. 37 Rn. 72 f.

³²⁵ Mastor, RRJ 2020, 1424 (1436).

³²⁶ Häberle, *Wesensgehaltsgarantie*, S. 414; ders., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, S. 318; Sommermann, *Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichen*, in: HdB GR I, § 16 Rn. 68 weist zutreffend auf die Wechselwirkung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden hin; für die Perspektive der Verfassungsgerichte Lachmayer, JRP 18 (2010), 166 (169, 171).

zwingend. Sie sind ein Vorschlag an den Rechtsanwender, gerade dann, wenn nationale Auslegungsmethoden in eng umrissenen Konstellationen keine eindeutigen Ergebnisse liefern.³²⁷ *Le droit comparé propose, mais n'impose pas.*³²⁸ Die Rechtsvergleichung ist ein „magasin d'idées“.³²⁹ Nur weil das französische Verfassungsrecht sich mit der Anerkennung einer berufsgrundrechtlichen Position des Rechtsanwalts zurückhaltend zeigt, heißt das nicht, dass im deutschen Verfassungsrecht nicht jede berufsbezogene gesetzliche Vorschrift eingreifenden Charakter aufweisen kann. Die grundrechtliche Intuition legt dies sogar nahe. Auch muss die Lösung des Conseil Constitutionnel, die anwaltliche Verschwiegenheit nicht generell unter grundrechtlichen Schutz zu stellen, nicht von vorneherein falsch sein, nur weil das BVerfG sie zu den Grundbedingungen der anwaltlichen Berufsausübung zählt und deshalb natürlich Art. 12 Abs. 1 GG zuordnet. Die hier zum deutschen wie zum französischen Verfassungsrecht entwickelten Lösungen sollen jeweils aus der internen dogmatischen Logik der Rechtsordnung überzeugen. Die Arbeit soll auch das Bewusstsein für die unterschiedlichen Bedeutungen und Konzepte im deutschen und französischen Verfassungsrecht schärfen. Probleme mögen sich ähneln, doch der Zugriff ist vielfach grundlegend anders. Wenn ein deutscher und französischer Verfassungs- und Berufsrechtler sich die unionsrechtlich geprägten Meldepflichten im Steuerrecht anschaut, dann denkt der deutsche Jurist in den Bahnen des Art. 12 Abs. 1 GG (und des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Mandanten), während der französische Jurist über die Stellung der Selbstverwaltung reflektiert und wenn er grundrechtlich argumentieren will, nicht an seine internen Grundrechte, sondern an die der EMRK denkt. Gemeinsame Sprache und gemeinsames Verständnis bestehen nicht, sie müssen vorbereitet werden. Beide Rechtsordnungen konzipieren den Anwalt als unabhängigen Freiberufler und Rechtspflegeorgan; beide Rechtsordnungen kennen ein berufsfreiheitliches Grundrecht. In Deutschland wie Frankreich ordnet das Gesetz eine Pflichtmitgliedschaft in der berufsständischen Selbstverwaltungsinstitution an. Und doch scheinen nationale Ergebnisse aus Sicht der anderen Rechtsordnung oft unverständlich und vor dem Hintergrund der eigenen Logiken nicht zu rechtfertigen, weil diese Ergebnisse untrennbar mit den dahinter liegenden und manchmal befremdlich wirkenden Konzepten von den Grundrechten, der rechtsstaatlichen Rechtspflege oder der berufsständischen Verwaltungsorganisation verbunden sind. So versteht sich die Arbeit als (kleiner und thematisch begrenzter) Beitrag zur Überwindung der „Kommunikationslosigkeit“³³⁰ zwischen den nationalen Diskursen.

³²⁷ *Gamper*, ZÖR 63 (2008), 359 (371); *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (213); *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 83 Rn. 72 spricht von „schwierigen Fällen“; s. auch die Verwendung des rechtsvergleichenden Arguments bei *Rupp-v.Brünnek/Simon*, BVerfGE 39, 68 (71, 80, 95) – Fristenlösung (Bezüge zu Österreich und den USA).

³²⁸ Ausspruch entlehnt bei Prof. Dr. Paolo Passaglia aus seinem Vortrag „Comparer la comparaison de l'usage du droit comparé par les cours constitutionnelles et suprêmes“, gehalten am 25.3.2022 an der Université Toulouse Capitole.

³²⁹ *Mastor*, RRJ 2020, 1424 (1424) m. w. N. insb. von *Kadner-Graziano*.

³³⁰ So auch das Ziel des Deutsch-Französischen Gesprächskreises im Öffentlichen Recht.

Vorbereitung einer Europäisierung des Berufsrechts? Das anwaltliche Berufsrecht ist mangels Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union eine den Mitgliedstaaten zugewiesene Materie.³³¹ Ein vereinheitlichtes Berufsrecht stellen auch nicht die Berufsregeln des CCBE dar.³³² Der frühere Verweis hierauf in § 29 BORA wurde aufgehoben; in Frankreich findet er sich weiterhin in Art. 21 RIN. Sie gelten dort aber kraft nationalen Rechtsanwendungsbefehls als französische Berufspflichten.³³³ Gleichwohl sind die CCBE-Regeln selbst Extrakt eines breiten berufsrechtlichen Vergleichs. In der Rs. AM & S Europe Limited ist der CCBE auch als Streit Helferin der Klägerin dem Verfahren beigetreten und hat dem EuGH umfassend rechtsvergleichende Erkenntnisse über die nationalen Vorschriften über das Berufsgeheimnis vermitteln können,³³⁴ um so das Unionsrecht in diesem Bereich zu prägen und fortzuentwickeln. Der EGMR hat in der Entscheidung Morice/Frankreich Art. 10 Abs. 1 EMRK und die Grenzen anwaltlicher Redefreiheit auch mit Hilfe der CCBE-Regeln bestimmt und konnte sich somit selbst verfassungsvergleichender Ausführungen enthalten.³³⁵ Ein deutsch-französischer Grundrechtsvergleich ist aber für den Prozess der Europäisierung, verstanden in einem weiten Sinne, der auch die Freien Berufe betrifft,³³⁶ von Interesse. Das Sekundärrecht berührt in bestimmten Punkten das anwaltliche Berufsrecht, namentlich durch die RL 77/249/EWG (Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie) und die RL 98/5/EG (Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie). Beide Richtlinien sollen die grenzüberschreitende Tätigkeit von Rechtsanwälten erleichtern und konkretisieren die (mangels Bereichsausnahme anwendbare³³⁷) Dienstleistungsfreiheit. Von Bedeutung ist auch die in § 59a Abs. 3, 4 BRAO „umgesetzte“ Verhältnismäßigkeitsrichtlinie.³³⁸ Ihr Art. 1 S. 2 erinnert nochmal ausdrücklich daran, dass die Union keine Kompetenz für die Reglementierung dieser Professionen hat. Im Fokus stehen jedoch jene Unionsrechtsakte, die nicht dem Berufsrecht i. e. S. zugeordnet sind, gleichwohl die anwaltliche Berufsausübung regulieren: Zu nennen ist die Bekämpfung

³³¹ Indirekt auch EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 56 – Orde van Vlaamse Balies u. a.

³³² v. *Lewinski*, Freie Berufe, in: HdB EuR, § 28 Rn. 19; im besten Fall missverständlich *Noto-Jaffaux*, L'indépendance de l'avocat, S. 290 Rn. 205, die auf die Bedeutung der Rechtsprechung der Unionsgerichte hinweist, weil sie die CCBE-Regeln auslegen würden. – Diese greifen jedoch nur im Wege des Rechtsvergleichs auf diese zurück, keinesfalls ist der EuGH oder das EuG der authentische Interpret (vgl. Art. 19 EUV) der CCBE-Regeln, da es sich nicht um einen Rechtsakt der EU handelt.

³³³ Undifferenziert *Sicard/de La Ferté-Sénectère*, JCP G 2015, 1834 (1835).

³³⁴ EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79, NJW 1983, 503 (504 f.) – AM & S Europe Limited.

³³⁵ EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 (1567 Rn. 134) – *Morice/Frankreich*.

³³⁶ Dazu *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H49 ff.

³³⁷ EuGH, Urt. v. 21. 6. 1974 – C-2/74, Rn. 45 – *Reyners*; EuGH, Urt. v. 10.12.2009 – C-345/08, EuZW 2010, 97 (98 Rn. 28 ff.) – *Pešla*; (wohl) mit Sympathie für eine abweichende Auffassung *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1483); gleichwohl auch judiziert durch die Große Kammer für den Beruf des Notars in EuGH, Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08, EuZW 2011, 468 (473 Rn. 117) – *Kommission/Deutschland*.

³³⁸ Hierzu *Stephan*, DVBl. 2022, 820 (823).

von Geldwäsche³³⁹ und die Meldung von grenzüberschreitenden Steuergestaltungsmodellen³⁴⁰. Zwar ist die mitgliedstaatliche Umsetzung aus der Perspektive des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh) an den Unionsgrundrechten zu messen, zugleich aber auch regelmäßig mangels vollharmonisierender Regelung auch an nationalen Grundrechten (des Anwalts und des Mandanten).³⁴¹ Für die Höchstgerichte liegt ein rechtsvergleichender Blick in derartigen Konstellationen besonders nahe.³⁴² Die Schlussanträge vor dem Conseil d'État zu diesen beiden Rechtsgebieten von *Guyomar* (geldwäscherechtliche Meldepflichten)³⁴³ und *Victor* (Anzeigepflicht von Steuergestaltungen)³⁴⁴ illustrieren dies anschaulich. Auch das unionsrechtlich geprägte Verbraucherschutzrecht findet auf die berufliche Tätigkeit von Rechtsanwältinnen Anwendung³⁴⁵ und die künftige KI-Verordnung reguliert den Einsatz von Legal Tech-Anwendungen.³⁴⁶

§ 4: Historische Grundlagen

Die Geschichte des Untersuchungsgegenstandes ist für rechtsvergleichende Arbeiten besonders relevant, umso mehr, als sie sich auf historisch-determinierte Strukturen und Institute bezieht. Sowohl die Rolle des Rechtsanwalts³⁴⁷ als auch die Grundrechte, deren theoretische wie dogmatische Erfassung zur verfassungshistorischen Argumentationsbildung einlädt,³⁴⁸ sind derart historisch-determinierte

³³⁹ EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – Nr. 12323/11, NJW 2013, 3423 – Michaud/Frankreich; nur zum Recht auf ein faires Verfahren, weil das vorlegende Gericht Art. 8 EMKR nicht aufführte, EuGH, Urt. v. 26.7.2007 – C-305/05, NJW 2007, 2387 – *Ordre des barreaux francophones et germanophone* u. a.

³⁴⁰ Die pass-on-Verpflichtung des von der Meldepflicht befreiten Rechtsanwalt-Intermediärs erklärte EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20 – *Orde van Vlaamse Balies* u. a. mit Art. 7 GRCh unvereinbar, weil sie zu einer nicht erforderlichen Begrenzung des Berufsgeheimnisses führe; s. bereits *Rantos*, SchlA. v. 5.4.2022; im Vorfeld zu diesen Fragen etwa *Uwer*, AnwBl. Online 2019, 327 ff. sowie monographisch *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 221 ff.

³⁴¹ Vgl. *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 235, der jedenfalls für die Profession des Architekten feststellt, dass das Unionsrecht die deutsche Berufsfreiheit in ihrer Bedeutung als Kontrollmaßstab überholt habe.

³⁴² *Herdegen*, Das GG im westlichen Konstitutionalismus, in: HdB VerFR, § 1 Rn. 89; *Clas-sen*, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Rn. 8.

³⁴³ *Guyomar*, SchlA. v. 10.4.2008 zu CE, Urt. v. 10.4.2008 – Nr. 296845 – CNB (Geldwäsche-RL) bezieht sich hier vor allem auf belgische und europäische Judizien.

³⁴⁴ *Victor*, SchlA. v. 16.6.2021 zu CE, Beschl. v. 25.6.2021 – Nr. 448486 – CNB (DAC 6), S. 11.

³⁴⁵ S. etwa EuGH, Urt. v. 12.1.2023 – C-395/21 – D. V. (Unwirksamkeit einer Honorarklausel); Cass. Civ. II, Urt. v. 26.3.2015 – Nr. 14-11.599 (zweijährige Verjährungsfrist für das Honorarüberprüfungsverfahren beim Kammervorsitzenden); BGH, Urt. v. 19.11.2020 – IX ZR 133/19, NJW 2021, 304 (305 Rn. 9, 17) (fernabsatzvertragliches Widerrufsrecht bei einem Anwaltsvertrag).

³⁴⁶ S. hierzu *Engelmann/Brunotte/Lütken*, RDt 2021, 317 ff.

³⁴⁷ So auch *Gruber*, ZVglRWiss 107 (2008), 1 (8f.); *Assier-Andrieu*, Les Avocats, S. 25.

³⁴⁸ Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 80, 84 ff., dort auch mit Kritik hieran,

Untersuchungsgegenstände. Ziel soll keine erzählende Darstellung sein, sondern die Darstellung orientiert sich hin zu den Konzepten, die sich in der Vergangenheit entwickelten und für den Rechtsvergleich bedeutsam sind.³⁴⁹ Dies sind die Merkmale des Berufsbildes des Rechtsanwalts, die heute als Rechtsbegriffe das deutsche und französische Recht prägen (dazu unter A.),³⁵⁰ sowie der Begriff des Grundrechts (dazu unter B.). Die vorliegende Darstellung legt den Fokus auf die historischen Grundlagen des Themas in Frankreich. Für Deutschland wird auf die insoweit umfassende Literaturschließung verwiesen, die vereinzelt in den Fußnoten nachgewiesen wird.

A. „Le Palais, la Cité et le Royaume“

Weder die französische noch die deutsche Anwaltsgeschichte hat den einen Typus Rechtsanwalt herausgebildet.³⁵¹ Die Historikerin *Dolan* hat in ihrer Rezension zu *Leuwers* vielbeachtetem Werk „L’invention du barreau français“ drei „Orte“ ausgemacht, an denen die Anwaltschaft – sinnbildlich – wirkte; zu jeder Zeit mit einem anderen Schwerpunkt.³⁵² Zum einen den Palais als Symbol für ihre (verlorene, 2021 immerhin angesichts der haushalterischen Dauermisere kurz wiedergefundene³⁵³) Gleichordnung mit den Magistraten, die heute in ihrem Stauts als *auxiliaire* oder *partenaire de justice* zum Ausdruck kommt (dazu unter I.). Zum anderen die Cité, in der die Anwaltschaft ihre Freiberuflichkeit ausprägte und zu einem politisch-gesellschaftlichen Akteur wurde (dazu unter II.). Und schlussendlich das Royaume als Versinnbildlichung des Verhältnisses zur staatlichen Gewalt (dazu unter III.). Sie prägen die Verfassungskultur und schlagen sich im einfachen Gesetzestext nieder, wenn das Gesetz den Avocat als *auxiliaire de justice*, als freiberuflich und als unabhängig bezeichnet.

I. Le Palais

Der Beruf des Avocats ist ohne die Staatswerdung nicht denkbar.³⁵⁴ In Frankreich entsteht in der Mitte des 13. Jahrhunderts die staatliche Justiz: Die Ordonnances von Saint-Louis (1258) lösten das feudal-rechtliche Verfahren ab und etablierten u. a. das Akkusationsprinzip, was erforderte, dass qualifizierte Personen die Verfahren begleiten.³⁵⁵ Im historischen Kontext der Auseinandersetzung zwischen

da der Vergleichsgegenstand – die Grundrechte – im Laufe der Geschichte zu tiefgreifenden Unterschieden ausgesetzt war.

³⁴⁹ *Gaillet*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 38 Rn. 33.

³⁵⁰ Zur Bedeutung der Geschichte hierfür auch *Rick*, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, S. 56.

³⁵¹ *Rick*, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, S. 54.

³⁵² *Dolan*, *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, 2010, 230 ff.

³⁵³ Assemblée Générale du CNB, Résolution sur l’appel des magistrats et greffiers et la justice a bout de souffle v. 10.12.2021.

³⁵⁴ *Krynen*, *L’État de justice I*, S. 104.

³⁵⁵ *Krynen*, *L’État de justice I*, S. 105.

Philippe le Bel und Papst Bonifatius VIII wurde monarchische Gewalt anerkannt und dehnte sich aus,³⁵⁶ die nunmehr einzig durch Gott vermittelt wurde. Keine staatliche Funktion versinnbildlichte Souveränität so wie die Gerichtsgewalt über die Gesamtheit der Untertanen der Krone (roi-justicier). Die französische Justiz in einem weiteren Sinne – gleichsam Tätigkeiten umfassend, die heute der Rechtssetzung zuzuordnen sind – entwickelte sich zulasten der feudalherrschaftlichen³⁵⁷ und kirchlichen Justiz.

1. *Les gens de justice*

Der Avocat hat seit 1327 das Monopol für das Plädoyer vor den Gerichten; die Formulierung „Nul ne peut plaider, s’il n’est avocat.“ findet sich noch wörtlich im Gesetz v. 31.12.1971. Seine Funktion ähnelte deshalb der des Vorsprechers in deutschen Landen, der u. a. die notwendigen Formeln für die Naturalpartei auf sagte, aber in Maßen auch beratend tätig wurde.³⁵⁸ Er wurde jedoch aus dem Kreis der Schöffen ausgewählt;³⁵⁹ das Vorsprechen war dem Richten gleichgestellt.³⁶⁰ Insoweit unterscheidet sich der Avocat vom Vorsprecher, der nicht durch das Gericht ausgewählt wurde.³⁶¹ Neben dem Avocat existierte der Procureur, der später zum Avoué wurde. Der Avocat plädierte und verfasste die Schriftsätze, während der Procureur organisatorische Funktionen wahrnahm. Vor allem aber verdankte er seiner Existenz dem römischen Verbot der Vertretung. Weder Avocat noch Vorsprecher waren Vertreter ihrer Partei, sondern verstanden sich als Akteure, die dem öffentlichen Wohle dienen. Weil sie nicht Vertreter ihres Mandanten waren, sondern nur der Procureur, stellte dieser die Anträge (*conclusions*) für die Partei. Die Zerteilung des Berufsstandes wirkte sich länger als in Deutschland aus,³⁶² wo die Unterscheidung zwischen Advokat und Prokurator zwar am Reichskammergericht bis 1806 aufrecht erhalten wurde, die Reichskammergerichtsordnung von 1555 jedoch für beide Berufsgruppen ein einheitliches Berufsrecht schuf.³⁶³ Trotz der Kumulation beider Funktionen und gerichtsspezifischen Besonderheiten war es erst der französische Gesetzgeber der V. République in den Jahren 1971 und 2011 (für die Cour d’appel), der eine einheitliche Profession, jene des Avocats, schuf. Die Feststellung *Weißlers* aus dem Jahr 1905, wonach das französische System im Laufe

³⁵⁶ *Timbal/Castaldo/Mauses*, Histoire des institutions publiques et faits sociaux, S. 116 Rn. 106.

³⁵⁷ *Timbal/Castaldo/Mauses*, Histoire des institutions publiques et faits sociaux, S. 116 Rn. 105.

³⁵⁸ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 4. Aufl., S. 55 benutzt das Bild des „Boten“ und nicht des Vertreters; weiter dagegen *Kannowski*, in: Anwälte und ihre Geschichte, S. 16.

³⁵⁹ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 4. Aufl., S. 55.

³⁶⁰ Auf das Strafverfahren bezogen *Beulke*, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, S. 26.

³⁶¹ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 390 f.

³⁶² Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts aus deutscher Sicht nur Nachteile in dieser Teilung ausmachend *F. Wieland*, DJZ 1906, 1173 (1179).

³⁶³ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 4. Aufl., S. 57.

seiner Entwicklung „theoretisch fehlerhaft, unnatürlich, innerlich unwahr“³⁶⁴ geworden sei, stellte sich auch für französische Beobachter immer offenkundiger als zutreffend heraus.

2. Der Avocat als erster Richter der Parteien

Bereits in den ersten Berufsrechtskodifikationen des 13. Jahrhunderts war das Spannungsverhältnis zwischen der Mitwirkung an der königlichen, göttlichen Rechtsprechungsfunktion und der Interessenvertretung der Partei angelegt. Historisch war der Avocat der „premier juge des parties“.³⁶⁵ Er war nur im Interesse der Justiz tätig. So hat Louis d’Orléans ausgesprochen, dass „vous êtes juges vraiment, ni plus, ni moins que ceux qui siègent sur les fleurs de lys, encore que vous n’ayez que le nom d’avocats.“³⁶⁶ Diese Nähe zu den Magistraten, die bis heute in der von der Selbstverwaltung präferierten Bezeichnung „partenaire de justice“ zum Vorschein kommt, wurde auch durch ein besonders strenges Pflichtenprogramm gesichert, das den Avocats (und auch den Richtern) periodisch bei den Eröffnungszeremonien der Gerichte durch den Vertreter des Königs im Anschluss an die Lobpreisung der königlichen Gerechtigkeit in Form von „sermons judiciaires“³⁶⁷ vergegenwärtigt wurde (sog. *harangues*). Im Hochmittelalter war der Avocat „auxiliaire de justice“ im tatsächlichen Sinne; er diente der rechtsprechenden Gewalt und keinesfalls seinem Mandanten. Der Gründungsvater des Standes Philippe III le Hardi verfügte 1274, dass nur für „causes justes“, also legitime Anliegen,³⁶⁸ zu plädieren sei. Diese Regel war in ihrer Schärfe nie in deutschen Landen Teil der Berufspflichten, wo eine parteiische Stellungnahme durchaus erlaubt war.³⁶⁹ Der Avocat musste das Vorbringen seiner Partei wie ein Richter prüfen, ungerechtfertigte Anliegen zurückweisen und seinen Mandanten moralisch auch verurteilen. Hierzu war er aufgrund seines Eides (vgl. die Ordonnance v. 11.3.1344), der die Treue zum König und zu Gott adressierte, verpflichtet. Neben diese Pflicht trat eine absolute Wahrheitspflicht während des gesamten Verfahrens.³⁷⁰ Eine *cause juste* musste also auch mit gerechten Mitteln vertreten werden. Der Avocat war der „arbitre de la vérité contre leurs parties“. Seine Funktion war somit ein Schutz für den Richter, da dieser die Täuschungen und Unwahrheiten der Partei sehr viel schlechter ausmachen könne und so das göttliche Werk in Gefahr sei. Der Avocat durfte keine Rechtsauffassung vertreten, die in Widerspruch mit dem Sinn der kö-

³⁶⁴ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 402 ff.

³⁶⁵ *Krynen*, L’État de justice I, S. 116.

³⁶⁶ Zit. nach *Krynen*, L’État de justice I, S. 117.

³⁶⁷ *Krynen*, L’État de justice I, S. 109.

³⁶⁸ Bis heute Teil des Berufsrechts im RIN.

³⁶⁹ *Kannowski*, NJW 2008, 713 (713); *ders.*, in: Anwälte und ihre Geschichte, S. 18 f.

³⁷⁰ Von rechtshistorischer Bedeutung ist hier der Streit um das vakante Amt des Erzbischofs von Lyon im Jahr 1489. Er war die Frage auf, ob und vor allem durch wen (seinen Ordre?) der Anwalt Chambellan für die durch den Mandanten provozierte Falschaussage bzw. Falschbeziehung eines Gutachters verantwortlich gemacht werden konnte (hierzu *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 46 Rn. 21.43).

niglichen Rechtstexte und der *commune opinion du Palais* stand. Zudem musste er offen mit dem gegnerischen Avocat kommunizieren und durfte keine Schriftstücke für sich behalten. Es ging darum, dass die Avocats sich über den Sachverhalt im Vorfeld einigen, um das Urteil des Richters nicht zu verzögern.³⁷¹ Der Mandant war also nur zweitrangig; der Anwalt verhalf nicht dessen Anliegen, sondern jenem der *vérité* zum Durchbruch. Dies galt für den plädierenden Anwalt, aber auch für den beratenden Anwalt. Diese Perspektive war für die mittelalterliche Anwaltschaft typisch, sie verschleifte sich aber über die Jahrhunderte immer mehr.³⁷² Die Vertretung des Mandanten diente dem Zweck Emotionen fernzuhalten, da diese das Prozessergebnis verfälschen, so dass die Pflicht zur *modération* für den Avocat gegenüber dem Gericht und seinem confrère seine erste war. Autoren des 18. Jahrhunderts verlangten, dass „le champ de Thémis ne doit point être pour eux une arène de gladiateurs.“³⁷³ Deshalb entsprach es auch einer Berufspflicht seit der Ordonnance v. 11.3.1344³⁷⁴ kurz und knapp zu plädieren, denn nur *vérité* und *droit* dürfe der Avocat vorbringen. Damit konnten die Magistrate den damals wichtigsten Moment der anwaltlichen Berufsausübung kontrollieren und bei Bedarf „venger la dignité de son tribunal“.³⁷⁵ Das Plädoyer stand also gleichsam in den Diensten des Gerichts. Die große Eloquenz späterer französischer Avocats entfaltete sich erst später,³⁷⁶ denn die „diesem Volk eigene Gabe der Beredsamkeit liess sich auch im schriftlichen Prozesse nicht unterdrücken.“³⁷⁷

II. La Cité

Freiberuflertum und Unabhängigkeit entwickelten sich vor allem im 18. Jahrhundert in der Zeit des „barreau classique“³⁷⁸, indem es, wie *Leuwers* nachweist, zu einer nationalen Identität der Profession kam,³⁷⁹ die vor allem durch den Ordre und seine Neuordnung der „sozialen Beziehungen“ mit den übrigen Akteuren gelingt. Der Ordre entwickelte sich dabei als die Organisationsform, in der individuelle Freiheit, die für die Funktion der *défense* unverzichtbar ist, und die notwendige Autorität und Kontrolle vereint werden konnten.

1. L'avocat et l'argent

Der Wert des *désintéressement* steht spätestens seit dem 19. Jahrhundert im Mittelpunkt des anwaltlichen Berufsrechts.³⁸⁰ Die Ordonnance v. 11.3.1344 bestätigte

³⁷¹ *Krynen*, L'État de justice I, S. 121.

³⁷² *Krynen*, L'État de justice I, S. 122.

³⁷³ *Dareau*, Traité des injures dans l'ordre judiciaire, S. 231.

³⁷⁴ Abdruck bei *Karpik*, Les Avocats, S. 38; *Krynen*, L'État de justice I, S. 124.

³⁷⁵ *Dareau*, Traité des injures dans l'ordre judiciaire, S. 231.

³⁷⁶ *Krynen*, L'État de justice I, S. 125.

³⁷⁷ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 389.

³⁷⁸ *Karpik*, Les Avocats, S. 59 ff.

³⁷⁹ *Leuwers*, L'invention du barreau français, S. 10.

³⁸⁰ Rechtsgeschichtlich ausführlich *Lamarque*, L'avocat et l'argent (1790–1972), S. 235 ff., 268 ff.

die 1274 verfügte Kappung des Honorars bei 30 Livres und gab nach unten vor, dass Person und Verhältnisse des Mandanten sowie die Natur der Rechtssache als Orientierung gelten müssen.³⁸¹ Im 18. Jahrhundert begann der Ordre zu begreifen, dass es neben der Gefahr durch eine Unterwerfung unter staatliche Gewalt auch eine Gefährdung durch finanzielle Abhängigkeit geben könne. Beide Abhängigkeiten wollte der Ordre um jeden Preis vermeiden.³⁸² Die Absage an diese beiden „Verlockungen“ bildete die kollektive Identität des Standes aus. Dies führte im Einzelnen dazu, dass dem Avocat Zweitberufe ausnahmslos untersagt waren.³⁸³ Damit allerdings war der Aufstieg in die *noblesse* verwehrt, der gerade durch die Übernahme öffentlicher Ämter gelingen konnte, so dass in bestimmten Bezirken außerhalb Paris durchaus auch Zweitberufe ausgeübt wurden, in Toulouse auch der des Procureurs. Bedeutend war aber die Absage an jegliche (rechtlich durchsetzbare) Entlohnung: „Nul n’avocat aura le droit d’exiger d’honoraires, n’y n’en pourra former aucune demande, sous peine d’être retranché du tableau.“³⁸⁴ Ehre sei kein sicherer Weg zum Wohlstand und der Avocat müsse sich mit dem begnügen, was er geboten bekomme für seine Dienste. „Rien au dessus de la gloire ou de l’estime publique.“ Ruhm und öffentliche Wertschätzung mussten also genügen, obgleich *Domat*³⁸⁵ im 17. Jahrhundert bereits feststellte, dass „il est tout juste que toute profession licite produise à celui qui l’exerce une récompense proportionnée à son travail“, was für den Beamten wie für den Avocat gelten müsse, auch wenn damit die Profession „n’ait pas cette dignité qu’elle avait à Rome lorsqu’elle s’y exerçait gratuitement“. Sie verliere aber nicht den „caractères essentiels de l’honneur“. *Karpik* hat zurecht die Bedeutung dieser letztlich strategischen Entscheidung des Ordre betont.³⁸⁶ Zwar nahmen bestimmte Avocats Honorare sehr gerne an und forderten sie auch. Doch ca. die Hälfte des Standes lebte in Armut oder zumindest sehr bescheiden. Dies unterstrich die Zuwendung des Ordre zum Wohl der Allgemeinheit und sicherte dem Stand großes Ansehen. Die Unbemittelten dankten es der Anwaltschaft, indem sie sie zu einer prägenden Kraft innerhalb des Dritten Standes erkoren.

2. *L’avocat et la liberté*

Die Anwaltschaft, verfasst im Ordre, forderte vor allem während der Zeit ab der Régence mit am vehementesten den liberalen Staat und die liberale Gesellschaft. Sie engagierte sich in politischen Verfahren, die Feudalrechte in Frage stellten oder

³⁸¹ In deutschen Landen setzte sich in der Praxis ein ähnlicher Maßstab durch, wobei der französische Maximaltarif als römisch-rechtliche Figur in ersten deutschrechtlichen Gebührenordnungen nicht Eingang fand, sondern vielmehr war es dem Anwalt verboten, abweichende Vereinbarungen zu schließen, s. hierzu *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, S. 25 f.

³⁸² *Karpik*, Les Avocats, S. 90.

³⁸³ *Karpik*, Les Avocats, S. 88.

³⁸⁴ Rede v. 9.5.1723 des Bâtonniers zit. nach *Karpik*, Les Avocats, S. 89.

³⁸⁵ *Domat*, Les quatre livres du droit public, S. 512; s. auch *Lamarque*, L’avocat et l’argent (1790–1972), S. 236 ff.

³⁸⁶ *Karpik*, Les Avocats, S. 89 f.

die Mängel des Ständestaates deutlich hervortreten ließen. Der Ordre wurde zu einer politischen Kraft.³⁸⁷ Hierfür war eine Allianz mit den Magistraten der mächtigen *parlements* opportun, die selbst den Bourbonen-Herrschern offenen Widerstand leisteten, den sie nur erfolgreich durchführen konnten, weil die Avocats diesen unterstützten.³⁸⁸ Anlass waren religiöse Konflikte zwischen der Krone und den Jansénistes, die dazu führten, dass sich das Parlement de Paris weigerte, die zum Vollzug notwendige Registrierung einer Deklaration zur Umsetzung einer päpstlichen Bulle vorzunehmen (*droit de remontrance*).³⁸⁹ Die Anwaltschaft unterstützte die Magistrate durch einen Streik, der zur Verurteilung als Häretiker und zur Festnahme von vielen Avocats führte. Er stürzte eine Vielzahl an Avocats in existenzielle Nöte, bewies er aber auch die Mobilisierungsfähigkeit einer Vereinigung des Dritten Standes. Die Einheit im *palais* zwischen Magistraten und Avocats, gleichwohl identitätsprägend, zerbrach jedoch 1789 an der Einberufung der Generalstände. Die adeligen Magistrate (*noblesse de robe*) und die bürgerlichen Avocats schlossen sich jeweils ihrem Stand an.³⁹⁰

III. *Le Royaume*

Im Hochmittelalter waren die Avocats, vergleichbar mit den heutigen Kassationsanwälten, Träger eines öffentlichen Amts.³⁹¹ Sie waren nicht unabhängig vom Staat, sondern dienten diesem (dazu unter 1.). Doch die französische Geschichte kennt auch Perioden, in denen die Anwaltschaft die Geschicke des gesamten Landes lenkte (dazu unter 2.): Als der (nur mäßig erfolgreiche) Avocat Camille Desmoulins am 12.7.1789 im Palais-Royal als erster zu den Waffen rief, übernahm die Anwaltschaft die Führung der Revolution, trug sie bis zur Selbstaufgabe und bewirkte so zugleich die tiefgreifendste Zäsur nicht nur in der französischen, sondern auch in ihrer eigenen Geschichte. Knapp 100 Jahre später wurde der Ordre wiederum das Zentrum der französischen Politik.

1. *L'avocat et le roi*

Die Avocats waren Teil der Elite der sog. *légistes*.³⁹² Sie wirkten im Parlement, dem Teil des königlichen Hofes, der sich dauerhaft auf der Ile de la Cité in Paris

³⁸⁷ Karpik, *Les Avocats*, S. 114.

³⁸⁸ Karpik, *Les Avocats*, S. 93 ff.

³⁸⁹ Zum ersten Mal weigerte sich das Parlement unter Louis XI eine königliche Entscheidung zu registrieren, da sie als zu konziliant gegenüber dem Papst galt (*Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. 39 f. Rn. 20.20).

³⁹⁰ S. aus deutscher Sicht zur Rolle der *parlements* [v.] Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, S. 160: „Immer jedoch blieben die Parlamente an erster Stelle dienstbar dem Schutz der Vorrechte; sie vertreten bis zu ihrem letzten Tage die Lebensgrundsätze der Privilegierten.“

³⁹¹ Karpik, *Les Avocats*, S. 57 f.

³⁹² Zur Prägung des französischen Rechtsdenkens durch die *légistes* s. auch C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaften*, S. 24 f., der dem *légiste* die deutsche Rechtswissenschaft als Rechtswahrerin gegenüberstellt.

niederließ, um dort Recht zu sprechen.³⁹³ Später entwickelten sich bedeutende Parlements in der Provinz.³⁹⁴ Die Anwälte waren vor allem also *Avocats d'Etat*, sie waren eng mit der Entwicklung dieses Staates und seinem Wirken assoziiert und hatten integrative Wirkung in die Gesellschaft hinein. Sie vertraten private Interessen und dienten in öffentlichen Ämtern. Die enge Verbindung zwischen Anwaltschaft und dem Staat begann sich im ausgehenden Mittelalter aufzulösen. Unter François I setzte sich mit der *Ordonnance de Blois* aus 1579 endgültig die Ämterkäufllichkeit durch. Bis dahin waren Karrieren von *Avocats* durch die Verwendung im Staatsdienst als Gerichtspräsident, vielmals auch als Garde des sceaux (eine Amtsbezeichnung, die heute der Justizminister trägt) keine Seltenheit.³⁹⁵ Nunmehr wurden die oft aus mittellosen Verhältnissen stammenden *Avocats* von Bilderbuchkarrieren und sozialen Aufstiegen ausgeschlossen.³⁹⁶ Gerade dieses Aufstiegsversprechen band die *Avocats* an die Krone. War davor also die Verteidigung nur ein Aspekt des Berufsbildes, neben der Tätigkeit im öffentlichen Dienst, verengte sich das Aufgabenspektrum auf die *défense*.

2. *L'avocat-roi*

Der Höhepunkt des Aufstiegs der Anwaltschaft zur vielleicht mächtigsten politischen Bewegung war in einem ersten Moment während der Revolution nur von sehr kurzer Dauer (dazu unter a)), doch das 19. Jahrhundert brachte eine dreißigjährige Periode von beispiellosem politischem Einfluss auf die Entwicklung Frankreichs: *La République des Avocats* (dazu unter b)).

a) *Selbstmord eines Standes*

Die „antiken Geist“ atmende³⁹⁷ Tragik der Geschichte besteht darin, dass in dem Moment, in dem die *Avocats* die Führung des Staates, der ihre Unabhängigkeit in der Vergangenheit bedrohte, übernahmen, sie den Garanten ihrer Unabhängigkeit beseitigten: „les hommes de loi, ci-devant appellés avocats, ne devront former ni ordre ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions“ bestimmte Art. 10 des Gesetzes v. 16.8.–2.9.1790. Bei *Weißler*³⁹⁸ liest sich dies wie folgt: „Der ancien barreau war dahin. Nicht der Hass seiner Feinde hatte ihn vernichtet: er selbst in edlem Stolz hatte sich getötet.“ *Krynen*³⁹⁹ hat hierfür Erklärungsversuche geliefert, die wahrscheinlich alle zusammen diese Entwicklung favorisierten. Als die Revolutionäre die mächtigen und traditionsreichen *parlements* beseitigten und an ihre Stelle 553 unbedeutende Gerichte setzten, stellte sich

³⁹³ *Timbal/Castaldo/Mauses*, *Histoire des institutions publiques et faits sociaux*, S. 271 f. Rn. 292 f.; *Sur/Sur*, *Une Histoire des avocats en France*, S. 13 Rn. 04.13.

³⁹⁴ Zu jenem in Bordeaux monographisch *Le Mao*, *Parlement et Parlementaires*.

³⁹⁵ *Sur/Sur*, *Une Histoire des avocats en France*, S. 15 Rn. 04.22.

³⁹⁶ *Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. 47 Rn. 22.11.

³⁹⁷ *Weißler*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 405.

³⁹⁸ *Weißler*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 397.

³⁹⁹ Hierzu und im Folgenden *Krynen*, *L'État de justice II*, S. 29 f.

die Frage, ob damit auch die Existenz des Ordre nicht hinfällig geworden war.⁴⁰⁰ Zudem wurde gerade die Rechtsprechung aus dem Volk gewählten Richtern anvertraut, so dass der Zeitgeist mit dem traditionellen und professionellen Ordre nicht vereinbar schien. Wenn das Urteil durch einen citoyen gefällt wird, genügt ein citoyen als Fürsprecher für die Partei. Es ging um eine „société vidée des gens de justice“. Darüber hinaus waren ca. zwei Drittel der Avocats in der Assemblée Constituante nicht aus Paris, sondern gehörten Ordres aus der Provinz an; vielmals waren sie Teil einer jungen Generation an, die durch die Traditionen im Ordre in ihrem Fortkommen behindert wurde. Diese soziologischen Aspekte, die in der Abschaffung eine Art Abrechnung und Zeitenwende sehen, sind sicher sehr wichtig. Man sah in der Abschaffung einen rechtsstaatlichen Fortschritt, da es der Natur entspräche, dass jeder sich selbst verteidigen durfte, ein jeder seinen Vertreter ohne Ansehen der Mitgliedschaft im Ordre auswählen konnte. Die erwünschten Folgen stellten sich jedoch nie ein, vielmehr kam es zu vormals undenkbar Situationen. So weigerte sich der ehemalige Bâtonnier de Paris, Louis XVI zu verteidigen; nur die „Avocats du Marais“ erschienen vor dem Tribunal révolutionnaire, um Angeklagte zu verteidigen, als die Revolution in einen Blutrausch geriet.⁴⁰¹ In jener Zeit wurden alle justiziellen Traditionen und Gewissheiten weggefegt und Chaos brach über das Land herein. Der Versuch, mit der Institution des (juristisch ungebildeten) „défenseur officieux“ Abhilfe zu schaffen, scheiterte, so dass in der Zeit des Directoire bereits die Rückkehr der Anwaltsprofession rechtspolitisch eine Option war. Doch die Wiedereinführung erfolgte nicht als Rückkehr zu alter Größe, sondern Napoléon I schätzte die Funktion der Selbstverwaltung – nicht die Anwälte selbst⁴⁰² – als potentielle Grundlage für Ordnung und so ist der (für ihn) viel zu liberal geratene Entwurf für das Kaiserliche Dekret v. 14.12.1810 mit der legendären und viel zitierten handschriftlichen Bemerkung versehen, wonach er niemals ein Dekret unterzeichne, das es ihm verbiete, einem Avocat für das, was er sage, die Zunge herauszuschneiden. Die von Napoléon I konfigurierte Selbstverwaltung trägt die klangvollen Namen des alten und des heutigen Ordre, doch der Zugriff des Staates auf Leitung des Ordre, auf Aufnahme und Disziplin war unmittelbar. Die Restaurationszeit brachte eine grundlegende Reform, weil man sich eine Verbesserung der Qualität der Rechtsprechung erhoffte und die Julimonarchie unter Louis-Philippe I, die der überwiegend monarchisch-liberalen politischen Überzeugung der Anwaltschaft entsprach,⁴⁰³ führte dank der Ordonnance v. 27.8.1830 zur Direktwahl der Kammerorgane. Es war also ein langer Kampf für die Rückeroberung der institutionellen Unabhängigkeit und er vollzog sich Schritt für Schritt

⁴⁰⁰ So auch *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 155 f. Rn. 53.21 f.

⁴⁰¹ *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 157 ff. Rn. 32.21 ff.

⁴⁰² *Lemaire*, Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris, Introduction historique (1936), S. XXV.

⁴⁰³ *Mollot*, Règles sur la profession d'avocat, S. 267; *Karpik*, Les Avocats, S. 173 f.; s. auch ausführlich zur Herausbildung des „bürgerlichen Anwalts“ *Lamarque*, L'avocat et l'argent (1790–1972), S. 99 ff.

unter den verschieden politischen Regimen, die immer mehr bereit waren, die politischen Wünsche der Anwaltschaft zu erfüllen.

b) *Machtentfaltung eines Standes*

Wiederum führte ein Generationenkonflikt zum politischen Engagement der Anwaltschaft. Die politische Allianz zwischen Julimonarchie und Anwaltschaft zerbrach und die jüngere Anwaltschaft wurde in der Chambre des députés zu einem wichtigen Block der republikanischen Fraktion, was mit bedeutsamen Schlüsselposten in der II. République belohnt wurde. Der Staatsstreich 1851 durch Louis Napoléon Bonaparte führte zu einer Verschärfung des politischen Klimas; während der ersten Hälfte des Second Empire waren 125 Avocats aus politischen Gründen inhaftiert. Die repressive Stimmung ermöglichte es einer Vielzahl an Anwälten (u. a. Charles Thomas Floquet und Jules Ferry), sich einer breiten Öffentlichkeit als Gegner des Kaiserreichs bekannt zu machen. Der bekannteste unter ihnen war Léon Gambetta. Sein politischer Aufstieg begann im Gerichtssaal, als er den Journalisten Delescluze furios verteidigte.⁴⁰⁴ Gambetta war es, der die III. République ausrief; das Gros der Staatsämter wurde mit Avocats besetzt, so dass endlich die „Republik vollständig in den Händen der Republikaner“⁴⁰⁵ lag. Von 1875 bis 1920 prägte der Ordre die Politik, so dass *F. Wieland* aus deutscher Sicht staunend den Beruf des Avocats als Durchgangsstation für die Chambre des députés und die Ministerbank bezeichnete.⁴⁰⁶ Der Ordre blieb trotzdem weiterhin eine zentrale Institution im Leben von politisch erfolgreichen Avocats „und abgedankte Minister verschmähen es nicht, in die Reihen ihrer früheren Kollegen zurückzutreten.“⁴⁰⁷ Die République des Avocats⁴⁰⁸ und mit ihr das „âge d’or des libertes publiques“⁴⁰⁹ war angebrochen. Einfachgesetzliche⁴¹⁰ Presse-, Vereinigungs-, Schul- und Gewerkschaftsfreiheit sowie die Trennung von Staat und Kirche veränderten die französische Rechtsordnung nachhaltig. Die Lebensläufe Poincarés⁴¹¹ und Millerands,⁴¹² beide Regierungschefs und beide Mitglied der renommierten Pariser Conférence de stage des Jahrgangs 1882,⁴¹³ stehen stellvertretend für die Vorbereitung auf das

⁴⁰⁴ Plädoyer abgedruckt bei *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 234 ff. Rn. 71.43.

⁴⁰⁵ *Duvergnier/Sfez*, Freiheitsrechte in Frankreich und der Union Française, in: Die Grundrechte I.2., S. 566.

⁴⁰⁶ *F. Wieland*, DJZ 1906, 1174 (1179); s. auch *Lamarque*, L’avocat et l’argent (1790–1972), S. 147.

⁴⁰⁷ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 404.

⁴⁰⁸ Umfassend *Le Béguet*, La République des Avocats.

⁴⁰⁹ Vgl. *Prélot*, RDP 2012, 473 (473).

⁴¹⁰ *Prélot*, RDP 2012, 473 (484): Verfassungsrecht ohne Verfassung.

⁴¹¹ Poincaré übernahm sogar nach seinem endgültigen Rücktritt noch kurz das Amt des Pariser Bâtonniers im Jahr 1931. Zwischen 1907–1911, 1920–1927 und 1930–1934, also dem Jahr seines Todes, war er Mitglied des Conseils de l’ordre in Paris.

⁴¹² Millerand war Mitglied des Conseils de l’ordre in Paris zwischen 1913–1919 und 1924–1930.

⁴¹³ *Zweigert*, in: FS Ficker, S. 501 bezeichnet den Vorsitz bei diesem Rhetorikwettbewerb als „ehrentollen Sessel“.

politische Leben im Ordre.⁴¹⁴ Poincarés politische Erfolge am Vorabend des Ersten Weltkrieges wurden aber auch deshalb vom Ordre so ausgiebig in der Öffentlichkeit zelebriert, weil die Anzeichen für den Bedeutungsverlust der organisierten Anwaltschaft sich mehrten. Das Ende⁴¹⁵ dieses beispiellosen politischen Einflusses wurde dadurch eingeläutet, dass die aufziehenden Probleme sich nicht mehr durch freiheitliche Gesetzgebung meistern ließen. Die Anwälte hatten das Versprechen der gesellschaftlichen und rechtlichen Liberalisierung eingelöst, waren jedoch nicht in der Lage, sich als politischer Faktor an die Veränderungen der politischen und gesellschaftlichen Umstände anzupassen. Die überwiegend konservativ-katholische Organisation traf auf Herausforderungen, die nicht mehr mit juristischer Expertise zu lösen waren: die soziale Frage, Folgen des Ersten Weltkriegs, wirtschaftliche Krisen. Die hieraus resultierende politische Instabilität wurde den Avocats angelastet. Nicht zu unterschätzen ist auch die Dreyfus-Affäre.⁴¹⁶ Sie zeigte auf, dass der Ordre und die Avocats sich mit dem Staat identifizierten, nicht mehr unabhängig von ihm waren und zu seiner Kontrolle und Bändigung nichts mehr beizutragen hatten. *Karpik* stellte fest, dass „J'accuse“ in früheren Zeiten von einem jungen, idealistischen und armen Avocat geschrieben worden wäre, nun aber die Selbstverwaltung sich mit dem Militär solidarisierte, sicherlich auch, aber nicht hauptsächlich aus antisemitischen Motiven.⁴¹⁷ Die inzwischen fehlende geistige Unabhängigkeit vom Staat zeigte sich daran, dass Labori, der Dreyfus und Zola verteidigte und vor dem Gerichtsgebäude fast erschossen wurde, erst 1905 in den Conseil de l'ordre und 1911 zum Bâtonnier gewählt wurde. Mit der Aufgabe der sozialen Funktion des *public watch dog* ging ein Bedeutungsverlust des Berufsstandes einher, der bis heute fortwirkt. Der CNB versucht heute diese Rolle, u. a. mit der Fernsehwerbekampagne „Juste ou injuste“ wiederzubeleben,⁴¹⁸ um die Anwaltschaft als gesellschaftlichen Akteur wieder zu etablieren, denn 71 % der Franzosen sind – nach einer vom CNB in Auftrag gegebene Studie⁴¹⁹ – der Auffassung, dass die Ungerechtigkeiten in der Gesellschaft zunehmen, 44 % glauben, dass die Justiz davon am meisten betroffen ist. Immerhin 52 % trauen der Anwaltschaft zu, diese Ungerechtigkeiten zu reduzieren. Der Rapport der États généraux de la Justice stellte fest, dass 53 % der Franzosen wenig oder kein Vertrauen in die Justiz haben. Anders als die Institution genießen die Menschen, die sie prägen mit 70 % (Greffiers), 58 % (Richter) und 56 % (Anwälte) durchaus Vertrauen.⁴²⁰

⁴¹⁴ Hierzu *Le Béguet*, La République des Avocats, S. 14 ff.

⁴¹⁵ Umfassend *Le Béguet*, La République des Avocats, S. 114 ff.

⁴¹⁶ *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 254 ff. Rn. 81.32 ff.

⁴¹⁷ *Karpik*, Les Avocats, S. 204.

⁴¹⁸ S. auch für die heutige Zeit kritisch zur Chance einer Wiederbelebung *Garapon*, Les Cahiers de la Justice 2020, 449 ff.; s. auch *Le Béguet*, La République des Avocats, S. 204 ff.

⁴¹⁹ CNB, PM. v. 2.7.2021: Sondage exclusif: les Français face à l'injustice „Pour 71 % d'entre eux, les injustices ont augmenté“, dort auch mit den detaillierten Ergebnissen der von IFOP erstellten Studie.

⁴²⁰ Rapport des États généraux de la Justice v. 8.7.2022, S. 70.

IV. Vergleichende Bemerkungen zur deutschen Anwaltsgeschichte

Die Entstehung des französischen Anwaltsstandes profitiert von genuin französischen Faktoren, die in deutschen Landen so nicht vorlagen: frühe Staats- und Nationwerdung sowie Zentralisierung der rechtsprechenden Gewalt beim König, die wiederum von spezialisierten und verfestigten Institutionen, den *parlements*, ausgeübt wurde. Im 17. Jahrhundert bildete sich eine einheitliche nationale Identität der Profession, die maßgeblich durch die ständische Selbstverwaltung geprägt und entwickelt wurde. Darüber hinaus entstanden sehr früh Rechtswissenschaftliche Fakultäten, so dass es rasch zu einer gewissen Professionalisierung kam. Doch die Unabhängigkeit vom Staat ist historisch sowohl in Deutschland als auch in Frankreich ein zentrales Thema. Beide Rechtsordnungen können aufgrund ihrer Geschichte den Wert der unabhängigen Anwaltschaft einschätzen.

1. Bedarf an einer Anwaltschaft

Mit Anordnung v. 2.4.1713 hielt Friedrich Wilhelm I „furchtbare Musterung“⁴²¹ zuerst über die Berliner Anwaltschaft und später über die gesamtpreußische: 336 von vormals 887 Advokaten und 82 von 165 Prokuratoren durfte ihr Amt behalten; ihr Gehalt wurde auf ein Viertel des vormaligen gekürzt. 1726 folgte die Einführung der Robenpflicht, damit man „die Spitzbuben“ schon von weitem erkennen konnte. Unter der Herrschaft Friedrich II folgte gar die schrittweise endgültige Abschaffung der Advokatur auf Betreiben seines Justizministers v. Carmer. In der „Allerhöchsten Königlichen Cabinets-Order die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend“ wurde den Anwälten vorgeworfen, sie seien für die Arbeit der Justiz ein Hindernis; ihr Tätigwerden verschleppe und überlade Verfahren mit Prozessstoff, der nicht entscheidungserheblich sei.⁴²² Die Vertretung durch Anwälte sei „wider die Natur der Sache“. Im Corpus Juris Fridericianum von 1781 – durch Art. VII des Vorberichtes – werden die Advocaten gänzlich abgeschafft.⁴²³ Vielmehr – so schilderte es Art. I – obliege es allein dem Richter, auch im nunmehr inquisitorisch konzipierten Zivilprozess, die objektive Wahrheit zu erforschen, so dass kein Bedarf für einen Anwalt bestehe, da er nichts leisten könne, was nicht schon der Richter leiste. Es geht also weniger darum, wie zehn Jahre später in Frankreich, der natürlichen Freiheit zum Durchbruch zu verhelfen; es als Teil jener zu sehen, sich selbst vor Gericht zu verteidigen, sondern es geht darum, das Gericht und nicht die individuelle Verantwortung zu stärken. Die mit der Abschaffung der Advokatur gemachten Erfahrungen in Preußen unterschieden sich nicht von jenen, die das revolutionäre Frankreich machen sollte. Später konnte das Gericht dann den Parteien einen verbeamteten Assistenzrat bzw. Justizkommissar zuweisen, was vor allem im Zivilverfahren und auf Gebieten der heutigen freiwilligen Gerichts-

⁴²¹ Hierzu und im Folgenden *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 296 ff., 302.

⁴²² S. hierzu *Grahl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 110 f.

⁴²³ S. hierzu *Busch*, Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1793/95, S. 83 f.

barkeit erfolgte.⁴²⁴ Es stellte sich jedoch heraus, dass die freie Auswahl desjenigen, der die eigenen Interessen vor Gericht vertritt, von elementarer Bedeutung für die Akzeptanz durch die Rechtsuchenden ist. In Frankreich rührte das fehlende Vertrauen von der fehlenden Qualifikation her. Unabhängigkeit und Qualifikation sind deshalb rechtsordnungsübergreifend zentral im Berufsrecht. Zwar gewährte der preußische Staat durch § 14 Dritter Teil der Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793 die eigene Auswahl, doch war der Vertreter noch immer nicht unabhängig vom Staat.⁴²⁵ Ab 1849 durften sie den Titel des Rechtsanwalts führen.

2. Bedarf an einer unabhängigen Anwaltschaft

Die Rechtsanwälte verschrieben sich dem Kampf um die „Freie Advokatur“. Ihr Kampf reihte sich in die historischen Umwälzungen der Zeit ein, die das Ende des Absolutismus und seines obrigkeitstaatlichen Denkens einläuteten. Wie in Frankreich war die Anwaltschaft mit den verfassungspolitischen Zielen des Bürgertums auf einer Linie, allerdings fehlte ihr die institutionelle Stabilität, denn erst 1871, nachdem das Vorhaben 1848 scheiterte, wurde in Bamberg der Deutsche Anwaltsverein (DAV) gegründet.⁴²⁶ Im Vormärz, während der Revolution 1848/1849⁴²⁷ und im Anschluss war der Wunsch nach einer Änderung der Regulierung anwaltlicher Tätigkeit groß, besonders in Preußen. Nur in französisch-rechtlich geprägten Landesteilen (Rhein und Pfalz) waren die Reformbestrebungen verhalten, denn dort hatte der Gesetzgeber die Advokaten aus der gerichtlichen Disziplinalgewalt entlassen und diese auf eine Advokatenkammer übertragen.⁴²⁸ Errungenschaften und Geschichte der französischen Anwälte inspirierten den Kampf der deutschen Anwälte.⁴²⁹ So finden sich in der sehr prägenden, aus 1867 datierenden Streitschrift [v.] *Gneists* „Freie Advocatur – Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen“ Forderungen nach einer Abschaffung des Beamtenstatus, der Beseitigung richterlicher Disziplinalgewalt und der Übertragung dieser auf Organe der Selbstverwaltung, der Liberalisierung und der Anpassung des Honorarrechts sowie insbesondere auch die freie Zulassung zur Anwaltschaft, die nicht an eine Bedarfsprüfung seitens der Justizverwaltung gekoppelt ist.⁴³⁰ Sie adressiert also Unabhängigkeitsgarantien, die die französische Anwaltschaft erkämpft und zurückerkämpft hatte. Am 1.10.1878 wurde die RAO verkündet; sie trat – ge-

⁴²⁴ *Grahl*, Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen, S. 110 f.; *Busch*, Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1793/95, S. 98 f.; *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 134; *Beulke*, Der Verteidiger in Strafverfahren, S. 30.

⁴²⁵ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 358.

⁴²⁶ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 520.

⁴²⁷ Vgl. zur Rolle der Anwaltschaft in der deutschen Nationalversammlung *Rückert*, AnwBl. 2015, 982 ff.

⁴²⁸ *Huffmann*, Kampf um freie Advokatur, S. 16 f., 30.

⁴²⁹ *Laurich*, in: *Anwälte und ihre Geschichte*, S. 1074; *Huffmann*, Kampf um freie Advokatur, S. 23 m. w. N.

⁴³⁰ [v.] *Gneist*, Freie Advocatur, S. 49 ff.

meinsam mit den vier sogenannten Reichsjustizgesetzen GVG, ZPO, StPO, Konkursordnung – am 1.10.1879 in Kraft. Damit wird ihr starker Bezug auf die Prozessordnungen sichtbar,⁴³¹ auch wenn eine Kodifikation innerhalb des GVG in einem Titel IXa scheiterte. Sie war in einer Zeit ohne Verfassung der materielle Verfassungstext der Anwaltschaft und ermöglichte, dass sich überhaupt ein einheitlicher deutscher Anwaltsstand entwickeln konnte.⁴³² Maßgeblich vom Gedanken der Freien Advokatur nach [v.] *Gneist* geprägt, ist sie aus französischer Sicht doch nur ein „compromis entre libéralisme et autoritarisme, indépendance corporative et tutelle d’État.“⁴³³ Die französische Skepsis gegenüber der RAO liegt in der (damaligen) Zuständigkeit der Justizverwaltung für die Zulassungsentscheidung begründet, was als unverfügbarer Kern der französischen Selbstverwaltung gilt.⁴³⁴ Die Rechtsanwaltskammer ist „corporation“ und nicht „Ordre“. Dem französischen Ordre entsprachen eher die vormaligen Advokatenvereine mit vertraglich eingeräumter Disziplinargewalt.⁴³⁵ Dass die RAO ein politischer Erfolg war, folgt daraus, dass der preußische Entwurf sich nicht durchsetzen konnte, der eine strikte Lokalisierung und eine bedeutende Rolle der Staatsanwaltschaft vorgesehen hätte. Ziel Preußens war es die Sicherung der Versorgung in entlegenen ost- und westpreußischen Gerichten (Sperrklausel), was durch eine Zulassungsversagung bei „gesättigten“ Gerichtsbezirken erreicht werden sollte.⁴³⁶ Für französische Beobachter ist die Aufhebung des *numerus clausus* der große Erfolg der RAO,⁴³⁷ denn die Tätigkeit des Anwalts sei kein Privileg, sondern eine Ehre. Dies schließe einen *numerus clausus* aus.⁴³⁸ Angesichts der wirtschaftlichen Sorgen französischer Anwälte musste allerdings das dortige Justizministerium diese rechtspolitische Auffassung jüngst bekräftigen.⁴³⁹ Allerdings ist der dem Staat zurechenbare Mangel an Master-Studienplätzen in Frankreich im Fach Rechtswissenschaften in der Wirkung nichts anderes als ein verdeckter *numerus clausus* für die Zulassung zur Anwaltschaft, weil viele Studierende rein faktisch nie die Möglichkeiten bekommen werden, sich auf die Anwaltsschule zu bewerben, denn dies setzt voraus, das vierte, bzw. ab 2023 das fünfte Studienjahr absolviert zu haben.

⁴³¹ *Kilian*, DStR-Beih 2019, 38 (38).

⁴³² Nachweise bei *Krach*, NJOZ 2008, 2628 (2634).

⁴³³ *Halpérin*, *Avocats et notaires en Europe*, S. 99.

⁴³⁴ *Halpérin*, *Avocats et notaires en Europe*, S. 99 f. – Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., c), bb), (1), S. 325.

⁴³⁵ Zu diesen Advokatenvereinen *Huffmann*, *Kampf um freie Advokatur*, S. 33 f.

⁴³⁶ *Weißler*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 596.

⁴³⁷ *Halpérin*, *Avocats et notaires en Europe*, S. 99.

⁴³⁸ *Mollot*, *Règles sur la profession d’avocat*, S. 46 Fn. 1: „Il y a place pour tous au barreau.“.

⁴³⁹ S. die Antwort v. 28.11.2017 v. Mme. la Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, Question min. Nr. 3344.

B. Grundrechte im historischen Vergleich

Die anwaltliche Tätigkeit entfaltete sich also bereits zu Zeiten, in denen das Zugeständnis oder gar die vom Herrscherwillen losgelöste Existenz subjektiver Rechte nicht vorstellbar schien. Bestand bis dahin trotz allem eine gewisse Freiheit und Unabhängigkeit des Anwalts, so ließ sich diese als Gewährung des Staates begreifen, um der Rechtspflege willen seinen obrigkeitstaatlichen Anspruch gegenüber dem Rechtsanwalt zurückzunehmen. Die Parameter verschoben sich jedoch, sobald erstmals verfassungsmäßige Individualrechte als „Maßstab“ für rechtliche Regulierung des Anwaltsberufs vorhanden waren. Und so musste der Avocat général bei der Cour de Cassation im Rahmen eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen den Bâtonnier aus Rouen wegen einer „illegalen Kammerversammlung“ bereits 1841 feststellen, dass der Staat nicht mit einem Avocat habe umspringen können wie früher zu Napoléons Zeiten, weil zwischenzeitlich die Charte Constitutionnelle von 1814 Geltung beansprucht habe.⁴⁴⁰ Gleichwohl wird die Reichweite anwaltlicher Freiheit in Frankreich noch heute in größerem Maße politisch ausgehandelt. Weil der Weg zum Conseil Constitutionnel in vielen Fällen nicht offensteht und bis 2010 ein einmal verkündetes Gesetz der Kontrolle entzogen war, sind die großen Zeiten freiheitlicher Fortschritte im anwaltlichen Berufsrecht jene, in denen die Anwaltschaft tatsächlichen politischen Einfluss ausübte, weil eines ihrer Mitglieder als Justizminister fungierte. Insbesondere die Ära Badinters unter der Präsidentschaft Mitterrand steht hierfür.⁴⁴¹ Große Reformervorstellungen lagen auch in der (Wieder-)Ernennung des in Richterkreisen dramatisch unbeliebten Dupond-Moretti durch Macron, was bei Richtervereinigungen reflexartig den Verdacht der künftigen ständischen Klientelpolitik hervorrief.⁴⁴² In Deutschland ist der Einfluss der Grundrechte, und damit des Verfassungsgerichts, auf das anwaltliche Berufsrecht größer. Das BVerfG verdeutlichte früh, dass das Grundgesetz, auch in aufgeheizter Stimmung, bestimmte strafprozessuale oder berufsrechtliche Praktiken gegenüber Anwälten nicht mehr duldet⁴⁴³ und letztlich durch die Grundrechte ein System- und Kulturwandel in der Regulierung der anwaltlichen Berufsausübung eingetreten sei. „Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung“⁴⁴⁴ ist eine Frage der Grundrechte geworden und nicht mehr eine solche der politischen Auseinandersetzung.

⁴⁴⁰ Cass ch. req., Urt. v. 5.4.1841, Journal du Palais v. 5.4.1841 – Ordre des avocats de Rouen.

⁴⁴¹ Auf Badinters große Reformen des Berufsrechts, die die Unabhängigkeit des Anwalts vom Staat realisierten, wird unter Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), S. 72 ff. zurückgekommen.

⁴⁴² Richter sprachen von einem „Terrorist des Gerichtssaals“, während Dupond-Moretti die Justiz als „Institution falscher Fünfinger“ bezeichnete (Le Monde v. 27.4.2012). Zugleich stellen Beobachter bei der Richterschaft selbst eine „tentation du repli corporatiste“ fest, was Reformen massiv erschwert (Interview mit *Sauvé*, Le Monde v. 8.7.2022).

⁴⁴³ S. bspw. BVerfGE 34, 293 ff. – Verteidigerausschluss Schily (Ensslin-Kassiber).

⁴⁴⁴ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

I. Grundrechte und DDHC als konzeptioneller Gegensatz

Die DDHC v. 26.8.1789 war von naturrechtlichen Einflüssen geprägt. Ihre Rechte lagen der staatlichen Ordnung voraus.⁴⁴⁵ Ihr kam eine Art Auffangschutz zu, wenn das einfache Recht defizitär war.⁴⁴⁶ Eine Durchsetzung erschien kaum möglich, die philosophischen Prinzipien zielten auf einen umfassenden gesellschaftlichen Wandel, der der Intervention des Gesetzgebers zwingend bedurfte. Der Prozess ihrer Verrechtlichung setzte erst sehr viel später ein.⁴⁴⁷ Die DDHC blieb in Deutschland im 19. Jahrhundert, wo die Idee konzederter Rechte vorherrschte, ohne prägenden Einfluss. Die sich in der Paulskirchenversammlung durchsetzende Terminologie des „Grundrechts“ sollte zugleich die Rechte von der Bürger- und Untertanenstellung entkoppeln, zugleich⁴⁴⁸ aber auch die Distanz zur DDHC verdeutlichen, die bei der konservativen Mehrheit Sorge vor der „Atomisierung der Gesellschaft“ auslöste.⁴⁴⁹ Die Grundrechte stehen also in einer spezifisch deutschen Tradition.⁴⁵⁰ Sie waren auf Einwirkungsabwehr gerichtet, persönliche und prozessuale Freiheiten standen im Mittelpunkt.⁴⁵¹ Die Grundrechte enthielten viele Verbürgungen für Institutionen und Kollektive, deren Bedeutung für das soziale Leben betont wurde.⁴⁵² Diese Bedeutung gesellschaftlicher Selbstorganisation, die als Mittler zwischen Gesellschaft und Staat tritt, bringt die Opposition zum Individualismus der DDHC zum Ausdruck.⁴⁵³

II. Bindung des Gesetzgebers und Vorrang der Verfassung

Dass der Gesetzgeber nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist, ist keine Selbstverständlichkeit, sondern schließt 1949 eine Entwicklung ab.⁴⁵⁴ In Frankreich hingegen haben prominente Autoren wie *Esmein*⁴⁵⁵ zwar versucht,

⁴⁴⁵ Zum Einfluss der amerikanischen Texte auf die DDHC s. *Jellinek*, RDP 1902, 385 (389 ff.); den spezifischen Innovationswert der DDHC sieht *Jellinek* in der Darstellung und Formulierung der philosophischen Grundsätze der Freiheit als Rechtsregeln.

⁴⁴⁶ *Gaillet*, *L'individu contre l'État*, S. 61 f. Rn. 88.

⁴⁴⁷ Zu diesem Prozess s. *Janneau*, RDP 1989, 635 ff.

⁴⁴⁸ *Jouanjan*, RDP 2012, 766 (769).

⁴⁴⁹ Nachweise bei *Gaillet*, *L'individu contre l'État*, S. 191 f. Rn. 196.

⁴⁵⁰ *Kühne*, NJW 1998, 1513 (1515), der gleichwohl auch die rechtsvergleichende Arbeit der Abgeordneten hervorhebt; *Jouanjan*, RDP 2012, 766 (770).

⁴⁵¹ *Jouanjan*, RDP 2012, 766 (775).

⁴⁵² *J.-D. Kühne*, NJW 1998, 1513 (1516).

⁴⁵³ *J.-D. Kühne*, Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg, in: HdB GR I, § 3 Rn. 15.

⁴⁵⁴ Ausdrücklich auch *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, S. 5, der hier weniger eine Rezeption US-amerikanischen Verfassungsrechts unter Anleitung der Alliierten sieht, sondern eine Entwicklung, die bereits in Weimar ihren Anfang nahm und die Erfahrungen des NS-Unrechtsstaates in sich aufnimmt.

⁴⁵⁵ *Esmein*, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, S. 557 ff. mit der Differenzierung zwischen der *déclaration* eines Rechts und dessen *garantie*. Für *Esmein* stellte 1789/90 eine definitiv gewordene Weichstellung zugunsten der DDHC dar, die 1875 nicht mehr aufgegriffen wurde, weil es dieses Aufgreifens gar nicht mehr bedurfte.

dem Gesetzgeber aus der DDHC konkrete Vorgaben zu machen, an die er gebunden ist, doch hat sich dies nicht durchgesetzt.⁴⁵⁶ Verfassungsgerichtliche Kontrolle des einfachen Gesetzes anhand von Grundrechten ist in Frankreich ein Akt der Selbstermächtigung durch das an sich nicht gerichtliche, sondern politische Organ Conseil Constitutionnel. In Deutschland wie in Frankreich, dort mit der Figur der *liberté publique*, galt es gegenüber der Verwaltung ein gesetzmäßiges Verhalten durchzusetzen. Diese Aufgabe erfüllt der Gesetzesvorbehalt auch heute noch, indem er exekutive und judikative Grundrechtseingriffe begrenzt.⁴⁵⁷ Die Grundrechtsbindung negiert aber nicht die Rolle des Gesetzgebers und seines Produktes gegenüber dem BVerfG und der Verfassung.⁴⁵⁸ Der Vorrang der Verfassung besagt nur, dass ein Widerspruch zwischen Verfassung und Gesetzesrecht zugunsten der Verfassung aufzulösen ist, von der Herausarbeitung dieses Widerspruches entbindet der Vorrang der Verfassung aber gerade nicht.⁴⁵⁹ Grundrechtsgebundenheit des Gesetzgebers und Grundrechtskonkretisierung durch den Gesetzgeber schließen einander nicht aus.⁴⁶⁰

III. Auftrag an den Gesetzgeber

Dem Gesetzgeber kommt in der französischen Tradition eine besondere Rolle zu. Selbst die vorstaatlichen und naturrechtlichen Menschenrechte der DDHC bedurften einer Mediatisierung durch den Gesetzgeber. Das Gesetz ist seit 1789 und auch während der III. République das vorrangige Instrument zur Sicherung von Freiheit. Die Grundrechte als deutsches Konzept finden ihren Ursprung in den bürgerlich-liberalen Freiheitsrechten, die sich gegen den Staat richten, während in Frankreich mit den vom einfachen Gesetzgeber geschaffenen *libertés publiques* sehr bald auch der Gemeinschaftsbezug von Freiheit sowie die gesamthafte Austarierung der einzelnen Freiheitssphären stärker akzentuiert wurde. Bis heute prägt diese Vorstellung den Verfassungstext (Art. 34 Verf. 1958) sowie die Judikatur des Conseil Constitutionnel, wenn er grundsätzlich davon ausgeht, dass es Gesetze gibt, die die Freiheit erst ins Werk setzen und fördern und solche, die sie begrenzen.⁴⁶¹ Aber auch im deutschen Verfassungsrecht bleibt die Rolle des Gesetzgebers von Relevanz. Es gilt der „Anwendungsvorrang“ des einfachen Rechts vor der Verfassung, wenn es deren Gewährleistungen ins einfache Recht „übersetzt“.⁴⁶² Und auch die Grundrechte müssen mit Leben gefüllt werden, sie sind auf die Vervollständigung durch den Gesetzgeber angewiesen und weisen diesem die Richtung bei seinem Tätigwerden.⁴⁶³

⁴⁵⁶ Rivero, *Libertés publiques* I, S. 145 f. Rn. 193.

⁴⁵⁷ Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, S. 5.

⁴⁵⁸ Vgl. auch Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, S. 6.

⁴⁵⁹ *Wahl*, NVwZ 1984, 401 (409).

⁴⁶⁰ Bethge, *Staat* 24 (1985), 351 (365).

⁴⁶¹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., III., 1., b), S. 267 ff.

⁴⁶² Hierzu grundlegend *Wahl*, NVwZ 1984, 401 ff.

⁴⁶³ S. etwa nur Bethge, *Staat* 24 (1985), 351 (364).

Sie sind in den Worten *Jestaedts* „*lex imperfecta*“. ⁴⁶⁴ Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG ⁴⁶⁵) ist nur das prominenteste Beispiel hierfür, ⁴⁶⁶ doch das Anwendungsfeld von Gesetzen, die nicht eingreifen, sondern ausgestalten, ist viel weiter. ⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 30, 34 f.

⁴⁶⁵ Bspw. BVerfGE 20, 31 (34) – Ehemäklerlohn; BVerfGE 30, 292 (334) – Erdölbevorratung.

⁴⁶⁶ Vgl. *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 4.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., 2., S. 407 ff.

Kapitel 1

Der Rechtsanwalt, (k)ein Grundrechtsberechtigter wie jeder anderer

In den §§ 1–3 BRAO wird von „dem“ Rechtsanwalt“ gesprochen: In einem ersten Schritt wird auf den Gewinn und die Gefahren solcher „Bilder“ für die Grundrechtsdogmatik eingegangen – vor allem im deutschen Berufsrechtsdiskurs wird die Gefahr der konservierenden und freiheitsfeindlichen Wirkung betont (dazu unter § 1). Das einfache Recht legt in Deutschland wie in Frankreich maßgebliche Richtlinien für dieses Berufsbild fest: Freiheit und Bindung werden durch die Funktion des Anwalts geprägt (dazu unter § 2). Wenn man den Status des Anwalts herausgearbeitet hat, liegt ein Vergleich mit dem anderen zentralen Akteur der Rechtspflege nahe. Denn auch der Richter wird (allerdings von der Verfassung) als unabhängig in seiner Funktion für die Rechtspflege beschrieben und unterliegt zugleich spezifischen, funktionssichernden Bindungen (dazu unter § 3). Nach einer solchen Annäherung an das einfach- wie verfassungsrechtliche Bild des Anwalts wird die prozessgrundrechtlich abgesicherte Verfassungserwartung an die anwaltliche Berufsausübung dargestellt: Sie realisiert in Deutschland wie Frankreich rechtsstaatliche Versprechen (dazu unter § 4).

§ 1: Ein „Bild des Rechtsanwalts“ und sein Gewinn für die Grundrechtsdogmatik

Die BRAO verwendet ein „mentales Leitbild“, vergleichbar mit dem Menschenbild,¹ aber auch dem Bild des Bürgers² oder des Verbrauchers. Das Leitbild dirigiert und greift von einem Rechtsgebiet ins andere über. Die Festlegung des Rechtsanwalts auf die Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege ist nicht auf das Berufsrecht begrenzt, sondern wird zwanglos im strafprozessualen, sogar im grundrechtlichen Kontext durch die Gerichte verwendet. Auf der anderen Seite bündelt das Bild des Rechtsanwalts die verschiedenen, aus den verschiedenen Rechtsquellen folgenden Erwartungen und Anforderungen.³ §§ 1–3 BRAO drücken nicht mehr und nicht weniger als eine Modellvorstellung des „Rechtsanwalts“

¹ Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfe; sehr zurückhaltend heute *Bumke*, JöR n. F. 57 (2009), 125 (138).

² Hierzu und im Folgenden *Baer*, in: Methoden der Rechtswissenschaften, S. 233 f.

³ *Baer*, AnwBl. 2013, 491 (494); vgl. *Bumke*, JöR n. F. 57 (2009), 125 (142).

aus.⁴ Ihm werden Eigenschaften zugeschrieben und es werden Vorhersagen über sein Verhalten angestellt.⁵ Das Leitbild ist eine Abstraktion, die Interessen und Ziele vereint und für die Rechtsordnung als Steuerungsinstrument fungiert,⁶ denn es geht über den gesetzlichen Rahmen hinaus.⁷ Insoweit hat es Ähnlichkeiten mit einer Präambel. Dem Leitbild wohnt die Gefahr inne, bestehende Zustände zu zementieren; es ist aber gleichsam für eine (behutsame) Fortentwicklung geeignet,⁸ weil es bewusst offen und vage, nicht bis zum Ende determiniert ist. Man kann ihm grundrechtsdogmatische Wirkung beimessen, wenn man es als Deutungsangebot bezeichnet.⁹ So ist das „Leitbild des hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richters (Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG)“, das aus der Verfassungsgeschichte und dem einfachgesetzlichen Normbefund folgt, eine „maßgebliche Grundlage für eine rechtsstaatliche, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes verwirklichende Justiz“.¹⁰ Und auch in der anwaltsverfassungsrechtlichen Judikatur demonstriert das Gericht seinen maßvollen, offenen Umgang mit Leitbildern. Es rekurriert auf das in §§ 1–3 BRAO niedergelegte Bild und erinnert zugleich den Gesetzgeber daran, dass die Vorschriften keinen Eingriffstatbestand enthalten, sollte der Rechtsanwalt dem Bild nicht entsprechen.¹¹ In den Bastille-Beschlüssen äußert sich dies wie folgt: Zwar adressiert das Gericht ein „verengtes Standesdenken“, das für die „notwendigen Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder hinderlich ist.“¹² Gleichwohl entnimmt es im Anschluss seine verfassungsrechtliche Vermessung des Anwaltsberufes, dessen Mitglieder ein „unabhängiges Organ der Rechtspflege und [...] der berufene Berater und Vertreter der Rechtssuchenden“ seien, dem Berufsrecht. Bei einer offenen Deutung steht der Verwendung solcher Leitbilder kein verfassungsrechtliches Hindernis entgegen.¹³

⁴ Allgemein *Baer*, in: Methoden der Rechtswissenschaften, S. 237.

⁵ *Bumke*, JöR n. F. 57 (2009), 125 (141).

⁶ *Baer*, in: Methoden der Rechtswissenschaften, S. 236 f.; kritisch *Meinel*, Staat 60 (2021), 43 (46 ff.), der eine Bürokratisierung der Verfassung durch die Mobilisierung von Leitbildern befürchtet.

⁷ *Bumke*, JöR n. F. 57 (2009), 125 (142).

⁸ Zum Verwaltungsrecht *Baer*, in: Methoden der Rechtswissenschaften, S. 224.

⁹ *Baer*, in: Methoden der Rechtswissenschaften, S. 229.

¹⁰ BVerfGE 148, 69 (101) – Richter auf Lebenszeit.

¹¹ S. nur BVerfGE 34, 293 (299 f.) – Verteidigerausschluss Schily (Ensslin-Kassiber); anders aber bspw. für die verbeamtete Lehrerin BVerwG, Urt. v. 4.7.2002 – 2 C 21/01, NJW 2002, 3344 (3346) – „Kopftuchentscheidung“.

¹² BVerfGE 76, 171 (185) – Bastille.

¹³ Deshalb ist es unzutreffend, wenn LG Braunschweig, Urt. v. 30.4.2020 – 11 O 3092/19, WM 2020, 1743 (1749 Rn. 126) dem Berufsbild des Inkassodienstleiters rechtliche Grenzen für Tätigkeiten entnimmt, die der Gesetzgeber beim Erlass des RDG nicht vor Augen gehabt haben soll.

§ 2: Abriss über das einfachgesetzliche Berufsbild

„Historisch gesehen ist der Anwalt [...] ein ganz bestimmter Mensch, und nicht zuletzt ein Mann¹⁴“. ¹⁵ Was der Anwaltschaft anlässlich einer Festrede nochmals durch das Mitglied des für das Berufsrecht zuständigen Ersten Senats *Baer* in Erinnerung gerufen wurde, ist die tiefe Verankerung der Vorstellung des „guten Anwalts“. Hat die RAO 1878 noch auf ein Berufsbild¹⁶ verzichtet, regelt die BRAO heute das fremdbestimmte äußere Berufsbild der Anwaltschaft – zu unterscheiden vom inneren Berufsbild.¹⁷ Der deutsch-französische Rechtsvergleich zeigt zwei große Leitlinien, die dem einfachen Recht zugrundeliegen: zum einen die Freiheit des Rechtsanwalts (dazu unter A.) und zum anderen eine durch die anwaltliche Funktion gerechtfertigte Bindung (dazu unter B.).

A. Notwendige Freiheit

Die Freiheit des Rechtsanwalts wird im deutschen Diskurs mit der Formel von der „Freien Advokatur“ beschrieben.¹⁸ Sie ist jedenfalls kein klassischer Rechtsbegriff,¹⁹ doch zugleich für die grundrechtliche Konzeption als vorkonstitutioneller Topos der anwaltlichen Grundrechte für das BVerfG (wohl) unverzichtbar,²⁰ und ihr wird vielfach der Rang eines Verfassungsgrundsatzes zugesprochen.²¹ Ein Höhepunkt der Verrechtlichung dieses historischen Begriffes ist ein leidenschaftliches

¹⁴ In Deutschland ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von Frauen durch Gesetz v. 11.7.1922, in Frankreich durch Gesetz v. 1.12.1900 möglich geworden. Olga (manchmal auch Sophie) Balachowsky-Petit legte als erste Frau den Eid vor der Cour d'appel ab. Kurz darauf folgte Jeanne Chauvet, deren Rolle prominent ist. Sie war die erste Frau, die von einer französischen rechtswissenschaftlichen Fakultät promoviert wurde. Bereits 1897 stellte sie sich zur Eidesleistung vor und wurde zurückgewiesen. Mit Unterstützung der Abg. Poincaré und Viviani kämpfte sie für das Gesetz v. 1.12.1900. Sie gilt zudem als die erste plädierende Avocate. 1933 wird Paule René-Pignet die erste Bâtonnière eines französischen Ordres (jenes von La Roche-sur-Yon); 1998 wird Dominique de La Garanderie Bâtonnière de Paris (*Sur/Sur*, Histoire des avocats en France, S. 269 ff. Rn. 82.22 ff.).

¹⁵ *Baer*, AnwBl. 2013, 491 (494).

¹⁶ Von einem Leitbild spricht BVerfGE 50, 16 (29) – Anfechtbarkeit einer Belehrung.

¹⁷ *Zuck*, AnwBl. 2000, 3 ff.; sehr kritisch zum Rekurs auf das Berufsbild *Kleine-Cosack*, Einl. Rn. 29 f., 50.

¹⁸ *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 (527) weist daraufhin, dass die Freiheit der Advokatur auch die Unabhängigkeit der Richter schütze, da diesen nach dem Ausscheiden aus dem Richteramt der Anwaltsberuf offensteht.

¹⁹ *Lewald*, NJW 1947, 2 ff. sieht vielmehr eine ethische Frage hierin.

²⁰ BVerfGE 15, 226 (234); BVerfGE 22, 114 (122); BVerfGE 34, 292 (302) – Verteidigerausschluss Schily; BVerfGE 37, 67 (68); BVerfGE 63, 266 (282 f.) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei; BVerfGE 110, 226 (251 f.) – Geldwäsche; ohne Ableitung aber BVerfGE 122, 190 (206) – Umgehungsverbot.

²¹ *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 38; *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2009, 95 (95 f.); kritisch *Zuck*, in: 25 Jahre BRAK, S. 88, weil die Freie Advokatur einen zu geringen Ausschnitt aus der anwaltlichen Freiheit adressiere, nämlich die Freiheit jedes Interessierten, wenn er die Voraussetzungen erfüllt, zur Anwaltschaft zugelassen zu werden.

Sondervotum *Simons*, der sie gleich als Prüfungsmaßstab einer anwaltsgerichtlichen Entscheidung heranzieht.²² Nach hier vertretener Lesart ist die Freie Advokatur heute einfachrechtlich im Begriff der Unabhängigkeit aufgegangen,²³ der zudem nicht nur das Verhältnis des Staates zur Anwaltschaft in den Blick nimmt, sondern auch jenes zum Mandanten und zur Gesellschaft.²⁴ Für das Verfassungsrecht ist die Freie Advokatur als Objektivation der Grundrechtswirkung der Grundrechtsausübung einer Vielzahl von Rechtsanwälten zu begreifen: Indem eine Vielzahl von Rechtsanwälten ihre Freiheit gebrauchen, entsteht die Freie Advokatur als Institution der freiheitlichen-grundgesetzlichen Rechtspflege, „für deren Funktionieren auch das Vertrauen der Bevölkerung in die Advokatur unverzichtbar“²⁵ ist. Sie ist also das Ergebnis freiheitlicher Berufsausübung – nicht des Einzelnen, sondern einer Vielzahl an Grundrechtsberechtigten.²⁶ Als solchermaßen konstituierte Institution stellt sie den Gewährleistungsinhalt der anwaltlichen Berufsfreiheit dar.²⁷ Die Freiheit des Rechtsanwalts kommt in seiner Freiberuflichkeit (dazu unter I.) und seiner Unabhängigkeit zum Ausdruck (dazu unter II.). Als eine Profession, die sich in der jeweiligen Rechtskultur über Jahrhunderte entwickelte, unterscheiden sich das deutsche und französische Berufsrecht, selbst wenn die Terminologie Ähnlichkeit insinuiert.

I. Freiberuflichkeit

Die ontologische Definition erfasst als eine liberale Profession²⁸ oder einen freien Beruf geistige Tätigkeiten, die in Unabhängigkeit ausgeübt werden,²⁹ auf Grundlage einer besonderen Qualifikation ausgeübt werden, was ein besonderes Vertrauen des Mandanten rechtfertigen soll. Der Ursprung des Begriffes ist bei den *Artes liberales* zu suchen.³⁰ Sind mehrere Voraussetzungen dieses vielgliedrigen Begriffes in einem Beruf vereint, kann er als Freier Beruf qualifiziert werden.³¹ Anders als es die terminologische Konzeption vermuten lässt, sind für das BVerfG Gewerblichkeit und Freiberuflichkeit keinesfalls unvereinbare Gegen-

²² Sondervotum *Simon*, BVerfGE 62, 298 (300).

²³ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 35 f. Rn. 3 ff.; vgl. auch *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (3); vgl. *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 67 („Kernelement des Grundsatzes der freien Advokatur“).

²⁴ Vgl. auch *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (3); *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1482).

²⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 30.6.2009 – 1 BvR 893/09, NJW 2009, 3710 (3711) – Nebentätigkeit Juniorprofessor.

²⁶ So wohl auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411); ähnlich für den Freien Beruf *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 18 f. – Vgl. hierzu im Rahmen der funktionalen Grundrechtstheorie (Scholz) Kap. 3, § 2, A., II., 2., S. 344 ff.

²⁷ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., 2., S. 158 ff.

²⁸ Versuch einer Legaldefinition durch Art. 29 des Gesetzes Nr. 2012-387 v. 22.3.2012; zu diesem aus deutscher Sicht *Glindemann*, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, S. 12 f.

²⁹ Vocabulaire juridique H. Capitant, Stichwort: Profession libérale.

³⁰ *Moret-Bailly*, in: *Mélanges Truchet*, S. 427; vgl. auch *Kluth*, Freie Berufe im Wandel, S. 113.

³¹ *Kluth*, JZ 2010, 844 (845).

sätze.³² Die Freiberuflichkeit, die das deutsche Berufsrecht in § 2 Abs. 1 BRAO festlegt, erscheint als direkte Konsequenz der Freien Advokatur.³³ Der Begriff suggeriert, dass der durch seine Ausbildung besonders qualifizierte Rechtsanwalt sich bei seiner Tätigkeit nicht von Gewinnmaximierung treiben lässt; die Qualität seiner in Eigenverantwortung ausgeführten Arbeit nicht von der Entlohnung beeinflusst wird und von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant geprägt ist.³⁴ Nach Art. 1 des Gesetzes v. 31.12.1971 und Art. 1.1 RIN übt der Avocat eine *profession libérale et indépendante* aus; soweit ersichtlich ist dies der einzige Text, der so explizit die Liberalität betont. Die Terminologie Profession und nicht Beruf (*métier*) vermag auch Aufschluss über den Stellenwert dieses Merkmals geben.³⁵ Das Berufsrecht verwendet damit einen berufssoziologischen Begriff,³⁶ der durch hohes Einkommen, hohes Ansehen, Spezialistenwissen und Allgemeinwohlbindung geprägt ist.³⁷ Die Liberalität als juristisches Merkmal des Avocats ist jedoch nur eine Momentaufnahme. Es ersetzte im berufsrechtlichen Diskurs die Beschäftigung mit einem an der Verkammerung aufgehängten *droit corporatif* oder dem Recht der *professions organisées*.³⁸ Den Durchbruch als juristische Kategorie verdankte die *profession libérale* der grundlegenden Arbeit von Savatier³⁹ im Jahr 1947. Doch die Rechtsentwicklungen sind über den Begriff hinweggegangen: Angesichts der europäischen Terminologie der reglementierten Profession qualifizieren Schrifttum⁴⁰ und Judikatur⁴¹ die Profession des Avocats als „libre et réglementée“. An der Freiberuflichkeit als Typusbegriff besteht kein Bedarf. Dies wird auch daran deutlich, dass französische Autoren das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Berufsträger nicht mehr als prägendes Merkmal jener Professionen betrachten, sondern auf die Organisations- und die Zugangs- und Ausübungsreglementierung abstellen,⁴² während in Deutschland das Vertrauensverhältnis entscheidende Bedeutung erlangt, um gewerbliche Tätigkeiten

³² BVerfGE 5, 25 (29) – Apothekenerrichtung; Taupitz, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 31.

³³ v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 37 Rn. 7; auch Stürner/Bormann, NJW 2004, 1481 (1482); instruktiv und nuanciert Pausch, Stbg 1977, 179 (180).

³⁴ Rick, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 66; zur Eigenverantwortung s. Rittner, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 21.

³⁵ Von einer Austauschbarkeit der Begriffe heute jedoch ausgehend Nasom[-Tissandier], Recherche sur la notion juridique de profession, S. 15 f.

³⁶ Nasom[-Tissandier], Recherche sur la notion juridique de profession, S. 2; zur Relevanz soziologischer Erkenntnisse für die Auslegung des Berufes in Art. 12 Abs. 1 GG H.-A. Hesse, AöR 95 (1970), 449 (468 ff.).

³⁷ Zur „Profession“ aus anwaltlicher Sicht s. Ch. Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 2 BRAO Rn. 13 ff. m. w. N.

³⁸ Vgl. Nasom[-Tissandier], Recherche sur la notion juridique de profession, S. 11, 139 ff. (für die liberalen Professionen).

³⁹ J. Savatier, La profession libérale, S. 34 ff., S. 39 ff.

⁴⁰ S. nur Pez, in: La réforme des professions réglementées, S. 85 ff.

⁴¹ CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-171/178 QPC, Rn. 6 – M. Michel C. et autres.

⁴² Moret-Bailly, in: Mélanges Truchet, S. 427 m. w. N.

an tradierte freiberufliche heranzuführen.⁴³ Mit der Bezeichnung als Freier Beruf ist also wenig Rechtliches gewonnen,⁴⁴ sondern vielmehr wird an außerhalb des Rechts liegende Voraussetzungen appelliert.⁴⁵ Das BVerfG spricht dem Begriff der Freiberuflichkeit regelmäßig soziologischen Charakter zu, aus dem sich schwerlich rechtliche Ableitungen bilden lassen.⁴⁶ Ein deutsch-französischer Grundrechtsvergleich kann deshalb auf ihn verzichten: Das BVerfG hat das verfassungsrechtliche Berufsbild des Rechtsanwalts ohnehin ohne ihn bestimmt.⁴⁷ Pflöcke seiner Maßstabsbildung sind die Berufsbildmerkmale des berufenen Interessenvertreters und des Organs der Rechtspflege.⁴⁸ Auch wenn das BVerfG einmal feststellte, dass ein Anwalt „einen freien Beruf ausübt, der staatliche Kontrolle und Bevormundung ausschließt“,⁴⁹ folgt die Wirkmacht des Arguments des Gerichts im vorliegenden Fall nicht aus der Freiberuflichkeit, sondern ausschließlich aus der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts. Der Conseil Constitutionnel hat zwar den Notar als freiberuflich qualifiziert, um die Anwendung des Art. 6 S. 2 DDHC zu verwerfen, die den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern regelt. Für den Avocat stellte er jedoch fest, dass es sich um eine reglementierte Profession handele, so dass durch Dekret – und nicht durch Parlamentsgesetz – das Disziplinarrecht geregelt werden dürfe.⁵⁰ Interessant ist auch, dass die Cour de Cassation in ihrer Entscheidung zum Verbot des Tragens religiöser Zeichen zur Robe die Freiberuflichkeit nicht erwähnt. Hingegen wurde im Schrifttum der reglementierte Charakter der Profession als taugliche Rechtsgrundlage für diesen Grundrechtseingriff erachtet.⁵¹

⁴³ Zum Berufsbetreuer ablehnend BVerwG, Urt. v. 27.2.2013 – 8 C 7/12, NJW 2013, 2214; zur Dienstleistung des Freiberuflers als Vertrauensgut im Zuge der Digitalisierung *Kluth*, Freie Berufe im Wandel, S. 124 ff.

⁴⁴ S. auch *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H14, der auf das fehlende Ordnungskonzept hinweist und die Dualität mit dem Gewerbe als untaugliches Abgrenzungskriterium zurückweist; anders wohl *Brechmann*, Legal Tech und das Anwaltsmonopol, S. 17 („zentrale Bedeutung“ für die Rechtfertigung von berufsrechtlichen Anforderungen). – Einzelne Anknüpfungen im einfachen Recht sind gleichwohl erwähnenswert: keine Gewerbesteuerpflicht nach §§ 2 Abs. 1 GewStG, 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG; Eröffnung der Partnerschaftsgesellschaft.

⁴⁵ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 2 BRAO Rn. 9; vgl. auch *Stober*, NJW 1981, 1529 (1529); für eine Wechselbezüglichkeit von normativer und sozialer Berufsgestaltung *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 8 f.

⁴⁶ Etwa BVerfGE 10, 354 (364) – Bayerische Ärzteversorgung; *Stober*, NJW 1981, 1529 (1533 f.); a. A. wohl *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 269.

⁴⁷ *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 71 f.; *Tettinger*, BRAK-Mitt. 1986, 54 (56 f.); *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 140; anders aber wohl noch BVerfGE 17, 371 (381) – Bundesnotarordnung; womöglich auch Sondervotum *Simon*, BVerfGE 63, 298 (305, 312) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei, das den freien Charakter des Anwaltsberufes deutlicher hervorstreicht.

⁴⁸ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille.

⁴⁹ BVerfGE 34, 298 (293) – Verteidigerausschluss Schily; s. dazu sogar *Fromont*, RDP 1975, 109 (143 f.).

⁵⁰ CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-171/178 QPC, Rn. 6 – M. Michel C. et autres.

⁵¹ *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

II. Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts ist seine „Magna Charta“.⁵² Gleichwohl ist der Begriff – nicht anders als im Fall der richterlichen Unabhängigkeit – nicht selbsterklärend.⁵³ Dies mag daran liegen, dass die Unabhängigkeit vielfach im Zusammenhang mit anderen Merkmalen geregelt wird (Organ der Rechtspflege und Interessenvertreter).⁵⁴ Der Trésor de la Langue Française Informatisé⁵⁵ versteht Unabhängigkeit/*indépendance*, soweit es um die menschliche Beziehung geht, als Abwesenheit von Abhängigkeit und Zustand der vollständigen Autonomie (dort Eintrag unter A). Es geht um Ungebundenheit, freie Selbstbestimmung über das eigene Tun unter psychologischen und wirtschaftlichen Aspekten. Soweit es – für den Beruf des Rechtsanwalts besonders relevant – um Unabhängigkeit zwischen Organen und Personengruppen geht, wird Unabhängigkeit als Zustand fehlender Unterordnung unter ein anderes Organ (dort Eintrag unter B) beschrieben. Vollständige Autonomie kann im Rechtskontext nicht gemeint sein, sondern vielmehr muss es um die Unterordnung unter andere Organe/Personengruppen gehen,⁵⁶ schon deshalb, weil es um die genuin rechtliche Anforderung geht und nicht um eine charakterliche Eignung zur unabhängigen Berufsausübung.⁵⁷ Sowohl in Deutschland⁵⁸ als auch in Frankreich⁵⁹ ist erkannt worden, dass eine strukturierte Diskussion über die anwaltliche Unabhängigkeit die Frage beantworten muss, wovon der Rechtsanwalt unabhängig sein muss, weshalb diese Unabhängigkeit besteht und woher die normative Grundlage kommt. Unabhängigkeit wird vom Gesetz als Status (§§ 1, 3 BRAO) wie als Handlungsgebot, keine die Unabhängigkeit beseitigenden Vereinbarungen zu schließen (§ 43a Abs. 1 BRAO), verstanden.⁶⁰ Anders als im deutschen Recht⁶¹ ist im RIN eine positive Pflicht zur Unabhängigkeit geregelt.⁶² Sie ist insbesondere das dominierende *rechtliche* Element des französischen Berufsbildes.⁶³

⁵² Habscheid, NJW 1962 1985 (1987).

⁵³ Vgl. Deckenbrock/Özman, Anwaltliches Berufsrecht, S. 67; Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, S. 38.

⁵⁴ Vgl. Henssler, ZZP 115 (2002), 321 (322 f.); Schautes, Anwaltliche Unabhängigkeit, S. 34; CE, Urt. v. 28.6.2004 – Nr. 251897 – M. B.

⁵⁵ Trésor de la Langue Française Informatisé, Letzter Stand 1994, Stichwort INDÉPENDANCE, subst. fém., <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/visusel.exe?12;s=3576341595;r=1;nat=;sol=1>.

⁵⁶ Vgl. die Aufzählung weiterer Synonyme bei Prütting, AnwBl. 2013, 683 (684).

⁵⁷ So aber Schneider, Organ der Rechtspflege, S. 95.

⁵⁸ Prütting, AnwBl. 2013, 683 (684).

⁵⁹ Moret-Bailly/Truchet, Pour une autre déontologie des juristes, S. 78.

⁶⁰ Differenzierung so bei Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43a BRAO Rn. 12.

⁶¹ Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43a BRAO Rn. 12.

⁶² Moret-Bailly/Truchet, Pour une autre déontologie des juristes, S. 78 ff. sehen als Teil dieser Pflicht insbesondere das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und eine Aufklärungspflicht über rechtliche Risiken.

⁶³ Deutlich CE, Ass., Urt. v. 9.4.1999 – Nr. 196177 – Mme Toubol-Fisher et M. Bismuth (zur Rechtmäßigkeit eines Dekrets, das die Auftragsvergabe einer Gebietskörperschaft für die gerichtliche Vertretung dem allgemeinen Vergaberecht unterwarf).

1. Unabhängigkeitsgewährleistungen

Parallel zur richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) kann man die sachliche und persönliche Unabhängigkeit des Rechtsanwalts unterscheiden. Die institutionelle Unabhängigkeit der gesamten Profession soll noch außen vor bleiben, auch wenn das französische Gesetz und Binnenrecht diese Dimension ausdrücklich hervorheben.⁶⁴ Unter Unabhängigkeit kann die „geistige Entscheidungsfreiheit“⁶⁵ verstanden werden. Die sachliche Unabhängigkeit wird in Deutschland vielmals mit der Freien Advokatur umschrieben, mit der Lösung des Rechtsanwalts aus den staatlichen Strukturen. Zur persönlichen Unabhängigkeit zählt die Vergütung für seine Rechtsdienstleistungen. Was für die richterliche Unabhängigkeit anerkannt ist, dass es keine sachliche Unabhängigkeit ohne persönliche, wirtschaftliche Unabhängigkeit geben kann, gilt auch im Fall des Rechtsanwalts. Für den Rechtsanwalt kann daraus natürlich kein Anspruch auf eine „amtsangemessene“ Besoldung abgeleitet werden, allerdings ist der Staat wegen der Verfassung gehalten, das Vergütungssystem so auszugestalten, dass der Rechtsanwalt von seiner grundgesetzlich vorausgesetzten Arbeit leben kann.⁶⁶ Die Regeln über den Vermögensverfall (§ 7 Nr. 9 und § 14 Nr. 7 BRAO) sind Ausdruck des Gedankens, dass eine unabhängige Berufsausübung nicht mehr gewährleistet ist, wenn eine verfestigte finanzielle Notlage entsteht. Wie *Ch. Wolf* ausgeführt hat, geht es also nicht nur darum Mandantengelder vor Veruntreuung zu schützen, sondern um die unabhängige Berufsausübung insgesamt.⁶⁷ Diese ist eine Voraussetzung, damit der Rechtsanwalt die ihn in gesetzten Erwartungen im dialogischen Prozess der Rechtsfindung auch erfüllen kann.⁶⁸

2. Schutzrichtungen

Wie die richterliche Unabhängigkeit richtet sich die anwaltliche Unabhängigkeit gegen staatliche und nicht-staatliche Akteure.

a) Staat

Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts war und ist historisch in Deutschland jene vom Staat.⁶⁹ Dies gilt auch für Frankreich.⁷⁰ Die Inkompatibilitätsregeln (in

⁶⁴ Deshalb kann auch die Nichtigkeit eines Dekrets damit begründet werden, dass es die institutionelle Unabhängigkeit der Anwaltschaft verletze, s. bspw. CE, Urt. v. 3.9.2008 – Nr. 290398: Der CNB rügte (erfolglos), dass ein Dekret die Zuständigkeit für Klagen wegen Vertragsstörungen im Rahmen der Vergabe von Rechtsdienstleistungen den Verwaltungsgerichten zuwies, obwohl es zur gesetzlichen Aufgabe des Kammervorsitzenden zählt, Honorarstreitigkeiten zwischen Anwalt und Mandant zu schlichten.

⁶⁵ Entnommen bei RegE BT-Drs. 18/5201, S. 18; so auch *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 274.

⁶⁶ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., IV., 6., S. 385 ff.

⁶⁷ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 61.

⁶⁸ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 59 f.

⁶⁹ Ausdrucksstark *Habscheid*, NJW 1962, 1985 (1985); *Kleine-Cosack*, § 1 BRAO Rn. 15.

⁷⁰ *Mollot*, Règles sur la profession d’avocat, S. 1.

Deutschland: §§ 7, 14, 47 BRAO) sind Ausdruck dessen. Auch deshalb war es verfassungsrechtlich zweifelhaft, dass das französische Gerichtsverfassungsrecht die Institution des *juge de proximité* lange duldet, die es einem Anwalt ermöglichte, zugleich als Richter tätig zu sein.⁷¹ Die Unabhängigkeit vom Staat steht in Deutschland einer Staatsaufsicht jedenfalls nicht entgegen, solange sie mit dem der freien und unreglementierten Berufsausübung in Einklang steht.⁷² Ob man an der berufsständischen Selbstverwaltung und der Anwaltsgerichtsbarkeit in der jetzigen Form festhalten will, ist eine Frage der gesetzgeberischen Ausgestaltung. Sie scheint freilich plausibel zu sein, aber angesichts des Gefährdungspotentials der Selbstverwaltung für die anwaltliche Unabhängigkeit ist sie keine nach deutschen verfassungsrechtlichen Maßstäben zwingende Ausgestaltung.⁷³ Für Frankreich ist eine andere Beurteilung angezeigt.⁷⁴ Auch wenn der demokratische Rechtsstaat Gefahren für die Unabhängigkeit von Rechtsanwälten nicht mehr strukturell befürchten lässt, bleibt die Frage doch aktuell.⁷⁵

aa) Anwendungsbeispiel Strafverteidigung

(1) *Délit d'audience* und Sitzungspolizei

Französische Strafverteidiger sind im Vergleich zu ihren deutschen Kollegen Stars der Medien, sicherlich begünstigt durch das Forum der Cour d'assises, das rhetorisches Geschick honoriert.⁷⁶ Gesetzgeber wie ordentliche Gerichtsbarkeit hatten und haben Schwierigkeiten, als unangemessen empfundenes Verteidigerverhalten rechtlich zu erfassen. Mit der Unabhängigkeit vom Staat nicht vereinbar war das auf Napoléon zurückgehende *délit d'audience* (Art. 25 des Gesetzes v. 31.12.1971 a. F.). „Toute faute, tout manquement aux obligations que lui impose son serment, commis à l'audience par l'avocat, peut être réprimé immédiatement par la juridiction saisie de l'affaire, sur les conclusions du ministère public, s'il en existe, et après avoir entendu le bâtonnier ou son représentant.“ Das Gesetz ermöglichte also dem mit einer Streitsache befassten Gericht (und nicht dem Conseil de discipline), den Anwalt disziplinarrechtlich „auf dem Fuße“ für sein Verhalten in der Verhandlung zu sanktionieren, bis hin zum Berufsverbot. Man konnte Art. 25 vorwerfen, er verkenne das Recht auf den *juge naturel*, denn nur der Conseil de discipline als Ausprägung der Selbstverwaltung dürfe solche Verfehlun-

⁷¹ Vgl. hierzu Kap. 1, § 3, C., III., S. 110.

⁷² BVerfGE 26, 186 (205 f.) – Ehrengerichte („Freisler“).

⁷³ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., IV., 2, c), S. 449 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., S. 314 ff.

⁷⁵ Anders jedoch (vielleicht aber zu hoffnungsvoll) Brüggemann, in: Weyland, § 1 BRAO Rn. 16; s. die grundlegende Kritik am Unabhängigkeitspostulat bei Römermann, NJW 2019, 2986 ff. und ders., AnwBl. Online 2021, 297 (298 ff.).

⁷⁶ Diese spezifische und die Standesidentität prägende Form der Berufsausübung interessiert auch andere Disziplinen, s. bswp. die Dissertation aus der Psychologie Barbou, *L'art de plaider en défense aux assises: analyse dialogique et argumentative d'une technique sociale du sentiment: le cas de l'affaire Courjault*, S. 91 ff., 126 ff.

gen sanktionieren. Besonders dramatisch war jedoch, dass der Richter vielmals in einer Doppelrolle agierte. Er war regelmäßig der Geschädigte (*outrage à magistrat*) und zugleich sollte er als Berufsgericht eine Sanktion festlegen oder freisprechen.⁷⁷ Das Gesetz machte es unmöglich, dass der Avocat seine soziale Funktion, die Verteidigung gegenüber dem Staat, in der Form ausübte, wie er es für richtig befand. Dabei profitierte die Regelung lange davon, dass Gesetze bis zur Einführung der QPC 2010 nur vor ihrer Verkündung durch den Conseil Constitutionnel überprüft werden konnten. Denn als der Gesetzgeber das *délit d'audience* durch ein „milderer Regime“ im Rahmen der „Loi Sécurité et Liberté“ ersetzen wollte, erklärte der Conseil Constitutionnel die Änderung des Art. 25 bei der a priori-Kontrolle immer noch (eindeutig) für mit Art. 16 DDHC unvereinbar, denn die Vorschrift ermächtigte den Vorsitzenden einen Anwalt sitzungspolizeilich zu entfernen, wenn er die *sérénité* (die Ruhe, „Ausgeglichenheit“) der Verhandlung störte.⁷⁸ Seine Entscheidung begründet einen aus den droits de la défense folgenden verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beistand durch einen Avocat.⁷⁹ Unbefriedigende Folge war, dass der nun offiziell „noch verfassungswidrigerer Zustand“ weitertalt – noch ein Jahr bis zur Wahl Mitterands. Er ernannte mit Badinter einen Strafverteidiger und Rechtswissenschaftler, der bereits im Vorfeld 1981 auf der Titelseite der Zeitung Le Monde unter dem Titel „L’avocat bâillonné“ ein leidenschaftliches Plädoyer für die Streichung beider „perfider“ Vorschriften gehalten hatte.⁸⁰ Durch Gesetz v. 15.6.1982 wurde Art. 25 vollständig entschärft.⁸¹ Art. 25 enthält keine exorbitanten Befugnisse des Gerichts mehr. Wenn ein Gericht heute der Auffassung ist, ein Avocat begehe in der Sitzung eine Berufspflichtverletzung, dann erlaubt Art. 25 ihm, den Procureur général zu informieren, damit dieser die zuständige Disziplinarinstanz anruft. Der Gesetzgeber drückt deutlich aus, dass nicht das Gericht der *juge naturel* eines Avocats ist, sondern „sein“ Conseil de discipline. Bis heute sind sitzungspolizeiliche Ausschlüsse⁸² von Strafverteidigern, was neben dem berufsrechtlichen Regime möglich ist, keine Seltenheit und Anlass für mediale Auseinandersetzung von Selbstverwaltung und Richterergewerkschaft

⁷⁷ St. Pierre, Rép. dr. pén., Délit d’audience, Rn. 3.

⁷⁸ CC, Entsch. v. 20.1.1981 – Nr. 80-127 DC, Rn. 52 – Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; die Bedeutung der Entscheidung für die spätere Entwicklung heben auch Carrère, RFDC 2020, e19 (e22) sowie Mendes-Constante, Les droits fondamentaux du justiciable, S. 273 Rn. 562 hervor.

⁷⁹ Vgl. hierzu Kap. 1, § 4, C., I., S. 124 ff.

⁸⁰ Badinter, L’avocat bâillonné, Le Monde v. 15.1.1981.

⁸¹ Anstoß war der Fall des Verteidigers Choucq, der kritisierte, dass sein Mandant im Nachgang zur Anti-AKW-Demo („Plogoff“) angeklagt wurde, während ein potentieller Mittäter mit Verwandtschaftsverhältnissen zur Staatsanwaltschaft nicht zur Verhandlung erschien. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft erteilte das Strafgericht hierfür zehn Tage Berufsverbot (s. Le Monde v. 18.3.1980; umfassende Aufarbeitung und Darstellung der [rechts-]politischen Debatte bei Noto-Jaffeux, L’indépendance de l’avocat, S. 208 ff. Rn. 139 ff.). – Im Zuge der Mobilisierung der Anwaltschaft ging unter, dass die Cour d’appel Rennes die Entscheidung nur acht Tage später annullierte.

⁸² Art. 309 CPP für die Cour d’assises und Art. 401 CPP für das Tribunal correctionnel.

sowie Streiks.⁸³ Der Wortlaut der Vorschriften über die Sitzungspolizei nennt als Adressaten von Maßnahmen einen der Teilnehmenden („l'un des assistants“). Ob davon der Strafverteidiger (oder nicht nur eher die Saalöffentlichkeit) umfasst ist, ergibt sich nicht eindeutig; die Praxis geht jedenfalls davon aus und die Rechtswissenschaft adressiert dieses praktische Problem einfach nicht.⁸⁴ Reformvorschläge gehen in die Richtung einer (mehr oder weniger formalisierten) Anhörung bzw. Beteiligung des Kammervorsitzenden, wenn ein Richter sitzungspolizeiliche Maßnahmen gegen einen Strafverteidiger verhängen will. Bereits heute sehen berufsrechtlich das *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*⁸⁵ und das *règlement intérieur* der Pariser Kammer⁸⁶ für den jeweiligen Akteur die Empfehlung bzw. die Pflicht vor, den Bâtonnier hinzuziehen. Die Entfernung eines Strafverteidigers ist nach deutschem Recht, da er – vom Wortlaut eindeutig und nicht analogiefähig – nicht vom Personenkreis des § 177 GVG umfasst ist, unzulässig;⁸⁷ es verbleiben Maßnahmen nach § 176 GVG⁸⁸ oder berufsrechtliche Sanktionen. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG setzen enge Grenzen für jede Sanktionierung von Rechtsanwälten.⁸⁹ Erreicht das Verhalten des Strafverteidigers die Schwelle einer versuchten Strafvereitelung, ist er nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO auszuschließen.⁹⁰

(2) Pflichtverteidigung

Die Unabhängigkeit des Avocats vom Staat ist in Frankreich dafür in einer anderen heiklen strafprozessualen Konstellation intensiver geschützt als in Deutschland: nämlich soweit es um die Bestellung und die Entbindung von der Pflichtverteidigung geht.⁹¹ Der Avocat ist frei, jemandem beizustehen oder nicht, „voilà le

⁸³ Vgl. jüngst *Gerhold*, AnwBl. Online 2020, 163 (164 f.). – Dies war bereits im 18. Jahrhundert an der Tagesordnung, wie *Leuwens*, *L'invention du barreau français*, S. 123 f. berichtet.

⁸⁴ S. dazu (ohne im Fall des Strafverteidigers ein erwähnenswertes Problem zu sehen) *St. Pierre*, *Rép. dr. pén., Délit d'audience*, Rn. 16 ff.; *CPP annoté*, Art. 309 Rn. 1 ff.; *CPP annoté*, Art. 317 Rn. 1 ff. (zur Anwesenheit des Strafverteidigers); s. auch *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 230 Rn. 154, die eine Begrenzung der Sitzungspolizei gegenüber dem Avocat i. E. auf schwere Fälle beschränkt, aber die Anwendbarkeit nicht grundsätzlich in Frage stellt.

⁸⁵ Dort im Anhang Nr. 121.

⁸⁶ Art. P. 37: En cas d'incident d'audience, l'avocat doit en avertir sans délai le Bâtonnier ou son délégué.

⁸⁷ *Kuhlhanek*, in: *MüKo-StPO*, § 177 GVG Rn. 5; *Jahn*, *JZ* 2004, 207 f.; aufgrund der 1921 erfolgten Aufhebung des § 180 GVG a. F. im Umkehrschluss den Rechtsanwalt nicht mehr unter §§ 177, 178 GVG fassend *Friedmann*, *Grenzen und Umfang der Sitzungspolizei*, S. 15 ff.; unzutreffend *S. Kramer*, *Zurückweisung und Entfernung*, S. 138 f., 168 ff.

⁸⁸ Eine Zurückweisung nach § 176 GVG und eine anschließende Behandlung als nichtbeteiligte Person ist aber unzulässig (*Jahn*, *JZ* 2004, 207 [208]).

⁸⁹ S. auch BVerfG-K, Beschl. v. 10.7.1996 – 1 BvR 873/94, *NJW* 1996, 3268 f. – Düsseldorf „Kurdenprozess“; *Jahn*, *NStZ* 1998, 389 (391 ff.).

⁹⁰ So BGH, Beschl. v. 24.5.2006 – 2 Ars 199/06, *NJW* 2006, 2421 – „Zündel“; *Kuhlhanek*, in: *MüKo-StPO*, § 177 GVG Rn. 8.

⁹¹ Außerhalb der Pflichtverteidigung s. auch Art. 25 des Gesetzes v. 10.7.1991 über die Ge-

principe fondamental, le principe de tous les temps.“⁹² Die Pflichtverteidigung als Ausnahme wird nicht grundsätzlich durch die Anwaltschaft abgelehnt, allerdings entspricht es der Auffassung der Selbstverwaltung, dass – um die notwendige Unabhängigkeit des Standes und die individuelle Freiheit des Avocats zu wahren – kein Avocat zur Verteidigung gezwungen werden könne, wenn er nach Prüfung seines Gewissens die Pflichtverteidigung ablehne.⁹³ Schon Art. 41 der Ordonnance v. 20.11.1822 sah jedoch vor, dass der Präsident der Cour d’assises über eine Entbindung entscheidet, nachdem der Avocat ihm seine Hinderungsgründe vorgetragen hat. Es entsprach durchaus der Auffassung innerhalb des Standes, dass der Avocat sich schlicht weigern dürfe, außer es waren Gründe erkennbar, die offensichtlich nichts mit der Verteidigung selbst zu tun hatten. Für *Mollet* war es vom Avocat zu verlangen, dass er wenigstens gegenüber seinem Ordre seine Gründe offenlegt, gerade wenn die Parteien oder die Richter die Ablehnung nicht hinnehmen wollen.⁹⁴ Außer Zweifel stand jedoch, dass es nicht hinnehmbar ist, wenn der Richter über das tatsächliche Vorliegen dieser Gründe eine Entscheidung trifft. Dies würde in vielen Fällen dazu führen, dass die Position des Angeklagten geschwächt würde, und Informationen, die dem Berufsgeheimnis unterlägen, offenbart würden. Solange die Rechtslage sei wie sie sei, müsse der Avocat die Verteidigung übernehmen und dürfe, selbst bei Vorliegen legitimer Hinderungsgründe, nicht die Entbindung beantragen. Der Kritikpunkt der Anwaltschaft ist, dass so kein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Angeklagtem entstehen könne und auch der Richter nie wisse, ob der Verteidiger eigentlich entbunden werden müsste. Rechtspolitisch blieb die Anwaltschaft mit diesen Einwänden zwischen 1822 und heute erfolglos und versuchte stattdessen über den Conseil Constitutionnel eine Änderung in ihrem Sinne zu bewirken: Nach Art. 9 des Gesetzes v. 31.12.1971 kann der regulär bestellte Pflichtverteidiger die Ausübung seiner Mission nur dann ablehnen, wenn der Bâtonnier oder der Président de la Cour d’assises seine Motive akzeptiert haben. Die Befugnis des Gerichtspräsidenten zur Bestellung spielt in praxi keine allzu große Rolle; zumeist nur, wenn ein bisheriger Wahlverteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt werden muss, denn bereits im Ermittlungsverfahren bestellt der Kammervorsitzende (regelmäßig, wenn es zu einem Polizeigewahrsam kommt) einen Pflichtverteidiger.⁹⁵ In Verfahren vor der Cour d’assises ist aber die Frage nach der Entbindung regelmäßig in Händen des Präsidenten. Die Befugnis des Gerichtspräsidenten hat der Conseil Constitutionnel für verfassungsgemäß gehalten⁹⁶ und damit die seit 1822 vorgetragenen Einwände im Namen der Verteidigungsrechte selbst beiseitegeschoben. Auch die *bonne administration de la justice* gebiete die gesetzgeberische Lösung. Der Freiheit des Avocats werde dadurch Rechtshilfe, wonach der Begünstigte die freie Anwaltswahl hat; wenn er keine Wahl trifft, ist es der Bâtonnier, der einen Avocat bestellt.

⁹² *Mollet*, Règles sur la profession d’avocat, S. 53.

⁹³ Vgl. *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 232 Rn. 157.

⁹⁴ *Mollet*, Règles sur la profession d’avocat, S. 56.

⁹⁵ *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 472.221 ff.

⁹⁶ CC, Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC – Maître Berton.

nung getragen, dass er ablehnen dürfe, die Freiheit gebiete aber keinesfalls, dass dies begründungslos geschehen könne.⁹⁷ Anders die Situation in Deutschland:⁹⁸ Die Bestellung obliegt dem Gericht oder in Eilfällen vorläufig dem Staatsanwalt (§ 142 Abs. 3, 4 StPO) und nach § 143a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO kann das Gericht die Pflichtverteidigerbestellung aufheben, wenn „das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem endgültig zerstört ist oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist.“ Die Vorschrift ist deshalb problematisch, weil Gerichte bei ihrer Anwendung versucht sein können, über krasse Fälle hinaus die inhaltliche Arbeit des Verteidigers zu bewerten und zu kontrollieren.⁹⁹ Aus Sicht der anwaltlichen Unabhängigkeit ist die französische Kammerzuständigkeit weit überlegen; sie räumt von vorneherein den Verdacht aus, das Gericht würde tendenziell bequeme Strafverteidiger bestellen. Vor allem verweigert das BVerfG in derartigen Konstellationen dem Strafverteidiger den Grundrechtsschutz mit der dezisionistischen Aussage, es gebe kein Grundrecht auf Fortführung einer Pflichtverteidigung.¹⁰⁰

bb) Loyalitätspflicht gegenüber dem Staat und der Verfassung?

(1) Pflicht zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung

Wer die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpft, ist nicht zur Rechtsanwaltschaft zuzulassen (§ 7 Nr. 6 BRAO) bzw. seine Zulassung ist nunmehr zurückzunehmen (§ 14 Abs. 1 S. 1 BRAO). Das BVerfG gab der Verfassungsbeschwerde eines Assessors statt, der sich für eine kommunistische, verfassungsfeindliche, aber nicht verbotene Partei engagierte und dem deshalb die Zulassung verwehrt wurde. Zwar sei, so der Anwaltssenat des BGH, § 7 Nr. 6 BRAO nicht erfüllt, der Bewerber aber „unwürdig“ nach § 7 Nr. 5 BRAO. Diesen Rückgriff auf die Generalklausel, um die strengen Voraussetzungen des § 7 Nr. 6 BRAO, der ein strafbares Verhalten voraussetze, zu umgehen, verletzte nach Auffassung des BVerfG den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. *Simon* hat in seinem Sondervotum noch ergänzend zu der „formalrechtlichen Begründung“ der Senatsmehrheit ausgeführt, dass die Rechtsanwaltskammer mit der Zulassungsablehnung gegen Art. 3 Abs. 3 GG und die Systematik der wehrhaften Demokratie verstoßen habe. Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts vom Staat verbietet jede Übertragung von Anforderungen des richterlichen Dienstrechts.¹⁰¹ Eine Treue zur Verfas-

⁹⁷ Im Ergebnis zustimmend *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 238 Rn. 162.

⁹⁸ S. die populärwissenschaftliche Kritik bei *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich: Die neue Klassenjustiz, S. 43 ff.

⁹⁹ Instruktiv *Beulke*, *JZ* 2021, 403 (405); sehr kritisch auch *Fischer*, *StV* 2020, 818 (819).

¹⁰⁰ BVerfGE 39, 238 – Widerruf Bestellung Croissant; *Gaier*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Art. 12 GG Rn. 66; zurecht ablehnend *Beulke*, *JZ* 2021, 403 (406 f.).

¹⁰¹ Deutlich BGH, Beschl. v. 8.12.2022 – AnwZ (Brfg) 21/22, Rn. 19: „Das richterliche Dienstverhältnis unterliegt vollständig anderer Ordnung als der Beruf des Rechtsanwaltes, sodass eine Vergleichbarkeit bereits im Ansatz nicht besteht.“; s. auch BGHZ 40, 191 (193). – Nach § 116 DRiG a. F. konnte sich ein Richter in den vorzeitigen Ruhestand versetzen lassen, wenn er in der

sung könne nicht verlangt werden.¹⁰² Diese Grundsatzentscheidung des BVerfG kontrastiert mit der richterrechtlichen Reichweite der Unabhängigkeitsverbürgung in Frankreich. Wenn die Cour de Cassation von einer Rechtsanwältin verlangt, sie dürfe kein Kopftuch zur Robe tragen, liegt hierin, auch wenn sie ihre Entscheidung mit den Prozessgrundrechten des Mandanten begründet, nichts anderes als eine Pflicht zur religiösen Neutralität, wie sie Staatsdiener (Richter) erfüllen müssen. Laizität mag die französische Verfassungsidentität bilden, ist aber keine Jedermannspflicht.¹⁰³ Im Ergebnis auch ein Problem der Pflicht zur Identifikation mit der Verfassung und ihrer Grundprinzipien stellt die (nur satzungsrechtliche) Berufspflicht, Geschlechtergleichheit und Nichtdiskriminierung zu achten und zu fördern, dar.¹⁰⁴ Die Vorschrift erklärt sich vor allem vor ihrem Anlass, einer erschreckenden Studie des *Défenseur des Droits* innerhalb der Mitglieder der *Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats*, die flächendeckende Erfahrungen mit Diskriminierung im Anwaltsberuf aufzeigte.¹⁰⁵

(2) Eid des Anwalts

Der promissorische Eid des Anwalts ist ein besonderer, denn er muss zum Ausdruck bringen, dass es zwischen einem freiberuflichen Anwalt und einem Inhaber

NS-Justiz in bedenklicher Weise mitgewirkt habe, ihm aber kein disziplinarrechtlich relevantes Fehlverhalten nachgewiesen werden konnte. Es ging um Richter, die „schicksalhaft in Gefahren verwickelt wurden, die ihre Kräfte überstiegen“. Unter Rückgriff auf § 7 Nr. 5 BRAO war es verfassungsrechtlich nicht möglich, einem solchen Richter wegen Unwürdigkeit die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu verwehren.

¹⁰² *Stern*, Anwaltschaft und Verfassung, S. 17; *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 ff.; *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 56; anders wohl *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 67 f., der ein Bekenntnis des Rechtsanwalts zum Ideal des Rechtsstaats fordert und nur Kritik am geltenden Rechtsstaat zulassen will. – S. für eine Übertragung der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstäbe auf die Zulassung zum Rechtsreferendariat, das nicht unter höheren Voraussetzungen als die Zulassung zur Anwaltschaft stehen darf, Sächs-VerfGH, Beschl. v. 27.10.2021 – Vf. 49-IV-21 (HS), NJW 2021, 3776 (3778 Rn. 35) – Referendar III. Weg; anders aber (zum gleichen Anwärter) BayVGH, Urt. v. 22.12.2022 – 3 B 21.2793, Rn. 31 f., wonach die bundesgesetzliche Regelung über die Zulassung zur Anwaltschaft nicht über das Instrument der Bundestreue Maßstab für den Landesgesetzgeber wird, wenn er den Vorbereitungsdienst regelt, weil es sich um verschiedene Regelungsgegenstände handelt; vgl. bereits BVerfGE 39, 334 (373) – Extremistenbeschluss.

¹⁰³ *Bioy*, AJDA 2021, 1056 ff.; im Ausgangspunkt auch noch *Hamel/Jeantet*, Neutralité et déontologie des avocats, in: La Laïcité dans la Justice, S. 505 f.; zur Systematisierung der Laizität im Privatrecht umfassend *Ramaciotti*, Laïcité et droit privé, S. 433 ff. Rn. 480 ff. (Zusammenfassung); s. auch allgemein zutreffend *Classen*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 62 (2017), 111 (125): „Daher kann es also eigentlich bei Privatpersonen Kleidung, die im Widerspruch zu Laizität steht, gar nicht geben.“

¹⁰⁴ Begrüßend *Revet et al.*, Déontologie, S. 127. – Freilich kann man daran zweifeln, ob diese Regelung von der Normierungskompetenz des CNB, wie sie der Conseil d’État auslegt, noch gedeckt ist. Die staatlichen Rechtsquellen normieren sie nicht. – Weiterhin bestand seit jeher angesichts der Pflichtenvielfalt jederzeit die Möglichkeit, sexuelle Belästigung und Mobbing beruflich zu ahnden, was jedoch nicht geschah; erneute Berichterstattung in *Le Monde* v. 3.5.2022.

¹⁰⁵ Studie abrufbar unter: <https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapp-enq-avocats-a4-num-02.05.2018.pdf>.

öffentlicher Gewalt einen kategorialen Unterschied gibt,¹⁰⁶ auf der anderen Seite der Rechtsanwalt sich von anderen freiberuflichen Berufsträgern durch seine Einbindung in die staatliche Rechtspflege unterscheidet.¹⁰⁷ § 12a Abs. 1 BRAO bildet dies nicht unmittelbar ab, wenn er den Anwaltseid wie folgt formuliert: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft zu erfüllen, so wahr mir Gott helfe.“ Der Hinweis auf die verfassungsmäßige Ordnung mag dazu verleiten, den Anwaltseid als Dienstseid zu begreifen.¹⁰⁸ Weil aber kein aktives Eintreten für die verfassungsmäßige Ordnung verlangt werden kann, ist der Hinweis im Eid verfassungskonform auszulegen. Er begründet keine Pflichten, die nicht auch an anderer Stelle im Gesetz ausdrücklich geregelt worden sind, so dass er (nur, aber immerhin) zur „moralischen Verstärkung“ dient.¹⁰⁹ Er kann also selbst keinerlei Abhängigkeit vom Staat begründen, so dass seine Verfassungsmäßigkeit nicht in Zweifel gezogen werden muss.¹¹⁰ Das französische Berufsrecht unterscheidet sich beim Eid nicht nur durch die zeremonielle Leistung des Eides vor der jeweils örtlich zuständigen Ersten Kammer der Cour d’appel. Denn bereits seit 1274¹¹¹ enthält der Eid selbst die Berufspflichten; diese sind zwar z. T. auch im Dekret und im RIN genannt, doch der Eid stellt die Grundlage für die Geltung der dortigen Berufspflichten dar.¹¹² Das wird deutlich, wenn der Staatsanwalt bei der Cour de Cassation nicht die verschiedenen Berufspflichten voneinander abgrenzt, sondern nur feststellt, dass die von einem Avocat verwendete Wortwahl allgemein mit dem Inhalt des Eides unvereinbar sei.¹¹³ Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 legt fest, dass die Eidesformel wie folgt lautet: „Je jure, comme avocat, d’exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité“. Die fünf genannten essentiellen Pflichten gelten aufgrund des Eides. Das Gesetz regelt keine weiteren Berufspflichten, sondern verweist bspw. in Art. 25 auf die Pflichten des Eides. Wer also über den Inhalt des Eides bestimmt, kann über die Unabhängigkeit und Ab-

¹⁰⁶ Auf die Nähe zum Dienstrecht weist v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 274 Rn. 53 hin.

¹⁰⁷ Zutreffend *Friesenhahn*, in: FS Carstens II, S. 577 f.

¹⁰⁸ So *Stern*, *Anwaltschaft und Verfassungsstaat*, S. 9.

¹⁰⁹ *Henssler*, in: Henssler/Prütting, § 12a BRAO Rn. 2; *Redeker*, DVBl. 1987, 200 (202) hält einen solchen Eid aber für überflüssig, weil der Rechtsanwalt ja bereits an die Gesetze gebunden sei.

¹¹⁰ *Henssler*, in: Henssler/Prütting, § 12a BRAO Rn. 4; vgl. *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 (529 f.); explizit für eine Verfassungswidrigkeit des § 26 BRAO a. F. aber *Redeker*, DVBl. 1987, 200 ff.; *Friesenhahn*, in: FS Carstens II, S. 580 f. gleichsam gegen eine verfassungskonforme Auslegung eines Eides, die zudem auch noch die Grenzen des Wortlautes sehr dehnt.

¹¹¹ Zur historischen Entwicklung s. *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 198 ff. Rn. 131.

¹¹² So i. E. wohl auch *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d’avocat*, Rn. 314.59; s. bereits *Cresson*, *Règles et Usages de la profession d’avocat I*, S. 79.

¹¹³ Cass. Civ. I, Urt. v. 20.12.2017 – Nr. 17-10102 in den Schlussanträgen der Staatsanwaltschaft: „Il estime que les termes employés dans les courriers des 27 octobre et 10 novembre 2014 tant à l’égard du bâtonnier que des avocats de Dijon sont bien contraires à la dignité et à la délicatesse auxquelles est tenu un avocat et plus généralement aux termes du serment prêté par Me X“ (Hervorhebung nur hier); s. auch *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d’avocat*, Rn. 314.59.

hängigkeit des Avocats disponieren.¹¹⁴ Deshalb war es *Badinter*, nachdem den Gerichten die sofortige Ahndung von Verletzungen des Eides entzogen war, ein Anliegen, auch den Eid von jeder Reverenz an andere Akteure zu säubern. Denn zu Beginn seiner Amtszeit waren die anwaltlichen Aufgaben noch im „respect des tribunaux, des autorités publiques et des règles de mon ordre, ainsi que de ne rien dire, ni publier qui soit contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sureté de l’Etat et à la paix publique“ zu erfüllen.¹¹⁵ Bis 1972 war sogar der Respekt gegenüber dem Staatschef Inhalt des Eides.¹¹⁶ Ehrerbietung gegenüber der staatlichen Gewalt, Achtung der öffentlichen Sitten und keine Kritik an Gesetzen, keine Störung des öffentlichen Friedens – dass mit diesem Maulkorb keine wirkliche Verteidigung möglich ist, war einem Strafverteidiger wie *Badinter* bewusst. Dessen Kampf für seine Mandanten, denen die Todesstrafe drohte, war stets primär ein Kampf gegen das Gesetz, das die Guillotinerung von Menschen ermöglichte. Die Berichterstatlerin der Commission des Lois in der Assemblée Nationale *Gisèle Halimi* stellte fest, dass „L’avocat doit quelquefois se lever contre les lois elles-mêmes, qui bien que régulièrement promulguées, sont des lois injustes au regard de certaines libertés fondamentales ou contre des lois justes injustement mises en œuvre pour les humiliés et les offensés.“¹¹⁷ Sie wusste aus ihrer eigenen Berufsausübung, dass der Eid in dieser Form mit der Funktion des Avocats nicht vereinbar war. Sie hat diese Überzeugung und den Konflikt in ihrem berühmten Plädoyer im sog. „Procès de Bobigny“ (1972), in dem sie Frauen vertrat, die abgetrieben haben, darunter eine Minderjährige, die vergewaltigt wurde, eindringlich beschrieben:

„Monsieur le président, Messieurs du tribunal. Je ressens avec une plénitude jamais connue à ce jour un parfait accord entre mon métier qui est de plaider, qui est de défendre, et ma condition de femme. Je ressens donc au premier plan, au plan physique, il faut le dire, une solidarité fondamentale avec ces quatre femmes, et avec les autres. Ce que j’essaie d’exprimer ici, c’est que je m’identifie précisément et totalement avec Mme Chevalier et avec ces trois femmes présentes à l’audience, avec ces femmes qui manifestent dans la rue, avec ces millions de femmes françaises et autres. Elles sont ma famille. Elles sont mon combat. Elles sont ma pratique quotidienne. Et si je ne parle aujourd’hui, Messieurs, que de l’avortement et de la condition faite à la femme par une loi répressive, une loi d’un autre âge, c’est moins parce que le dossier nous y contraint que parce que cette loi est la pierre de touche de l’oppression qui frappe les femmes.“¹¹⁸

¹¹⁴ *Halimi*, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l’audience par l’avocat, 1982; *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 220 Rn. 147.

¹¹⁵ S. bereits die Ausführungen bei *Cresson*, Règles et Usages de la profession d’avocat I, S. 80 ff.

¹¹⁶ Abgeschafft durch Décret Nr. 72-468 v. 9.6.1972.

¹¹⁷ *Halimi*, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l’audience par l’avocat, 1982.

¹¹⁸ Wiedergabe des beeindruckenden und eindringlichen Plädoyers *Halimis* unter [https://www.lagbd.org/Le_proces_de_Bobigny_La_cause_des_femmes_La_plaidoirie_de_Me_Gisele_Halimi_\(fr\)](https://www.lagbd.org/Le_proces_de_Bobigny_La_cause_des_femmes_La_plaidoirie_de_Me_Gisele_Halimi_(fr)).

Halimis Plädoyer konfrontiert die anwaltliche Berufsausübung und den Eid miteinander. Sie soll die öffentliche Moral nicht verletzen, wenn sie gerade Frauen verteidigt, deren Situation ihre Wurzel in dieser öffentlichen Moral hat. Ihr Eid verbietet ihr, das Gesetz zu kritisieren, das sie für ungerecht hält, weil es nur Frauen aus ärmeren Bevölkerungsteilen trifft, während wohlhabende Frauen im Ausland abtrieben. Sie hält dieses Gesetz für freiheitsfeindlich. Als Frau, die selbst abgetrieben hat, fühlt sie sich ihren Mandantinnen mehr verbunden als dem staatlichen Strafgericht und dem Staatsanwalt. Auch dies untersagt ihr der Eid. Zwei Ausnahmepersönlichkeiten der Anwaltschaft¹¹⁹ des 20. Jahrhunderts, *Badinter* und *Halimi*, führten mit dem Gesetz v. 3.6.1982 die Anwaltschaft in die Unabhängigkeit vom Staat: Jegliche Unterwerfung gegenüber dem Staat, insbesondere den Gerichten oder anderen Stellen, wurde aus dem Eid getilgt, genau wie die Pflicht, die öffentlichen Sitten nicht zu irritieren oder das Gesetz nicht in Frage zu stellen. Um die Bedeutung des Eides zu betonen, wurde die Formel durch das Parlamentsgesetz und nicht mehr durch eine von der Regierung gesetzte Norm festgelegt. Das Gesetz gilt als Zeitenwende im Berufsrecht, für manche sogar als Ende der Geschichte der Profession, die 1274 mit der ersten berufsrechtlichen Kodifikation durch *Philippe le Hardi* begann.¹²⁰

b) Mandant

aa) Unabhängigkeit vom Mandanten

Die Unabhängigkeit vom Mandanten ist anders als jene vom Staat keine klassische liberale Forderung des Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts, ist gleichwohl aber unisono im Berufsrecht anerkannt. Sie ist besonders schwierig zu fassen, weil sie inhaltlichen und wirtschaftlichen Einfluss auf den Rechtsanwalt durch den Mandanten zugleich adressiert. Die Probleme betreffen zum einen die Ebene des einfachen Rechts, als auch jene des Verfassungsrechts. Auf der Ebene des einfachen Rechts ist die Unabhängigkeit vom Mandanten ein offener Widerspruch zum vertragsrechtlichen Regime, das ein Weisungsrecht (§ 665 BGB) kennt. Das Weisungsrecht soll nach h. M.¹²¹ seine Grenzen im Berufsrecht finden (vgl. § 43a Abs. 1 BRAO). Die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Unabhängigkeit kann durch das vertragsrechtliche Weisungsrecht nicht ausgehebelt werden, allerdings wird die Unabhängigkeit zugleich inhaltlich durch die in § 3 BRAO angesprochene In-

¹¹⁹ *Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. XVI („génération Badinter“ zur Bezeichnung jener Juristen, die 1981/1982 Rechtswissenschaften studiert haben); die Überführung des Leichnams von Halimi ins Panthéon scheiterte laut Medienberichten daran, dass ihre Aufnahme aufgrund ihres Engagements gegen den Algerienkrieg und der Verteidigung von als Terroristen angeklagten Unabhängigkeitskämpferinnen und Kämpfern nicht allen Bevölkerungsgruppen zu vermittelbar sei (<https://www.franceinter.fr/politique/pourquoi-l-entree-de-gisele-halimi-au-pantheon-est-compromise>).

¹²⁰ *Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. XVI, 325 Rn. 97.41.

¹²¹ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 72 f.; *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 48.

teressenvertretung geprägt.¹²² Das Postulat der Mandantenunabhängigkeit stößt aber auch dann auf Inkohärenzen, wenn die Prozessrechtsordnungen es einem Rechtsanwalt gestatten, sich selbst im Anwaltsprozess zu vertreten. Das französische Recht untersagt dies: Der französische Conseil d'État hat es einem Rechtsanwalt verwehrt, sich selbst zu vertreten, denn das Gebot der Unabhängigkeit setzt Personenverschiedenheit zwischen Mandanten und Anwalt voraus.¹²³ Wenn man die Unabhängigkeit des Mandanten als Voraussetzung für den Schutz des Art. 103 Abs. 1 GG als zwingende Voraussetzung sieht,¹²⁴ dann müsste man nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik auch dem Mandanten die Möglichkeiten geben, hierüber zu disponieren.¹²⁵ Dies spricht dafür, den Schwerpunkt bei der Unabhängigkeit vom Mandanten beim Allgemeininteresse an einer geordneten Rechtspflege zu sehen.¹²⁶ Denn der Rechtsanwalt ist besonders berufen, im „selektiven Verfahren“ der Rechtsprechung mitzuwirken und dieses zu fördern.¹²⁷ Im Ergebnis kann aus dem Grundsatz der Unabhängigkeit vom Mandanten aber wohl nicht mehr als die Möglichkeit zur jederzeitigen Kündigung nach § 627 BGB abgeleitet werden.¹²⁸ Mit der Frage nach der Unabhängigkeit vom Mandanten verwandt ist die Frage nach der anwaltlichen Wahrheitspflicht. Die allgemeine zivilprozessuale Wahrheitspflicht sowie das Delikt des Prozessbetruges finden auch auf den Rechtsanwalt Anwendung. Hier kommt zum Ausdruck, dass es nicht um die Interessen des Mandanten geht – dieser mag an einer wahrheitswidrigen Aussage seines Vertreters ein Interesse haben – sondern vielmals um die Mitwirkung an der Rechtspflege. Aber auch hier gilt wieder, dass einfach- wie verfassungsrechtlich der Rechtsanwalt und insbesondere der Strafverteidiger auf Seiten des Mandanten steht. Deshalb darf der Verteidiger nicht lügen, er muss jedoch nicht jede wahre Tatsache von sich aus vortragen¹²⁹ und ist nicht auf eine bereits feststehende, historische Wahrheit verpflichtet.¹³⁰ Eine andere Auffassung würde die Funktion des Rechtsanwalts in Frage stellen, weil er nicht mehr als glaubwürdiger Akteur des Verfahrens wahrgenommen werden würde.

¹²² Römermann, AnwBl. Online 2020, 588 (610).

¹²³ CE, Urt. v. 22.5.2009 – Nr. 301186 – Manseau; zustimmend *Revet et al.*, Déontologie, S. 96.

¹²⁴ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 71; sehr kritisch zu Tendenzen, dies über die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung nach § 143a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO zu überspielen *Beulke*, JZ 2021, 403 (405 f.).

¹²⁵ Vgl. zu § 43a Abs. 1 BRAO auch die Eigenverantwortlichkeit des Mandanten betonend *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 48.

¹²⁶ Hierauf den Schwerpunkt legend *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (6); *Ahrens*, ZZZ 115 (2002), 281 (290 f.); s. auch bereits deutlich angelegt in BVerfGE 16, 214 (217) – Verteidigerausschluss *Schmidt-Leichner*; vgl. *Henssler*, in: Henssler/Prütting, § 43a BRAO Rn. 6a („sie konstituiert seine Unabhängigkeit im Rechtspflegesystem.“).

¹²⁷ Vgl. hierzu Kap. 1, § 1, A., III., S. 20 ff.

¹²⁸ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 72 f.; *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 48.

¹²⁹ Zusammenfassend *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 50.

¹³⁰ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 35.

Dass der angesprochene Aspekt der Unabhängigkeit schwierig rechtlich zu erfassen ist, zeigt sich daran, dass das französische Recht hierbei stets bedenklich nah am Zirkelschluss argumentiert. Zum einen soll die soziale Funktion des *Avocats* diese fordern.¹³¹ Dies entspricht einer Begründung über Art. 103 Abs. 1 GG, weil letztlich der Mandant davon profitieren soll, dass der *Avocat* von ihm unabhängig ist. Auch die liberale Natur der Profession wird als Argument angeführt.¹³² Dies ist natürlich kein überzeugendes Argument. Konkretisiert wird diese Argumentation heute durch die Berufspflichten *désintéressement* und *modération*: Desinteresse und Mäßigung. Beide Pflichten sind taugliche Grundlage für eine berufsgerichtliche Sanktion. Beide Pflichten verkörpern den langen Widerstand der französischen Selbstverwaltung gegenüber der Einklagbarkeit des Honorars.¹³³ Solange es keinen Honoraranspruch gibt, ist niemand dem anderen untergeordnet. Nur so konnte der *client* von jeglicher Einwirkung auf die anwaltliche Tätigkeit ferngehalten werden und ihm der Rat gegeben werden, den er benötigte. Dass das französische Berufsrecht die Mandantenunabhängigkeit¹³⁴ sehr weit versteht, zeigt ein anwaltshaftungsrechtliches Judiz der Cour de Cassation. Ein Anwalt hatte es unterlassen, seinen Mandanten über ein Rechtsmittel aufzuklären. Der Grund für die Abweisung der Klage ist für die Cour de Cassation, dass dieses Rechtsmittel nur der Ausnutzung des Suspensiveffekts der Kassationsbeschwerde gedient, inhaltlich aber keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Im Ergebnis hätte dies dem Mandanten jedoch genützt. In jedem Fall hätte er, so die Auffassung der Cour de Cassation, seinem Mandanten davon abraten müssen.¹³⁵ Die Unabhängigkeit vom Mandanten mag allgemein anerkannt sein, doch keinesfalls darf sie als Einfallstor für eine Negierung der Mandanteninteressen dienen. Sie ist nur dann verfassungsrechtlich relevant, wenn es um Allgemeinwohlbelange geht. Ein solcher kann die Funktion des Anwalts für die Rechtspflege sein.

bb) Unabhängigkeit vom Mandat?

Vielfach ist der Topos von der Mandantenunabhängigkeit (bewusst?) missinterpretiert worden. Die Entscheidung des BVerfG zum Erfolgshonorar steht stellver-

¹³¹ *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 194 Rn. 126.

¹³² *J. Savatier*, *La profession libérale*, S. 63.

¹³³ Hierzu rechtsgeschichtlich *Lamarque*, *L'avocat et l'argent (1790–1972)*, S. 357 ff.

¹³⁴ Die Entscheidung legt nicht explicit offen, dass sie auf Grundlage der Unabhängigkeit ergeht (ggf. in Verbindung mit der Einbindung in die Rechtspflege): Sie bezieht sich schlicht auf die „déontologie“, also pauschal auf die Berufspflichten. Das ist selbst für den Stil der Cour de Cassation zu dünn (kritisch auch *Moret-Bailly*, D. 2005, 2857 ff.).

¹³⁵ Zurecht kritisiert *Moret-Bailly*, D. 2005, 2857 ff., dass die Cour de Cassation hier nicht trennt zwischen einem Abraten nach ordnungsgemäßer Aufklärung und der durch das Gericht nicht sanktionierten unterbliebenen Aufklärung darüber, dass ein Rechtsbehelf überhaupt möglich sei. Der beklagte Anwalt hatte „Glück“, dass die eigentliche Pflichtverletzung – fehlerhafte Aufklärung – im Ergebnis berufsrechtskonform war, was einem rechtmäßigem Alternativverhalten entspricht. – *Zuck*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 43a BRAO Rn. 76 erkennt die Legitimität derartiger Rechtsmittel an und hält es für ausgeschlossen, dass ein derartiges Verhalten berufsrechtlich geahndet werden könnte.

trete dafür.¹³⁶ Denn die Unabhängigkeit vom Mandanten ist nicht tangiert, wenn der Gesetzgeber keine äußeren Einflussnahmen verhindern will, sondern die innere Motivation des Rechtsanwalts, etwas zu tun oder zu unterlassen, steuern will. In einem solchen Sachverhalt geht es um die Distanz nicht zum Mandanten, sondern zum Mandat bzw. in den Worten des BVerfG zum „Anliegen“¹³⁷ des Mandanten. Diese Konstellation ist keine Frage der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, auch wenn der Conseil d'État eine nicht näher definierte Kategorie der „indépendance morale“¹³⁸ bemüht.¹³⁹ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Kategorie der anwaltlichen Unabhängigkeit, die externe Einflüsse ausschließen will, sondern vielmehr um eine Voraussetzung für die Unabhängigkeit des Avocat.¹⁴⁰

c) Gesellschaft

Das Berufsrecht adressiert auch die Unabhängigkeit von Privaten, außerhalb des Mandatsverhältnis stehenden Dritten. Diese Frage wird im anwaltlichen Gesellschaftsrecht,¹⁴¹ etwa bei der Kapitalbeteiligung an Rechtsanwaltsgesellschaften oder bei der interprofessionellen Sozietät relevant. Der Gesetzgeber und Teile des Schrifttums wie der anwaltlichen Interessenvertretung glauben, dass Einfluss von berufsfremden Kapitalgebern eine Gefahr für die Unabhängigkeit sei. So legen § 59b und § 59c BRAO fest, dass Rechtsanwälte sich zur „gemeinschaftlichen Berufsausübung“ zusammenschließen: Jeder Gesellschafter soll also den Beruf des Rechtsanwalts ausüben, weil damit, so die Annahme des Gesetzgebers, damit der Unabhängigkeit bei der Berufsausübung am besten gedient ist.¹⁴² Dieser Grundsatz der aktiven Mitarbeit ist kaum kontrollierbar und wird in seiner Ausgestaltung den Gesellschaftern überantwortet, soll aber reine Kapitalbeteiligungen ausschließen. Die Unabhängigkeit von Dritten ist auch bei § 49 Abs. 3 S. 1 BRAO Schutzzweck, weil der Anwalt gehindert wird, sich in eine Abhängigkeit von Mandatsvermittlern zu begeben.¹⁴³ Den Aspekt der Unabhängigkeit gegenüber Dritten hat das BVerfG auch als Teil des Allgemeinwohlbelangs der anwaltlichen Unabhängigkeit begriffen und festgehalten, dass „Anwaltliche Unabhängigkeit [...] auch im Verhältnis zu Soziern und anderen Dritten zu wahren“ sei.¹⁴⁴

¹³⁶ Vgl. Kap. 3, § 2, A., IV., 2., c), S. 365 ff.

¹³⁷ BVerfGE 117, 163 (184) – Erfolgshonorar.

¹³⁸ CE, Urt. v. 28.6.2004 – Nr. 251897 – M. B.

¹³⁹ Vgl. hierzu auch Kap. 3, § 2, A., IV., 2., c), aa), S. 365.

¹⁴⁰ So wohl auch *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 134 Rn. 87.

¹⁴¹ Zum französischen anwaltlichen Gesellschaftsrecht *Henssler*, NJW 2010, 1425 ff.; rechtsvergleichend *Glindemann*, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe.

¹⁴² Hierzu und im Folgenden BT-Drs. 19/27670, S. 175.

¹⁴³ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 75.

¹⁴⁴ S. nur BVerfGE 135, 90 (113 Rn. 68) – Sozierung mit Patentanwälten.

B. Notwendige Bindung

I. Organ der Rechtspflege

Der Rechtsanwalt ist in Deutschland ein unabhängiges Organ der Rechtspflege und in Frankreich ein *auxiliaire de justice*, in manchen Vorschriften wird sogar das Adjektiv *loyal* hinzugefügt (Art. 17 des Gesetzes v. 31.12.1971). Das grundsätzliche Problem mit diesen Merkmalen ist, dass sie den Anschein erwecken, der Rechtsanwalt sei in das „gesellschaftliche Vorfeld des Staatlich-Institutionellen“¹⁴⁵ eingeordnet. Die Deutung jener Rechtsbegriffe, die jeweils den Rechtsanwalt aus der Masse „privatautonom agierender Bürger“ herausheben,¹⁴⁶ unterscheidet sich im deutschen und französischen Berufsrechtsdiskurs. Ist die Organformel ein „schildernder Begriff“,¹⁴⁷ der entweder als überflüssig¹⁴⁸ oder gefährlich¹⁴⁹ empfunden wird, findet die Stellung als *auxiliaire de justice* kaum Beachtung. Der Grund dürfte darin liegen, dass diese gesetzliche Qualifikation nicht den *Avocats* vorenthalten ist; sie teilen sie bspw. mit den *greffiers* oder den Gerichtsvollziehern. Es ist eine gerichtsverfassungsrechtliche Kategorie und keine anwaltsrechtliche. Die bedenkliche Konsequenz ist, dass Art. 6.1 RIN mittlerweile stattdessen von *partenaire de justice* spricht.¹⁵⁰ Sowohl das deutsche wie französische Berufsrecht zeigen, dass der Rechtsanwalt und *Avocat* zum „Rechtsstab“ (Max Weber)¹⁵¹ gehört.

1. Grundlagen

a) Terminologie

Sowohl der Organbegriff als auch der der Rechtsprechung sind nicht intuitiv verständlich, wenn man gerade vom Rechtsanwalt spricht. Der französische Begriff mag eindeutig sein, reduziert die Aufgabe des Rechtsanwalts aber auf eine schlichte Gehilfenrolle.

aa) Organ/*auxiliaire*

Es ist *H. J. Wolff* zu verdanken, dass heute ein normativ-institutioneller Organbegriff etabliert ist. Er unterscheidet das Organ vom Organwalter, der natürlichen Person. Organe sind eigenständig, aber ihnen kommen nur Wahrnehmungszuständigkeiten für die juristische Person, deren Organe sie sind, zu.¹⁵² Ein mehr an der griechischen Herkunft des Begriffes orientiertes Verständnis würde Organ

¹⁴⁵ Zum Begriff *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 93 f.

¹⁴⁶ Zum Steuerberater so *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (48).

¹⁴⁷ *Redeker*, NJW 1987, 2610 (2612).

¹⁴⁸ Hiergegen eindringlich *Hassemer*, AnwBl. 2008, 413 (416).

¹⁴⁹ Vgl. *Kleine-Cosack*, § 1 BRAO Rn. 22.

¹⁵⁰ Zurecht weist *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 271 auf den Umstand hin, dass eine solche Bezeichnung nicht mit berufs- wie prozessrechtlichen Aussagen des Gesetzgebers vereinbar ist.

¹⁵¹ Hierzu *Röhl*, Rechtssoziologie, § 41, S. 43 ff.; *Baer*, Rechtssoziologie, § 5 Rn. 1 ff.

¹⁵² S. hierzu *Böckenförde*, in: FS *H. J. Wolff*, S. 269 ff.

mit Werkzeug oder Mittel, dessen sich jemand bedient, übersetzen.¹⁵³ Was unter Organ zu verstehen ist, muss sich final im Zusammenhang mit der Rechtspflege erweisen. Das Gesetz v. 31.12.1971 spricht nicht von einem *organe*, wählt aber wie § 1 BRAO einen Begriff, der eine gewisse Funktionalisierung in sich trägt. *Auxiliaire* beschreibt im französischen Sprachgebrauch einen Gehilfen, jemanden, der zu etwas (von außen) beiträgt.¹⁵⁴

bb) Organ der Rechtspflege/auxiliaire de justice

Anders als der französische Begriff („justice“¹⁵⁵) verweist das deutsche Recht nicht auf die Institution der Dritten Gewalt, sondern auf die Rechtspflege. Er beschreibt – entgegen einer intuitiven Reduktion auf *Rechtsprechung*, die historisch sicherlich insinuiert war¹⁵⁶ – die Verwirklichung, Entwicklung und Anwendung des Rechts insgesamt.¹⁵⁷ Die Rechtspflege nach § 1 BRAO umfasst neben der forensischen Tätigkeit auch jene, die sich als „vorsorgende Rechtspflege“ (vgl. § 1 BNotO¹⁵⁸) beschreiben lässt.¹⁵⁹ Sie prägt in immer größerem Maße das anwaltliche Berufsbild.¹⁶⁰ Unter ihr ist die Beratung von Privatpersonen bei der Gestaltung ihrer Privatrechtsverhältnisse (u. a. Vertragsgestaltung) zu verstehen.¹⁶¹ Eine Aufspaltung der Rechtspflege wäre künstlich, da die vorbeugende Rechtspflege gerade der Streitvermeidung dient.¹⁶² Der Organbegriff in seinem durch *H. J. Wolff* geprägten Verständnis führt allerdings nicht weiter: Ein Organ ist unmittelbar auf

¹⁵³ Staatslexikon-Online, Stichwort: Organ, Nr. 1.

¹⁵⁴ Vgl. auch *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 268 („Sherpas“). – Der Begriff weist damit eine Nähe zur Terminologie des Schweizerischen Bundesgerichts („Hilfsorgan“) auf, s. hierzu *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 88 ff.

¹⁵⁵ S. nur *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 268, der darauf hinweist, dass der „Apparat“ und nicht der „Wert“ mit *justice* bezeichnet wird; nicht mit dem Begriff des *auxiliaire de justice* operierend, aber doch die Bindung der Anwaltschaft an die Richterschaft betonend, *Garapon*, *Les Cahiers de la Justice* 2020, 449 ff.

¹⁵⁶ *Redeker*, NJW 1987 (2610 [2612]).

¹⁵⁷ *Brüggemann*, in: *Weyland*, § 1 BRAO Rn. 5; auch v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 40 Rn. 20.

¹⁵⁸ S. zur Qualifikation dieser Aufgabe als staatliche BVerfGE 17, 371 (371); BVerfG, *Beschl.* v. 18.6.1986 – 1 BvR 787/80, NJW 1987, 887 (877); ablehnend *Bethge*, *Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe*, S. 140 ff.

¹⁵⁹ *Ch. Wolf*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 22; s. auch *Kerstges*, *Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm*, S. 285; skeptisch ob jenes Vergleiches aber *Busse*, in: *Henssler/Prütting*, § 1 BRAO Rn. 24; ablehnend auch *Redeker*, NJW 1987, 2610 (2612).

¹⁶⁰ Vgl. auch *Baer*, *AnwBl.* 2013, 491 (493).

¹⁶¹ *Frenz*, in: *Eylmann/Vaasen*, § 1 BNotO Rn. 12; für den Notar unterscheidet *Bracker*, in: *BeckOK-BNotO*, § 1 BRAO Rn. 10 die Vertragsgestaltung von der vorsorgenden Rechtspflege, weil letzteres eine Staatsaufgabe sei, die Vertragsgestaltung hingegen nicht, weil diese keine staatliche Mitwirkung voraussetzt und nicht für jeden erfüllt werden muss seitens des Notars. – Für den Rechtsanwalt bedarf es dieser Differenzierung einfachgesetzlich nicht (vgl. *Schlosser*, NJW 2002, 1376 [1377 f.]), womöglich aber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Erfassung der anwaltlichen Berufsausübung, vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., IV., 3., S. 370 ff.

¹⁶² *Bracker*, in: *BeckOK-BNotO*, § 1 BRAO Rn. 10; vgl. *Brüggemann*, in: *Weyland*, § 1 BRAO Rn. 5; *Magnus*, *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz*, S. 22.

eine juristische Person bezogen.¹⁶³ Die Rechtsprechung ist jedoch keine juristische Person, dessen Organ jemand sein kann.¹⁶⁴ Sie ist dem Staat zugeordnet, so dass dieser als juristische Person, deren Organ der Rechtsanwalt ist, denkbar erscheint. Die Annahme vom Rechtsanwalt als Staatsorgan widerspricht jedoch nach deutschem (nicht jedoch französischem¹⁶⁵) Verständnis der Freiberuflichkeit (§ 2 BRAO)¹⁶⁶ und der Freien Advokatur als Unabhängigkeit vom Staat¹⁶⁷. Zudem gilt es gerade Organ und Organwalter zu unterscheiden. Während in Deutschland die Sorge vor einem institutionellen Verständnis des Organbegriffes vorherrschte, wurde in Frankreich der durch Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 begründete Status des *Avocats* als *auxiliaire* nie mit einer beamtenähnlichen Stellung assoziiert.¹⁶⁸ Vielmehr bestand die Sorge, ob sich aus dem Status als *auxiliaire de justice* nicht engere Bindungen an den Mandanten ableiten.¹⁶⁹ Denn mit dem Status geht klassischerweise ein Kontrahierungszwang einher; nur der *Avoué* und nicht der *Avocat* war überhaupt mit seinem Klienten vertraglich verbunden. Der *auxiliaire de justice* soll jede gerichtliche oder behördliche Stelle oder jede Person sein, die direkt oder indirekt zum Handeln der Justiz, bzw. genauer zu jenem des zur Entscheidung berufenen Magistrats beiträgt.¹⁷⁰ Es gibt permanente *auxiliaires* (Anwälte, Übersetzer, Gerichtsvollzieher) und nur gelegentlich mitwirkende *auxiliaires* (Zeugen, Laienrichter).¹⁷¹ Auch die im Insolvenzverfahren mitwirkenden Akteure – *administrateur* (entspricht dem deutschen Verwalter) und *mandataire judiciaire* (Gläubigervertreter)¹⁷² – zählen hierzu.¹⁷³ Es gibt vollständig in die Justizverwaltung integrierte *auxiliaires* wie den *Greffier* oder freiberufliche wie den

¹⁶³ Hervorgehoben bei *Böckenförde*, in: FS H. J. Wolff, S. 275 m. w. N.

¹⁶⁴ *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*, S. 65; s. auch *Kämmerer*, *DStR-Beih* 2019, 47 (50 ff.).

¹⁶⁵ *J. Savatier*, *La profession libérale*, S. 69 ff. (bspw. bei Lehrern).

¹⁶⁶ Diesen Widerspruch zwischen Staatsorgan und freiem Beruf sieht auch BVerfGE 7, 377 (398) – Apotheken.

¹⁶⁷ Vor diesem Hintergrund ist es vielmehr eine *Petitesse*, dass § 356 StGB (Parteierrat) systematisch im Abschnitt über die Amtsdelikte verortet ist; der Normtext hat freilich den Wandel weg vom verbeamteten Rechtsanwalt nachvollzogen (hierzu *Deckenbrock*, *Parteierrat*, S. 44 f. Rn. 37 ff.).

¹⁶⁸ *J. Savatier*, *La profession libérale*, S. 65 ff.

¹⁶⁹ S. auch v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 41 Rn. 25, der die Einstandsbereitschaft auch beim Organbegriff aufhängt.

¹⁷⁰ So auch das *Vocabulaire juridique* H. Capitant, Stichwort: *Auxiliaire de justice*.

¹⁷¹ *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Letzter Stand 1994, Stichwort AUXILIAIRE, adj. et subs., <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/visusel.exe?11;s=2740735410;r=1;nat=;soI=0>.

¹⁷² Vgl. *Le Cannu/Robine*, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 293 ff. Rn. 428 ff.; rechtsvergleichend zum Berufsbild *Henssler*, *ZIP* 2002, 1053 ff.; spezifisch zur „Entzerrung der Organfunktion“ in Frankreich *Balz*, *ZIP* 1983, 1153 (1158 f.).

¹⁷³ Verfassungsrechtliche Zweifel an der Kohärenz der Regulierung dieser beiden Berufe, weil nur der *administrateur*, aber nicht der *mandataire judiciaire* den Anwaltsberuf als Zweitberuf ausüben darf, hat CC, *Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC – M. Frédéric B. (Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d’avocat)* zurückgewiesen; anders noch der Vorlagebeschluss *Cass. Com.*, *Beschl. v. 9.6.2022 – Nr. 22-40.008*, Rn. 11 ff.

Avocat.¹⁷⁴ Diese heterogene Gruppe untergliedern manche zur Systematisierung in „auxiliaires au juge“ und „auxiliaires aux parties“.¹⁷⁵ Dieser Versuch zeigt, wie problematisch die Zuordnung der Anwälte zu einer solch vielfältigen Sammlung an Akteuren ist, denn sie droht ihre besondere Rolle zu verwässern.¹⁷⁶ Man kann den Avocat als Gehilfen beiden Untergruppen zugleich zuordnen¹⁷⁷ oder gar keiner, weil er wegen seiner Unabhängigkeit eigentlich niemandes Gehilfe, weder des Richters noch des Mandanten,¹⁷⁸ ist.

b) Ursprung als Rechtsbegriff

aa) in Deutschland

Jede Epoche hat den Begriff des Organs der Rechtspflege auf ihre eigene Art in Dienst genommen.¹⁷⁹ Die RAO von 1878 verwendet ihn nicht, auch wenn er sich in den stenographischen Berichten zum Entwurf im Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Anwaltsprozess durchaus nachweisen lässt,¹⁸⁰ allerdings hat die RAO insgesamt kein Berufsbild normiert. Die erste Erwähnung dürfte auf *Abegg*¹⁸¹ zurückgehen, der vom „Organ der Gerechtigkeitspflege“ sprach. Der divergierende Bezugspunkt – nicht Rechtspflege, sondern Gerechtigkeitspflege – fällt auf, was eine funktionale, und weniger institutionelle Deutung des Begriffes nahelegt. Es war der EGH, der die Formel vom Organ der Rechtspflege vor allem dann heranzog, wenn Rechtsanwälte ein bestimmtes zeitgenössisches Standesansehen,¹⁸² den äußeren Ablauf des Gerichtsverfahrens oder die richterliche Autorität (etwa durch das Auffordern zum Duell)¹⁸³ untergruben. Aber auch Pflichten gegenüber der gegnerischen Partei wurden hieraus abgeleitet. Das RG stützte zusätzlich vor allem den Verteidigerausschluss hierauf, sobald ein niederschwelliger Verdacht der Begünstigung im Raum stand.¹⁸⁴ In der NS-Zeit sprach *Noack* in seiner Kommentierung aus 1937 zwar von der Anwaltschaft (im Sinne des Berufsstands) als Organ

¹⁷⁴ Vgl. *Guinchard/Varinard/Debard*, Institutions juridictionnelles, S. 1067 Rn. 954.

¹⁷⁵ Kritisch *Guinchard/Varinard/Debard*, Institutions juridictionnelles, S. 1068 Rn. 954.

¹⁷⁶ Auch *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 268.

¹⁷⁷ Wie hier *Martin*, in: *Mélanges P. Julien*, S. 268, der den Anwalt sowohl als auxiliaire der Partei, wie auch des Richters sieht.

¹⁷⁸ Hierfür aber *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 65 Rn. 32; diese Konsequenz ziehen *Guinchard/Varinard/Debard*, Institutions juridictionnelles, S. 1171 Rn. 1055 gleichwohl auch nicht, sondern sprechen von einer Kooperation, die im Dienst des Mandanten erfolgt.

¹⁷⁹ S. monographisch jüngst *Kunze*, Unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 23 ff. (Kaiserreich und Weimarer Republik), 51 ff. (NS-Zeit), 71 ff. (Herrschaft des Grundgesetzes); *Eckertz-Höfer*, NJW 2013, 1580 f.; s. auch *Kilian*, DStR-Beih 2019, 38 ff.

¹⁸⁰ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 3. Legislaturperiode, 1878, II. Session, Bd. 3., S. 73.

¹⁸¹ *Abegg*, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, § 146 Rn. 254.

¹⁸² EGHE 1, 166 (168) – Verwendung polnischer anstatt deutscher Ortsnamen; EGHE 17, 257 (258).

¹⁸³ EGHE 1, 140 (141).

¹⁸⁴ Für zeitgenössische Nachweise s. *Beulke*, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, S. 166 Fn. 34–37; Darstellung auch bei *Kunze*, Unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 39 ff.

der Rechtspflege.¹⁸⁵ In Gestalt ihrer Neudefinition im Sinne der NS-Ideologie diente die Formel als Einfallstor für eine an der „Staatsräson orientierte Verteidigung“,¹⁸⁶ die nicht mehr in den Diensten des Mandanten, sondern der Volksgesinnung und dem „richtigen Recht“ stand.¹⁸⁷ Der BGH¹⁸⁸ verhalf dem Begriff zum „Gipfel ihrer Popularität“,¹⁸⁹ allerdings hatte die BRAO 1959 ihn um das Merkmal der Unabhängigkeit ergänzt. In Staatsschutzstrafverfahren stützte der BGH weiter Verteidigerausschlüsse hierauf,¹⁹⁰ was dem BVerfG Gelegenheit gab, den verfassungsrechtlichen Schutz des Rechtsanwalts zu konturieren.

bb) in Frankreich

Dass der Avocat ein *auxiliaire de justice* ist und immer war, steht außer Frage.¹⁹¹ Doch der Gesetzgeber¹⁹² griff die Terminologie erst mit dem Gesetz v. 31.12.1971 auf. Der erste Regierungsentwurf sah noch vor, dass die Anwälte in ihrer Rolle als *auxiliaire de justice* gehalten sind, ihre Mitwirkung zum *service public de la justice* zu leisten. In die Nationalversammlung eingebracht wurde ein Entwurf, der festhielt, dass die Anwälte als *auxiliaires de justice am service public de la justice* „teilnehmen“. Die Commission des lois reduzierte den Normwortlaut und präziserte den Status als *auxiliaire de justice* nicht weiter, da jedes Wort redundant wäre. Formulierungen, der Anwalt trage zur *justice* bei, scheiterten im Senat – wohl auch um jeden Bezug zur Gerechtigkeit zu vermeiden.

2. Bedeutung

a) Kein Eingriffstatbestand

Beide Begriffe legen bei leichtfertigem Gebrauch nahe, dass der Rechtsanwalt ein Staatsamt bekleiden würde. Während das BVerfG aus der Organstellung keinen Eingriffstatbestand ableiten will (dazu aa)), hat die Cour de Cassation in Abgren-

¹⁸⁵ Noack, R-RAO, Vorspruch, S. 18 Rn. 3.

¹⁸⁶ Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, S. 166.

¹⁸⁷ Umfassende Nachweise aus dem zeitgenössischen Schrifttum bei Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, S. 166; s. auch allgemein zur Aufgabe des Rechtsanwalts am Beispiel des bürgerlichen Rechts *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, S. 92 f.

¹⁸⁸ Ausdrücklich BGHSt 9, 20 (22 f.); bereits zuvor ohne ausdrückliche Erwähnung BGHSt 8, 194; unter Rekurs auf die Organformel in § 1 der Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone schon OLG Celle, Beschl. v. 29.11.1949 – Ws 263/49, NJW 1950, 716 f.

¹⁸⁹ Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, S. 167.

¹⁹⁰ Zum inhaltlichen Dissens zwischen Generalbundesanwalt und dem 3. Strafsenat *Kiessling/Safferling*, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 334 ff. (Kaul), 472 ff. (Schily).

¹⁹¹ Vgl. *J. Savatier*, La profession libérale, S. 43, 48; *Krynén*, L'État de justice I, S. 117: „le ministère de l'avocat participe à celui de la justice, fonction divine.“ – Die Erläuterungen des Art. 3 bei *Blanc*, La nouvelle profession d'avocat, Art. 3 thematisieren die in Art. 3 Abs. 2 geregelte Rollenpflicht deutlich ausführlicher als die Stellung als *auxiliaire de justice*.

¹⁹² Insgesamt zum Gesetzgebungsverfahren *Blanc*, La nouvelle profession d'avocat, Art. 3, S. 40.

zung zu den übrigen Höchstgerichten jüngst ein Verbot des Tragens religiöser Zeichen mit der Rolle als *auxiliaire de justice* begründet (dazu unter bb)).

aa) Verfassungsrechtlicher Schutzschirm in der Judikatur des BVerfG

Aus Sicht des BVerfG kann man § 1 BRAO als „gesetzlich verordnetes Dilemma“ bezeichnen.¹⁹³ Angesichts dessen hat das Gericht versucht, frühzeitig zu verdeutlichen, dass § 1 BRAO aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht dazu geeignet ist, extralegale Pflichten des Rechtsanwalts zu statuieren.¹⁹⁴ Die dem Rechtsanwalt besonders eigene „Dichotomie von Freiheit und Bindung“¹⁹⁵ sollte das Gericht zugunsten der Unabhängigkeit auflösen. Im Schmidt-Leichner-Beschluss beginnt das Gericht zwar mit dem Hinweis, der Rechtsanwalt sei Organ der Rechtspflege, doch wird deutlich, dass es hierin keinen grundrechtslimitierenden Status sieht, sondern eine rechtsstaatlich vorgesehene Rolle in einem konkreten Verfahren.¹⁹⁶ Der Verteidigerausschluss macht die Wahrnehmung dieser Rolle unmöglich. Später hielt der Erste Senat fest, dass § 1 BRAO keinen „Eingriffstatbestand für solche Fälle, in denen ein Anwalt dem allgemeinen Leitbild nicht entspricht“,¹⁹⁷ darstelle. Dies entspricht heute einem Allgemeinplatz im Schrifttum.¹⁹⁸ Diese Entscheidung ist deshalb so relevant, weil der Erste Senat zugleich die Aussagen des Zweiten Senates relativiert, wonach die einfachgesetzliche Organstellung (§ 1 BRAO) im Verfassungsrecht zur Annahme eines – für den Grundrechtsschutz prekären – „staatlich gebundenen Berufes“ führe.¹⁹⁹ Anders als der EGMR²⁰⁰ hat das BVerfG aus der Organformel nie abgeleitet, der Rechtsanwalt müsse das Ansehen der Justiz wahren oder mehren.²⁰¹ Die Organformel ist deshalb in der Judikatur des BVerfG ein Schutz gegenüber staatlichen Eingriffen.²⁰² Sie sichert einen Freiraum ab, verstärkt die anwaltliche Unabhängigkeit und steht in engem Zusammenhang mit der Aufgabe als berufenem und unabhängigem Interessenvertreter des Mandanten.²⁰³

¹⁹³ So Zuck, in: 25 Jahre BRAK, S. 88 f.

¹⁹⁴ Jaeger, NJW 2004, 1 (2); kritisch zur frühen Judikatur Krämer, NJW 1975, 849 (850 f.).

¹⁹⁵ Zuck, in: 25 Jahre BRAK, S. 89.

¹⁹⁶ BVerfGE 16, 214 (216) – Verteidigerausschluss Schmidt-Leichner.

¹⁹⁷ BVerfGE 63, 266 (284 f.) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehenen Partei.

¹⁹⁸ Vgl. Brüggemann, in: Weyland, § 1 BRAO Rn. 9; Busse, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 29; Ahrens, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 3 Rn. 45; wohl anders (und unzutreffend) S. Kramer, Zurückweisung und Entfernung, S. 168 („konkrete Verpflichtung [...] Er verliert insoweit den Schutz“).

¹⁹⁹ BVerfGE 38, 105 (119). – Vgl. hierzu ausf. Kap. 2, § 2, A., I., 2., a), S. 152 ff.

²⁰⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 (1566 f. Rn. 132) – Morrice/Frankreich.

²⁰¹ Ein solcher Würdeschutz wäre auch systemfremd, s. Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, S. 222 f.; Jahn, NStZ 1998, 389 (393).

²⁰² So auch zurecht Busse, in: Henssler/Prütting, § 1 BRAO Rn. 30.

²⁰³ Deutlich bei BVerfGE 16, 214 (216) – Verteidigerausschluss Schmidt-Leichner.

bb) Beschränkungen aufgrund des reglementierten Charakters der Profession

Der Rückgriff der Cour de Cassation auf den Status als *auxiliaire de justice* um ein Kopftuchverbot für Anwältinnen zu begründen, muss kritisch beurteilt werden.²⁰⁴ Denn es handelt sich um eine gerichtsverfassungsrechtliche Kategorie, die eine Vielzahl an justiznahen Professionen umfasst und deren Strukturierung dient. *Bioy* hat stattdessen eine „administrative“ Grundlage für eine derartige Restriktion vorgeschlagen, nämlich den Status als reglementierte Profession.²⁰⁵ Tatsächlich zeigt der Conseil d'État eine Präferenz für diese Kategorie gegenüber Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971, wo der *Avocat* als *auxiliaire de justice* bezeichnet wird.²⁰⁶ Der Conseil Constitutionnel begründet mit dem Merkmal der reglementierten Profession ein Zurückweichen der *réserve de loi*, also des Gesetzesvorbehaltes, zugunsten exekutiver Rechtsetzung.²⁰⁷ Es erscheint also durchaus möglich, dass – unabhängig von der materiellen (Verfassungs-)Rechtmäßigkeit i. Ü. – die Frage einer allgemeinen Eingriffsermächtigung bei der reglementierten Profession besser aufgehoben ist. Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 ist vom Conseil d'État und Conseil Constitutionnel soweit ersichtlich nicht als verfassungsrechtliche Wertung verwandt worden, um Berufsregeln zu rechtfertigen. In der Entscheidung zur Entbindung von der Pflichtverteidigung²⁰⁸ hätte dies nahegelegen und wurde auch vom Bevollmächtigten des Premierministers vorgetragen,²⁰⁹ allerdings hat der Conseil Constitutionnel die horizontale Anwendung des Art. 16 DDHC und die Schutzpflicht des Gerichtspräsidenten im Rahmen der Sitzungspolizei bemüht. Art. 3 ist als „Transmissionsriemen“ der horizontalen Grundrechtsanwendung somit nicht in Erscheinung getreten. Die fehlende verfassungsgerichtliche Relevanz erklärt sich auch dadurch, dass das Fehlen einer Urteilsverfassungsbeschwerde dem Conseil Constitutionnel vor allem die Sanktion der fehlerhaften Anwendung der Strafprozessordnung durch die Strafgerichte entzieht; Verfahrenskonstellationen, die in Deutschland die Organstellung mobilisieren.

b) Eine Rollenbeschreibung

Diese institutionelle Lektüre des § 1 BRAO ist jedoch nicht zwingend. Vergewenigt man sich die Funktion des Rechtsanwalts für die Rechtsprechung und die Rechtspflege in tatsächlicher Hinsicht,²¹⁰ dann ist es überzeugend in § 1 BRAO ein funktionales Verständnis des Organbegriffes zu sehen.

²⁰⁴ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), S. 236 ff.

²⁰⁵ *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

²⁰⁶ Vgl. CE, Urt. v. 28.6.2004 – Nr. 251897 – M. B.: Für den Conseil scheint – wie hier vertreten – die gesetzliche Qualifikation als *auxiliaire* seine Funktion und nicht seinen Status zu beschreiben.

²⁰⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., II., 1., b), S. 259 ff.

²⁰⁸ CC, Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC – Maître Berton.

²⁰⁹ Ausführungen des Prozessbevollmächtigten ab 70. Min. der Aufzeichnung der mündlichen Verhandlung vom 17.4.2018 vor dem Conseil Constitutionnel in Paris, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018704QPC.htm>.

²¹⁰ Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.

aa) Organ „zur“ Rechtspflege

(1) Funktionales Organverständnis

Diesen Vorschlag hat *Kämmerer* für den Steuerberater in die Diskussion eingeführt. Dies setzt voraus, dass man nicht den subjektiven, sondern den objektiven Genitiv im Normwortlaut liest. Nicht wessen Organ, sondern wozu der Rechtsanwalt Organ ist.²¹¹ Er ist Organ zur Verwirklichung der Rechtsfindung im Einzelfall, womöglich zur Verwirklichung des Rechtsstaates (§ 1 Abs. 2 S. 2 BORA).²¹² Er nimmt Funktionen wahr, die *für* die Rechtspflege von Bedeutung sind.²¹³ § 1 BRAO organisiert dann den „Einbau“ des Rechtsanwalts²¹⁴ in die Rechtspflege. Ein solches Verständnis bietet Schutz davor, die Organstellung als Schranke der Parteilichkeit zu begreifen,²¹⁵ weil die Funktion des Rechtsanwalts²¹⁶ keine Unvereinbarkeit mit der Parteilichkeit hervorruft. *Kämmerer* sieht jedoch einen Widerspruch zwischen freiem Beruf und einer so verstandenen Organstellung des Rechtsanwalts. Zudem müsse ein Werkzeug verwendet werden, was – zusammen mit der Finalität – die Freiheit des Rechtsanwalts zu sehr begrenzt.²¹⁷ Zuzugestehen ist, dass im Regelfall Handlungsbefugnisse zur Verwirklichung eines Gemeinwohlbelangs auch bei Privaten nicht in grundrechtliche Freiheit umschlagen. Freiheit bedeutet gerade auch freie Zwecksetzung und keine inhaltliche Determinierung.²¹⁸ Doch die Verfassungsordnung verbietet die „Verbindung von verfassungsrechtlich Unvereinbarem“²¹⁹ nicht, also öffentliche Aufgaben bzw. Allgemeinwohlinteressen zum Gegenstand einer grundrechtlichen Gewährleistung zu machen, um sie gegenüber dem Staat abzuschirmen. Dann handelt es sich nicht um „Individualfreiheitsrechte im klassischen Sinne“, sondern um eine dienende Freiheit.²²⁰

(2) Ergebnis einfachrechtlicher Vorrechte des Rechtsanwalts

Die dem Rechtsanwalt durch das einfache Recht eingeräumten Rechte sind nicht die Konsequenz aus dem Status als Organ der Rechtspflege, sondern § 1 BRAO fasst vielmehr diese einzelnen Vorrechte durch den Begriff vom unabhängigen

²¹¹ *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (52 f.).

²¹² *Zuck*, NJW 2013, 1582 (1583).

²¹³ *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 23 Rn. 11: „zweckbedingten Dienst im Sonderinteresse der Partei“; *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 18, 27; *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411) sieht hierin die „rechtsstaatliche Funktion anwaltlicher Tätigkeit“ zum Ausdruck gebracht.

²¹⁴ *Habscheid*, NJW 1962, 1985 ff.

²¹⁵ Vgl. auch so v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 41 Rn. 21 f.; *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 23 Rn. 11: „Die Rolle als Interessenvertreter kollidiert nur scheinbar mit der Organstellung.“

²¹⁶ Vgl. hierzu Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.

²¹⁷ *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (53).

²¹⁸ Hierzu *Burmeister*, in: FS Stern, S. 851.

²¹⁹ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 857.

²²⁰ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 857; vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., S. 337 ff.

Organ der Rechtspflege im Sinne eines „Bildes“ zusammen.²²¹ § 1 BRAO ist ein Auslegungstopos, aber nicht der Grund für die prozessualen Rechte oder eine Anspruchsgrundlage.²²² Die gegenteilige Auffassung wäre ein Zirkelschluss.²²³ Weil das einfache Recht dem Rechtsanwalt Vorrechte einräumt, die dem Mandanten nicht zukommen, ist er Organ der Rechtspflege und nicht bloßes Sprachrohr seines Mandanten.²²⁴ Aus diesem Grund ist die Rechtsordnung von einem positiven Bild vom Rechtsanwalt geprägt,²²⁵ so dass es unzulässig ist,²²⁶ Rechtsanwälten unter Hinweis auf die Gefahr von Allgemeininteressen Rechtsgeschäfte zu verbieten, die „strukturell minder qualifizierten“²²⁷ Inkassodienstleistern erlaubt sind. Derartige Privilegien sind also nicht Konsequenz, sondern Grundlage der Organstellung und sie betreffen etwa das Zivilverfahrensrecht oder das Strafverfahrensrecht. Details aus dem anwaltlichen Vertrauensverhältnis müssen nicht substantiiert werden (§ 138 Abs. 2 ZPO), sondern dürfen schlicht bestritten werden.²²⁸ Nach § 338 Abs. 1 Nr. 6 ZPO können aus- und inländische Rechtsanwälte ihr Zeugnis verweigern, soweit es um ihnen kraft Standes anvertraute Informationen geht; die Reichweite richtet sich, aufgrund der engen Verknüpfung mit der Verschwiegenheitspflicht, nach dem Berufsgeheimnis (§§ 203 StGB, 43a Abs. 2 BRAO). Nur unter besonderen Umständen, etwa einer schuldhaften Unmöglichmachung der Beweisführung des Gegners, kann die fehlende Entpflichtung im Rahmen des § 286 ZPO als Beweisvereitelung beurteilt werden.²²⁹ Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden durch Parteien scheint auf den ersten Blick nicht begrenzt (§ 142 Abs. 1 ZPO), für Dritte steht sie nach § 142 Abs. 2 ZPO unter dem Vorbehalt eines fehlenden Zeugnisverweigerungsrechts. Damit können Anwälte, soweit sie zeugnisver-

²²¹ Vgl. hierzu Kap. 1, § 1, S. 61 f.

²²² Deshalb konnte aus § 1 BRAO kein prioritärer Impfanspruch für Rechtsanwälte abgeleitet werden; zurecht wie hier v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 41 Rn. 27 („rechtspolitisch“); *Sangi*, *Impfpriorisierung der Anwaltschaft – Impfcodes per beA?*, *Anwaltsblatt.de* v. 14.4.2021); für Ansprüche aus § 1 BRAO jedoch *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*, S. 80.

²²³ So insbesondere v. *Lewinski*, in: *FS Hartung*, S. 113; anders wohl *Deckenbrock/Özman*, *Anwaltliches Berufsrecht*, S. 4.

²²⁴ Vgl. *Beulke*, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, S. 92.

²²⁵ Vor diesem Hintergrund wenig überzeugend BVerfG-K, *Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17*, *NJW* 2018, 2385 (2389 Rn. 91) – VW (Durchsuchung bei Jones Day), wo die Kammer ein „hohes Missbrauchspotential“ sieht und ausführt „Beweismittel könnten gezielt in die Sphäre des Rechtsanwalts verlagert oder nur selektiv herausgegeben werden“; kritisch hierzu *Dierlamm*, *BRAK-Mitt.* 2018, 204, der die Ausführungen als „irritierend“ und als Ausdruck eines Generalverdachts nicht nur gegenüber dem Mandanten, sondern auch dem Rechtsanwalt bewertet.

²²⁶ Eindringlich („absurd“) *Kerstges*, *AnwBl. Online* 2020, 24 (27); dass die „im anwaltlichen Berufsrecht verankerten Instrumente der Qualitätssicherung nicht zur Geltung kommen“ sieht auch *Kluth*, *GewArch.* 2021, 302 (304).

²²⁷ Ohne Verständnis für den Rekurs auf die Organformel im Zusammenhang einer Differenzierung, die Rechtsanwälten härtere Regeln auferlegt, *Römermann*, *AnwBl. Online* 2020, 588 (606).

²²⁸ *Magnus*, *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz*, S. 47.

²²⁹ Ausführlich hierzu m. w. N. *Magnus*, *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz*, S. 50 ff.

weigerungsberechtigt sind, die Herausgabe verweigern, wenn sich die Urkunden in ihrem Besitz befinden.²³⁰ § 160a Abs. 1 StPO statuiert im Strafrecht ein absolutes Beweisverwertungsverbot, soweit dem Rechtsanwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und differenziert nicht mehr zwischen Strafverteidigern und anderen Rechtsanwälten. Auch die Beschlagnahme wird durch § 97 Abs. 1 StPO beim zeugnisverweigerungsberechtigten Anwalt – also für Unterlagen in dessen Gewahrsam (vgl. § 97 Abs. 2 StPO) – geschützt. Nach § 148 Abs. 1 StPO hat der Verteidiger Zugang zum inhaftierten Mandanten; ihm ist auch bereits im Ermittlungsverfahren, soweit der Untersuchungszweck nicht vereitelt wird, Akteneinsicht²³¹ zu gewähren (§ 147 Abs. 2 S. 1 StPO).

bb) Gehilfe des service public de la justice

Der Begriff vom *auxiliaire de justice* verdeckt sprachlich, dass es eigentlich um die Mitwirkung beim sog. *service public de la justice* geht, also der Mitwirkung an einer staatlichen Leistung.²³² Den Staat trifft die verfassungsrechtliche Pflicht, dem Bürger eine leistungsfähige Justiz zur Verfügung zu stellen, also den *service public* zum Vorteil der Bürger einzurichten.²³³ Die Rechtsprechung mit der verwaltungsrechtlichen Terminologie des *service public* zu erfassen, erscheint unintuitiv, allerdings liegen die tradierten Merkmale Allgemeinwohlverfolgung, Kontinuität, Stabilität und Gleichbehandlung unzweifelhaft vor, so dass diese Einordnung heute unumstritten ist. Jedoch ist die Justiz aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben betreffend ihrer Organisation und Funktion ein besonderer *service*.²³⁴ Zu diesem rechnen die Gerichte auch die Anwaltschaft; sie tragen wie die Magistrate zur Aufrechterhaltung des *service* bei.²³⁵ So war die (umstrittene) Mangelsituation an Hygieneprodukten (Gel, Masken) bei Rechtsanwälten während der Pandemie für den Conseil d'État eine Frage der *continuité du service public de la justice*.²³⁶ Wer so den Begriff des *auxiliaire de justice* auslegt, legt den Fokus auf die Funktion und leitet keinen allgemeinen, tätigkeitsübergreifenden Status hieraus ab. Anders als der deutsche Begriff des Organs der Rechtspflege, der auch die nicht gerichtliche Tätigkeit umfasst, führt ein funktionales Verständnis von *auxiliaire de justice*

²³⁰ Zu einer Vielzahl an hiermit zusammenhängenden Fragen *Magnus*, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, S. 59 ff.

²³¹ Hierzu *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, S. 89 ff.

²³² Zutreffend CE, Urt. v. 28.6.2004 – Nr. 251897 – M. B; CE, Beschl. v. 20.4.2020 – Nr. 439983, 440008 – *Ordre des avocats au barreau de Marseille et ordre des avocats au barreau de Paris*; *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 65 Rn. 32; s. bereits *Appleton*, *Traité de la profession d'avocat*, Rn. 223 (mit der weitreichenden Konsequenz, das Mandat dem öffentlichen Recht zu unterstellen).

²³³ *Jèze*, *Principes généraux du droit administratif III*, S. 23; *Laval*, *Les Petites Affiches* v. 12.8.1999, Nr. 160, S. 12.

²³⁴ S. hierz *Renoux*, *Les Cahiers de la Justice* 2017, 331 (332 ff.); kritisch bereits aufgrund seiner Grundhaltung zum *service public* *Vedel*, *JCP G II*, 1953, Nr. 7598.

²³⁵ *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 67 Rn. 32.

²³⁶ CE, Beschl. v. 20.4.2020 – Nr. 439983, 440008 – *Ordre des avocats au barreau de Marseille et ordre des avocats au barreau de Paris*.

dazu, dass der Begriff nur bestimmte Tätigkeiten des Avocats umfasst.²³⁷ Die Cour de Cassation ist in ihrer Entscheidung zum Kopftuch von März 2022 schwankend, ob sie diese Lesart teilt: Sie stellt auf den Eid und die Zugehörigkeit zur Profession genauso wie auf die Funktion der Interessenwahrnehmung des Rechtsuchenden ab. Auf der anderen Seite stellt sie fest, dass nur die forensische Berufsausübung betroffen sei und die Anwältin ihren Eid ableisten dürfe.²³⁸ Zur Erfüllung dieser Mitwirkung kennt das französische wie das deutsche Verfahrensrecht Rechte des Anwalts. Allerdings hat der Gesetzgeber viele der nur der anwaltlich vertretenen Partei zugewiesenen Rechte beseitigt und die Naturalpartei ihr angeglichen. Dies betraf insbesondere die Akteneinsicht in familiengerichtlichen und Strafverfahren.²³⁹ Der Conseil Constitutionnel²⁴⁰ hat mehrere Vorschriften der Strafprozessordnung für mit Art. 16 DDHC unvereinbar gehalten, soweit sie den unverteidigten Angeklagten benachteiligten. Allerdings sieht der Conseil die „garanties inhérentes au statut de l’avocat“, vor allem die Verschwiegenheitspflicht, als berechtigtes Motiv zur Differenzierung, um das *secret d’instruction* zu schützen.²⁴¹ Jedoch hat der Avocat während des Polizeigewahrsams weiterhin keine Möglichkeit, Kenntnis von der Akte zu nehmen (vgl. Art. 63-4-1 CPP), was für den Conseil zur effektiven Strafverfolgung notwendig ist.²⁴² Eine Redlichkeitsvermutung und eine komplementäre Perspektive, wonach die gesetzliche Funktion kaum zu erfüllen ist, wenn der Verteidiger keine Akteneinsicht erhält, findet sich nicht. Die von Art. 10 Abs. 1 CCiv und 11 CPC jeweils in ihren Abs. 1 geregelte prozessuale Aufklärungspflicht findet ihre Grenzen im Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts, da dieses ein motif légitim bzw. empêchement légitim im Sinne des jeweiligen Abs. 2 darstellt und zwar unabhängig von einer Strafverteidigung oder einer anderen rechtsberatenden Tätigkeit²⁴³. Nach Art. 206 CPC steht dem Avocat ein sehr weitreichendes Zeugnisverweigerungsrecht zu.

II. Interessenvertreter

Die Einordnung des Interessenvertreter-Elements unter der Überschrift „Bindungen“ ist bereits Ausdruck der deutschen Perspektive auf die Frage, denn nach fran-

²³⁷ Darauf weist auch *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff. hin.

²³⁸ Cass. Civ. I., Urt. v. 2.3.2022 – Nr. 20-20.185, Rn. 22 f.

²³⁹ Zustimmend *Guinchard*, AJDA 1998 spéc. 07/08.

²⁴⁰ So ist es nach CC, Entsch. v. 9.9.2011 – Nr. 2011-160 QPC – M. Hovanes A. (Communication du réquisitoire définitif aux parties) verfassungswidrig, dass die Staatsanwaltschaft nur dem Verteidiger ihre Anträge nach Abschluss der Ermittlung mitteilen musste, nicht aber dem unverteidigten Angeklagten; s. auch CC, Entsch. v. 23.11.2012 – Nr. 2012-284 QPC – Mme Maryse L. (Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale).

²⁴¹ S. den offiziellen Kommentar zur Entscheidung Nr. 2012-284 QPC, S. 11; zustimmend *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 16 DDHC Nr. 75; *Briand*, Gaz. Pal. v. 28.5.2013, Nr. 148, S. 7.

²⁴² CC, Entsch. v. 18.11.2011 – Nr. 2011-191/194/195/196/197 QPC, Rn. 29 – Mme. Elise A et autres (Garde à vue II).

²⁴³ Cass. Com., Urt. v. 5.5.1998 – Nr. 96-30.116.

zösischem Recht ist diese Funktion keinesfalls eine Begrenzung der anwaltlichen Handlungsmöglichkeiten. Es handelt sich vielmehr um eine soziale Funktion des Anwalts. Der *justiciable* profitiert vom Tätigwerden des Avocats, die Verbindung zwischen ihnen ist rechtlich jedoch eigentlich nicht zu begreifen. Wenn § 3 Abs. 1 BRAO hingegen formuliert „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“, dann ist dies ein echtes Prinzip.

1. Grundgedanke des deutschen Berufsrechts

Zwar ist die vertragliche Qualifikation des Verhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant nicht vollständig dogmatisch erfasst, doch kann man sich das Mandat als ein „gestuftes verbundenes Rechtsverhältnis“²⁴⁴ vorstellen. Es besteht aus einem Grundverhältnis, das entweder ein privatbegründetes²⁴⁵ oder gesetzliches, durch Hoheitsakt entstandenes Schuldverhältnis ist. Von diesem Grundverhältnis ist die Bevollmächtigung in ihrer Wirksamkeit getrennt.²⁴⁶ Dass anders als in Frankreich keine konzeptionellen Bedenken gegen ein Vertragsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant bestehen, wird durch § 3 BRAO und § 1 Abs. 3 BORA deutlich. „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.“ Auch kann man § 34 Abs. 1 S. 1 RVG, wonach der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken soll, entnehmen, dass das Gesetz vertragliche Vereinbarungen zwischen Rechtsanwalt und Mandant gutheißt und wünscht. Das Konzept des § 3 BRAO greift den bereits von [v.] Gneist geäußerten Gedanken auf, dass die Interessen des rechtsuchenden Publikums an erster Stelle bei der Gestaltung der Freien Advokatur stehen müssen.²⁴⁷ § 3 BRAO ergänzt § 1 BRAO; unabhängige Interessenvertretung und Agieren als Organ der Rechtspflege sind die beiden zentralen Pflöcke der deutschen berufsrechtlichen Konzeption. „Die Ausrichtung auf das Interesse des Mandanten ist das entscheidende Prinzip im Berufsrecht“.²⁴⁸ Der Rechtsanwalt ist das „subjektivste Rechtspflegeorgan“.²⁴⁹ Das BVerfG greift deshalb vielfach auf den Topos vom unabhängigen und berufenen Interessenvertreter zurück, um die objektiv-rechtliche Bedeutung der anwaltlichen Berufsfreiheit zu beschreiben.²⁵⁰ Auch wenn der Rückgriff auf das einfache Recht (§ 3 Abs. 1 BRAO) nicht stets ausdrücklich erfolgt, ist der Zusammenhang zwischen dem Rechtsuchenden und der anwaltlichen Berufsfreiheit doch eines der Leitmotive der Judikatur.²⁵¹ Es ist deshalb ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, einem Rechtsanwalt durch Gesetz die Möglichkeit zu nehmen, als un-

²⁴⁴ v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 44 Rn. 3.

²⁴⁵ Ahrens, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 43 Rn. 1166 ff.

²⁴⁶ v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 57 Rn. 50.

²⁴⁷ [v.] Gneist, Freie Advocatur, S. 58.

²⁴⁸ v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 43 Rn. 30; s. bereits Friedlaender/Friedlaender, RAO, Allg. Einl. Anm. 16.

²⁴⁹ v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 43 Rn. 30 Fn. 49.

²⁵⁰ Grundlegend BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille.

²⁵¹ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche; BVerfGE 117, 163 (194 f.) – Erfolgshonorar.

abhängiger und berufener Interessenvertreter gerichtlich oder außergerichtlich zu wirken.²⁵² Dies ist anders, wenn zur Förderung der Interessen des Mandanten diese Möglichkeit einem Rechtsanwalt verweigert wird. So ist, entgegen der h. M., nach hier zu entwickelnder Meinung § 43a Abs. 4 BRAO (Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) kein Eingriff, der die Berufsfreiheit mobilisiert.²⁵³ Denn nur das Wirken als unabhängiger Interessenvertreter ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, nicht aber gerade eine anwaltliche Tätigkeit, bei der dies nicht gewahrt wird.

2. Französische Unsicherheiten über die Vertretung

Das Verhältnis zum Mandanten ist ein zentraler Unterschied zwischen deutschem und französischem Recht.²⁵⁴ Dies liegt in der Vielfalt an möglichen Aufgabenbeschreibungen, die mit der klaren Aussage des § 3 Abs. 1 BRAO kontrastiert. Dem Avocat werden verschiedene Rollen zugeschrieben, die alle einen Bezug zum Rechtsuchenden haben, sich aber in der Intensität der Bindung an den Mandanten rechtlich unterscheiden und vielmals eher eine soziale Funktion des Avocats darstellen, von der auch der *justiciable* profitiert. Die Gründe sind vor allem historisch, und der Wandel, dem die Profession in ihrem Aufgabenfeld durch die Reformen 1971 und 1991 (und 2011) unterlag und weiterhin unterliegt, stellt das gesamte System zwar nicht in Frage, erschüttert aber seine Erklärungskraft. Zu berücksichtigen ist freilich stets das Ethos, das den Avocat an seinen Mandanten bindet. In Art. 4 des Gesetzes v. 31.12.1971 werden *assistance* und *représentation, plaidoirie* und *postulation* genannt. Die *assistance* ist in der *représentation* enthalten, bei der der Avocat Prozesshandlungen für die Partei vornimmt. Bei der *assistance* erscheint die Partei in Person, wird aber immerhin begleitet von einem Avocat. Das Plädoyer ist Ausdruck eines distanzierten Verhältnisses zwischen Avocat und Partei; der Vortrag des Avocats hat keinerlei Effekte auf die Stellung der Partei. Hier kommt die traditionelle und von Unabhängigkeit geprägte Rolle des Avocats zum Ausdruck. Es geht um die Ausübung seiner Redekunst und seines Charismas.²⁵⁵ Die Partei rückt vollkommen in den Hintergrund, der Avocat trägt vor wie er es will, ist keinerlei Weisungen der Partei unterworfen. Deshalb setzt das französische Recht auch Personenverschiedenheit von Avocat und Partei voraus, weil ansonsten diese zwingende Distanz nicht erreicht werden kann. Dazu kommt die Aufgabe der *défense*, die in der früheren Eidesformel neben dem *conseil* ausdrücklich genannt

²⁵² Vgl. auch Ahrens, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 36 Rn. 961. – Eine nicht überzeugende Ausnahme macht(e) das BVerfG für das kommunalrechtliche Vertretungsverbot (etwa Art. 50 BayGO) in BVerfGE 41, 231 (241) und BVerfGE 52, 42 (54); hieran wohl nicht mehr festhalten wollend zurecht BVerfG-K, Beschl.v. 7.10.1987 – 2 BvR 674/84, NJW 1988, 694 f. – Die Frage, ob das Vertretungsverbot die Berufsausübung regeln wolle oder nicht (dagegen Deckenbrock, Parteiverrat, S. 39 Rn. 28 f.), ist eine dem Schutzzumfang nachgelagerte Frage.

²⁵³ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., 2., b), S. 167 ff.

²⁵⁴ Laurich, in: Anwälte und ihre Geschichte, S. 1079.

²⁵⁵ Martin, Déontologie de l'avocat, Rn. 46 f.

wurde. Sie ist die traditionelle Aufgabe des Avocat. Alle Funktionen können letztlich mit dem Überbegriff der *défense* beschrieben werden.²⁵⁶ Sie ist die ewige und sich nie wandelnde Aufgabe des Avocat.²⁵⁷ So bestimmt Art. 19 CPC: „Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter, soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne.“ Die Bezeichnung eines Avocats als Verteidiger ist also weiter als in Deutschland, es geht um die Verteidigung von Interessen. Die Vielfalt von Rollen und Funktionen sorgt für Probleme bei der Anerkennung eines vertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Avocat und Klient (dazu unter a)) sowie einer ausdrücklichen fremdnützigen Aufgabenbeschreibung im Berufsrecht (dazu unter b)).

a) Vertragsrecht

Die Frage nach der Qualifikation des Verhältnisses zwischen dem Rechtsuchenden und dem Avocat hat das Schrifttum über die Jahre intensiv beschäftigt. Die Diskussion kann hier nur in ihren großen Linien nachverfolgt werden.²⁵⁸

aa) Ablehnung tradierter Perspektiven

Bis heute besteht im französischen Schrifttum keine Einigkeit darüber, welche rechtliche Natur die Verbindung zwischen einem Avocat und jenem, dessen Interessen er wahrnimmt, aufweist. Nach historisch überkommener Auffassung besteht gar keine Verbindung, da ansonsten die anwaltliche Unabhängigkeit durch den *client* gefährdet wäre. Dies bedeutet keinerlei Verpflichtung, keinerlei vertragliche Haftung des Avocats, und im Gegenzug keinerlei Anspruch auf finanzielle Kompensation seiner erbrachten Tätigkeiten. Alleine das Deliktsrecht würde also ihre Beziehung regeln.²⁵⁹ Diese Auffassung ist heute weitestgehend überholt, weil der Avocat verspricht, die Interessen zu verteidigen und der *client* verspricht, dem Avocat zu vertrauen und unter Umständen hierfür eine Gegenleistung zu erbringen.²⁶⁰ Durchaus diskutiert wurde, das Verhältnis dem öffentlichen Recht zu unterstellen, da die Leistungserbringung nicht von dem *service public de la justice* zu trennen sei.²⁶¹ Zudem bestünden Leistungspflichten des Avocats, die sich gerade aus den Bedürfnissen des *service public de la justice* und übergesetzlichen Vorschriften speisen. Es sei zwar eine privatautonome Gestaltung des Rechtsverhält-

²⁵⁶ *Martin*, *Déontologie de l'avocat*, Rn. 29 ff., die unter der Überschrift „Liberté de la défense“ stehen und die verschiedenen Rollen thematisieren.

²⁵⁷ *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 93 f. Rn. 56 f.

²⁵⁸ Für eine historische Darstellung s. *Lamarque*, *L'avocat et l'argent (1790–1972)*, S. 250 ff.

²⁵⁹ *Lemaire*, *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, S. 300 f. Rn. 314; die Cour de Cassation könnte sich sogar perspektivisch der Notarhaftung annähern (vgl. Cass. Civ. I, Ur. v. 5.5.2004 – Nr. 01-15.925); anders aber das Mitglied der Ersten Zivilkammer *Cassuto-Teytaud*, *La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile*, S. 175 ff., die eine vertragliche Haftung auf Grundlage des Mandats *ad litem* annimmt; umfassende Nachweise bei *Demeester*, *Rép. dr. civ., Avocat: responsabilité*, Rn. 22 ff.

²⁶⁰ *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 146 Rn. 96.

²⁶¹ Grundlegend *Appleton*, *Traité de la profession d'avocat*, Rn. 223.

nisses nicht ausgeschlossen, doch nicht nur bei der Pflichtverteidigung – dort sei es besonders offenkundig – stehe dies doch stets unter dem Vorbehalt der funktionalen Unabhängigkeit. Wenn der Avocat „der erste Richter“ der Partei sei, könne ihr Verhältnis keines des Privatrechts sein. In jüngerer Zeit hat *Noto-Jaffeux*²⁶² Sympathie für diese Auffassung erkennen lassen, bis zur Annahme einer Verbeamtung von Avocats, um die Unabhängigkeit gegenüber dem client zu wahren, wobei die Unabhängigkeit vom Staat durch einen den Magistraten vergleichbaren Status zu sichern wäre.²⁶³

bb) Mandat als umstrittenes Verhältnis

Der Code Civil regelt in Art. 1984 Abs. 1 das Mandat: „Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.“ Damit ist es genau genommen etwas ungenau, wenn man vom Mandanten spricht, denn nach überkommener Auffassung war der Avocat gerade nicht der Vertreter, sondern dies war der Procureur, der Inhaber eines Mandats war (s. auch den Normtext des Art. 1984 Abs. 1 CCiv: mandat ou *procuration*). Das Vertretungsverbot galt als Geschäftsgrundlage des anwaltlichen Berufes.²⁶⁴ Zuerst die Ausnahme im Elsass und Moselle-Departement und endgültig die Fusion der Professionen Avocat und Avoué haben die Hürden für die Annahme eines Mandats jedoch weitestgehend beseitigt. Bereits *J. Savatier* hat das Mandat, weil es im Regelfall keine Gegenleistung vorsieht und weil es vom Vertrauen lebt, als das der Freiberuflichkeit entsprechende Vertragsverhältnis bezeichnet.²⁶⁵ Art. 8 Abs. 1 des Dekrets v. 12.7.2005 verlangt zudem, dass der Avocat ein Mandat beweisen muss, es sei denn das Gesetz oder eine Verordnung vermutet ein solches. Das Mandat für die Repräsentation vor den Gerichten (vgl. Art. 411 CPC) ist ein sog. mandat ad litem²⁶⁶. Dies bedeutet auch, dass ein Strafgericht einem Avocat nicht verwehren darf für seinen Mandanten ein Plädoyer zu halten, auch wenn er kein Mandat nachweisen kann.²⁶⁷ Auf der anderen Seite ist der Mandant an die Handlungen des Avocats gebunden, denn „le dépôt de conclusions écrites par l’avocat fait présumer l’existence d’un mandat.“²⁶⁸ Die frühere procédure d’aveu, mit der eine Überschreitung des Mandats geltend gemacht wer-

²⁶² *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 147 f. Rn. 97; die Kritik an der Theorie des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses von *Lamarque*, L’avocat et l’argent (1790–1972), S. 264 ist auch nicht grundsätzlich, sondern bezieht sich nur auf das öffentliche Haftungsregime, weil die Staatshaftung als Anwaltshaftung völlig untauglich sei.

²⁶³ Für die Pflichtverteidigung keine Bedenken rechtlicher Natur *Assier-Andrieu*, Les Avocats, S. 47.

²⁶⁴ Nachweise hierzu aus der Judikatur des Conseils de l’ordre de Paris *Lemaire*, Les règles de la profession d’avocat et les usages du barreau de Paris, S. 289 Rn. 302.

²⁶⁵ *J. Savatier*, La profession libérale, S. 207; so auch *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 149 ff. Rn. 98 ff., 194 f. Rn. 126.

²⁶⁶ Aus deutscher Sicht auch *Henrichfreise*, Frankreichs Anwaltschaft im Wandel, S. 56 f.

²⁶⁷ Cass. Crim., Urt. v. 23.10.2007 – Nr. 08-82313.

²⁶⁸ Cass. Crim., Urt. v. 14.10.2008 – Nr. 08-81617.

den konnte, existiert nicht mehr.²⁶⁹ Auch die ins RIN inkorporierten CCBE-Regeln legen in Art. 21.3.1.1 RIN fest, dass der Avocat durch ein Mandat an seinen Klienten gebunden ist. Das Mandat wird gleichwohl angesichts der Vielfalt des Aufgabenbereichs des Avocats partiell in Zweifel gezogen, ohne dass dies, zumal im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Arbeit, von Bedeutung ist.²⁷⁰ Der Avocat benötigt für die *assistance* seines Klienten kein Mandat nach Art. 416 CPC: „Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu’il en a reçu le mandat ou la mission. L’avocat est toutefois dispensé d’en justifier.“ Der Avocat darf also seiner tradierten Aufgabe zu plädieren auch ohne vertragliche Bindung mit seinem Mandanten nachkommen. Auch wenn der Avocat als *conseil* tätig wird, wollen viele Autoren das Mandat nicht oder zumindest nicht isoliert heranziehen und einen *contrat d’entreprise* annehmen.²⁷¹ Im Ergebnis ist jedoch festzuhalten, dass die soziale Funktion des Avocats und sein Gegenstand – die *défense* der Interessen – das Vertragsregime weitestgehend determiniert.²⁷² Es finden sich durchaus noch Reste der ursprünglichen schuldverhältnissfreien Konzeption bei Grundfragen der anwaltlichen Berufsausübung. Zwar kann der Klient den Anwalt bitten, eine dem Berufsgeheimnis unterfallende Information zu enthüllen, doch hat er hierauf keinen Anspruch. Der Avocat ist hierbei nur seinem Gewissen unterworfen²⁷³.

b) Berufsrecht

Aufgrund seiner sozialen Funktion und weniger aufgrund der Vertragsbindung ist der Avocat „gardien des intérêts de son client“.²⁷⁴ Das Gesetz v. 31.12.1971 kennt allerdings keine eindeutige Aussage wie § 3 Abs. 1 BRAO. Der Eid in Art. 3 nimmt naturgemäß auch Berufspflichten in den Blick, die dem „Mandanten“ zugutekommen, bspw. die *humanité*. Doch es fehlt die gesetzlich angeordnete Ausrichtung auf dem Mandanten. Art. 1 Abs. 3 RIN ist bereits konkreter, wenn es vom Avocat verlangt, dass „Il fait preuve, à l’égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.“. Hier werden die Berufspflichten, unter anderem die Hingabe, auf den Klienten bezogen, wobei die Pflicht zur *prudence* (Art. 1.5 RIN) ein atmosphärisches Gegengewicht darstellt. Im Ergebnis sind die Unterschiede zu § 3 Abs. 1 BRAO auf Ebene des Berufsrechts nicht sehr groß, so dass es zutreffend ist, wenn im Werk von *Ader/Damien* festgestellt wird, dass „L’avocat a l’obligation, sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, de toujours défendre au mieux les intérêts de son client, même par rapport à ses propres intérêts

²⁶⁹ Bspw. noch Cass. Ass. Plén., Urt. v. 14.5.1971 – Nr. 70-13971.

²⁷⁰ So auch im Ergebnis zurecht *Noto-Jaffaux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 153 ff. Rn. 100 ff.

²⁷¹ *Malaurie/Aynès/Gautier*, *Droit des contrats spéciaux*, S. 468 f. Rn. 752.

²⁷² *Noto-Jaffaux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 195 Rn. 195; s. auch i. E. *Demeester*, *Rép. dr. civ., Avocat: responsabilité*, Rn. 28, der der Vielfalt der Pflichtenquellen Rechnung tragen will, indem prozess- und berufsrechtliche Pflichten zum Vertragsinhalt erhoben werden.

²⁷³ Vgl. Kap. 3, § 1, B., IV., 3., a), S. 297.

²⁷⁴ *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d’avocat*, Rn. 315.81.

ou à ceux de ses confrères.“²⁷⁵ Er muss alles tun, um das Interesse seines Klienten zu verwirklichen, aber er muss dies im Einklang mit seinen Berufspflichten tun. Damit er dessen Interessen wahrnehmen kann, muss der Avocat die notwendige fachliche Kompetenz aufweisen. Auch hier findet die Fortbildungspflicht ihre Daseinsberechtigung.²⁷⁶ Eine bedeutsame Schranke ist die Berufspflicht, nur nach seinem Gewissen (*conscience*) zu handeln.²⁷⁷ Dies verbietet dem Avocat – neben der Unabhängigkeit vom Mandanten – sich zur „hired gun“²⁷⁸ des Mandanten zu machen, die nur exekutiert, was ihr vorgegeben wird. Der Conseil Constitutionnel hat auf die Interessenvertretung im Rahmen seiner Judikatur nicht ausdrücklich zurückgegriffen, doch hat er die hierfür notwendigen Garantien unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt, so bspw. die Möglichkeit für Anwalt und Mandant jederzeit zu kommunizieren, vor allem beim Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen.²⁷⁹

§ 3: Rechtsanwalt und Richter – Kontrast oder Nähe?

In Frankreich ist im Schrifttum versucht worden, ein einheitliches Berufsrecht der Juristen zu erarbeiten.²⁸⁰ Ein solches nimmt die Funktion von Juristen wichtiger als die spezifische Aufgabe eines einzelnen Berufes oder einfachgesetzliche, historisch tradierte Unterschiede.²⁸¹ Besonders deutlich wird dies daran, dass sowohl der Richter wie der Anwalt hierunter gefasst werden sollen. Der programmatische Art. 1 des „Professorenentwurfs“ stellt den Juristen in den Dienst der Menschen und der Gesellschaft.²⁸² Die Grundrechte stehen einem solchen Vorhaben ambivalent gegenüber: Sie können eine solche Konvergenz befördern,²⁸³ aber auch einfachgesetzliche Unterschiede (Beamter – öffentliches Amt – Freiberuflichkeit) auf-

²⁷⁵ Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 315.81.

²⁷⁶ Ähnlich auch Busse, in: Henssler/Prütting, § 3 BRAO Rn. 16.

²⁷⁷ Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 481.61 f.

²⁷⁸ Stürner/Bormann, NJW 2004, 1481 (1482).

²⁷⁹ CC, Entsch. v. 4.11.2021 – Nr. 2021-945 QPC – M. Aristide L. (Communication entre la personne détenue et son avocat).

²⁸⁰ Etwa Guinhard, in: Les règles déontologiques au service des usagers du droit, S. 11 ff.; jüngst Moret-Bailly/Noto-Jaffeux, Les Cahiers de la Justice 2020, 469 ff.; Moret-Bailly/Truchet, Droit des déontologies, S. 25. – Aus deutscher Sicht vermag ein solcher Gedanke angesichts der gemeinsamen Ausbildung aller juristischen Berufe (anders als in Frankreich) weniger radikal klingen als für französische Juristen, wobei der Vorschlag viele Berufsgruppen integriert, die traditionell in Deutschland nicht von Volljuristen ausgeübt werden (bspw. der Gerichtsvollzieher).

²⁸¹ Moret-Bailly/Noto-Jaffeux, Les Cahiers de la Justice 2020, 469 (479).

²⁸² Moret-Bailly/Truchet, Pour une autre déontologie des juristes, S. 98; *ders./ders.*, Droit des déontologies, S. 211 Rn. 501 gestehen freilich ein, dass ihre Vorschläge sich bislang nicht durchsetzen konnten, auch wenn mit dem Loi Nr. 2015-990 v. 6.8.2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques („Loi Macron“) die interprofessionelle Zusammenarbeit durch den Gesetzgeber adressiert wurde, was den Bedarf an einer Koordinierung der Berufsrechte aufzeige.

²⁸³ Guinhard, in: Les règles déontologiques au service des usagers du droit, S. 15.

nehmen. Hier soll der Beruf des Richters einfach- und auch verfassungsrechtlich in den Blick genommen werden, denn der „staatliche Umgang mit den Rechtsanwälten war schon immer problematisch, weil diese über weite Strecken dasselbe tun wie die Gerichte. Denn auch der Rechtsanwalt beschäftigt sich mit der Erhebung von Tatsachen, der Umformulierung komplexer Sachverhalte in die Rechtsprache und mit der juristischen Würdigung des Falls.“²⁸⁴ So erscheint es konsequent, wenn die jüngere Verfassung Portugals im Kapitel über die Gerichte und ihre allgemeinen Grundsätze dem Gesetzgeber eine Gewährleistungspflicht für die Indemnität des Rechtsanwalts auferlegt (Art. 208).²⁸⁵ In Deutschland, aber auch in Frankreich, ist der Konnex zwischen anwaltlicher und richterlicher Freiheit verfassungshistorisch nachweisbar. Der Kampf gegen Machtsprüche²⁸⁶ des Souveräns im Rahmen seiner Kabinettsjustiz²⁸⁷ steht nicht unverbunden neben dem Freiheitskampf der Anwaltschaft.²⁸⁸ Die unabhängige Stellung des Richters gehört heute zum Allgemeingut im europäischen Verfassungsvergleich²⁸⁹ (dazu unter A.–C.). Der Richter ist unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG), der Rechtsanwalt ist zumindest einfachgesetzlich auch unabhängig nach §§ 1, 3 BRAO. In Frankreich ist dies nicht anders. Natürlich ist die richterliche Unabhängigkeit eine (freilich begründbare) Ausnahme, weil sie die demokratische Legitimationskette²⁹⁰ unterbricht und der Rechtsanwalt seine Unabhängigkeit in einem privatwirtschaftlichen, durch Wettbewerb um Mandate gekennzeichneten Umfeld bewahren muss.²⁹¹ Aber Unabhängigkeit im Dienst der Rechtspflege „endet nicht bei der Schranke, die das Gericht vom Rechtsuchenden trennt“²⁹² (dazu unter D.).

²⁸⁴ *Siegrist*, *Advocat, Bürger und Staat I*, S. 63.

²⁸⁵ Hierzu *Mendes-Constante*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 14, 2003; s. auch *Pommerening*, *Der Rechtsanwalt in Portugal*, S. 42 f., 231.

²⁸⁶ Hierzu *Ogris*, *Machtspruch*, in: *Erler/Kaufmann*, HRG III, Sp. 126 ff.

²⁸⁷ *Aubin*, *Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österreichischen Rechte*, S. 8 ff.; *Kern*, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, S. 57; wegweisend der Fall des Müllers Arnold, s. hierzu *Hülle*, *Müller-Arnold-Prozeß*, in: *Erler/Kaufmann*, HRG III, Sp. 726 f.

²⁸⁸ *Prütting*, *AnwBl.* 2018, 662 ff. (am Beispiel des Kammergerichts); *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1992, 2 (3).

²⁸⁹ *Classen*, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, Rn. 642, 645 m. w. N.; *Gärditz*, *Rechtsschutz und Rechtsprechung*, in: *HdB VerfR*, § 13 Rn. 51.

²⁹⁰ *Wassermann*, in: *AK-GG*, Art. 97 Rn. 18; *Wittreck*, *Verwaltung der Dritten Gewalt*, S. 174; zur Beziehung zwischen richterlicher Unabhängigkeit und demokratischer Legitimation *Tschentscher*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, S. 148 ff.

²⁹¹ Diese Einschränkung der Vergleichbarkeit auch bei *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999, 2 (6); differenziert auch beim Vergleich der Unabhängigkeit verschiedener Berufsgruppen *Stürmer*, *JZ* 2017, 905 (915 f.).

²⁹² *Habscheid*, *NJW* 1962, 1985 (1985); *Ch. Wolf*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 47; auch *Salzmann*, *Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat*, S. 96 („der Zusammenhang zwischen richterlicher und anwaltlicher Unabhängigkeit ist offensichtlich“).

A. Verfassungsrechtliche Verbürgung

Die richterliche Unabhängigkeit neigt, wie auch die anwaltliche Unabhängigkeit, zum inflationären Gebrauch. Das nach „nach Gruppenzugehörigkeit gespaltene Meinungsbild“²⁹³ über die Reichweite der Unabhängigkeitsgarantie findet sich im richterrechtlichen wie anwaltsrechtlichen Diskurs.²⁹⁴ Verfassungsrechtlich ist es angezeigt, die Funktion der Garantie in den Mittelpunkt zu stellen.²⁹⁵ In Frankreich ist der verfassungsrechtliche Status des Magistrats – des Richters (siège) und des Staatsanwalts (parquet)²⁹⁶ – nicht so deutlich wie in Art. 92, 97 GG verankert. Er ist durch Richterrecht geformt und wurde im Anschluss durch die Wissenschaft versucht zu systematisieren. Der Wortlaut des Titre VIII der Verf. 1958 ist mit autorité judiciaire betitelt, was zum einen die Zurückhaltung bei der Anerkennung einer echten „Gewalt“ (pouvoir) ausdrückt,²⁹⁷ aber auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Garantie auszuschließen scheint.²⁹⁸ Der Conseil Constitutionnel hat sich damit jedoch nicht begnügt, sondern festgestellt, dass „l’indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement“.²⁹⁹ (Hervorhebung nur hier). Für ihn kommt es also darauf an, ob ein Organ die Funktion eines Gerichts ausübt.³⁰⁰ Damit sind die Unterschiede zu Art. 97 GG nicht mehr signifikant. Später machte der Conseil jenes Prinzip nicht mehr im ungeschriebenen Verfassungs-

²⁹³ Wittreck, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 176; Wassermann, in: AK-GG, Art. 97 Rn. 17; Leuze, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 19.

²⁹⁴ Besonders pointierte Kritik hieran bei Römermann, AnwBl. Online 2021, 297 (298 ff.); ders., NJW 2019, 2986 ff.

²⁹⁵ Strukturierung der Darstellung des Art. 97 Abs. 1 GG angelehnt an Wittreck, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 176 ff.; grundlegend bereits vergleichbar Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte III.2, S. 523 ff.

²⁹⁶ Statt vieler Prétot, in: Luchaire/Conac/Prétot, Cons. RF, Art. 64, S. 1496 ff.; Charpenel/D. Rousseau/Soulez-Larivière, Constitutions 2011, 295 ff. – Verfassungskonformität des beamtenrechtlichen Status des Staatsanwalts: CC, Entsch. v. 8.12.2017 – Nr. 2017-680 QPC – Union syndicale des magistrats (Indépendance des magistrats du parquet); hierzu ausführlich Renoux, D. 2018, 953 ff.; bereits zum Weisungsrecht CC, Entsch. v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 96 ff. – Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. – Die Freiheit des gesprochenen, aber nicht des geschriebenen Wortes des Staatsanwalts ist verfassungsrechtlich geschützt, vgl. Lestrade, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 207 ff. Rn. 360 ff.; Renoux, D. 2018, 953 ff.; Nadal, Gaz. Pal. v. 20.12.2008, Nr. 355, S. 5. – Gegen eine Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft auch im Interview Sauvé, Le Monde v. 8.7.2022 (im Anschluss an die États généraux de la justice).

²⁹⁷ Statt vieler Rivero, Libertés publiques I, S. 151.

²⁹⁸ Deutlich Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, JORF v. 20.8.1958 S. 7740, 7747; s. Prétot, in: Luchaire/Conac/Prétot, Cons. RF, Titre VIII, S. 1485 ff.

²⁹⁹ CC, Entsch. v. 22.7.1980 – Nr. 80-119 DC, Rn. 6 – Loi portant validation d’actes administratifs.

³⁰⁰ Renoux, Le Conseil Constitutionnel et l’autorité judiciaire, S. 22 ff.; später ders., Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 14, 2003. – Wie groß die Skepsis gegen eine solche Perspektive ist, zeigt das Vorwort des Betreuers Favoreu, der seine Zweifel an der These seines Schülers zum Ausdruck bringt (S. 4); vgl. nunmehr aber GDCC, Nr. 7 Rn. 1.

recht, sondern in Art. 16 DDHC fest.³⁰¹ Geschützt ist Unabhängigkeit im Rahmen einer Funktion, die für die Demokratie³⁰² und die Justizgrundrechte³⁰³ konstituierend ist. Diese richterrechtliche Entwicklung ermöglicht, parallele Strukturen zum deutschen Verfassungsrecht aufzuzeigen.

B. Unabhängigkeitsverbürgungen

I. Sachliche Unabhängigkeit

Die sachliche Unabhängigkeit ist das Herzstück richterlicher Unabhängigkeit.³⁰⁴ Art. 97 Abs. 1 GG schützt den Richter davor, Weisungen zu unterliegen. Will der Staat richterliches Verhalten steuern, ist er auf das abstrakt-generelle Gesetz verwiesen.³⁰⁵ Direkte oder mittelbare Einflussnahme auf die richterliche Entscheidungsfindung ist verboten. Das BVerfG³⁰⁶ sieht jede „vermeidbare Einflußnahme“ als Verstoß gegen die sachliche Unabhängigkeit. In Frankreich ist von Art. 64 Verf. 1958 die Unabhängigkeit des Standes garantiert, was in einem ersten Schritt in eine individuelle Garantie für den Amtswalter übersetzt werden muss. Wie in Deutschland geht es darum, rechtsprechungsfremde Interessen von der richterlichen Entscheidungsfindung fernzuhalten. So erklärte der Conseil Constitutionnel Gesetze für nichtig, die eine bestimmte richterliche Entscheidung (Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung) an die Stellungnahme einer Verwaltungsbehörde kopelten³⁰⁷ oder die Abberufung eines von einem Gericht eingesetzten *mandataire judiciaire* durch die Verwaltung erlaubten³⁰⁸. Formulierungen, die jede vermeidbare Einflussnahme ausschließen, gewähren einen weiten Vorfeldschutz und laden zur Banalisierung der Garantie ein („kleine Münze“).³⁰⁹ So ist es verfassungsrechtlich unzutreffend,³¹⁰ die Festlegung von Präsenzzeiten als mit Art. 97 Abs. 1 GG

³⁰¹ CC, *Entsch. v. 19.7.2019 – Nr. 2010-611 DC*, Rn. 5 – Conseil supérieur de la magistrature.

³⁰² *Renoux, Les Petites Affiches v. 18.6.2003*, Nr. 121, S. 4 ff.

³⁰³ *Fellon, RFDC 2011, 265 (271)*.

³⁰⁴ Früh BVerfGE 3, 313 (224) – Entlassung von Nationalsozialisten; jüngst BVerfG-K, *Beschl. v. 23.11.2021 – 2 BvR 1473/20*, NJW 2021, 3717 (3718 Rn. 19) – Schulte-Kellinghaus II; *Tschentscher*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, S. 150 („grundlegendste Form“, „Hauptkampffelder“).

³⁰⁵ *Tschentscher*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, S. 159, 195 ff.; *Böckenförde*, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, S. 95 („dirigierendes [...] Prinzip“); *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 8.

³⁰⁶ BVerfGE 12, 81 (86) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; jüngst BVerfG-K, *Beschl. v. 23.11.2021 – 2 BvR 1473/20*, NJW 2021, 3717 (3718 Rn. 19) – Schulte-Kellinghaus II.

³⁰⁷ CC, *Entsch. v. 21.2.2008 – Nr. 2008-562 DC*, Rn. 32 ff. – *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

³⁰⁸ CC, *Entsch. v. 18.1.1985 – Nr. 84-182 DC*, Rn. 4, 5, 15 – *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d’entreprise*.

³⁰⁹ *Wittreck*, *Verwaltung der Dritten Gewalt*, S. 178.

³¹⁰ *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 23 äußert „völliges Unverständnis“; *Wittreck*, NJW 2004, 3111 (3115).

unvereinbar zu halten.³¹¹ Denn es geht darum, dass die Funktion – die richterliche Entscheidungsfindung – durch die Verfassung geschützt wird. Nicht jede Grenzziehung gegenüber richterlichem Verhalten tangiert diese Funktion, sondern betrifft diesen vielmehr als Individuum und nicht als Organ der Rechtspflege.³¹² Die sachliche Unabhängigkeit ist in Deutschland wie in Frankreich kein Standesprivileg, sondern ein Funktionsprivileg. Maßstab ist hier wie dort, ob eine Maßnahme die Qualität einer Weisung aufweist.³¹³

II. Persönliche Unabhängigkeit

In Art. 64 Abs. 2 Verf. 1958 und Art. 97 Abs. 2 GG wird die persönliche Unabhängigkeit ausdrücklich garantiert. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein effektiver Schutz der sachlichen Unabhängigkeit den Schutz der persönlichen voraussetzt. Deshalb sieht der Conseil Constitutionnel hierin keine Teilgarantie, sondern eine Voraussetzung der sachlichen Unabhängigkeit.³¹⁴ Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit sind hiervon adressiert,³¹⁵ genau wie die Entscheidung über die Beförderung³¹⁶ und die amtsangemessene Besoldung³¹⁷. Während die sachliche Unabhängigkeit spezifisch das Verhalten in einem Verfahren adressiert, ist die persönliche Unabhängigkeit, da sie an den konkreten Richter anknüpft, auf alle künftigen Verfahren ausgerichtet. Deshalb kann anstelle einer Voraussetzung für die sachliche Unabhängigkeit auch von einem Vorfeldschutz für diese gesprochen werden.³¹⁸ Die Dienstaufsicht ist aufgrund der fehlenden Abberufungsmöglichkeit, die mit dem Grundsatz demokratischer Legitimation über Kreuz liegt,³¹⁹ von besonderer Bedeutung, aber auch besonders sensibel.³²⁰ Das französische Verfas-

³¹¹ So aber BGHZ 113, 36; zur Judikatur des Dienstgerichts des Bundes auch *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091 ff.); s. auch so BGHSt 47, 105 – Schill.

³¹² *Hillgruber*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97 Rn. 23 („keine allgemeine Handlungsfreiheit“); vgl. auch *Geiger*, DRiZ 1979, 65 (66 f.).

³¹³ So wohl auch BVerfG-K, Beschl. v. 23.11.2021 – 2 BvR 1473/20, NJW 2021, 3717 (3718 Rn. 19) – Schulte-Kellinghaus II; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 6.

³¹⁴ CC, Entsch. v. 10.1.1995 – Nr. 94-355 DC, Rn. 3 – Loi organique modifiant l’ordonnance Nr. 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

³¹⁵ Vgl. *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte III.2, S. 590 ff.

³¹⁶ Für verfassungsgemäß erklärt durch BVerfGE 12, 81 (97 f.) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; kritisch *Zweigert*, in: FS v. Hippel, S. 713.

³¹⁷ BVerfGE 12, 81 (88 ff.) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; BVerfGE 26, 141 (160) – Richterbesoldung I (zu Art. 33 Abs. 5 GG); BVerfGE 55, 372 (391 f.) – Richterbesoldung III (unter Hinweis auf die persönliche Unabhängigkeit).

³¹⁸ *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte III.2, S. 590.

³¹⁹ S. *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (677 f.), die dies um der sachlichen Unabhängigkeit willen in Kauf nehmen.

³²⁰ *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, S. 22; *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 143 ff. spricht sich für eine Stärkung aus, während *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 161 dieser keine Kompensationsfunktion zuspricht („Die Kette [...] zerbricht“).

sungsrecht wählt einen anderen Ansatz. Nach Art. 64 Abs. 1 Verf. 1958 ist der Président de la République Garant der richterlichen Unabhängigkeit. Dies erscheint anachronistisch, sagt freilich aber mehr über die monarchischen Züge des französischen présidentielisme als über die persönliche Unabhängigkeit der Richter.³²¹ Der Conseil Constitutionnel sieht hierin jedenfalls kein Problem und verteidigt diese Rolle des Président gegenüber der richterlichen Selbstverwaltung.³²²

III. Institutionelle Unabhängigkeit

Damit ist ein zentraler Unterschied zwischen deutscher und französischer richterlicher Unabhängigkeit angesprochen, den man auch bei der Freiheit des Rechtsanwalts wiederfinden wird: die institutionelle oder kollektive Dimension, die sich bei der französischen Anwaltschaft in der Mitgliedschaft im Ordre zeigt. Dem Conseil supérieur de la magistrature (CSM) kommt eine entscheidende Bedeutung zu. Sein Status ist in Art. 65 Verf. 1958 geregelt. Er assistiert dem Président de la République bei seiner Garantstellung (Art. 64 Abs. 2 Verf. 1958) und ist vor allem Disziplinarkollegium (unter der Rechtskontrolle des Conseil d'État), Interpret richterlicher Ethik und Vorschlagsberechtigter für Beförderungen. Jeder Rechtsuchende kann sich an den CSM über ein Individualbeschwerdeverfahren wenden (Art. 65 Abs. 10 Verf. 1958 und Art. 50-3 ff. der Ordonnance v. 22.12.1958).³²³ Hierin wird zurecht³²⁴ eine Stärkung der individuellen wie institutionellen Unabhängigkeit gesehen, denn das Verfahren ist formalisiert und öffentlich; es setzt dem bisherigen informellen und ministerialem „traitement épiscopal“³²⁵ von Beschwerden ein Ende. Ein Äquivalent des CSM, über dessen Unabhängigkeit und Reformbedarf durchaus debattiert wird,³²⁶ gibt es in Deutschland nicht. Aus Art. 20 Abs. 2 GG, wonach „besondere Organe der Rechtsprechung“ bestehen müssen,³²⁷ kann nichts abgeleitet werden, denn damit sind die Existenz von Gerichten³²⁸ und Inkompatibilitätsregelungen³²⁹ angesprochen, aber nicht das Gebotensein einer richterlichen

³²¹ Hierzu instruktiv *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 64 Const. Nr. 3 ff.; *Carcassonne/Guillaume*, Constitution, Art. 64, S. 322 Rn. 423 („proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie“).

³²² CC, Entsch. v. 21.2.1992 – Nr. 92-305 DC, Rn. 25 f. – Loi organique modifiant l'ordonnance Nr. 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³²³ Vgl. CC, Entsch. v. 19.7.2010 – Nr. 2010-611 DC, Rn. 16 ff. – Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

³²⁴ *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 178 f. Rn. 299 ff.; s. auch *Le Pourhiet*, Droit constitutionnel, S. 575.

³²⁵ *D. Rousseau*, Les Petites Affiches v. 14.5.2008, Nr. 97, S. 80.

³²⁶ Einen Ausbau der Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive befürwortend, aber auch anmahnd *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 165 Rn. 270.

³²⁷ Zur vergleichbaren Rechtslage in der Schweiz *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, S. 27 f.

³²⁸ *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: HdB StR V, § 112 Rn. 19.

³²⁹ *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: HdB VerfR, § 13 Rn. 51; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 162.

Selbstverwaltung. Das deutsche Verfassungsrecht kennt³³⁰ – und gebietet³³¹ im Unterschied zu anderen Ländern³³² – keine Selbstverwaltung der Dritten Gewalt, also eine Hochzonung der Unabhängigkeit des einzelnen Richters auf das Richterkollektiv,³³³ wohl aber eine besondere Eigenständigkeit der Gerichte.³³⁴

C. Schutzrichtungen der Garantie

Es finden sich die auch für die anwaltliche Unabhängigkeit ausgemachten potentiellen „Störer“ der richterlichen Unabhängigkeit.

I. Staatsunabhängigkeit

Die Unabhängigkeit vom Staat kann als „Unabhängigkeit im engeren Sinne“ bezeichnet werden.³³⁵ Sie richtet sich nicht nur, wie es ihrem historischen Konzept einmal entsprochen haben mag, gegen die Exekutive,³³⁶ sondern auch gegen die Legislative.³³⁷ Diese kann die Unabhängigkeit beeinträchtigen, aber gerade nicht durch die rechtsetzende Tätigkeit, die die Bindung des Richters an das Gesetz inhaltlich verändert. Dies umfasst auch ihre Befugnis, in den Grenzen der Rückwirkung und des Einzelfallgesetzes im Nachgang oder im Laufe eines konkreten Verfahrens richterliche Rechtsauffassungen zu desavouieren.³³⁸ Denn diese Bindung ist Grundlage,³³⁹ Legitimation³⁴⁰ und Schutzversprechen,³⁴¹ weil die Bindung „nur“ an das Gesetz alle sachfremden Einflüsse ausschließt. Deshalb ste-

³³⁰ Zur frühen Diskussion unter dem GG *Kern*, AöR 79/n. F. 40 (1953/1954), 87 ff.

³³¹ *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: HdB GR V, § 130 Rn. 50; *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 641 ff., der eine Verfassungsänderung für notwendig hält, zugleich jedoch verfassungspolitisch ein solches Ständeprojekt ablehnt.

³³² S. nur *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 566 ff.

³³³ *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: HdB VerFR, § 13 Rn. 47. – Angedeutet hat VerFGH NRW, UrT. v. 9.2.1999 – VerFGH 11-98, DVBl. 1999, 714 (718 f.), dass die Verfassung bereits ein eigenständiges Justizministerium gebiete, auch wenn die Fusion mit dem Innenministerium aufgrund des auf die Organisationsgewalt ausgedehnten Gesetzesvorbehaltes für verfassungswidrig erklärt wurde; kritisch statt vieler *Böckenförde*, NJW 1999, 1235 f. und *Isensee*, JZ 1999, 1113 ff.; für eine Verfassungsgarantie eines eigenständigen Justizministeriums aber v. *Arnould*, AöR 124 (1999), 658 (662 ff.); zur Ressortierung *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 101 ff.

³³⁴ Ausführlich *Groß*, in: Justiz und Justizverwaltung, S. 217 ff.

³³⁵ *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte III.2., S. 528.

³³⁶ *Böttcher*, ZZP 51 (1926), 201 (216); *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 23 Rn. 23.

³³⁷ BVerfGE 12, 67 (71) – Innerdeutsche Rechtshilfe.

³³⁸ *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 151; *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: HdB GR V, § 130 Rn. 17; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 97 Rn. 12 (Verbot, „unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung konkreter Fälle“ zu nehmen).

³³⁹ BGHZ 67, 184 (198).

³⁴⁰ *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (678).

³⁴¹ *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 97 Rn. 13 („gegenseitiges Bedingen“); *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 13 f.

hen andere Handlungsformen des Parlaments im Mittelpunkt.³⁴² Dazu zählt auch das Haushaltsgesetz, das die Rahmenbedingungen der richterlichen Funktion determiniert,³⁴³ oder das Tätigwerden parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, die Unterorgane des Parlaments sind.³⁴⁴ *Wittreck* hat vor einer zu ausgeprägten Fokussierung auf exekutive und legislative Gefährdungen gewarnt und das Gefährdungspotential durch die Gerichte selbst, bspw. durch den Spruchkörpervorsitzenden, betont.³⁴⁵ Der französische Conseil Constitutionnel ist hier zurückhaltend. So hat er gebilligt, dass der Vorsitzende der Chambre d'instruction (bei der Cour d'appel) Informationen über den Fortgang von Untersuchungen aus dem Dezernat eines Untersuchungsrichters in seinem Sprengel anfordern kann. Dies diene nur der Identifizierung von Verzögerungen, aber nicht der inhaltlichen Einflussnahme, so der Conseil.³⁴⁶ Richter, die Aufgaben der Gerichtsverwaltung wahrnehmen, gehören hingegen funktional zur Exekutive. Durch die Zuweisung von Sach- und Personalmitteln ist ein unmittelbarer Einfluss auf die Erledigung der spruchrichterlichen Tätigkeit möglich.³⁴⁷ Auch das sog. Neue Steuerungsmodell kann der Staatsunabhängigkeit zugeordnet werden.³⁴⁸ Die Dienstaufsicht hingegen legitimiert den Richter. Im Verfassungsvergleich zeigt sich, dass die deutsche Rechtsordnung die Herausforderung, die Richter unabhängig vom Staat zu stellen, meistert.³⁴⁹ Dies feilt nicht vor problematischen Einzelfällen.³⁵⁰

II. Parteionabhängigkeit

Art. 97 Abs. 1 GG wirkt zwar nicht unmittelbar im Sinne einer Drittwirkung zwischen den Parteien und dem Richter, gleichwohl erwächst aus der Vorschrift eine

³⁴² *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (679), *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 151.

³⁴³ Jüngst BVerfG-K, Beschl. v. 23.11.2021 – 2 BvR 1473/20, NJW 2021, 3717 (3719 f. Rn. 27) – Schulte-Kellinghaus II, wo die Kammer in einem obiter dictum andeutet, dass Art. 97 GG einem „Erledigungspensum nach Kassenlage“ entgegenstehen dürfte; BVerfG-K, Beschl. v. 14.7.2016 – 2 BvR 661/16, NJW 2016, 3711 (3712 f. Rn. 20) – Rechtsbeugung; (zeitlich noch nicht in eigener Sache) *Schulte-Kellinghaus*, ZRP 2006, 169 (170); *Kissel/Meyer*, GVG, § 1 Rn. 104; anders, da auf Art. 33 Abs. 5 GG, Justizgewährungspflicht und -anspruch abstellend, *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG, Art. 97 Rn. 12.

³⁴⁴ S. bspw. OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.12.1995 – 1 Ws 227/95, NJW 1996, 1908; zur Natur des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 15 Rn. 217, 223.

³⁴⁵ *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 186; s. auch statt vieler *Hillgruber*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97 Rn. 94; *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG, Art. 97 Rn. 14; *Leuze*, in: *BlnK-GG*, Art. 97 Rn. 11; *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: *HdB GR V*, § 130 Rn. 18; anders noch BVerfGE 12, 67 (71) – Innerdeutsche Rechtshilfe; womöglich Abkehr durch BVerfG-K, Beschl. v. 29.2.1996 – 2 BvR 136/96, NJW 1996, 2149 (2150) – Kammervorsitzender.

³⁴⁶ CC, Entsch. v. 20.1.1981 – Nr. 80-127 DC, Rn. 40 ff. – Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

³⁴⁷ *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 29.

³⁴⁸ Kritisch zu dessen Anpassbarkeit auf die Justiz *Voßkuhle*, in: *Justiz und Justizverwaltung*, S. 49 f.; grundsätzlich positiv *Eifert*, *Verwaltung* 30 (1997), 75 ff.

³⁴⁹ *Leuze*, in: *BlnK-GG*, Art. 97 Rn. 7 („weitgehend entschärft“); s. auch die Thesen von *Wittreck*, NJW-Beil 2022, 60 ff. aus seinem Gutachten G für den 73. DJT.

³⁵⁰ S. zu Beispielen *Leuze*, in: *BlnK-GG*, Art. 97 Rn. 6.

staatliche Schutzpflicht, Störungen durch nicht-staatliche Dritte abzuwehren.³⁵¹ Dritte können die richterliche Unabhängigkeit gefährden, weil sie zu enge Bindungen an den mit der Streitsache befassten Richter haben oder weil ihre sonstiges Verhalten eine unabhängige Entscheidungsfindung beeinträchtigt. Ersterer Gefahr begegnet der Gesetzgeber mit dem Ausschluss und der Befangenheit von Richtern. Wenn Parteien oder ihr Prozessbevollmächtigter durch konfliktreiche Verfahrensstrategien oder durch medialen Druck versuchen, auf ein Urteil einzuwirken, tangiert dies im Regelfall nicht die richterliche Unabhängigkeit,³⁵² solange keine strafrechtlichen Vorschriften verletzt werden (§§ 240, 333 Abs. 2, 334 Abs. 2 StGB).³⁵³ Der Conseil Constitutionnel musste insbesondere die Zusammensetzung der besonderen Verwaltungsgerichte anhand der von Art. 16 DDHC garantierten *impartialité* kritisieren, da sie – getarnt als Kommissionen – vielmals neben Berufsrichtern auch Verwaltungsbeamte, die der beklagten Körperschaft angehören, umfassten.³⁵⁴ Ist es der Verwaltung verwehrt zu richten, ist es dem Conseil d'État auch verwehrt, zu verwalten. So darf der Gesetzgeber eine notstandsrechtliche Maßnahme nicht vom Einverständnis des Eilrichters abhängig machen, der später auf Antrag des Betroffenen über die Suspendierung jener Maßnahme befindet.³⁵⁵ Es geht beim französischen Verständnis der Parteiunabhängigkeit, der *impartialité*, letztlich darum, dass die rechtsprechende Funktion mit anderen Funktionen inkompatibel ist und keine Funktionskumulierung eintreten darf.³⁵⁶ Auch die Anwaltsgerichtsbarkeit hat aufgrund der engen Verwobenheit von Selbstverwaltung und Gericht Anlass für (verfassungsgerichtlich allerdings folgenlose) Kritik geboten.³⁵⁷

III. Gesellschaftsunabhängigkeit

Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen ist z. T. ausdrücklich verfassungsrechtlich geregelt (Art. 90 BayVerf) und ist für die Legitimation richterlicher Tä-

³⁵¹ Vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 31; *Wassermann*, in: AK-GG, Art. 97 Rn. 20; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 97 Rn. 2; *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 189; *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, S. 323 f.; a. A. aber *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 35.

³⁵² *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 158 f.; eine Pflicht weitergehende Vorschriften zu erlassen auch ablehnend *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: HdB GR V, § 130 Rn. 23.

³⁵³ *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 190; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 158.

³⁵⁴ CC, Entsch. v. 25.3.2011 – Nr. 2010-110 QPC, Rn. 6 – M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale); nunancierter noch CE, Urt. v. 6.12.2002 – Nr. 240028 – Trognon, der keinen generellen Verstoß annahm, sondern nur im Einzelfall, wenn Verwaltungsangestellte über Verwaltungsakte ihres Dienstes zu befinden haben.

³⁵⁵ CC, Entsch. v. 16.3.2017 – Nr. 2017-624 QPC, Rn. 12 – M. Sofiyan I. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II).

³⁵⁶ S. auch CC, Entsch. v. 2.2.1995 – Nr. 95-360 DC, Rn. 5 – Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative; *Troper*, Droits 8 (1989), 111 (116).

³⁵⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., c), S. 330.

tigkeit überaus wichtig.³⁵⁸ In ihr realisiert sich in Frankreich das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 15 DDHC, wonach „la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.“³⁵⁹ Die Öffentlichkeit ist aber auch Schutzschirm der richterlichen Entscheidungsfreiheit. Dies war sogar ihr historischer Sinn im monarchischen Staat, auch wenn die Bedeutung heute nachlässt.³⁶⁰ Aufgrund der erweiterten Öffentlichkeit durch die Medien kann bei Richtern Druck entstehen, die Öffentlichkeit nicht zu enttäuschen oder medialer Kritik im Anschluss ausgesetzt zu sein.³⁶¹ Dies berührt nicht die Garantie des Art. 97 Abs. 1 GG, sondern vielmehr kommt es zum grundrechtlich erwünschten Gebrauch der Mediengrundrechte, solange eine Schwelle unzulässigen Drucks nicht erreicht wird.³⁶² Es gibt ein „normales, unvermeidliches Maß an Justizbeeinflussung durch Medienberichte“³⁶³ und in diesem Spektrum gebietet Art. 97 Abs. 1 GG dem Richter, seine Entscheidung so zu treffen, wie es seine Gesetzesbindung verlangt. Zwar darf die Gerichtsverwaltung nicht mit den Medien oder anderen gesellschaftlichen Gruppen in einen (offensiven)³⁶⁴ öffentlichen Meinungskampf eintreten, gleichwohl jedoch auf die richterliche Unabhängigkeit hinweisen. Auch richterliche Interessenvereinigungen können hier die richterliche Unabhängigkeit „verteidigen“. Gesetzgeberisches Tätigwerden für eine strafrechtliche Pönalisierung ist nicht ratsam.³⁶⁵

An der Schnittstelle zwischen der Staatsunabhängigkeit des Anwalts und der Gesellschaftsunabhängigkeit des Richters ordnete sich der Problemkomplex des *juge de proximité* ein. Problematisch war, dass Art. 16 DDHC über das Statusrecht gerade die Unabhängigkeit gegenüber Wählern und Privatgesellschaft sichern will.³⁶⁶ Der *juge de proximité* als Laienrichter war für sieben Jahre ernannt und war für kleinste Zivilstreitigkeiten und Ordnungswidrigkeiten zuständig. Er durfte aber seine Tätigkeit im Hauptberuf fortführen – darunter auch jene des *Avocats* (so dass er wenigstens kein richtiger Laie war). Das Gesetz untersagte zwar einen Kanzleisitz im Bezirk des übergeordneten Tribunal de grande instance und ein Tätigwerden im Amtsbezirk, ansonsten wurde die Sanktionierung von Grenzüberschreitungen der richterlichen (und auch anwaltlichen) Disziplinaraufsicht anvertraut. Auch der deutsche DAV hatte sich ein derartiges Modell einmal vor-

³⁵⁸ *Vofßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (680).

³⁵⁹ Insgesamt nur eine zurückhaltende Anwendung auf den Richter fordernd *Renoux*, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 14, 2003.

³⁶⁰ v. *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, S. 206 ff.; hierauf aber noch mehr den Fokus legend *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, S. 337 f.

³⁶¹ *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 35; differenziert *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung, S. 220 ff.

³⁶² v. *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, S. 206; *Boehme-Neßler*, ZRP 2009, 228 (230).

³⁶³ *Boehme-Neßler*, ZRP 2009, 228 (230).

³⁶⁴ *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 192, 454 ff. will vorsichtige Stellungnahmen der Gerichtsverwaltung (zustimmend wie ablehnend) erlauben.

³⁶⁵ v. *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, S. 211; *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 35; einschränkend *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 33.

³⁶⁶ Vgl. hierzu *Renoux*, Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, S. 183.

gestellt: Um Belastungsspitzen in der Justiz abzufedern, sollten erfahrene Rechtsanwälte zu zeitlich befristeten Richtern ernannt werden.³⁶⁷ Die mit der Befristung einhergehende Berührung der persönlichen Unabhängigkeit wäre verfassungskonform durch die Ausgestaltung zu lösen, allerdings ist es nicht hinnehmbar, dass bei der anwaltlichen Tätigkeit der Schein vermittelt werden kann, einen privilegierten Zugang zu Gericht zu haben. Regeln zur Lokalisierung und zu Interessenkonflikten können dies, entgegen der Auffassung des französischen Conseil Constitutionnel,³⁶⁸ nicht lösen.³⁶⁹

D. Grundrecht oder Funktionsprivileg?

Die deutsche wie die französische Verfassung gestehen dem Richter kein Grundrecht, sondern nur ein Funktionsprivileg zu (dazu unter I.). Hierin liegt ein handgreiflicher Unterschied zur verfassungsrechtlichen Stellung des freiberuflichen Rechtsanwalts. Gleichwohl bieten sich Parallelen aufgrund der Funktionalisierung der richterlichen wie anwaltlichen Sicherung im Verfassungsrecht an (dazu unter II.).

I. Verfassungsrechtliche Entscheidung für ein Funktionsprivileg

Auch wenn der Richter mittels der Rüge des Art. 33 Abs. 5 GG jeden Akt öffentlicher Gewalt angreifen kann, wenn er seine Unabhängigkeitsgewährleistung aus Art. 97 GG verletzt sieht,³⁷⁰ handelt es sich doch gerade nicht um ein Grundrecht des Richters. Denn „die Aufgabe der Richter sperrt sich gegenüber dem Begriff der subjektiven Freiheit“.³⁷¹ Deshalb ist Art. 5 Abs. 3 GG keine Schablone für Art. 97 GG als Individualgrundrecht³⁷² und Art. 97 auch keine „dienende Freiheit“³⁷³. Die Garantie ist freilich dienend, aber gerade als Institutsgarantie und nicht als Grundrecht.³⁷⁴ Sie ist auf die die Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs gerichtet, also dem Rechtsuchenden dienend.³⁷⁵ Ein Grundrecht des Rechtsunterwor-

³⁶⁷ Ablehnend auch *Roller*, ZRP 2006, 1 ff., dort auch mit Verweis auf den noch internen Charakter des Gesetzesentwurfs.

³⁶⁸ CC, Entsch. v. 20.2.2004 – Nr. 2003-466 DC, Rn. 16 ff. – Loi organique relative aux juges de proximité. – S. auch zur Prüfung des Gesetzes, das die Institution eingerichtet hat, CC, Entsch. v. 29.8.2002 – Nr. 2002-461 – Loi d’orientation et de programmation pour la justice.

³⁶⁹ Sehr kritisch wie hier *Renoux*, RFDC 2003, 547 (565 f.).

³⁷⁰ S. nur BVerfGE 12, 81 (88) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; jüngst BVerfG-K, Beschl. v. 23.11.2021 – 2 BvR 1473/20, NJW 2021, 3717 (3718 Rn. 18) – Schulte-Kellinghaus II.

³⁷¹ *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1992, 2 (3).

³⁷² *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 195 f.

³⁷³ So aber *Böckenförde/Wieland*, AfP 1982, 77 (82).

³⁷⁴ *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 365 ff.; *Stern*, Die Einrichtungsgarantien, in: StR III/1, § 68 S. 768; dem zustimmend auch *Hillgruber*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97 Rn. 4; ausdrücklich auch zum „Dienenden“ der Institutsgarantie *Berlit*, in: Justiz und Justizverwaltung, S. 149.

³⁷⁵ Auch BGHZ 67, 184 (187).

fenen³⁷⁶ oder des Richters³⁷⁷ enthält Art. 97 Abs. 1 GG nicht.³⁷⁸ Dies unterscheidet das deutsche vom französischen Verfassungsrecht. Denn im Rahmen einer QPC können die Parteien die Nichtigkeit eines Gesetzes mit der Verletzung der von Art. 16 DDHC geschützten richterlichen Unabhängigkeit begründen.³⁷⁹ Sie gehört also zu den „droits et libertés que la Constitution garantit“ (Art. 61-1 Verf. 1958). Die Prüfung dieser Teilkomponente des Art. 16 DDHC erfolgt sogar vorrangig vor anderen Prozessgrundrechten. Dies darf aber nicht dazu verleiten, von einem richterlichen Freiheitsrecht zu sprechen. Art. 16 DDHC schützt den Richter, so *Renoux*, nur um der Demokratie willen und weil sich durch ihn Freiheit und Gleichheit der Bürger realisieren.³⁸⁰ Das deutsche³⁸¹ wie auch das französische³⁸² Verfassungsrecht schützen also ausdrücklich ein Funktionsprivileg des Richters und keines, das ihm aufgrund seiner Persönlichkeit oder gar seines Standes zusteht.

II. Parallele zwischen richterlicher und anwaltlicher Unabhängigkeit

Die in der Einführung des Abschnitts angedeutete Parallele zwischen Richter und Anwalt wird sich im Folgenden beweisen müssen. Der erste Unterschied ist bereits vorgezeichnet. Denn wenn der Rechtsanwalt und Avocat als Organ der Rechtspflege oder *auxiliaire de justice* nicht Beamter ist, auch keiner, dem besondere Autonomieverbürgungen zustehen, dann sind die Grundrechte als Maßstab nicht kategorisch verschlossen. Handlungsmacht des Rechtsanwalts ist anders als beim Richter Folge unternehmerischer Freiheit.³⁸³ Sie ist keine vom Staat abgeleitete Rechtsmacht. Es fiel leicht die richterliche Garantie als funktionales Privileg zu bezeichnen und sie auf die Position des Rechtsuchenden zu beziehen, weil es sich schließlich beim Richter um einen Beamten handelt. Doch im Folgenden wird dargelegt werden, dass die Unabhängigkeit und der Grundrechtsgebrauch des Rechtsanwalts und Avocats in vergleichbarem Maße dem Rechtsuchenden dienen.³⁸⁴ Ihm dient bestmöglich ein unabhängiger und freiberuflicher Anwalt und kein „Justizkommissar“ preußischer Prägung.³⁸⁵ Ist die Freiheit des Anwalts dann nicht auch im Ergebnis ein Funktionsprivileg und kann ein solches über die Berufsfreiheit abgebildet

³⁷⁶ So (im Rahmen des § 90 BVerfGG) BVerfGE 27, 211 (217) – Uranvorkommen.

³⁷⁷ *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97 Rn. 3; *Leuze*, in: BlnK-GG, Art. 97 Rn. 9.

³⁷⁸ *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: HdB GR V, § 130 Rn. 4.

³⁷⁹ CC, *Entsch. v. 2.7.2010 – Nr. 2010-10 QPC*, Rn. 4 – *Consorts C. et autres*.

³⁸⁰ *Renoux*, *Les Petites Affiches v. 18.6.2003*, Nr. 121, S. 4.

³⁸¹ *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999 2 (6); *Wassermann*, in: AK-GG, Art. 97 Rn. 17; *Geiger*, *DRiZ* 1979, 65 (66).

³⁸² Zu diesem Gesichtspunkt ausführlich *Boucobza*, *La fonction juridictionnelle*, S. 107 Rn. 123 ff.

³⁸³ *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999, 2 (2).

³⁸⁴ Vgl. hierzu *Einl.*, § 4, IV., S. 57 ff.

³⁸⁵ Unzutreffend daher die neuerdings in Frankreich vertretene Auffassung (u. a. *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 147 f. Rn. 97; vgl. auch *Assier-Andrieu*, *Les Avocats*, S. 47 für die Pflichtverteidigung), die die Unabhängigkeit gerade durch eine Verbeamtung und einen richter gleichen Status absichern will.

werden?³⁸⁶ *Ch. Wolf* sieht richterliche und anwaltliche Unabhängigkeit zwar als vergleichbar an, will aber die anwaltliche Unabhängigkeit gerade nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG gleichsetzen, denn schließlich sei Unabhängigkeit nicht gleich Freiheit: „Dies verdeutlicht sich sofort wenn man sich Einschränkungen der Berufsfreiheit, wie etwa das Verbot eines Syndikus seinen Arbeitgeber gerichtlich zu vertreten (§ 46 BRAO), vergegenwärtigt.“³⁸⁷ Diese würden die Unabhängigkeit gerade aufrechterhalten.³⁸⁸ Die inhaltlichen Aussagen sind durchaus zutreffend, gehen aber unausgesprochen von einem eindimensional liberalen Grundrechtsverständnis aus, wonach jede berufsbezogene Maßnahme sich als Eingriff in eine Freiheitsphäre des Rechtsanwalts darstellt und wonach Freiheitsrechte keine Funktionsprivilegien verbürgen können. Ob der angeführte § 46 BRAO tatsächlich einen Eingriff in die Berufsfreiheit eines Rechtsanwalts darstellt, erscheint im Lichte einer Kammerentscheidung des BVerfG zudem zweifelhaft.³⁸⁹ Zwar entsprach die Verfassungsbeschwerde nicht den Anforderungen der §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG soweit sie sich gegen § 46 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 BRAO richtete, weil es dem Beschwerdeführer, so die Kammer, eigentlich nicht darum ging die Rechtstellung von Syndikusrechtsanwälten zu verbessern, sondern die Möglichkeiten potentieller Arbeitgeber von angestellten Rechtsanwälten über § 46 Abs. 1 BRAO hinaus zu erweitern. Dass dies verfassungsrechtlich geboten wäre, sei für die Kammer nicht ersichtlich. Man kann in der Entscheidung die (zutreffende) Aussage angedeutet sehen, dass Regelungen wie § 46 BRAO keinen Eingriff in den Schutzbereich darstellen.³⁹⁰ Die funktionale Bedeutung der anwaltlichen Unabhängigkeit ist nicht grundsätzlich unvereinbar mit einem grundrechtlichen Schutz nach Art. 12 Abs. 1 GG, nämlich dann, wenn Art. 12 Abs. 1 GG insgesamt für den Rechtsanwalt als „dienend“ begriffen wird und Vorschriften wie § 46 BRAO als (u. U. verfassungswidriges, da dysfunktionales)³⁹¹ Ausgestaltungsgesetz. Ein Gleichlauf zwischen richterlicher und anwaltlicher Unabhängigkeit ist also nicht durch den verfassungsrechtlich vorgegebenen Unterschied zwischen Art. 97 und 12 GG ausgeschlossen, sondern kann dieser mit der Grundrechtsdogmatik überbrückt werden.³⁹²

³⁸⁶ Dafür *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (476).

³⁸⁷ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 47; unentschieden *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 68; tendenziell anders *Schautes*, Anwaltliche Unabhängigkeit, S. 97.

³⁸⁸ *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 155 will in Vorschriften, die die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts schützen, einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG sehen, für den Insolvenzverwalter nimmt er aber eine andere Position ein (S. 157).

³⁸⁹ BVerfG-K, Beschl. v. 27.4.2021 – 1 BvR 2649/20, AnwBl. Online 2021, 700 f. (Rn. 11 f.) – Drittberatungsverbot.

³⁹⁰ Für einen Eingriff durch § 46 Abs. 2–5 BRAO *Henssler*, JZ 2021, 212 (215).

³⁹¹ So *Henssler*, JZ 2021, 212 (251 f.) zu § 46 Abs. 5 BRAO.

³⁹² Vgl. Kap. 3, § 2, A., S. 337 ff.

§ 4: Ein Bild der Fremdnützigkeit anwaltlicher Berufsausübung im verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang

Die anwaltliche Berufsausübung steht in einem spezifischen verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang. *Jaeger* hat dies wie folgt formuliert: „Privilegiert werden die Personen nicht um ihrer personalen subjektiven Freiheiten willen. Garantiert werden funktionale Privilegien, also Freiheiten, die der Funktionswahrnehmung dienen. Deshalb ist die Ausgestaltung der autonomen Verantwortung je nach den Funktionsbedingungen auch unterschiedlich. Das so genannte einfache Recht differenziert zwischen den Berufsgruppen. Das Verfassungsrecht legt jedoch denselben Maßstab in Gestalt des Art. 12 GG an.“³⁹³ Bestimmte Autoren sehen die verfassungsgerichtliche Erwähnung der Berufsfreiheit im anwaltlichen Kontext sogar als „irreführend“, weil es schlicht thematisch um die Prozessgrundrechte des Mandanten gehe.³⁹⁴ Auch wenn diese Auffassung nicht überzeugt, so ist es doch unbestritten, dass die anwaltliche Berufsfreiheit (auch) gemeinwohlorientiert ist und eine spezifische Verantwortung³⁹⁵ des Rechtsanwalts für verfassungsrechtliche Güter der Allgemeinheit³⁹⁶ (dazu unter A.) und des Mandanten (dazu unter B.–C.) abbilden muss. Deshalb wird dem Rechtsuchenden durch einfaches Gesetz, Prozess- und Verfahrensordnungen, aber vor allem auch § 3 Abs. 3 BRAO, das Recht eingeräumt, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Aufgrund des jeweiligen personalen Anwendungsbereichs dieser Vorschriften, bleibt die verfassungsrechtliche Frage nach einem Recht auf anwaltlichen Beistand akut.³⁹⁷

A. Rechtsstaatsprinzip als Fundamentalentscheidung

Für *Rüpke* ist der „Anwaltsberuf ein wesentlicher, unerläßlicher Bestandteil des rechtsstaatlichen Systems“.³⁹⁸ *Rick* sieht im Rechtsstaatsprinzip eine verfassungsrechtliche Institutionalisierung der Rechtsanwaltschaft; ein rechtsstaatlich verfasstes System der Rechtspflege könne ohne den Rechtsanwalt seinen Anspruch an sich selbst nicht einlösen.³⁹⁹ *Schneider* sieht ein Synallagma zwischen Rechtsstaat und Rechtsanwalt.⁴⁰⁰ Das Rechtsstaatsprinzip – als traditionelles deutsches Konzept

³⁹³ *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (476).

³⁹⁴ So *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (432).

³⁹⁵ Vgl. zur „Verantwortungsgebundenheit“ der Lehrfreiheit *Bumke*, VVDStRL 69 (2009), 407 (453 ff.).

³⁹⁶ Auf die Gemeinwohlorientierung abstellend und Fragen des Mandantenschutzes bewusst ausblendend *Ahrens*, ZZZ 115 (2002), 281 (285).

³⁹⁷ Ausführlich *Pestke*, Der Rechtsanwalt in öffentlich-rechtlichen Verfahren, S. 46 Rn. 25 f.

³⁹⁸ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 64 f.

³⁹⁹ *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 79 f.; s. aus der entgegengesetzten Perspektive *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 64, der nicht die Bedeutung des Rechtsanwalts für den Rechtsstaat, sondern die des Rechtsstaats für den Anwalt betont: („Echte Anwaltstätigkeit ist nur im Rechtsstaat möglich“).

⁴⁰⁰ *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 60 ff., der freilich dem Rechtsstaatsprinzip vor allem Grenzen der anwaltlichen Tätigkeit entnimmt.

(dazu unter I.) – adressiert die überindividuelle Fremdnützigkeit anwaltlicher Berufsausübung (dazu unter III.). Im Vorfeld muss man sich jedoch bewusst machen, dass das Rechtsstaatsgebot in sich mehrere konfligierende Ziele konkretisiert, denn es sichert zum einen die funktionstüchtige (Straf-)Rechtspflege und stellt zugleich inhaltliche Anforderungen an eben jene (Straf-)Rechtspflege (dazu unter II.).

I. Rechtsvergleichende Vorbemerkung zum Rechtsstaat/État de droit

Das französische Verfassungsrecht spricht nicht vom État de droit als Rechtsbegriff in der gleichen Selbstverständlichkeit wie das deutsche. *Jouanjan* sieht im État de droit einen Slogan anstelle eines rechtlichen Konzepts.⁴⁰¹ Zwar wird von vielen Autoren das Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungs-erbe gepriesen⁴⁰² und augenscheinlich scheint das französische Schrifttum⁴⁰³ mit der Figur des État de droit das deutsche Konzept übernommen zu haben,⁴⁰⁴ doch ist Vorsicht bei Vergleichen geboten, die sich aus einer historisch unterschiedlich determinierten Ausgangssituation ergeben: Der Rechtsstaat ist in seiner historischen Perspektive⁴⁰⁵ nicht unvereinbar mit der monarchischen Regierung, soll vielmehr individuelle Freiheitsräume gegenüber exekutivem Machtmissbrauch sichern (Legalitätssicherung); er war ein Gegenmodell zur Idee des französischen Volksstaats.⁴⁰⁶ In Frankreich etablierte sich in Abgrenzung zum Rechtsstaat der Gesetzesstaat (*État légal*); er unterwarf freilich auch die Verwaltung dem Gesetz, jedoch war das Gesetz, beschlossen durch den demokratisch-legitimierten Gesetzgeber, Ausdruck nationaler Souveränität und jeder Akt, nicht nur der angefochtene, hatte dem Gesetz um der Volkssouveränität willen zu gehorchen.⁴⁰⁷ Individuelle Freiheit wurde hierdurch nur reflexhaft gesichert; adressiert war ein Gewaltenteilungsproblem.⁴⁰⁸ *Esmein*⁴⁰⁹ konnte deshalb noch schreiben, dass das Rechtsstaatsprinzip ein „germanisches Konstrukt sei, das schwer in den französischen Köpfen anzusiedeln sei“. Weder der Verfassungstext noch die Rechtsprechung verwenden

⁴⁰¹ *Jouanjan*, in: IEP I, § 2 (Frankreich) Rn. 104.

⁴⁰² Hierzu ausführlich *Sommerrmann*, in: Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, S. 84 ff.; kritisch zur Exportfähigkeit des Konzepts *Grimm*, JZ 2009, 596 ff.

⁴⁰³ S. nur *Troper*, Droits 15 (1992), 51 ff.; *Favoreu et al.*, Droit constitutionnel, S. 35 f. Rn. 30 ff., 55 Rn. 34; *Duhamel/Tusseau*, Droit constitutionnel et institutions politiques, S. 537 ff.

⁴⁰⁴ Nuancierter aber die terminologische Wahl bei *Jouanjan*, in: IEP I, § 2 (Frankreich) Rn. 108.

⁴⁰⁵ S. *Gaillet*, L'individu contre l'État; *dies.*, La Cour Constitutionnelle fédérale, S. 432 f. Rn. 564; auch *Sommerrmann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 48 ff.

⁴⁰⁶ *Jouanjan*, in: Figures de l'État de droit, S. 10 f.; *Ch. Schönberger*, in: Figures de l'État de droit, S. 182.

⁴⁰⁷ *Carré de Malberg*, Contribution à la théorie générale de l'État I, S. 490 ff.; kritisch *Heuschling*, État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, S. 405 ff. Rn. 412 ff.; instruktive Einordnung bei *Gaillet*, L'individu contre l'État, S. 279 ff. Rn. 429 ff.

⁴⁰⁸ *Gaillet*, L'individu contre l'État, S. 279 Rn. 429; *Favoreu et al.*, Droit constitutionnel, S. 35 f. Rn. 31.

⁴⁰⁹ *Esmein*, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, S. 55.

den Begriff. Inhaltlich hat der Conseil Constitutionnel⁴¹⁰ gleichwohl auch rechtsschutzeffektivierende Garantien⁴¹¹ entwickelt. Es fehlt jedoch an einem integrierenden Konzept, wie es das Rechtsstaatsprinzip ist,⁴¹² so dass sie als freischwimmende Elemente des Verfassungsrechts auftauchen.⁴¹³ In der Sache ist der *État de droit* also durchaus durch die Mitwirkung des Schrifttums dabei,⁴¹⁴ den *État légal* abzulösen bzw. hat dies getan.⁴¹⁵ Die fehlende Normativität des Begriffs spiegeln auch anwaltsrechtliche Debatten, wo das Verhältnis zwischen Anwaltschaft und dem *État de droit* ein genuin rechtspolitisches Argument ist,⁴¹⁶ kein juristisches, erst recht kein französisch-verfassungsrechtliches.⁴¹⁷

II. Zielkonflikt innerhalb des Rechtsstaatsprinzips

1. Scheinbares Primat der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Entgegen seiner historischen Bedeutung, staatliche Gewalt zu disziplinieren, hat das BVerfG dem Rechtsstaatsprinzip eine staatliche Handlungsspielräume erweiternde Stoßrichtung verliehen.⁴¹⁸ Die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege sei Ausfluss von Staatlichkeit⁴¹⁹ und diene dem Rechtsfrieden.⁴²⁰ Die Konsequenzen

⁴¹⁰ Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit betonend *Favoreu et al.*, *Droit constitutionnel*, S. 35 Rn. 30.

⁴¹¹ Ausdrücklich diese als Teil des *État de droit* bezeichnend *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 311.

⁴¹² *Sommermann*, in: *Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa*, S. 84 bezeichnet die deutsche Rechtsstaatsdogmatik als „ausgefeilt und hypertroph“; auch *ders.*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, S. 49.

⁴¹³ Damit ist die französische Rechtslage mit einem „summativen Rechtsstaatsverständnis“ vergleichbar, bei dem die Lösung des Einzelfalls speziellen Normen entnommen wird (deutlich bei *Kunig*, *Rechtsstaatsprinzip*, S. 98 ff., 109 f., 457 ff.), dem *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20 VII (Rechtsstaat) Rn. 44 ein moderates integratives Konzept entgegenstellt.

⁴¹⁴ Die Diskussionen im Schrifttum nachzeichnend *Heuschling*, *État de droit*, *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, S. 409 ff. Rn. 416 ff.

⁴¹⁵ *Favoreu et al.*, *Droit constitutionnel*, S. 35 f. Rn. 31; *Vilain*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 136 f. Rn. 234.

⁴¹⁶ S. bspw. den von prominenten Anwälten unterzeichneten Meinungsbeitrag in *Le Monde* v. 21.10.2021, wo das Berufsgeheimnis als „garantie impérieuse de l’État de droit“ bezeichnet wird.

⁴¹⁷ Eine Ausnahme bildet insoweit zum einen *Lyon-Caen*, in: *Mélanges Braibant*, S. 473 ff., der die Rolle des Rechtsanwalts für den *État de droit* untersucht, jedoch nicht als selbstständige Garantie eines *État de droit*, sondern als Gehilfen des großen Architekten – dem Conseil d’État; s. auch *Duhamel/Tusseau*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, S. 551, die erkennen, dass der *Avocat* ein wichtiges Element für den *État de droit* sei, so dass der finanzielle Zugang zu einem *Avocat* sichergestellt werden müsse; *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 103 f. Rn. 64 bezeichnet den *Avocat* zwar als „garant de l’État de droit“, bezieht sich dabei aber nicht auf einen französischen Rechtsbegriff, sondern auf die Erwähnung des „État de droit“ in einer Empfehlung des Ministerrates des Europarates (Nr. R[2000]21) v. 25.10.2000; s. auch Art. 21.1.1. RIN, der die CCBE-Regel inkorporiert; eher philosophisch die Ausführungen bei *Assier-Andrieu*, *Les Avocats*, S. 18 ff.

⁴¹⁸ *Kunig*, *Rechtsstaatsprinzip*, S. 174 ff., 243; *Hassemer*, *StV* 1982, 275 (275).

⁴¹⁹ *Niemöller/Schuppert*, *AöR* 107 (1982), 387 (395).

⁴²⁰ BVerfGE 51, 324 (343) – Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten.

illustriert die Sozialarbeiter-Entscheidung:⁴²¹ Das Gericht entnimmt dem Rechtsstaatsprinzip Grenzen für den Gesetzgeber, prozessuale Sicherungen zu überdehnen, etwa Aussageverweigerungsrechte auf weitere Personengruppen zu erstrecken, um so die Wahrheitsfindung zu behindern.⁴²² Lange Zeit beschränkt sich das Rechtsstaatsprinzip auf die Legitimation der Existenz einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege.⁴²³ Auch wenn durch das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip gesicherte Recht auf ein faires Verfahren scheinbare materielle rügefähige Maßstäbe herausgearbeitet werden, begrenzt das Rechtsstaatsprinzip selbst dieses Grundrecht.⁴²⁴ Das BVerfG hat dies in der Zeugenbeistand-Entscheidung offengelegt und Ansätze gezeigt, die aus dem Rechtsstaatsprinzip einen strukturellen Vorrang der staatlichen Strafrechtspflege erkennen lassen.⁴²⁵ Rechte von Beschuldigten, Angeklagten oder anderen Beteiligten stehen in einem grundsätzlichen Konflikt mit der Effizienz der Strafrechtspflege und erweisen sich deshalb als besonders legitimationsbedürftig.⁴²⁶ Materielle Gehalte des Rechtsstaatsprinzips werden somit vielmals „auf dem Altar der Funktionstüchtigkeit“ geopfert.

2. Materieller grundrechtsorientierter Rechtsstaatsbegriff

Eine Neujustierung dieses Verhältnisses in Richtung einer Integration grundrechtlicher Wertungen als ausfüllendes Element des Rechtsstaates hat das BVerfG in der V-Mann-Entscheidung⁴²⁷ gezeigt. Dabei hat der Zweite Senat das Strafverfahren nicht mehr als reinen Selbstzweck verstanden, sondern diesem eine instrumentelle Funktion für die Sicherung der materiellen Grundrechte des Beschuldigten (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) zugesprochen.⁴²⁸ So führt das BVerfG zur Präklusion⁴²⁹ aus: Nach „der Rechtsprechung zur rechtsstaatsgemäßen Ausgestaltung des Verfahrensrechts dient das Verfahrensrecht der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Gesichtspunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen“. Darüber hinaus bedarf es für die materiellen Gehalte allerdings gar keines Rückgriffes auf das Rechtsstaatsprinzip, denn die speziellen Grundrechte bieten hierfür ausreichend Material.⁴³⁰ *Kunig*⁴³¹ hat deshalb Effizienz in der Rechtspflege unter dem Grundgesetz als verfahrensgerechten, den Grundrechten differenziert Rechnung tragenden Rechtsschutz be-

⁴²¹ BVerfGE 33, 367 (383) – Zeugnisverweigerungsrecht Sozialarbeiter.

⁴²² *Hassemer*, StV 1982, 275 (276) glaubt, dass das BVerfG unter dem Begriff der Wahrheitsfindung vielmehr das staatliche Verfolgungsinteresse verstehe.

⁴²³ *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (396).

⁴²⁴ *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 244; *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387).

⁴²⁵ Kritisch zur Abwägung des BVerfG *Hassemer*, StV 1982, 275 (277).

⁴²⁶ Hieran Kritik übend *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387).

⁴²⁷ BVerfGE 57, 250 – V-Mann.

⁴²⁸ BVerfGE 57, 250 (275) – V-Mann.

⁴²⁹ BVerfGE 55, 72 (93 f.) – Präklusion I.

⁴³⁰ *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 10 Rn. 17.

⁴³¹ *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 443.

schrieben.⁴³² Die Grundrechte des einen gebieten womöglich (nicht stets mangels grundrechtlichen Schutzgutes) eine Strafverfolgung; die Grundrechte des Beschuldigten – etwa seine Würde, sein Persönlichkeitsrecht oder sein rechtliches Gehör – stehen einer Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs entgegen. Damit wird das Rechtsstaatsprinzip durch die Grundrechte gesteuert. Vielmals wird sich diese Normkollision⁴³³ zugunsten des der Verfolgung Ausgesetzten auflösen, denn der Staat hat durch die Errichtung eines Strafrechtssystems und der grundsätzlichen, nur im Einzelfall unterbleibenden Verfolgung seiner Pflicht zum Schutze der Grundrechte des Verletzten regelmäßig genüge getan.⁴³⁴ In vielen Fällen fehlt es darüber hinaus jedoch am grundrechtlichen Gegengewicht zu den Grundrechten des Betroffenen, was über einen pauschalen Rückgriff auf die funktionstüchtige Strafrechtspflege nicht überspielt werden darf: *Häberle*⁴³⁵ hat deshalb pointiert zusammengefasst, dass der Rechtsstaat effizient für den Bürger sein muss, gegebenenfalls auf Kosten staatlicher Effizienz.⁴³⁶

III. Auflösung mithilfe der anwaltlichen Mitwirkung

In einem Rechtsstaatsprinzip, das die Grundrechte als verbindendes Element begreift,⁴³⁷ wird die Rolle des Rechtsanwalts deutlich. Das Finden richtiger und materiell gerechter Entscheidungen wird durch seine Mitwirkung begünstigt.⁴³⁸ Verfahrensordnungen lassen es zwar in bestimmten Konstellationen zu, darauf zu verzichten und sich selbst zu vertreten, doch geschieht dies wiederum selbst im Namen anderer verfassungsrechtlicher Prinzipien, die durch den Verzicht gefördert werden.⁴³⁹ Das BVerfG⁴⁴⁰ weist dem Rechtsanwalt die Rolle zu, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen; Gericht und Staatsanwaltschaft von Fehlentscheidungen zulasten seines Mandanten abzuhalten und seinen Mandanten insgesamt vor verfassungswidrigen Entscheidungen und staatlichen Übergriffen in seine Freiheitssphäre zu schützen. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gebietet, dass

⁴³² Die Bedeutung der Grundrechte herausstreichend *Hassemer*, StV 1982, 275 (278); bereits *Arndt*, NJW 1959, 6 (8).

⁴³³ Vgl. auch *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387); grundlegend *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 79 ff. zu BVerfGE 51, 324 ff. – Verhandlungsunfähigkeit.

⁴³⁴ *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 446; *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387) spricht von den in Kauf zu nehmenden „Schattenseiten“ des Rechtsstaats, der kein „Schönwetterprinzip“ sei.

⁴³⁵ *Häberle*, AöR 98 (1973), 625 (631).

⁴³⁶ *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387); *Hassemer*, StV 1982, 275 (278 f.) weist darauf hin, dass noch keine Gesellschaft daran zerbrochen sei, dass sie alltäglicher Kriminalität nicht mit einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege begegnet wäre, gleichwohl aber Gesellschaften, die das formalisierte und schützende Verfahren zugunsten der Effizienz der Strafrechtspflege geopfert hätten.

⁴³⁷ *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 443.

⁴³⁸ I. E. auch *Ahrens*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 36 Rn. 952; *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 3; s. auch *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 64 f.

⁴³⁹ S. auch zur Rechtfertigung des Anwaltszwangs und seiner nicht durchgängigen Anordnung *Stürmer*, JZ 1986, 1089 ff.

⁴⁴⁰ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille; BVerfGE 76, 171 (192); BVerfGE 108, 150 (161) – Sozietätswechsel.

niemand gegen die existenzvernichtende Freiheitsstrafe allein ankämpfen muss; Art. 14 Abs. 1 GG verlangt, dass Forderungen auch tatsächlich durchsetzbar sind. Zugleich dient der anwaltliche Beistand der volkswirtschaftlich effizienten Ressourcennutzung im Rechtsstaat.⁴⁴¹ Deshalb ist es zutreffend, dass der Rechtsanwalt ein unverzichtbarer Akteur des Rechtsstaats ist.

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zugang zu Gericht

Auf der Zeitachse des Gerichtsverfahrens wird der Rechtsanwalt (regelmäßig) spätestens zum ersten Mal für den Mandanten von entscheidender Bedeutung, wenn es zur Klageerhebung kommt. Dies wird verfassungsrechtlich von Art. 19 Abs. 4 GG bzw. vom allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG)⁴⁴² abgebildet.⁴⁴³ Art. 19 Abs. 4 GG ist nach heute unumstrittener Auffassung⁴⁴⁴ keine umfassende due-process-Klausel, wie es *Scheuner*⁴⁴⁵ vorschlug, die jeden Eingriff, der nicht durch die Gewähr eines rechtlichen Verfahrens flankiert sei, dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterstellt. Das französische Verfassungsrecht kennt keine eigenständige geschriebene Rechtsschutzgewährung,⁴⁴⁶ allerdings wurde nie bezweifelt, dass das französische Gerichtsverfassungsrecht auf dem „droit d’agir“⁴⁴⁷ beruht und sich auf dieses ausrichtet.⁴⁴⁸ Früh wies *Favoreu* auf die rechtspflegerische Infrastrukturverantwortung des Staates hin.⁴⁴⁹ Obgleich auch ungeschriebene verfassungsrechtliche Begründungen möglich erschienen,⁴⁵⁰ hat der Conseil Constitutionnel Art. 16 DDHC – die „garantie

⁴⁴¹ Hervorhebung bei *Ahrens*, ZJP 115 (2002), 281 (289 f.).

⁴⁴² BVerfGE 93, 99 (107) – Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozess; BVerfGE 122, 248 (270 f.) – Rügeverkümmern; von qualitativen Unterschieden zu Art. 19 Abs. 4 GG ausgehend aufgrund des gesteigerten Schutzbedürfnisses gegenüber der öffentlichen Hand *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: HdB VerfR, § 13 Rn. 102; *Baur*, AcP 153 (1954), 393 (396 ff.) zieht Art. 103 Abs. 1 GG heran; zurückhaltend aufgrund des Wortlautes des Verfassungstextes („öffentliche Gewalt“) *Lerche*, ZJP 78 (1965), 1 (8, 20).

⁴⁴³ *W. Schenke*, in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 296.

⁴⁴⁴ Ablehnend bereits *Dörr*, Faires Verfahren, S. 103 f.; *Lerche*, ZJP 78 (1965), 1 (5 ff.).

⁴⁴⁵ *Scheuner*, DÖV 1956, 65 (66); *ders.*, Diskussionsbeitrag, Das Verwaltungsverfahren, Auszug aus der Aussprache, VVDStRL 17 (1959), 216 (238).

⁴⁴⁶ Zur Frage der Rechtsschutzgewährleistung gegen Akte öffentlicher Gewalt *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 16 DDHC Nr. 35); s. auch *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 12 ff.; *Löhr*, Prozeßgrundrechte, S. 102 ff.

⁴⁴⁷ Früh mit jener Terminologie CC, Entsch. v. 2.12.1980 – Nr. 80-119 L, Rn. 6 – Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale. – Wurde mit dieser Entscheidung zwar kein Grundrecht auf einen recours effectif begründet, so hat der Conseil doch die réclamation fiscale der gesetzgeberischen Zuständigkeit für die Ausübung der Grundrechte nach Art. 34 Verf. 1958 zugeschlagen.

⁴⁴⁸ *Favoreu*, in: Liber amicorum J. Waline, S. 518; auch *Jéze*, Principes généraux du droit administratif III, S. 16 f., S. 23 ff. zum service public de la justice; *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 410.

⁴⁴⁹ *Favoreu*, Du déni de justice en droit public interne, S. 549.

⁴⁵⁰ Grundlegend *Favoreu*, Du déni de justice en droit public interne; *ders.*, in: Liber amicorum J. Waline, S. 513 ff.; *Renoux*, in: Mélanges Velu I, S. 312, 313 f. (alle unter Hinweis auf Art. 4 CCiv 1804, den déni de justice). – Die berühmte „Taxation d’office“ Entscheidung des Conseils (CC,

des droits“ – entdeckt, um ein droit au recours juridictionnel zu begründen.⁴⁵¹ Die Etikettierung ist aber nicht konstant, jedenfalls muss der Rechtsbehelf „effektiv“ sein.⁴⁵² Dieses Recht ist nicht absolut, sondern „qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction“.⁴⁵³ Der Conseil verifiziert, ob der Gesetzgeber seine Grundrechtseingriffe durch Verfahrensvorschriften absichert. Hierzu gehört vor allem das Recht, sich anwaltlichen Beistands zu bedienen.⁴⁵⁴ Der anwaltliche Beistand sorgt für einen effektiven Rechtsschutz in qualitativer Hinsicht (dazu unter II.). Deshalb muss anwaltlicher Beistand in zeitlicher (dazu unter I.) und wirtschaftlicher (dazu unter III.) Hinsicht noch möglich sein (dazu unter I.)

I. Rechtzeitiger Rechtsschutz mit Rechtsanwalt

Effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG ist rechtzeitig, d. h. die Zementierung eines rechtswidrigen Zustandes noch abwendender Rechtsschutz. Weil im Vorfeld kein Richtervorbehalt bestand, muss der nachträgliche Richterspruch noch korrigierend wirken können. Dies bedeutet aber auch, dass Fristen so gesetzt werden müssen, dass der Betroffene noch einen Rechtsbeistand befragen kann, um zu evaluieren, ob er Rechtsschutz mit Erfolg begehren kann.⁴⁵⁵ Diese Maßstäbe haben bei der Rückführung von Ausländern das BVerfG⁴⁵⁶ und der Conseil Constitutionnel⁴⁵⁷ an die angegriffenen Gesetze gelegt und zu kurze Fristen, die vollendete

Entsch. v. 27.12.1973 – Nr. 73-51 DC – Loi de finances pour 1974) erging jedoch noch wegen Verletzung des Gleichheitssatzes.

⁴⁵¹ Erstmals CC, Entsch. v. 9.4.1996 – Nr. 96-373 DC, Rn. 83 – Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française; zuerst im Schrifttum angeregt durch *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 307 ff. sowie *Luchaire*, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, S. 343.

⁴⁵² CC, Entsch. v. 17.1.2013 – Nr. 2013-288 QPC, Rn. 4 – Consorts M. (Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit) spricht von „recours effectif devant une juridiction“, während CC, Entsch. v. 9.10.2013 – Nr. 2013-675 DC, Rn. 37 – Loi organique relative à la transparence de la vie publique von einem „recours juridictionnel effectif“ spricht, wovon sich die späteren Judizien nicht mehr lösen.

⁴⁵³ CC, Entsch. v. 9.4.1996 – Nr. 96-373 DC, Rn. 83 – Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française; aufgegriffen durch CC, Entsch. v. 23.7.1999 – Nr. 99-416 DC, Rn. 38 – Loi portant création d'une couverture maladie universelle und seitdem st. Rspr.

⁴⁵⁴ CC, Entsch. v. 26.10.2010 – Nr. 2010-71 QPC, Rn. 34 – M^{lle} Danielle S. (Hospitalisation sans consentement); früh bereits *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 323; s. zur Begrenzung dieses Rechts CE, Urt. v. 11.1.2012 – Nr. 336605, wonach es nicht das Recht auf einen recours effectif verletzt, wenn das Gesetz dem Vorsitzenden der Rechtsanwaltskammer bei den obersten Gerichten ermöglicht, die (für die Einlegung notwendige) Beiordnung eines Kassationsanwalts abzulehnen, wenn eine Kassationsbeschwerde offensichtlich keine Erfolgsaussichten hat (anders aber Cass. Ass. Plén., Urt. v. 30.6.1995 – Nr. 94-20.302).

⁴⁵⁵ Vgl. *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*, S. 56; *Lerche*, *ZJP* 78 (1965), 1 (18), allerdings zu Art. 103 Abs. 1 GG und dessen Effektivität.

⁴⁵⁶ BVerfGE 94, 166 (207) – Flughafenverfahren.

⁴⁵⁷ CC, Entsch. v. 1.6.2018 – Nr. 2018-709 QPC, Rn. 2, 9 – OIP-SF et autres (Délai de recours et de jugement d'une obligation de quitter le territoire français notifiée à un étranger); zur Kontrolle, ob der Gesetzgeber dem nachkommt, s. CC, Entsch. v. 19.10.2018 – Nr. 2018-741 QPC – M. Belkacem B. (Délai de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière).

Tatsachen schaffen, weil der Zugang zu rechtlichem Rat nicht möglich ist, für verfassungswidrig gehalten.

II. Qualitativer Rechtsschutz mit Rechtsanwalt

Der Conseil d'État sieht den anwaltlichen Beistand im Vorfeld der Klageerhebung als elementar für die Garantie der Prozessgrundrechte im Verfahren. Als er die Ausgangssperre partiell suspendierte, geschah dies, weil die Regierung das „droit à un recours effectif devant une juridiction assurant un respect effectif des droits de la défense“ verkannt habe, weil sie das Aufsuchen von Rechtsanwälten nicht privilegiert habe.⁴⁵⁸ Dieses Recht setzt voraus, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Avocat und Mandant entstehe; Beeinträchtigungen hierbei wirken sich für den Conseil auf das spätere Verfahren aus. Auch das BVerfG sieht den Zusammenhang zwischen Rechtsschutzgarantie und rechtlichem Gehör: „wer bei Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen, also wirklich gehört werden“.⁴⁵⁹ Es geht beiden Garantien darum, dem Betroffenen zu ermöglichen, mittels Handlungsmöglichkeiten auf das Ergebnis des Verfahrens einzuwirken.⁴⁶⁰ Daraus folgt aber, dass aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verfahrensabschnitten, die für die Abschlussentscheidung keine Bedeutung haben und es somit nicht zu irreparablen Rechtsverlusten kommen kann und keine inhaltliche Mitwirkung möglich ist, kein Recht auf anwaltlichen Beistand besteht.⁴⁶¹ Dabei steht in Frankreich nicht nur das Interesse des Mandanten im Fokus, sondern das Recht auf effektiven Rechtsschutz dient auch zugleich der *bonne administration de la justice*⁴⁶² und der Verteidigung der „*légalité*“.⁴⁶³ Der Rechtsanwalt dient als *auxiliaire de justice* hierbei einer professionellen und ressourcenschonenden Erledigung von Rechtsstreitigkeiten, was verfassungsrechtlich wünschenswert ist.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ CE, Beschl. v. 3.3.2021 – Nr. 449764 – Ordre des avocats au barreau de Montpellier; *Gerhold*, AnwBl. Online 2021, 163 (165 f.).

⁴⁵⁹ So BVerfGE 107, 395 (409) – Rechtsschutz gegen den Richter.

⁴⁶⁰ Deutlich BVerfGE 94, 166 (207) – Flughafenverfahren; hierauf stellt auch *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (2 f.) ab.

⁴⁶¹ BVerwGE 167, 358 Rn. 30 zur Anwesenheit des Rechtsanwalts beim Beurteilungseröffnungsgespräch; gegen eine isolierte Anfechtung der Ablehnung der Hinzuziehung des Rechtsanwalts aufgrund § 44a VwGO VG Wiesbaden, Beschl. v. 26.8.2013 – 3 L 840/13.WI, BeckRS 2013, 57464.

⁴⁶² CC, Entsch. v. 21.3.2020 – Nr. 2019-778 DC, Rn. 31 – Loi de programmation 2018–2022 et de réforme pour la justice; bereits *Luchaire*, La protection constitutionnelle des droits et libertés, S. 346.

⁴⁶³ *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 321; *Lyon-Caen*, in: *Mélanges Braibant*, S. 482 will abweichende Regelungen für die anwaltliche Vertretung mit dem Schutz der *légalité* rechtfertigen.

⁴⁶⁴ So wohl auch *Carrère*, RFDC 2020 e19 (e30). – Vergleichbar ist es, wenn der Conseil in seiner frühen Rspr. nicht beanstandet, wenn Gewerkschaften mit (stillschweigendem) Einverständnis des Kündigungsschutzklägers eine Gruppenklage einreichen, da auch dies zu einer professionellen Erörterung der Rechtsfragen des Einzelfalls führt (CC, Entsch. v. 25.7.1989 – Nr. 89-257 DC, Rn. 24 – Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion).

III. Ökonomischer Zugang zum Rechtsschutz mit Rechtsanwalt

Art. 19 Abs. 4 GG ist eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Rechtswahrnehmungsgleichheit,⁴⁶⁵ der aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. mit dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird. Verfassungsrechtlich geboten ist es, die Situation von wirtschaftlich „unbemittelten“ Parteien an die von „bemittelten“ Parteien anzugleichen.⁴⁶⁶ Die Rechtsverteidigung des Unbemittelten darf nicht unverhältnismäßig erschwert werden; ihm muss der Zugang zu den Gerichten in wirksamer Weise eröffnet werden, so dass auch er seine Erfolgsaussichten vernünftig abwägen und dabei sein Kostenrisiko berücksichtigen kann. Es geht also um die subjektive-absolute Kostensperre, bei der die Partei die Kosten für ihren Rechtsstreit nicht aufbringen kann: Diese Angleichung des Unbemittelten führt regelmäßig über das Vermitteln von anwaltlichem Beistand im Wege der Beratungshilfe, der Beiordnung und der Gewährung von Prozesskostenhilfe, wobei die (verfassungsrechtlich zwingend zurückgenommene) Prüfung der Erfolgsaussichten im Prozesskostenhilfverfahren die eigene Abwägungsentscheidung des Einzelnen ersetzt.⁴⁶⁷ Wenn auch ein (kostenbewusster) Bemittelter angesichts der Tatsachenfragen und der Rechtsfragen nicht auf Selbsthilfe setzen würde, sondern einen Rechtsanwalt mandatieren würde, gebietet das Verfassungsrecht, dem Unbemitteltem anwaltlichen Beistand zu ermöglichen.⁴⁶⁸ Das französische Verfassungsrecht adressiert das Problem zum Teil mit der seit 1851 bestehenden Gerichtskostenfreiheit.⁴⁶⁹ Die zentrale verfassungsrechtliche Frage ist aber, wann die Höhe der aide juridictionnel für die anwaltliche Entlohnung verfassungsrechtlich evident unzureichend wird, weil jegliche Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überschritten ist.⁴⁷⁰ Der Rapport der États généraux hebt die haushalterischen Bemü-

⁴⁶⁵ Jüngst BVerfG-K, Beschl. v. 4.4.2022 – 1 BvR 1370/2, Rn. 11 – Beratungshilfe für sozialrechtliches Widerspruchsverfahren; BVerfG-K, Beschl. v. 20.5.2022 – 2 BvR 1982/20, Rn. 46 spricht von Rechtsschutzgleichheit; BVerfGE 35, 348 (355) – Armenregeln für juristische Personen; BVerfGE 122, 39 (49 Rn. 30) – Beratungshilfefähigkeit des Steuerrechts; *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 15 trennt ihn zutreffend von der allgemeinen prozessualen Waffengleichheit.

⁴⁶⁶ BVerfGE 81, 347 (357) – Entscheidung im Prozesskostenhilfverfahren: „nur weitgehende Angleichung“ im Unterschied zu einer Gleichstellung.

⁴⁶⁷ *Ch. Wolf*, BRAK-Mitt. 2020, 250 (252).

⁴⁶⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 4.4.2022 – 1 BvR 1370/21, Rn. 11 – Beratungshilfe für sozialrechtliches Widerspruchsverfahren: „Der Beschwerdeführer hatte keine besonderen Rechtskenntnisse, und der zugrunde liegende Sachverhalt warf schwierige Tatsachen- und Rechtsfragen auf.“ (Rn. 12).

⁴⁶⁹ Loi v. 22.1.1851; hierzu auch *Lamarque*, *L’avocat et l’argent* (1790–1972), S. 193 ff.; bereits die Art. 2 Chapitre 5 Verf. 1791 sah vor, dass „la justice est rendue gratuitement“. – S. zur Verfassungsmäßigkeit des Beitrags zur Finanzierung der aide juridictionnel i. H. v. 35 Euro durch jeden Kläger CC, Entsch. v. 13.4.2012 – Nr. 2012-231/234 QPC, Rn. 5 ff. – M. Stéphane C. et autres (Contribution pour l’aide juridique de 35 euros par instance et droit de 150 euros dû par les parties à l’instance d’appel); anders noch im Vorfeld *G. Drago*, *Gaz. Pal.* v. 12.4.2012, Nr. 103, S. 8. – Der Rapport des États généraux de la Justice v. 8.7.2022, S. 177 f. lehnt eine Erstreckung ab, weil ansonsten das Recht auf einen recours effectif verletzt werden könnte.

⁴⁷⁰ *Bougrab*, AJDA 2001, 1016 (1024).

hungen der vergangenen Jahre hervor.⁴⁷¹ Zugleich sieht der Bericht den Zugang zu einem Avocat in bestimmten ultramarinen Gebieten in Gefahr, weil die sehr hohen Anfahrtskosten für Anwälte nicht erstattet werden. Der Conseil Constitutionnel muss kein mit Art. 47 Abs. 3 GRCh vergleichbares Grundrecht erfinden, sondern er sieht die aide juridictionnel und die durch sie versuchte Angleichung der Situation bemittelter und unbemittelter Parteien beim recours effectif aufgehoben,⁴⁷² unterstützend kann auch der égal accès à la justice als Ausfluss des in Art. 1 Verf. 1958 verankerten Sozialstaatsprinzips herangezogen werden.⁴⁷³ Der Maßstab des recours effectif der substanziellen Erschwerungen, der von manchen als Rechtsschutzoptimierungsgebot verstanden wird,⁴⁷⁴ verlangt zwingend, dass der Gesetzgeber bestimmte Verfahren für die aide juridictionnel öffnet, damit das gesetzliche Vorhaben, auf das sich das Verfahren bezieht, nicht in seiner Gänze verfassungswidrig ist.⁴⁷⁵

C. Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Verfahren vor Gericht

*Lerche*⁴⁷⁶ erkannte, dass Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nur derjenige Weg sein kann, der eine effektive Verfolgbarkeit nach Maßgabe des Art. 103 Abs. 1 GG ermöglicht. Das Recht auf anwaltlichen Beistand als Garantie muss sich also fortsetzen und ins Verfahren erstrecken. Von überragender Bedeutung ist in Frankreich Art. 16 DDHC, der die droits de la défense schützt – ein Grundrecht, das mit „Verteidigungsrechten“ nicht vollständig erfasst wird (dazu unter I.). Entgegen einer etablierten Rechtsprechung des BVerfG ist im deutschen Verfassungsrecht Art. 103 Abs. 1 GG die zentrale Norm, die die anwaltliche Funktion abbildet (dazu unter II.).

⁴⁷¹ Rapport des États généraux de la Justice v. 8.7.2022, S. 212. – So stieg das Budget für die aide juridictionnelle von 2021 nach 2022 um 81 Millionen Euro.

⁴⁷² Die 1946 durch Referendum abgelehnte Menschenrechtserklärung sah in ihrem Art. 11 genau diese Verknüpfung vor, indem festgehalten wurde, dass fehlende Mittel einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung nicht entgegenstehen dürfen.

⁴⁷³ Ausdrücklich *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 313, 323; *Mendes-Constante*, *Les droits fondamentaux du justiciable*, S. 224 Rn. 452; *G. Drago*, *Gaz. Pal.* v. 12.4.2012, Nr. 103, S. 8.

⁴⁷⁴ *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 316 und *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 52 f. Rn. 62 sprechen von einem Optimierungsgebot als Maßstab (vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., III., S. 265 ff.).

⁴⁷⁵ Deutlich CC, *Entsch.* v. 9.6.2011 – Nr. 2011-631C, Rn. 88 – Loi relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité; s. auch CC, *Entsch.* v. 11.10.2013 – Nr. 2013-347 QPC, Rn. 2 ff. – M. Karamoko F. (Élection de domicile des étrangers en situation irrégulière sans domicile stable); zu jener Entscheidung *Renoux/de Villiers/Magnon*, *Code Constitutionnel*, Art. 16 DDHC Nr. 46); aus der Judikatur des Conseil d’État: CE, *Urt.* v. 10.1.2001 – Nr. 211878, 213462 – Mme. Coren; vgl. auch *Duhamel/Tusseau*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, S. 551.

⁴⁷⁶ *Lerche*, *ZZP* 78 (1965), 1 (19).

I. Bedeutung der Verteidigungsrechte in Frankreich

Während im französischen Verfassungsrecht die Verteidigungsrechte für den anwaltlichen Beistand prominent, aufgrund des Anwendungsbereich dieses Beistandsrecht aber vielleicht auch überbewertet sind (dazu unter 1.–2.), ist nach hier vertretener Auffassung, entgegen dem BVerfG, das deutsche Grundrecht auf ein faires Verfahren nicht von entscheidender Bedeutung (dazu unter 3.).

1. Ein weites prozessuales Grundrecht

Das Recht auf anwaltlichen Beistand ist, wenn auch nicht die einzige, doch die zentrale Garantie, die die Beachtung der *droits de la défense* absichern⁴⁷⁷ soll. Diese Bedeutung des *Avocats* kommt in der Bezeichnung zum Ausdruck, dass er die „*droits de défense renforcés*“⁴⁷⁸ schütze. Die *droits de la défense* wurden zuerst, begünstigt durch ihren naturrechtlichen *Impetus*,⁴⁷⁹ als *principe général du droit* durch die beiden Höchstgerichte entwickelt,⁴⁸⁰ bevor der *Conseil Constitutionnel* ihnen zuerst als *PFRLR*,⁴⁸¹ dann als durch Art. 16 DDHC gesicherte Garantie⁴⁸² Verfassungsrang zuerkannte. Sie stellen heute kein klassisches Abwehrrecht dar, sondern werden als umfassende Verfahrensgarantie begriffen,⁴⁸³ die auch das Verhältnis der Parteien untereinander, aber auch jenes zwischen dem Rechtsbeistand und seinem Mandanten adressiert, u. U. vermittelt durch das einfache Recht.⁴⁸⁴ *Défense* darf nicht ausschließlich im Sinne von Strafverteidigung verstanden werden, sondern bezieht sich auf jede gerichtliche Wahrung von Interessen.⁴⁸⁵ Zwar ist das Strafverfahrensrecht der natürliche Anwendungsbereich – im Zivilverfahren spielen auch andere prozessuale Verfassungsgarantien eine entscheidende Rolle⁴⁸⁶ – doch hat der *Conseil Constitutionnel* festgehalten, sie wirke „notamment“ (also

⁴⁷⁷ So die zutreffende Formulierung bei *Mendes-Constante*, *Les droits fondamentaux du justiciable*, S. 12 Rn. 16.

⁴⁷⁸ *Renoux/de Villiers/Magnon*, *Code Constitutionnel*, Art. 16 DDHC Nr. 62.

⁴⁷⁹ *Cass. Civ.*, *Urt. v. 7.5.1828*, *Sirey* 1828, 329 („la défense étant de droit naturel“); für den naturrechtlichen *Impetus* des Schrifttums steht vor allem *Motulsky*, in: *Mélanges Roubier II*, S. 176 f. („traduction juridique d'exigences supérieures [...] considérées comme préexistantes à la norme positive“); *ders.*, *D.* 1972, 91 (93): „immortels principes“; jüngst grundlegend auch *Capdepon*, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, S. 38 ff. Rn. 49 ff.

⁴⁸⁰ Für den *Conseil d'État* s. nur *CE, Sect.*, *Entsch. v. 5.5.1994* – Nr. 69751 – *Dame Veuve Trompier-Gravier*; *CE, Ass.*, *Urt. v. 26.10.1945* – Nr. 7726 – *Sieur Aramu*; für die *Cour de Cassation Cass. Crim.*, *Urt. v. 6.7.1993* – Nr. 91-83.246; *Cass. Ass. Plén.*, *Urt. v. 30.6.1995* – Nr. 94-20.302 wählt sogar den Begriff des *droits fondamentaux à caractère constitutionnel* (diese Entscheidung als avantgardistische Rechtsprechung lobend *Sicard/de La Ferté-Sénectère*, *JCP G* 2015, 1834 [1836]). – Aus deutscher Sicht dazu auch erläuternd *Löhr*, *Prozeßgrundrechte*, S. 111 ff.

⁴⁸¹ *CC*, *Entsch. v. 2.12.1976* – Nr. 76-70 DC, Rn. 2 – *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*. – Wiederum erläuternd *Löhr*, *Prozeßgrundrechte*, S. 109 ff.

⁴⁸² *CC*, *Entsch. v. 30.3.2016* – Nr. 2006-535 DC, Rn. 22 – *Loi pour l'égalité des chances*.

⁴⁸³ *Motulsky*, in: *Mélanges Roubier II*, S. 183 f.

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 1., S. 275 ff.

⁴⁸⁵ *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 383 Rn. 742.

⁴⁸⁶ Diese sieht *Cornu*, in: *Études Bellet*, S. 94 als dominant gegenüber den *droits de la défense*.

vor allem) im Strafverfahren.⁴⁸⁷ Gerade weil Verwaltungsverfahren sehr einschneidende Folgen haben können, aber kein unabhängiger Richter entscheidet, kommt dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, das Verfahren unter Beachtung der *droits de la défense* zu gestalten,⁴⁸⁸ wenn eine „sanction ayant un caractère punitif“,⁴⁸⁹ worunter verfassungsautonom⁴⁹⁰ im Ergebnis jede nachteilige Entscheidung für den Betroffenen zu verstehen ist,⁴⁹¹ im Raum steht. Die Abgrenzung zu anderen verfassungsprozessualen Garantien ist für den Conseil Constitutionnel⁴⁹² und die Cour de Cassation⁴⁹³ nicht immer einfach vorzunehmen. So haben beide den Zugang zur Rechtsmittelinstanz erschwerende Gesetze nicht am *droit au recours* gemessen, sondern an den *droits de la défense*. Grund dürfte sein, dass es bei der Cour de Cassation um den anwaltlichen Beistand geht, der oft pauschal den *droits de la défense* zugewiesen wird, auch wenn die anderen Garantien ihn gleichsam sichern.⁴⁹⁴ Der Conseil d'État hat den Konnex zwischen dem Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf und den *droits de la défense* erkannt, wenn er festhält, dass der Rechtsbehelf ein Verfahren in Gang setzen muss, das den *droits de la défense* genügt. Dies setzt ein Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant voraus. Dies zeigt, dass eine grundsätzliche Abgrenzung also möglich ist.⁴⁹⁵

2. Sicherung durch anwaltlichen Beistand

Unter den Schutz des Art. 16 DDHC fallen nur solche prozessualen Rechte, die einen funktionalen Charakter haben, also durch die Einräumung von Rechten das

⁴⁸⁷ CC, Entsch. v. 29.12.1989 – Nr. 89-268 DC, Rn. 58. – Loi de finances pour 1990; anders noch *Favoreu*, RDP 1978, 801 (817, 820).

⁴⁸⁸ So wohl CC, Entsch. v. 22.4.1997 – Nr. 97-389 DC, Rn. 30 – Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

⁴⁸⁹ Hierzu ausführlich *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 8 DDHC Nr. 2 ff.

⁴⁹⁰ Zur Erstreckung strafrechtlicher Garantien auf außerstrafrechtliche Verfahrensgestaltungen s. *Pradel*, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 14, 2003.

⁴⁹¹ Sitzungspolizeiliche Maßnahme gegen einen Verteidiger: CC, Entsch. v. 20.1.1981 – Nr. 80-127 DC, Rn. 52 – Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; medizinische Begutachtung: CC, Entsch. v. 18.1.1978 – Nr. 77-92 DC, Rn. 2 ff. – Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale); vgl. aber CC, Entsch. v. 30.3.2006 – Nr. 2006-535 DC, Rn. 24 – Loi pour l'égalité des chances, zur Differenzierung zwischen verschiedenen Kündigungsgründen, bei denen entweder der Arbeitgeber die *droits de la défense* achten muss (*faute disciplinaire*) oder eben nicht.

⁴⁹² CC, Entsch. v. 23.7.2010 – Nr. 2010-15/23 QPC, Rn. 8 – Région Languedoc-Roussillon et autres zur Frage der Rechtsmittelberechtigung der Nebenklage.

⁴⁹³ Cass. Ass. Plén., Ur. v. 30.6.1995 – Nr. 94-20.302 zur Gerichtskostenhilfe in der Rechtsmittelinstanz.

⁴⁹⁴ Vermutung so bei *Capdepon*, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, S. 167 Rn. 297.

⁴⁹⁵ *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 16 DDHC Nr. 77. – Gerade wegen dieser Bedingtheit der *droits de la défense* vom Zugang zu Gericht will *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 390 Rn. 756 keine Abgrenzung vornehmen; tendenziell, wenn auch mit nuancierter Begründung, wie hier *Capdepon*, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, S. 167 f. Rn. 298.

Grundrecht effektuieren.⁴⁹⁶ Hierzu gehört unbestritten das *droit à l'assistance d'un avocat*,⁴⁹⁷ um „soutenir leur défense par sa parole et ses écrits“⁴⁹⁸. Auch die freie Kommunikation mit dem Avocat ist durch die *droits de la défense* geschützt,⁴⁹⁹ wohl auch außerhalb der in casu betroffenen Kommunikation des Untersuchungshäftlings. Beide Gerichte im Palais-Royal – Conseil d'État (dazu unter a)) und Conseil Constitutionnel (dazu unter b)) – haben Impulse aus dem post-revolutionären Gerichtsverfassungsrecht aufgegriffen und ein Beistandsrechts begründet.

a) Frühe Weichenstellung beim Conseil d'État

„Une conception libérale des droits de la défense implique que la personne, qui est sur le point d'être sanctionnée, puisse être assisté par un avocat“.⁵⁰⁰ Der Conseil d'État konnte sich also der Zustimmung der Literatur gewiss sein, als er durch seine Sektion in der *Sieur Lacour*-Entscheidung 1963⁵⁰¹ verlangte, dass in einem auf den Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts hinauslaufenden Verfahren der Betroffene bei der Anhörung anwaltlichen Beistand hinzuziehen können muss. Bereits zuvor hatte er judiziert, dass durch den Ausschluss des anwaltlichen Beistands vor dem Conseil supérieur de la Guerre keine „atteinte aux garanties essentielles de la défense“ herbeigeführt werden dürfe, jedoch in casu apodiktisch festgehalten, dass es zu einer solchen Beeinträchtigung nicht gekommen sei.⁵⁰² Die knappe Begründung in *Lacour* ist interessant, weil sie nicht verwaltungsverfahrensrechtlich strukturiert ist, sondern im Berufsrecht der Avocats andockt: „Les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant

⁴⁹⁶ Zusammenfassung bei *Capdepon*, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, S. 181 Rn. 318 ff. – Soweit *Capdepon* aus den *droits de la défense* auch Pflichten herleitet, beziehen sich diese auf das *principe du contradictoire*, das hier separat behandelt wird.

⁴⁹⁷ *Carotenuto*, LPA v. 23.6.2003, S. 5 f. („axe“); *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 391 Rn. 758; *Letteron*, *Libertés publiques*, S. 196 f. Rn. 254 f.; nuancierter *Capdepon*, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, S. 144 ff. Rn. 252 ff.; gegen eine zu starke Beschränkung auf das Recht auf anwaltlichen Beistand ebenfalls *Renoux/de Villiers/Magnon*, *Code Constitutionnel*, Art. 16 DDHC Nr. 70.

⁴⁹⁸ Cass. Civ., Urt. v. 18.11.1946, D. 1947, 40 (41) (Az. nicht mitgeteilt).

⁴⁹⁹ CC, Entsch. v. 5.11.2021 – Nr. 21-945 QPC, Rn. 5 – M. Aristide L. (*Communication entre la personne détenue et son avocat*). – Die Antragsteller rügten insbesondere, dass das Gesetz kein ausdrückliches Recht auf ein Gespräch durch Fernkommunikationsmittel vorsieht, was der Conseil durch Auslegung jedoch dem Gesetz entnahm, da es die Kommunikationsmittel gerade nicht beschränkt.

⁵⁰⁰ *J.-C. Mestre*, D. 1964, 493 (495).

⁵⁰¹ CE, Sect., Urt. v. 8.11.1983 – *Sieur Lacour/Ministre de l'agriculture* (abgedruckt, ohne Az., in D. 1964, 492 f.); auch die Schla. *Henry* sind nicht veröffentlicht, gleichwohl werden sie aus (interner Quelle) bei *Fourre/Puybasset*, AJDA 1964, 19 (28 f.) inhaltlich wiedergegeben. – S. auch die (trotz ihrer vergleichsweisen rechtlichen Banalität) in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheidung im gleichen Verfahrenskomplex CE, Sect., Urt. v. 8.11.1963 – Nr. 57.844, Rec. S. 532 f. – *Ministre de l'agriculture/Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne*.

⁵⁰² CE, Sect., Urt. v. 23.3.1962 – Nr. 9.994, AJDA 1962, 310 – *Général Mast*. – Die Entscheidung ist ergangen entgegen den (soweit ersichtlich nicht veröffentlichten) SchA. *Heumann; Hamon*, D. 1962, 402 (402) sieht das Urteil als vom (durchaus besonderen und medial beachteten) Einzelfall der sog. *affaire des généraux* (*Mast und Revers*) geprägt.

toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires [...]“. Diese Regel sei „de portée générale“. ⁵⁰³ Der Conseil d’État argumentiert, allerdings über den Normtext hinaus, vergleichbar mit der Normstruktur des deutschen § 3 Abs. 2, 3 BRAO: Durch die freie Berufsausübung wird der Mandant auch begünstigt, ihm eine eigene Rechtsposition vermittelt, auf deren Realisierung die des Anwalts ausgerichtet ist. Das Berufsrecht ist *sedes materiae* der *droits de la défense*. In *Sieur Chevrot*⁵⁰⁴ erfolgte eine implizite Bestätigung, wobei der Streit sich darum drehte, ob die Repräsentation vor den Gerichten durch Dekret geregelt werden durfte oder, weil eine *garantie fondamentale* einer *liberté publique* betroffen sei, der Gesetzgeber zuständig sei. Der Conseil d’État differenziert, ohne es auszusprechen, zwischen dem Monopol der rechtsberatenden Berufe und dem Grundrecht des Rechtsuchenden, sich anwaltlichen Beistands zu bedienen.⁵⁰⁵ Da die angegriffene Vorschrift nicht das Recht ausschloss, sich Rechtsbeistand zu besorgen, sondern nur eine Pflicht hierzu beseitigte, durfte sie per Dekret geregelt werden. Der tatsächlichen Minderung der Freiheiten des Rechtsberaters – dem Abschmelzen seines Monopols – maß der Conseil d’État keine die gesetzgeberische Zuständigkeit nach Art. 34 Verf. 1958 auslösende Relevanz bei.

b) Zumeist Sternstunden der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in Frankreich

Bei der grundsätzlichen Kritik, die den Conseil Constitutionnel oft ereilt, muss man erkennen, dass er das verfassungsrechtliche Recht auf anwaltlichen Beistand couragiert entwickelt hat. Zwei seiner bedeutsamen Entscheidungen betrafen diese Garantie. 1981⁵⁰⁶ zensierte er in „*Sécurité et Liberté*“ eine Vorschrift, die es jedem Gerichtspräsidenten gestattete, mit dem Ziel der „*sérénité des débats*“, einen Avocat für zwei Tage durch sitzungspolizeiliche Verfügung auszuschließen, auch wenn diesem kein Verstoß gegen die im Eid enthaltenen Berufspflichten zur Last fiel.⁵⁰⁷ Dies verletzte, so judizierte der Rat völlig zutreffend, die *droits de la défense* in Person des Avocats und des Angeklagten.⁵⁰⁸ Dass der Anwalt sich selbst auf die *droits*

⁵⁰³ Die Vorschrift war zeitlich schon anwendbar in CE, Urt. v. 4.5.1962 – Nr. 47.490, 48.154, AJDA 1962, 311 f. – *Sieur Lacombe*, allerdings sah das Statusrecht hier den Ausschluss des anwaltlichen Beistands (implizit) vor.

⁵⁰⁴ CE, Urt. v. 3.12.1969 – Nr. 74936 – *Sieur Chevrot*.

⁵⁰⁵ Interpretation wie hier der kursorischen Aussage des Conseil d’État bei *Renoux*, *Le Conseil Constitutionnel et l’autorité judiciaire*, S. 370.

⁵⁰⁶ CC, Entsch. v. 20.1.1981 – Nr. 80-127 DC, Rn. 52 – *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*; die Bedeutung der Entscheidung für die spätere Entwicklung heben auch *Carrère*, RFDC 2020, e19 (e22) sowie *Mendes-Constante*, *Les droits fondamentaux du justiciable*, S. 273 Rn. 562 hervor.

⁵⁰⁷ Eindringlich im Vorfeld der Entscheidung *Badinter*, *L’avocat bâillonné*, *Le Monde* v. 15.1.1981; vgl. bereits Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), aa), (1), S. 73.

⁵⁰⁸ Zustimmung und das Ergebnis als evident bezeichnend *Philip*, RDP 1981, 651 (657 ff.). – *Vedel* als Berichterstatter trug vor, dass nicht das kleinste Zögern über die Nichtigkeit dieser anormalen Regel bestehe, dem Gesetzgeber aber zugutegehalten werden müsse, dass die Vorschrift wohl nicht dem bösen Willen, sondern schlechter, da überhasteter Legistik entspringe (*Les Grandes Délibérations du Conseil Constitutionnel 1958–1986*, Nr. 27, dort S. 391).

de la défense berufen kann, erscheint, weil das BVerfG⁵⁰⁹ die Situation des Verteidigerausschlusses über die Berufsfreiheit löst,⁵¹⁰ ungewöhnlich, allerdings war ein unternehmerisches Grundrecht im französischen Verfassungsrecht zu dieser Zeit noch gar nicht anerkannt.⁵¹¹ Jedoch ist die sitzungspolizeiliche Maßnahme gegenüber dem Verteidiger für den Conseil selbst eine „sanction ayant un caractère punitif“. Für den Angeklagten ist die Verletzung durch zwei Handlungen begründet: zuerst der Ausschluss des gewählten Verteidigers und anschließend das Weiterverhandeln mit dem, bis zur Bestellung eines (nicht mit dem Prozessstoff vertrauten) Pflichtverteidigers durch den Bâtonnier, unverteidigten Angeklagten. Der Berichterstatter *Vedel* hätte auch noch die Vorschriften über den Polizeigewahrsam (*garde à vue*) für verfassungswidrig erklärt, weil sie dem Betroffenen kein Recht auf anwaltlichen Beistand ermöglichten, allerdings rügten die Antragsteller die *droits de la défense* nicht und eine Prüfung vom Amts wegen war nicht möglich. Bis 2000 gewährte das Gesetz somit erst nach 24 Stunden (!) ein Recht auf ein freies Gespräch mit dem *Avocat*, seitdem immerhin eines zu Beginn und eines nach 20 Stunden, allerdings durfte der *Avocat* nicht während der Vernehmungen anwesend sein. In einem abstrakten Normenkontrollverfahren hielt die Vorschrift 1993 der Prüfung noch stand,⁵¹² doch seit den EGMR-Judizien in den Verfahren *Murray*⁵¹³ und *Salduz*⁵¹⁴ war abzusehen, dass die französische Rechtslage nicht konventionsrechtlichen Maßstäben genüge. Gleichwohl war der Gesetzgeber aus eigenem Antrieb nicht willens und fähig, die Frage selbst zu lösen.⁵¹⁵ Das frische QPC-Verfahren bot der *Cour de Cassation*⁵¹⁶ Gelegenheit, vom Conseil Constitutionnel eine erneute Prüfung, trotz der Gesetzeskraft der Entscheidung aus 1993, einzufordern. Denn seit 1993 ist die tatsächliche Bedeutung der *garde à vue* für die Strafverfolgung enorm gestiegen.⁵¹⁷ Dass der Conseil Constitutionnel die Verfassungswidrigkeit

⁵⁰⁹ BVerfGE 34, 292 (300 ff.) – Verteidigerausschluss Schily (Ensslin-Kassiber); hierzu aus französischer Perspektive auch *Fromont*, RDP 1975, 109 (143 f.).

⁵¹⁰ Womöglich auch in diese Richtung *Philip*, RDP 1981, 651 (659).

⁵¹¹ Vgl. zu den wirtschaftlichen Grundrechten Kap. 2, § 2, B., I., S. 177 ff.

⁵¹² CC, Entsch. v. 11.8.1993 – Nr. 93-326 DC, Rn. 9 ff. – *Loi modifiant la loi Nr. 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*. – Die Entscheidung erkennt jedoch ausdrücklich in Rn. 12 an, dass die *droits de la défense* das Recht umfassen, mit dem Verteidiger frei zu sprechen (dies würdigend *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 411 f. Rn. 795 f.).

⁵¹³ EGMR, Entsch. v. 8.2.1996 – Nr. 18731/91, ÖJZ 1996, 627 ff. – *Murray/Vereinigtes Königreich*.

⁵¹⁴ EGMR, Entsch. v. 27.11.2008 – Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707 ff. – *Salduz/Türkei*.

⁵¹⁵ Der sog. *Rapport Leger* (*Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* v. 1.9.2009, S. 18) sprach sich dann in seiner dem Justizministerium zugeleiteten Stellungnahme auch mehrheitlich gegen das Recht auf anwaltlichen Beistand während der *garde à vue* aus, da dies der Effektivität der Strafverfolgung schade.

⁵¹⁶ Statt vieler s. exemplarisch den Aussetzungsbeschluss *Cass. Crim*, *Beschl. v. 31.5.2010* – Nr. 12030.

⁵¹⁷ Der Conseil führt als geänderte Umstände den Rückgang der fakultativen *instruction* durch den Untersuchungsrichter an, so dass jetzt die Staatsanwaltschaft noch während des Polizeigewahrsams über die Anklageerhebung entscheidet, so dass die dort gesammelten Beweise oft hierfür eine wichtige Grundlage sind.

feststellte,⁵¹⁸ überrascht nicht und ist im Ergebnis wohl auch grundrechtlich unbestritten. Allerdings ist zweifelhaft, ob der Conseil an diesem starken Schutz festhalten will. Denn er hat eine Vorschrift für verfassungsgemäß gehalten, nach der ein Polizeibeamter beim Staatsanwalt „im Fall von Schwierigkeiten“ die Entfernung des Verteidigers aus dem Vernehmungsraum beantragen konnte.⁵¹⁹ Die fehlende Zuständigkeit des Richters für einen solchen gravierenden Eingriff verletzt ein Untermaß an prozessualer Sicherung. Inhaltlich ist der Widerspruch zur Entscheidung von 1981, die die Entfernung aus der mündlichen Verhandlung adressierte, handgreiflich. Die Norm ist schlicht unbestimmt, greift unterhalb der Schwelle von berufsrechtlich relevantem Fehlverhalten und beeinträchtigt unwiderruflich die Rechtsposition des Mandanten. Zurecht hat das BVerfG im Schily-Beschluss dem Verteidigerausschluss eine endgültige Zementierung der fehlerhaften Verfahrenssituation zugesprochen.⁵²⁰ Die tatsächliche Bedeutung der garde à vue für das spätere Verfahren, die der Conseil zur Rechtskraftdurchbrechung 2010 heranzog, lässt es nicht nachvollziehbar erscheinen, in diesem Stadium so leichtfertig das Recht auf eine effektive anwaltliche Vertretung zu gefährden. Solche Verfahren würden sich für den Conseil eignen, aus der Stellung als *auxiliaire de justice* eine Redlichkeitsvermutung zugunsten des *Avocats* abzuleiten und das Gesetz bei so geringen Eingriffsschwellen schlicht für mit Art. 16 DDHC unvereinbar und nichtig zu erklären. Die Wirkung, die das BVerfG § 1 BRAO zuschreibt, könnte ohne weiteres auf Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 übertragen werden.

Die Rechtsprechungslinie des Conseil Constitutionnel stellt sich heute wie folgt dar. Ein Recht auf anwaltlichen Beistand bzw. seine zwingende Anwesenheit ist ein Gebot des Art. 16 DDHC, wenn staatliche Verfahren oder Maßnahmen wegen des Verdachts auf eine Gesetzesverletzung laufen und eine Zwangssituation besteht.⁵²¹ Darüber hinaus muss jedoch auch die Anwesenheit des Rechtsanwalts in genau jenem Verfahrensabschnitt unerlässlich sein. Schaut man sich die erste Voraussetzung an, dann erkennt man sofort, dass die *droits de la défense* nur ein sehr begrenztes Recht auf anwaltlichen Beistand verbürgen. Zum einen greift es nicht in Verwaltungsverfahren, wie im Ausländerrecht, in denen keine Gesetzesübertretung im Raum steht.⁵²² Zudem hat nicht jede strafprozessuale Maßnahme für den Conseil Zwangscharakter: Weder folgt aus den *droits de la défense*

⁵¹⁸ CC, Entsch. v. 30.7.2010 – Nr. 2010-14/22 QPC, Rn. 28 – M. Daniel Watt et autres (Garde à vue I). – Zur Rolle der organisierten Anwaltschaft in diesem Verfahren *Champeil-Desplats*, *Revue des droits de l'homme*, Nr. 20, 2021 Rn. 25.

⁵¹⁹ CC, Entsch. v. 18.11.2011 – Nr. 2011-191/194/195/196/197 QPC, Rn. 33 – Mme. Elise A et autres (Garde à vue II).

⁵²⁰ BVerfGE 34, 293 (302) – Verteidigerausschluss Schily (Ensslin-Kassiber); hierzu *Fromont*, RDP 1975, 109 (143 f.).

⁵²¹ *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 16 DDHC Nr. 62; das Kriterium des Zwangs ablehnend *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 416 Rn. 893 f.

⁵²² CC, Entsch. v. 6.12.2019 – Nr. 2019-818 QPC, Rn. 12 – Mme Saisda C. (*Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente*).

das Recht bei einer freien Vernehmung einen Anwalt konsultieren zu dürfen,⁵²³ noch seine Anwesenheit während einer Durchsuchung zu verlangen. Die zweite Voraussetzung hat den Conseil veranlasst, kein Beistandsrecht zu verlangen, wenn am Ende der garde à vue der Beschuldigte dem Staatsanwalt vorgeführt wird, weil dieser nur den Beschuldigten über den Fortgang des Verfahrens informiere.⁵²⁴ Der Conseil hat jedoch im Wege der verfassungskonformen Auslegung gleichwohl jegliche Protokollierung von Aussagen zum Geschehen durch den noch Beschuldigten und nunmehr Angeklagten untersagt; nicht zuletzt weil⁵²⁵ der Einführungsartikel des CPP anordnet, dass „En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu’elle a faites sans avoir pu s’entretenir avec un avocat et être assistée par lui.“ Das verfassungsrechtliche Beistandsrecht kennt gleichwohl Grenzen, die allerdings eng gezogen werden bei der alltäglichen Kriminalität,⁵²⁶ im Bereich Bandenkriminalität und Terrorismus aber sehr weit sind. 48 bzw. 72 Stunden kann das Gespräch mit einem Anwalt aufgeschoben werden.⁵²⁷ Der Conseil sieht keinen zeitlich-limitierten Totalausschluss des Beistandes, sondern nur die Modalitäten der Durchführung des Rechts betroffen,⁵²⁸ nimmt aber eine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, bei der die im Raum stehende Straftat entscheidend ist.⁵²⁹ Verfassungsrechtlichen Bedenken ist allerdings seine Judikatur ausgesetzt, soweit sie nicht das generelle Ob des anwaltlichen Beistands adressiert, sondern die freie Auswahl des Rechtsbeistands. Nur aus Bestimmtheitsgründen zensierte der Conseil ein Gesetz, das in Terrorismusverfahren den Strafverfolgern

⁵²³ CC, Entsch. v. 18.11.2011 – Nr. 2011-191/194/195/196/197 QPC, Rn. 19 – Mme. Elise A et autres (Garde à vue II), wobei in Rn. 20 Informationspflichten über die konkrete Tat begründet werden.

⁵²⁴ CC, Entsch. v. 6.5.2011 – Nr. 2011-125 QPC, Rn. 12 f. – M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République); sehr kritisch hierzu *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 415 Rn. 800 ff.

⁵²⁵ *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 414 Rn. 799 will die sog. réserve d’interprétation an diesem einfachgesetzlichen Artikel festmachen.

⁵²⁶ CC, Entsch. v. 18.11.2011 – Nr. 2011-191/194/195/196/197 QPC, Rn. 23 – Mme. Elise A et autres (Garde à vue II), u. a. wenn es „indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’enquête“ ist.

⁵²⁷ CC, Entsch. v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 21 ff. – Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité; nach Einführung der QPC erneut CC, Entsch. v. 22.9.2010 – Nr. 2010-31 QPC, Rn. 5 – M. Bulent A. et autres (Garde à vue terrorisme).

⁵²⁸ CC, Entsch. v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 32 – Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵²⁹ So sieht der Rat in CC, Entsch. v. 9.10.2014 – Nr. 2014-420/421 QPC, Rn. 12 f. – M. Maurice L. et autre (Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d’escroquerie en bande organisée) den bandenmäßigen Betrug nicht als ausreichend schwere Straftat, da er weder Sicherheit, Würde noch Leben von Personen beeinträchtigt. – Konventionsrechtliche Bedenken gegen diese Rspr. werden durchaus erhoben (vgl. *Boucobza*, Revue des droits de l’homme, Nr. 20, 2021 Rn. 23 ff.), weil EGMR, Entsch. v. 27.11.2008 – Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707 (3708 Rn. 55). – Salduz/Türkei zwingende Gründe verlangt, wofür der Verdacht des Terrorismus nicht genüge; s. aber nuanciert EGMR, Urt. v. 9.10.2018 – Nr. 71409/10, NJW 2019, 1999 (2003 Rn. 144) – Beuze/ Belgien.

die Möglichkeit eingeräumt hatte, nach spanischem Vorbild die freie Anwaltswahl auszuschließen, so dass es zu einer gesetzlich angeordneten Pflichtverteidigung gekommen wäre, bei der der Bâtonnier aus einer vom CNB erstellten Liste gewählt hätte.⁵³⁰

3. *Recht auf ein faires Verfahren als deutsche Entsprechung*

Anders als der französische Grundrechtsschutz, der weitestgehend dem Conseil Constitutionnel anvertraut ist, bedarf es im deutschen Verfassungsrecht keiner richterrechtlichen Schöpfung, um ein anwaltliches Beistandsrecht zu begründen.

a) *Recht auf ein faires Verfahren*

Den Anspruch des Einzelnen auf den Beistand durch den Rechtsanwalt entnimmt das BVerfG im Verfassungsrecht dem Recht auf ein faires Verfahren, das anlässlich der Zeugenbeistand-Entscheidung,⁵³¹ also gerade in Zusammenhang mit dem Recht auf einen Rechtsanwalt, aus der Taufe gehoben wurde.⁵³² Zu „den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zählt das Recht auf ein faires Verfahren (BVerfGE 26, 66 [71] [...]) Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens und daran anknüpfender Verfahren gewährleistet es dem Betroffenen, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde selbständig wahrnehmen und Übergriffe der im vorstehenden Sinn rechtsstaatlich begrenzten Rechtsausübung staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können. Der Anspruch auf ein faires Verfahren ist durch das Verlangen nach verfahrensrechtlicher ‚Waffengleichheit‘ von Ankläger und Beschuldigten gekennzeichnet und dient damit in besonderem Maße dem Schutz des Beschuldigten, für den bis zur Verurteilung die Vermutung seiner Unschuld streitet. Der Beschuldigte kann in jeder Lage des Verfahrens zu seiner Unterstützung, aber auch um seine Unabhängigkeit gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten zu wahren, einen Verteidiger hinzuziehen.“ Das Recht auf ein faires Verfahren soll durch einen Mindestbestand an aktiven Beteiligungsrechten verhindern, dass der Einzelne als Beteiligter in einem Gerichtsverfahren zum Objekt des Verfahrens degradiert wird; er soll vielmehr Verfahrensobjekt sein und in dieser Rolle durch den Richter anerkannt werden. Folgt das faire Verfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip, wäre es an sich erst einmal nur objektives, nicht mit der Verfassungsbeschwerde zu verteidigendes Recht. In der Zeugenbeistand-Entschei-

⁵³⁰ CC, Entsch. v. 17.2.2011 – Nr. 2011-223 QPC, Rn. 7 – Ordre des avocats au Barreau de Bastia (Garde à vue en matière de terrorisme: désignation de l’avocat); hierzu *Darsonville*, Constitution 2012, 316 ff.

⁵³¹ BVerfGE 38, 105 (115 ff.) – Zeugenbeistand.

⁵³² Ohne verfassungsrechtliche Standortbestimmung des Rechts auf Verteidigerwahl: BVerfGE 34, 293 (302 f.) – Verteidigerausschluss Schily (im Rahmen einer auf Art. 12 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerde); so auch die im konkreten Normenkontrollverfahren ergangene Entscheidung BVerfGE 26, 66 (71) – Nebenklage.

dung hat das BVerfG diesen Grundsatz erstmals über Art. 2 Abs. 1 GG rügefähig ausgestaltet.⁵³³

b) Kritik an dieser Lösung

Es ist vom BVerfG und der ihm folgenden Literatur nicht begründet worden, was der genaue Anwendungsbereich eines richterrechtlichen Prozessgrundrechts sein soll, wenn doch bereits eine Vielzahl dieser Justizgrundrechte, die schwierig voneinander abzugrenzen sind, und auch die materiellen Grundrechte, Verfahrensgarantien unmittelbar fordern. Nicht von der Hand zu weisen ist die Vermutung, das Gericht wolle ein durch ein Höchstmaß an Flexibilität charakterisiertes Grundrecht zur Hand haben, um je nach Verfahrensstadium und Einzelfall zu entscheiden.⁵³⁴ Das Rechtsstaatsprinzip aber – wie oben bereits aufgezeigt – nimmt mit der einen Hand, was es mit der anderen gegeben hat. Eine Entscheidung des (alten) BayObLG⁵³⁵ illustriert dies: In einem Ordnungswidrigkeitenverfahren war der Angeklagte ohne seine Verteidigerin erschienen, die sich bei Gericht aufgrund eines Autounfalls auf der Fahrt zu Gericht entschuldigen ließ. Sie bat um Verfahrensaussetzung, was das Gericht ablehnte. Das BayObLG sieht, dass das Recht auf ein faires Verfahren den Beistand des Verteidigers fordert, stellt zugleich aber einschränkend klar: „Von Rechtsstaats wegen haben nämlich auch die Durchführbarkeit des Verfahrens sowie seine Beschleunigung Gewicht.“ In casu ging die Abwägung zugunsten des vom Unfall seiner Verteidigerin überraschten und unvorbereiteten Angeklagten aus, so dass die Rechtsbeschwerde erfolgreich war. Harte Maßstäbe können aber, das zeigt der Beschluss, weder dem Rechtsstaatsprinzip noch Art. 2 Abs. 1 GG entnommen werden; vor allem verwässern sie jene der Spezialgrundrechte, insbesondere des Art. 103 Abs. 1 GG.⁵³⁶ Anders als das Recht auf ein faires Verfahren enthält es nicht nur einen „Mindeststandard“.⁵³⁷ Die Grundrechte, die die Stellung des Betroffenen im Verfahren adressieren, sind „überschneidungsarm“⁵³⁸ abzugrenzen; Art. 103 Abs. 1 GG ist, wenn er einschlägig ist, spe-

⁵³³ Vgl. auch *Löhr*, Prozeßgrundrechte, S. 84; dies betonend auch *Dörr*, Faires Verfahren, S. 107 f., der selbst jedoch nicht jede Verletzung des fairen Verfahrens als über Art. 2 Abs. 1 GG rügefähig erachtet, sondern zumeist erst dann, wenn die Mindestrechte der EMRK verletzt worden sind (S. 143 ff.).

⁵³⁴ Deutlich bei BVerfGE 63, 380 (391 f.) – Beiordnung Pflichtverteidiger bei anwaltlich vertretenem Privatkläger. – Das Gericht stellt fest, dass die „besonderen rechtsstaatlichen Garantien des Strafverfahrens, den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren auch dann zu sichern“ vermögen, „wenn der Privatkläger durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, der Beschuldigte aber – etwa weil er mittellos ist – einen Verteidiger nicht bestellen kann.“

⁵³⁵ BayObLG, Beschl. v. 29.3.1995 – 2 OboWi 61/95, NJW 1995, 3134 f.

⁵³⁶ *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (399 ff.); *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 383; *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 34; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Abs. 1 GG Rn. 90; ausgeführt bei *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, S. 139 anhand des Beweisantragsrechts.

⁵³⁷ Vgl. *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (3, 15).

⁵³⁸ *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 30; vgl. auch *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 378 ff.

ziell.⁵³⁹ Deshalb kommt es auf das methodische Argument *Tettingers*,⁵⁴⁰ die Einzelvorschriften der Verfassung über das Gerichtsverfahren stünden der Ableitung weiterer Prozessgrundrechte aus dem Rechtsstaatsprinzip nicht entgegen, nicht an. Denn es bedarf der Begründung, warum der dem richterrechtlichen Grundrecht zugesprochene Inhalt nicht bereits von anderen, textlich vorgesehenen Grundrechten abgedeckt wird. Wenn dies gelingt, kann das Recht auf ein faires Verfahren einen Anwendungsfall haben.⁵⁴¹ *Tettinger*⁵⁴² hat diesen Nachweis für das Recht auf anwaltlichen Beistand nicht vermocht zu erbringen, sondern nur auf die Entscheidungen des BVerfG Bezug genommen.

II. Bedeutung des rechtlichen Gehörs in Deutschland

Art. 14 der Constitution du 26 juin 1793 legte fest, dass „Nul ne doit être jugé et puni qu’après avoir été entendu ou légalement appelé [...]“. Damit war der Gedanke, dass rechtliches Gehör, so formuliert es heute das BVerfG,⁵⁴³ ein prozessuales Unrecht mit naturrechtlichem Bezug ist, jedenfalls für das Strafrecht begründet. Doch nur wer die gleiche Sprache wie das Gericht spricht, hat die realistische Chance gehört zu werden.⁵⁴⁴ „Rechtliches Gehör und geordnetes Verfahren kann nicht von jedermann wahrgenommen werden oder überwacht werden, sondern nur von dem, der um das Recht und seine Durchsetzung Bescheid weiß“.⁵⁴⁵ Bis heute verschließt sich das BVerfG der von *Stern* formulierten Erkenntnis und verweigert ein Beistandsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG (dazu unter 1.). Art. 103 Abs. 1 GG ähnelt in der hier entwickelten Konzeption dem französischen Verfassungsprinzip des *contradictoire*, das auch den anwaltlichen Beistand sichert (dazu unter 2.).

1. Gehörsrealisierung durch Rechtsanwalt

Art. 103 Abs. 1 GG übersetzt den Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG in den prozessspezifischen Kontext, indem die Vorschrift verhindern will, den Betroffenen zum Objekt einer gerichtlichen Entscheidung zu machen, auf deren Verfahren und Ergebnis er keinen Einfluss nehmen konnte.⁵⁴⁶ Das Grundrecht hat aber einen Doppelcharakter.

⁵³⁹ Ausdrücklich *Schmidt-Aßmann*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, 48. ErgLfg., Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 6 im Allgemeinen und Rn. 9 im Besonderen zum Verhältnis des Art. 103 Abs. 1 GG zum Recht auf ein faires Verfahren.

⁵⁴⁰ *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 7.

⁵⁴¹ *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, S. 9, der das Recht auf ein faires Verfahren in Konstellationen heranziehen will, wo der Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG einer Berücksichtigung konventionsrechtlicher Vorgaben entgegensteht.

⁵⁴² *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 23; ohne Begründung auch *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (428) sowie *Heinrichs*, Freiheit der Advokatur, S. 202 f., der sowohl für Straf- wie Zivilprozess auf Art. 2 Abs. 1 i. V. m. mit dem Rechtsstaatsgebot abstellen will.

⁵⁴³ BVerfGE 107, 395 (408) – Rechtsschutz gegen den Richter I.

⁵⁴⁴ *Frisson-Roche*, Contradiction, in: Dictionnaire de la Justice, S. 236 f.

⁵⁴⁵ *Stern*, Anwaltschaft und Verfassung, S. 6.

⁵⁴⁶ BVerfGE 89, 28 (35) – Mitteilung richterlicher Selbstanzeige wegen Befangenheit an die Verfahrensbeteiligten; BVerfG-K, Beschl. v. 18.9.2018 – 2 BvR 745/18, NJW 2019, 41 (42)

ter, da es zugleich auf die Herstellung der „tatsächliche[n] Grundlage der Entscheidung“ abzielt.⁵⁴⁷ Neben dem subjektiven menschenwürdegeprägten, gleichwohl nicht absoluten Abwehrrecht enthält Art. 103 Abs. 1 GG also einen objektiv-rechtlichen, rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsatz, der für ein Rechtspflegesystem unter dem Grundgesetz schlechthin konstitutiv ist.⁵⁴⁸ Art. 103 Abs. 1 GG schützt drei auf der Zeitachse ineinandergreifende Teilrechte: ein Recht auf Information über den Verfahrensstoff, damit das Recht auf Äußerung durch den Betroffenen sinnvoll kanalisiert werden kann. Zudem müssen die Äußerungen auch berücksichtigt werden.⁵⁴⁹ Art. 103 Abs. 1 GG kann also auch als sektorielle Meinungsfreiheit, freilich mit dem ansonsten unbekanntem „Recht auf Publikum“, begriffen werden.⁵⁵⁰ Dem Rechtsanwalt kommt im Rahmen des Art. 103 Abs. 1 GG eine Doppelfunktion zu. Seine Anwesenheit verhindert (im Regelfall⁵⁵¹) eine Gehörsverletzung, so dass auf eine persönliche Wahrnehmung des Gehörs kein Anspruch besteht.⁵⁵² Seine Umgehung stellt zugleich auch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar.⁵⁵³ Das BVerfG verneint aber in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch des Einzelnen, mit dem Gericht in ein Rechtsgespräch einzutreten (dazu unter a)) und in dieser Konsequenz auch sein rechtliches Gehör mittels eines Rechtsanwalts wahrzunehmen (dazu unter b)). Beides überzeugt nicht.

a) Rechtlicher Vortrag und Rechtsgespräch

Dabei erkennt das BVerfG durchaus, dass die Parteien, wenn sie möchten, auch Rechtsansichten neben solchen zum tatsächlichen Geschehen vortragen dürfen.⁵⁵⁴ Dies ist die zwingende Folge der unmöglichen Aufspaltung des Vortrags

Rn. 36) – Haftprüfung; jüngst etwa BVerfG-K, Beschl. v. 22.5.2022 – 2 BvR 1982/20, BeckRS 2022, 14417, Rn. 39; *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 13; für den allgemeinen Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und „kraftvoller Subjektstellung im Prozess“ s. *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: HdB VerfR, § 13 Rn. 6 f.

⁵⁴⁷ Betonung des Doppelcharakters des Art. 103 Abs. 1 GG etwa auch bei BVerfG-K, 18.9.2018 – BvR 745/18, NJW 2019, 41 (46 Rn. 64) – Haftprüfung.

⁵⁴⁸ BVerfGE 55, 1 (6) – Aufhebung unanfechtbarer Entscheidungen: „unabdingbar“; BVerfGE 107, 395 (408) – Rechtsschutz gegen den Richter I.

⁵⁴⁹ S. jüngst BVerfG-K, Beschl. v. 22.5.2022 – 2 BvR 1982/20, Rn. 40 f.

⁵⁵⁰ Zur (allerdings vermuteten) Berücksichtigungspflicht *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 13 f. m. w. N. aus der Judikatur des BVerfG. – Zur Nähe von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG (freilich mit dem unzutreffenden Ergebnis der Unanwendbarkeit der Meinungsfreiheit) *Arndt*, NJW 1967, 1331 f.

⁵⁵¹ Nachweise aus der Rspr. des BVerfG bei *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 66.

⁵⁵² BVerfGE 81, 123 (126) – Kostenfestsetzungsverfahren; a. A. *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (621).

⁵⁵³ *Schmidt-Aßmann*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, 48. ErgLfg., Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 108 f.

⁵⁵⁴ S. etwa BVerfGE 86, 133 (144); BVerfGE 98, 218 (263); BVerfG-K, Beschl. v. 22.5.2022 – 2 BvR 1982/20, Rn. 39; für die Landesverfassungsgerichte BayVerfGHE 15, 38 (39) sowie StGH BW, Ur. v. 19.10.1968 – 1/1967, JZ 1968, 514 (514); *Rüping*, in: BK-GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 96; *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 76; *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 11.

in beide Aspekte, denn die jeweiligen Ausführungen werden sich stets aufeinander beziehen und im Hinblick aufeinander ausgewählt werden,⁵⁵⁵ auch wenn in § 313 Abs. 1 Nr. 5 und 6 ZPO die Möglichkeit der Trennung offenbar vorausgesetzt wird. Der Rechtsvortrag ist allerdings fakultativ, das BVerfG sieht die Verantwortung für Rechtsauslegung und Rechtsanwendung ausschließlich beim Gericht (*iura novit curia*). Für das BVerfG darf der Betroffene also nicht Objekt des Verfahrens sein, er stellt sich aber nicht als gleichberechtigter Akteur dar. Deshalb hat er keinen Anspruch darauf, dass das Gericht mit ihm ein Rechtsgespräch führt oder ihn auf eigene Beurteilungen, Entscheidungen oder Überlegungen hinweist.⁵⁵⁶ Der dialogische Charakter von Rechtsprechung wird also in der Judikatur nicht aufgegriffen. Die namentlich von *Arndt*⁵⁵⁷ vertretene Gegenauffassung wird mit dem Argument bekämpft, sie laufe auf die Anerkennung einer „globalen Verfahrensgerechtigkeit“ oder eines allgemeinen Prinzips des „fairen Verfahrens“ aus Art. 103 Abs. 1 GG hinaus.⁵⁵⁸ Das französische Recht denkt anders, wenn es vom *contradictoire* spricht.⁵⁵⁹ Nicht nur auf die Kritik, die darauf hinweist, dass die Merkmale von Rechtsprechung ein anderes Verständnis verlangen, soll hingewiesen werden, sondern auch darauf, dass das einfache Recht durchaus eine Pflicht zum Rechtsgespräch in § 104 VwGO⁵⁶⁰ und § 139 Abs. 2 ZPO vorsieht. An sich ist es aber gerade der einfachrechtliche Normbestand, der den Grundrechtstatbestand des Art. 103 Abs. 1 GG „auffüllt“.⁵⁶¹ Auch ein weiteres Argument überzeugt nicht. Denn ein Gericht verliert nicht seine Neutralität, wenn es ein Rechtsgespräch führt, weil es nicht dadurch zum Ausdruck bringt, sich bereits festgelegt zu haben.⁵⁶² Vielmehr dürfte ein Rechtsgespräch abgelehnt werden, weil sich der Spruchkörper bei der Vorbereitung bereits sehr weitgehend festgelegt hat und ein Aufschnüren

⁵⁵⁵ *Wassermann*, in: AK-GG, Art. 103 Rn. 32; *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 425; früh bereits *Arndt*, NJW 1959, 6 (6).

⁵⁵⁶ BVerfGE 31, 364 (370); BVerfGE 86, 111 (145); ebenso zu Art. 91 BayVerf BayVerfGHE 13, 24 (26); BayVerfGHE 37, 79 (82); zustimmend *Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, BayVerf, Art. 91 Rn. 42.

⁵⁵⁷ Stellvertretend *Arndt*, NJW 1959, 6 ff. oder *ders.*, JZ 1963, 65 ff.

⁵⁵⁸ *Dörr*, Faires Verfahren, S. 103; bereits *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (9f.). – Ob alleine das Rechtsgespräch in der Lage ist, einen Systembruch der Justizgrundrechte einzuläutern und ihre Unterschiede zu nivellieren, ist jedoch vielleicht eine zu pessimistische Auffassung.

⁵⁵⁹ Auch *Arndt*, NJW 1959, 6 (7) verwendet für Art. 103 Abs. 1 GG das Begriffspaar „kontradiktorisch oder dialektisch“.

⁵⁶⁰ *Ortloff*, in: Schoch/Schneider, VerwR, VwGO, § 104 Rn. 12 weist darauf hin, dass Erörterung nicht deckungsgleich mit dem Gehörsbegriff, da letzterer auch schriftliche Äußerungen umfasst und insbesondere das Zuhören. Rechtsgespräch und Erörterung seien aber Synonyme (Rn. 13).

⁵⁶¹ *Arndt*, NJW 1959, 6 (7) sieht die einfachen Rechtsvorschriften als Ausdruck des allgemeinen Prinzips des rechtlichen Gehörs; wohl anders *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (12), der einfachrechtliche Gewährleistungen als Konzentrate mit Akzentsetzung und nicht als Spiegel des Art. 103 Abs. 1 GG betrachtet.

⁵⁶² So aber *Rüping*, in: BK-GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 71, dessen in *ders.*, Rechtliches Gehör und Strafverfahren, S. 155 f. entfaltetes Verständnis der Rechtsauslegung ihn bei konsequenter Fortführung dieser Gedanken eigentlich zur entgegengesetzten Auffassung bringen müsste; *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 82.

dieser Auffassung vermeiden will.⁵⁶³ Vollständig schief wird es, wenn das BVerfG kein Verbot des Rechtsgesprächs annimmt, sondern nur einen Anspruch darauf verneint. Aber entweder gibt das Gericht seine Neutralität auf, dann muss ein Verbot bestehen, oder eben nicht, dann steht auch dieses Argument nicht einem Anspruch entgegen.⁵⁶⁴ Nicht sonderlich weitreichend sind auch die vom BVerfG anerkannten Ausnahmen, die sich zumeist aus der subjektiven Menschenwürdedimension des Art. 103 Abs. 1 GG heraus begründen⁵⁶⁵ und dann ein Rechtsgespräch fordern, wenn ansonsten das Recht auf Vortrag zu rechtlichen Gesichtspunkten vereitelt würde.⁵⁶⁶

Die Auffassung des BVerfG überzeugt nicht. Nach hier vertretener Auffassung folgt das Recht auf ein Rechtsgespräch mit dem Gericht aus einer resubjektivierten, objektiv-rechtlichen Pflicht des Gerichts zum Rechtsgespräch. Ausgangspunkt ist die Funktion des Grundrechts, eine von Sachgerechtigkeit getragene Entscheidung durch das Gericht zu begründen.⁵⁶⁷ Dies kommt unvollständig in der Formulierung von der „Abklärung der tatsächlichen Grundlage der Entscheidung“⁵⁶⁸ zum Vorschein. Das Gericht kann aber eine sachgerechte Entscheidung nur dann treffen, wenn es weiß, was es in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht berücksichtigen muss. Das Recht steht jedoch nicht fest, sondern ist Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen Parteien und Gericht. Nur durch ein Rechtsgespräch kann sich das Gericht also in die Lage versetzen, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.⁵⁶⁹ Damit besteht eine objektiv-rechtliche Leistungspflicht seitens des Gerichts, ein Rechtsgespräch mit den Beteiligten zu führen.⁵⁷⁰ Diese kann dann resubjektiviert werden, wenn nach der Schutznormtheorie die objektive Leistungspflicht, zu denen auch das rechtliche Gehör zählt,⁵⁷¹ im Interesse der Privaten steht.⁵⁷² Die Individualisierung erfolgt im Rahmen der Schutznormtheorie über die Stellung als Betroffener, zumeist als Partei eines Gerichtsverfahrens. Ihre Freiheitssphäre und Subjektqualität soll durch die objektive Leistungspflicht ge-

⁵⁶³ So *Redeker*, NJW 2007, 343 (344).

⁵⁶⁴ *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 423 f.

⁵⁶⁵ Vgl. auch *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (12).

⁵⁶⁶ BVerfGE 98, 218 (263) – Rechtschreibreform; BVerfGE 84, 188 (190) – Unzulässiges Überraschungsurteil; bereits *Arndt*, JZ 1963, 65 (65); *Zuck*, JZ 1993, 500 (507) sieht hierin einen wichtigen Schritt in Richtung der Anerkennung eines Rechtsgesprächs.

⁵⁶⁷ *Knemeyer*, Rechtliches Gehör in Gerichtsverfahren, in: HdB StR VIII, § 178 Rn. 19; vgl. auch *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 13; zur Begründung des rechtlichen Gehörs durch Sachgerechtigkeit durchaus zurückhaltend *Rüping*, Rechtliches Gehör und Strafverfahren, S. 117 ff., da sich richtige Entscheidungen auch ohne die Gewährung rechtlichen Gehörs treffen ließen, es aber unabhängig von seiner Zweckmäßigkeit Geltung beanspruchen muss.

⁵⁶⁸ BVerfGE 55, 1 (5).

⁵⁶⁹ So wie hier *Zuck*, JZ 1993, 500 (507).

⁵⁷⁰ Zurückhaltend *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (10, 12), der bezweifelt, dass die Verfassung durch Art. 103 Abs. 1 GG neben dem Schutz der Parteien auch den Schutz des „im Streite gebildeten objektiven Rechts“ bezweckt.

⁵⁷¹ *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 1; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 175 Rn. 37.

⁵⁷² *Sachs*, Leistungsrechte, in: StR III/I, § 67 S. 709.

rade geschützt werden. Gegen eine derartige Konstruktion kann, anders als bei originären Leistungsrechten nicht eingewandt werden, dies führe zu einer Überforderung der staatlichen Institutionen,⁵⁷³ obgleich man die Überforderung auch gegen die verfassungsrechtliche Anerkennung eines Rechtsgesprächs einwenden könnte. Der Gesetzgeber hat nämlich einen weiten Spielraum, wie er eine objektive Leistungspflicht erfüllen möchte; geboten ist lediglich eine Mindestgewährleistung. Je präziser aber die Leistungspflicht aus dem Grundrecht entnommen werden kann und je mehr sich der objektiv-rechtliche Gehalt auf wenige Handlungsoptionen für den Gesetzgeber verdichtet, umso weniger steht die Unbestimmtheit eines Anspruches der Subjektivierung der Leistungspflicht entgegen.⁵⁷⁴ *Sachs* hat eine solch spezielle Leistungsbestimmung etwa im Einbürgerungsanspruch (Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG) erblickt. Auch das Petitionsrecht (Art. 17 GG) sei trotz gewisser auslegungsbedürftiger Begrifflichkeiten konkret genug.⁵⁷⁵ Speziell für die Frage nach einem verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein Rechtsgespräch ist dem Gesetzgeber jedoch aufgrund der Verfahrensstruktur keine andere Möglichkeit eingeräumt, als ein solches vorzusehen. Der Anspruch geht also über den Minimalinhalt, wonach der Gesetzgeber überhaupt tätig wird und seine Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage stellt,⁵⁷⁶ hinaus. Die Situation ist mit der Pflicht zur Bearbeitung einer ordnungsgemäß eingereichten Petition im Beispiel von *Sachs* vergleichbar. Der einfache Gesetzgeber ist seiner Pflicht dann auch durch den Erlass von Vorschriften wie § 104 VwGO und § 139 ZPO nachgekommen. Dieser einfachrechtliche Normbestand, der in Ausfüllung der objektiven Pflicht ergangen ist, kann dann auch subjektiv über Art. 103 Abs. 1 GG geltend gemacht werden.⁵⁷⁷ Damit besteht auch auf Ebene des Verfassungsrechts ein Anspruch auf ein Rechtsgespräch.

b) *Recht auf anwaltlichen Beistand als Konsequenz*

Nachdem aus Art. 103 Abs. 1 GG ein Anspruch auf ein Rechtsgespräch folgt, ist es vorgezeichnet, auch das Recht auf den Beistand durch einen Rechtsanwalt als Teilkomponente des Art. 103 Abs. 1 GG anzuerkennen.⁵⁷⁸ Allerdings entspricht es gerade der ständigen Rechtsprechung des BVerfG,⁵⁷⁹ dass der Einzelne aus Art. 103

⁵⁷³ So auch *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 277.

⁵⁷⁴ *Sachs*, *Leistungsrechte*, in: StR III/I, § 67 S. 709 f.

⁵⁷⁵ *Sachs*, *Leistungsrechte*, in: StR III/I, § 67 S. 710.

⁵⁷⁶ Vgl. *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 277 f.

⁵⁷⁷ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 13 will keinen isolierten verfassungsrechtlichen Anspruch anerkennen, in der Verletzung des einfachen Rechts, soweit es ein Rechtsgespräch vorsieht, aber eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG erblicken; zur Idee des Normbestandsschutzes s. *Lübbe-Wolff*, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 125 ff.

⁵⁷⁸ *Arndt*, NJW 1959, 6 (8); die Gefahr des „nudum ius“ heraufbeschwörend *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*, S. 46; unausgesprochen auch *Ahrens*, ZfP 115 (2002), 281 (297).

⁵⁷⁹ BVerfGE 9, 124 (132) – Sozialgerichtliches Verfahren, wobei hier zu beachten ist, dass es nicht um das Recht auf Wahl eines Anwalts ging, sondern um die Frage, ob das Gericht einen Rechtsanwalt beordnen muss (zurecht *Schneider*, *Organ der Rechtspflege*, S. 48); BVerfGE

Abs. 1 GG keinen grundrechtlichen Anspruch hat, einen Rechtsanwalt hinzuziehen. Diese Auffassung wird regelmäßig mit der Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 1 GG begründet.⁵⁸⁰ Rüping hat einen Anspruch auf freie Anwaltswahl deshalb verneint, weil dadurch „formelle und materielle Defension vermengt“ würden und Art. 103 Abs. 1 GG zu einer „umfassenden Prozeßklausel“ umgestaltet würde.⁵⁸¹ Der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte vermag an sich nicht zu tragen.⁵⁸² Das Grundgesetz ist in zeitlicher Nähe mit der EMRK (1950) entstanden, die in Art. 6 Abs. 2, 3 EMRK selbst den Fokus auf die Strafverteidigung legt. Auch historisch ist dies konsistent, denn stets war das rechtliche Gehör im Strafverfahren aufgrund der Bedrohung der menschlichen Existenz und Würde durch die Strafe besonders herausgehoben.⁵⁸³ Auch bei Entstehung des Grundgesetzes war allen Beteiligten bewusst, dass diese Situation damals unbefriedigend geregelt war, doch sollte der einfache Gesetzgeber in der StPO diese Frage final lösen. Wie man aber aus Art. 91 Abs. 1 und 2 BayVerf herauslesen kann, wäre eine strafprozessuale Verfahrensgarantie nur ein Ausschnitt aus dem allgemeinen rechtlichen Gehör. Dies wird auch durch die Hauptausschuss-Initiative⁵⁸⁴ der Abg. Höpker-Aschoff und Dehler unterstrichen, die versuchten, den Streit über das Recht auf Beistand des Verteidigers dadurch aufzulösen, dass sie stattdessen ein allgemeines Beistandsrecht vorschlugen, das sich in Formulierung und Reichweite § 3 Abs. 3 BRAO annähert. Dies zeigt, dass im Entstehungsprozess des Grundgesetzes der wahre Kern des Konfliktes eine nicht dem Konsens zugängliche strafverfahrensrechtliche Bewertung konfligierender Interessen war.⁵⁸⁵ Jüngere Grundrechtstexte lösen dann den anwaltlichen Beistand auch von strafprozessualen Garantien. Art. 47 Abs. 2 S. 2 GRCh regelt das Recht, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen au-

31, 297 (301) – Streitwertabhängiges Recht auf Beistand vor dem Arbeitsgericht; BVerfGE 31, 306 (308) – Ausschluss Kostenerstattung für Zuziehung eines Rechtsanwalts vor dem Arbeitsgericht; BVerfGE 38, 105 (118) – Zeugenbeistand; hieran nunmehr anknüpfend, ohne auf Art. 103 Abs. 1 GG abzustellen, BVerfGE 66, 313 (318 f.) – Kürzung der Wahlverteidigerkosten.

⁵⁸⁰ Vgl. zu dieser Einl., § 1, A., II., 2., a), S. 9; so *Höfling/Burkiczak*, in: BlnK-GG, Art. 103 Rn. 89; (freilich ohne dem letztlich entscheidende Bedeutung beizumessen) auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 15 (Stichwort: „Rechtsanwalt, Anspruch auf Beiziehung“).

⁵⁸¹ *Rüping*, Rechtliches Gehör und Strafverfahren, S. 140. – Unter formeller Defension versteht *Rüping* Modalitäten der Gehörgewährung, wie die Befugnis sich durch einen Anwalt äußern zu können; für ihn ist das rechtliche Gehör auf die materielle Defension beschränkt, also das Äußerungsrecht, um eigene Rechte zu verteidigen, um so auf die Entscheidung einzuwirken (S. 12); s. auch bereits die Unterscheidung bei *Abegg*, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, § 144, § 145.

⁵⁸² Hieran auch deutlich zweifelnd *Schmidt-Aßmann*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, 48. ErgLfg., Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 103, der jedoch selbst, wenn man die Entstehungsgeschichte als entgegenstehenden Aspekt berücksichtigen mag, dieses Argument durch die strukturellen Veränderungen in der Rechtsordnung als überholt ansieht; Ergebnis ohne Begründung auch bei *Pestke*, Der Rechtsanwalt in öffentlich-rechtlichen Verfahren, S. 50 Rn. 29.

⁵⁸³ Vgl. *Möstl*, Grundrechtsgarantien im Strafverfahren, in: HdB StR VIII, § 179 Rn. 52.

⁵⁸⁴ Wiedergabe bei *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. 1 (1951/2010), S. 744.

⁵⁸⁵ Vgl. *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. 1 (1951/2010), S. 743.

ßerhalb der spezifischen strafverfahrensrechtlichen Garantien im Art. 48 Abs. 2 GRCh, die sich auf die Strafverteidigung erstrecken.⁵⁸⁶

Die Begründung des BVerfG ist dann auch nur „oberflächlich“ und undifferenziert.⁵⁸⁷ Vor allem kann es sich nicht um eine konzeptionelle Ablehnung handeln, wie die Zeugenbeistand-Entscheidung aufzeigt, in der das Gericht eine auf Art. 103 Abs. 1 GG gleichsam anwendbare Begründung liefert.⁵⁸⁸ Denn der Zweite Senat stellt nicht auf Besonderheiten des Strafverfahrens- oder Disziplinarrechts ab, um das Beistandsrecht zu begründen, auch wenn davon die Rede sei, der Zeuge gleiche vielmals einem „potentiell Beschuldigtem“. Das BVerfG stellt darauf ab, dass der Zeuge sich in einer ihn strukturell überfordernden Situation wiederfindet, nämlich einem rechtsförmigen Verfahren, das prozessuale wie materiell-rechtliche Fragen aufwirft, deren Beantwortung auch mögliche Fernwirkungen⁵⁸⁹ haben kann. „Ein Recht auf Rechtsbeistand gewährleistet dem Zeugen demgegenüber um der Chancengleichheit willen die Möglichkeit, seine prozessualen Befugnisse umfassend und sachgerecht wahrzunehmen.“⁵⁹⁰ Dies kann auf jeden Beteiligten eines jeden Gerichtsverfahrens übertragen werden.⁵⁹¹ Rechtskundiger und professioneller Beistand, der den Prozessstoff aufbereitet, ist im Ergebnis eine Bedingung für die Wahrnehmung rechtlichen Gehörs.⁵⁹² Art. 103 Abs. 1 GG muss flexibel genug sein, um darauf zu reagieren, dass die Rechtsordnung immer komplizierter und undurchdringlicher wird für Menschen ohne Rechtskenntnis.⁵⁹³ Das Verfassungsrecht gibt nicht das Recht auf Abgabe irgendeiner Erklärung, sondern diese Erklärung muss substantiiert und verständig sein, denn es geht um die Sicherung des tatsächlichen Einflusses des Beteiligten auf die Entscheidung.⁵⁹⁴ Dass hierfür die Mitwirkung des Rechtsanwalts von Bedeutung ist, zeigt das Gericht auch

⁵⁸⁶ *Eser/Kubiciel*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 48 GRCh Rn. 31.

⁵⁸⁷ *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 50: „oberflächlich“; auch *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 48.

⁵⁸⁸ *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (622); auch *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 120; anders noch *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 48.

⁵⁸⁹ Ausdrücklich *Schmidt-Aßmann*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, 48. ErgLfg., Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 103.

⁵⁹⁰ BVerfGE 38, 105 (114) – Zeugenbeistand.

⁵⁹¹ So auch *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 120; *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 50; vgl. zum Schweizer Recht *Keller*, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: HdB GR VII/2, § 225 Rn. 43.

⁵⁹² *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 68; *Brüning*, in: Stern/Becker, Art. 103 GG Rn. 36; *Henssler*, JZ 1996, 677 (679); *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 3; jedenfalls bei schwierigem Prozessstoff *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starek, GG, Art. 103 Rn. 66 sowie *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 15 (Stichwort: „Rechtsanwalt, Anspruch auf Beiziehung“); allgemein einen derartigen Anspruch bejahend *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (621 f.) sowie *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 87; zum Schweizer Recht auch so *Keller*, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: HdB GR VII/2, § 225 Rn. 43; a.A. *Rüping*, in: BK-GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 100; *ders.*, Rechtliches Gehör und Strafverfahren, S. 140.

⁵⁹³ Feststellung auch bei *Schmidt-Aßmann*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, 48. ErgLfg., Stand: November 2006, Art. 103 Abs. 1 Rn. 103; s. auch *Zuck*, JZ 1993, 500 (508).

⁵⁹⁴ *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 52.

selbst, wenn es in anderen Entscheidungen dem Rechtsanwalt zutraut, Gericht und Staatsanwaltschaft von Fehlentscheidungen zulasten seines Mandanten abzuhalten und seinen Mandanten insgesamt vor verfassungswidrigen Entscheidungen und staatlichen Übergriffen in seine Freiheitssphäre zu schützen.⁵⁹⁵ Das Gebot möglichst sachgerechter Entscheidungen verlangt dann auch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts. Das BVerfG schützt deshalb zudem das rechtliche Gehör von nicht der deutschen Sprache mächtigen Beteiligten,⁵⁹⁶ solchen, die minderjährig, geschäftsunfähig⁵⁹⁷ oder unerkant prozessunfähig⁵⁹⁸ sind. In einem Sondervotum⁵⁹⁹ wurden auch die intellektuellen Fähigkeiten des Einzelnen als potentiell Hemmnis für die Wahrnehmung rechtlichen Gehörs ausgemacht; niemand dürfe aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen an der Ausübung dieses Grundrechts gehindert werden. Dieser Gedanke ist nicht mehr auf wenige Personengruppen begrenzt, sondern umfasst regelmäßig jeden Rechtsuchenden.⁶⁰⁰ *K. Graßhoff*⁶⁰¹ sieht zurecht nicht mehr vom Einzelnen verlangt, als eine eigenverantwortliche Vergewisserung für sein rechtliches Gehör zu treffen, also zu entscheiden, ob er sich selbst befähigt sieht, ohne Rechtsanwalt ein Verfahren zu bestreiten oder ob er einen Rechtsanwalt hinzuziehen will. Jeder Prozessfähige hat also, unterstützt durch gesetzliche Vorschriften der Prozesskostenhilfe, über den Notanwalt oder die Pflichtverteidigung, das Recht, einen Rechtsanwalt zu beauftragen.⁶⁰² Versäumt er es, sich hierum rechtzeitig zu bemühen, so scheidet eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG aus.⁶⁰³ Hierin kommt das prozessuale Würdeverständnis⁶⁰⁴ des Art. 103 Abs. 1 GG zum Ausdruck: Die anwaltliche Tätigkeit ist stets Sicherung der Subjektqualität des Einzelnen im Streit.⁶⁰⁵ Damit ist das Recht auf anwaltlichen Beistand in Art. 103 Abs. 1 GG geschützt; der Rückgriff des BVerfG auf das Recht auf ein faires Verfahren ist nicht notwendig.

2. *Contradictoire als französische Ausprägung des Gehörsgedanken*

Auf der einen Seite ist das *contradictoire* als französisches Verfassungsprinzip ein Äquivalent des Art. 103 Abs. 1 GG (dazu unter a)). Auf der anderen Seite weist

⁵⁹⁵ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille; BVerfGE 108, 150 (161) – Sozietätswechsel.

⁵⁹⁶ Wiederum präferiert BVerfGE 64, 135 (144f.) einen Rückgriff auf das faire Verfahren; zurecht auf Art. 103 Abs. 1 GG abstellend *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 15 sowie *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 56.

⁵⁹⁷ Rechtliches Gehör entsteht hier vielmals erst durch den Vortrag des Betroffenen und seines Vertreters bzw. Rechtsanwalts (*K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 58).

⁵⁹⁸ BGH, Urt. v. 5.5.1982 – IVb ZR 707/80, NJW 1982, 2449 (2451).

⁵⁹⁹ Sondervotum *Geiger*, BVerfGE 42, 79 (85 f.).

⁶⁰⁰ Vgl. *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 87 („Postulat der sozialen Gerechtigkeit“).

⁶⁰¹ *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 53 f.

⁶⁰² *Zuck*, JZ 1993, 500 (508 Fn. 51) nimmt nur eine gesetzgeberische Pflicht an, entsprechende Vorschriften zu erlassen.

⁶⁰³ *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 55.

⁶⁰⁴ Vgl. auch *Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: HdB VerfR, § 13 Rn. 6 f.

⁶⁰⁵ *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 120.

es Ähnlichkeiten zur gleichheitsrechtlich radizierten Waffengleichheit auf (dazu unter b)).

a) *Contradictoire durch Avocat*

Das französische Verfassungsrecht muss deutlich weniger Begründungsaufwand betreiben, denn es kennt nicht ein isoliertes „droit d’être entendu“, sondern ein „principe du contradictoire“. Damit ist nicht das deutsche Verständnis von kontradiktorischem Verfahren (zwei Beteiligte) gemeint.⁶⁰⁶ Hierunter hat der Conseil d’État früh das Recht, informiert zu werden und sich zu äußern gefasst.⁶⁰⁷ Allerdings erschöpft es sich nach Auffassung einiger nicht in einem „Recht“,⁶⁰⁸ sondern es ist zugleich⁶⁰⁹ eine Obliegenheit, weil es den Beibringungsgrundsatz abbildet⁶¹⁰ und die Partei zwingt, sich auf einen gegenseitigen Austausch und Diskussion einzulassen, bei der der Richter eine im Vergleich passivere Rolle einnimmt⁶¹¹. Der Conseil d’État annullierte deshalb ein zivilprozessuales Dekret, das es dem Richter erlaubte, rechtliche Argumente von Amts wegen heranzuziehen.⁶¹² Der rechtliche Vortrag der Parteien ist also ungleich wichtiger als in Deutschland.⁶¹³ Das rechtliche Gehör selbst wird vom einfachen Prozessrecht durchaus adressiert; es ist in Art. 14 CPC⁶¹⁴ als principe directeur des Verfahrens geregelt. Auch in Art. 30 CPP ist es verankert.

Anders als die Menschenrechtserklärung von 1946, die im Referendum abgelehnt wurde, und die in Art. 11 eine Rechtsweggarantie und eine Garantie rechtlichen Gehörs geschützt hätte („La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l’insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle.“),⁶¹⁵ ist in der Verf. 1958 wiederum kein geschriebenes Grundrecht zu entdecken. Das rechtliche Gehör ist aber Bestandteil⁶¹⁶ des Schutzes durch Art. 16 DDHC. Diese Vorschrift verlangt vom Gesetzgeber, wenn er das Prozessrecht ausgestaltet, das contradictoire zu beachten.⁶¹⁷ Vielfach wird es als schlichte Teilgarantie der droits

⁶⁰⁶ Hierauf auch hinweisend *Kraft*, NVwZ 2020, 1229 (1230).

⁶⁰⁷ CE, Urt. v. 20.6.1913 – Nr. 41854 – Téry; zur Akteneinsicht dann CE, Urt. v. 10.8.1918 – Nr. 58905 – Sieurs Villes.

⁶⁰⁸ *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 412 spricht von einem „Recht auf einen informierten Richter“.

⁶⁰⁹ *Renoux*, Le Conseil Constitutionnel et l’autorité judiciaire, S. 355.

⁶¹⁰ Aus deutsch-französischer Richtersicht *Kraft*, NVwZ 2020, 1229 (1230).

⁶¹¹ Beobachtung bei *Zweigert*, in: FS Ficker, S. 502.

⁶¹² CE, Ass., Urt. v. 12.10.1979 – Nr. 01875 u. a., D. 1979, 381 – Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres.

⁶¹³ Vgl. zu jüngeren Entwicklungen und entwickelten Ausnahmen im Verwaltungsstreitverfahren s. *Bohnert/de Schotten*, NVwZ 2020, 1245 ff.

⁶¹⁴ Keine Partei kann verurteilt werden, ohne gehört oder geladen worden zu sein.

⁶¹⁵ Dazu *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 307.

⁶¹⁶ *Guinhard/Chainais/Delicostopoulos et al.*, Droit processual, S. 612 Rn. 331; *Flécheux*, in: *Études Bellet*, S. 149 f.; *Frison-Roche*, Contradiction, in: *Dictionnaire de la Justice*, S. 236 stellt das être entendu in den Mittelpunkt.

⁶¹⁷ S. nur CC, Entsch. v. 11.8.1993 – Nr. 93-326 DC – Loi modifiant la loi Nr. 93-2 du 4 jan-

de la défense behandelt⁶¹⁸ oder vom Conseil Constitutionnel als dessen logische Folge (corrolaire)⁶¹⁹ charakterisiert. Für eine Eigenständigkeit des contradictoire innerhalb der prozessgrundrechtlichen Absicherung über Art. 16 DDHC spricht die thematische Reichweite, die sich nicht vollständig mit den droits de la défense deckt.⁶²⁰ Zudem bringt der verfassungsrechtliche Grundsatz vom contradictoire ein spezifisches gleichheitsrechtliches Element zum Tragen,⁶²¹ weil die Stellung der Parteien als ebenbürtig adressiert wird. Das contradictoire ist nicht ein den droits de la défense dienendes Element,⁶²² sondern strukturiert als objektiver Verfahrensgrundsatz das gesamte Prozessrecht mit dem Ziel, eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen.⁶²³ Hier liegt auch die Nähe zu Art. 103 Abs. 1 GG, die sich auch bei der inhaltlichen Prägung des contradictoire zeigt, wenn ihm eine passive und aktive Dimension zugesprochen wird, also ein Recht, informiert zu werden und ein solches auf Stellungnahme.⁶²⁴ Damit ist von einem eigenständigen Verfahrensgrundsatz des contradictoire auszugehen,⁶²⁵ der jedoch nur unvollständig als Grundrecht erfasst werden kann. Der Schutz über dieses Prinzip wird zum Teil als schwach bezeichnet.⁶²⁶ Das Schrifttum kritisiert, dass der Conseil Constitutionnel sich, vergleichbar mit dem EGMR, mit einer Gesamtbetrachtung begnüge und so an sich verfassungswidrige Ausgestaltungen des Verfahrensrechts „rette“. Bereits konzeptionell ist aber dieses Vorgehen des EGMR angezeigt, da Art. 6 Abs. 3 und die Gesamtgarantie des Art. 6 Abs. 1 EMKR unterschiedlich auf nationales Verfahrensrecht einwirken können und dem Vertragsstaat kein bestimmtes Verfahrenskonzept vorgeschrieben ist.⁶²⁷ Zum anderen sieht der EGMR die Teilrechte als verhältnismäßigen Einschränkungen zugänglich und prüft im Anschluss, ob das Gesamtverfahren der EMRK genügt hat; er stellt damit insbesondere nicht die Garantien zur Disposition des Vertragsstaates. So lässt sich die Judikatur des Conseils⁶²⁸ auch begreifen. Es gibt Verfahrensstadien, wo eine Einschränkung des

vier 1993 portant réforme du code de procédure pénale; CC, Entsch. v. 29.8.2002 – Nr. 2002-461 DC – Loi d’orientation et de programmation pour la justice.

⁶¹⁸ *Motulsky*, in: *Mélanges Roubier II*, S. 183 f. (mit einem sehr weiten Begriff von défense über das Strafverfahren hinaus); *Capdepon*, *Essai d’une théorie générale des droits de la défense*, S. 127 ff. Rn. 234 ff.; *Löhr*, *Prozeßgrundrechte*, S. 134.

⁶¹⁹ CC, Entsch. v. 29.12.1989 – Nr. 89-268 DC, Rn. 58 – Loi de finances pour 1990; auch *Fraisse*, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 44, 2014.

⁶²⁰ Bspw. CC, Entsch. v. 14.10.2015 – Nr. 2015-490 QPC, Rn. 6 f. – M. Omar K. (Interdiction administrative de sortie du territoire); CC, Entsch. v. 23.7.2015 – Nr. 2015-713 DC, Rn. 84 ff. – Loi relative au renseignement.

⁶²¹ *Schrameck*, in: *Mélanges Braibant*, S. 632.

⁶²² Anders aber *Capdepon*, *Essai d’une théorie générale des droits de la défense*, S. 130 Rn. 237.

⁶²³ *Martin*, *Gaz. Pal.* v. 8.8.1978, *Doctr.* S. 419 f.; *ders.*, *Gaz. Pal.* v. 30.4.1981, *Doctr.* S. 209. f.

⁶²⁴ Allgemein so auch *Löhr*, *Prozeßgrundrechte*, S. 137.

⁶²⁵ Wie hier *Renoux/de Villiers/Magnon*, *Code Constitutionnel*, Art. 16 DDHC Nr. 68.

⁶²⁶ *Lestrade*, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S. 407 ff. Rn. 788 ff.

⁶²⁷ Hierzu und im Folgenden *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 429 ff.

⁶²⁸ CC, Entsch. v. 16.5.2012 – Nr. 2012-247 QPC, Rn. 6 – Consorts L. (Ordonnance d’expropriation pour cause d’utilité publique).

contradictoire nicht unverhältnismäßig ist, etwa weil ein Gericht in einem Verfahrensabschnitt nur geringe Befugnisse besitzt, während in entscheidenden Momenten das contradictoire zur vollen Geltung erlangt. Dem contradictoire deshalb an sich ein schwaches Schutzniveau zuzusprechen, erscheint deshalb vorschnell.⁶²⁹

Dass dieser Verfassungsgrundsatz die Mitwirkung eines Anwalts gebietet, ist aufgrund seiner besonderen Struktur – Recht und Obliegenheit⁶³⁰ – intuitiv plausibel.⁶³¹ Allerdings ist historisch das rechtliche Gehör in der Verfassung von 1793 das Recht des freien citoyen sich selbst zu verteidigen.⁶³² Im Rahmen der großen Justizreform durch die Gesetze vom 16.8.–24.8.1790 statuierte Art. 14 HS. 2 dann auch bereits das Recht eines jeden Bürgers sein Anliegen schriftlich oder mündlich *selbst* zu verteidigen (Hervorhebung nur hier). Wenige Tage danach wurde der Berufsstand der *hommes des lois* abgeschafft und ihre Selbstverwaltung aufgelöst. In der naturrechtlichen Perspektive der Gesetzgebung ab 1789 sind rechtliches Gehör und die Vertretung durch einen Rechtsanwalt als miteinander unvereinbar gedacht. Diese Perspektive spielt jedoch heute keine Rolle mehr und die aktualisierte Lektüre des Art. 16 DDHC bietet, unabhängig von der Abgrenzung der verschiedenen Gewährleistungen untereinander, einen soliden Anknüpfungspunkt in der Rechtsprechung des Conseil. Denn das contradictoire schützt auch die verfahrens- und organisatorische Sicherstellung der Ausübung des Äußerungsrechts.⁶³³ Daraus folgt das Recht, sich eines Avocats zu bedienen.⁶³⁴ Der Rechtsanwalt kann zum einen die Rechte aus dem contradictoire wahrnehmen und sicherstellen, dass die Obliegenheiten erfüllt werden.⁶³⁵ Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass nur der anwaltliche Beistand hierfür geeignet ist, um das Prinzip mit Leben zu füllen.⁶³⁶ Die anwaltliche Vertretung dient damit im Regelfall auch der *bonne administration de la justice*.⁶³⁷ Dies gilt ausdrücklich auch für die Sicherung dieses Grundsatzes vor

⁶²⁹ Bedenklich aber CC, Entsch. v. 17.12.2010 – Nr. 2010-62 QPC, Rn. 5 f. – M. David M. (Détention provisoire: procédure devant le juge des libertés et de la détention), wonach der Haftrichter ohne kontradiktorische Debatte über den Antrag auf Haftprüfung entscheiden darf (vgl. zur deutschen Rechtslage § 118 Abs. 1 StPO).

⁶³⁰ Vgl. *Danet*, Principes directeurs du procès – Le principe du contradictoire, Rép. dr. proc. civ. Rn. 226.

⁶³¹ Unter Hinweis auf den kontradiktorischen Charakter des Verfahrens für das Schweizer Recht ein „Recht auf Verbeiständung“ annehmend *Keller*, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: HdB GR VII/2, § 225 Rn. 43.

⁶³² Hierauf auch hinweisend *Briand*, Gaz. Pal. v. 28.5.2013, Nr. 148, S. 7.

⁶³³ *Frison-Roche*, Contradiction, in: Dictionnaire de la Justice, S. 237.

⁶³⁴ *Schrameck*, in: Mélanges Braibant, S. 632.

⁶³⁵ *Frison-Roche*, Contradiction, in: Dictionnaire de la Justice, S. 238 sieht auch den Richter als Begünstigten des contradictoire.

⁶³⁶ So auch *Renoux*, Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, S. 353, der das Beistandsrecht als zwingende Folge des principes du contradictoire bezeichnet; als Voraussetzung wird der Avocat bei *Capdepon*, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, S. 146 Rn. 264 begriffen.

⁶³⁷ CC, Entsch. v. 21.3.2020 – Nr. 2019-778 DC, Rn. 31 – Loi de programmation 2018–2022 et de réforme pour la justice; anders *Lyon-Caen*, in: Mélanges Braibant, S. 482 zum Verwaltungsstreitverfahren, wo der Einzelne vielfach ohne Avocat agieren kann, damit eine möglichst weite Legalitätskontrolle stattfinden kann.

dem Conseil Constitutionnel selbst.⁶³⁸ Der Conseil hat entschieden, dass die Befassung des Strafvollstreckungsrichters ex officio nicht dazu führen darf, dass zu Lasten des Inhaftierten eine Entscheidung ergeht, bevor nicht er oder auch sein Anwalt vortragen konnten.⁶³⁹ Für den Fall der Privatscheidung vor dem Notar hat der Conseil Constitutionnel⁶⁴⁰ festgestellt, dass die gesetzliche Regelung, dass beide Partner sich durch einen jeweils eigenen Anwalt vertreten lassen müssen, nicht gegen die Gleichheit vor dem Gesetz verstößt. Der Vortrag der Antragsteller ging in diese Richtung, da finanzschwächere Familien hierdurch gleichheitswidrig belastet würden. Für den Conseil entsteht aber die Gleichheit der Parteien nur, wenn das *contradictoire* gewährleistet wird.⁶⁴¹ Dies setze voraus, dass jeder Ehepartner durch einen *Avocat* vertreten werde, da nur dann die tatsächlichen und rechtlichen Interessen jedes Ehepartners vorgetragen und berücksichtigt werden könnten. Der Gesetzgeber habe die *aide juridictionnel* hierfür geöffnet, so dass auch der Zugang zu einem *Avocat* wirtschaftlich möglich sei. Das *principe du contradictoire* schützt also wie die *droits de la défense* ein Recht auf anwaltlichen Beistand und gebietet unter Umständen den Anwaltszwang, um der objektiven Dimension dieses Verfahrensgrundsatzes zu genügen.

b) Nähe zur deutschen Waffengleichheit

Auch wenn das französische Recht die *égalité des armes*, also die Waffengleichheit, kennt, entspricht doch der deutschen Konzeption am ehesten das *contradictoire*. Denn der deutsche Grundsatz der Waffengleichheit wurzelt auch in Art. 3 Abs. 1 GG neben dem Rechtsstaatsprinzip.⁶⁴² Hierbei handelt es sich um ein Grundrecht,⁶⁴³ das seine besondere Bedeutung in kontradiktorischen Verfahren entfaltet⁶⁴⁴ und darauf ausgerichtet ist, den Parteien eine möglichst gleichwertige Position zu ermöglichen. Es geht um eine gleichmäßige Risikoverteilung am Verfahrensausgang durch das Prozessrecht; keine Partei soll formal ein höheres Risi-

⁶³⁸ J.-L. Debré, Le Conseil Constitutionnel et les droits de la défense, Discours de rentrée du Barreau de Paris v. 4.12.2009 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-conseil-constitutionnel-et-les-droits-de-la-defense>).

⁶³⁹ CC, Entsch. v. 10.11.2017 – Nr. 2017-671 QPC, Rn. 10 ff. – Die Entscheidung ordnet das *principe du contradictoire* vorliegend nicht den Verteidigungsrechten zu, sondern behandelt es als Teilelement des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit, denn ein Richter, der kein Gehör und keine kontradiktorische Debatte gewährt, ist befangen.

⁶⁴⁰ CC, Entsch. v. 17.11.2016 – Nr. 2016-739 DC, Rn. 40 – *Loi de modernisation de la justice du XX siècle*.

⁶⁴¹ In diese Richtung auch *Renoux*, Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, S. 359.

⁶⁴² BVerfGE 52, 131 – *Arzthaftungsprozess*.

⁶⁴³ Nunmehr ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3643 Rn. 16) – *Pressesachen „Köln“* sowie BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 29) – *Pressesachen „Hamburg; eine ausufernde Kontrolle des BVerfG in Aussicht stellend Schack*, ZfP 129 (2016), 393 (396 f.), der deshalb nur systematische und grundlegende Verstöße durch die Verfassungsbeschwerde als aufhebbar betrachtet und sie mehr als auslegungsdirigierende Prozessmaxime begreift.

⁶⁴⁴ Zuck, EuGRZ 2020, 1 (5).

ko zu tragen haben.⁶⁴⁵ Diese gleichwertige Position kann dem Einzelnen aber nur zukommen, wenn er sich auch außerhalb des Anwaltszwangs anwaltlich vertreten lassen darf,⁶⁴⁶ denn das BVerfG⁶⁴⁷ ist der Auffassung, dass es dem Rechtsstaatsgedanken und der Rechtspflege dient, „daß dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Verfügung stehen, zu denen er Vertrauen hat und die seine Interessen möglichst frei und unabhängig von staatlicher Einflußnahme wahrnehmen können.“ Für *Stern*⁶⁴⁸ verwirklicht der Rechtsanwalt ein „Stück Waffengleichheit in dem uns seit der magna charta libertatum überkommenen Gegensatz the man versus the state“. Dies liegt wiederum an der Natur des Verfahrens.⁶⁴⁹ Die Waffengleichheit zwingt dem Richter ein „dialogisches Denken“ auf; er muss die eine wie die andere Seite anhören, ihr zuhören.⁶⁵⁰ Dieses dialogische Denken stößt der Rechtsanwalt besser an als die Naturalpartei. *Dürig*⁶⁵¹ hat den Hauptanwendungsfall der Waffengleichheit durch das rechtliche Gehör erfasst angesehen. Dies verdeutlicht, dass sowohl Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG auf das engste zusammenhängen,⁶⁵² vielfach auch ausgetauscht werden können durch das Verfassungsgericht,⁶⁵³ jedenfalls soweit es um die Qualität des Gehörs geht.⁶⁵⁴ Aufgrund seiner engen Schranken ist jedoch auch hier Art. 103 Abs. 1 GG als Maßstab heranzuziehen, soweit beide Gewährleistungen den Sach-

⁶⁴⁵ BVerfGE 52, 131 (144) – Arzthaftungsprozess; *Dürig*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 Rn. 50; *Schack*, ZJP 129 (2016), 393 (394) deshalb mit terminologischer Sympathie für Chancengleichheit anstelle von Waffengleichheit.

⁶⁴⁶ *Schack*, ZJP 129 (2016), 393 (405).

⁶⁴⁷ BVerfGE 63, 266 (284) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei; zustimmend *Tettinger*, JZ 1983, 605 (606).

⁶⁴⁸ *Stern*, Anwaltschaft und Verfassung, S. 6.

⁶⁴⁹ Vgl. hierzu Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.

⁶⁵⁰ *Dürig*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 Rn. 384a.

⁶⁵¹ *Dürig*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 Rn. 392.

⁶⁵² *Zuck*, EuGRZ 2020, 1 (6) sieht alle Elemente des rechtlichen Gehörs (Informationsrecht, Äußerungsrecht und Berücksichtigungspflicht) auch als Teil der Waffengleichheit; a. A. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 3, der ein Spezialitätsverhältnis deshalb verneint, weil Art. 103 Abs. 1 GG ein Leistungs- und Teilhabegrundrecht sei und kein Gleichheitsrecht.

⁶⁵³ BVerfG-K, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531 – Beweiserhebung unter vier Augen; BVerfGE 55, 72 (93) – Präklusion I vermengt seinen Prüfungsmaßstab (Hervorhebungen nur hier): „[...] mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar. Das gilt auch dann, wenn diese *Verfassungsnorm in Verbindung mit der Rechtsprechung zur rechtsstaatsgemäßen Ausgestaltung des Verfahrensrechts* als Prüfungsmaßstab herangezogen wird. [...] Das schließt als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes *Waffengleichheit* der Parteien vor dem Richter ein, der – auch im Blick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie des Art. 103 Abs. 1 GG – den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen [...]“; vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3643 Rn. 14) – Pressesachen „Köln“ sowie BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 27) – Pressesachen „Hamburg“, wo die prozessuale Waffengleichheit „im Hinblick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie des Art. 103 Abs. 1 GG“ ausgelegt wird.

⁶⁵⁴ So die Einschränkung bei *Remmert*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 35, da der Waffengleichheit auch damit genüge getan wäre, niemanden anzuhören.

verhalt erfassen; Art. 103 Abs. 1 GG ist spezieller gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁵⁵ Dies ist auch deshalb sinnvoll, weil die Waffengleichheit entgegen einer überzeugenden Auffassung im Schrifttum⁶⁵⁶ als formal verstanden werden könnte und nur die Stellung der Parteien adressiert. Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand zeigt dies. So hat das BVerfG⁶⁵⁷ zur Notwendigkeit der Beiordnung eines Verteidigers im Privatklageverfahren ausgeführt, dass diese nicht bereits deshalb durch die Waffengleichheit geboten sei, weil der Privatkläger anwaltlich vertreten sei. Immerhin deutet das BVerfG an („mag es [...] besser entsprechen“), für das Zivilverfahren die Beiordnung eines Rechtsanwalts dann für geboten zu achten, wenn die andere Seite anwaltlich vertreten sei, weil die Parteien im Zivilverfahren den Prozess beherrschen. Das Gebot der Waffengleichheit kompensiert also in seiner Deutung durch das BVerfG nicht strukturelle soziale Unterschiede zwischen den Parteien, sondern scheint rein auf formale Gleichheit der Parteien ausgerichtet.⁶⁵⁸ Art. 103 Abs. 1 GG adressiert hingegen ein qualitativ hochwertiges und effektives Gehör, das nicht diese Schwäche teilt, so dass dem Grundrecht weiterhin für den anwaltlichen Beistand besondere Bedeutung zukommt.

⁶⁵⁵ *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 19 f.; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 3b; womöglich anders BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3643 Rn. 14) – Pressesachen „Köln“ sowie BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 27) – Pressesachen „Hamburg“, die eine Art „Kombinationsgrundrecht“ erschaffen.

⁶⁵⁶ *Schack*, ZZP 129 (2016), 393 (400 f.); *Zuck*, EuGRZ 2020 1 (2); *Ch. Wolf*, in: FS Schlosser, S. 1132.

⁶⁵⁷ BVerfGE 63, 380 (391 f.) – Beiordnung Pflichtverteidiger bei anwaltlich vertretenem Privatkläger.

⁶⁵⁸ *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 21.

Kapitel 2

Subjektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit: Deutsche Impulse für das französische Verfassungsrecht

Die Berufs- und Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts stehen diesem zur Eingriffsabwehr zur Verfügung. Sie sind jeweils selbstständige Garantien, deren Abgrenzung nicht unterbleiben kann (dazu unter § 1). Dies gilt für das deutsche wie französische Verfassungsrecht. Doch es zeigen sich im Detail große konzeptionellen Unterschiede, soweit es die Meinungsfreiheit betrifft (dazu unter § 3), und Unterschiede in der tatsächlichen Bedeutung der beruflich-wirtschaftlichen Grundrechte (dazu unter § 2). Die subjektive Dimension ist nur in Deutschland durch das BVerfG voll entfaltet worden, während der subjektiv-rechtliche Schutz des Avocats durch die Grundrechte bei den französischen Gerichten bislang keine Bedeutung erlangen konnte.

§ 1: Vorfrage nach der Ausdifferenzierung der Schutzbereiche

Anwaltliche Berufsausübung kann mehrere Grundrechte zugleich tangieren. Sowohl die Kategorie der wirtschaftlichen als auch der Kommunikationsgrundrechte kann betroffen sein, wenn ein Rechtsanwalt das Verhalten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts kritisiert oder für seine Praxis wirbt. Aber auch innerhalb der Gruppe der wirtschaftlichen Grundrechte kann bei Fragen der Organisationsmöglichkeiten die Berufsfreiheit wie die Vereinigungsfreiheit betroffen sein. Führt die Subsumtion des Lebenssachverhalts zur Anwendbarkeit mehrerer Grundrechte, zeigen die Grundrechtskonkurrenzen auf, welches den Schutzstandard stellt. Die Auffassung, wonach das Übermaßverbot eine Abgrenzung der verschiedenen Grundrechtsgewährleistungen hinfällig werden lässt (dazu unter A.), vermag nicht zu überzeugen (dazu unter B.).

A. Nivellierungsthese

Für das anwaltliche Verfassungsrecht, wo die Abgrenzung zwischen Berufs- und Meinungsfreiheit häufig vorkommt und schwierig ist, scheint es besonders reizvoll, jedes staatliche Verhalten „irgendwie“ am Übermaßverbot zu messen. *Schwabe*¹ hat allgemein ein solches Vorgehen vorgeschlagen, weil die Grundrechtsprü-

¹ Bedeutsam auch *Schlink*, Abwägung, S. 17 ff.: *Schlink* teilt den Befund auf tatsächlicher

fung stets auf eine Abwägung gegenläufiger Belange hinauslaufe. Es drohe keine Schutzminderung, da diese Abwägung gerade berücksichtige, dass thematisch mehrere Grundrechte einschlägig seien. Das „schwächere“ Grundrecht nehme so die Schutzintensität des „stärkeren“ an.² Unterschiedlichen Schrankenregelungen komme nur „nominelle Bedeutung“³ zu. Nimmt man die Restriktionen des anwaltlichen Werberechts (§§ 43b BRAO, 6 BORA) als Beispiel, dann bedürfte es keiner Festlegung, ob die Berufs- oder die Meinungsfreiheit die Werbefreiheit umfasse. Denn beide Grundrechte wären erstmal thematisch einschlägig und diese Erkenntnis müsste sich in jedem Fall im Rahmen der Abwägung niederschlagen. An welchem Grundrecht die Prüfung aufgehängt wird, scheint irrelevant.

B. Überzeugende Gegenauffassung

Das BVerfG⁴ hält weiter an der Spezifität des einzelnen Grundrechts fest, obgleich es ja durch die Entfaltung des Übermaßverbots das Aufkommen der Nivellierungsthese begünstigt hat. Dies überzeugt auch,⁵ denn die Grundrechte verbürgen jeweils situative Freiheit. Sie stehen nicht unter einem allgemeinen Schrankenvorbehalt (anders Art. 98 S. 2 BayVerf und Art. 5 DDHC).⁶ Zwar kann aus der Gestaltung des Schrankenvorbehalts nicht pauschal die Wertigkeit eines Grundrechts abgeleitet werden,⁷ doch kommt ihm eine zumindest indizielle Funktion zu. Übermaßverbot und Schrankenvorbehalt stehen in einem engen „arbeitsteiligen“⁸ Verhältnis: Der Schrankenvorbehalt entfaltet eine Filterfunktion und präzisiert den legitimen Zweck, so dass die Prüfung durch das spezifische Grundrecht geprägt bleibt. Von Bedeutung ist der spezifische Gewährleistungsinhalt des Grundrechts.⁹ Er bringt den Zweck eines spezifischen Grundrechts zum Ausdruck.

Ebene durch Analyse der Judikatur des BVerfG: Beim Versuch, ein einheitliches, für alle Grundrechte geltendes Modell zu entwickeln, verzichtet er auf die Angemessenheit (S. 192 ff.). Diese zusammengestutzte Prüfung will er nur „noch gerade eben als Abwägung“ bezeichnen, hält er doch eine Abwägung der Freiheitsinteressen des Einzelnen mit den Interessen der Allgemeinheit von vornherein für methodisch verfehlt (S. 154 ff.). – Die Ansätze *Schwabes* und *Schlinks* gehen also von einem miteinander unvereinbaren gegenläufigen Verständnis des Übermaßverbotes aus, so auch *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (419, 421 f.), weniger differenzierend *Stern*, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: StR III/2, § 84 S. 812.

² *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 445. – Die Bildung eines Kombinationsgrundrechts sei möglich, führe aber nicht weiter als die vorgeschlagene Lösung (S. 367).

³ *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 420.

⁴ Deutlich wird die Relevanz der Abgrenzung für den Grundrechtsträger bspw. in BVerfG-K, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01, 1 BvQ 30/01, NJW 2001, 2459 – Loveparade/Fuckparade.

⁵ *Berg*, Grundrechtskonkurrenzen, in: HdB GR III, § 71 Rn. 14; *Stern*, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: StR III/2, § 84 S. 812.

⁶ *Stern*, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: StR III/2, § 84 S. 812.

⁷ Anschaulich *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, S. 3, der von „Schrankenwarrarr“ spricht; anders *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (424); auch *Berg*, Grundrechtskonkurrenzen, in: HdB III, § 71 Rn. 12 sowie *Stern*, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: StR III/2, § 84 S. 812.

⁸ *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (425 f.); zustimmend *Sachs*, Die Begrenzungen der Grundrechte, in: StR III/2, § 80 S. 464.

⁹ Vgl. *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 223; *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 42 f.; zur unklaren

Nimmt man diese Bestimmung vor, kann die Schwere des Eingriffs und seine Verfassungsmäßigkeit präzise bestimmt werden,¹⁰ so dass die Prüfung des Übermaßverbots nicht zur Einebnung des Grundrechts führt, sondern vielmehr die Spezifität in den Mittelpunkt rückt.¹¹ Für die anwaltlichen Grundrechte ist also in jedem Fall eine Abgrenzung der verschiedenen Gewährleistungen vorzunehmen.¹²

§ 2: Anwaltliche Berufsausübung: Wirtschaftliche Grundrechte

Die Erfassung der anwaltlichen Berufsausübung durch Grundrechte des Anwalts und nicht des Mandanten steht in Frankreich noch am Beginn ihrer Entwicklung. Die Arbeit versucht sich deshalb an einer erstmaligen Systematisierung und Analyse der anwaltlichen unternehmerischen Freiheit, um den Schutz anwaltlicher Freiheit nicht mehr nur von der institutionellen Unabhängigkeit her zu denken (dazu unter B.). Für das deutsche Verfassungsrecht wird zwar die Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG herausgestrichen, doch gleichwohl soll der Schutz durch dieses Grundrecht in seiner Funktion als Eingriffsabwehrrecht einer neuen Perspektive unterworfen werden (dazu unter A.).

A. Neukonfiguration des Abwehrrechts des Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Die Berufsfreiheit findet uneingeschränkt auf Rechtsanwälte Anwendung (dazu unter I.). Allerdings ist bislang der normativen Bestimmung des Gewährleistungsinhalts der anwaltlichen Berufsfreiheit keine Aufmerksamkeit geschenkt worden. Die Arbeit stellt infrage, dass jede berufsbezogene Regelung, insbesondere die gesetzliche Festlegung der beruflichen Grundpflichten, einen Eingriff darstelle, der das Abwehrrecht des Berufsträgers aus der Berufsfreiheit mobilisiert (dazu unter II.).

I. Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Rechtsanwälte

Das einfachrechtliche Berufsbild, indem es historische Entwicklungen aufgreift, hat natürlich eine Bedeutung für das Verfassungsrecht. Wer die Freie Advokatur, die Unabhängigkeit und die Freiberuflichkeit ernst nimmt, muss zwingend Rechtsanwälten den berufsgrundrechtlichen Schutz, auf den sich auch Freiberufler berufen können, zugestehen (dazu unter 1.).¹³ Für sie geht es bei der Berufsfreiheit auch um die Entfaltung der Persönlichkeit im erwerbswirtschaftlichen Bereich.¹⁴ Art. 12

Rolle, die *Schlink* dem spezifischen Grundrecht, und nicht nur dem Lebenssachverhalt beimessen will, s. *ders.*, Abwägung, S. 193, 195 f.

¹⁰ *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 (468 ff.).

¹¹ Vgl. *Berg*, Grundrechtskonkurrenzen, in: HdB GR III, § 71 Rn. 14.

¹² *Zuck*, in: 25 Jahre BRAK, S. 93 f.

¹³ *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (410).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 117, 163 (183) m. w. N. – Anwaltliches Erfolgshonorar; *Krämer*, NJW

Abs. 1 GG ist deshalb durchaus die zumeist maßstabsbildende Grundrechtsnorm.¹⁵ Dies gilt auch für die gemeinsame Berufsausübung (Art. 19 Abs. 3 GG).¹⁶ Auf die Grundrechtsberechtigung ausländischer Sozietäten wird zurückzukommen sein.¹⁷ Partielle Einschränkungen bei der berufsfreiheitlichen Grundrechtsposition, die aus der besonderen Funktion des Rechtsanwalts abgeleitet werden, sind abzulehnen (dazu unter 2.).

1. Kein Totalausschluss des Grundrechtsschutzes

Die Auffassung, dass Angehörige verkammerter Berufe, weil sie kraft Gesetzes in Körperschaften des öffentlichen Rechts, die Teil der mittelbaren Staatsverwaltung sind, zusammengefasst werden, nicht grundrechtsberechtigt seien, hat sich zurecht nicht durchgesetzt.¹⁸ Auch der Status als Organ der Rechtspflege kann, weil er wie gezeigt nicht institutionell gedacht wird, nicht den Grundrechtstatbestand verschließen. Bei der gedachten Trennung von Staat und Gesellschaft neigt der Organbegriff dazu, den Rechtsanwalt auf die Seite des Staates zu schlagen, denn wen außer den Staat soll eine Verantwortung für die Rechtspflege treffen.¹⁹ Staatliche Organe sind aber nicht grundrechtsberechtigt, das Amtswalterdienstrecht ist verfassungsrechtlich durch Art. 33 GG geprägt. Selbst wenn der Staat sich der Aufgabe entledigt, indem er sie durch Private erledigen lässt, wird aus der Aufgabe keine private.²⁰ Der Private ist grundrechtsberechtigt, sein Beitrag ist ihm nicht im Rechtsinne „aufgegeben“; seine grundrechtliche Freiheit wird beschränkt.²¹ Ein Grundrechtsausschluss folgt auch nicht aus zwei Ansätzen, denen beiden gemein ist, dass der Rechtsanwalt in eine bewusst vom Staat gelassene Lücke einrückt. Zum einen hat *Kämmerer* im Schrifttum das Bild vom „Organ der (Steuer-)Rechtspflege kraft Staatsversagens“ eingeführt. Von Staatsversagen spricht er, weil der Staat – wofür das historische Argument plausibel ist (in Preußen wie in Frankreich) – seine Rechtspflegeaufgabe (bzw. für Steuerberater die der Steuerer-

1995, 2312 (2315); allgemein so zur Berufsfreiheit jüngst erneut BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 73 – Tierarztvorbehalt; früh BVerfGE 7, 377 (397) – Apotheken; BVerfGE 32, 54 (71) – Handwerksrechtliches Besichtigungsrecht.

¹⁵ Relativierend aber *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 414 ff. – Auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, die als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, muss nicht zurückgegriffen werden (so auch *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 27). Das BVerfG hat in BVerfGE 113, 29 (48) – Anwaltsdaten die berufsregelnde Tendenz der Vorschriften des Ersten Buchs 8. Abschnitt der StPO für den Rechtsanwalt verneint und musste deshalb Art. 2 Abs. 1 GG bemühen.

¹⁶ Statt vieler BGH, Urt. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16, NJW 2017, 1681 (1686 Rn. 47) – Gleiss Lutz.

¹⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., IV., 7., a), S. 395 ff.

¹⁸ So aber (vereinzelt geblieben) *Reuß*, NJW 1959, 1533; zutreffend hiergegen *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 125 f.

¹⁹ Kritisch dazu *Krämer*, NJW 1975, 849 (852).

²⁰ Ausführlich *Kämmerer*, Privatisierung, S. 31 ff. auch m. w. N.

²¹ *Kämmerer*, Privatisierung, S. 33; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 65; vgl. auch *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 123; a. A. *Arndt*, NJW 1967, 1331 f.

hebung zur Staatsfinanzierung) im Ansatz schon nicht ohne die Anwaltschaft erfüllen könne. Der private Sachverstand sei notwendig angesichts der Komplexität der Rechts- und Steuerordnung, die den Einzelnen überfordert. Ob dies im vollen Umfang überzeugend ist – *Kämmerer* weist selbst auf die substituierenden Legal-Tech-Angebote hin – kann grundrechtlich hier dahinstehen, denn die Lücke, die der Staat bewusst lässt und in die die Anwaltschaft eintritt, führt nicht zur Qualifikation als Staatsorgan kraft Surrogation.²² Vielmehr kommt das öffentliche Interesse an der anwaltlichen Berufsausübung hierbei zum Vorschein, ohne dem Anwalt selbst eine staatliche Aufgabe zuzuweisen.²³ Eine Grundrechtsbindung, die eine Grundrechtsberechtigung ausschließt, kann auch nicht aus der Tatsache abgeleitet werden, dass historisch die Aufgabe von Rechtsanwälten durch Beamte erledigt wurde; die freiberuflichen Rechtsanwälte in eine Funktionsnachfolge des Staates eintreten würden. Das Stichwort „Grundrechtsbindung kraft Funktionsnachfolge“ entstammt nämlich einem genuin versammlungsgrundrechtlichen Kontext²⁴ der Judikatur des BVerfG²⁵ und ist dem Ziel, den kommunikativen Verkehr zu erhalten, verschrieben. Problematisiert wird der schrittweise Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung, die dem Einzelnen Freiheitschancen verwehrt. Durch die Befreiung der Anwaltschaft aus den Fesseln des Berufsbeamtentums hat der Reichsgesetzgeber jedoch im Gegenteil dem einzelnen Rechtsanwalt wie dem Mandanten mehr Freiheit eingeräumt. Er ist dem Bedürfnis nach staatsunabhängiger Beratung und Vertretung nachgekommen. Bewusste Diskontinuitäten hin zur Freiheit sind also von vorneherein nicht adressiert durch die Judikatur des Gerichts. Soweit für den Einzelnen durch den Übergang zu einem Nachfragemarkt Nachteile entstehen, muss und hat der Gesetzgeber durch Vergütungsregeln, durch Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe und Pflichtverteidigung reagiert.²⁶ Auch ist der Rechtsanwalt kein Beliehener,²⁷ also eine private Person, die mit der selbstständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts betraut wurde.²⁸ Soweit²⁹ ihre öffentlich-rechtliche Aufgabe und die korrespondierenden Befugnisse reichen, können sie sich nicht auf die Grundrechte berufen.³⁰ Hierun-

²² Zurecht *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (52).

²³ Allgemein zu dieser Differenzierung anschaulich *Kämmerer*, Privatisierung, S. 34.

²⁴ Kritisch insgesamt und die versammlungsgrundrechtlichen Besonderheiten betonend *Clas-sen*, Staatsrecht II, § 6 Rn. 39.

²⁵ BVerfGE 128, 226 (252) – Fraport; BVerfG-K, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485 f. Rn. 6 – Passauer Bierflashmob.

²⁶ S. allgemein zum Marktversagen als Motiv für gesetzliche Vergütungsregeln bei Freiberuflern *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (361 f.).

²⁷ Ausdrücklich *Krämer*, NJW 1975, 849 (853).

²⁸ Vgl. statt vieler *Groß*, Einheit und Vielfalt der öffentlichen Verwaltung, in: Grundlagen VerwR I, § 13 Rn. 89.

²⁹ *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 42; *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 201 nimmt bei Vertragsärzten auch nur eine partielle Beleihung an, die den Grundrechtsschutz nicht vollständig verdrängt.

³⁰ *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 90 Rn. 50; *Groß*, Einheit und Vielfalt der öffentlichen Verwaltung, in: Grundlagen VerwR I, § 13 Rn. 90.

ter fällt nur zum Teil der Anwaltsnotar.³¹ Weil er insoweit Beliehener ist, gilt das verfassungsrechtliche Gebot eines annähernd kostendeckenden Gebührensatzes.³² Der Rechtsanwalt handelt aber gegenüber seinem Mandanten nie hoheitlich.

2. Keine Verwässerung des Grundrechtsschutzes

a) Keine Bedeutung des staatlich-gebundenen Berufes

Die Vorstellung einer klaren Zäsur zwischen Art. 33 und Art. 12 Abs. 1 GG in Frage gestellt hat das (verfassungstextlich nicht vorgesehene) Konzept vom staatlich gebundenen Beruf. Der staatlich gebundene Beruf ist der „Gott-sei-mit-uns“ des anwaltlichen Verfassungsrechts.³³ Unter dem Begriff sollen in Form einer Zwischenschicht Berufe gefasst werden, die von „Halbbeamten“ ausgeübt werden.³⁴ Sie sollen sich durch eine besondere Pflichtigkeit im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses charakterisieren, was den Analogieschluss zum Staatsdienst rechtfertigen soll.³⁵ Wichtig zu verstehen ist jedoch, dass *Triepel* im Kaiserreich keine grundrechtliche Wahrheit ausgesprochen haben kann.³⁶ Vielmehr liegt dem Begriff eine einfachrechtliche Analyse der Regulierung bestimmter Berufe zugrunde. Diese Berufe wurden durch den Gesetzgeber „hart an die Grenzen des berufsmäßigen Beamtentums“ geführt.³⁷ Neben Notaren, Bezirksschornsteinfegern, Privatdozenten und Fleischbeschauern stand auch der Anwaltsberuf im Blickpunkt.

aa) Renaissance als grundrechtsdogmatische Kategorie

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes wurde die Kategorie jedoch im Rahmen der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG wiederbelebt. In ihrer Anwendbarkeit liegt ein schwerwiegendes Problem mit Art. 1 Abs. 3 GG. In der Apotheken-Entscheidung³⁸ hat das Gericht ihn zwar verwandt, freilich ohne eine grundrechtliche

³¹ *Kämmerer*, NJW 2006, 2727 (2728); vgl. auch *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 90 Rn. 10.

³² BVerfGE 47, 285 (318 ff.).

³³ Statt vieler *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411); früh *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1387 ff.).

³⁴ Wohl erstmals so *Triepel*, in: FS Binding II, S. 19.

³⁵ So die Kernidee zusammenfassend *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 2; das Pflichtenmoment besonders herausarbeitend *Triepel*, in: FS Binding II, S. 66 ff., 73 ff.

³⁶ Zurecht auch hervorgehoben von *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 3, der aber den Ausführungen *Triepels* zurecht zugesteht, durchaus das Spannungsverhältnis zwischen einem privatautonomem Freiheitsbereich und der staatlichen Organisationsgewalt identifiziert zu haben, auch wenn er die Umwandlung freier Berufe in beamtenähnliche Stellungen nicht als grundrechtlich-normatives Problem behandelte; s. auch *Rittner*, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 5 f.: „Es fehlt schon an dem *genus proximum*“.

³⁷ *Triepel*, in: FS Binding II, S. 81 (zum Privatdozenten).

³⁸ BVerfGE 7, 377 (398) – Apotheken. – Auf die Frage kam es entscheidungserheblich nicht an, da das bayerische Landesrecht – in Übereinstimmung mit den „allgemeinen deutschen Apothekenverhältnissen“ – den Apothekerberuf nicht derart an den öffentlichen Dienst herangeführt hat, sondern eine gewerbliche Vorstellung zugrunde legte. – *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (223) sieht die Schwäche dieser Aussagen des BVerfG gerade in ihrer Natur als obiter dictum begründet.

Definition oder ein Herausarbeiten der Charakteristika zu leisten.³⁹ Auch Angehörige staatlich gebundener Berufe können sich im Ausgangspunkt auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.⁴⁰ Dieses Grundrecht schmilzt aber langsam ab in Richtung des Art. 33 GG, je nachdem, wie weit der Gesetzgeber den Beruf institutionell an den öffentlichen Dienst herangeführt hat. Der Prüfungsmaßstab ist also gleitend und je nach Beruf zu entwickeln. Die Notarbeschlüsse⁴¹ haben hieran angeknüpft. Weil die Rechtspflege, auch in ihrer vorbeugenden Dimension, eine staatliche Aufgabe sei und der Notar staatliche Funktionen somit wahrnehme, verschließt das BVerfG den negatorischen Schutz sehr weitreichend. Insbesondere ist es für das Gericht nicht entscheidend, dass der Gesetzgeber den Notar aus dem Beamtentum entlassen und seinen Status als unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes ausgestaltet hat. Denn wie bereits gesagt, bleibt auch die Natur der Aufgabe unverändert durch die Übertragung auf einen Privaten. Es gibt keinen natürlichen Freiheitsraum, der der Berufsfreiheit des Notars zugrunde liegen könnte, so dass eine funktionale Nähe zum öffentlichen Dienst dominiert.⁴²

bb) Zurückweisen einer Bedeutung für die Anwaltsprofession

Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf den Rechtsanwalt schien auf der einen Seite fernliegend, auf der anderen Seite naheliegend. Sie war fernliegend, weil das Gericht in den Notarbeschlüssen gerade die Unterscheidung zwischen Rechtsanwalt und Notar prominent in den Fokus rückte.⁴³ Allerdings hatte *Laband*⁴⁴ bereits eine „eigenartige Doppelstellung“ festgestellt; der Rechtsanwalt sei zwar kein Beamter, bekleide aber ein öffentliches Amt.⁴⁵ Die Kategorie des staatlich gebundenen Berufes schien sich zu eignen, um die Organformel aus § 1 BRAO in verfassungsrechtliche Gewänder zu kleiden. Es liegt nicht vollkommen fern, die Formulierung vom Organ der Rechtspflege, wenn schon nicht mit einer Be-

³⁹ *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 25 ff. weist auf die terminologischen Differenzen des frühen Schrifttums hin und insbesondere die offenen Abgrenzungsfragen zu anderen Berufen und dem öffentlichen Dienst.

⁴⁰ Dies auch unterstreichend *Tettinger*, AöR 108 (1983), 92 (103) sowie *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (223).

⁴¹ BVerfGE 16, 6 ff.; BVerfGE 17, 371 ff. sowie vom gleichen Tage BVerfGE 17, 381 ff. – Bundesnotarordnung; ausdifferenziert für Gebühren, wo die Nähe zu den Freien Berufen in den Vordergrund tritt, BVerfGE 47, 285 (318 ff.).

⁴² BVerfGE 17, 371 (376 ff.) – Bundesnotarordnung.

⁴³ BVerfGE 17, 371 (380); auch *Dahs*, NJW 1975, 1385 (1388); *Krämer*, NJW 1975, 849 (851).

⁴⁴ *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches III, S. 452 ff.; kritisch *Triepel*, in: FS Binding II, S. 23 ff.; auch *Friedlaender/Friedlaender*, RAO, Allg. Einl. Anm. 10, auch weil *Laband* gewerbliche Elemente im Beruf erblicken will.

⁴⁵ Auch PrOVGE 23, 43 sah die Stellung des Rechtsanwalts einem Beamtenverhältnis annähert (s. auch PrOVGE 15, 41); aufgrund des einfachrechtlichen Befundes der RAO durchaus zustimmend *Triepel*, in: FS Binding II, S. 22. – S. heute noch sehr weitgehend *Brüggemann*, in: Weyland, § 1 BRAO Rn. 6.

amtenstellung, wenigstens mit einer amtsähnlichen Stellung zu verbinden.⁴⁶ Auch der Kontext der damaligen Epoche, der durch große politische Strafverfahren mit konflikträchtigen Strafverteidigerverhalten geprägt war, begünstigte diese Annahme.⁴⁷ Der Zweite Senat⁴⁸ hat dann auch, allerdings nur in einem obiter dictum⁴⁹ und in concreto mit begünstigender Wirkung für den beschwerdeführenden Rechtsanwalt,⁵⁰ erkannt: „Nach § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Sein Beruf ist ein staatlich gebundener Vertrauensberuf, der ihm eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete, amtsähnliche Stellung zuweist.“⁵¹ Diese Rechtsprechung überzeugt aus allgemeinen grundrechtsdogmatischen Gründen nicht und sieht sich anwaltsverfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt. Sie zweckentfremdet eine Beobachtung *Triepels*, um bestimmten Berufen den Grundrechtsschutz zu versagen. Vor allem wenn man bedenkt, dass das moderne Wirtschaftsleben kaum noch „staatsautarke Berufe“⁵² aufweist,⁵³ ist das Willkürliche dieser Rechtsprechung offenbar. Denn für diese Berufe, deren Wesensmerkmale nicht definiert werden, wird Art. 12 Abs. 1 GG tatsächlich zu einem Grundrecht nach Maßgabe des Gesetzes. Das Gericht erlaubt es dem Gesetzgeber, durch die stetige Fortschreibung seiner Regulierung dem Adressaten den Grundrechtsschutz immer mehr unter den Füßen wegzuziehen.⁵⁴ Je enger die gesetzliche Regulierung, umso mehr schiebt sich Art. 33 über Art. 12 Abs. 1 GG. Darüber hinaus ist der „Analogieschluss“ unhaltbar. Denn weder besteht eine Regelungslücke zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 33 GG,⁵⁵ noch sind die Interessen – in welcher Form auch immer – vergleichbar. Der Zweite Senat treibt die anwaltliche

⁴⁶ S. auch bereits früh *Triepel*, in: FS Binding II, S. 30, der zum Ergebnis kommt, dass der Rechtsanwalt dem Staat kraft „öffentlichen Rechts für die Ausübung seines Berufes in besonderer Weise verantwortlich“ ist; s. auch *Friedlaender/Friedlaender*, RAO, Allg. Einl. Anm. 9, die eine Qualifikation als amtsähnlich vornehmen, was das BVerfG aufgreifen sollte.

⁴⁷ Vgl. *Krämer*, NJW 1975, 849 (849).

⁴⁸ BVerfGE 38, 105 (119) – Zeugenbeistand; zustimmend, aber den Konflikt der Freien Advokatur sehend, *Tettinger*, AöR 108 (1983), 92 (103 Fn. 36).

⁴⁹ Hinweis auch bei *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 66 f. – *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (223) hatte bereits das obiter dictum im Apotheken-Urteil für die rechtlichen Fehlgriffe verantwortlich gemacht, da es womöglich zu einer nachlässigen Subsumtion verleitet.

⁵⁰ Vgl. *Jaeger*, NJW 2004, 1 (2).

⁵¹ BVerfGE 38, 105 (119) – Zeugenbeistand; zustimmend, aber den Konflikt mit der Freien Advokatur sehend, *Tettinger*, AöR 108 (1983), 92 (103 Fn. 36).

⁵² *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (223).

⁵³ Instrukтив *Wißmann*, Grundrechte in der Wirtschafts- und Arbeitsordnung, in: HdB VerfR, § 23 Rn. 7 f.; auch *Kämmerer*, NJW 2006, 2727 (2730).

⁵⁴ Umfassende kritische Auseinandersetzung bei *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 13 ff. („schriller Misston in der Melodie der Freiheit, als die das Apothekenurteil ansonsten bezeichnet wird“), dort auch m. w. N. aus dem zeitgenössischen überbordenden Schrifttum; *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 77 f.; *Krämer*, NJW 1975, 849 (852); *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (223) spricht anschaulich davon, dass nach den Aussagen des BVerfG sich die Heranführung an den öffentlichen Dienst selbst legitimiere; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 41 („Zirkelschluss“); *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 65 („petitio principii“).

⁵⁵ Die strukturelle und grundlegende Verschiedenheit von Beruf und Amt hervorhebend als Ausfluss der qualitativen Verschiedenheit von Staat und Gesellschaft *Burmeister*, in: FS Stern, S. 844; wie hier auch *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 78.

Berufsfreiheit so in eine ahistorische Auslegung, die die Entwicklungen der Freien Advokatur negiert und ihren Erfolg – die Absatzbewegung vom Staat und der Integration in seine Organisation – zurückzudrehen versucht.⁵⁶ Deshalb war es richtig, dass der Erste Senat,⁵⁷ der vielleicht schlicht ressortbedingt einen anderen Blickwinkel auf die anwaltliche Berufsausübung hat, einen anderen Akzent gesetzt hat. Obgleich er sich nicht ausdrücklich distanziert davon, dass „gelegentlich“ der Rechtsanwalt als staatlich gebundener Beruf bezeichnet wird und so einen Dissens zwischen beiden Spruchkörpern nicht sehen mag, ist die Entscheidung zurecht als vom Schrifttum geforderte⁵⁸ Änderung der Rechtsprechung verstanden worden. Damit ist kein Prä für eine Ablösung der anwaltlichen Berufsfreiheit vom Gemeinwohlbezug verbunden.⁵⁹ Denn auch der Erste Senat sieht die Organstellung; er ist nur nicht zur Schlussfolgerung hieraus bereit, dass es sich um einen staatlich gebundenen Beruf handele.⁶⁰ Die Entscheidung des Zweiten Senates kann man nämlich auch durchaus anders lesen: als Andeutung eines funktionalen – dienenden – Grundrechtsverständnisses.⁶¹ Hieran sind aber gänzlich andere Konsequenzen gebunden, als an die Annahme eines staatlich gebundenen Berufes, ohne den Gemeinwohlbezug zu negieren.⁶² Dass diese Kategorie a priori besser geeignet scheint, zeigt ein Blick auf die Medienfreiheit. Denn dass die Presse (und auch der Rundfunk) eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist weithin anerkannt. Doch die grundrechtliche Abbildung dieses Phänomens folgt nicht über die Ebene der Anwendbarkeit des Grundrechtstatbestands, sondern über ein Herausstreichen der objektiven gegenüber den subjektiven Gehalten des Grundrechts.⁶³

⁵⁶ Anders wohl aber BVerfGE 16, 6 (22), wo das BVerfG für den Notarberuf feststellt, dass dieser „vor einem Menschenalter“ von Staatsbeamten ausgeübt wurde. – Das BVerfG begründet seine Auslegung also gerade mit der vergangenen Staatspraxis; kritisch hierzu *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 142, der darauf hinweist, dass die Geltung von Grundrechten nicht durch eine Auslegung relativiert werden kann, die historische Gegebenheiten aus „zur Staatserhöhung neigenden Epochen“ einfach übernimmt.

⁵⁷ BVerfGE 63, 266 (284 f.) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

⁵⁸ *Krämer*, NJW 1975, 849 ff.; *ders.*, NJW 1995, 2312 (2315).

⁵⁹ Vgl. *Schneider*, Organ der Rechtspflege, S. 73 f.; das Gemeinwohl als maßgebliches Kriterium des Berufsrechts hervorhebend *Kleine-Cosack*, Einl. Rn. 49 ff.; ausdrücklich auch *Henssler*, AnwBl. 2018, 22 (27); ausführlich *Dombek*, in: FS Jaeger, S. 365 ff. – Welche Schlussfolgerungen hieraus abzuleiten sind, ist natürlich eine höchst unterschiedlich beantwortete Frage (paradigmatisch der Gegensatz zwischen *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 ff. und *Kleine-Cosack*, Einl. Rn. 49 ff.).

⁶⁰ *Krämer*, NJW 1975, 849 (852) kritisiert dann auch, dass das BVerfG keine verfassungsrechtliche Konzeption von der Organstellung bislang entwickelt hat, die in der Funktion für die Rechtspflege (Art. 20 Abs. 3 GG) zu suchen sein könnte.

⁶¹ Vgl. zu einem solchen Kap. 3, § 2, A., IV., 2., a), S. 361 ff.

⁶² Die Suche nach einer Alternative zum staatlich gebundenen Beruf verlangt auch *Krämer*, NJW 1975, 849 (852).

⁶³ Dies auch hervorhebend *Bethge*, Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 112; *ders.*, NJW 1982, 2145 (2148 f.); BVerfGE 20, 162 (175) – Spiegel spricht von öffentlicher Aufgabe der Presse, die aber nicht vom Staat erledigt werden darf, sondern der gesellschaftlichen Sphäre überantwortet ist.

b) *Indienstnahme des Rechtsanwalts*

Von der Beleihung kann die Verwaltungshilfe abgegrenzt werden. Hierunter wird verstanden, dass „eine Privatperson als außerordentlicher Organwalter i. w. S. einer Behörde für diese unselbstständig als Hilfsorgan tätig und lediglich in die Erledigung hoheitlicher Aufgaben eingeschaltet wird.“⁶⁴ Der Verwaltungshelfer kann mit dem Einzelnen selbstständig Rechtsbeziehungen eingehen. An sich passt dies auf den Rechtsanwalt nicht, denn er geht gegenüber der (Justiz-)Verwaltung keine Bindung ein, auf Grundlage derer er tätig wird. Er ist nach § 3 Abs. 1 BRAO der berufene Interessenvertreter seines Mandanten. Der Umstand, dass, wie *Triepel* richtig erkannte, der Staat den Rechtsfrieden nur mithilfe des Rechtsanwalts verwirklichen kann,⁶⁵ genügt letztlich nicht für die Annahme einer Verwaltungshilfe.⁶⁶ Doch bedarf die Situation des Pflichtverteidigers (§ 49 BRAO) womöglich einer differenzierten Betrachtung. *Triepel* sah in dieser Form der Berufsausübung diejenige, für die die Auffassung *Labands*, wonach der Rechtsanwalt Träger eines öffentlichen Amtes sei, einen richtigen Punkt aufweise.⁶⁷ Anders als bei der Prozesskostenhilfe (§ 48 BRAO), bei der ein Kontrahierungszwang zwischen Anwalt und Rechtsuchendem entsteht, begründet die Pflichtverteidigung ein gesetzliches Schuldverhältnis des öffentlichen Rechts. Allerdings verwendet das BVerfG hier statt der Terminologie der Verwaltungshilfe den Begriff der Indienstnahme,⁶⁸ ein „schillerndes Rechtsinstitut, das sich einer klaren begrifflichen Umschreibung, Systematisierung und Typisierung entzieht.“⁶⁹ Die Abgrenzung zur Verwaltungshilfe (und zur Beleihung) ist zwar schwierig, letztlich aber zu verlangen.⁷⁰ Dem Pflichtverteidiger werden berufsbezogene Pflichten aufgebürdet, er übt keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse aus, lediglich bedient sich die Justizverwaltung der Personal- und Sachmittel der „Freien Advokatur“. Denn es ist verfassungsrechtlich naheliegend und geboten,⁷¹ diese Aufgabe von privatwirtschaftlich tätigen Freiberuflern erfüllen zu lassen, also dem gleichen Personenkreis, der die Versorgung mit einer Leistung wie der anwaltlichen auch dann gewährleisten würde, wenn der Staat die Versorgung nicht zu einer „öffentlichen Aufgabe“ erklärt hätte.⁷² Das Gegenbeispiel wäre der US-amerikanische public defender.⁷³ Die Indienstnahme

⁶⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 91 Rn. 2.

⁶⁵ *Triepel*, in: FS Binding II, S. 25.

⁶⁶ *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (51).

⁶⁷ S. *Triepel*, in: FS Binding II, S. 26 in Bezug auf *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches III, S. 452 (s. auch S. 459 zur Dienstpflicht).

⁶⁸ BVerfGE 39, 238 – Widerruf Bestellung Croissant; terminologisch auch *Gaier*, AnwBl. 2010, 73 (74) sowie statt vieler unter Hinweis auf das BVerfG *Vorwerk*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 49 BRAO Rn. 1; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, § 49 BRAO Rn. 2.

⁶⁹ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 91 Rn. 48.

⁷⁰ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 91 Rn. 49.

⁷¹ *Burgi/Krönke*, VerwArch 2018, 423 (429) bezeichnen diese Frage als Primärebene.

⁷² BVerfGE 30, 292 (311) – Erdölbevorratung.

⁷³ S. hierzu *Bohnhorst*, Das Institut der Pflichtverteidigung im deutsch-US-amerikanischen Rechtsvergleich, S. 182 ff., dort auch wohlwollend zur Einführung staatlicher Pflichtverteidigerbüros in Deutschland (S. 188 ff.).

des Rechtsanwalts führt nicht zu einer Modulierung des Grundrechtsschutzes. Sie stellt für das Gericht einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar.⁷⁴ Die grundrechtliche Position verlangt für ihr Weichen eine Vergütung.⁷⁵ Damit scheint die Indienstnahme nur ein klassischer, wenn auch besonders intensiver Grundrechtseingriff zu sein. Dazu passt es auch, wenn das Gericht festhält, dass der Indienstgenommene kein Mehr an Befugnissen gegenüber jemanden hat, der die Tätigkeit ohne Indienstnahme ausübt. Diese Sicht auf die Indienstnahme scheint jedoch in Frage gestellt zu werden, wenn das BVerfG dem Pflichtverteidiger sogar ein Weniger an Grundrechtsschutz gewährt. Es stelle keinen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar, ihn zu entbinden.⁷⁶ Dies irritiert, denn im Rahmen der Pflichtverteidigung ist das BVerfG durchaus der Auffassung, der Pflichtverteidiger genieße den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG, wenn eine Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch als Verletzung der Berufsfreiheit sanktioniert wird.⁷⁷ Die Beendigung als „ultimatives Hemmnis“ hiervon auszunehmen, ist widersprüchlich. Das Gericht begründet dies damit, dass anders als beim Verteidigerausschluss eine Fortführung der Verteidigung als Wahlverteidiger in Betracht komme.⁷⁸ Das überzeugt deshalb nicht, weil das Gericht ansonsten, obgleich es um die Wahlverteidigung ging, von der „Institution der Strafverteidigung“⁷⁹ redet, die einheitlich dem Rechtsstaatsprinzip entspringe. Die Berufsfreiheit des Wahlverteidigers verlange, einen „Verlust an beruflicher Reputation und damit langfristig [...] Verringerung der Erwerbchancen des Strafverteidigers“⁸⁰ zu verhindern. Diese für den Wahlverteidiger getroffenen Aussagen sind auf den Pflichtverteidiger übertragbar.⁸¹ Es ist der von der Interessenwahrnehmung getragene Grundrechtsgebrauch des einzelnen Anwalts, der die anwaltliche Berufsfreiheit prägt. Deshalb hat das BVerfG durchaus Recht, dass die Bestellung als Pflichtverteidiger nicht im Interesse des Rechtsanwalts erfolgt, sondern im Mandanteninteresse und jenem der Allgemeinheit. Dies ist aber nicht der Punkt und steht der thematischen Einschlägigkeit des Grundrechts nicht entgegen. Der unabhängige und unbeeinflusste Grundrechtsgebrauch als berufener Interessenvertreter und unabhängiges Organ der Rechtspflege stellt nach hier vertretener Auffassung gerade den Gewährleistungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG dar.⁸²

⁷⁴ BVerfGE 34, 293 (299) – Verteidigerausschluss Schily; dem zustimmend *Gaier*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Art. 12 GG Rn. 66; BVerfGE 30, 292 (312) – Erdölbevorratung; dazu, dass die Indienstnahme nicht unter Art. 12 Abs. 2 GG fällt, *Burgi/Wolff*, in: *BK-GG*, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rn. 49 ff.

⁷⁵ Zu dieser allgemein *Burgi/Krönke*, *VerwArch* 2018, 423 (430 ff.).

⁷⁶ BVerfGE 39, 238 – Widerruf Bestellung Croissant.

⁷⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 4.5.2009 – 1 BvR 2252/08, *AnwBl.* 2009, 551 (552 f.) – Absolutes Aufrechnungsverbot für den Staat bei Pflichtverteidigergebühren; vgl. auch BVerfGE 30, 292 (311) – Erdölbevorratung.

⁷⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 14.10.1997 – 2 BvQ 32/97, *NJW* 1998, 444.

⁷⁹ BVerfGE 110, 226 (253) – Geldwäsche.

⁸⁰ BVerfGE 110, 226 (264) – Geldwäsche.

⁸¹ *Beulke*, *JZ* 2021, 403 (407).

⁸² Vgl. Kap. 2, § 2, A., II., 2., S. 159 ff.

Aus dieser Perspektive kann die Entbindung von der Pflichtverteidigung nicht anders zu behandeln sein als der Ausschluss des Wahlverteidigers.

3. Zwischenfazit

Auf Ebene der generellen Anwendbarkeit der Berufsfreiheit weist somit der Rechtsanwalt keine Besonderheiten auf. § 1 BRAO gibt argumentativ keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss von Art. 12 Abs. 1 GG, bleibt aber verfassungsrechtlich insgesamt blass. Auch eine enge Auslegung des Merkmals „Beruf“, was die staatlich gebundenen Berufe zum Teil ausschließen soll, ist zurecht nicht mehr Auffassung des Gerichts.⁸³ Von einer solchen engen Auslegung ist die Bestimmung des Gewährleistungsinhaltes zu unterscheiden, also der vom Grundrecht geschützten Verhaltensweisen.⁸⁴

II. Ermittlung des Gewährleistungsinhalts

Zwischen der Frage nach der Einschlägigkeit des Schutzbereichs und der Schrankensetzung situiert sich die Frage nach dem Gewährleistungsinhalt des Grundrechts.⁸⁵ Die Frage ist bislang für die anwaltliche Berufsfreiheit kaum gestellt bzw. explizit gemacht worden.⁸⁶ Dies soll im Folgenden versucht werden.

1. Gewährleistungsinhalt

a) Argumente im Schrifttum

Einer der frühen Verfechter einer engen Tatbestandstheorie war *Wahl*, der für die Wissenschaftsfreiheit vorschlug, zwischen Schutzbereich und Schranke den „Gewährleistungsumfang“ des Grundrechts zu bestimmen.⁸⁷ Darunter war für ihn der Inhalt und der Umfang eines Gegenstandsbereichs zu verstehen, der grundrechtlich geschützt ist. So ist es für ihn von dem Gewährleistungsumfang nicht mehr umfasst, fremde Rechtsgüter für die Wissenschaft zu usurpieren. Historisch sei die Wissenschaftsfreiheit die Freiheit der Auswahl der Fragestellung und Methode. Allgemein wird für eine enge Tatbestandstheorie ins Feld geführt, dass es für das Grundrecht nicht vorteilhaft ist, wenn jedes Verhalten Schutz genießt, weil die Schrankenziehung diese Weite wieder einfangen muss, auch unter Nivellierung bestehender Schrankenvorschriften.⁸⁸ Dies betrifft dann vor allem auch die

⁸³ So auch *Mann*, in: *Sachs*, GG, Art. 12 Rn. 66.

⁸⁴ *Kaufhold*, NJW 2010, 2376 (2379).

⁸⁵ Vielmals wird auch der Begriff des Gewährleistungsgehaltes verwendet im Schrifttum, der jedoch zum Gewährleistungsinhalt auch als Oberbegriff verstanden werden kann (hierzu *Sachs*, Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte, in: *StR* III/2, § 77 S. 27 Fn. 75).

⁸⁶ BVerfGE 118, 1 – RVG-Kappungsgrenze; kritisch *Zuck*, JZ 2008, 287 ff.

⁸⁷ *Wahl*, Freiburger Universitätsblätter 26 (1987), 19 (32 ff.).

⁸⁸ Vgl. *Böckenförde*, Staat 42 (2003), 165 (167 f.); *Wahl*, Freiburger Universitätsblätter 26 (1987), 19 (25) sieht insb. BVerfGE 69, 1 (21 f.) – Kriegsdienstverweigerung II hochproblematisch, da das Gericht aus der Kompetenzordnung und Organisationsvorschriften (über die Bundes-

Grundrechte ohne geschriebene Schranke. Eine weite Tatbestandstheorie vermag im Ergebnis keinesfalls ein Mehr an Grundrechtsschutz zu liefern, sondern sie muss vielmals das Abschmelzen grundrechtlichen Schutzes vorantreiben.⁸⁹ Sie erhöht zwangsläufig die Anzahl der Grundrechtskollisionen und bewirkt eine Überkonstitutionalisierung einfachrechtlicher Fragen.⁹⁰ Die Lehre vom Gewährleistungsinhalt reagiert hierauf und legt dem Grundrecht immanente Grenzen an, die die „sachliche Reichweite“⁹¹ abstecken. Während der Schutzbereich „beschreibend“⁹² ist – ist etwas Religion oder ein Beruf? – bedarf es für den Gewährleistungsinhalt eine normative Analyse des Grundrechts. Zum Normbereich sollen nur „sachspezifische“⁹³ oder „grundrechtsspezifische“⁹⁴ Handlungen gehören, nicht aber „unspezifische Modalitäten der Grundrechtsausübung“.⁹⁵ Letztere sollen dann vorliegen, wenn die Handlung austauschbar sei.⁹⁶ Um den Gewährleistungsinhalt zu bestimmen, bietet sich der Rückgriff auf die historische Gefährdungslage an und die mit dem Grundrecht zu verwirklichenden gesellschaftlichen Erwartungen.⁹⁷ Die historische Gefährdungslage findet regelmäßig ihren Ursprung im Dritten Reich,⁹⁸ kann aber aufgrund der strukturellen Verwandtschaft auf die Ziele älterer Verfassungsurkunden hindeuten⁹⁹ und rechtsordnungsübergreifend bestimmt werden.¹⁰⁰ Sie kann aber auch spezifischer sein. So scheint es naheliegend, aber der genaueren Untersuchung bedürftig, für die anwaltliche Berufsfreiheit den Kampf um die Freie Advokatur als Gewährleistungsinhalt zu begreifen, denn die Rechtsprechung des BVerfG erkennt an, dass die Berufsausübung unter dem Grundgesetz durch die Freie Advokatur *gekennzeichnet* sei.¹⁰¹ Ein solches Vorgehen rechtfertigt sich dadurch, dass der Verfassungsgeber mit einem Grundrecht eben diese spezifische Gefährdungslage für die Freiheit beseitigen woll-

wehr) kollidierendes Verfassungsrecht abgeleitet (ablehnend hierzu die Sondervoten der Richter *Mahrenholz* und *Böckenförde* (BVerfGE 59, 1 [57 ff. und 59 f.]).

⁸⁹ *Hoffmann-Riehm*, in: *Haben wir wirklich Recht?*, S. 54; speziell für die Erstreckung der Meinungsfreiheit auf die kommerzielle Werbung *Hochhuth*, *Meinungsfreiheit*, S. 28.

⁹⁰ S. schon *Starck*, *JuS* 1981, 237 (245 f.).

⁹¹ *Hoffmann-Riem*, in: *Haben wir wirklich Recht?*, S. 71; *Böckenförde*, *Staat* 42 (2003), 165 (174, 187); *F. Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, S. 20. – Für *F. Müller* folgt dies aus der Rechtsqualität der Grundrechte (S. 32).

⁹² Vgl. auch bereits *Wahl*, *Freiburger Universitätsblätter* 26 (1987), 19 (32) am Beispiel des *Sprayer* von Zürich.

⁹³ *F. Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, S. 74.

⁹⁴ *F. Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, S. 64.

⁹⁵ *F. Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, S. 88.

⁹⁶ *F. Müller*, *Die Positivität der Grundrechte*, S. 99 ff.; kritisch *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 283 ff.

⁹⁷ *Ladeur*, *AöR* 131 (2006), 643 (646).

⁹⁸ Für die Wissenschaftsfreiheit s. *Wahl*, *Freiburger Universitätsblätter* 26 (1987), 19 (33).

⁹⁹ *Rusteberg*, *Gewährleistungsgehalt*, S. 175.

¹⁰⁰ S. bspw. BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth: „Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l’homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789).“

¹⁰¹ S. statt vieler BVerfGE 76, 171 (188) – Bastille.

te.¹⁰² Damit ist der Normalfall des Grundrechtsschutzes bestimmt.¹⁰³ Das Abwehrrecht schützt den staatlichen Zugriff auf diesen Normalfall. Dabei bleibt es jedoch nicht und es kommt nicht zu einem Vorrang der historischen Auslegung.¹⁰⁴ Das Grundrecht will gerade einen Lebensbereich ordnen, es hat ein Telos, das sich auch unter gewandelten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umständen durchsetzen will.¹⁰⁵ So wäre der Freien Advokatur nicht nur die Unabhängigkeit vom Staat zu entnehmen, sondern man müsste sich fragen, ob das damit verbundene Telos im 21. Jahrhundert auch die Unabhängigkeit vom Mandanten oder sonstigen Dritten verlangt. Der Gewährleistungsinhalt wird also durch das Schutzgut des Grundrechts und den Zusammenhang der gesamten Verfassung, in dem es steht, geprägt. Damit ist auch die Besonderheit der spezifischen Freiheitsgrundrechte gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG gesichert. Denn nur die ersteren haben einen materiellen, zur Differenzierung fähigen Gehalt, während Art. 2 Abs. 1 GG die Versubjektivierung der objektiv-rechtlichen Ordnung zum grundrechtlichen Lückenschluss bewirkt.¹⁰⁶ Die Berufsfreiheit ist schlicht etwas anderes als eine berufsbezogene allgemeine Handlungsfreiheit.¹⁰⁷ Es geht also darum, die objektiv-rechtlichen Prinzipien des Grundrechts zu ermitteln und sie mittels dem Abwehrrecht zu schützen. Die Reichweite des Grundrechtsschutzes ist dann nicht mehr das Ergebnis einer einzelfallbezogenen Abwägung, sondern erfolgt abstrakt.¹⁰⁸ Dabei besteht in der Literatur unter den Anhängern der Lehre vom Gewährleistungsinhalt nicht durchgehende Einigkeit. Dies betrifft vor allem die Frage, was grundrechtlich geschehen soll mit einem Handeln, das außerhalb des Gewährleistungsinhalts liegt.¹⁰⁹ Bei *Hoffmann-Riem* bleibt das Grundrecht, bspw. Art. 12 Abs. 1 GG, weiterhin maßstabbildend. Es wird nur nicht als Eingriffsabwehrrecht mobilisiert, sondern der Gesetzgeber wird ausgestaltend tätig. Er verlässt also die Mikroebene des einzelnen Grundrechtsträgers zugunsten der Makroebene, wo strukturelle Probleme gesamthaft adressiert werden können. *Böckenförde* hält hingegen an seiner Perspektive der Grundrechte als liberales Abwehrrecht fest. Er will, nachdem die Handlung die „Schleuse“ des Gewährleistungsinhalts passiert hat, dreistufig prüfen (Gewährleistung – Eingriff – Rechtfertigung), nimmt also die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers zurück, während *Hoffmann-Riem* sie umgestaltet.

Im Schrifttum hat der Gewährleistungsinhalt teilweise leidenschaftliche Kritik hervorgerufen und zum plakativen Vorwurf bundesverfassungsgerichtlichen De-

¹⁰² *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, S. 175; s. auch *Starck*, JuS 1981, 237 (237).

¹⁰³ *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, S. 176.

¹⁰⁴ Wie hier vgl. *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, S. 35, 36 (zum Eigentum); anders wohl das Verständnis von *Zuck*, JZ 2008, 287 (291).

¹⁰⁵ *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, S. 35 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *Kahl*, Schutzergänzungsfunktion, S. 31 ff.; vgl. aber *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (20), der Art. 2 Abs. 1 GG als wichtigstes „materielles Freiheitsrecht“ bezeichnet (vgl. auch S. 25 f. kritisch zur Elfes-Konstruktion).

¹⁰⁷ *Rusteberg*, in: Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, S. 104; *Ladeur*, AöR 131 (2006), 643 (647).

¹⁰⁸ *Rusteberg*, in: Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, S. 102.

¹⁰⁹ *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, S. 98 ff.

zisionismus geführt.¹¹⁰ Vielmehr halten es Kritiker des normativ bestimmten Gewährleistungsinhalts für ausreichend, einen ausufernden Freiheitsgebrauch durch verhältnismäßige Begrenzungen zu rechtfertigen – Kernstück ihrer Grundrechtsprüfung bleibt der Eingriff und die verfassungsrechtliche Rechtfertigung.¹¹¹ Die Unterscheidung von Handlungen nach ihrer Spezifität für das Grundrecht, wie es *F. Müller* vorgeschlagen hat, hält *Alexy* für ungeeignet und im Ergebnis willkürlich.¹¹² Sie nehme dem Grundrechtsträger die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, welche Handlungen für ihn elementar und unverzichtbar sind. Eigentlich gehe es stets um die Durchsetzung der Geltung von kollidierendem Verfassungsrecht und dies sei eine Frage der Abwägung. *Alexy* wirft den Anhängern einer engen Tatbestandslehre vor, ihre Ergebnisse seien doch nur überzeugend, weil sie nach der Schrankenlogik dächten.¹¹³ Die enge Tatbestandslehre verschleierte nur, dass sie in der Abwägung von „Grund und Gegengrund“ verhaftet sei. Ob der Gewährleistungsinhalt eine grundsätzliche Neuvermessung grundrechtlicher Dogmatik bedeutet, ist eine Frage, die für eine an einem Einzelgrundrecht aufgehängte Betrachtung außen vor bleiben muss.¹¹⁴

b) Konjunktur im Ersten Senat

In der *Sprayer-von-Zürich-Entscheidung* hat der Vorprüfungsausschuss des BVerfG Ansätze einer engen Tatbestandslehre erkennen lassen,¹¹⁵ seine dogmatischen Aussagen allerdings später ausdrücklich revidiert.¹¹⁶ Zu einer wahren Konjunktur kam die Lehre zu Beginn der 2000er Jahre durch mehrere Entscheidungen des BVerfG, die nicht mehr in derartiger Pauschalität, aber gleichwohl Differenzierungen bei der Reichweite des Schutzzumfangs vornahmen: So judizierte das BVerfG, dass die Befugnis von Krankenkassenverbänden, Festbeträge festzusetzen, nicht am berufsfreiheitlichen Maßstab von Pharmaunternehmen, Optikern und Hörgeräteakustikern zu messen sei.¹¹⁷ Stellvertretend wird immer die *Glykolwein-Entscheidung*¹¹⁸ genannt, die allerdings durch den ganz spezifischen Kontext des staatlichen Informationshandelns nicht verallgemeinert werden

¹¹⁰ Grundlegend *Kahl*, Staat 43 (2004), 167 (184); *ders.*, AöR 131 (2006), 579 (605 ff.); auch *Zuck*, JZ 2008, 287 (291 f.); differenziert *Classen*, Staatsrecht II, § 5 Rn. 13 ff.

¹¹¹ Etwa *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 175 ff.; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 400 ff.

¹¹² *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 285 f. am Beispiel der Kunstfreiheit.

¹¹³ Hierzu und im Folgenden *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 285 f.

¹¹⁴ Zurückhaltend *Hoffmann-Riem*, in: *Haben wir wirklich Recht?*, S. 72 f.; jene Frage in den Blickpunkt nehmend *Volkman*, JZ 2005, 261 ff.; anschauliche Kritik der „kopernikanischen Wende rückwärts“ bei *Höfling*, in: FS Rübner, S. 332 ff.; „wenig Gefolgschaft“ für die Lehre konstatiert *Bumke*, AöR 141 (2019), 1 (51).

¹¹⁵ BVerfG-Vorprüfungsausschuss, Beschl. v. 19.3.1984 – 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293 (1294) – *Sprayer von Zürich*; *Höfling*, in: FS Rübner, S. 334 Fn. 48 sieht die Entscheidung als bis dato absolute Ausnahme; zur verdeckten Abwägung *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 285 f.

¹¹⁶ BVerfGE 142, 74 (104) – *Sampling*.

¹¹⁷ BVerfGE 106, 275 (298 f.) – *Arzneimittelfestbeträge*.

¹¹⁸ S. auch vom gleichen Tage BVerfGE 105, 269 – *Osho*.

kann,¹¹⁹ insbesondere soweit zugunsten der Exekutive aus der Verfassung fließende Befugnisse mitsamt ihrer Begrenzung entnommen werden. Bereits abseits der Frage staatlichen Informationshandelns entsprach es vorheriger ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass Art. 12 Abs. 1 GG nicht gegen hinzutretende Konkurrenz in Stellung gebracht werden kann.¹²⁰ Dies gilt auch für den regulierten Markt der rechtsberatenden Berufe.¹²¹ Hinzutretende Konkurrenz sei einem marktwirtschaftlichen System inhärent. Die Berufsfreiheit (als Wettbewerbsfreiheit) könne niemals davor schützen, dass ein Geschäftsmodell keinen Erfolg habe oder sich der Marktteilnehmer dem Diskurs stellen müsse.¹²² Vielmehr wird der Freiheitsschutz durch die „rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen“.¹²³ Der berufsfreiheitliche Schutz sei auf die Teilhabe¹²⁴ an dem Wettbewerb nach den Maßgaben seiner Funktionsbedingungen gerichtet.¹²⁵ Deshalb ziele die Berufsfreiheit nicht auf den Schutz „vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken [...] Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst [...] nicht einen Schutz vor Einfluss auf wettbewerbsbestimmende Faktoren.“¹²⁶

2. Bestimmung des spezifischen Gewährleistungsinhalts der anwaltlichen Berufsfreiheit

Interessanterweise hat der Rechtsanwalt keinen ausdrücklichen Eingang ins Grundgesetz gefunden, doch wurde über diesen Beruf nicht nur im Rahmen des rechtlichen Gehörs geredet, sondern auch im Rahmen der Berufsfreiheit. So formulierte der Abgeordnete Schmid (SPD): „Wenn ich aber den Beruf des Rechtsanwalts erwähle, muß ich mich der Berufsausbildung unterwerfen, die für diesen Beruf festgesetzt ist. Das ist selbstverständlich. Wohl aber möchte ich ausgeschlossen wissen, daß man sagt: es sind schon hundert Rechtsanwälte da, du darfst nicht den

¹¹⁹ *Hoffmann-Riem*, in: *Haben wir wirklich Recht?*, S. 71; *P.M. Huber*, JZ 2003, 290 ff.; a. A. *Kahl*, Staat 43 (2004), 167 (175).

¹²⁰ Etwa BVerfGE 55, 261 (269) – Dipl. Ing.; BVerfGE 106, 275 (299) – Arzneimittelfestbeträge.

¹²¹ BVerfGE 34, 252 (256) – Vereinheitlichung steuerberatender Berufe; BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.2000 – 1 BvR 230/00, NJW 2000, 1939 f. – Neuregelung der Postulation nach der Wiedervereinigung.

¹²² BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolwein.

¹²³ BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolwein.

¹²⁴ Ausführlich hierzu *Lindner*, DÖV 2003, 185 (189 ff.), der die selbstbestimmte Entscheidung über das Ob und Wie der Teilnahme aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ableitet.

¹²⁵ BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolwein; *Lindner*, DÖV 2003, 185 (190) mangels subjektiven Anspruchs „auf Wettbewerb“, da dieser denklogisch über den einzelnen hinausgehe.

¹²⁶ BVerfGE 105, 252 (266) – Glykolwein; vehementer Widerspruch bei *P.M. Huber*, JZ 2003, 290 (292), der dem BVerfG vorwirft zu verkennen, dass Art. 12 Abs. 1 GG zwar keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb gewährt, aber der Staat vorliegend hier lenkend in den Wettbewerb eingreife.

Beruf des Rechtsanwalts wählen“.¹²⁷ Die Parallelen zur Glykolwein-Entscheidung erscheinen erstaunlich. Anwaltliche Berufsausübungsfreiheit sollte nur im Rahmen des Berufsrechts stattfinden, so wie Wettbewerb nur im vom Wettbewerbsrecht gesteckten Rahmen geschützt ist. An was der Abgeordnete Schmid denkt, wenn er an anwaltliche Berufsfreiheit denkt, ist die Freie Advokatur. Art. 12 Abs. 1 GG schützt also davor, dass der Staat die Zulassung zur Anwaltschaft von einer Bedarfsprüfung abhängig macht.¹²⁸ Subjektive Berufszugangsbeschränkungen sollen i. E. zulässig¹²⁹ und objektive Berufszugangsbeschränkungen i. E. unzulässig sein sollen. Das Grundrecht schützt zudem die inhaltliche Freiheit¹³⁰ des Anwalts gegenüber dem Staat.

a) Entscheidung zur RVG-Kappungsgrenze

Das BVerfG hat die Gebührenkappungsgrenze bei 30 Millionen Euro (§ 22 Abs. 2 RVG sowie § 23 Abs. 1 RVG i. V. m. § 39 Abs. 2 GKG) verfassungsrechtlich nicht beanstandet.¹³¹ Thematisch betraf die Entscheidung sicherlich eine Randfrage der anwaltlichen Berufsausübung, doch sie zeigt potentiell weitreichende Konsequenzen auf. Sie erging mit 7–1 Stimmen, wobei Hoffmann-Riem Teil der die Entscheidung tragenden Senatsmehrheit war, während der Berichterstatter Gaier sich zu einem Sondervotum veranlasst sah.¹³²

aa) Dissens zwischen Senatsmehrheit und Berichterstatter

Thematisch ist für die Senatsmehrheit durch die RVG-Kappungsgrenze die anwaltliche Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berührt, allerdings liegt für sie weder ein Eingriff noch ein Eingriffsäquivalent vor.¹³³ Sie stützt ihre Begründung darauf,

¹²⁷ Wiedergabe bei Häberle, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. 1 (1951/2010), S. 134; instruktiv F. Michl, JöR n. F. 68 (2020), 323 (340 ff.) zu den mit Art. 12 GG verbundenen Zielen und dem wirtschaftspolitischen Kontext am Vorabend des Apothekenurteils.

¹²⁸ So allgemein zum Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts aufgrund der Freien Advokatur auch Tettinger, JZ 1983, 605 (605); s. auch kritisch ders., BRAK-Mitt. 1986, 54 (58 f.) zur „Zulässigkeit berufslenkender Maßnahmen struktureller und organisatorischer Art“; s. bereits auch früh für das Handwerk H.-P. Ipsen, DVBl. 1956, 358 (362), der die Kontingentierung oder einen numerus clausus als absolute Grenze bzw. als Teil von Art. 19 Abs. 2 GG betrachtet; s. noch früh zur BayRAO BayVerfGHE 2, 127 ff. – Zulassungsverweigerung von Nicht-Bayern und Nicht-Flüchtlingen.

¹²⁹ So ausdrücklich für Rechtsanwälte und Steuerberater Burgi, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 242.

¹³⁰ Auch Burgi, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 45 ff. will bei seinem Modell der Berufsausübungsfreiheit stärker differenzieren bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle, ob eine Vorschrift die „Freiheit der Ausübung eines Berufes“, also die „Verfolgung berufsbezogener Zwecke, d. h. den Inhalt der Tätigkeit“ reguliert oder nur den „Modus der Berufsausübung“. Diesen Ansatz überträgt er konsequent auf die Berufsfreiheit von Rechtsanwälten und Steuerberatern (Rn. 239, 242).

¹³¹ BVerfGE 118, 1 – RVG-Kappungsgrenze; der Senatsmehrheit wohl zustimmend Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 390 Rn. 383.

¹³² Zu diesem Umstand recht ausführlich Zuck, JZ 2008, 287 (288 f.).

¹³³ BVerfGE 118, 1 (16 ff.) – RVG-Kappungsgrenze.

dass die Vergütung des Rechtsanwalts durch die Einbettung in ein gesetzliches Vergütungssystem geprägt sei, das eine vertragliche Vereinbarung über die Höhe des Honorars entbehrlich machen könne, auch wenn eine solche Vereinbarung (unter geringen Voraussetzungen) weiterhin möglich sei (§ 3a RVG).¹³⁴ Für die Senatsmehrheit ist es nun entscheidend, dass die angegriffene Vorschrift durch die Einführung der Gebührenkappungsgrenze nur innerhalb (!) dieses Systems eine Änderung vornimmt. Dieses System schütze, so die Richter, Rechtsanwalt und Mandant gleichermaßen. Das vertragliche Honorar wird nicht dem Markt unterworfen, sondern am Maßstab der gesetzlichen Mindestgebühren nach unten hin begrenzt, wovon die Anwaltschaft insgesamt profitiere. Für den Rechtsuchenden haben die Gebühren den Vorteil, dass der Gesetzgeber ihm Anhaltspunkte vermittelt, was anwaltliche Leistungen „wert sind“, was er aus eigenem Wissen vielleicht nicht beurteilen kann.¹³⁵ Der Rechtsanwalt könne zudem eine vertragliche Vereinbarung schließen, wenn er das Mandat nicht zu den gesetzlichen Gebühren bearbeiten möchte. Die Funktion der vertraglichen Honorarvereinbarung – und damit die Vertragsfreiheit – wird nach Auffassung der Mehrheit dadurch sogar gestärkt. Dies unterscheide die Vorschrift vom Verbot der Gebührenunterschreitung (§ 4a Abs. 1 RVG).¹³⁶ Damit ist die Kappungsgrenze kein eingreifendes, sondern ein fördernd ausgestaltetes Gesetz. Ihr Ergebnis – die Verwerfung der Verfassungsbeschwerde als unbegründet – stützt die Senatsmehrheit hilfsweise durch eine hier nicht zu vertiefende, aber im Ergebnis bestandene Überprüfung am Übermaßverbot.¹³⁷ Diesen Argumentationsstrang verdammt *Gaier* in seinem Sondervotum in Bausch und Bogen.¹³⁸ Zuzugeben ist in jedem Fall, dass die Mehrheit des Ersten Senats in jener Entscheidung ihre dogmatische Linie nicht *erkennen* lässt;¹³⁹ der Begriff „Gewährleistungsinhalt“ oder auch ein verwandter Begriff spielt – auch wenn er zur Klarstellung geeignet wäre – keine Rolle. Man muss zustimmen, dass es missverständlich ist, wenn die Richter ausführen, die Kappungsgrenze berühre die Berufsfreiheit, stelle aber weder Eingriff noch Eingriffsäquivalent dar. Diese Formulierung entspricht aber auch der sonstigen Praxis des Gerichts, um eine thematische Einschlägigkeit ohne Eingriff zu signalisieren.¹⁴⁰ Ein klassischer Eingriff kann die Kappungsgrenze allerdings bereits nicht sein, weil sie kein Ge- oder Ver-

¹³⁴ BVerfGE 118, 1 (16) – RVG-Kappungsgrenze.

¹³⁵ BVerfGE 118, 1 (17) – RVG-Kappungsgrenze.

¹³⁶ Einen Eingriff durch Mindestpreise in die Berufsfreiheit desjenigen, der die Leistung unter diesem Preis anbieten will sieht auch BVerfG-K, Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 82/03, NJW 2006, 49 – HOAI; zustimmend *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (382 Fn. 143).

¹³⁷ BVerfGE 118, 1 (16) – RVG-Kappungsgrenze.

¹³⁸ Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 118, 1 (29 ff.) – RVG-Kappungsgrenze; ausführliche Kritik auch bei *Zuck*, JZ 2008, 287 (291 ff.); kritisch auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (410); *Ruffert*, in: BeckOK-GG, Art. 12 Rn. 112.1, 49.

¹³⁹ *Kahl*, Staat 43 (2004), 167 (173 Fn. 36) sieht bereits in der Glykol-Entscheidung („kein Schutz vor Wettbewerb“) eine Frage des (von ihm deutlich abgelehnten) Gewährleistungsgehaltes und nicht eines Eingriffes; anders wohl *Höfling*, in: FS Rübner, S. 333 f. zur am gleichen Tage ergangenen Osho-Entscheidung.

¹⁴⁰ BVerfGE 126, 1 (24) – Fachhochschullehrer.

bot an den Rechtsanwalt richtet. Zutreffender wäre sicherlich gewesen, nur von der thematischen Einschlägigkeit, weil es gerade um den Beruf des Rechtsanwalts geht, zu sprechen. *Gaier* wirft der Mehrheit vor, sie überführe die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts in eine auszugestaltende Freiheit, was er nur für die vertragsfreiheitliche Komponente akzeptieren will, allerdings gehe es seiner Meinung nach dem Gesetzgeber vorliegend gerade nicht um eine gesetzliche Prägung der Privatautonomie, sondern um das Rechtsschutzsystem.¹⁴¹ Er bejaht einen mittelbaren Eingriff¹⁴² in die Berufsfreiheit, weil seiner Auffassung nach die Verhandlungsposition des Rechtsanwalts durch die Kappungsgrenze geschwächt werde; die Möglichkeit, eine Honorarvereinbarung zu schließen, die über die gesetzliche Vergütung hinaus gehe, sei durch die Leitbildfunktion der gesetzlichen Gebühren faktisch beseitigt.¹⁴³ Die Berufsfreiheit sei deshalb betroffen, weil es nicht darum gehe, dass Art. 12 Abs. 1 GG die Mandatsübernahme zu bestimmten Konditionen schütze, sondern dass die Vertragsverhandlungen ohne staatlichen Einfluss stattfänden.¹⁴⁴ Im Anschluss sieht er auch – anders als die Senatsmehrheit in ihren Hilfserwägungen es zum Ausdruck bringt – keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.¹⁴⁵

bb) Analyse des Gewährleistungsinhalts

Der von der Senatsmehrheit vorgetragene Widerspruch, wonach die Vorschrift das Grundrecht berühre, aber nicht in es eingreife, löst sich auf, wenn man sich die Trennung von Schutzbereich und Gewährleistungsinhalt vergegenwärtigt. Die Kappungsgrenze fällt in den Lebensausschnitt „Berufsausübung des Rechtsanwalts“, betrifft aber nicht den Gewährleistungsinhalt. Für die Senatsmehrheit fehlt es an einer vorangehenden berufsgrundrechtlichen Position, die das nunmehr erschwerte Verhalten umfasst.¹⁴⁶ Die Kappungsgrenze sei nur eine „Ausformung des Rechtsschutzsystems“. Der Rechtsanwalt könne Honorarvereinbarungen abschließen, freilich ohne dies grundrechtlich fordern zu können. Die Senatsmehrheit sieht als Gewährleistungsinhalt der anwaltlichen Berufsfreiheit also die Berufsausübung im Rahmen eines Rechtsschutzsystems, das nach vom Staat gesetzten Regeln funktioniert. Allgemeine und dem System inhärente Faktoren greifen nicht

¹⁴¹ Diese Ausführungen sind wohl zu vereinfachend, denn sie suggerieren, dass eine Vergütungsregelung sich entweder auf ein öffentliches Interesse *oder* die Privatautonomie beziehe. Diese Perspektive ist mit *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (377) zurückzuweisen. Denn Vergütungsregeln verfolgen nie isoliert ein einziges Ziel. Außerdem beziehen sich die Ziele stets auch auf öffentliche, dem Gemeinwohl zuzuordnende Belange. Diese werden *durch* die Ausgestaltung der Vertragsfreiheit realisiert. Die Trennung von *Gaier* ist also künstlich und keine Grundlage für eine Differenzierung.

¹⁴² Dieser ist ohne weiteres in der Grundrechtsdogmatik anerkannt: stellvertretend *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (41 f.).

¹⁴³ Zur Wiederholung und Einordnung seiner Kritik an der Auffassung der Senatsmehrheit s. *Gaier*, AnwBl. 2010, 73 (74).

¹⁴⁴ Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 118, 1 (35) – RVG-Kappungsgrenze.

¹⁴⁵ Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 118, 1 (38 ff.) – RVG-Kappungsgrenze.

¹⁴⁶ BVerfGE 118, 1 (22 ff.) – RVG-Kappungsgrenze; so wohl auch BVerfG-K, Beschl. v. 27.4.2021 – 1 BvR 2649/20, AnwBl. Online 2021, 700 f. (Rn. 11 f.) – Drittberatungsverbot.

in den Gewährleistungsinhalt der anwaltlichen Berufsfreiheit ein.¹⁴⁷ Dies leitet über zur Frage, was genau dieser Gewährleistungsinhalt positiv ist. Die Senatsmehrheit, indem sie die Möglichkeit der Honorarvereinbarung derart betont, gibt einen Anhaltspunkt. Als Schlüssel zur Entscheidung bietet sich die Freie Advokatur an. Das Schlagwort fällt zwar nicht ausdrücklich, es ist allerdings als Merkmal zur Grenzziehung anwaltlicher Berufsentfaltung etabliert.¹⁴⁸ Wie *Kilian* erinnert hat, ist die Freie Advokatur mit dem Kampf um Statusunabhängigkeit und für die Zulassungsfreiheit nicht hinreichend beschrieben. Sie zielte auch auf die Vertragsfreiheit der Rechtsanwälte, die durch staatlich gesetzte Zwangstarife nicht existent war. Diese Tarife entstanden nicht durch volkswirtschaftliche Preisbestimmung,¹⁴⁹ waren nicht kostendeckend und ähnelten deshalb den Gerichtsgebühren. Begleitend zur RAO hat die RAGebO vom 7.7.1879¹⁵⁰ ein System etabliert, das das „Recht auf Vereinbarung der Gebühr mit subsidiärer Taxe“ enthält, um eine funktionsfähige Anwaltschaft auch in einem Nachfragemarkt im Interesse der Allgemeinheit zu erhalten.¹⁵¹ Das Vergütungsrecht dient damit einem Motivbündel:¹⁵² Weil die Preisbildung aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen Anwalt und Rechtssuchendem nicht nach Marktgrundsätzen funktionieren kann¹⁵³ und zugleich ein Wettbewerb nach qualitativen Gesichtspunkten erwünscht ist, will das deutsche Recht die Entgeltfrage nicht der Privatautonomie vollständig überantworten. Verbraucher- und Mandantenschutz sowie die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die Schutzverantwortung für beide Gemeinwohlbelange begründen diese Regulierung. Auf diese auch historisch durch die Rechtszersplitterung in den deutschen Landesteilen bedingte Grundentscheidung des 19. Jahrhunderts – Freigabe des Anwaltsberufes aber zugleich ein als Leitbild fungierendes Gebührensystem – geht das BVerfG in seiner Entscheidung zur Kappungsgrenze ein.¹⁵⁴ Der Grundsatz der beschränkten Vertragsfreiheit (§ 3a RVG), bei der das Gericht im Streit eine überschießende, unangemessene Honorarvereinbarung bis auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren herabsetzen kann (§ 3a Abs. 2 RVG), ist bis heute erhalten. Die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts ist auf die Berufsausübung im Rahmen dieses Systems gerichtet. Seine Beseitigung betrifft den Gewährleistungsinhalt, während die Modifikation innerhalb des Systems dies nicht vermag, oder wie *Jaeger* formulierte: „Anpassungsleistungen gehören zu den ständigen Herausforderungen

¹⁴⁷ S. bereits BVerfG-K, Beschl. v. 22.12.1999 – 1 BvR 1859/97, NJW 2000, 1325 – Neugliederung der OLG Bezirke Celle und Braunschweig; BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.2000 – 1 BvR 230/00, NJW 2000, 1939 f. – Neuregelung der Postulation nach der Wiedervereinigung: „Die bundeseinheitliche Regelung der Postulationsfähigkeit ändert die Rahmenbedingungen, in denen sich ihr bisheriger anwaltlicher Wettbewerb abgespielt hat.“

¹⁴⁸ Deutlich BVerfGE 87, 287 (324) – Zweitberuf; BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.2007 – 1 BvR 1887/06, NJW 2007, 2317 (2318) – Zulassungswiderruf Kirchenbeamter.

¹⁴⁹ *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, S. 28.

¹⁵⁰ RGBl., S. 104.

¹⁵¹ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 603 ff.

¹⁵² Hierzu und im Folgenden *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (361 ff.).

¹⁵³ BVerfGE 118, 1 (17) – RVG-Kappungsgrenze.

¹⁵⁴ BVerfGE 118, 1 (2 ff.) – RVG-Kappungsgrenze.

freiberuflicher Existenz“.¹⁵⁵ Denn die Kappungsgrenze streicht nicht die Vertragsfreiheit als historisch gewachsene anwaltliche Freiheit aus der Gleichung heraus, sondern stärkt sie vielmehr. Sie greift auch nicht die Entlastungs- und Schutzfunktion der subsidiären Gebühren an. Hierin liegt auch der Unterschied der Entscheidung zur RVG-Kappungsgrenze zu jener über die abgesenkten Gebühren im sozialgerichtlichen Verfahren.¹⁵⁶ Denn in jenem Verfahren hat das Gericht zurecht dem Abschluss einer Honorarvereinbarung keine Bedeutung über die Milderung des Eingriffs hinaus beigemessen, denn es dürfte, so das Gericht, ausgeschlossen sein, eine höhere Vergütung vertraglich zu vereinbaren.¹⁵⁷ Diese seien selbst im Fall des Obsiegens nicht erstattungsfähig und seien von einer Rechtsschutzversicherung nicht ersatzfähig. Kam das Gericht also zu einem mittelbaren Eingriff, konnte es die Regelung für verfassungswidrig erklären.¹⁵⁸ Auf Sozialrecht spezialisierte Anwälte seien durch die angegriffene Regelung regelmäßig wirtschaftlicher Not ausgesetzt; die subsidiäre Gebühr hat also die Schwäche der privatautonomen Vergütungschance nicht kompensiert. Das Gesamtsystem der beschränkten Vertragsfreiheit war somit durch den Gesetzgeber in Frage gestellt worden, ohne dass er das Ziel, eine funktionsfähige Anwaltschaft auf einem Nachfragemarkt zu erhalten, sicherstellen hätte können. Dies dient auch der Realisierung des Art. 19 Abs. 4 GG, der Rechtsschutz gegen Akte der Sozialverwaltung verspricht. Die Entscheidung ist interessant, weil sie institutionelle Effekte betrachtet und nicht den beschwerdeführenden Rechtsanwalt in den Mittelpunkt stellt. Damit liegt, anders als von den Kritikern¹⁵⁹ der RVG-Kappungsgrenzen-Entscheidung angenommen, kein Widerspruch in der Rechtsprechung des Gerichts vor (auch wenn der Erste Senat offenlässt, ob er an der vorherigen Entscheidung festhalten will), weil der historisch-tradierte Regelungsansatz nicht beeinträchtigt wurde.

b) Fortschreibung der Bestimmung des Gewährleistungsinhalts

Nach ganz herrschender Auffassung stellen die Berufspflichten des Rechtsanwalts – neudeutsch core values – einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Doch selbst aus der Perspektive der Ablehnung einer engen Tatbestandslehre wie der vom Gewährleistungsinhalt, erscheinen die Regelungen über die anwaltlichen Grundpflichten nicht wie Grundrechtseingriffe, deren Rechtfertigung Zweifeln ausgesetzt ist. *Alexy* hat seine Ablehnung einer engen Tatbestandstheorie damit verbunden, zwischen potentiellen und aktuellen Grundrechtsfällen zu unterscheiden.¹⁶⁰ Bei potentiellen Grundrechtsfällen bestünden keine grundrechtlichen Zweifel an der einfachgesetzlichen Lösung, so dass die Grundrechtskollisionen einfach in den Griff zu bekommen seien, während bei aktuellen Grundrechtsfällen über die

¹⁵⁵ *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (479).

¹⁵⁶ BVerfGE 83, 1 – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

¹⁵⁷ BVerfGE 83, 1 (15) – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

¹⁵⁸ BVerfGE 83, 1 (19 ff.) – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

¹⁵⁹ *Gaier*, AnwBl. 2010, 73 (74 f.); *Zuck*, JZ 2008, 287 (291 f.).

¹⁶⁰ Hierzu und im Folgenden *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 295 ff.

Auflösung Zweifel bestehen. *Alexy* sieht, dass man bei potentiellen Grundrechtsfällen durchaus den Tatbestand verneinen könnte, allerdings ist für ihn die Abgrenzung der beiden Kategorien keinesfalls evident, sondern verläuft über eine „Skala von Gewißheits- und Ungewißheitsgraden“. Für *Alexy* wäre es nur ein potentieller Grundrechtsfall, dass der Rechtsanwalt Mandantengeheimnisse für Werbezwecke ausschachtet. Genauso wäre es nur ein potentieller Grundrechtsfall, wenn ein Rechtsanwalt widerstreitende Interessen vertritt. Eine mit den anwaltlichen Grundpflichten kollidierende Berufsausübung wäre stets nur potentieller Grundrechtsfall. Es besteht deshalb, weil die Unsicherheit bei der anwaltlichen Berufsausübung auf Ebene des Gesetzes nicht besteht, kein Grund, derartige Handlungen nicht von vorneherein dem Grundrechtsschutz zu entziehen. Dies soll im Folgenden näher beleuchtet werden:

Die Freie Advokatur kann womöglich, über BVerfGE 118, 1 hinaus, allgemein als Beschreibung der historischen Gefährdungslage fruchtbar gemacht werden.¹⁶¹ Sie ist die Antwort auf die historisch-tatsächliche Bedrohung anwaltlicher Freiheit, wie sie für die deutschen Rechtsanwälte im 19. Jahrhundert Realität war. Wenn die Verfassung nun den Schutz des Rechtsanwalts grundrechtlich absichert, erfüllt sich das historische Versprechen der Freien Advokatur. Damit kann die Freie Advokatur ihren Platz in der Dogmatik anwaltlicher Berufsfreiheit einnehmen – als Ausgangspunkt zur Bestimmung des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts.¹⁶² Die Rechtsprechung des BVerfG gibt ein solches Verständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit her. Denn das Gericht setzt die Freie Advokatur nicht mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit gleich. Vielmehr stellt das Gericht im Rahmen der Prüfung einer Verletzung der Berufsfreiheit fest, dass die anwaltliche Berufsausübung durch den Grundsatz der Freien Advokatur „gekennzeichnet“¹⁶³ wird. Sie beschreibt also Handlungen und Zustände, die in jedem Fall aufgrund objektiv-rechtlicher Verfassungsprinzipien dem grundrechtlichen Schutz durch die Berufsfreiheit unterfallen sollen, ohne mit der Berufsfreiheit deckungsgleich zu sein. Das „Kennzeichen“ der Freien Advokatur unterscheidet die anwaltliche Berufsfreiheit vom grundrechtlichen Schutz anderer Berufe. Diese sind durch andere Inhalte und Konzepte gekennzeichnet, unterfallen aber auch der allgemeinen grundgesetzlichen Berufsfreiheit. Man kann nun überlegen, ob es weitere gesetzgeberische Anordnungen gibt, die nicht den Gewährleistungsinhalt der anwaltlichen Berufsfreiheit beeinträchtigen.

¹⁶¹ S. auch Sondervotum *Simon*, BVerfGE 63, 298 (300) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

¹⁶² Wohl auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (408); zur Unabhängigkeit des Rechtsanwalts wohl BVerfG-K, Beschl. v. 27.4.2021 – 1 BvR 2649/20, AnwBl. Online 2021, 700 f. (Rn. 11 f.) – Drittberatungsverbot.

¹⁶³ BVerfGE 110, 226 (251) – Geldwäsche; bereits BVerfGE 50, 16 (29) – Anfechtbarkeit einer Belehrung.

aa) Fortbildungspflicht

Sie stellt sicherlich – zumal mangels Sanktionierung ihrer Verletzung – die harmloseste Berufspflicht dar und sie ist auch in einem eingriffs- und schrankenverhafteten Verständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit ohne Probleme zu rechtfertigen.¹⁶⁴ Damit der Rechtsanwalt seine Funktionen im Rahmen der Rechtspflege wahrnehmen kann, bspw. mit dem Gericht in einen Dialog einzutreten, muss er das erforderliche, gegenüber seinem Mandanten typischerweise überlegene Wissen aufweisen.¹⁶⁵ Nur dann kann er den Prozessstoff in der gebotenen Qualität systematisieren, Wesentliches von Unwesentlichem scheiden und eine hieran ansetzende rechtliche Argumentation entwerfen, die auch neuere Entwicklungen in der juristischen Diskussion aufgreift.¹⁶⁶ Der Gesetzgeber¹⁶⁷ hat deshalb von einer Grundpflicht zur Fortbildung gesprochen, was durch die systematische Einordnung (§ 43a Abs. 8 BRAO) auch einleuchtet. Den Staat trifft die (Leistungs-)Verantwortung, dass sich der Rechtsuchende an qualifizierte Rechtsanwälte wenden kann.¹⁶⁸ Die Fortbildungspflicht hat also einen unmittelbaren rechtsstaatlichen und prozessgrundrechtlichen Bezug und man muss zumindest die Frage grundrechtlich aufwerfen, ob eine kohärente Ausgestaltung der Berufsfreiheit nicht zwingend eine Konkretisierung verlangt.¹⁶⁹ Die Fortbildungspflicht ist deshalb zwar eine „Berührung“ der anwaltlichen Berufsfreiheit, sie ist aber kein Eingriff in den Gewährleistungsinhalt. Der Staat kann aufgrund der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, die der inhaltlichen staatlichen Aufsicht entgegensteht, nicht die tatsächliche korrekte Erledigung der anwaltlichen Arbeit beurteilen,¹⁷⁰ so dass ihm nichts anderes übrigbleibt, als eine Fortbildungspflicht zu organisieren. Auch die Satzungsversammlung könnte u. U. grundrechtlich gezwungen sein, die Pflicht scharf zu stellen.¹⁷¹ Die genaue Ausgestaltung ist grundrechtlich nicht präjudiziert. Nichts anderes gilt für die neue, in § 43 f. BRAO niedergelegte Pflicht zur Erlangung berufsrechtlicher Kenntnisse.¹⁷² *Kluth* hat zudem die Frage aufgeworfen, ob nicht auch die digita-

¹⁶⁴ *Mann*, AnwBl. 2016, 284 (285); dem Nachweis von theoretischen Kenntnissen für Freiberufler schreibt BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 134, 136 f. – Tierarztvorbehalt nur geringe grundrechtliche Belastungswirkung zu; s. auch ausdrücklich *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 239.

¹⁶⁵ Vgl. auch *Peitscher*, in: Hartung/Scharmer, § 43a BRAO Rn. 335.

¹⁶⁶ *Kloepfer/Quast*, BRAK-Mitt. 2007, 2 (2) sprechen von einer unverzichtbaren Voraussetzung; *Mann*, AnwBl. 2016, 284 (287) von „Wesenselement“.

¹⁶⁷ BT-Drucks. 12/4993, S. 28.

¹⁶⁸ Bereits allgemein zur Aufgabe des Staates, dafür Sorge zu tragen, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts den notwendigen Anforderungen genügt, *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches III, S. 453.

¹⁶⁹ Vgl. Kap. 3, § 2, B., IV., 1., b), bb), S. 433.

¹⁷⁰ Vgl. für die Lehrfreiheit auch *Bumke*, VVDStRL 69 (2009), 407 (453 Fn. 175); *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 198 f.

¹⁷¹ Gegen eine Konkretisierungsmöglichkeit *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43a BRAO Rn. 115; *Henssler*, in: Henssler/Prütting, § 43a BRAO Rn. 234.

¹⁷² *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 118 sprechen diesbezüglich (wohl untechnisch) von einer „Beeinträchtigung“.

le Nutzungskompetenz eine Pflicht des Freiberuflers und des Rechtsanwalts sein muss, wenn der Gesetzgeber sich daran macht, das Level-Playing-Field mit gewerblichen Rechtsdienstleistern herzustellen – vor allem angesichts der persönlichen, nicht arbeitsteiligen Leistungserbringung durch den Rechtsanwalt.¹⁷³ Auch eine gesetzgeberische Ausgestaltung einer solchen Pflicht würde sich nicht als Eingriff in den Gewährleistungsinhalt darstellen.

bb) Pflicht zur Verschwiegenheit

(1) Grundlagen

Die deutsche Rechtsordnung geht von der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts aus (§ 43a Abs. 2 BRAO/§ 2 BORA, § 203 StGB). Das tat sie schon immer; eine Kodifizierung erfolgte jedoch erst im Zug einer BRAO-Novelle als Berufspflicht.¹⁷⁴ Mit dieser Pflicht zur Verschwiegenheit korrespondiert als Kehrseite auch ein Recht zur Verschwiegenheit, etwa durch Zeugnisverweigerung (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) oder das Recht, solche Urkunden zurückhalten zu dürfen, die ein Berufsgeheimnis betreffen (§ 142 Abs. 2 ZPO). Berufsrechtlich ist das Recht zu schweigen jedoch in § 43a Abs. 2 BRAO nur mitgedacht, ausdrücklich niedergelegt wird es erst satzungsrechtlich in § 2 Abs. 1 S. 1 BORA („verpflichtet und berechtigt“).¹⁷⁵ Daneben kommt es zu Konstellationen, in denen Dritte aus der Verschwiegenheitspflicht „Verweigerungsrechte“ ableiten dürfen, etwa wenn der Informationszugangsanspruch des Jedermanns durch die passivlegitimierte Behörde deshalb abgelehnt wird, weil die Information einem Berufsgeheimnis unterliegt (etwa § 3 Nr. 4 IFG-Bund). Die Rechtsordnung kennt also kein Anwaltsprivileg, sondern behandelt den Rechtsanwalt wie andere Berufsgeheimnisträger.¹⁷⁶ Um die Verschwiegenheitspflicht verfassungsrechtlich beurteilen zu können, muss man sich ihrer Schutzrichtungen bewusst sein. Sie verwirklicht Interessen des Mandanten; die anvertrauten Informationen sind durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Berufsfreiheit (bei Geschäftsgeheimnissen) verfassungsrechtlich geschützt. Die Offenbarung gegenüber dem Rechtsanwalt ist kein Grundrechtsverzicht.¹⁷⁷ Auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wichtig. Denn anders als gegenüber dem Arzt, dem der Patient regelmäßig nur personenbezogene Daten offenbart,¹⁷⁸ offenbart der Mandant

¹⁷³ Kluth, Freie Berufe im Wandel, S. 120 ff., 130.; ders., GewArch. 2021, 302 (307).

¹⁷⁴ S. hierzu Henssler, NJW 1994, 1817 (1817 f.).

¹⁷⁵ Gasteyer, in: Hartung/Scharmer, § 43a BRAO Rn. 48 f.; die satzungsrechtliche Erwähnung lobend Henssler, AnwBl. 2019, 216 (216).

¹⁷⁶ Magnus, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, S. 9.

¹⁷⁷ Rüpke, Freie Advokatur, S. 126 unter Hinweis auf BVerfGE 32, 373 (379 f.) – Ärztliche Schweigepflicht.

¹⁷⁸ Im Rahmen der Praxisveräußerung s. BGH, Urt. v. 11.12.1991 – VIII ZR 4/91 – NJW 1992, 737 (739). – Der BGH ist hier in der Betonung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sehr deutlich; vergleichbare anwaltsrechtliche Aussagen betrafen mandanten- und nicht mandatsbezogene Daten (etwa bei der Abtretung des Honoraranspruchs), s. BGH, Urt. v. 25.3.1993 – IX ZR 192/92, NJW 1993, 1638 (1639).

seinem Anwalt sach- wie personenbezogene Daten, die sich durch ihren Mehrfachbezug auszeichnen.¹⁷⁹ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht steht u. a. einer Vorschrift entgegen, die einen zwingt, sich selbst zu bezichtigen. Der Mandant darf nicht befürchten, durch das Anvertrauen einen „Zeugen gegen sich selbst“¹⁸⁰ zu erschaffen. Zudem ist die freie Anwaltswahl einer jeden Person auch über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt; staatlicher Zugriff auf dem Anwalt anvertraute Informationen mag an einer Mandatierung interessierte Personen abschrecken.¹⁸¹ Doch auch die Interessen des Rechtsanwalts stehen im Raum. Wird er als sicherer Hafen wahrgenommen, in dem Geheimnisse geheim bleiben, ist dies relevant für die Berufs- und Erwerbchancen des einzelnen Anwalts.¹⁸² Auch der Rechtsanwalt bringt seinem Mandanten Vertrauen entgegen, damit das Vertrauensverhältnis in der notwendigen Intensität entstehen bzw. aufrechterhalten bleiben kann.¹⁸³ Dies bildet Art. 12 Abs. 1 GG alles ab. Doch zugleich bestehen an der anwaltlichen Verschwiegenheit Gemeinwohlinteressen. Der Rechtsstaat kann es sich nicht leisten, dass das Vertrauen in die Institution Anwaltschaft schwindet; jeder staatliche Zugriff in das Vertrauensverhältnis bewirkt aber genau dies.¹⁸⁴ In der Summe ist dies auch institutionell gefährlich. Das BVerfG¹⁸⁵ warnt dann auch vor der abschreckenden Wirkung für den Grundrechtsgebrauch (chilling effects), weil die Vorschrift, indem sie den staatlichen Zugriff auf anvertraute Informationen autorisiert, Schuldige wie Unschuldige von der Mandatierung eines Anwalts abhält. Es gehört aber zu „unabweisbaren Lebensbedürfnisse[n]“,¹⁸⁶ seine Geheimnisse anzuvertrauen.

(2) Verfassungsrechtliche Abbildung

Verfassungsrechtlich folgt aus dieser mehrschichtigen Interessenlage eine schwierige Aufgabe für das BVerfG. Mit der Lehre vom Gewährleistungsinhalt kann diese aber gelöst werden. Denn damit können die verschiedenen Dimensionen der Verschwiegenheitspflicht – Rechtsanwalt/Mandant und Rechtsanwalt/Staat – abgeschichtet werden. Das Vertrauensverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt

¹⁷⁹ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 127 ff.; *ders.*, NJW 2002, 2835 (2835 f.); *ders.*, NJW 2008, 1121 (1121); dem im Ansatz (im Ergebnis letztlich jedoch nicht) zustimmend *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 98 f. – Letztlich hat auch *Rüpke* wohl nicht vorgeschlagen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als verfassungsrechtliche Grundlage komplett zu verwerfen, sondern nur seine (allgemeine und im Fall der anwaltlichen Verschwiegenheit besondere) Begrenztheit wahrzunehmen (erkennbar bei *Rüpke*, NJW 2008, 1121 [1121]: „ebenfalls“). Nichts anderes schlägt *Roser* jedoch auch vor.

¹⁸⁰ Vgl. *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 86 ff., der die Selbstbelastungsfreiheit letztlich nicht als tangiert sieht (weder direkt noch durch Umgehung).

¹⁸¹ OLG Koblenz, Beschl. v. 26.2.1985 – 2 VAs 22/84, NJW 1985, 2038 (2039); zustimmend *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2893 f.).

¹⁸² *Magnus*, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, S. 10.

¹⁸³ Etwa BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, DStRE 2012, 1163 (1166).

¹⁸⁴ BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten; BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, DStRE 2012, 1163 (1166).

¹⁸⁵ BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten.

¹⁸⁶ BVerfGE 33, 367 (377) – Zeugnisverweigerungsrecht Sozialarbeiter.

und dem Mandanten ist wesentliches Element des Anwaltsberufes im verfassten Rechtsstaat.¹⁸⁷ Es sichert die Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant.¹⁸⁸ In einer immer komplexer werdenden Welt, die von immer komplexeren (Rechts-)Beziehungen durchstrukturiert wird, wird das Bedürfnis nach einer Vertrauensbeziehung in sozialen Verhältnissen (auch für rechtlichen Angelegenheiten) immer stärker.¹⁸⁹ So hat das BVerfG in der Geldwäsche-Entscheidung judiziert, dass rechtsstaatliche Waffen- und Chancengleichheit gebieten, dass der Rechtssuchende an seiner Seite freie, unabhängige, uneigennützig und verschwiegene Rechtsberater hat.¹⁹⁰ Die StPO weist dem Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant dann auch eine Schlüsselfunktion zu – bei Beginn (§ 142 Abs. 5 S. 1 StPO) wie bei Beendigung (§ 143a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO) der Verteidigerbeziehung.¹⁹¹ Vor diesem Hintergrund ist die anwaltliche Verschwiegenheit von jeher Teil der anwaltlichen Grundpflichten. „Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.“¹⁹² *Ch. Wolf* hat den Zweiten Senat für diese Aussagen kritisiert, da sie verkenne, dass eine Pflicht nicht teil am Schutz haben könne.¹⁹³ Die Pflicht zur Verschwiegenheit sei vielmehr ein Eingriff in die anwaltliche Berufsfreiheit.¹⁹⁴ In eine andere Richtung geht der Gedanke *Henssler*s, der die Verschwiegenheitspflicht als „Grundrecht und Grundpflicht“ bezeichnet hat.¹⁹⁵ Durch die Gegenüberstellung von Grundrecht und Grundpflicht insinuiert er womöglich, dass von einer Grundpflicht im verfassungs-, nicht anwaltsrechtlichen Sinne die Rede sein könnte. Ob dies beabsichtigt ist, kann dahinstehen, weil die Frage der verfassungsrechtlichen Grundpflicht nicht so fernliegend scheint. Denn das Grundgesetz steht Dienstpflichten, obgleich es, anders als manche Landesverfassungen und die WRV, diese Kategorie nur begrenzt thematisiert, nicht inhaltlich ablehnend gegenüber.¹⁹⁶ Beide Gedanken haben etwas richtiges für sich. *Ch. Wolf* ist sicherlich zuzuge-

¹⁸⁷ *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1817); *ders.*, in: *Henssler/Prütting*, § 43a BRAO Rn. 41; speziell für den Strafverteidiger *Böhm*, Effektive Strafverteidigung und Vertrauen, S. 39 ff.

¹⁸⁸ *Magnus*, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, S. 24.

¹⁸⁹ *Böhm*, Effektive Strafverteidigung und Vertrauen, S. 51.

¹⁹⁰ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

¹⁹¹ *Böhm*, Effektive Strafverteidigung und Vertrauen, S. 52 ff.

¹⁹² BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche; ähnlich EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – Orde van Vlaamse Balies u.a.: „Der besondere Schutz, den Art. 7 der Charta und Art. 8 Abs. 1 EMRK dem anwaltlichen Berufsgeheimnis gewähren, der vor allem in Pflichten besteht, die ihnen obliegen, wird dadurch gerechtfertigt, dass den Rechtsanwälten in einer demokratischen Gesellschaft eine grundlegende Aufgabe übertragen wird“ (Hervorhebung nur hier).

¹⁹³ *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 417 f.

¹⁹⁴ Anders (und überzeugend) *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 130: „Diese Problematik entbehrt vielmehr einer unmittelbaren grundrechtlichen Relevanz“. – Als Beispiel führt *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 418 die Frage nach einer Einwilligung bei Kommunikation mit dem Mandanten mittels unverschlüsselter Mail an.

¹⁹⁵ *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1818); so auch terminologisch 2.3.1. der CCBE-Regeln (freilich ohne deutsche Grundrechtsdogmatik vor Augen gehabt haben zu dürfen).

¹⁹⁶ Jüngst wieder *Kluth*, NVwZ 2022, 1159 (1160 ff.); Beispiele bei *Stober*, NVwZ 1982, 473 (473).

ben, dass es die Rechtsposition des Rechtsanwalts begrenzen kann, wenn der Mandant nicht mit mandatsbezogener Werbung einverstanden ist (vgl. § 6 Abs. 2 S. 1 BORA). Auch andere Autoren betonen die „Janusköpfigkeit“ der Verschwiegenheitspflicht, die den Anwaltsberuf zugleich reguliere und präge.¹⁹⁷ Dies mag auf tatsächlicher Ebene so sein, doch erscheint es zweifelhaft, dass die anwaltliche Berufsfreiheit erst von außen durch die Pflicht zur Verschwiegenheit begrenzt wird, es sich also um eine echte Schrankenregelung handelt. Der Entscheidung zur Geldwäsche kann nur sicher entnommen werden, dass der Rechtsanwalt staatliche Eingriffe in das Vertrauensverhältnis abwehren kann über Art. 12 Abs. 1 GG. Dass dieses Grundrecht ihm die Handlungsmacht in einem ersten Schritt verleiht, bspw. Geheimnisse des Mandanten zu offenbaren, ist nicht angeklungen. Aus diesen verschiedenen Ebenen erklärt sich die „schiefe“ Formulierung von der Pflicht, die Teil am Schutz hat. Eine unmittelbare verfassungsrechtliche Grundpflicht – als extreme Gegenposition – ist die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht jedoch wohl auch nicht, unabhängig davon, ob eine verfassungsrechtliche Grundpflicht auch durch bloßes Nichtstun erfüllt werden kann oder begrifflich vom Pflichtigen ein aktives Handeln verlangt. Unter einer solchen Grundpflicht versteht man eine „vertypete Inanspruchnahme des Bürgers zur mittelbaren Sicherung von Menschenwürde und Freiheit, die in der Verfassung verankert ist oder sich aus der Existenz der Staatsgewalt selbst ergibt.“¹⁹⁸ Eine Grundpflicht muss über den Schranken oder Gesetzesvorbehalt hinaus Pflichten selbst regeln oder eine Wertentscheidung erkennen lassen.¹⁹⁹ U. a. wird eine ungeschriebene verfassungsrechtliche Grundpflicht dann für möglich gehalten, wenn sie eine Voraussetzung für eine staatliche grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber Dritten ist.²⁰⁰ Vorliegend erscheint es nicht unvertretbar, eine solche Grundpflicht des Rechtsanwalts in Betracht zu ziehen, weil, das wurde gezeigt, der Staat nur so seiner Schutzpflicht für die Prozessgrundrechte des Rechtsuchenden nachkommen kann. Allerdings genügt regelmäßig die Indienstnahme, die nur einen Grundrechtseingriff darstellt, um die verfassungsrechtliche Schutzpflicht gegenüber dem Rechtsuchenden zu erfüllen.²⁰¹ Auch aus grundsätzlichen Erwägungen ist die Annahme von Grundpflichten abzulehnen, soweit sie über das Gebot hinausgehen, die Grundrechte nicht zum Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung zu missbrauchen.²⁰²

¹⁹⁷ Roser, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 36 f.

¹⁹⁸ Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 299.

¹⁹⁹ Ausdrücklich Stober, NVwZ 1982, 473 (473).

²⁰⁰ Th. I. Schmidt, Grundpflichten, S. 93 ff., insb. 95, der diese Konzeption – in einer über-individualisierten Perspektive – in Art. 117 S. 1 BayVerf („Der ungestörte Genuß der Freiheit für jedermann hängt davon ab, daß alle ihre Treuepflicht gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen erfüllen.“) zugrunde gelegt sieht.

²⁰¹ So auch i. E. Kämmerer, DStR 2020, 2890 (2893); Kluth, NVwZ 2022, 1159 (1163) spricht von berufsannexen Dienstpflichten; s. auch Burgi/Wolff, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rn. 51 f. („Pflichten, die aus der Sozialpflichtigkeit des Berufes folgen“).

²⁰² S. hierzu Bethge, NJW 1982, 2145 ff.

Stattdessen sollte die Idee des Gewährleistungsinhalts herangezogen werden, um die Reichweite des berufsfreiheitlichen Schutzes abzustecken. Die von *Ch. Wolf* vertretene Auffassung, dass die gesetzlich angeordnete Verschwiegenheitspflicht auch im Verhältnis Rechtsanwalt-Mandant einen Grundrechtseingriff darstellt,²⁰³ führt in der Konsequenz dazu, dass das Grundrecht im Ausgangspunkt die Legitimität dafür bietet, Geheimnisse zu offenbaren. Die anwaltliche Berufsfreiheit wäre also eine Freiheit, die dazu auf Tatbestandsebene ermächtigt, Rechtsgüter des Mandanten zu verletzen. Rechtliche Freiheiten, wie sie die Grundrechte schützen, ist aber grundsätzlich keine unbegrenzte Freiheit,²⁰⁴ wengleich nach allgemeinem Grundrechtsverständnis durchaus auch Handlungen, die in die Grundrechtspositionen Dritter eingreifen, geschützt sein sollen. Dies verkennt die in den Grundrechten angelegte Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Einzelnen.²⁰⁵ Gerade die rechtsanwaltliche Berufsfreiheit so zu denken überzeugt nicht. Die anwaltliche Verschwiegenheit begründet seit jeher eine „Tabuzone“.²⁰⁶ Bereits in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 (und 1555) wurde im Rahmen des Anwaltseides ihre Existenz damit begründet, Schaden von der Partei abzuwenden.²⁰⁷ Die Freie Advokatur denkt zuerst vom Mandanten und leitet aus seinen Bedürfnissen die Unabhängigkeit, sprich die Freiheit ab. Jegliche mandatsbezogene Tätigkeit des Rechtsanwalts ist von einer allgemeinen Interessenwahrungspflicht geprägt.²⁰⁸ Damit ist sicherlich eine Nähe zu einem grundrechtlichen Missbrauchsvorbehalt verbunden, der allerdings nicht allgemein, sondern spezifisch anwaltsfunktional begründet ist.²⁰⁹ Plakatativ formuliert darf der Rechtsanwalt die Rechtsgüter seines Mandanten nicht einfach für seine Berufsausübung ausschachten, so wie ein Geologe nicht einfach auf fremdem Eigentum nach Bodenschätzen bohren darf.²¹⁰

Die anwaltliche Verschwiegenheit wird vielfach in den Bezug zum Berufsbild des Rechtsanwalts gesetzt. Art. 2.3.1 CCBE-Regeln schlägt sie dem „Wesen“ des Berufs zu. Das anwaltliche Berufsbild sei bereits von vorneherein gekennzeich-

²⁰³ Auch *Gurlit/Zander*, BRAK-Mitt. 2012, 4 (4, 6).

²⁰⁴ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 840 f.; *Ladeur*, AöR 131 (2006), 643 (646); anders aber *Schlink*, EuGRZ 1984, 456 ff.; *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 33 f.

²⁰⁵ Statt vieler BVerfGE 65, 1 (44) – Volkszählung; vgl. auch *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 261 („Sozialkontakt und Außenwirkung“); *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 81.

²⁰⁶ *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1818).

²⁰⁷ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 127.

²⁰⁸ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 27.

²⁰⁹ Allg. zum Missbrauchsvorbehalt und zur engen Tatbestandstheorie *F. Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 28 ff.

²¹⁰ Beispiel auch bei *Wahl*, Freiburger Universitätsblätter 26 (1987), 19 (32) neben dem *Sprayer* von Zürich; BVerfGE 128, 226 (251) – Fraport anerkennt, dass die Versammlungsfreiheit nicht eine Versammlung an jedem beliebigen Ort gestattet (kein Zutrittsrecht); zustimmend *Grabenwarter*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 111. – *Gurlit/Zander*, BRAK-Mitt. 2012, 4 (6) sehen zwar einen Grundrechtseingriff, bejahen aber im Ergebnis nur einen zum Mandanten „akzessorischen Grundrechtsschutz“. – Dieses Ergebnis kann eine gewährleistungsinhalt-orientierte Struktur besser abbilden.

net durch die Pflicht zur Verschwiegenheit.²¹¹ Auch *Kämmerer* erkennt, dass eine stark in der Berufsbildlehre des Art. 12 Abs. 1 GG verhaftete Auffassung auf diesem Wege die Verschwiegenheitspflicht verfassungsrechtlich abbilden würde.²¹² Die Nähe zwischen Gewährleistungsinhalt und Berufsbildlehre ist offensichtlich. Beide versuchen die Reichweite der Garantie über historische und soziologische Erkenntnisse zu bestimmen. Würde der Gesetzgeber die Vorschriften über die anwaltliche Verschwiegenheit streichen, würde er den Gewährleistungsinhalt des Art. 12 Abs. 1 GG verletzen.²¹³ Dass dies eine spezifisch anwaltsrechtliche Aussage ist, wird deutlich, wenn man sich die Rechtsprechung zum Zeugnisverweigerungsrecht des Tierarztes anschaut. Dass ein solches fehlt, verletze nicht eine von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Position.²¹⁴ Inhaltlich mag dies erstaunen, denn immerhin ist der Tierarzt tauglicher Täter des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Allerdings glaubt das BVerfG, dass der Tierarzt durch die Aussagepflicht im Strafverfahren wie jede andere Person auch betroffen ist. Eine Berufsausübung ohne Verschwiegenheitspflicht sei ohne weiteres möglich. Gerade dies ist beim Rechtsanwalt anders und wird vom BVerfG auch so anerkannt, etwa in der Geldwäsche-Entscheidung.²¹⁵ Es gehört seit jeher zum Wesen seines Berufes, dass der Staat nicht ohne weiteres auf das dem Rechtsanwalt Anvertraute zugreifen darf. Bei Tierärzten gibt es eine derartige historische Kontinuität – die das Berufsbild erst prägt – gerade nicht. Der Gewährleistungsinhalt der anwaltlichen Berufsfreiheit wird durch Vorschriften, die die Verschwiegenheitspflicht im Interesse der Allgemeinheit begrenzen, also beeinträchtigt. Diese Vorschriften greifen die Vertrauensgrundlage zwischen Rechtsanwalt und Mandant an, die eine tatsächliche Voraussetzung für die Berufsausübung ist. Diese Konstellation mobilisiert den Gewährleistungsinhalt der Berufsfreiheit in seiner historischen Ausprägung.²¹⁶ Der Grundrechtsschutz stellt sich somit im Ergebnis als relativ dar. Eine Entscheidung des BGH²¹⁷ verdeutlicht dies.²¹⁸ Der Insolvenzverwalter machte gegenüber dem Rechtsanwalt des Schuldners Akteneinsichtsrechte geltend. Grundrechtliche Positionen des Rechtsanwalts (etwa aus der Berufsfreiheit), die eine Herausgabeverweigerung begründen könnten, sieht der BGH im Regelfall nicht, da der Insolvenzverwalter auch an die Stelle des Schuldners, soweit er „Herr des Geheimnisses“ sei, tritt. Vergleichbar mit der Verweigerung der Offenlegung ist die Offenlegung gegen den Willen des Mandanten. Ein solches Handeln ist nicht Teil des Gewährleistungsinhalts der anwaltlichen Berufsfreiheit.

²¹¹ *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 36; auch *Winkler*, Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, S. 42.

²¹² *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2893).

²¹³ S. etwa auch BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, DStRE 2012, 1163 (1166).

²¹⁴ BVerfGE 38, 312 (324 f.) – Zeugnisverweigerungsrecht des Tierarztes.

²¹⁵ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

²¹⁶ Tendenziell auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (408).

²¹⁷ BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, NJW 1990, 510 (511 f.).

²¹⁸ So auch *Henssler*, NJW 1994, 1817 (1819); *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 130.

cc) Sonstige anwaltliche Grundpflichten

Die Berufspflicht der Sachlichkeit (§ 43a Abs. 3 BRAO) und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO) sind grundrechtlich nicht anders zu behandeln. Ihre Anordnung durch den Gesetzgeber berührt keine Position des Gewährleistungsinhalts. Die Interessenwahrungspflicht prägt den Gewährleistungsinhalt von vorneherein, so dass der Gesetzgeber nicht von außen in die grundrechtliche Substanz „einschneidet“. Das Sachlichkeitsgebot in seiner verfassungsrechtlich gebotenen engen Auslegung²¹⁹ ist als unverzichtbare Grundlage der anwaltlichen Berufsausübung zu betrachten, denn nur unter seiner Geltung kann der Rechtsanwalt seinen Beruf als unabhängiger und berufener Interessenvertreter sowie unabhängiges Organ der Rechtspflege erfüllen. Die Ausführungen zur Rolle des Rechtsanwalts im Verfahren haben dies gezeigt.²²⁰ Der Vorteil der Beauftragung eines Rechtsanwalts liegt nicht nur darin, dass der Mandant an dessen zumeist überlegenem Wissen partizipiert, sondern in dem objektiven Zugang des Rechtsanwalts zu der Materie, frei von Emotionen, was eine professionelle Abwicklung des Rechtsstreites begünstigt.²²¹ Beleidigungen oder bewusste Unwahrheiten stehen dem entgegen und sind deshalb nicht von Art. 12 Abs. 1 GG auf Tatbestandsebene geschützt. Inhaltlich teilt das BVerfG diese Position, beurteilt aber das Sachlichkeitsgebot als Berufsausübungsregel.²²² Das Verbot der Prävarikation²²³ wird von der herrschenden Meinung auch als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG behandelt.²²⁴ Dabei ist anerkannt, dass es sich um eine Voraussetzung für die anwaltliche Berufsausübung handelt.²²⁵ Das BVerfG spricht davon, dass ein Rechtsanwalt, der sich zum „Diener gegenläufiger Interessen macht, jegliche unabhängige Sachwalterstellung im Dienst des Rechtsuchenden verliert.“²²⁶ Die berufliche Pflicht wird durch die Strafnorm des § 356 StGB (Parteiverrat) verstärkt.²²⁷ Stimmt man der Lehre vom Gewährleistungsinhalt zu, dann folgt hieraus, dass kein Eingriff vorliegt, sondern nur die Berufsfreiheit thematisch „berührt“ ist, ohne den Gewährleistungsinhalt zu beeinträchtigen. Für eindeutige Fälle – Anwalt vertritt Kläger wie Beklagte – ist dieses Ergebnis einfach festzustellen. In komplexeren Situationen, bspw. bei der Sozietätsstreckung, muss der Gesetzgeber die geschützten Handlungen im Rahmen seiner Ausgestaltung festlegen.²²⁸

²¹⁹ BVerfGE 71, 171 (191 ff.) – Bastille.

²²⁰ Vgl. hierzu Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.

²²¹ Henssler, in: Henssler/Prütting, § 43a BRAO Rn. 125.

²²² BVerfGE 71, 171 (190) – Bastille.

²²³ Zum Begriff *Noto-Jaffeux*, Le conflit d'intérêt chez les avocats, S. 24 f.

²²⁴ Vgl. Henssler, in: Henssler/Prütting, § 43a BRAO Rn. 166; Deckenbrock, Parteiverrat, S. 148 f. Rn. 247.

²²⁵ Vgl. auch Dahs, in: MüKo-StGB, § 356 Rn. 1, der von „struktureller Bedingung“ spricht.

²²⁶ BVerfGE 108, 150 (160) – Sozietätswechsel.

²²⁷ So Deckenbrock, Parteiverrat, S. 53 Rn. 55.

²²⁸ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., I., 2., b), S. 407 ff. (konturierende Gesetzgebung).

c) Zielrichtung der Abwehrdimension

Greift der Staat auf eine vom Gewährleistungsinhalt umfasste Rechtsposition des Anwalts zu, mobilisiert dies das Abwehrrecht. Er kann sein subjektives Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG mit der Verfassungsbeschwerde verteidigen. Damit wird auch der Funktion der Berufsfreiheit, dem Berufsträger die wirtschaftliche Existenz zu sichern, abgebildet. Doch bereits hier wird deutlich, dass sich die Funktion des Abwehrrechts nicht in dieser privatnützigen Dimension erschöpft. Die externen, fremdnützigen Zwecke der anwaltlichen Berufsausübung werden gleichermaßen gefördert und verteidigt. Es entspricht der bestmöglichen Realisierung aller im Raum stehender Interessen, dass der Rechtsanwalt sein Abwehrrecht gebraucht, um seine unabhängige Berufsausübung zu verteidigen. Die fremdnützigen, rechtsstaatlichen und justizgrundrechtlichen Zwecke werden gleichsam mitgefördert.²²⁹

B. Konfiguration des Abwehrrechts des Avocats aus Art. 4 DDHC

Art. 12 Abs. 1 GG ist eine zentrale Norm des anwaltlichen Verfassungsrechts. Sie stellt einen grundrechtlichen Maßstab, an dem sich die Regulierung der Berufsausübung zu messen hat. Für die Analyse stand eine Vielzahl an Senats- und Kammerentscheidungen sowie eine reichhaltige Literatur zur Verfügung. Insoweit ändern sich die Vorzeichen für die Darstellung des wirtschaftlichen Grundrechts des französischen Avocats. Die *liberté d'entreprendre* hat kaum verfassungsrechtliche Schlagkraft um das Berufsrecht zu prägen. Wenn Autoren anmerken, dass der direkte Schutz des Avocats durch die Grundrechte bislang „unvollständig“ sei,²³⁰ liegt das auch an einer allgemeinen Zurückhaltung des französischen Verfassungsrechts gegenüber einem wirtschaftlichen Grundrecht (dazu unter I.). Gleichwohl, so die Beobachtung, verändert sich dies langsam. Die durch die QPC bewirkte Umwälzung des Verfassungsrechts erreicht immer mehr das Recht der reglementierten Berufe. Gleichwohl gibt es genuin anwaltsrechtliche Gründe, die die geringe Bedeutung der *liberté d'entreprendre* erklären (dazu unter II.).

I. Wirtschaftliche Grundrechte im französischen Verfassungsrecht

Zentrales Grundrecht zur Sicherung der beruflichen Existenz von Selbstständigen, insb. Freiberuflern, ist die *liberté d'entreprendre*. Terminologisch ist sie keine Berufsfreiheit, sondern eine unternehmerische Freiheit (vgl. Art. 16 GRCh im Unterschied zu Art. 15 GRCh).²³¹ Sie sichert das Recht, zumeist von Privaten, eine

²²⁹ Jaeger, AnwBl. 2000, 475 (476); Hoffmann-Riem, AnwBl. 1999, 2 (3); zur Lehrfreiheit so auch Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 228, die die Abwehrdimension dem Lehrenden zuspricht, weil eine staatsunbeeinflusste Lehre den fremdnützigen kultur- und sozialstaatlichen Zielen am besten gerecht wird; Marsch, JZ 2021, 1129 (1132 f.).

²³⁰ So Carrère, RFDC 2019, e19 (e37).

²³¹ Auch Gundel, ZHR 180 (2016), 323 (334 ff.) weist daraufhin, dass das Unionsrecht hier an eine französische Tradition anknüpft, die der deutschen fremd sei. Für Gundel unterfällt die frei-

selbstständige, nicht abhängig beschäftigte Aktivität auszuüben. Sie schützt die Aufnahme der Tätigkeit und die selbstbestimmte Ausübung, hieraus Gewinne zu ziehen und sie auch wieder zu beenden.²³² Geschützt ist durch das Grundrecht die Selbstbestimmung im erwerbswirtschaftlichen Bereich.²³³ Anders als das Grundgesetz schweigt die französische Verfassung in ihren verschiedenen Texten über die Existenz eines solchen Grundrechts. Es kann aber auf eine Tradition im weiteren Sinne zurückgreifen. Das Décret d'Allarde hat 1791 die Ausübung aller Professionen, der Künste und des Handwerks freigestellt. Das Loi Chapelier hat dies vervollständigt und die Korporationen abgeschafft. Das Décret d'Allarde ist bis heute in Kraft.²³⁴ Aus ihm folgt aber „nur“ die einfachgesetzliche liberté de commerce et de l'industrie. Der Conseil d'État hat sie seit seiner Daudignac-Entscheidung als allgemeines Prinzip zur Kontrolle des Verwaltungshandelns herangezogen.²³⁵ Dass sie auch ein Grundsatz des Verfassungsrechts sei, wurde nur vereinzelt vertreten.²³⁶ Ihre Schwäche lag also darin, dass sie durch einfaches Gesetz derogiert werden konnte, mithin nur bei gesetzlich vollständig unregulierten Berufen die Aufhebung eines Verwaltungsakts begründen konnte.²³⁷ Für die Freien Berufe war die liberté de commerce et de l'industrie, selbst wenn man sie über eine Gewerbefreiheit hinaus versteht, aufgrund der engmaschigen Regulierung im Ergebnis wertlos.²³⁸ Für ein Grundrecht, das den Gesetzgeber bindet, musste der Conseil Constitutionnel auf die allgemeine Freiheitsverbürgung zurückgreifen.²³⁹ Es folgt seit einer Grundsatzentscheidung aus Art. 4 DDHC:²⁴⁰ Die allgemein verbürgte Freiheit könne nicht mehr gewährleistet sein, wenn der liberté d'entreprendre will-

berufliche Tätigkeit Art. 16 GRCh, so dass die Norm über ein Unternehmensgrundrecht hinausgeht. Allerdings bezieht sich Art. 16 GRCh auf die unternehmerische Ausübung, während der Zugang (also das Ob) für alle Berufe unter Art. 15 GRCh fällt.

²³² Aus der Judikatur zum Zugang CC, Entsch. v. 24.6.2011 – Nr. 2011-139 QPC, Rn. 3 ff. – Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales); CC, Entsch. v. 7.6.2013 – Nr. 2013-318 QPC – M. Mohamed T. (Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur); s. die vielen Nachweise zur Kontrolle von Berufsausübungsregeln bei *P. Delvolvé*, Droit public de l'économie, S. 112 f. Rn. 73; s. statistisch zur Bedeutung des Grundrechts im Rahmen der QPC auch *Bertrand*, in: *L'effet utile des décisions QPC*, S. 41 ff.

²³³ *d'Avout*, D. 2014, 1287 (1289).

²³⁴ Betont bei *P. Delvolvé*, Droit public de l'économie, S. 125 Rn. 76.

²³⁵ CE, Ass., Ur. v. 22.6.1951 – Nr. 00590, 02551 – Daudignac: Ein Bürgermeister hatte das nicht durch spezielles Gesetz geregelte Fotografieren im öffentlichen Raum einem Genehmigungsvorbehalt unterworfen.

²³⁶ *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 328 ff., 331 f., der auf die ungeteilte Anerkennung durch den Souverän und den grundlegenden Charakter für die Wirtschaftsordnung abstellt; an der ungeteilten Anerkennung zweifelt *Savy*, D. 1983, chr. 105 (106) aufgrund des politischen Wechsels im Jahr 1981 (Mitterrand).

²³⁷ CE, Ur. v. 20.12.2011 – Nr. 346960 – M. Briand.

²³⁸ *Dutheillet de Lamothe*, SchlA. v. 4.5.2018 zu CE, Ass., Ur. v. 18.5.2018 – Nr. 400675 – M. Louvion, S. 9.

²³⁹ *Mestre*, D. 1984, chr. 1 (2) hält dies für verfassungshistorisch nicht ausgeschlossen.

²⁴⁰ Ausführliche Analyse der Entstehung der Vorschrift bei *Gahdoun*, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 56 ff. Rn. 60 ff.

kürliche oder missbräuchliche Begrenzungen auferlegt würden.²⁴¹ Der Entscheidung wurde sofort angelastet, wirtschaftliche Grundrechte ausgerechnet dann zu „finden“, als es darum ging, die durch die Wahlen demokratisch stark legitimierte, aber von der Opposition als zu interventionistisch empfundene Politik der Linken zu verhindern.²⁴² Die nächste Konjunktur dieses Grundrechts stellte sich dann wieder ein, als die Linke erneut die Wahlen gewann. Holländes wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Reformpläne zerschellten an diesem Grundrecht wie jene Mitterands.²⁴³ Das Grundrecht ist deshalb verfassungsrechtlich wie verfassungspolitisch umstritten und seine Legitimität aufgrund der politischen Zufälligkeiten nicht zweifelsfrei.²⁴⁴ Das konzeptionelle Problem des Schrifttums liegt darin, dass das Grundrecht zur Einengung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers beiträgt und als richterrechtliches²⁴⁵ kollidierendes Verfassungsrecht andere Prinzipien zurückdrängt, vor allem die sozialen Grundrechte der Präambel 1946, denen im Vergleich zu einem direkt durch die DDHC geschützten Grundrecht ein geringerer Rang zukommen dürfte.²⁴⁶ Neben der *liberté d’entreprendre* existiert auch weiterhin die *liberté de commerce et de l’industrie*, der nunmehr gelegentlich auch verfassungsrechtlicher Rang als komplementäres Grundrecht zugesprochen wird. Dies wäre dann notwendig, wenn man die *liberté d’entreprendre* als reine Freiberuflerfreiheit oder als Unternehmensgrundrecht versteht. Hierfür gibt es aber keine Anhaltspunkte. Die verfassungsrechtliche Terminologie ist die *liberté d’entreprendre*. Ob man die *liberté de commerce et de l’industrie* als Teilgewährleistung begreifen möchte,²⁴⁷ so dass sie nunmehr trotzdem Verfassungsrang hat,²⁴⁸ kann dahinstehen. Damit ist verfassungsrechtlich im Ergebnis nur die *liberté d’entreprendre* relevant.²⁴⁹ Sie umfasst, nachdem der Conseil Constitutionnel lange Zeit dies bestritt, auch die *liberté contractuelle* (der Conseil Constitutionnel hat diesen Begriff freilich nie verwandt).

²⁴¹ CC, Entsch. v. 16.1.1982 – Nr. 81-132 DC, Rn. 16 – *Loi de nationalisations*; s. allerdings bereits CE, Ass. Plén., Urt. v. 22.6.1963 – Nr. 51.787, Rec. S. 386 f. – *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacoux*; s. zur Ableitung von spezifischen Freiheiten aus der allgemeinen Freiheitsgarantie *Duhamel/Tusseau*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, S. 933.

²⁴² *Savy*, D. 1983, chr. 105 (105); jüngst etwa bedenklich unsachlich *Chazal*, D. 2014, 1101 ff.; s. auch *Audubert*, *Revue des droits de l’homme*, Nr. 18, 2020, Rn. 4 ff.

²⁴³ Bspw. CC, Entsch. v. 27.3.2014 – Nr. 2014-692 DC – „*Loi Florange*“, s. hierzu die sehr kritische Besprechung bei *Chazal*, D. 2014, 1101 ff. und die (vehemente) Replik von *d’Avout*, D. 2014, 1287 ff.

²⁴⁴ Noch heute grundsätzlich eine Konstitutionalisierung der unternehmerischen Freiheit ablehnend *Hennette-Vauchez/Roman*, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, S. 723 Rn. 1018; konzeptionelle Bedenken angesichts der menschenrechtlichen französischen Tradition auch bei *Champeil-Desplats*, *Revue de droit du travail*, 2017, 19 ff.; positiv hingegen *de Béchillon*, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 49, 2015.

²⁴⁵ Zum Richter als Erfinder der unternehmerischen Freiheit: *Muller*, in: *Mélanges Wachsmann*, S. 390; *Savy*, D. 1983, chr. 105 (106).

²⁴⁶ Ausführlich *Audubert*, *Revue des droits de l’homme*, Nr. 18, 2020, Rn. 22 f.

²⁴⁷ So zu verstehen CE, Beschl. v. 12.11.2001 – Nr. 239840 – *Commune de Montreuil-Bellay*.

²⁴⁸ *P. Delvolvé*, *Droit public de l’économie*, S. 127 f. Rn. 77.

²⁴⁹ S. auch *Letteron*, *Libertés publiques*, S. 570 Rn. 718.

II. Wirtschaftliche Grundrechte des Avocats

Es bestehen keine Bedenken, auf die Profession des Avocats die wirtschaftlichen Grundrechte anzuwenden (dazu unter 1.). Seine anwaltliche *liberté d'entreprendre* umfasst den Zugang zur Profession sowie ihre Ausübung (dazu unter 2.).

1. Grundrecht der reglementierten juristischen Professionen

Dass der Avocat sich auf die *liberté d'entreprendre* als unabhängiger freiberuflicher Berufsträger berufen kann, erscheint umso plausibler, wenn man sich vergegenwärtigt, dass selbst der Notar, anders als in der Rechtsprechung des BVerfG, im französischen Verfassungsrecht vollständig den wirtschaftlichen Grundrechten und nicht (auch nicht teilweise) den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den öffentlichen Dienst unterfällt.

a) Grundrechtliche Gleichstellung von Avocat und Notaire

Der Notar ist in beiden Berufsrechten als „Grenzfall“²⁵⁰ der Freiberuflichkeit, nah am öffentlichen Amt, konzipiert. Anders als das BVerfG hat der Conseil Constitutionnel ein klares Bekenntnis zur Anwendbarkeit der *liberté d'entreprendre* geleistet. Der Notaire ist eine janusköpfige²⁵¹ Profession: *officier public* nach Art. 1 der Ordonnance Nr. 45-2590 v. 2.11.1945 auf der einen Seite und zugleich liberale Profession,²⁵² was sich u. a. bei Fragen des Gesellschaftsrechts niederschlägt.²⁵³ Was er schreibt und beglaubigt, ist das Gesetz zwischen den Parteien, ihm kommen also *prérogatives de puissances publiques* zu, was grundsätzlich staatlichen Organen vorbehalten ist. Er ist gleichwohl kein Beamter.²⁵⁴ Zum verfassungsrechtlichen Schwur kam es, als der Conseil Constitutionnel über das 1816 eingeführte Recht eines Notars, seinen Nachfolger „vorschlagen“ zu dürfen und hierfür „entschädigt“ zu werden (sog. *droit de présentation*), befinden musste. Dieses Recht, dessen Nähe zur Ämterkäuflichkeit²⁵⁵ handgreiflich ist, wäre bei einer Anwendbarkeit

²⁵⁰ Glindemann, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, S. 16 f.

²⁵¹ Laurent-Bonne, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 33 ff.; bereits Hauriou, *La jurisprudence administrative III*, S. 103.

²⁵² Grundlegend CE, Urt. v. 27.3.1957 – Nr. 23721/25955, Rec. S. 210 – Conseil supérieur du notariat; J. Savatier, *La profession libérale*, S. 48.

²⁵³ Deutsch-französisch rechtsvergleichend Glindemann, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, S. 16 f., der im Ergebnis den Notar aus seiner Untersuchung ausschließt.

²⁵⁴ Die Loi du 25 ventôse an XI (16.3.1803) sprach untechnisch vom *fonctionnaire* und Hauriou, *La jurisprudence administrative III*, S. 116 stellte fest, dass der Status der *officiers publics* „s'administre un peu plus“. – Nach heutigen Maßstäben (allg. Melleray, *Droit de la fonction publique*, S. 72 ff. Rn. 52 ff.) erfüllt der Notar, trotz Ernennung durch den Minister, die Definition des Beamten nicht, weil er nicht vom Staat bezahlt wird und von diesem unabhängig ist (*Taillefait*, *Droit de la fonction publique*, S. 91 f. Rn. 146).

²⁵⁵ Freilich ist der historische Hintergrund, dass die Notare als *officiers publics* einen besonderen Beitrag zu den Reparationsleistungen, die der Wiener Kongress 1815 beschloss, leisten mussten, wofür sie 1816 dieses Recht als Gegenleistung erhielten, und, so formulierte es damals der Herzog Richelieu, fortan ihr Amt vererben (oder versilbern) konnten. – 24% der französischen

des Art. 6 DDHC verfassungswidrig. Nach dieser Vorschrift sind „dignités, places et emplois publics“ im Wege der Bestenauslese zu vergeben. Der Conseil stellte fest, dass der Notar nicht unter diese Vorschrift fällt.²⁵⁶ Sicherlich war diese Entscheidung begünstigt durch den EuGH, der keine Bereichsausnahme der Grundfreiheiten für den Notar anerkannte.²⁵⁷ Damit war der Weg zur Anwendbarkeit der *liberté d’entreprendre* offen. Die Entscheidung selbst kann man durchaus als Pyrrhussieg²⁵⁸ bezeichnen. Denn die unternehmerische Freiheit bietet keinen Konkurrenzschutz.²⁵⁹ Damit war die umstrittene, das Notariat²⁶⁰ reformierende *Loi Macron*²⁶¹ und die mit diesem Gesetz ermöglichte partielle Niederlassungsfreiheit in „unterversorgten“ Gebieten verfassungsrechtlich nicht mehr anzugreifen. Die Auswirkungen des Gesetzes sind in Details durchaus problematisch. Denn das Gesetz hat zugleich Notaren in bestimmten Fällen die Möglichkeit eingeräumt, Nachlässe auf den gesetzlichen Tarif zu gewähren. Aufgrund der Funktion des Notars ist damit der gleiche Zugang zur Rechtspflege betroffen, auch wenn der Notar nicht in Ansehung des Einzelnen über den Abschlag entscheiden darf.²⁶² Es besteht aus verfassungsrechtlichen Gründen aber ein Abstandsgebot zwischen *Avocat* und *Notaire*. Die privatautonome Gestaltung ist dem *Avocat* erlaubt, dem *Notaire* im Regelfall nicht, da er Teil der *puissance publique* ist. Diese kategoriale Verschiedenheit darf die Anwendbarkeit des Art. 4 DDHC auf beide Professionen grundrechtlich nicht einebnen.²⁶³ Auch der Conseil d’État hat durch seine höchste Spruchgruppe, die *Assemblée du contentieux*, entschieden, dass notarrechtliche Dekrete an der *liberté d’entreprendre* zu messen sind.²⁶⁴ Sein *rapporteur public* hat hierin die Aufgabe einer tradierten Rechtsprechung gesehen, wonach die Freien

Notare stammen heute aus Notariatsfamilien (hierzu *Laurent-Bonne*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 25 f.).

²⁵⁶ CC, Entsch. v. 21.11.2014 – Nr. 2014-429 QPC, Rn. 8 – M. Pierre T. (*Droit de présentation des notaires*).

²⁵⁷ EuGH, Urte. v. 24.5.2011 – C-54/08, EuZW 2011, 468 (473 Rn. 117) – Kommission/Deutschland sowie vom selben Tag EuGH, Urte. v. 24.5.2011 – C-50/08, D. 2011, 1417 – Kommission/Frankreich; sehr kritisch *Laurent-Bonne*, D. 2015, 252 (253).

²⁵⁸ *F. Hartmann*, *Les Petites Affiches* v. 9.12.2014, Nr. 265, S. 12.

²⁵⁹ *Pez*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 89 ff.

²⁶⁰ S. statt vieler *Laurent-Bonne*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 23 ff.; *M.-L. Dussart*, *AJDA* 2015, 2188 ff. – Im anwaltlichen Berufsrecht berührte das Gesetz das Gesellschaftsrecht, vor allem die interprofessionelle Zusammenarbeit, und lockerte Postulationsbeschränkungen (Kap. 2, § 2, B., II., 2., b), bb), S. 187 ff.).

²⁶¹ *Loi* Nr. 2015-990 v. 6.8.2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques. – Es umfasst 308 Artikel und nimmt 146 Seiten im JORF ein. Thematisch erschöpft es sich bei weitem nicht nur in der Deregulierung der reglementierten Professionen.

²⁶² Sehr kritisch *Gaudemet*, *Les Petites Affiches* v. 7.4.2015, Nr. 69, S. 12; weniger kritisch und dies als zwingende Folge der fehlenden Anwendbarkeit des Art. 6 DDHC sehend *M.-L. Dussart*, D. 2015, 1166 (1168); *Pez*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 102 ff. sieht im Ergebnis die gesetzliche Ausgestaltung als verfassungsrechtlichen Vorgaben noch genügend an. – S. BVerfGE 47, 285 (318 ff.) zur Kontrolle der Aufhebung dieser individuellen Möglichkeit zugunsten gesetzlicher Gebührenabsenkungstatbestände im deutschen Notarsrecht.

²⁶³ In diese Richtung *M.-L. Dussart*, D. 2015, 1166.

²⁶⁴ CE, Ass., Urte. v. 18.5.2018 – Nr. 400675 – M. Louvion.

Berufe beim Conseil d'État keine Grundrechte rügen können, weil die gesetzliche Reglementierung bislang wie beschrieben die *liberté de commerce et de l'industrie* verdrängte. Die *liberté d'entreprendre* aber könne nicht mehr vom Gesetzgeber ausgeschlossen werden.²⁶⁵

b) *Anwendbarkeit auf den Avocat*

Von dieser Rechtsprechung des Conseil d'État profitiert auch der Avocat. Seit 2018 kann er beim Conseil d'État seine *liberté d'entreprendre* gegen Dekrete einwenden. Angesichts der nicht unerheblichen Bedeutung dieser Rechtsakte für das Berufsrecht²⁶⁶ ist dies ein veritabler Fortschritt bei der grundrechtlichen Kontrolle der Anwaltsregulierung. Dass die *liberté d'entreprendre* jedoch nicht die verfassungsrechtliche Durchschlagskraft im Berufsrecht wie Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet, liegt an einer Vielzahl von Gründen, die sicherlich alle zusammenwirken.

Verfassungsprozessuale Gründe: Wie viele Unterschiede zwischen deutschem und französischem Verfassungsrecht ist auch dieser im Verfassungsprozessrecht, vor allem im Fehlen der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde, zu erblicken. Denn wenn man sich die Großen Entscheidungen des BVerfG zur anwaltlichen Berufsfreiheit anschaut, betrafen diese vielfach straf- und ehrengerichtliche Verurteilungen, die mit einer Urteilsverfassungsbeschwerde angegriffen wurden. Hierfür muss aber gerade ein subjektives Grundrecht durch den Beschwerdeführer gerügt werden. Im QPC-Verfahren ist dies nicht notwendig. Das heißt ein Gesetz kann für verfassungswidrig erklärt werden, auch wenn ein Anwalt die Partei des Ausgangsverfahrens ist, weil es mit Art. 16 DDHC, also den Prozessgrundrechten des Mandanten, unvereinbar ist. In bestimmten Konstellationen kann der Conseil d'État berufs- oder gerichtsverfassungsrechtliche Sachverhalte mit der ihm vertrauten administrativen Kategorie des *service public* beantworten, weil die Anwälte ja zu diesem beitragen, so dass die Grundsätze des *service public* durch die Regulierung seiner Tätigkeit nicht verletzt werden dürfen.²⁶⁷

Public Interest Litigation durch die Anwaltschaft: Die Rüge des Art. 16 DDHC wird auch favorisiert, sowohl von Einzelanwälten als auch von der anwaltlichen Selbstverwaltung, wenn sie Partei des Ausgangsverfahrens ist. Ob dies eine prozessual kluge Strategie ist, erscheint zweifelhaft. Die Rüge des Art. 16 DDHC verfängt im Ergebnis regelmäßig nicht, wenn die Antragsteller Erschwerungen der anwaltlichen Berufsausübung angreifen oder u. U. sogar Konkurrenzschutz begehren, weil dies angeblich die Rechte der Rechtsuchenden verfassungsrechtlich so verlangen würden.²⁶⁸

²⁶⁵ *Dutheillet de Lamothe*, SchlA. v. 4.5.2018 zu CE, Ass., Urt. v. 18.5.2018 – Nr. 400675 – M. Louvion, S. 9; s. auch *Muller*, in: *Mélanges Wachsmann*, S. 394; *Roussel/Nicolas*, AJDA 2018, 1212 (1217).

²⁶⁶ Vgl. Einl., § 1, A., II., 4., S. 14.

²⁶⁷ S. nur CE, Urt. v. 17.6.2019 – Nr. 400192, Rn. 31 zur multiprofessionellen Sozietät.

²⁶⁸ Deutlich bei CC, Entsch. v. 7.4.2017 – Nr. 2017-623 QPC, Rn. 23 – CNB (*Secret pro-*

Skepsis vor einer Konstitutionalisierung der Dritten Gewalt: Letztlich hat ein im Schrifttum geäußertes Argument dem ersten Anschein nach durchaus was für sich, wonach die zurückhaltende Grundrechtsjudikatur für die Anwaltsprofession mit einer französischen Skepsis vor einer verfassungsrechtlich anerkannten Dritten Gewalt zusammenhängt.²⁶⁹ Dies würde zwar die Zurückhaltung bei der Anerkennung einer institutionellen Garantie für die Anwaltschaft erklären, auf der anderen Seite aber erst recht dafürsprechen, den Avocat als Freiberufler auf seine wirtschaftlichen (Jedermanns-)Grundrechte zu verweisen.

Selbstverwaltung als Schutzschirm: Sicherlich ein dominanter Grund ist die Bedeutung der anwaltlichen Selbstverwaltung in Frankreich, die bereits erwähnt wurde und noch als Garantie der anwaltlichen Freiheit dargestellt werden wird.²⁷⁰ Die institutionelle Unabhängigkeit spielt eine viel größere Rolle als in Deutschland. Ihre Freiheit schlägt auf die Freiheit des einzelnen Berufsträgers durch und oft genug wird die Freiheit als von der institutionellen Unabhängigkeit abgeleitet empfunden. Dies lässt das Interesse an einem Individualgrundrecht gering erscheinen, solange dieser Schutz durch das Kollektiv vor dem Staat noch funktioniert.²⁷¹ Die Mitgliedschaft im Ordre des Avocats stellt sich als eine Grundrechtsvoraussetzung dar. Allerdings erscheint nicht ausgemacht, dass sie nicht doch auch ein Grundrechtseingriff ist. Der Conseil Constitutionnel hat sich zur spezifischen handwerksrechtlichen Situation im Elsass und im Moselle-Departement geäußert und die neben die gesetzlich vorgesehene Kammermitgliedschaft (*chambre de métiers*) tretende, durch den Präfekten auf Grundlage fortgeltender ehemaliger Reichsgesetze (GewO 1900, „Code des professions“) angeordnete Innungsmitgliedschaft (*corporation*) für mit der unternehmerischen Freiheit unvereinbar gehalten.²⁷² Der Conseil sieht (anders als das BVerfG) die Berufsausübungsdimension betroffen. Allerdings ist es wohl vielmehr die spezifische Verdoppelung der Mitgliedschaften für Handwerker in den drei Departements, die hier die Nichtigkeit begründet. Im offiziellen Kommentar äußert sich der Conseil genereller, wonach eine Mitgliedschaft in einer *corporation* der Rechtfertigung bedürfe.²⁷³ Aber dann bleibt immer noch die Frage, ob der Conseil *chambre*, *corporation* und *Ordre* gleichsetzen würde. Verfassungsrechtlich ist keine Differenzierung geboten, denn auch die Mitgliedschaft im Ordre ist heute keine privatautonome Vereinbarung aller Mitglieder mehr, sondern eine gesetzliche Mitgliedschaft. Verfassungskulturell wird bei einem deutsch-

fessionnel et obligation de discrétion du défenseur syndical) sowie CC, *Entsch. v. 20.5.2022 – Nr. 2022-994 QPC, Rn. 9 – M. Mohammed D. (Délivrance d’un permis de communiquer aux seuls avocats nominativement désignés par la personne mise en examen).*

²⁶⁹ *Briand, Gaz. Pal. v. 28.5.2013, Nr. 148, S. 7.*

²⁷⁰ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., S. 314 ff.

²⁷¹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 4., a), bb), S. 317.

²⁷² CC, *Entsch. v. 30.11.2012 – Nr. 2012-285 QPC, Rn. 6 ff. – M. Christian S. (Obligation d’affiliation à une corporation d’artisans en Alsace-Moselle).*

²⁷³ Offizieller Kommentar des Conseils Constitutionnel, S. 11. – Dort auch m. w. N. zum *droit local* im Wirtschaftsverwaltungsrecht.

französischen Berufsrechtsvergleich der Unterschied zwischen Ordre und der corporation, als die die Rechtsanwaltskammer bezeichnet wird, betont.

2. Inhalt einer anwaltlichen *liberté d'entreprendre*

Eine Analyse der Judikatur von Conseil Constitutionnel, Cour de Cassation und Conseil d'État sowie der Untergerichte zeigt, dass der Avocat sich in allen Phasen der unternehmerischen Tätigkeit auf die *liberté d'entreprendre* berufen kann.

a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Berufszugangs

aa) Zulassungshindernisse

Art. 11 Nr. 4 des Gesetzes v. 31.12.1971 untersagt die Zulassung zur Anwaltschaft, wenn jemand wegen Handlungen gegen die Ehre, Aufrichtigkeit oder die guten Sitten strafrechtlich verurteilt wurde. Die Cour de Cassation sah in der Vorschrift keine Verletzung der *liberté d'entreprendre*. Die Vorschrift sei nach den Maßstäben des (französischen) Verfassungsrechts hinreichend bestimmt. Dies liege daran, dass aufgrund der Tradition im berufsrechtlichen Kontext hinreichend klar sei, welche Delikte eine Zulassung ausschließen würden. Gestützt auf die vergleichbare notarrechtliche Vorschrift hat das Justizministerium den Zulassungsantrag eines Interessenten abgewiesen, der seine Ex-Frau geohrfeigt hat. Hierfür hat er nur einen „rappel à la loi“ erhalten, der nicht im Vorstrafenregister aufgeführt wird und bei dem der Täter nur belehrt wird, dass er Unrecht getan hat. Der zuständige Conseil d'État²⁷⁴ hat den gegen die verweigerte Zulassung gerichteten Rechtsbehelf zurückgewiesen. Die Reichweite des Versagungstatbestands wird also deutlich, denn weder fordert der Conseil d'État eine Verurteilung wegen der Tat im engeren Sinne, noch kommt es für ihn auf einen wie auch immer gearteten Zusammenhang zwischen der Tat und dem Schutzgut des Berufsrechts (der Rechtspflege) an. Die Zulassung darf aber nur so lange verweigert werden, wie das Verhalten des Anwärters die Gefahr für die genannten anwaltlichen Grundprinzipien erkennen lässt; danach muss, so die Cour de Cassation, die Zulassung erfolgen.²⁷⁵ Dies zeigt, dass die Figur der verfassungskonformen Auslegung (*interprétation conforme*²⁷⁶) auch in Frankreich mittlerweile bekannt ist, denn die Vorschrift begrenzt den Ausschluss von der Anwaltschaft in zeitlicher Hinsicht nicht ausdrücklich.

bb) Zulassungsvoraussetzungen ausländischer Juristen

Auch die Zulassung ausländischer Juristen ist vom Conseil Constitutionnel unter dem Aspekt der *liberté d'entreprendre* untersucht worden.²⁷⁷ Der Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten für einen Beruf wird vom Conseil Constitutionnel

²⁷⁴ CE, Beschl. v. 29.7.2022 – Nr. 458168.

²⁷⁵ Cass. Civ. I., Urt. v. 8.6.2017 – Nr. 16-25.844.

²⁷⁶ *Roblot-Troizier*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 40, 2013.

²⁷⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., a), S. 233 ff. sowie Kap. 3, § 1, B., III., 1., S. 265 ff.

regelmäßig nicht als klassischer Eingriff in die *liberté d'entreprendre* behandelt, sondern die gesetzliche Regelung muss lediglich kohärent mit dem Regelungsziel sein.²⁷⁸

cc) Zweitberufsfreiheit

Der Zugang zum Anwaltsberuf ist auch dann verfassungsrechtlich von Art. 4 DDHC geschützt, wenn es um die Ausübung dieser Profession im Zweitberuf geht. Der Gesetzgeber hatte Abgeordneten verboten, eine Tätigkeit als *conseil* auszuüben, außer als Mitglied einer reglementierten Profession und wenn sie diese Tätigkeit bereits vor Mandatsbeginn ausgeübt haben. Damit war die erstmalige Aufnahme einer beratenden Tätigkeit, also auch als *Avocat*, für Abgeordnete untersagt. Der *Conseil Constitutionnel* hat dieses Gesetz für verfassungswidrig erklärt, denn die Vorschriften durch „*leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l' élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts*“.²⁷⁹ Berufszugangsregeln sind nicht verhältnismäßig, solange Berufsausübungsregelungen das Regelungsziel auch verwirklichen können. Solche hatte der Gesetzgeber nämlich auch erlassen für die „Bestandsanwälte“ unter den Abgeordneten und die Beratung und Vertretung von bestimmten juristischen Personen ausgeschlossen. Eine jüngere Entscheidung der Handels- und Wirtschaftskammer der *Cour de Cassation*²⁸⁰ relativiert aber die Bedeutung des Art. 4 DDHC für die Zweitberufsfreiheit. Der gesetzliche Ausschluss für den *mandataire judiciaire*, sich als *Avocat* zuzulassen, was hingegen dem *administrateur judiciaire* möglich sei, stelle einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 4 DDHC dar (sei aber gleichheitssatzwidrig). Die Entscheidung stellt aber wohl („*la liberté d'entreprendre de ces professionnels*“) nicht auf den Berufszugang (*accès*) des Interessierten zur Anwaltschaft ab, sondern sieht sie als eine Berufsausübungsmodalität der *mandataires judiciaires*. Das BVerfG hingegen hat der Insolvenzverwaltung ein eigenes Berufsbild zugesprochen, das sich vom Rechtsanwalt emanzipiert hat.²⁸¹ Da die Kontrollmaßstäbe soweit ersichtlich beim *Conseil Constitutionnel* nicht variieren, je nachdem, ob es sich um eine Zugangs- oder Ausübungsregel handelt, ist die Abgrenzung nicht entscheidend relevant.

²⁷⁸ CC, Entsch. v. 24.6.2011 – Nr. 2011-139 QPC, Rn. 5 – *Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales)*.

²⁷⁹ CC, Entsch. v. 9.10.2013 – Nr. 2013-675 DC, Rn. 52 f. – *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*.

²⁸⁰ Cass. Com., Beschl. v. 9.6.2022 – Nr. 22-40.008, Rn. 8; CC, Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC – M. Frédéric B. (*Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d'avocat*) geht auf Art. 4 DDHC nicht mehr ein, weil die *Cour de Cassation* die Frage nach der Vereinbarkeit mit diesem Grundrecht nicht vorlegte.

²⁸¹ Anerkannt durch den Senat in BVerfGE 141, 121 (35 f.) – Bestellung juristischer Person zum Insolvenzverwalter; bereits aber BVerfG-K, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00, 1086/01, NJW 2004, 2725 (2727) – Rechtsschutz bei der Vorauswahl von Insolvenzverwalterkandidaten; s. auch *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 27 ff.

b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Berufsausübung

aa) Vertragsabschlussfreiheit

Ogleich der Avocat auxiliaire de justice ist und mit diesem Status regelmäßig Kontrahierungszwänge einhergehen,²⁸² sieht das französische Recht einen solchen für den Avocat nicht vor.²⁸³ Er ist also frei in der Annahme oder in der Ablehnung eines Mandats.²⁸⁴ Eine Ausnahme wird in Art. 9 des Gesetzes v. 31.12.1971 für die commission d'office angeordnet, die Pflichtverteidigung. Der Conseil hielt diese Vorschrift für verfassungskonform.²⁸⁵ Hier ist sie deshalb interessant, weil die liberté d'entreprendre nicht gerügt wurde. Die Parteien und Streithelfer beriefen sich ausschließlich auf das Grundrecht des Art. 16 DDHC des Mandanten. Eine Kontrolle anhand der unternehmerischen Freiheit unterblieb, was angesichts dessen, dass der Avocat gezwungen wurde, gegen seinen Willen seinen Mandanten weiter zu verteidigen, überraschte. Man könnte überlegen, dass die Frage der commission d'office womöglich der liberté d'entreprendre im Grundsatz entzogen ist, weil es sich hierbei um eine besondere enge Einbindung in den service public de la justice handelt. Im Schrifttum wurde sogar die Verbeamtung von Pflichtverteidigern für (verfassungs-)rechtlich möglich gehalten.²⁸⁶ Die Wahrnehmung einer Pflichtverteidigung weist vielleicht zu wenig Ähnlichkeit mit einer marktförmigen anwaltlichen Tätigkeit auf, um sie unter Art. 4 DDHC zu fassen. Hierin würde der Unterschied zwischen einer Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und einer unternehmerischen Freiheit (Art. 4 DDHC) zum Ausdruck kommen. All diese Erwägungen sind natürlich nicht in der Entscheidung oder im offiziellen Kommentar des Conseil offengelegt worden und auch das französische Schrifttum hat sich hierfür nicht interessiert. Die Entscheidung der Cour de Cassation zum Kopftuchverbot spricht allerdings gegen einen generellen Ausschluss der Grundrechte des Avocats in seiner Rolle als Gerichtsanwalt. Sicherlich ist die Entscheidung des Conseil Constitutionnel ein Beispiel dafür, dass „anwaltliche Unannehmlichkeiten“ nicht stets mit dem Anschein des Altruismus über die Prozessgrundrechte angegriffen werden sollten. Denn der Conseil stellt dann auch fest, dass dem Mandanten und seinen Grundrechten nicht damit geholfen ist, ohne Anwalt vor der Cour d'assises dazustehen. In casu verließ der Anwalt sogar den Saal und der Mandant wurde ohne Anwalt abgeurteilt; die Verurteilung hielt die Strafkammer der Cour de Cassation auf das Rechtsmittel des Angeklagten hin aufrecht. Der Weg über Art. 4 DDHC wäre der ehrliche gewesen. Vor allem hätte der Conseil Constitutionnel auch aus der Vorschrift selbst direkt seine Maßstäbe für eine Begrenzung entnehmen können. Denn

²⁸² Für den huissier de justice vgl. Art. 15 des Dekrets Nr. 56-222 v. 29.2.1956.

²⁸³ *Martin*, Déontologie de l'avocat, Rn. 51.

²⁸⁴ Vgl. CE, Urt. v. 11.1.2012 – Nr. 336605.

²⁸⁵ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 1., b), aa), S. 277 ff.

²⁸⁶ Vgl. *Assier-Andrieu*, Les Avocats, S. 47 für die Pflichtverteidigung; noch weitergehender *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 147 f. Rn. 97.

die Vorschrift sichert ein Prinzip gleicher Freiheit;²⁸⁷ die Ausübung der Freiheit durch den einen darf die Freiheitsverwirklichung des anderen nicht verhindern. Der Wunsch eines Strafverteidigers jederzeit ohne Begründung eine Pflichtverteidigung niederlegen zu dürfen, schädigt aber die Grundrechte des Mandanten aus Art. 16 DDHC und kann angesichts der Wertungen der DDHC nie Grundrechtsschutz genießen.

bb) Postulationsfreiheit

Die Postulation ist in Frankreich auf jene Gerichte eines Bezirkes beschränkt, bei dem die Kammer, der man angehört, gebildet ist. Seit dem „Loi Macron“ aus 2015 gilt dies aber für die Eingangs- wie für die Berufungsinstanz (Art. 5 des Gesetzes v. 31.12.1971).²⁸⁸ Hingegen dürfen nach Art. 4 alle Anwälte vor jedem Gericht und anderen Spruchkörpern ohne Begrenzung plädieren. Die territorialen Beschränkungen der Postulationsfähigkeit hat die Zweite Zivilkammer der Cour de Cassation mit Art. 16 DDHC für vereinbar gehalten, aber sich zur unternehmerischen Freiheit (Art. 4 DDHC) überhaupt nicht geäußert, weil die Parteien eine Verletzung nicht rügten. Die freie Wahl eines Avocats, die aus Art. 16 DDHC folgt, wird aber durch die Postulationsbeschränkung gar nicht beeinträchtigt, weil der Wahlanwalt ja vor dem auswärtigen Gericht plädieren durfte. Die Rüge des Art. 16 DDHC war offensichtlich ohne „caractère sérieux“, so dass die Cour de Cassation nicht dem Conseil Constitutionnel vorlegte.²⁸⁹ Die zweite verfassungsrechtliche Baustelle des Art. 5 ist die Multipostulation für die Pariser Umlandgerichte (Paris, Bobigny, Créteil, Nanterre sowie die entsprechenden Berufungsgerichte Paris und Versailles).²⁹⁰ Die Vorschrift reagiert auf die Zerschlagung des Tribunal de la Seine im Jahr 1958. Die Cour d’appel de Versailles konnte in Art. 5 keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Sicht von Nicht-Pariser-Anwälten erblicken. Die Regelung erweitere lediglich die Möglichkeiten für Rechtsuchende.²⁹¹

Die verbliebenen Postulationsbeschränkungen, soweit sie nicht die Cour de Cassation und den Conseil d’Etat betreffen, sind angesichts des Grundrechts aus Art. 4 DDHC verfassungswidrig.²⁹² Sollte die Cour de Cassation eine derartige Rüge erreichen, wäre sie zur Vorlage verpflichtet. Aus deutscher Sicht kann man

²⁸⁷ *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 355 Rn. 276 bezieht Art. 4 DDHC nicht auf das Verhältnis zum Mandanten, leitet daraus aber (verfassungsrechtlich) kollegiale Rücksichtnahmepflichten ab, weil jeder Avocat die gleiche Freiheit beanspruchen könne.

²⁸⁸ Diese Erweiterung wurde durch CC, Entsch. v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 58 – Loi pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques für verfassungsgemäß erklärt, wobei die Antragsteller nur pauschal die bonne administration de la justice und den Gleichheitssatz rügten (vgl. *Pez*, in: La réforme des professions réglementées, S. 107).

²⁸⁹ Cass. Civ. II., Urt. v. 12.10.2011 – Nr. 11-40.064.

²⁹⁰ Vergleichbare Regeln der Multipostulation bestanden, bevor der Gesetzgeber sie 2016 strich, für die Gerichte in Bordeaux und Libourne und Nîmes und Alès.

²⁹¹ CA Versailles, Urt. v. 18.10.2012 – Nr. 12/00028.

²⁹² An der Zukunftsfähigkeit zweifelnd *M.-L. Dussart*, AJDA 2015, 2188 (2191 f.).

sicherlich sagen, dass dieses Thema tiefe Gräben durch den Berufsstand zieht.²⁹³ Solange die Postulation beschränkt ist, kann die Vorschrift des Art. 5 der Regierung immer wieder als Zuckerl dienen, um den notorischen Widerstand der Anwaltschaft gegen weitreichendere Justizreformen zu brechen.²⁹⁴ Die französische Regelung, die allerdings nur die Postulationsfähigkeit betrifft, entspricht der Lokalisierung, wie sie auch die RAO 1878 und die BRAO vorsahen, jedoch ohne zugleich ein Verbot der Simultanzulassung beim Berufungsgericht auszusprechen. Der 7. Deutsche-Juristentag 1868 forderte bereits eine komplette „Freigabe“ des Berufes, während der 5. Deutsche Anwaltstag 1876 die Lokalisation forderte. Der Reichsgesetzgeber ordnete in § 8 Abs. 1 RAO 1878 eine Zulassung bei einem bestimmten Gericht an, eine Zulassung beim Amtsgericht konnte nach § 9 Satz 2 RAO 1878 um eine Zulassung vor einem Landgericht ergänzt werden, seit 1927 bestand ein Rechtsanspruch hierauf. Die Vorschriften der §§ 18 BRAO ff. i. V. m. 78 ZPO a. F. sahen weiter die Lokalisierung vor. Argument hierfür war die Versorgung durch eine auch in der Fläche vertretene Rechtsanwaltschaft, die nicht nur in den Großstädten sich niederlassen sollte. Daneben erwartete man sich von lokalen Anwälten Kenntnisse der örtlichen Besonderheiten und ein vertrauensvolles Verhältnis zum Gericht. Wie heute in Frankreich entstand ein System des Korrespondenzanwalts. Doch die legitimierenden Motive brachen durch das Aufkommen von Fernkommunikationsmitteln weg. Auch die Anwaltsdichte im ländlichen Raum erreichte kein besorgniserregendes Niveau. Als der BGH²⁹⁵ die überörtliche Sozietät zuließ, hatte er Einzelanwälte zudem in eine strukturell nachteilige Situation versetzt. Zum 1.1.2000 waren Anwälte auch vor anderen Gerichten postulationsfähig.²⁹⁶ Der Gesetzgeber kam damit einer im Bereich des Möglichen liegenden Nichtigerklärung durch das BVerfG zuvor. Denn das Gericht hatte das Verbot der Simultanzulassung am OLG als Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG betrachtet.²⁹⁷ In seiner früheren Rechtsprechung anerkannte das Gericht in einer Kammerentscheidung die Allgemeinwohlbelange, die der Gesetzgeber anführte.²⁹⁸ § 25 BRAO a. F. solle einen engen Kontakt mit und die genaue Kenntnis des örtlichen Gerichts sicherstellen, so dass ein vertrauensvolles Verhältnis zwischen der Anwaltschaft und dem Gericht entstehen könne²⁹⁹. Zudem diene die Singularzulassung der Qualitätssicherung der anwaltlichen Berufsausübung durch das Vier-Augen-Prinzip. Dass das BVerfG³⁰⁰ das Verbot der Simultanzulassung später für mit

²⁹³ S. ausführlich *Busse*, AnwBl. Online 2021, 190 (193 ff.).

²⁹⁴ S. die Anhörung v. 14.11.2007 v. Rachida Dati, zum Loi de finances 2008: Titel Justice, <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20071112/fin.html>).

²⁹⁵ BGH, Urt. v. 29.10.1990 – AnwSt (R) 11/90, NJW 1991, 49.

²⁹⁶ Zustimmung *Henssler/Kilian*, NJW 2002, 1817 (1818).

²⁹⁷ Zur Vergleichbarkeit der verfassungsrechtlichen Situation *Henssler/Kilian*, NJW 2002, 2817 (2818); ausführlich zur Geschichte *Pieroth/Trenkel*, AnwBl. 1998, 240 ff.

²⁹⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 13.7.1993 – 1 BvR 867/92, NJW 1994, 184 – Singularzulassung OLG I.

²⁹⁹ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 75 ff. sieht hierin ein nicht unproblematisches „Kontaktsystem“.

³⁰⁰ BVerfGE 103, 1 (9 ff.) – Singularzulassung OLG II; s. die vergleichbare Argumentation bei

Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärte, folgte nicht daraus, dass diese Allgemeinwohlbelange plötzlich keinen verfassungsrechtlichen Wert mehr aufwiesen, sondern dass der Gesetzgeber diese Systementscheidung für die Singularzulassung nicht konsequent aufrechterhalten hat. Sie betraf nur die Zivilstreitigkeiten und in bestimmten Bezirken war sie nicht geltendes Recht. Dies konnte historische Gründe haben oder dem Aufbau der Rechtspflege in den östlichen Bundesländern dienen. Der Gesetzgeber hat sich dann dafür entschieden, das Vier-Augen-Prinzip zu opfern, um die weitere Inkohärenz zu vermeiden, dass ein Rechtsanwalt an allen Amts- und Landgerichten, aber nur an einem Oberlandesgericht postulationsfähig ist.³⁰¹ Diese Erwägungen des BVerfG sind für die verfassungsgerichtliche Kontrolle des französischen Gesetzes durch den Conseil Constitutionnel durchaus von Interesse. Wenn der Gesetzgeber glaubt, dass die *bonne administration de la justice* die Lokalisierung fordere, erscheinen die Ausnahmen für die Pariser Umlandgerichte inkonsequent. Wenn er aber hingegen diese Ausnahme damit rechtfertigt, die *bonne administration de la justice* gebiete nicht zwingend ein Verbot der Freigabe der Postulation, muss er begründen, weshalb die (ersichtlich nicht negativen) Pariser Erfahrungen keine landesweite Freigabe begründen. Die verfassungsrechtliche Diskussion krankt jedoch bereits daran, dass weder der Gesetzgeber, noch die Gerichte, noch die Wissenschaft versuchen, Allgemeinwohlbelange herauszuarbeiten. Diese könnten sich auf die Prozessgrundrechte des Mandanten oder die *bonne administration de la justice* beziehen. Solche Überlegungen hat die Cour de Cassation bislang nicht angestellt. Ihre Argumentation mit der freien Anwaltswahl ist vielmehr ein verfassungsrechtlicher Offenbarungseid: Wenn sie die freie Anwaltswahl dadurch gesichert sieht, dass der plädierende Anwalt frei gewählt werden darf, was sie offensichtlich für das entscheidende hält, dann muss sie im nächsten Schritt begründen, was das Hinzuziehen des postulationsfähigen Anwalts inhaltlich rechtfertigt. Nichts ist hierfür ersichtlich. Wie in Deutschland ist die Frage in Frankreich letztlich, ob historische Gründe die Regel noch zu tragen vermögen.³⁰² Denn der heutige Art. 5 ist nur noch ein Überbleibsel der damaligen Trennung von *Avoué* und *Avocat*. Allerdings hat der *Avoué* den auswärtigen *Avocat* nicht nur still vor Gericht begleitet, sondern insbesondere auch Schriftsätze verfasst. Bei einer solchen Arbeitsaufteilung mögen tatsächlich dem Gesetz qualitätssichernde Erwägungen durch ein Vier-Augen-Prinzip zugrunde gelegen haben, die für Art. 5 jedoch nicht mehr gelten.³⁰³

BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 131 – Tierarztvorbehalt („Die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung der hier geschützten Allgemeinwohlbelange schätzt der Gesetzgeber selbst nicht als sehr hoch ein, da er eine Gefährdung im Hinblick auf zahlreiche andere alternative Heilbehandlungen bei Tieren grundsätzlich hinnimmt.“).

³⁰¹ Ebenso *Henssler/Kilian*, NJW 2002, 2817 (2819).

³⁰² *M.-L. Dussart*, AJDA 2015, 2188 (2191 f.), die allerdings dann auch ein Ende der Kleinstkammern in der Provinz für möglich erachtet.

³⁰³ *Flichy/Genty*, Gaz. Pal. v. 5.4.2014, Nr. 95, S. 9.

cc) *Honorarvereinbarungsfreiheit*

Das französische Berufsrecht kennt anders als das deutsche keine subsidiäre Taxe, die greifen würde, wenn zwischen Avocat und Mandant keine Honorarvereinbarung getroffen wird.³⁰⁴ Art. 10 des Gesetzes v. 31.12.1971 gibt Hinweise, an denen sich der Preis der anwaltlichen Dienstleistung orientieren muss: Vermögen des Mandanten, Schwierigkeit der Angelegenheit, Kosten für den Avocat, dessen Bekanntheit und „dessen Beflissenheit“. Eine Honorarvereinbarung ist jedoch dann unbeachtlich und der Bâtonnier bestimmt anhand dieser Kriterien das bis dahin geschuldete Honorar, wenn der Mandant das Mandatsverhältnis kündigt, bevor der Anwalt einen „unwiderruflichen Akt“ vornimmt.³⁰⁵ Hierbei handelt es sich ausschließlich um Richterrecht der Cour de Cassation. Man mag bereits zweifeln, ob diese richterrechtliche Regel überhaupt Gegenstand einer QPC-Vorlage sein kann. Dies ließ die Cour d’appel d’Aix-en-Provence³⁰⁶ allerdings dahinstehen und bejahte die Vereinbarkeit mit Art. 4 DDHC. Das Grundrecht der Vertragsfreiheit schien von vorneherein nicht sehr vielversprechend. Denn wie später gezeigt werden wird,³⁰⁷ kann der Gesetzgeber (auch die Cour de Cassation?) einen cadre juridique vorgeben. Zutreffend ist in der Regel nur ein richterrechtliches Rückabwicklungsregime zu erblicken, das für alle Honorarvereinbarungen gleichermaßen Geltung beansprucht und vorhersehbar für die Parteien ist. Die Cour d’appel stellt hingegen darauf ab, dass eine Verletzung der unternehmerische Freiheit ausscheide, weil die Kriterien des Art. 10 einen Interessenausgleich bewirken, an dessen Ende der Avocat eine angemessene Entlohnung erhält.

dd) *Ausübung als angestellter Anwalt*

Auch für diese Form der Berufsausübung findet sich eine grundrechtliche Entscheidung der Cour de Cassation. Denn nach Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes v. 31.12.1971 ist es angestellten Anwälten untersagt, eine clientèle personnelle zu haben. In der clientèle personnelle sahen sowohl die Cour d’appel d’Angers,³⁰⁸ als auch die Cour de Cassation³⁰⁹ keine eigentumsfähige Rechtsposition. Eine Verletzung der liberté d’entreprendre scheidet von vorneherein aus, weil der angestellte Avocat sich bewusst – unter Inanspruchnahme arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften – für eine angestellte Tätigkeit entschieden habe und diese jederzeit aufgeben könne. Art. 7 Abs. 5 verbietet deshalb einem vormals angestellten oder in freier Mitarbeit tätigen Anwalt ein Niederlassungsverbot aufzuerlegen. Damit habe der Gesetzgeber die

³⁰⁴ Früher existierten sog. barèmes indicatifs der Kammern, die Berechnungsvorschläge enthielten. Die Wettbewerbsbehörde untersagte sie, weil sie Mindestpreise enthielten (s. aus deutscher Sicht *Henrichfreise*, Frankreichs Anwaltschaft im Wandel, S. 74f.).

³⁰⁵ S. nur Cass. Civ. II, Urt. v. 19.11.2008 – Nr. 07-20.60.

³⁰⁶ CA Aix-en-Provence, Beschl. v. 9.4.2013 – Nr. 13/02387.

³⁰⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., II., 2., c), S. 264.

³⁰⁸ CA Angers, Beschl. v. 24.2.2012 – Nr. 11/02513.

³⁰⁹ Cass. Civ. I, Beschl. v. 24.4.2013 – Nr. 12-21.443, dort auch zur Vereinbarkeit mit Sekundärrecht.

liberté d'entreprendre ausgestaltet und nicht in sie eingegriffen. Die Entscheidung ist interessant, weil sie ein Bild der anwaltlichen liberté d'entreprendre als Freiheit innerhalb des Berufsrechts deutlich erkennen lässt. Der Regelungsrahmen des Gesetzgebers, der eine Vielfalt an Ausübungsmodalitäten ermöglicht, scheint nicht mit der liberté d'entreprendre angegriffen werden zu können. Vielmehr schützt diese die Berufsausübung innerhalb eines kohärenten Regulierungsrahmens. Sie ist eine Freiheit zur Teilnahme an der anwaltlichen Berufsausübung nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften.

ee) Strafbarkeitsrisiko des Avocats

Weil bestimmte Delikte durch Rechtsanwälte besonders „schnell“ verwirklicht werden, ist aus verfassungsrechtlichen Gründen vielmals eine grundrechtskonforme Auslegung notwendig. Das BVerfG³¹⁰ hat dies in der Geldwäsche-Entscheidung dergestalt vorgenommen, dass der Rechtsanwalt sichere Kenntnis von der bemakelten Herkunft des Geldes haben muss (s. heute auch ausdrücklich § 261 Abs. 1 S. 3 StGB). Die Cour de Cassation³¹¹ war mit einem Gesetz befasst, das die Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt nur dann ausdrücklich ausschloss, wenn jemand kostenlos Rechtsrat erteilt. Die chambre d'instruction der Cour d'appel de Paris hatte einen Rechtsanwalt unter contrôle judiciaire gestellt, weil er eine solche Beihilfe in bandenmäßiger Begehungsweise verwirklicht haben soll. Von der Ausnahme profitiere er nicht, weil er seinen Rechtsrat nicht kostenlos erteile. Damit war das Gesetz für eine bestimmte Gruppe von Anwälten eine besondere Bedrohung für ihre Berufsausübung, da ihre Mandantenstruktur ihre Spezialisierung widerspiegelt. Wer im Ausländerrecht tätig ist, hat viel mit illegal eingereisten Personen zu tun. Die Tätigkeit für diese Mandanten zielt oft darauf, ihren Aufenthalt in Frankreich zu verlängern. Dies ist ihre gesetzliche Aufgabe. Im Kassationsbeschwerdeverfahren beantragte der verfolgte Anwalt, dem Conseil Constitutionnel die Frage vorzulegen, ob die Vorschrift die liberté d'entreprendre verletze, weil sie Anwälte nicht befreie. Damit eine Vorlage zulässig ist, muss die Frage einen „caractère sérieux“ haben. „A l'évidence“ sei dies nicht der Fall entschied die Cour de Cassation. Die Vorschrift sei offensichtlich nicht anwendbar auf einen „avocat assurant régulièrement l'assistance et la défense d'un étranger séjournant sur le territoire français“. Die Strafkammer nimmt also vergleichbar mit dem BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung (interprétation conforme) vor. Sozialtypisches und rechtskonformes Verhalten eines Anwalts kann keine Strafbarkeit begründen.

³¹⁰ BVerfGE 110, 226 (254 ff.) – Geldwäsche.

³¹¹ Cass. Crim., Urt. v. 21.8.2013 – Nr. 13-83.975.

c) *Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Berufsbeendigung*

aa) *Radiation (Berufsgerichtlicher Ausschluss)*

Der grundrechtsintensivste Fall der Beendigung der anwaltlichen Berufsausübung tritt in Frankreich durch die *radiation* ein. Hiermit ist in Deutschland der Ausschluss (§ 114 Abs. 1 Nr. 5 BRAO) vergleichbar. Der Ausschluss aus der Anwaltschaft beeinträchtigt Art. 4 DDHC auch in seiner Berufszugangsdimension, denn wie im deutschen Recht (§ 7 Nr. 3 BRAO) führt der berufsgerichtliche Ausschluss aus der Anwaltschaft auch zu einem Wiedenzulassungsverbot (Art. 11 Nr. 5 des Gesetzes v. 31.12.1971, Art. 185 des Dekrets v. 27.11.1991). Dass das Gesetz dieses Verbot eindeutig nicht einer zeitlichen Begrenzung unterwirft,³¹² wird man durch eine verfassungskonforme Auslegung lösen müssen. Auch das BVerfG hat den lebenslangen Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG bewertet.³¹³ Für das französische Recht ist diese Auslegung aufgrund der Wirkung des Art. 4 DDHC im gleichen Maße angezeigt, so dass die *radiation* einer Wiedenzulassung dann nicht mehr entgegensteht, wenn für die Rechtspflege und den Mandanten keine Gefahr mehr droht. Die Cour de Cassation verlangt von den Conseils de l'ordre bereits seit dem frühen 20. Jahrhundert, Anträge auf Wiedenzulassung von einem ausgeschlossenen Anwalt zu prüfen, wenn er sich trotz der Rechtskraft des ausschließenden Urteils als unschuldig herausstellt, neue Tatsachen die Tragweite des Vergehens in einem neuen Licht erscheinen lassen oder Tatsachen die Annahme stützen, dass der ehemalige Avocat sich gebessert hat.³¹⁴ Auch wenn diese Rechtsprechung keinen Bezug auf die Grundrechte nimmt, geht es der Cour de Cassation ersichtlich um eine verhältnismäßige Handhabung dieser gravierenden Sanktion. Die Begründung liegt im mit der Sanktion verbundenen Entzug der wirtschaftlichen Existenzgrundlage. Der deutsche Gesetzgeber hat sich für eine Mindestsperrfrist von acht Jahren entschieden.³¹⁵ Ein über diesen Zeitraum reichendes Zulassungsverbot dürfte das französische Verfassungsrecht nicht ermöglichen, vor allem weil Art. L4124–8 Code de la Santé Publique bei Heilberufen nur eine Sperrfrist von drei Jahren vorsieht.

bb) *Fehlen weiterer relevanter Erlöschenstatbestände*

Ein wichtiger Unterschied zwischen deutschem und französischem Berufsrecht liegt in der Systematik der Zulassungserlöschenstatbestände. Das französische Recht kennt nur die *radiation* sowie in begrenzten, letztlich aber unbedeutenden Situationen die *omission du tableau*. Sie ist eine administrative Maßnahme der

³¹² So auch *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 523.191.

³¹³ BVerfGE 66, 337 (362 f.) – Lebenslanger Ausschluss I; Fortsetzung des Verfahrens bei BVerfGE 72, 51 (63 f.) – Lebenslanger Ausschluss II.

³¹⁴ Zuletzt auch Cass. Civ. I., Urt. v. 12.9.2018 – Nr. 17.11–185.

³¹⁵ Ohne Begründung bejaht BGH, Beschl. v. 29.1.1996 – NJW-RR 1996, 761 die Verfassungsmäßigkeit; differenziert *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, § 7 BRAO Rn. 22.

Selbstverwaltung und keine disziplinarische Strafe.³¹⁶ Dass oftmals nur die radiation zur Verfügung steht, kann verfassungsrechtlich ein Problem sein, wie ein aktuelles Beispiel zeigt: Wie sich herausstellte, bestand die (über einen Zeitraum von 17 Jahren verfasste) juristische Doktorarbeit des Politikers Derambarsh aus einer Vielzahl an Plagiaten, so dass der Disziplinarrat der Sorbonne das Diplom annullierte. Das Verfahren ist gerade beim Conseil d'État anhängig. Neben hochschul- und strafrechtlichen Fragen kam es zu ernsthaften berufsrechtlichen Konsequenzen: Denn wer *docteur en droit* ist, kann sich ohne Aufnahmeprüfung an der Anwaltschule einschreiben (sog. *passerelle*, Art. 12-1 des Gesetzes v. 31.12.1971); in früheren Jahren war sogar eine direkte Zulassung ohne den Besuch der Anwaltschule möglich.³¹⁷ Das *Certificat d'aptitude à la profession d'avocat*, was die echte Zulassungsvoraussetzung ist, hatte Derambarsh zwar erlangt, doch der Conseil de discipline de Paris sprach trotzdem die radiation aus, weil er gegen die Werte der Profession verstoßen habe.³¹⁸ Einen Verstoß sah der Conseil de discipline (noch irgendwie nachvollziehbar) gegen die *probité* (Aufrichtigkeit), aber auch die fernliegenden Werte Ehre und Kollegialität oder Menschlichkeit seien durch das Täuschungsverhalten verletzt worden.³¹⁹ Rechtlich ist diese Begründung des berufsgerichtlichen Ausschlusses allerdings mehr als zweifelhaft. Denn zum Zeitpunkt des Fehlverhaltens unterstand der plagierende Promotionsstudent nicht der Disziplinargewalt der Anwaltschaft, sondern nur jener seiner Hochschule. Dass deutsche Berufsrecht sieht heute ausdrücklich vor, dass eine Ahndung von Fehlverhalten durch die Anwaltsgerichtsbarkeit ausgeschlossen ist, wenn der Täter zur Tatzeitpunkt nicht der Anwaltsgerichtsbarkeit unterstand (§ 113 Abs. 3 BRAO).³²⁰ Hierin liegt eine Abkehr von § 64 RAO 1878, der ein ehrengerichtliches Verfahren dann zuließ, wenn die Handlung vor der Zulassung geeignet ist, den Ausschluss zu begründen. Mangels gesetzlicher Regelung im französischen Berufsrecht muss die Lösung über die Auslegung der Vorschriften über die Befugnisse der Kammer und die Sanktionen durch den Conseil de discipline erfolgen. Zurecht hatte die Cour de Cassation bereits früher entschieden, dass Plagiate vor der Zulassung, solange noch nicht die Berufsbezeichnung *Avocat* geführt werden darf, nicht zu berufsgerichtlichen Maßnahmen wie der radiation führen dürfen, weil die Kammer für derartige Übertretungen nicht zuständig ist.³²¹ Es ist aber auch mit dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit unvereinbar, das vor dem Zugang zur Anwaltschaft

³¹⁶ Cass. Civ. I, Urt. v. 10.12.2002 – Nr. 00-21.316.

³¹⁷ Zur Frage, ob auch ein Doktorat einer Universität eines Mitgliedstaates zum privilegierten Zugang berechtigt, s. *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d'avocat*, Rn. 211.104.

³¹⁸ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., II., S. 286 ff.

³¹⁹ Das berufsgerichtliche Verfahren bei der Cour d'appel de Paris ruht, solange der Conseil d'État noch nicht über die hochschulrechtliche Aufhebung des Verwaltungsakts, mit dem das Doktorat verliehen wurde, entschieden hat (mitgeteilt bei CE, Beschl. v. 26.7.2022 – Nr. 463338, in dem der Conseil d'État einen Antrag auf Eilrechtsschutz zurückweist, weil das berufsgerichtliche Verfahren ruht).

³²⁰ Hierin ein allgemeines Prinzip der Berufsgerichtsbarkeit erblickend *Stephan*, *Berufsaufsicht und Berufsgerichtsbarkeit*, in: HdB KammerR, § 10 Rn. 13.

³²¹ So wie hier bereits Cass. Civ. I., Urt. v. 6.10.2011 – Nr. 10-21.884; wohl anders aber *Ader/*

begangene Fehlverhalten in ein Dauerdelikt – die fehlende charakterliche Aufrichtigkeit – umzudeuten und in die Zeit der Berufsausübung hineinzuziehen, um die Zulassung zu beseitigen. Dies genügt kaum verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit.

Der Sachverhalt zeigt, dass im französischen Recht die Befugnis der Selbstverwaltung fehlt, eine Zulassung zurückzunehmen, wenn sie nie hätte erteilt werden dürfen, wenn die Umstände zum Zulassungszeitpunkt bekannt geworden wären (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 BRAO).³²² So ist im deutschen Recht die Zulassung zurückzunehmen, wenn bei den Staatsexamina getäuscht worden ist und so die fachliche Eignung nach § 4 BRAO nicht mehr gegeben ist. Auch eine Versagung wegen Unwürdigkeit (§ 7 Nr. 5 BRAO) kann aufgrund der Täuschung in Betracht kommen.³²³ Der Anwaltssenat hat 1961 außerdem ein Plagiat in der Fachzeitschrift „Betriebsberater“ als Element der Unwürdigkeit nach § 7 Nr. 5 BRAO betrachtet, die einer (Wieder-)Zulassung entgegenstehen könnte.³²⁴ Diese Lösung ist verfassungsrechtlich vorzugswürdig, weil sie dem Bestimmtheitsgebot deutlich besser Rechnung trägt. Selbst dann fehlt es jedoch beim wissenschaftlichen Plagiat an einem berufsspezifischen Schutzzweck. Denn die akademische Integrität ist kein Schutzzweck des Berufsrecht und jemand, der bei seiner Doktorarbeit plagiiert hat, nicht aus sich heraus eine Gefahr für die Rechtspflege. Es fehlt also zum einen an einer gesetzlichen Befugnisnorm für die radiation, als auch an einem legitimen, dem Berufsrecht entnommenen Ziel.

3. Ausblick

Es ist deutlich geworden, dass die unternehmerische Freiheit des Avocats als Fundament einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Berufsrechts tauglich ist. Sie ist aber, das ist auch deutlich geworden, nur punktuell bislang bedeutend geworden und dann auch nur soweit es die beratende Tätigkeit des Anwalts und nicht seine Mitwirkung an der Rechtspflege im engeren Sinn betraf. So hat der Conseil Constitutionnel die gesetzliche Pflicht zur Meldung von sog. „schéma d’optimisation fiscale“ für verfassungswidrig erklärt, weil sie angesichts der Weite des Anwendungsbereichs und der Schwere der Sanktion, eine gravierende Beeinträchtigung für die „liberté d’entreprendre et, en particulier, aux conditions d’exercice de l’activité de conseil juridique et fiscal“ seien.³²⁵ Die Nichtigerklärung erfolgt hier – die Ähnlichkeit zur Gesetzesvorbehalts-Rechtsprechung des BVerfG ist deutlich – nicht über eine materielle Kontrolle anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,

Damien et al., Règles de la profession d’avocat, Rn. 324.31 ff., die schlicht davon ausgehen, dass die Pflicht zur probité auch vor der Zulassung gilt.

³²² Zur Geschichte und Entwicklung der Vorschrift, insbesondere erst den mit der BRAO 1959 bewirkten Gleichlauf von Versagung und Beseitigung der Zulassung, *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, § 14 BRAO Rn. 1.

³²³ *Schmidt-Räntsch*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 14 BRAO Rn. 8.

³²⁴ BGH, Beschl. v. 15.5.1961 – AnwZ (B) 10/61, BeckRS 1961, 31179722.

³²⁵ CC, Entsch. v. 29.12.2013 – Nr. 2013-685 DC, Rn. 91 – Loi de finances pour 2014.

sondern über die Bestimmtheit des eingreifenden Gesetzes. Als alleinige oder zentrale Verankerung des Berufes im Verfassungsrecht erscheint die *liberté d'entreprendre* bisher nicht in Erscheinung getreten zu sein. Bislang steht die verfassungsrechtliche Funktion im Rahmen des Art. 16 DDHC deutlich im Fokus. Hierin liegt der Unterschied zwischen der Rechtsprechung des BVerfG und des Conseil Constitutionnel: dort die absolute Dominanz der Berufsfreiheit, dort die Verkümmern der *liberté d'entreprendre*. Dieser grundrechtliche Zugriff der französischen Gerichte mag ein Grund sein, weshalb die objektiven Gehalte der anwaltlichen Berufsfreiheit viel mehr im Mittelpunkt stehen, also der Schutz dieser Freiheit durch Organisation und Verfahren. Denn es ist auch deutlich geworden, dass Art. 4 DDHC keinen effektiven Grundrechtsschutz gegen gesetzliche Vorgaben des Berufsrechts bietet. Vielmehr ist die Geltung des Berufsrechts Voraussetzung, damit die anwaltlichen wirtschaftlichen Grundrechte Schutz vermitteln. Die Entscheidung zur *clientèle personnelle* hat dies gezeigt. Auch eine jüngere Entscheidung des Conseil d'État ist in dieser Hinsicht interessant.³²⁶ Der CNB griff Vergaberichtlinien für Subventionen an, die KMU für die Inanspruchnahme von Beratern für Personalangelegenheiten in Anspruch nehmen konnten. Ausgenommen war durch die Verwaltungsvorschrift die Beauftragung von Anwälten. Entgegen den Schlussanträgen *Skzryerbaks*³²⁷ kommt der Conseil d'État zur Nichtigkeit. Sowohl der rapporteur public wie auch der Conseil sehen aber den Ausgangspunkt im einfachen Recht, nämlich der Befugnis zur Erbringung von *consultations juridiques* (Art. 54 des Gesetzes v. 31.12.1972). Der rapporteur public sieht aber Rechtsdienstleistungen von der Subvention grundsätzlich ausgeschlossen, so dass Art. 4 DDHC (in Gestalt der Wettbewerbsfreiheit) zwischen verschiedenen Rechtsdienstleistern gerade nicht betroffen sei. Der Conseil d'État lässt hingegen apodiktisch arbeitsrechtliche Bezüge beim Subventionsgegenstand genügen, um die Auffassung eines generellen Ausschlusses von Rechtsdienstleistungen zurückzuweisen. Der Ausschluss eines Rechtsdienstleisters, des *Avocats*, verletzt dann die *liberté de concurrence*. Der grundrechtliche Schutz steht und fällt in *casu* also mit der Anwendbarkeit des Rechtsdienstleistungsrechts, auch wenn der vorliegende Sachverhalt stark durch gleichheitsrechtliche Argumente im Rahmen des wirtschaftlichen Grundrechts geprägt ist. Art. 4 DDHC schützt die Berufsausübung innerhalb des Rahmens, den das Berufsrecht setzt. In Art. 4 DDHC wird also nicht durch jede berufsregulierende Vorschrift eingegriffen. Dies wird deutlich, wenn die Ausgestaltung der anwaltlichen Freiheit in den Blick genommen wird. Art. 4 DDHC in der Hand des Anwalts scheint also vielmehr eine klassische *liberté publique*³²⁸ und weniger ein *droit fondamental*, also ein Grundrecht, zu sein.

³²⁶ CE, Urt. v. 26.4.2022 – Nr. 453192 – CNB (Conseil en ressources humaines pour les TPE-PME).

³²⁷ *Skzryerbak*, SchlA. v. 30.3.2022 zu CE, Urt. v. 26.4.2022 – Nr. 453192.

³²⁸ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 3., S. 251.

§ 3: Anwaltliche Berufsausübung: Kommunikationsgrundrechte

Der Anwalt ist Vertreter einer rhetorischen Zunft; was insbesondere für Frankreich unbestritten ist, gilt auch für den deutschen Rechtsanwalt. Die Freiheit seiner Mittel umfasst deshalb auch die Freiheit, Ironie und Sarkasmus als Stilmittel einzusetzen, politisch zu argumentieren oder ad personam andere Verfahrensbeteiligte zu adressieren.³²⁹ Die Tätigkeit des Anwalts ist in ausgesuchten Verfahren von Interesse für die Medien: Verfahrensgegenstand oder Verfahrensbeteiligte können dafür sorgen, dass sich ein Anwalt inmitten eines Skandals oder einer gesellschaftlichen Debatte befindet. Strafverfahren gegen Prominente oder Wirtschaftsführer, zivilrechtliche Aufarbeitung von Massenschäden oder verwaltungsgerichtliche Klagen gegen Covid-19 Maßnahmen sind nur Beispiele, in denen Anwälte auch gefragte Partner von Medien sind und die Interessen des Mandanten als überindividuelle in die Debatte gespielt werden. Gerade strafrechtliche Fragestellungen werden weitestgehend über zum Skandal erklärte Einzelfälle und die Person des Angeklagten in der Öffentlichkeit wahrgenommen, so dass seinem Verteidiger als Kommunikator eine Schlüsselrolle zufällt; auch deshalb, weil Staatsanwaltschaften selbst Öffentlichkeitsarbeit betreiben und der Rechtsanwalt hierzu eine Gegenposition herausarbeiten muss, die von der Unschuldsvermutung zugunsten seines Mandanten möglichst viel rettet.³³⁰ Paradigmatisch für die Rolle des Rechtsanwalts inmitten eines Verfahrens, das stellvertretend für ein gesamtgesellschaftliches Problem steht, ist die Entscheidung des EGMR Ottan/France.³³¹ Der Vertreter der Nebenklage kritisierte in einem mit Freispruch geendeten Strafverfahren gegen einen Polizisten nach tödlicher Gewaltanwendung im Dienst die nicht diverse Zusammensetzung der Jurybank des Geschworenengerichts. Hierfür wurde er auf Betreiben der Generalstaatsanwaltschaft berufsgerichtlich verfolgt.³³² Die Äußerung adressiert ohne weiteres strukturelle Probleme der (französischen) Strafjustiz und das gesamtgesellschaftliche Problem von Polizeigewalt, die bestimmte Bevölkerungsgruppen öfter trifft als andere. Ob solche medialen Äußerungen tatsächlich heute immer noch sich als die nicht typischen³³³ Meinungsäußerungen eines Rechtsanwalts darstellen, kann dahinstehen. Denn gerade der französische Gesetzgeber hat die Tendenz, die Anwaltschaft nicht nur als Rechtspflegeorgan und Parteiver-

³²⁹ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille; v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 127 f. Rn. 37.

³³⁰ Zur gerichtlichen Kontrolle der Pressearbeit von Staatsanwaltschaften und Gerichten s. BayVGh, Beschl. v. 20.8.2020 – 7 ZB 19.1999, AfP 2020, 418 – Wolbergs; zu einer Pressemitteilung durch das Gericht OVG NRW, Beschl. v. 4.2.2021 – 4 B 1380/20, DVBl. 2021, 610 – Metzelder.

³³¹ EGMR, Urt. v. 19.4.2018 – Nr. 41841/12, NJOZ 2018, 2019, 1453, AJ pénal 2018, 310 – Ottan/France (im Nachgang zu Cass. Civ. I, Urt. v. 5.4.2012 – Nr. 11-11.044, D. 2012. 1017).

³³² Dabei hat schon *Cresson*, *Règles et Usages de la profession d’avocat I*, S. 85 festgehalten, dass es nach der ehrenrechtlichen Rechtsprechung (des 19. Jahrhunderts) einem Anwalt möglich sein muss, einen Zusammenhang zwischen der Auswahl der Geschworenen und dem Ausgang des Verfahrens herzustellen.

³³³ Vgl. *Pflüger*, *AnwBl.* 1999, 638 (639).

treter zu begreifen, sondern ihr auch justizpolitische Aufgaben zu übertragen – bspw. jüngst die Kontrolle von Orten, an denen freiheitsentziehende Maßnahmen vollzogen werden³³⁴. Ihr historisches Selbstverständnis als Sprachrohr der Unterdrückten wirkt bis heute fort.

Die Äußerung und Verbreitung von Meinungen und meinungsbildenden Tatsachen durch einen Rechtsanwalt wird im Verfassungstext nicht besonders geregelt. Auch ist Art. 103 Abs. 1 GG entgegen der Auffassung *Arndts*³³⁵ keine grundrechtliche Verbürgung zugunsten des Rechtsanwalts, die die Anwendung der allgemeinen Kommunikationsgrundrechte ausschließt. Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG hat jeder das „Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten“. Der anwaltliche Vortrag erfüllt diese Anforderungen; er ist zugleich auch ein schönes Beispiel, um die schwierige Abgrenzung zwischen Tatsachen und Werturteilen zu demonstrieren, wie auch die Reichweite des rechtlichen Gehörs, das Rechts- und Tatsachen umfasst, zeigt. Denn die Äußerung von – oft sorgsam ausgewählten – Tatsachen, etwa dem Lebensausschnitt, über den verhandelt wird, dient gerade dazu, rechtliche Schlussfolgerungen abzuleiten und muss deshalb dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfallen. Und jene Schlussfolgerungen sind typische Meinungen, weil in ihnen die Stellungnahme, das Dafür- oder Dagegenhalten, unübersehbar ist. Das Gerichtsverfahren ist strukturell darauf ausgelegt, Ort geistiger Auseinandersetzung zu sein, in der versucht wird, andere zu überzeugen.³³⁶ Die Modalitäten der Meinungsfreiheit „äußern und verbreiten“ stehen dabei in einer zeitlichen Abfolge, denn im Anschluss an die Äußerung einer Meinung wird sich diese stets verbreiten.³³⁷ Es wird aber deutlich, dass die Meinungsfreiheit auch den Übermittlungsvorgang zum Rezipienten mitschützt; der Äußernde darf sich also grundsätzlich für die Nutzung des wirksamsten Mittels entscheiden.³³⁸ Für den Rechtsanwalt bedeutet dies, dass er aus Protest gegen die Situation im Gerichtssaal während eines Terrorismusgroßverfahrens, Aufforderungen des Senatsvorsitzenden, Platz zu nehmen, ignorieren darf.³³⁹ Er darf Unmut über die (nicht zügige) Verfahrensführung durch die Übersendung von Traubenzucker ausdrücken.³⁴⁰ Der Vielfalt verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in Deutschland, gerade durch die Kammern, steht ein kontrastierender Befund in Frankreich gegenüber: „La liberté d’expression de l’avocat est la grande absente de la jurisprudence constitutionnelle.“³⁴¹ Berufsgerichtliche oder strafgerichtliche Verurteilungen von Anwälten wer-

³³⁴ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 1., S. 231.

³³⁵ *Arndt*, NJW 1967, 1331 (1332).

³³⁶ Vgl. hierzu Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.; zu diesem Merkmal allgemein BVerfGE 61, 1 (7 f.) – „CSU = NPD Europas“.

³³⁷ *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 138.

³³⁸ *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 138.

³³⁹ BVerfG-K, Beschl. v. 10.7.1996 – 1 BvR 873/94, NJW 1996, 3268 f. – Düsseldorfer „Kurdendprozess“; Verletzung von Verhaltenspflichten nicht unter Art. 5 Abs. 1 GG fassend *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG Rn. 144.

³⁴⁰ BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.1989 – 1 BvR 522/87, NJW 1989, 3148.

³⁴¹ Für *Carrère*, RFDC 2019, e19 (e41).

den in „letzter Instanz“ durch den EGMR im Individualbeschwerdeverfahren unter Berufung auf Art. 10 EMRK überprüft. Eine bedenkliche Bilanz an Verurteilungen Frankreichs durch den EGMR in Sachen anwaltlicher Meinungsäußerungsfreiheit zeigt die Notwendigkeit davon.

A. Abgrenzung der Meinungs- und Berufsfreiheit im anwaltlichen Kontext

Es wurde aufgezeigt, dass eine Abgrenzung der Schutzbereiche, gerade auch zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, nicht unterbleiben kann³⁴². Die anwaltliche Tätigkeit dient der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage und auch die konkrete Ausübung und Form der Betätigung (wie die Rede) findet unter Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlichen Schutz.³⁴³ Der Tätigkeit des Anwalts wohnt aber, soweit es etwa den anwaltlichen Vortrag im Schriftsatz oder Plädoyer betrifft, auch ein kreatives Element inne, das zur Äußerung von (Rechts-)Meinungen führt. Deshalb vermag es nicht zu überzeugen, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG pauschal hinter die Berufsfreiheit zurücktreten zu lassen, soweit es um schriftliche oder mündliche Äußerungen des Rechtsanwalts im und außerhalb des Prozesses als Verfahrensbevollmächtigtem gegenüber den anderen Beteiligten und Vertretern, aber auch gegenüber den Medien geht: Der konkrete Bezug zu einem Mandat ist kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung.³⁴⁴ Das Argument, die Meinungsfreiheit greife dann, wenn der Rechtsanwalt wie ein Jedermann seine Meinung äußere, nähert sich der Auffassung *Arndts* an, Art. 103 Abs. 1 GG heranzuziehen, um der besonderen Rolle des Rechtsanwalts gerecht zu werden und damit die Jedermann-Meinungsfreiheit zu verdrängen. Konzeptionell kann dies aber nur angedacht werden für ein strukturell gänzlich verschiedenes Grundrecht wie es das rechtliche Gehör ist. Der für jeden Beruf geltenden unspezifischen und mit *Lerche*³⁴⁵ als „multifunktional“ zu bezeichnenden Berufsfreiheit kommt eine derartige systemische Verschiedenheit im Vergleich zur Meinungsfreiheit aber nicht zu, die es rechtfertigt, die grundrechtliche Meinungsfreiheit vollständig auszuschließen,³⁴⁶ die spezifische Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit ändert hieran nichts.³⁴⁷ Dass das BVerfG bislang in seiner Judikatur Art. 12 Abs. 1 GG eine besonders zentrale Rolle zubilligt, liegt an den Bastille-Beschlüssen und der Stoßrichtung der bun-

³⁴² Kap. 2, § 1, S. 146 ff.

³⁴³ *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 107 f.

³⁴⁴ So aber *Sue*, Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts, S. 207 f.

³⁴⁵ *Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 72.

³⁴⁶ So auch allgemein *Hatje*, Wirtschaftswerbung und Verfassung, S. 94, der die Meinungsfreiheit nur hinter andere sachnähere Kommunikationsgrundrechte zurücktreten lassen will; anders aber *Oppermann*, in: FS Wacke, S. 398 f.; so wie hier *Stern*, Die Freiheit der Kommunikation und der Information, in: StR IV/1, § 108 S. 1398, der der Meinungsfreiheit im Verhältnis zur Berufsfreiheit Komplementärfunktion zuspricht.

³⁴⁷ v. *Lewinski*, Medienrecht, § 9 Rn. 81 will hingegen Journalisten nicht dem personalen Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterstellen, wenn sie Privilegien aus der ausgestalteten Medienfreiheit in Anspruch nehmen.

desverfassungsgerichtlichen Argumentation über den Gesetzesvorbehalt.³⁴⁸ Die Beschwerdeführer – berufsrechtlich sanktioniert für eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes – rügten zwar auch die Verletzung der Meinungsfreiheit und das BVerfG hat auch die Grenzen für das Sachlichkeitsgebot angemahnt, die aus der Meinungsfreiheit fließen,³⁴⁹ musste diese Frage aber nicht mehr entscheiden. Es fehlte „bereits die gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche gesetzliche Grundlage“ (Hervorhebung nur hier).³⁵⁰ Dies zeigt, dass das BVerfG für die anwaltliche Rede von einer Idealkonkurrenz beider Grundrechtsgewährleistungen ausgeht.³⁵¹ Spätere Entscheidungen haben dies nicht in Frage gestellt, auch wenn die Prüfung anhand des Art. 12 Abs. 1 GG erfolgte und der „ebenfalls als verletzt gerügte Art. 5 GG [...] als selbstständiger Prüfungsmaßstab hinter Art. 12 GG“³⁵² zurücktreten soll. Später hat das BVerfG lediglich die Anwendbarkeit des Sachlichkeitsgebotes (§ 43a Abs. 3 BRAO) im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG kontrolliert, jedoch wie bereits im Bastille-Beschluss das Sachlichkeitsgebot in den Kontext der Meinungsfreiheit gestellt und so die interne Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG durch eine enge Auslegung der gesetzlichen Schranke vorgezeichnet.³⁵³ Es ist deshalb von einer Idealkonkurrenz beider Grundrechtsverbürgungen auszugehen.³⁵⁴ Eine Abgrenzung nach dem Schema „entweder oder“ wird der Vielgestaltigkeit anwaltlicher Tätigkeit in Wort und Schrift nicht gerecht. Eine Berücksichtigung des verdrängt scheinenden Grundrechts im Rahmen der internen Prüfung ist kein gleichwertiges Vorgehen.³⁵⁵ Dabei ist nicht stets ein kumulativer Schutz anzunehmen, denn nicht jedes anwaltliche Handeln ist von der Kreation und Äußerung von Meinungen und zugleich der beruflichen Entfaltung geprägt: Wenn der Anwalt ein Versäumnisurteil beantragt, ist dies zwar eine Äußerung, der jedoch nicht die Qualität einer Meinung zukommt.³⁵⁶ Soweit die institutionelle Dimension der anwaltlichen

³⁴⁸ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 75 f.

³⁴⁹ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille.

³⁵⁰ BVerfGE 76, 171 (184) – Bastille.

³⁵¹ Sukzessive Prüfung beider Grundrechte bei BVerfGE 26, 186 (204 f.) – Ehrengerichte („Freisler“), ohne Aussagen zur Konkurrenz.

³⁵² BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.1989 – 1 BvR 522/87, NJW 1989, 3148; BVerfG-K, Beschl. v. 12.3.1990 – 1 BvR 816/86, NJW 1990, 2274 (2275) – Verletzung BDSG durch Staatsanwalt.

³⁵³ BVerfG-K, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 BvR 1793/07, NJW 2008, 2424 – Vorwurf der Erpressung gegen den gegnerischen Anwalt; BVerfG-K, Beschl. v. 10.7.1996 – 1 BvR 873/94, NJW 1996, 3268 f. – Düsseldorfer „Kurdenprozess“; deutlich auch SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.3.2017 – Lv 08/16, NJOZ 2018, 718 Rn. 44 ff., der gleichwohl auch noch zu einer Verletzung der Meinungsfreiheit kommt, auch wenn diese nur im Rahmen der Berufsfreiheit geprüft wurde (Rn. 52); *Sue*, Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts, S. 213. – I. E. so wohl auch *Zuck*, in: 25 Jahre BRAK, S. 92 ff., der Art. 12 Abs. 1 GG als alleinigen Anknüpfungspunkt sieht, aber es für nicht sachgerecht hält, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vollständig auszuklammern.

³⁵⁴ Allgemein so auch *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 377; auch *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 114 f.

³⁵⁵ *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 377; i. E. aber so SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.3.2017 – Lv 08/16, NJOZ 2018, 718 Rn. 52, wo aus der Verletzung der Berufsfreiheit aufgrund meinungsfreiheitlich überspannter Anforderungen aus dem Sachlichkeitsgebot mit einem weiteren Satz zugleich auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit geschlossen wird.

³⁵⁶ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 77; daher auch nur am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG BVerf-

Tätigkeit betroffen ist, die gekennzeichnet ist durch die Einbindung des Rechtsanwalts in das Verfahrensrecht, wird kein Rückgriff auf eine andere Grundrechtsverbürgung neben der Berufsfreiheit benötigt. Es handelt sich hierbei um den äußeren Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit. Soweit aber die anwaltliche Tätigkeit in ihrer kommunikativen-informationellen Dimension gegenüber den übrigen Prozessbeteiligten betroffen ist, ist es überzeugend, auch die Meinungsfreiheit in den Blick zu nehmen.³⁵⁷ Vorzugswürdig ist also ein gleitender Maßstab, der dem einen oder anderen Grundrecht je nach Situation mehr Gewicht zukommen lässt.³⁵⁸ Dies lässt sich in der Judikatur des BVerfG gut beobachten. Der Erste Senat hat dienstrechtliche Nachteile eines Hochschullehrers aufgrund von Lehr- und Forschungsinhalten anhand des Art. 5 Abs. 3 GG gemessen³⁵⁹, während er auf Art. 12 Abs. 1 GG rekurrierte, soweit nur der äußere, kommunikationsunspezifische Rahmen, wie die Modalitäten von Arbeitsverträgen, betroffen war.³⁶⁰ In der Rechtsprechung der Kammern hat dies für die anwaltliche Rede jüngst i. E. Wiederhall gefunden und zur Anwendung der Meinungsfreiheit als Maßstab für die Überprüfung einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen Beleidigung (§ 185 StGB) geführt.³⁶¹

B. Sachlichkeitsgebot

Das Gebot, sich bei der Berufsausübung sachlich zu verhalten, stellt bei richtiger, verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG dar. Die unsachliche Berufsausübung genießt keinen grundrechtlichen Schutz außerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG, da sie weder der Interessenvertretung noch der Stellung als Organ der Rechtspflege gerecht wird. Sie ist gänzlich ungeeignet, die anwaltliche Funktion³⁶² zu erfüllen. Für die Meinungsfreiheit ist die unsachliche Berufsausübung hingegen auch von Art. 5 Abs. 1

GE 101, 312 (327 f.) – Versäumnisurteil; zu den – damals bereits verfassungsgerichtlich überholten – Standesrichtlinien BVerfG-K, Beschl. v. 2.11.1992, NJW 1993, 121.

³⁵⁷ Rüpke, Freie Advokatur, S. 78 (mit einem Vergleich zur Konkurrenz von Art. 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GG bei der Versammlung unter freiem Himmel); vgl. auch i. E. Jarass, NJW 1982, 1833 (1837).

³⁵⁸ Wohl von einem starren System ausgehend SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.3.2017 – Lv 08/16, NJOZ 2018, 718 Rn. 43, der dem SaarlAnwG vorwirft, lediglich die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 SaarlVerf.) geprüft zu haben, also die Einschlägigkeit der in Art. 2 Abs. 1 SaarlVerf. verankerten Berufsfreiheit verkannt zu haben, so dass bereits deshalb die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben muss.

³⁵⁹ BVerfGE 122, 89 (105 f.) – Wissenschaftsfreiheit Theologie.

³⁶⁰ Mit dem Argument der Sachnähe BVerfGE 85, 360 (382) – Auflösung Akademie der Wissenschaften der DDR.

³⁶¹ BVerfG-K, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvR 180/17, NJW 2017, 2606 – „Musikantenstadl“; anders noch BVerfG-K, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 BvR 1793/07, NJW 2008, 2424 – Vorwurf der Erpressung gegen den gegnerischen Anwalt. – Die Entscheidungen ergingen allerdings auch durch unterschiedliche Kammern des Ersten Senats, einmal mit Mitwirkung des Berichterstatters für die Meinungsfreiheit Masing, einmal mit Mitwirkung des Berichterstatters für die Freien Berufe Gaier.

³⁶² Vgl. zu dieser Vgl. hierzu Einl., § 1, A., III., S. 20 ff.

S. 1 GG geschützt, da der Gewährleistungsinhalt der Meinungsfreiheit nicht in gleichem Maße Differenzierungen zugänglich scheint wie die Berufsfreiheit. Sie ist das „vornehmlichste Menschenrecht“ und „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit“; eine Formel des Art. 11 DDHC, die sich das BVerfG in Lüth³⁶³ zu eigen machte. Der Schutzbereich und Gewährleistungsinhalt der Meinungsfreiheit ist deshalb bis auf wenige, menschenwürdetangierende Äußerungen umfassend. Soweit Fachgerichte eine derartige Ausnahme für die Schmähkritik, gerade bei Rechtsanwälten, bejahen, riskieren sie die Aufhebung auf eine Verfassungsbeschwerde hin, sollte diese Einschätzung unzutreffend und deshalb eine Abwägung unterblieben sein.³⁶⁴ Allerdings ist das Schutzniveau deutlich reduziert und die Meinungsfreiheit wird sich im Rahmen der Abwägung strukturell nicht durchsetzen können, sollte eine Äußerung eines Rechtsanwalts verfassungskonform nicht als sachlich beurteilt werden.³⁶⁵ Eine dem Sachlichkeitsgebot genügende Äußerung ist aufgrund der Tatsache, dass ein Rechtsanwalt sie in einem durch Interessenvertretung und Teilnahme an der Rechtspflege geprägten Rahmen äußert, allerdings besonders geschützt.³⁶⁶ Der Rechtsanwalt genießt dann für die sachliche Äußerung vielmehr eine grundrechtlich gebotene Indemnität, wie sie das französische (einfache) Recht zugunsten des Rechtsanwalts anordnet.³⁶⁷ Vergleichbare Vorgaben hat das BVerfG³⁶⁸ durch normative Leitlinien und Vermutungen zugunsten von öffentlich-politischen Meinungsbeiträgen aufgestellt. Ist dies auf Kritik³⁶⁹ gestoßen, weil es zu einer Funktionalisierung der Meinungsfreiheit führe, so ist diese Funktionalisierung für die anwaltliche Freiheit strukturell gerade prägend; die Indemnität ordnet sich der Funktion unter. Der besondere Schutz der freien Rede des Rechtsanwalts folgt auch daraus, dass für die anwaltliche Tätigkeit besonders gilt, dass „wo gehobelt wird, fallen Späne“, vergleichbar wie in der öffentlich-politischen Auseinandersetzung: Der Äußernde steht unter einem erhöhten Risiko, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden,³⁷⁰ mit der Folge, dass er seine künftigen Äußerungen unterlassen oder

³⁶³ BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

³⁶⁴ Etwa BVerfG-K, Beschl. v. 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17, NJW 2019, 2600 f. – „NS-Sondergericht und mittelalterlicher Hexenprozess“; BVerfG-K, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 2645/15, NJW 2016, 2870 (2871 Rn. 16 ff.) – „Geisteskranke Staatsanwältin“.

³⁶⁵ Besondere Standards gesteht der EGMR den Konventionsstaaten aufgrund der Funktion des Rechtsanwalts seit EGMR, Urt. v. 21.3.2002 – Nr. 31611/96, Rn. 40 ff. – Nikula/Finnland zu.

³⁶⁶ EGMR, Urt. v. 8.10.2019 – Nr. 24845/13, 49103/15, NJW 2020, 751 (753 Rn. 71) – L. P. u. Carvalho/Portugal; EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 (1567 Rn. 134) – Morice/Frankreich; allgemein vgl. *Mathieu*, RDP 2007, 231 (237); skeptisch gegenüber einer Privilegierung „bestimmter politischer Richtungen und Milieus“ und einer Förderung von „Beleidigungen und übler Nachrede“ im Diskurs *Hochhuth*, Meinungsfreiheit, S. 50 ff.

³⁶⁷ Vgl. dazu Kap. 2, § 3, B., II., 2., S. 205.

³⁶⁸ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; s. nur BVerfGE 93, 266 (294 f.) – Soldaten sind Mörder; BVerfGE 61, 1 (11 f.) – „CSU = NPD Europas“; BVerfGE 66, 116 (139) – Springer/Wallraff; zustimmend und den gleichwohl offenen Abwägungsvorgang betonend *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703 f.).

³⁶⁹ Etwa *Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), 276 (292); *Hochhuth*, Meinungsfreiheit, S. 63 ff.

³⁷⁰ *Pfänger*, AnwBl. 1999, 638 (639).

anpassen wird.³⁷¹ Diese chilling effects soll die Meinungsfreiheit verhindern.³⁷² Das Sachlichkeitsgebot drückt dies einfachrechtlich aus und die Meinungsfreiheit ist flexibel genug, dies im Rahmen der Abwägung nachzuvollziehen.³⁷³ Die Zivilgerichte spiegeln diese verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die Unterlassungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Ehrverletzungen.³⁷⁴

C. Meinungsfreiheit

Die anwaltliche Meinungsfreiheit ist maßgeblich durch das Merkmal der Sachlichkeit (§ 43a Abs. 3 S. 1 BRAO) geprägt, das in Frankreich durch eine Vielzahl an Pflichten gleichermaßen Teil des Berufsrechts ist. Die so geprägte Meinungsfreiheit muss sich im Verhältnis mit mehreren Akteuren des Verfahrens bewähren (dazu unter I.–IV.).

I. ... im Verhältnis zwischen Anwalt und Gericht

„Mit Staunen hörte man in Deutschland, dass es in Frankreich redende Advokaten gebe.“³⁷⁵ Diese Tradition hat sich bis heute bewahrt und so ist es nicht verwunderlich, dass die Meinungsfreiheit des Avocats durch die Rechtsordnung einen besonderen Schutz erfuhr und erfährt, dessen ursprüngliche Fortschrittlichkeit jedoch heute immer mehr verblasst und der Erneuerung harrt (dazu unter 2.). Das deutsche Verfassungsrecht recurriert auf die Meinungsfreiheit, um den Rechtsanwalt vor überzogenen Sanktionen für seine Worte zu schützen (dazu unter 1.).

1. Justizgrundrechtsorientierte Auslegung der Meinungsfreiheit in Deutschland

Prädestiniert für Kritik und fehlende Kritikfähigkeit in beide Richtungen ist das Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und dem Gericht.³⁷⁶ Dünnhäutigkeit führt zur verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung straf- oder berufsständischer Sanktionen, denn eine polemische, auch verletzende Formulierung lässt nicht den grundrechtlichen Schutz entfallen.³⁷⁷ Insbesondere gegenüber der öffentlichen Gewalt schützt die Meinungsfreiheit auch scharfe Kritik, an die keine nachteiligen Folgen auf straf- oder berufsrechtlicher Ebene geknüpft werden dürfen.³⁷⁸ Wer das Gericht

³⁷¹ S. auch *Frowein*, AöR 105 (1980), 169 (186).

³⁷² Deutlich *Rupp-v.Brünnek*, BVerfGE 42, 143 (154, 159) – Deutschland Magazin: „generalpräventive Wirkung“.

³⁷³ Zum französischen Recht Cass. Civ. I, Urt. v. 10.9.2015 – Nr. 14-24.208; Cass. Crim., Urt. v. 13.2.2001 – Nr. 00-83.315.

³⁷⁴ *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, § 43a BRAO Rn. 159; diese Judikatur für sogar noch weitergehend haltend als die grundrechtlichen Vorgaben (zumindest für den Vortrag der nicht anwaltlichen vertretenen Partei) *Rüpkke*, *Freie Advokatur*, S. 73.

³⁷⁵ *Weißler*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, S. 389.

³⁷⁶ Zu einem Richter, der einem Rechtsanwalt „narzisstisch dominierte Dummheit“ vorwirft, s. freisprechend LG Neubrandenburg, Beschl. v. 12.7.2019 – 23 Qs 5/19, BeckRS 2019, 26475.

³⁷⁷ BVerfGE 54, 129 (138 f.) – Kunstkritik; BVerfGE 93, 266 (289) – Soldaten sind Mörder.

³⁷⁸ BVerfGE 93, 266 (293) – Soldaten sind Mörder.

kritisiert, greift nicht die persönliche Ehre der Privatperson(en) an, sondern richtet sich gegen das Auftreten einer staatlichen Institution³⁷⁹ und begibt sich damit auch außer Reichweite der Schmähkritik, da es um eine öffentliche Angelegenheit, die Rechtspflege, geht. So ist es mit Art. 5 Abs. 1 GG unvereinbar, die Bezeichnung des Gerichts als „Musikantenstadl“ für eine Verurteilung nach § 185 StGB ausreichend zu halten.³⁸⁰ Der Rahmen und Anlass in dem eine Äußerung erfolgt, ist regelmäßig von besonderer Bedeutung, um über ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu befinden.³⁸¹ Der Kontext von Äußerungen gegenüber dem Gericht ist durch Art. 103 Abs. 1 GG und die Aufgabe des Rechtsanwalts geprägt, seinen Mandanten vor Fehlentscheidungen und Freiheitsverkürzungen durch das Gericht zu bewahren.³⁸² Es ist diese Konstellation, die mit der Formel des „Kampf[es] ums Recht“ charakterisiert wird und die im Strafrecht durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) abgebildet wird.³⁸³ Dass die Justizgrundrechte den Kontext der einzelnen Meinungsäußerung prägen und auf ihre verfassungsrechtliche Bewertung zurückwirken, zeigt die Judikatur des BVerfG zur Meinungsäußerung der Naturalpartei. Das BVerfG hat hier neben Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG auch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Rechtsstaatsprinzip herangezogen, um dem Äußernden ergänzende grundrechtliche Garantien zuzuordnen mit dem Ziel der Verstärkung des Schutzes der Meinungsfreiheit.³⁸⁴ *Scholz* hat dies (anlässlich der Entscheidung des BVerfG zur Briefkontrolle zwischen Ehepaaren)³⁸⁵ als rechtsobjektive externe supplementäre Geltung des Art. 2 Abs. 1 GG bezeichnet: Eine mit dem Spezialgrundrecht (hier Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG) zusammenhängende Annexfreiheit soll, auch wenn sie nicht dem Schutz des Spezialgrundrechts vollständig zugeordnet werden soll, gleichwohl ausdrücklichen grundrechtlichen Schutz erfahren.³⁸⁶ Diese Perspektive des BVerfG ist nur auf die Naturalpartei zugeschnitten. Da aus den Justizgrundrechten des Einzelnen keine grundrechtlichen Äußerungsrechte des Rechtsanwalts folgen, müssen diese jedoch in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension beachtet werden.³⁸⁷ *Kahl* bezeichnet derartige Konstellationen als objektive bzw. unechte

³⁷⁹ BVerfG-K, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvR 180/17, NJW 2017, 2606 (2606 Rn. 12) – „Musikantenstadl“.

³⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvR 180/17, NJW 2017, 2606 – „Musikantenstadl“.

³⁸¹ BVerfGE 93, 266 (303) – Soldaten sind Mörder; *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, in: HdB GR IV, § 102 Rn. 42.

³⁸² Auch *Schmitt-Leonardy*, AnwBl. 2016, 528 (530), die die Waffengleichheit unter Art. 6 Abs. 1, 3 EMRK hervorhebt.

³⁸³ *Pflüger*, AnwBl. 1999, 638 (640).

³⁸⁴ BVerfG-K, Beschl. v. 11.4.1991 – 2 BvR 963/90, NJW 1991, 2074 f.; zustimmend *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 73; noch ohne Bezug zur Meinungsfreiheit, sondern nur zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip auch die gleiche Kammer (Zweite Kammer des Zweiten Senates) in BVerfG-K, Beschl. v. 23.6.1990 – 2 BvR 674/88, NJW 1991, 29 f.; BVerfGE 74, 257 (259 ff.) – Schülerin-Strafanzeige.

³⁸⁵ BVerfGE 35, 35 (39) – U-Haft-Briefkontrolle; BVerfGE 90, 255 (259); anders noch zwischenzeitlich BVerfGE 57, 170 (177 f.).

³⁸⁶ *Scholz*, AöR 100 (1975), 80 (117 ff., 120); ähnlich *Kahl*, Schutzergänzungsfunktion, S. 10 f., 61 ff. (Kritik).

³⁸⁷ Ergebnis auch bei *Pflüger*, AnwBl. 1999, 638 (640).

Schutzergänzung.³⁸⁸ Dass die Meinungsäußerung im konkreten Fall um das rechtliche Gehör des Rechtsuchenden willen ausgeübt wird, verstärkt also ihren grundrechtlichen Schutz. Diese besondere, sich durch ihre Weite und engen Schranken auszeichnende Meinungsäußerungsfreiheit ist eine dienende;³⁸⁹ sie dient nicht dem Rechtsanwalt, sondern erfüllt den Verfassungsauftrag aus Art. 103 Abs. 1 GG. Weil also der Kontext einer Äußerung so entscheidend ist, war es unzutreffend, dass der EGMR in *Peruzzi/Italien*³⁹⁰ die nicht öffentliche Kritik, also etwa gegenüber Selbstverwaltungsorganen der Justiz oder dienstaufsichtsführenden Richtern oder Beamten, als einschneidender und persönlichkeitsrelevanter als die öffentliche (bspw. gegenüber den Medien geäußerte) Kritik verstanden hat. Dies ist nicht überzeugend, denn ist der Adressatenkreis das aufsichtsführende Ministerium oder das Gericht, werden Äußerungen des Bevollmächtigten der unterlegenden Partei regelmäßig relativierend eingeordnet und führen kaum zu einem relevanten Ansehensverlust des Richters oder des Staatsanwaltes.³⁹¹ Deshalb hat die 3. Kammer des Ersten Senates des BVerfG zurecht auch vielmehr bei der Abwägung berücksichtigt, dass die auf den gegnerischen Anwalt bezogene Äußerung „Winkeladvokat“ nur gegenüber dem Gericht und der Rechtsanwaltskammer erfolgte.³⁹² Der EGMR scheint sich dieser Sichtweise anzunähern; *Peruzzi/Italien* wird nicht mehr in Bezug genommen und vielmehr die mediale Äußerung als persönlichkeitsrechtsrelevanter charakterisiert.³⁹³ Das deutsche Verfassungsrecht erfasst also die anwaltliche Rede gegenüber anderen Prozessbeteiligten durch die Meinungsäußerungsfreiheit, stellt aber die Verantwortung des Rechtsanwalts für die Justizgrundrechte des Einzelnen in Rechnung. Das französische Verfassungsrecht leistet diesen Schutz bislang nicht. Dabei ist ein besonderer verfassungsrechtlicher Schutz der Meinungsäußerung von bestimmten Personengruppen dem französischen Verfassungsrecht nicht fremd.³⁹⁴ So ist die Meinungsfreiheit des Hochschullehrers um seiner Funktion willen besonders wichtig und folglich gesetzgeberischem Zugriff nur unter erhöhten Voraussetzungen zugänglich.³⁹⁵ Dogmatisch geschieht dies dadurch, dass objektiv-rechtliche Gehalte institutioneller Art neben die Meinungsfreiheit treten. Für

³⁸⁸ *Kahl*, Schutzergänzungsfunktion, S. 15 f.

³⁸⁹ Zur dienenden Meinungsfreiheit allgemein (mit Vorbehalten) *H. H. Rupp*, JZ 2001, 271 ff.

³⁹⁰ Einerseits für ein Rundschreiben EGMR, Urt. v. 30.6.2015 – Nr. 39294/09, BeckRS 2015, 81139, Rn. 63 – *Peruzzi/Italien*; andererseits für eine Äußerung gegenüber *Le Monde* in der *Borel-Affäre* EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 – *Morice/Frankreich*.

³⁹¹ So auch die dissenting opinion Rn. 5 der Richter *Wojtyczek* und *Grozev* zu EGMR, Urt. v. 30.6.2015 – Nr. 39294/09, BeckRS 2015, 81139 – *Peruzzi/Italien*; *Schmitt-Leonardy*, AnwBl. 2016, 528 (531).

³⁹² BVerfG-K, Beschl. v. 2.7.2013 – 1 BvR 1751/12, NVwZ 2013, 1405 Rn. 20 – „Winkeladvokat“.

³⁹³ EGMR, Urt. v. 16.1.2018 – Nr. 40975/18, NJW 2019, 137 (139 Rn. 54) – *Čeferin/Slovenien* („Forum, vor dem die Rechte seines Mandanten naturgemäß kraftvoll verteidigt werden mussten [...] Außerdem kritisierte er die Richter nur im Gerichtssaal und nicht etwa in den Medien“); EGMR, Urt. v. 19.12.2017 – Nr. 2316/15, BeckRS 2017, 160193, Rn. 21 – *Szpinier/France*.

³⁹⁴ *Mathieu*, RDP 2007, 231 (237).

³⁹⁵ Kap. 3, § 1, A., II., 2., b), S. 228 ff.

die Meinungsfreiheit des Avocats böte sich eine derartige Lösung an. Die Judikatur des EGMR, die in Frankreich im Mittelpunkt steht, deren Maßstäbe hinter einer justizgrundrechtsorientierten Auslegung und Anwendung der Meinungsfreiheit des BVerfG zurückbleiben, würden so durch eine Lösung im nationalen französischen Verfassungsrecht ergänzt.

2. Funktionaler Schutz durch das einfache Gesetz in Frankreich

Da die EGMR-Judizien gleichermaßen für das deutsche wie französische Strafrecht von Bedeutung sind, sollen sie nicht nochmal aufgezählt werden. Beachtung in den Medien und im Schrifttum haben vor allem die Entscheidungen in den Rechtssachen *Morice* und *Ottan* erfahren. Zum einen betrafen sie medial präsente Strafverfahren. Zum anderen focht die Staatsanwaltschaft die berufsgerichtlichen Verfahren durch die Instanzen, weil die Berufsaufsicht keine Verletzung von Berufspflichten ausmachen konnte. Aber aus diesen französischen Verfahren sind europäische geworden. Genuin französisch bleibt der Schutz des einfachen Gesetzes für Äußerungen vor Gericht,³⁹⁶ der sich auf eine lange historische Kontinuität³⁹⁷ stützen kann: „Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.“ In unmittelbarer Nähe zum Schutz der Meinungsfreiheit der Abgeordneten beider Kammern³⁹⁸ schützt das französische Gesetz über die Presse v. 29.7.1881 durch Art. 41 den Kern anwaltlicher Tätigkeit, vor allem in der historischen Perspektive der Aufgabentrennung von Avocat und Avoué.³⁹⁹

Darüber hinaus stellt Art. 434-8 CP die Bedrohung und Einschüchterung von Rechtsanwältinnen unter schwere Strafe. Wie der deutsche Gesetzgeber hat der französische erkannt, dass die effektive Aufgabenwahrnehmung durch den Rechtsanwalt bei dessen Freiheitsausübung ansetzen muss. Die gesetzliche Konzeption, Indemnität vor Gericht zu gewähren, bringt die funktionelle Dimension⁴⁰⁰ der anwaltlichen (einfachgesetzlichen) Meinungsfreiheit zur Geltung. Der französische Gesetzgeber von 1881 weist der anwaltlichen Meinungsfreiheit eine Bedeutung für

³⁹⁶ Von einer strikten Trennung scheint auch *Bioy*, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, S. 679 Rn. 1156 auszugehen; nur für Äußerungen außerhalb des Gerichtssaals sollen die Berufspflichten *modération* und *délicatesse* gelten, was zu pauschal ist, denn die Indemnität deckt gerade nicht jede Äußerung; zum einfachgesetzlichen Schutz in Belgien s. *Byyle*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 29 ff.

³⁹⁷ S. für Nachweise aus dem 18. Jahrhundert *Leuwers*, *L'invention du barreau français*, S. 123, wonach bereits galt: „Il est une noble véhémence et une sainte hardiesse qui fait partie de leur ministère“.

³⁹⁸ Auf die Parallele zwischen der Redefreiheit des Abgeordneten und des Anwalts hat im deutschen Schrifttum auch *Rüpkke*, *Freie Advokatur*, S. 68 hingewiesen.

³⁹⁹ Vgl. zur Verflechtung von Politik und Anwaltschaft im 19. Jahrhundert Einl., § 4, A., III., 2., b), S. 55.

⁴⁰⁰ Deutlich anklingend auch bei Cass. Crim., Urt. v. 8.6.1999 – Nr. 96-82.519, wenn davon die Rede ist, die Indemnität schütze das Recht auf Verteidigung vor Gericht.

das Gerichtsverfahren zu. Die freie Rede des Anwalts muss Teil der Rechts- und Entscheidungsfindung durch das Gericht sein; auf diesen Zweck hat der Gesetzgeber die anwaltliche Rede ausgerichtet.⁴⁰¹ Aus diesem Grund ist auch nur derjenige mündliche und schriftliche Vortrag geschützt, der grundsätzlich erst einmal dazu geeignet ist, an der Verwirklichung jenes Ziels mitzuwirken. Die Cour de Cassation differenziert⁴⁰² in ihrer Rechtsprechung zwischen Justizkritik und Herabsetzung der Person des Richters. Erstere dient gerade dazu, den Prozess der Entscheidungsfindung zu fördern, Abweichungen vom Ideal offenzulegen und auf ihre Korrektur hinzuwirken. Bei persönlicher Herabsetzung des Richters besteht für die Cour de Cassation vielmehr der Eindruck, dem Rechtsanwalt fehle die berufliche Kompetenz;⁴⁰³ seine Mitwirkung gefährdet also vielmehr die Rechts- und Entscheidungsfindung. Art. 41 hat jedoch berufs- und strafrechtlich vielfach auf die schiefe Ebene geführt, da er einlädt, den Schutz anwaltlicher Meinungsäußerung außerhalb des Gerichtssaals zu vernachlässigen, denn die Cour de Cassation,⁴⁰⁴ nach einer Verurteilung Frankreichs durch den EGMR, hat den sachlichen Anwendungsbereich des Privilegs nicht über den Wortlaut („devant les tribunaux“) ausgedehnt. Dies hat dazu geführt, dass im Schrifttum⁴⁰⁵ die Auffassung vertreten wurde, die Vorschrift sei verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber seiner Rechtsetzungspflicht aus Art. 34 Verf. 1958 nicht vollständig nachgekommen sei, indem er nur die Meinungsäußerung im Verfahren geregelt hätte, während die außerprozessuale Meinungsäußerung nicht von spezifischen Schutzvorkehrungen profitiert (sog. *incompétence négative*⁴⁰⁶). Ein straf- oder berufsgerichtlich verurteilter Anwalt könnte dieses gesetzgeberische Unterlassen in Verbindung mit Art. 11 DDHC auch mittels der QPC rügen,⁴⁰⁷ so dass der Gesetzgeber ein einheitliches Indemnitätsstatut schaffen müsste. Dieses Schrittes bedarf es jedoch wohl nicht, da die strafrechtlichen (diffamation) und berufsrechtlichen Ahndungstatbestände (modération und délicatesse) für eine an Art. 10 EMRK und den EGRM-Judizien orientierte Auslegung offen genug sind. So hat die Cour de Cassation nach der Verurteilung Frankreichs in der Sache *Morice/France*⁴⁰⁸ zwar keine analoge Anwendung des Art. 41 bejahen wollen, aber eine strafrechtliche Rechtfertigung direkt aus Art. 10

⁴⁰¹ Vgl. Cass. Crim., Urt. v. 4.6.1997 – Nr. 96-80.520, wo als Schutzrichtung neben den Verteidigungsrechten auch noch die „sincérité“ der Verhandlung genannt wird, was man mit Echtheit oder Aufrichtigkeit umschreiben kann. Es geht also um den Prozess der Rechtsfindung vor dem Gericht.

⁴⁰² Cass. Civ. I, Urt. v. 10.9.2015 – Nr. 14-24.208; Cass. Crim., Urt. v. 13.2.2001 – Nr. 00-83.315.

⁴⁰³ Cass. Civ. I, Urt. v. 10.9.2015 – Nr. 14-24.208; vgl. insoweit auch *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 18.

⁴⁰⁴ Cass. Ass. Plén., Urt. v. 16.12.2016 – Nr. 08-86.285 („ne protège pas les écrits faisant l’objet, en dehors des juridictions, d’une publicité étrangère aux débats“). – Ein vergleichbares Problem stellt sich auch in Belgien: *Byyle*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 34.

⁴⁰⁵ *Carrère*, RFDC 2019, e19 (e42 f.).

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., II., 1., a), bb), S. 256 ff.

⁴⁰⁷ CC, Entsch. v. 18.6.2010 – Nr. 2010-5 QPC, Rn. 2 ff. – SNC Kimberly-Clark.

⁴⁰⁸ EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 – *Morice/Frankreich*.

EMRK abgeleitet. Die Assemblée Plénière stellt fest, dass die Worte des berufsgerichtlich verfolgten Anwalts ein „*sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante*“ betrafen und nicht auf eine „simple expression d'une *animosité personnelle*“ reduziert werden konnten (Hervorhebungen nur hier). Durch diese beiden positiven Voraussetzungen und die Abwesenheit der dritten hat die Cour de Cassation konventionsrechtliche Maßstäbe, die der EGMR im Vorfeld vorgegeben hat, ins allgemeine Straf- und Berufsrecht integriert.⁴⁰⁹ Dass der EGMR Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts, wie sie aus der Judikatur der Cour de Cassation folgen, auch billigt, zeigt die Entscheidung Szpiner/France. So ist eine wenig intensive berufsrechtliche Sanktion mit Art. 10 EMRK vereinbar, wenn im *Nouvel Observateur* der Vertreter der Nebenkläger den Anklagevertreter als „*traître génétique*“ bezeichnet und auf die Kollaborationsvergangenheit von dessen Vater anspielt, um so dessen Zurückhaltung zu erklären, naheliegende antisemitische Motive bei einem medial viel beachteten Tötungsdelikt anzuerkennen.⁴¹⁰ Die Cour de Cassation⁴¹¹ hatte hier die Animosität im Vordergrund und keinen Bezug zur Justizkritik gesehen und auch der EGMR schloss sich dieser Bewertung an und sah im Verhalten des Anwalts eine „*réaction si violente et méprisante de sa part*“.⁴¹²

II. ... im Verhältnis Anwalt zum Mandanten

Wenn die Verfassung also die Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts schützt, dann tut sie dies in dieser Reichweite als dienende Freiheit. Damit ist die Ausrichtung auf den Mandanten und die Mitwirkung des Rechtsanwalts bei der Rechtspflege angesprochen. Problematisch erscheint es immer dann, wenn der Mandant mit Äußerungen seines Rechtsanwalts nicht einverstanden ist oder sich selbst – etwa auf Social Media – zum Rechtsstreit äußert und damit strategische Erwägungen seines Rechtsanwalts vereitelt. Der Konflikt spannt sich zwischen zwei rechtlichen Polen auf: der anwaltlichen Unabhängigkeit, die auch gegenüber dem Mandanten besteht, und der instrumentellen Rolle des Rechtsanwalts als Vertreter des Einzelnen, dessen rechtliches Gehör durch den Rechtsanwalt verwirklicht werden soll. Art. 103 Abs. 1 GG verlangt jedoch auch die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts vom Mandanten, denn nur dann gelingt „ein Übergang vom bloßen Meinen zur thetischen Rede“;⁴¹³ m. a. W. ein von seinem Mandanten abhängiger Rechtsanwalt kann dem Mandanten das rechtliche Gehör nicht sichern, das ihm die Verfassung

⁴⁰⁹ So das Ergebnis bei *Raschel*, D. 2017, 434 ff.

⁴¹⁰ EGMR, Urt. v. 19.12.2017 – Nr. 2316/15, BeckRS 2017, 160193, Rn. 19 ff. – Szpiner/France. – Die verfahrensgegenständlichen Äußerungen betrafen das Jugendstrafverfahren gegen die „gang des barbares“.

⁴¹¹ Cass. Civ. I, Urt. v. 4.5.2012 – Nr. 11-30.193.

⁴¹² Vgl. zum Themenkomplex *Bioy*, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, S. 679 f. Rn. 1156.

⁴¹³ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 71.

verheißt. Dies ist bei der Auslegung des Schutzes der anwaltlichen Rede zu beachten. Auf vertraglicher Ebene hat der Rechtsanwalt die Weisungen seines Mandanten zu befolgen, auch wenn dies nach Auffassung des Rechtsanwalts nicht zu einer optimalen Rechtsverteidigung führt; die Weisung also nur subjektiv, aber nicht objektiv dem Interesse des Mandanten entspricht. Der Rechtsanwalt muss auf Folgen hinweisen, aufklären und beraten über die Konsequenzen einer vertraglichen Weisung, darf seine Meinung jedoch nicht dem Mandanten aufdrängen.⁴¹⁴ Grundrechtlich aufzulösen ist dieser Zielkonflikt über die Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG, der vom Recht spricht, „seine Meinung“ frei zu äußern und zu verbreiten. Zwar spricht der Wortlaut dagegen, doch ist von der Meinungsfreiheit auch umfasst, fremde Meinungen zu verbreiten, auch wenn man sie sich nicht zu eigen macht.⁴¹⁵ Doch schützt die Meinungsfreiheit eine selbstbestimmte Meinungsbildung und Meinungsäußerung, so dass der Zwang, bestimmte Äußerungen zu tätigen, mit der Garantie der Meinungsfreiheit abgewehrt werden kann.⁴¹⁶ Soweit der Äußernde jedoch kenntlich machen kann und es für jeden auch erkennbar ist, dass es sich gerade nicht um die eigene Meinung des Äußernden handelt, soll ein Eingriff in die Meinungsfreiheit nach der Auffassung des BVerfG ausscheiden.⁴¹⁷ Für den Rechtsanwalt ist es jedoch gerade nicht möglich, sich von der Meinung, die er auf Wunsch/Weisung seines Mandanten äußert, äußerlich zu distanzieren oder eine Zurechnung zur eigenen Person zu verhindern,⁴¹⁸ weil er dann aus seiner verfassungsrechtlich gebotenen Rolle als berufener Interessenvertreter tritt. Die Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts ist in solchen Konstellationen die Freiheit, ein Mandat in bestimmten Konstellationen niederzulegen (vgl. § 627 BGB). Verwehrt ihm die Rechtsordnung dies, stellt sich die Frage der verfassungsmäßigen Rechtfertigung dieses Eingriffes. Freilich dürfte dies auf Ebene des einschränkenden (allgemeinen) Gesetzes regelmäßig zu bejahen sein. Nach §§ 49 Abs. 2, 48 Abs. 2 BRAO kann ein Pflichtverteidiger beantragen, die Beordnung als Pflichtverteidiger aufzuheben, wenn hierfür wichtige Gründe bestehen, wozu auch ein nachhaltig gestörtes Vertrauensverhältnis zählen kann. Gegen die Ablehnung ist die Beschwerde nach § 304 StPO statthaft. Auch wenn der BGH⁴¹⁹ für die Befugnis im Rahmen der Beschwerde gegen eine Ablehnung wohl auf Art. 12 Abs. 1 GG abstellt, weil der Beststellungsakt nach Auffassung des BVerfG in die-

⁴¹⁴ BGH, Urt. v. 20.3.1984 – VI ZR 154/82, NJW 1984, 42 (43); s. *Kerstges*, GVRZ 2020, 10; *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 72.

⁴¹⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 25.6.2009 – 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470 Rn. 58; *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 132.

⁴¹⁶ *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HdB GR IV, § 102 Rn. 42. – Deshalb muss, anders als zum Teil vertreten (*Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 145; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 61 Rn. 22 ff.; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 38a, 82 und *Stern*, Die Freiheit der Kommunikation und der Information, in: StR IV/1, § 108 S. 1399), nicht in dieser Konstellation die negative Seite der Meinungsfreiheit bemüht werden.

⁴¹⁷ BVerfGE 95, 173 (182 f.) – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

⁴¹⁸ Zu diesem Kriterium *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 38a.

⁴¹⁹ BGH, Beschl. v. 5.3.2020 – StB 6/20, NJW 2020, 1534 Rn. 3.

ses Grundrecht eingreift, kann für die Beschwerde wegen eines schwerwiegenden Dissenses auch auf die Meinungsfreiheit abgestellt werden. Beide Grundrechte stehen wie gezeigt in Idealkonkurrenz: Die Berufsfreiheit drückt durch ihren Schutz gerade aus, dass die Verweigerung der Entpflichtung den Rechtsanwalt in einen Zielkonflikt stürzt, denn er kann nicht mehr als berufener Interessenvertreter des Angeklagten wirken, wenn das Vertrauensverhältnis gestört ist. Durch den Schutz der Meinungsfreiheit wird deutlich, dass der Rechtsanwalt, um gerade nicht seine Rolle als berufener Interessenvertreter und die Position seines Mandanten noch weiter zu „beschädigen“, auf seine Meinungsäußerungsfreiheit verzichtet.

III. ... im Verhältnis Anwalt zur Gegenseite

Das deutsche Berufsrecht der Rechtsanwälte⁴²⁰ kennt keine allgemeine Kollegialitätspflicht mehr: Kollegiale Rücksichtnahme lässt das (Verfassungs-)Recht nur dort zu, wo ein anwaltliches Vorgehen zugleich den Interessen des Mandanten dient.⁴²¹ Das französische Recht, und in seinem Schlepptau die europäischen Regeln (Ziff. 5.1 CCBE Regeln), hält an diesem tradierten Aspekt hingegen beharrlich fest; Art. 3 Abs. 2 des Dekrets v. 12.7.2005 spricht von *confraternité* und stellt dieses Prinzip in die Nähe des allgemeinen Ehr- und Loyalitätsgebots, der Mäßigung und Höflichkeit.⁴²² Interessanter ist aber Art. 16 Abs. 1: Er schreibt fest, dass der Anwalt sich dem Prinzip des fairen Verfahrens verschreibt und loyal der gegnerischen Partei gegenüber ist; er achtet ihre Verteidigungsrechte und das kontradiktorische Verfahren. Eine Loyalitätspflicht im Rahmen des Art. 16 besteht, weil der Rechtsanwalt nicht die Rechtspflege an sich behindern darf und er Mitwirkender in einem durch Justizgrundrechte ausgestalteten Verfahren ist, in dem die Gegenseite die gleichen Grundrechtspositionen für sich in Anspruch nehmen kann wie er und sein Mandant. Vor dieser zutreffenden Erfassung überzeugt es auch gerade, wenn deutsche Rechtsprechung und Lehre § 12 BORA nicht mit dem ethischen Topos der Kollegialität, sondern dem Recht auf anwaltliche Vertretung und der Rechtspflege begründen.⁴²³ Auch wenn § 25 BORA einem Rechtsanwalt vorschreibt, Verletzungen von Berufspflichten eines Kollegen diesem nur vertraulich mitzuteilen, so steht dies doch unter dem Vorbehalt, dass Interessen des Mandanten oder eigene Interessen ein anderes Vorgehen verlangen, insbesondere auch eine Rüge im Verfahren selbst oder einen kraftvollen Gegenschlag.⁴²⁴ Die anwaltliche Rede gegen-

⁴²⁰ S. aber § 16 Abs. 1 S. 1 BORA mit dem die Kollegialität berufsgruppenübergreifend festgeschrieben wird. – Punktuelle Regelungen kann man in §§ 12, 25 BORA erblicken.

⁴²¹ BVerfGE 101, 312 (330) – Versäumnisurteil; i. E. so bereits RGZ 70, 25 (25); s. auch v. Lewinski, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 126 Rn. 32.

⁴²² S. zum portugiesischem Berufsrecht, das dem französischen in diesen Punkt ähnelt, *Pommerening*, Der Rechtsanwalt in Portugal, S. 183 ff.; vgl. zu den Berufspflichten Kap. 3, § 1, B., IV., 2., S. 286 ff.

⁴²³ Vgl. zu dieser Vorschrift Kap. 3, § 2, A., IV., 1., b), bb), S. 360.

⁴²⁴ Hierzu *Scharmer*, in: Hartung/Scharmer, § 25 BORA Rn. 28 ff.

über der Gegenseite unterliegt in dieser Perspektive dann nicht anderen Regeln⁴²⁵ als die Rede gegenüber dem Gericht, da der Kontext der Meinungsäußerung der gleiche ist: das rechtsstaats- und grundrechtsförmige Verfahren der Rechtspflege und nicht die berufsethische Beziehung innerhalb eines Standes.

IV. Mediale Äußerungen von Rechtsanwälten

Art. 103 Abs. 1 GG gewährt jedermann rechtliches Gehör vor Gericht; nicht räumlich „vor“ dem Sitzungssaal gegenüber den Medien. Das einfache französische Recht hat die Indemnität des Rechtsanwalts auf den „prétoire“ beschränkt und damit einer weitreichenden Einschränkung der Meinungsfreiheit von übrigen Äußerungen von Rechtsanwälten Tür und Tor geöffnet. Dass im Ergebnis die Äußerungen von Rechtsanwälten, die nicht im Rahmen von Prozesshandlungen erfolgen, einem geringeren Schutzniveau unterliegen können, erscheint nicht unplausibel. Wer das Gericht nach dem Urteilsspruch kritisiert, verwirklicht nicht mehr das verfassungsrechtlich gebotene rechtliche Gehör seines Mandanten (in dieser Instanz). Allerdings wird man alleine aufgrund der Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens, vor allem im Strafverfahren zugunsten des Angeklagten, die Zäsur grundsätzlich in Zweifel ziehen müssen. Der EGMR hat in seinem zu Kritik einladenden Urteil Peruzzi/Italien diesen Aspekt prominent hervorgehoben und dem Verfahrensabschluss eine Zäsur zugemessen.⁴²⁶ Dies darf jedoch nicht überbetont werden. Soweit gegenüber Medien Ergebnis oder Begründung der Entscheidung oder das Verhalten der Prozessbeteiligten im vergangenen Verfahren thematisiert werden, ist es nicht grundrechtlich geboten, die im Vorhinein determinierte Abwägung zugunsten des Rechtsanwalts aufzugeben.⁴²⁷ Es ist geschützt, die Perspektive des Mandanten und seine rechtliche Einschätzung in die mediale Berichterstattung einzuspielen.⁴²⁸ Zudem ist der zeitliche Abstand zum Verfahrensabschluss bedeutsam. Der EGMR hat in Ottan/Frankreich berücksichtigt, dass nach einer turbulenten Verhandlung vor dem Schwurgericht in einem Verfahren mit gesellschaftlichem Konfliktpotential Äußerungen vor Medien direkt vor dem Saal noch unter dem Eindruck der beendeten Hauptverhandlung stehen sowie die schnelle Abfolge von Frage und Antwort dazu einlädt, scharf zu formulieren.⁴²⁹ Entfernt sich eine mediale Äußerung zeitlich vom konkreten Verfahren, dann ist gleichwohl in Rechnung zu stellen, dass der Rechtsanwalt mit seiner Äußerung zu Fragen allgemeinen Interesses der Rechtspflege beiträgt, etwa strukturelle Defizite

⁴²⁵ So das Ergebnis bei BVerfG-K, Beschl. v. 2.7.2013 – 1 BvR 1751/12, NVwZ 2013, 1405 f. – „Winkeladvokat“, wo das BVerfG in seiner klassischen Prüfung der Meinungsfreiheit verbleibt.

⁴²⁶ EGMR, Urt. v. 30.6.2015 – Nr. 39294/09, BeckRS 2015, 81139, Rn. 62 – Peruzzi/Italien.

⁴²⁷ Schmitt-Leonardy, AnwBl. 2016, 528 (531).

⁴²⁸ EGMR, Urt. v. 23.4.2015 – Nr. 29369/10, NJW 2016, 1563 (1567 Rn. 138) – Morice/Frankreich.

⁴²⁹ EGMR, Urt. v. 19.4.2018 – Nr. 41841/12, NJOZ 2018, 2019, 1453 (1456 Rn. 69), AJ pénal 2018, 310 – Ottan/France.

der Strafrechtspflege thematisiert, die über einen konkreten Fall hinausgehen. Der Rechtsanwalt kann sich in solchen Situationen nicht auf die dienende Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) als Informant berufen, denn er ist insoweit „Aktivist“: Seine Stellungnahme dient nicht der durch journalistische Standards geleiteten Informierung Anderer,⁴³⁰ sondern der Erfüllung seiner Aufgabe als berufener Interessenvertreter und Organ der Rechtspflege.

Bis hierher kann festgehalten werden, dass insbesondere für das französische Verfassungsrecht das Abwehrrecht der anwaltlichen Berufsfreiheit kaum Bedeutung hat. Selbst die Grundrechtsträger präferieren die Rüge der Verletzung der Prozessgrundrechte des Mandanten, um die Nichtigkeit eines berufsregulierenden Gesetzes zu begründen. Die unternehmerische Freiheit ist insbesondere bei der vorbeugenden Rechtspflege eine taugliche Rüge, wenn die anwaltliche Beratung aus berufsunspezifischen Gründen beeinträchtigt wird. Im gerichtsverfassungsrechtlichen Kontext blieb die *liberté d’entreprendre* hingegen ohne Bedeutung, was daran liegen mag, dass es nicht opportun scheint, die Mitwirkung am *service public de la justice* als „unternehmerische“ Aktivität zu bezeichnen. Einen Grundrechtsausschluss hat aber keines der drei Gerichte für die anwaltlichen Grundrechte in derartigen Konstellationen ausbuchstabiert. Angesichts dieser Ausgangskonstellation kann das deutsche Anwaltsverfassungsrecht dem französischen als Inspirationsquelle dienen, vor allem seit mittels der QPC Rechtsfragen der regulierten Berufe vermehrt den *Conseil Constitutionnel* erreichen. Das BVerfG hat viele „alte Zöpfe“ des Berufsrechts abgeschnitten, die weiterhin Teil des französischen Berufsrechts sind. Durch die subjektive Dimension der anwaltlichen Berufsfreiheit ist das BVerfG zum zentralen Akteur des Berufsrechts geworden. Die Ausführungen zur Meinungsfreiheit haben gezeigt, dass das französische Recht hingegen dem einfachen Recht den Freiheitsschutz anvertraut und so die objektive Dimension anwaltlicher Freiheit betont. Dies gilt es im Folgenden weiter zu verfolgen.

⁴³⁰ v. *Lewinski*, *Medienrecht*, § 9 Rn. 147; ohne Begründung i. E. auch *Pflüger*, *AnwBl.* 1999, 638 (641).

Kapitel 3

Objektiv-rechtliche Gehalte anwaltlicher Freiheit: Französische Impulse für das deutsche Verfassungsrecht

Deshalb richtet sich der Blick auf die gesetzgeberische Ausgestaltung funktionaler anwaltlicher Freiheit und ihrer Ausbalancierung mit Mandanteninteressen und solchen des service public (dazu unter § 1). Der deutsche Berufsrechtsdiskurs und die Rechtsprechung des BVerfG sind hingegen sehr stark auf Art. 12 Abs. 1 GG ausgerichtet. Dabei muss das BVerfG im Rahmen seiner Eingriffsperspektive aber stets die Interessen des Mandanten und des Rechtsstaatsprinzips mitdenken. Dies ist jedoch schwierig abzubilden, wie eine Analyse der Judikatur zeigt. Die Arbeit schlägt deshalb vor, einen bestimmten Ausschnitt aus der anwaltlichen Berufsfreiheit als „dienende Freiheit“ zu begreifen, die durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden muss (dazu unter § 2). Im Anschluss werden die Konsequenzen einer dienenden Berufsfreiheit im deutschen und französischen Recht für den Ausschnitt der Werbefreiheit versucht zu konkretisieren (dazu unter § 3).

§ 1: Frankreich: eine objektiv-rechtliche und funktionale Freiheit

Die anwaltliche liberté d’entreprendre ist auf die Realisierung des Art. 16 DDHC ausgerichtet (dazu unter A.). Damit dies gelingt ist der französische Gesetzgeber aufgefordert, die anwaltliche Berufsfreiheit zu ordnen. Nicht der Conseil Constitutionnel, sondern *er* prägt die anwaltliche Berufsausübung durch das Berufsrecht und die sonstige auf die anwaltliche Profession einwirkende Regulierung (dazu unter B.).

A. Funktionale anwaltliche Freiheit

I. Abkehr vom „subjectivisme“ des Jahres 1789: Bedeutung der Lehre von Hauriou

Aus deutscher Perspektive stehen die französischen Grundrechte heute in einer objektiven Tradition.¹ Wachsmann hat von einer „constante réticence de la tradition

¹ Gaillet, in: FS CJFA, S. 167 f.; unter besonderer Betonung der freiheitsordnenden Aufgabe des Gesetzgebers durch Art. 34 Verf. 1958 Classen, JöR n. F. 68 (2020), 213 ff.; Arnold, JöR n. F. 38 (1989), 197 ff.

républicaine envers la subjectivité² gesprochen, also einer konstanten Zurückhaltung gegenüber der subjektiven Seite der Grundrechte. Dies entspricht einem Grundrechtsverständnis, das den Gesetzgeber nicht als Gefährder der Grundrechte begreift. Unter dem Hinweis auf die Figur der *liberté publique* entspricht es französischer Tradition, dass der Gesetzgeber Hort kaum begrenzten Vertrauens ist und weiterhin auch Freiheit durch einfaches Gesetz verwirklicht.³ Er organisiert⁴ die Freiheit nicht nur in Abgrenzung zu Freiheitssphären Dritter und den Interessen der Allgemeinheit, sondern er ist derjenige, der sie „effektiv stellt“, indem er Bedingungen für ihre Verwirklichung schafft.⁵ Dabei ist diese Lehre aus der DDHC von 1789, die die Rolle des Gesetzgebers betont, nicht die einzige der revolutionären Tradition – vielmehr stand die DDHC für einen ausgeprägten „Subjektivismus“. Die DDHC versuchte die französische Gesellschaft durch die Zuerkennung von Individualrechten zu verändern. Selbst das Eigentum wird in Art. 17 als subjektives Recht und nicht als Institution geschützt. Kritik mit dem Ziel, dieses „système subjectiviste“ zu überwinden, formulierte der Toulouser Rechtslehrer *Hauriou*,⁶ der mit dem Begriff der „institution“ nicht nur, aber auch die Natur der *droits individuels* versuchte zu erfassen. Seine Gedanken haben die deutsche Grundrechtsdogmatik in Gestalt von *Häberle*⁷ und seiner institutionellen Deutung der Grundrechte stark beeinflusst. Wenn man versucht, *Haurious* sehr komplexe, im Laufe der Zeit sich verändernde und sich von Auflage zu Auflage in gewissen Punkten auch (offen) widersprechende Theorie⁸ zu erschließen, vermag man womöglich den Überhang objektiver Gehalte in der französischen Grundrechtsdogmatik rechtstheoretisch unterfüttern können. Für viele ist *Hauriou* der Vordenker der gaullistischen Verf. 1958.⁹

1. Subjektive und objektive Seite bei *Hauriou*

Das Ziel der Arbeiten *Haurious* ist es, den Streit über die subjektive oder objektive Natur des Rechts hinter sich zu lassen und an ihre Stelle seine „*théorie de l’institution*“ zu setzen.¹⁰ Die grundlegende Definition der Institution lieferte *Hauriou*

² *Wachsmann*, in: 1958–2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, S. 565.

³ Unter Hinweis auf das Strafverfahrensrecht und insbesondere die Abschaffung der Todesstrafe *Wachsmann*, in: 1958–2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, S. 567; bereits *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 2. Aufl., S. 632.

⁴ Begriff der Organisation der Freiheit auch bei *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 2. Aufl., S. 631.

⁵ Vgl. Kap. 3, § 1, B., S. 252 ff.

⁶ Umfassend monographisch aus jüngerer Zeit *Schmitz*, *La théorie de l’institution du doyen Maurice Hauriou; zum Einfluss des Katholizismus auf Hauriou und seine Rückbesinnung auf ein – freilich idealisiertes – Ancien Régime* *Foulquier*, JP, Nr. 2, 2009, 1 (3, 6).

⁷ *Häberle*, *Wesensgehaltsgarantie*, insb., aber nicht nur, S. 76 ff., 104 ff., s. auch *Mager*, *Einrichtungsgarantien*, S. 123 ff.

⁸ *Millard*, *Droit et Société* 1995, 381 (385).

⁹ Nachweise bei *Foulquier*, JP, Nr. 2, 2009, 1 (1).

¹⁰ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 89 f., s. auch S. 96: „la théorie de l’institution [...] succède historiquement aux systèmes subjectivistes et objectivistes [...]“.

im Jahr 1925: „Une institution est une idée d’œuvre ou d’entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s’organise qui lui procure des organes; d’autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l’idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.“¹¹ In seinem *Droit constitutionnel* (1923) wurde sein Verständnis von Institution noch dadurch gekennzeichnet, dass „une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une œuvre sociale par un fondateur, idée qui ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées“¹². Die ältere Definition erscheint deutlich zugänglicher, insbesondere, weil ihr Verfasser im Anschluss zwischen den *institutions-personnes* und den *institutions-choses* differenziert.¹³ Sein Augenmerk gilt dabei vor allem den *institutions-personnes* (Staat, Gewerkschaften aber auch die anwaltliche Selbstverwaltung¹⁴) und auf diese scheint die spätere Definition zugeschnitten. Die Rechtsnorm zählt *Hauriou* zu den *institutions-choses*. Die drei Merkmale – *idée œuvre*, *pouvoir organisé* und *manifestations de communion* – gelten auch für diese, allerdings finden sich die beiden letzteren Merkmale, anders als bei den *institutions-personnes*, außerhalb der Idee stehend und im sozialen Milieu (bspw. dem Staat) „lebend“. Das prägende Merkmal seiner Lehre ist, dass in Staat, Recht und Gesellschaft sowohl subjektive wie objektive Elemente bestehen und diese miteinander in Verbindung stehen.¹⁵ Er integriert deshalb das subjektive Moment in seine Institution, denn die Institutionen „vivent d’une vie à la fois objective et subjective“,¹⁶ während für ihn später – in Abgrenzung zu *Duguit*, der die Rechtsregel als Ausdruck des objektiven Rechts begriffen hatte – der wahre Ausdruck des objektiven Rechts die Institution ist.¹⁷ *Hauriou* sieht subjektives wie objektives Recht in einer Wechselbeziehung miteinander; beides schließt sich nicht aus, sondern bedingt sich vielmehr und wirkt zurück auf das andere Element. Dem Subjektiven kommt bei *Hauriou* eine besondere Rolle zu: Er löst die Institution vom Subjektiven, da der Wille des Einzelnen nicht mehr für das Bestehen der einmal errichteten Institution von Bedeutung ist. Gleichwohl wird die Institution erst durch das Subjektive geschaffen und auch im Anschluss bleibt das Subjektive für *Hauriou* unverzichtbar, stellt vielmehr, so lassen sich manche Textpassagen deuten, das gegenüber dem Objektiven vorrangige Element dar, das auch Grenzen für die Institution setzt.¹⁸ Für *Hauriou* enthalten die

¹¹ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 96.

¹² *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 1. Aufl., S. 76.

¹³ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 97; bereits *Hauriou*, *Principes de droit public*, S. 126.

¹⁴ Ausdrücklich (zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung über die Rechtsetzungsbefugnis der Rechtsanwaltskammern in Costa Rica) *Tousseau*, RFDA 2020, 1147 (1147).

¹⁵ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 90; *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 1. Aufl., S. 59, 66; *Hauriou*, *Principes de droit public*, S. 174 („deux pôles“).

¹⁶ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 97.

¹⁷ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 127 f.

¹⁸ *Hauriou*, *Théorie de l’institution*, S. 95.

subjektiven Elemente die „forces créatrices et qui sont d'action“, während die objektiven Elemente (Rechtsregeln, Sozialmilieu und öffentliche Ordnung) nur „éléments de réaction, de durée et de continuité“ darstellen. Die freie Entfaltung des Einzelnen wird deshalb nicht negiert, sondern steht vielmehr im Zentrum der Konzeption und auch seiner Sorge.¹⁹ Der Ausbau richterlicher Kontrolle und die Unterwerfung des Staates unter das Recht sind wiederholtes Thema seines Werkes.²⁰

2. Konsequenzen für die Freiheitsrechte bei Hauriou

Besonders deutlich wird sein Anliegen, subjektive wie objektive Elemente nicht antagonistisch, sondern als miteinander verwoben zu begreifen, was unter dem Dach der Institution geschieht, bei seinem Blick auf die Grundrechte, auch wenn sie als Anwendungsfall seiner Theorie nie im Mittelpunkt standen. *Hauriou's* Denken führt ihn zu einer Verdammung des „subjectivisme révolutionnaire absolu“²¹ als Illusion.²² Die Verfassung sei selbst aus verschiedenen Institutionen zusammengesetzt;²³ insbesondere die Freiheitsrechte weisen für ihn den Charakter sowohl von Individualrechten als auch von Institutionen auf, die dann der Umsetzung bedürfen (bspw. durch eine Vertrags- oder Eigentumsordnung).²⁴ Für *Hauriou* sind die Grundrechte auch Institutionen, weil sie – insbesondere durch die DDHC – die constitution sociale bilden. Jedem Freiheitsrecht liegt eine prägende Idee zugrunde, es weist eine Eigengesetzlichkeit auf, die es von anderen Freiheitsrechten unterscheidet; Familie oder freiheitliche Eigentumsordnung, freie Berufswahl und -ausübung sind Beispiele hierfür. Diese Leitidee des Grundrechts ist verwurzelt in einem milieu social und tritt mit diesem in eine Beziehung gegenseitiger Beeinflussung. Insbesondere findet die Idee im sozialen Milieu eine unbestimmte Anzahl an Personen, die sich der Idee anschließen, wobei die Institution vom Willen der Individuen gerade nicht abhängig ist.²⁵ Indem diese zahlreichen Anhänger der Idee wiederholt von ihrer persönlichen Freiheit Gebrauch machen, werden diese durch die Idee des Grundrechts „rekrutiert“. Sie stehen in den Diensten der Idee und repräsentieren gewissermaßen diese.²⁶ Die Vielzahl an freiheitlichen Handlungen durch sie führt zu einer dauernden Aktualisierung der Institution, die so täglich und stündlich neu eingerichtet wird. Das Grundrecht „lebt“ von seiner In-

¹⁹ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 297 f.; anders noch *Hauriou*, Principes de droit public, S. 574, der sich für eine moralische Bindung des Gesetzgebers an die DDHC ausspricht, eine rechtliche aber ablehnt, da es insbesondere an einer Sanktion durch den Richter fehle.

²⁰ S. *Schmitz*, La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou, S. 328 ff., dort auch zu seiner Zustimmung zu der v. Ihering entwickelten und von Carré de Malberg vertretenen Lehre der Selbstbeschränkung des Staates, die Duguit hingegen zurückwies (s. dazu auch *Sommermann*, Staatsziele und Staatsbestimmungen, S. 87 f.).

²¹ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 59 ff.

²² *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 83.

²³ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl., S. 613.

²⁴ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl., S. 612 f.

²⁵ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 78 spricht deshalb dem Milieu „Gehilfencharakter“ zu.

²⁶ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 80.

anspruchnahme durch den Grundrechtsberechtigten. Es ist deshalb die Gesamtheit aller Grundrechtsberechtigten, die das Grundrecht mit Leben füllen. Die Institution bedarf deshalb nicht zwingend der Grundrechtsinanspruchnahme des Einzelnen, aber sie droht unterzugehen, wenn eben diese Gesamtheit der Grundrechtsberechtigten das Interesse am Gebrauch der Institution verliert;²⁷ dann schlägt „Quantität in Qualität“ um. Das Grundrecht ist darauf angewiesen, dass eine unbestimmte Zahl an Verträgen und Ehen geschlossen wird oder dass eine unbestimmte Anzahl Personen den Beruf des Rechtsanwalts frei ausüben, da ansonsten das gesamte Grundrecht zur Disposition stände. „Durch das Wirken vieler wird das milieu social zum Eingerichteten, erlangt es immer von neuem dauerhaftes Gepräge. Dieses Wirken ‚verfaßt‘ die grundrechtlichen Lebensbereiche stets von neuem“.²⁸ Bei der Berufsfreiheit zeigt sich dies besonders gut, denn eine Vielzahl an Personen orientiert sich gerade an tradierten Berufsbildern. Die Institution ist dann der Rahmen, in dem das subjektive Recht ausgeübt wird und ohne den dieses Recht vielfach auch nicht ausgeübt werden kann – das Individualrecht ist „prisonnière de la forme qu’il s’est donnée, qui est devenue objective et sociale“.²⁹ Die Grundlage des Freiheitsgebrauchs bleibt jedoch subjektiv, denn es sind gerade die vielen individuellen Freiheitsausübungen, die die Institution prägen.³⁰ Zugleich erhalten die Grundrechte aber auch ein objektives Gepräge durch die Institution:³¹ Die Institutionen sind sowohl subjektiv wie objektiv und die Grundrechte sind sowohl Individualrechte wie auch Institutionen. Dies führt dazu, dass bei *Hauriou* Grundrechtstheorie subjektives Recht und objektiv-institutionelles Denken verschränkt sind. *Häberle* hat dessen Lehre überzeugend dergestalt gedeutet, dass bei *Hauriou* das Institutionelle der „Korrelatbegriff der Freiheit ist“.³²

Bei *Hauriou* sind die Grundrechte etwas Lebendiges und Spontanes; sie sind in der Wirklichkeit verankert. Dies liegt am personalen Moment, das die Institution prägt und konstitutiv für diese ist. Es ist jedoch nicht die alleinige Grundlage der Institution, denn diese ist von der einzelnen Freiheitsbetätigung gelöst. Die grundrechtlichen Lebensbereiche verbinden sich mit anderen Institutionen zum Ganzen der Verfassung und prägen dieses gesamthafte Gebilde maßgeblich.³³ Die Lehre *Hauriou* und ihre Anwendung auf die Grundrechte wurde vielfach als soziologischer, philosophischer oder politischer, jedenfalls wenig juristischer Ansatz kritisiert.³⁴ Sie erlaubt aber die Grundrechte in ihrer sozialen Wirklichkeit und ihren

²⁷ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 81.

²⁸ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 108.

²⁹ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl., S. 620 f.

³⁰ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl., S. 622.

³¹ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 81.

³² *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 109.

³³ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 83 („la bonne moitié des éléments du tissu social reposent sur l’exercice des droits individuels, car les volontés subjectives des hommes s’emploient surtout à exercer des droits“).

³⁴ Zu dieser Frage ausführlich *Schmitz*, La théorie de l’institution du doyen Maurice Hauriou, S. 127 ff.; s. auch *Foulquier*, JP, Nr. 2, 2009, 1 (3).

„élan vital“ zu erfassen³⁵ und das „Umschlagen von Quantität in Qualität“ abzubilden – Freiheit ist darauf angewiesen, dass eine Vielzahl an Individuen sie auch tatsächlich gebrauchen, indem sie einen Beruf ausüben und Verträge schließen. Die „Eigengesetzlichkeit des Grundrechts drängt aber gerade nach solcher Verwirklichung“. „Die Normkomplexe, die zur Daseinsweise der institutionellen Seite der Grundrechte gehören, gleichen bloßen Schatten“, wenn es an dieser Freiheitsausübung der Gesamtheit fehlen würde.³⁶ Aufgrund dieser Rückkoppelung an die Wirklichkeit im milieu social ist der Gesetzgeber gefordert, jene Normkomplexe anzupassen, um den geänderten Umständen im milieu social Rechnung zu tragen, sie also zu berücksichtigen.³⁷ Das Grundrecht als Institution ist nicht statisch, sondern kennt eine stetige Evolution durch Anpassungen aufgrund des Wandels der tatsächlichen Lebensumstände, auf deren Grundlage individueller Freiheitsgebrauch stattfindet.³⁸ *Hauriou* spricht von einer „pouvoir d'évolution et d'adaptation“.³⁹

II. Soziale Funktion der Grundrechte

Die Suche nach der sozialen Funktion der Grundrechte hat mit *Hauriou* und *Duguit* zwei der namhaften Väter des französischen öffentlichen Rechts beschäftigt. Die allgemeinen Beobachtungen *Haurious* (dazu unter 1.) lassen sich in der Rechtsprechung vor allem bei bestimmten Kommunikationsgrundrechten beobachten (dazu unter 2.).

1. Soziale Funktion der Grundrechte bei *Hauriou*

Recht zeichnet sich bei *Hauriou* durch die Synthese von Interessen, Macht und sozialer Funktion aus. Diese drei Elemente können unterschiedlich einander zugeordnet sein, je nach Recht und Rechtsgebiet.⁴⁰ Diese Beobachtung gilt auch für die Individualrechte.⁴¹ Innerhalb dieser will *Hauriou* drei Kategorien unterscheiden, bei denen sich die Elemente jeweils unterschiedlich durchsetzen: die Beamtenstatusrechte, die libertés civiles und die libertés civiques. Bei allen Kategorien bleibt die soziale Funktion bestehen und die Rechtsordnung sanktioniert antisozialen Freiheitsgebrauch.⁴² Unter den libertés civiques versteht *Hauriou* solche Freiheiten, die eine Mitwirkung an der autorité publique, fonction publique oder chose publique ermöglichen.⁴³ Bei dieser Kategorie ist es besonders schwierig, die Be-

³⁵ Vgl. hierzu *Millard*, *Droit et Société* 1995, 381 (399).

³⁶ *Häberle*, *Wesensgehaltsgarantie*, S. 110.

³⁷ So auch die Lektüre bei *Häberle*, *Wesensgehaltsgarantie*, S. 111.

³⁸ *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 1. Aufl., S. 81.

³⁹ *Hauriou*, *Principes de droit public*, S. 208.

⁴⁰ *Hauriou*, *Principes de droit public*, S. 35.

⁴¹ Frage aufgeworfen bei *Robert*, in: *La DDHC de 1789*, S. 163.

⁴² Radikal *Duguit*, *Transformations générales du droit privé*, S. 38 ff.

⁴³ *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 1. Aufl., S. 97 ff.

deutung von Interesse und sozialer Funktion zu erkennen. Die soziale Funktion verbindet sich in einer besonderen Weise mit dem Individualgrundrecht.⁴⁴ Die Wahrnehmung dieser Freiheit sei an besondere Voraussetzungen gebunden – nicht jeder könne sie einfach wahrnehmen – und im Gegenzug verlange die Freiheit die Hingabe des Grundrechtsträgers an ihren Gegenstand. Gleichwohl ist die *liberté civique* ein Individualgrundrecht für *Hauriou*: Sie vermittelt einen Freiheitsraum, der allerdings durch einen bestimmten Rahmen vorgeprägt ist. Dieser Rahmen sei notwendig, damit die soziale Funktion des Grundrechts realisiert werden kann. Wieder taucht der das Denken von *Hauriou* prägende Ausgleich zwischen subjektiven und objektiven Elementen auf. Die Definition der *liberté civique* gleicht einem Funktionsprivileg oder einem Funktionsgrundrecht (je nach Integration in die öffentliche Gewalt). Doch nicht nur Freiheiten, die das Gemeinwohl durch ihre Ausübung mitrealisieren, kennen eine soziale Funktion: Diese lässt sich auch bei den *libertés civiles* nachweisen. Dies sind die „klassischen“ Menschenrechte der DDHC. Exemplifiziert wird dies am Beispiel des Grundeigentums.⁴⁵ Die soziale Funktion ist allerdings deutlich subtiler als bei den *libertés civiles*; sie muss sich der Handlungsmacht und den Interessen des Grundrechtsträgers unterordnen. Der Gesetzgeber kann bei diesen Freiheiten tendenziell darauf vertrauen, dass der vernünftige und regelmäßige Grundrechtsgebrauch die soziale Funktion verwirklicht. Er muss antisoziales Verhalten, den Grundrechtsmissbrauch, nicht ausdrücklich bekämpfen, weil er davon ausgehen darf, dass durch die Verfolgung der individuellen Interessen gleichsam die soziale Funktion mitverwirklicht wird. Das „*jeu de la liberté*“ vollzieht quasi von alleine die Funktion.⁴⁶ *Hauriou's* Lehre von der sozialen Funktion der Individualrechte zeigt die Suche nach dem „*équilibre*“,⁴⁷ also die ausgleichende Zuordnung anstelle der Konfrontation antagonistischer Konzepte. Deshalb absorbiert die soziale Funktion der Freiheit nie die individuellen Interessen des Grundrechtsträgers. Dies unterscheidet ihn von seinem Zeitgenossen aus Bordeaux *Duguit*. Subjektive Rechte bestehen für diesen nicht, die individuelle Entfaltung ist eingeräumt „*afin de coopérer le mieux à la solidarité sociale*“.⁴⁸ Bei *Hauriou* soll weder die individuelle Entfaltung noch die soziale Funktion vollständig verdrängt werden.⁴⁹ Das genaue Verhältnis hänge dann vom einzelnen Grundrecht und der konkreten Lebenssituation ab.

2. Funktionsgrundrechte in der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel

Bei zwei Grundrechten ist dieser Gedanke *Hauriou's* besonders gut nachzuweisen. Die Presse- und Rundfunkfreiheit auf der einen und die Freiheit des Hochschulleh-

⁴⁴ *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 98; *Hauriou*, Principes de droit public, S. 38.

⁴⁵ *Hauriou*, Principes de droit public, S. 38.

⁴⁶ *Hauriou*, Principes de droit public, S. 39.

⁴⁷ Vgl. statt vieler *Hauriou*, Principes de droit public, S. 70 ff.

⁴⁸ *Duguit*, Transformations générales du droit privé, S. 37.

⁴⁹ *Hauriou*, Principes de droit public, S. 61.

thers auf der anderen Seite sind durch eine ihnen eigene Zuordnung von individueller Handlungsmacht und sozialer Funktion geprägt.

a) *Liberté de la communication audiovisuelle*

Das französische Schrifttum⁵⁰ versucht, das Medienrecht in einer konvergenten Perspektive zu erfassen. Auch der Conseil Constitutionnel hält zwar an einer spezifischen Rundfunkfreiheit fest, hat allerdings über das Verfassungsgebot des Medienpluralismus die Presse- und Rundfunkfreiheit einander angenähert. Der Rundfunk hat in Frankreich eine wechselvolle Geschichte erlebt und musste vielfach offen politisch motivierte Umstrukturierungen erdulden, bspw. um den Zugriff der Gaullisten zu stärken.⁵¹ Die Annahme einer Rundfunkfreiheit erschien deshalb bis zu ihrer richterrechtlichen Entdeckung 1982 – als die Abschaffung des staatlichen Rundfunkmonopols angegriffen wurde – aus politischen Gründen fernliegend.⁵² Dazu kamen Zweifel, ob die DDHC überhaupt ihrem Wesen nach die Freiheit von nur ganz wenigen schütze, solange die Sondersituation des audiovisuellen Sektors fortbestand.⁵³ Zentrale Norm des allgemeinen Medienverfassungsrechts und damit auch für die *liberté de la communication audiovisuelle* ist seit der Grundsatzentscheidung aus 1982⁵⁴ Art. 11 DDHC, der festhält, dass „La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.“⁵⁵ Eine Interpretation dieser sprachlich eleganten Vorschrift, die 1789 vom Duc de La Rochefoucauld-Liancourt verfasst wurde⁵⁶ und vor allem die Zensur des Ancien Régime beseitigen sollte, liegt nahe,⁵⁷ um die damals noch unbekannte Rundfunkfreiheit zu verankern.⁵⁸ Dies

⁵⁰ S. *Truchet*, RFDA 1987, 347 ff.; s. das Gesamtkonzept bei *Derieux*, Droit des médias, dessen Werk eine kodifikationsvorbereitende Zielsetzung verfolgt.

⁵¹ Ausführlich zur Periode 1959–1982 *Regourd*, Droit de la communication audiovisuelle, S. 37 ff. Rn. 28 ff.; s. auch *Duhamel/Tusseau*, Droit constitutionnel et institutions politiques, S. 938 ff.

⁵² So *Wachsmann*, Libertés publiques, S. 866 ff. Rn. 528 ff.; *Debbash*, RIDC 1989, 305 (305).

⁵³ *Luchaire*, in: La DDHC et la jurisprudence, S. 223, der als Lösung vorschlägt, das Pluralismusgebot als Teil des objektiven Demokratieprinzips zu erfassen (S. 237); s. den Diskussionsbeitrag von *Vedel*, S. 235 im Anschluss, der festhält, es gelte so viele Medienfreiheit wie möglich zu realisieren, aber diese Freiheit könne nun einmal nicht „pure et simple“ sein.

⁵⁴ CC, Entsch. v. 27.7.1982 – Nr. 82-141 DC – Loi sur la communication audiovisuelle.

⁵⁵ Die Vorschrift hat auch andere Höchstgerichte in ihrer mediengrundrechtlichen Judikatur beeinflusst: BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth bezieht sich unmittelbar auf diese Vorschrift, um den Wert der Meinungsfreiheit für die grundgesetzliche Ordnung festzuschreiben.

⁵⁶ S. dazu knapp *Mastor*, Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, S. 72 ff. (zu Art. 11 DDHC), die darauf hinweist, dass die ausdrückliche Erwähnung der Pressefreiheit erfolgte, um ihre Bedeutung für das Ende des Ancien Régime zu betonen.

⁵⁷ Es handelt sich um keine abschließende, sondern nur um eine exemplarische Nennung der 1789 bekannten Kommunikationsmittel (kritisch aber *Luchaire*, La protection constitutionnelle des droits et libertés, S. 133; *ders.*, in: La DDHC et la jurisprudence, S. 223).

⁵⁸ Gleiches gilt für die Freiheit des Films, den das Grundgesetz, wie den Rundfunk, vorgefunden hat, und die in der Meinungsfreiheit des Art. 11 DDHC ihre Grundlage findet seit CE, Urt. v.

war jedoch erst möglich, als die DDHC in ihrer Gesamtheit in den Prüfungsmaßstab des Conseils integriert wurde⁵⁹ und sich die sog. Vedel-Doktrin durchsetzte, die die Ableitung von Grundrechten aus geschriebenen Texten der mehr oder weniger freihändigen richterrechtlichen Begründung vorzog.⁶⁰

aa) Ein Grundrecht ausschließlich objektiver Natur

(1) Art. 11 DDHC als gelenkte Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers

Die Grundrechte der DDHC sind in ihrer Natur sehr verschieden. *Janneau*⁶¹ hat drei Kategorien unterschiedlicher Justiziabilität identifiziert. Auf der ersten Stufe stehen Proklamationen von allerhöchsten Werten wie Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Eigentum. Auf der zweiten Stufe finden sich Prinzipien und Grundsätze, die ein bestimmtes Verhalten verlangen. Sie benötigen für ihre praktische Wirksamkeit jedoch noch eine gesetzgeberische „Verfeinerung“. Auf der dritten Stufe finden sich schließlich Vorschriften, die nur der Auslegung, aber nicht mehr der Konkretisierung bedürfen, wie Art. 8 DDHC, der das Strafverfassungsrecht zum Thema hat. Man wird Art. 11 DDHC der zweiten Stufe zuordnen müssen: Die Vorschrift ist konkreter und „zugänglicher“ als es das allgemeine Freiheitspostulat des Art. 2, 4 DDHC ist, es wird jedem *citoyen* ein bestimmtes Verhalten erlaubt, wobei es, der Wortlaut des Art. 11 DDHC erwähnt es, des Gesetzgebers bedarf, um die Voraussetzungen und Grenzen der Freiheit abzustecken.⁶² An sich könnte der Conseil deshalb eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ohne weiteres direkt dem Grundrecht der DDHC entnehmen, doch es entspricht seiner Praxis, diese Aufgabe des Gesetzgebers mittels der allgemeinen Vorschrift des Art. 34 Verf. 1958 zu beschreiben.⁶³

Art. 34 Verf. 1958 als Effektivierungsscharnier des Grundrechts: Nachdem der Conseil in seiner Grundsatzentscheidung von 1982 den Wortlaut des Art. 11 DDHC wiedergegeben hat, rezipiert er sogleich im Anschluss jenen des Art. 34 Verf. 1958, der die Verantwortung des Gesetzgebers für die *libertés publiques* normiert. Für

24.7.1975 – Nr. 72868 – Société Rome-Paris-Film. – Tendenziell Sympathie für eine abweichende Grundauffassung über das Wesen des Art. 11 DDHC, wonach diese Vorschrift nur intellektuelle, aber nicht unternehmerische Aspekte der Medienerzeugung erfasse („Père Duchêne aber nicht Figaro“) bei *Bienvenu*, AJDA 1984, 689 (690).

⁵⁹ CC, Entsch. v. 16.7.1971 – Nr. 71-44 DC, Rn. 2 – Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association („Liberté d’association“).

⁶⁰ So sprach CC, Entsch. v. 31.10.1981 – Nr. 81-129 DC – Loi portant dérogation au monopole d’État de la radiodiffusion noch ohne Bezug auf die DDHC von „principes constitutionnels de liberté et d’égalité“, während CC, Entsch. v. 17.3.1964 – Nr. 64-27 L, Rn. 2 im Rahmen einer Kompetenzabgrenzungsstreitigkeit zwischen Regierung und Parlament die Veranstaltung von Rundfunk als eine *liberté publique* betreffend bezeichnete und sie der Zuständigkeit des Gesetzgebers nach Art. 34 Verf. 1958 unterstellte; eine genauere Einordnung bedurfte es nicht.

⁶¹ *Janneau*, RDP 1989, 635 (639).

⁶² *Janneau*, RDP 1989, 635 (639); auch *Oehme*, L’indépendance de l’audiovisuel public, S. 339 Rn. 615.

⁶³ Feststellung auch bei *Arnold*, JöR n. F. 38 (1989), 197 (203).

ihn gilt deshalb, „qu’ainsi il appartient au législateur de concilier, en l’état actuel des techniques et de leur maîtrise, l’exercice de la liberté de communication telle qu’elle résulte de l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme, avec, d’une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d’autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l’ordre public, le respect de la liberté d’autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d’expression“. Der Gesetzgeber muss also eine „conciliation“ der Medienfreiheit mit den technischen Sachzwängen und anderen Verfassungszielen (*objectifs de valeur constitutionnelle, OVC*) leisten. Zu diesen gehört die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und die Sicherung der soziokulturellen Meinungsvielfalt. Dies gelte jedenfalls beim damaligen Stand der Technik. Der Conseil hat also eine Handlungspflicht für den Gesetzgeber statuiert.⁶⁴ Der vom Conseil herangezogene Konnex des Art. 11 DDHC und des Art. 34 Verf. 1958 ist rundfunkspezifisch, er findet sich zwar auch in seiner Judikatur zur Pressefreiheit, nimmt jedoch eine andere Gestalt an.⁶⁵ Im Gewährleistungsbereich der Pressefreiheit scheint der Conseil den Gesetzgeber darauf zu beschränken, das Grundrecht effektiver zu gestalten (sog. *effet cliquet*⁶⁶) oder mit anderen Verfassungsgütern abzustimmen. Zwar gilt auch bei der Pressefreiheit, dass „la liberté ne se confond pas avec la déréglementation“,⁶⁷ so dass die Bezeichnung der Pressefreiheit als „super liberté“⁶⁸ übertrieben scheint, doch differenziert der Conseil (ohne es auszusprechen) im Rahmen des Art. 11 DDHC die Medienfreiheiten aus.⁶⁹

Pluralismusgebot als Zielvorgabe für die gesetzgeberische Ordnung: Zentrales Element der verfassungsgerichtlichen Konzeption ist also die „préservation du caractère pluraliste des courants d’expression“. Der vom Conseil Constitutionnel verwendete Begriff der „Strömungen“ unterstreicht, dass es sich nicht um individuelle Meinungsäußerungen handelt, sondern um kollektive Ansichten, solche einer Gruppe, während die Umschreibung „soziokulturell“ sehr weit zu verstehen ist und Meinungsströmungen über religiöse, politische, soziale und wirtschaftliche

⁶⁴ So auch aus deutscher Sicht *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union, S. 167.

⁶⁵ CC, Entsch. v. 11.10.1984 – Nr. 84-181 DC, Rn. 35 ff. – Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

⁶⁶ Vgl. zu diesem Kap. 3, § 1, B., III., 1., a), S. 265.

⁶⁷ *Bienvenu*, AJDA 1984, 689 (690).

⁶⁸ GDCC, Nr. 33 Rn. 4.

⁶⁹ *Chevallier*, D. 1991, chron. 247 (252, 253); *Marcangelo-Leos*, Pluralisme et Audiovisuel, S. 82; *Oehme*, L’indépendance de l’audiovisuel public, S. 320 Rn. 583; vgl. *Regourd*, Droit de la communication audiovisuelle, S. 182 f. Rn. 176. – So hat CC, Entsch. v. 3.3.2008 – Nr. 2009-576 DC – Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l’audiovisuel extérieur de la France es für verfassungskonform gehalten, dem Präsidenten der Republik die Befugnis einzuräumen, die Vorstandsvorsitzenden der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abzurufen (kritisch *Regourd*, *Légipresse* 2009, 29 [32]) und damit zu erkennen gegeben, keinen *effet cliquet* – also nur eine „Verbeserung“ – vom Gesetzgeber zu verlangen.

Themen umfasst.⁷⁰ Erstmals im Rundfunkverfassungsrechtlichen Kontext erwähnt, hat der Conseil das Konzept in seiner Entscheidung zum Pressekonzentrationsrecht wörtlich übertragen⁷¹ und in der darauf folgenden Entscheidung auch spezifische vielfaltssichernde Handlungspflichten dem Gesetzgeber auferlegt.⁷² Später wird das Pluralismusgebot im Rundfunkrecht um das Gebot der „honnêteté de l’information“ angereichert. Für den Conseil handelt es sich um eine Bedingung des demokratischen Gemeinwesens,⁷³ die gegenüber staatlicher wie privater Macht abgeschirmt werden muss.⁷⁴ Diese Handlungspflichten des Gesetzgebers werden mit dem Begriff der conciliation beschrieben, der in die deutsche Terminologie nur schwer einzuordnen ist. Denn aus deutscher Perspektive fällt auf, dass der Conseil die Medienfreiheit den technischen Sachzwängen und dem Pluralismusgebot gegenüberstellt; das Grundrecht ohne gesetzgeberisches Tätigwerden das Pluralismusgebot als objectif de valeur constitutionnelle (OVC) verletzen könne (*porter atteinte*). Dies legt ein Verständnis nahe, wonach es sich hierbei um echtes kollidierendes Verfassungsrecht handeln könnte.⁷⁵ Grundsätzlich können objectifs à valeur constitutionnelle in Konflikt mit einem Grundrecht geraten, insbesondere solchen, die Interessen der Allgemeinheit verbürgen – wie beispielsweise die genannte effektive Strafrechtspflege mit der Medienfreiheit oder der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts. Doch wenn man sich das „objectif de valeur constitutionnelle de la préservation du caractère pluraliste des courants d’expression socioculturels“ anschaut, dann handelt es sich hierbei um einen Verfassungsrechtsatz, der das Grundrecht des Art. 11 DDHC erst konkretisiert, indem ein bestimmter Normbestand in seiner Bedeutung für die effektive Grundrechtsausübung anerkannt wird. Das OVC wird zum „relais“⁷⁶ zwischen dem einfachen, aber konkreten Gesetz und der abstrakten Verfassungsvorschrift, hier des Art. 11 DDHC.⁷⁷ Es ist Instrument der interventionistischen Rolle des Gesetzgebers⁷⁸, indem ihm vorgeschrieben wird, was er unternehmen muss, um das Grundrecht zu schützen und für den Einzelnen effektiv zu stellen,⁷⁹ wobei ihm jedoch ein gewisser, allerdings „kanalisierter“⁸⁰ Handlungsspielraum (gerade in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Sachverhalten) zukommt.

⁷⁰ So ausdrücklich *Schellenberg*, AöR 119 (1994), 427 (430).

⁷¹ CC, Entsch. v. 11.10.1984 – Nr. 84-181 DC, Rn. 38 – Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

⁷² CC, Entsch. v. 29.7.1986 – Nr. 86-210 DC, Rn. 20 ff. – Loi portant réforme du régime juridique de la presse.

⁷³ S. zum Zusammenhang von Demokratie und Pluralismus *Bizeau*, RDP 1993, 513 ff.

⁷⁴ Hervorhebung dieses Umstandes bei *Wachsmann*, AJDA 1987, 111 (112 f.).

⁷⁵ Wohl auch *Sutter*, Titre VIII, Nr. 8, 2022; tendenziell auch *Schellenberg*, AöR 119 (1994), 427 (446), der die Ambivalenz jedoch zutreffend sieht.

⁷⁶ *Marcangelo-Leos*, Pluralisme et Audiovisuel, S. 116; vgl. *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union, S. 176.

⁷⁷ Vgl. zur Bedeutung des einfachen Rechts und der Kontrolle des Conseils *Favoreu*, RDP 1989, 399 (492).

⁷⁸ So *Derieux*, Légipresse 1997, II-47 (II-52).

⁷⁹ *Wachsmann*, AJDA 1987, 111 (112).

⁸⁰ *Favoreu*, RDP 1989, 399 (491).

Das *objectif* ist vorliegend dann nicht kollidierendes Verfassungsrecht, was von außen an das Grundrecht herantritt, sondern vielmehr das Ziel, dass der Gesetzgeber bei der Normsetzung „anpeilen“ muss.⁸¹ Und auch wenn man Medienfreiheit und Pluralismusgebot als im Einzelfall inhaltlich gegenläufige Verfassungspositionen begreift, handelt es sich um keine Kollision zweier voneinander verschiedener verfassungsrechtlich determinierter Positionen im klassischen Sinne, bei dem versucht wird, nach deutscher Terminologie praktische Konkordanz herzustellen. Denn sowohl die Medienfreiheit als auch das Pluralismusgebot sind zwei Elemente des Art. 11 DDHC; sie entspringen also der gleichen Quelle, was das Pluralismusgebot von anderen *objectifs à valeur constitutionnelle* – wie dem Schutz der öffentlichen Ordnung – unterscheidet. Die *conciliation* zwischen Medienfreiheit und Pluralismusgebot findet also innerhalb der Freiheit statt, um einer Funktion des Art. 11 DDHC gegenüber einer anderen den Vorrang zu geben,⁸² so dass vielfaltsichernde Gesetze (in deutscher Terminologie) keine Eingriffe in den Schutzbereich sind.

(2) *Fremdnützigkeit der Rundfunkfreiheit*

Dies liegt daran, dass der Conseil die Rezipienten als Begünstigte der Medienfreiheit sieht.⁸³ Hierin, und nicht in der Einbeziehung moderner Kommunikationsmittel, liegt das Neuartige in der Interpretation des Art. 11 DDHC.⁸⁴ Die rundfunkrechtliche Entscheidung aus 1986 anlässlich der Privatisierung des öffentlich-rechtlichen Senders TF1 hat – im Anschluss an das pressekonzentrationsrechtliche *Judiz*⁸⁵ – den effektiven Schutz des OVC des Pluralismus um die Fremdnützigkeit des Art. 11 DDHC ergänzt, wenn er davon spricht, dass „*les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l’article 11 de la Déclaration de 1789*“ (Hervorhebung nur hier).⁸⁶ Es geht, auch wenn es der Conseil nicht ausbuchstabiert, um ihre Informations- und Meinungsbildungsfreiheit – beide Gewährleistungen kennt der *bloc de consti-*

⁸¹ Von einer Doppelnatur des Pluralismusgebotes – Konkretisierung und Begrenzung – ausgehend *Marcangelo-Leos*, *Pluralisme et Audiovisuel*, S. 114 ff.; so wie hier *Arnold*, *JöR* n. F. 38 (1989), 197 (215); zurückhaltend gegenüber jeglicher Kategorisierung *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, S. 91 Fn. 186.

⁸² *Marcangelo-Leos*, *Pluralisme et Audiovisuel*, S. 184; für *Bizeau*, *RDP* 1993, 513 (529) ist das Pluralismusgebot „au coeur de la liberté“.

⁸³ Vgl. auch *Bizeau*, *RDP* 1993, 513 (529).

⁸⁴ *Derieux*, *Légipresse* 1997, II-47 (II-52 f.) sieht eine „*réécriture et réinterprétation*“; von einer kühnen Auslegung („*audacieuse*“) spricht *Chevallier*, *D.* 1991, *chron.* 247 (252).

⁸⁵ CC, *Entsch.* v. 11.10.1984 – Nr. 84-181 DC, Rn. 38 – *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

⁸⁶ CC, *Entsch.* v. 18.9.1986 – Nr. 86-217 DC, Rn. 18 – *Loi relative à la liberté de communication*; s. auch CC, *Entsch.* v. 3.3.2009 – Nr. 2009-577 DC, Rn. 2 – *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*; erneut anlässlich der Abschaffung des „*Rundfunkbeitrags*“ (*redevance audiovisuelle*) CC, *Entsch.* v. 12.8.2022 – Nr. 2022-842 DC, Rn. 26 – *Loi de finances rectificative pour 2022*.

tutionnalité jedoch nicht,⁸⁷ auch wenn die Präambel der Verf. 1946 den *accès à la culture* adressiert⁸⁸. Die Judizien des Conseils führen dazu, dass neben die Kommunikationsfreiheit die Informationsfreiheit als zweite tragende Säule tritt, der die Besorgnis des Conseils gilt.⁸⁹ Ob es sich dabei auch um ein subjektives Recht handelt, ist für die französische Konzeption der funktionalen Medienfreiheit nicht von Bedeutung, denn jedenfalls überwölbt die Informationsfreiheit als objektiv-rechtliche Determinante den gesamten Art. 11 DDHC.⁹⁰

(3) *Ergänzungsfunktion der allgemeinen Meinungsfreiheit*

Die Rundfunkfreiheit selbst bleibt für den Conseil frei von jeglichen subjektiven Gehalten.⁹¹ Vielmehr rekurriert der Conseil auf die Meinungsfreiheit im Rahmen des Art. 11 DDHC, wenn die Programmfreiheit durch den Gesetzgeber tangiert wird. So schrieb ein Gesetz vor, eine bestimmte im Verordnungswege festgesetzte Terminologie zu verwenden, um die französische Sprache zu schützen. Ein derartiges Vorhaben mag – so der Conseil⁹² – für einen *service public* verfassungsrechtlich konform umgesetzt werden können, jedoch nicht für Rundfunkveranstalter, seien sie öffentlich- oder privat-rechtlich organisiert. Art. 2 Verf. 1958, der den verfassungsrechtlichen Status der französischen Sprache sichert, wird hier jedoch nicht mit der *liberté de communication audiovisuelle* konfrontiert, sondern ausdrücklich mit der Meinungsfreiheit aus Art. 11 DDHC. Dieses Vorgehen unterstreicht, dass der Conseil „une conception d’une liberté des résultats, une liberté finaliste“⁹³ in der Rundfunkfreiheit sieht, die vor allem auf die Organisation des Rundfunks einwirkt, aber keine subjektiven Rechte – schon gar keine Veranstalterfreiheit – enthält.

bb) Erklärung der Judikatur:

Rückkehr der „liberté publique“ auf Kosten der DDHC?

Französische Autoren haben die Struktur der Medienfreiheit damit versucht zu erklären, dass sie an der Schnittstelle verschiedener Grundrechtsgenerationen angesiedelt ist, was die finalistische Ausrichtung auf den Rezipienten zeige.⁹⁴ Die Medienfreiheiten verlangen gesetzgeberisches Unterlassen in gleicher Weise wie sein

⁸⁷ Zur Frage nach einer verfassungstextlichen Verankerung skeptisch *Chevallier*, D. 1991, chron. 247 (252, 253).

⁸⁸ Hierauf hinweisend *Derieux*, *Droit des médias*, S. 69 Rn. 87.

⁸⁹ *Derieux*, *Légipresse* 1997, II-47 (II-52 ff.), dort auch m. w. N.

⁹⁰ *Marcangelo-Leos*, *Pluralisme et Audiovisuel*, S. 217.

⁹¹ Deutlich bei CC, *Entsch. v. 31.10.1981 – Nr. 81-129 DC – Loi portant dérogation au monopole d’État de la radiodiffusion*, wo das staatliche Rundfunkmonopol und die Frage von dessen Lockerung neutral betrachtet wird und letztlich dem Gesetzgeber freigestellt wird.

⁹² CC, *Entsch. v. 29.7.1994 – Nr. 94-345 DC, Rn. 8, 9 – Loi relative à l’emploi de la langue française*.

⁹³ *Oehme*, *L’indépendance de l’audiovisuel public*, S. 327 Rn. 595.

⁹⁴ *Bizeau*, *RDP* 1993, 513 (527 f.); s. auch *Derieux*, *Droit des médias*, S. 69 Rn. 88.

Handeln, damit die Freiheit des Rezipienten effektiv wird.⁹⁵ In der französischen Tradition und in Anbetracht einer nicht sehr ausgeprägten Grundrechtsdogmatik liegt es nahe, in der vom Conseil vertretenen Konzeption der Medienfreiheit eine Rückbesinnung auf die tradierte Figur der *liberté publique*⁹⁶ zu erkennen.⁹⁷ Seit die Grundrechte jedoch mit Verfassungsrang versehen sind – insbesondere auch die klassischen *libertés publiques* – scheint diese Kategorie ihre Bedeutung verloren zu haben, denn es ist nun gerade nicht mehr der einfache Gesetzgeber, der die Rolle des Schöpfers und Garanten der Freiheit einnimmt. Vielmehr ist er gerade an die verfassungsrechtlichen Freiheiten gebunden. Die Medienfreiheiten weisen jedoch mehr Ähnlichkeit mit einer *liberté publique* auf als mit einem klassischen subjektiven Abwehrrecht. Für *Hauriou* war das Wesen der *liberté publique*, dass „ces facultés essentielles, dont la jouissance et l'exercice sont propres à chaque individu (mais qui) sont cependant le patrimoine commun et la chose de tous“⁹⁸. Es geht um essentielle Handlungsfreiheiten, deren Genuss und Ausübung jedem Individuum eigen sei, aber zugleich auch ein gemeinsames Gut und Angelegenheit aller sei. Die Freiheit zur medialen Kommunikation besteht nicht im Interesse des Veranstalters, sondern des Rezipienten. Der Gesetzgeber ist gefordert, dessen effektiven Genuss des Grundrechts für alle sicherzustellen. Er organisiert die Freiheit, indem das Medienrecht ausdifferenziert Rechte und Pflichten für die verschiedensten privaten wie staatlichen Akteure einander zuordnet, um das von der Verfassung vorgegebene Ziel zu erreichen.⁹⁹ Dabei kommt dem Verfahren des Gesetzgebers – und nicht unbedingt ihm als Organ – die entscheidende Bedeutung bei.¹⁰⁰ Die Konsequenzen sind potentiell weitreichend: Der Gesetzgeber ist grundrechtlich auf der einen Seite bei seiner kontinuierlichen „Verschlimmbesserung“ des Rundfunkrechts kaum Grenzen unterworfen; auf der anderen steht es ihm frei, subjektive Rechte auf Rundfunkveranstaltung durch einfaches Gesetz zu begründen. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes v. 30.9.1986 über die *liberté de communication* proklamiert, parallel zum Pressegesetz von 1881, dass „La communication au public par voie électronique est libre“, bevor die folgenden Vorschriften dieses Versprechen wieder (partiell) einfangen. Was bleibt aber dann von Art. 11 DDHC, dem doch eigentlich liberalsten¹⁰¹ unter den liberalen Grundrechten aus 1789? Das Schrifttum hat dem Conseil vielfach vorgeworfen, den Geist der DDHC mit seiner mediengrundrechtlichen Judikatur aufgeben zu haben.¹⁰² Doch wer einen Bruch mit der

⁹⁵ *Marcangelo-Leos*, Pluralisme et Audiovisuel, S. 209.

⁹⁶ Vgl. hierzu Einl., § 1, B., I., S. 28 ff.

⁹⁷ Ausdrücklich *Oehme*, L'indépendance de l'audiovisuel public, S. 340 f. Rn. 617 ff.

⁹⁸ *Hauriou*, Principes de droit public, S. 508 f.

⁹⁹ Allgemein *Champeil-Desplats*, JP, Nr. 5, 2010, S. 5 f.; *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 162 ff.

¹⁰⁰ *Rivero*, Libertés publiques I, S. 120 f. Rn. 165 f.

¹⁰¹ *Derieux*, Droit des médias, S. 69 Rn. 88 spricht von „L'énoncé de la conception libérale la plus classique“; andere Schwerpunktsetzung unter Hinweis auf die Funktion der Pressefreiheit, eine „contre-pouvoir“ zu bilden, bei *Muhlmann*, Pouvoirs 2006, 55 (61 f.).

¹⁰² S. nur die Ausführungen bei *Derieux*, Légipresse 1997, II-47 ff., wo eine liberale (histori-

DDHC vorwirft, muss erklären, was genau der esprit dieses Textes ist. Die Liberalität ist nur eines der Charakteristika; sie tritt neben den *légitimité*, das Urvertrauen in das Gesetz, das die abstrakten philosophischen Freiheitsversprechungen mediatisiert.¹⁰³ Die Freiheiten der DDHC sollen den Gesetzgeber inspirieren, nicht begrenzen.¹⁰⁴ Freiheitsschutz verwirklicht sich durch Gewaltenteilung (Art. 16 DDHC).¹⁰⁵ Es ist diese Dimension der DDHC, die der Conseil mit seiner mediengrundrechtlichen Judikatur betont, was auch im Text des Art. 11 DDHC anklingt, wenn die Freiheit beim „abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi“ ihre Grenzen findet.¹⁰⁶ Die Freiheit setzt dem Gesetzgeber negative Kompetenzgrenzen, ist aber selbst begrenzt durch die „souveraineté législative“ und bleibt deshalb „encadrée par la loi“.¹⁰⁷ Zwar ist heute nicht mehr jedes Gesetz Ausdruck der *volonté générale*, sondern nur jenes, das verfassungskonform ist,¹⁰⁸ doch ändert dies nichts daran, dass eine gesetzgeberische Ordnungsaufgabe im Bereich der Mediengrundrechte nicht mit den Kernaussagen der DDHC kollidiert.¹⁰⁹ *Marcangelo-Leos* weist zurecht darauf hin, dass das von der DDHC so geschätzte Individuum gerade Zweck der dienenden Medienfreiheit bleibt; es geht darum, dass dessen Grundrechte effektiv geschützt werden, damit sie tatsächlich in Anspruch genommen werden können.¹¹⁰ Das Primat der Freiheit der DDHC wird durch den Conseil deshalb gar nicht aufgegeben.

cc) Rechtsvergleichender Ausblick auf das deutsche Medienverfassungsrecht

Die Rundfunkfreiheit ist ein besonderes Beispiel dafür, dass rechtsvergleichende Untersuchungen übereinstimmende grundrechtliche Bewertungen und Analysen in den verschiedensten Rechtsordnungen zu Tage fördern können. Die französische Judikatur des Conseil Constitutionnel ist – so hat es der zu dieser Aussage berufene *Genevois* offengelegt¹¹¹ – vom BVerfG beeinflusst, während das Gericht in

sche) Lesart des Art. 11 DDHC der auf die Informationsfreiheit des Rezipienten ausgerichteten Pressefreiheit gegenübergestellt wird.

¹⁰³ Ausführlich *Prélot*, RDP 2012, 473 ff. – Die Rolle des Gesetzes ist dann auch eine der Besonderheiten der DDHC gegenüber ihren amerikanischen Inspirationsquellen (vgl. *Fohlen*, in: La DDHC de 1789, S. 23, 27; grundlegend bereits *Jellinek*, RDP 1902, 385 ff.).

¹⁰⁴ *Janneau*, RDP 1989, 635 (639).

¹⁰⁵ Vgl. *Luchaire*, La protection constitutionnelle des droits et libertés, S. 398.

¹⁰⁶ *Janneau*, RDP 1989, 635 (639).

¹⁰⁷ Für die Pressefreiheit *Muhlmann*, Pouvoirs 2006, 55 (62).

¹⁰⁸ So CC, Entsch. v. 23.8.1985 – Nr. 85-197 DC, Rn. 27 – Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁹ *Oehme*, L'indépendance de l'audiovisuel public, S. 341 Rn. 619. – Bereits *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 98 hat die Pressefreiheit in die zweite Kategorie subjektiver Rechte eingeordnet, die ohne den Staat nicht zu realisieren sind (u. a. neben der Lehrfreiheit) und sah es als Verdienst der DDHC an, sie erstmals formuliert und damit ins Leben gerufen zu haben. Für *Hauriou* ist die Pressefreiheit keine natürliche Freiheit, da sie der staatlichen Organisation bedarf.

¹¹⁰ *Marcangelo-Leos*, Pluralisme et Audiovisuel, S. 101 f.; vgl. *Luchaire*, in: La DDHC et la jurisprudence, S. 223.

¹¹¹ *Genevois*, La jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1986, Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1988, 411 (440).

seiner Sachsen-Anhalt-Entscheidung¹¹² die Sondersituation des Rundfunks mithilfe des Conseils argumentativ unterfüttert. Ob man kritisch von einem Zitier-Zirkelschluss ausgeht oder vielmehr hierin den Ausdruck eines rechtsvergleichenden Dialogs der Verfassungsgerichte, der zur richtigen Anschauung eines Grundrechts geführt hat, sehen mag, ist offen. Richtig ist in jedem Fall, dass eine Übereinstimmung in der tatsächlichen Bedeutung des Rundfunks für die Kommunikationsgrundrechte und die demokratische Willensbildung rechtsvergleichend herausgearbeitet werden kann. Fremdnützige und gemeinwohlbezogene Finalitäten werden sich beim BVerfG gleichsam nachweisen lassen, die es für die Verfassungsgerichte notwendig erscheinen lassen, dem Gesetzgeber weitreichendere Interventionsbefugnisse einzuräumen, als dies für andere Grundrechte weithin akzeptiert wird. Nicht ohne weiteres kann jedoch davon ausgegangen werden, dass deutsche wie französische Grundrechtsdogmatik sich für den Rundfunk schablonenhaft übereinanderlegen lassen.¹¹³ Dafür ist zu vieles beim Conseil und auch beim BVerfG zu unscharf. Insbesondere hat das Gericht die Definition der Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers deutlich weiter vorangetrieben und kategorisiert: durch die Anerkennung einer Ausgestaltungsbefugnis für eine positive Ordnung, die ein aliud zum Grundrechtseingriff ist.¹¹⁴ Die deutsche mediengrundrechtliche Dogmatik ist deshalb wohl besonders, was das bundesverfassungsgerichtliche Korsett für den Rundfunkgesetzgeber anbelangt.¹¹⁵ Die großen Linien des Conseils – (vollständige?) Absorption abwehrrechtlicher Gehalte der Rundfunkfreiheit und Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers – werden sich jedoch auch im deutschen Medienverfassungsrecht nachweisen lassen.

b) Unabhängigkeit des Hochschullehrers

Die Wissenschaftsfreiheit oder die Unabhängigkeit des Hochschullehrers, genau wie die Autonomie der Universität, ist im geschriebenen Verfassungstext nicht adressiert.¹¹⁶ Stattdessen ist die „akademische Freiheit“ eine mehrschichtige Konstruktion. Sie setzt sich aus mehreren Freiheiten und Grundsätzen zusammen. Dem Bauplan fehlt jedoch als strukturierendes Element eine Idee der Universität, die den verfassungsrechtlichen Status formen würde.¹¹⁷ Nicht relevant ist die Lehrfreiheit (*liberté d'enseignement*). Sie ist eine „ungeliebte Freiheit“, die das Nebeneinander von staatlicher und privater (insb. katholischer) Bildung absichert und

¹¹² BVerfG, Beschl. v. 20.7.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 (3113 Rn. 77) – Zustimmung Sachsen-Anhalt.

¹¹³ Vgl. Schellenberg, AöR 119 (1994), 427 (445); Classen, Staatsrecht II, § 10 Rn. 53.

¹¹⁴ So auch der zutreffende Eindruck von Cornils, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 91 Fn. 186.

¹¹⁵ Schellenberg, AöR 119 (1994), 427 (447 f.) hält französische und italienische Ansätze wegen ihrer Flexibilität für vorzugswürdig.

¹¹⁶ Zur Frage nach einer Konstitutionalisierung s. jüngst Touzeil-Divina, Les Petites Affiches v. 30.12.2020, Nr. 261, S. 6.

¹¹⁷ Beaud, Les libertés universitaires à l'abandon?, S. 40 f.

deshalb einen „schweren Stand“ unter den Freiheiten hat.¹¹⁸ Aufgrund dieser Geschichte ist sie nicht um eine Forschungsdimension erweitert und ins universitäre Milieu übertragen worden. Sie ist aber insoweit interessant, als anerkannt ist, dass diese Freiheit final auf die Freiheit der Unterrichteten ausgerichtet ist. Deshalb stehen dem Staat weitreichende Ausgestaltungsbefugnisse zu; er darf diese *liberté publique* sogar mit einem Erlaubnisvorbehalt versehen, um die Freiheit der Eltern und Heranwachsenden zu schützen.¹¹⁹ Für die Wissenschaftsfreiheit hat der Conseil an die „Großen Gesetze der III. République“¹²⁰ angeknüpft, die die französische Universität heutiger Prägung hervorbrachten. Ihnen entnimmt er ein PFRLR.¹²¹ Der Grundrechtsträger ist zwar einem *service public* zugeordnet und könne damit nicht den grundrechtlichen Status des Jedermanns beanspruchen, doch dürfe seine Meinungsfreiheit nur soweit zurückgedrängt werden, wie es der *service public* verlange.¹²² Die Meinungsfreiheit stellt die unterste Schicht einer „*liberté académique*“ dar. Sie wird ergänzt um die ungeschriebene Verfassungsverbürgung.¹²³ Die Konstruktion ist also genuin französischrechtlich, doch inhaltlich ist die Nähe zur bundesverfassungsgerichtlichen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG unübersehbar.¹²⁴ Zum einen wird die persönliche, gegen den Staat gerichtete Unabhängigkeit besonders geschützt; daneben greift aber die institutionelle Unabhängigkeit, die insb. die Professoren gegenüber anderen Akteuren des Universitätslebens schützt.¹²⁵ Die *liberté académique*, verstanden als subjektives Recht, muss von den institutionellen Garantien unterschieden werden.¹²⁶ Gesetzliche Vorschriften, die Professoren der Beurteilung anderer, nicht professoraler Universitätsangehörigen unterwerfen¹²⁷ oder Gremien dergestalt strukturierten, dass sie in die nominelle Minderheit versetzt wurden,¹²⁸ verstießen gegen Verfassungsrecht. Der Conseil untersucht vor allem das Gesetz darauf hin, ob der Gesetzgeber ausreichende gesetzliche Garan-

¹¹⁸ *Rivero*, AJDA 1978, 565 (566); *Couillerot*, RFDA 2019, 909 (910 ff.).

¹¹⁹ *Couillerot*, RFDA 2019, 909 (920).

¹²⁰ Nachweise und zum Einfluss der „deutschen Universität“ *Gaudemet*, RDP 2008, 680 (681 f.).

¹²¹ CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 20 – Loi relative à l’enseignement supérieur; vgl. zu dieser Kategorie am Beispiel des Berufsgeheimnisses Kap. 3, § 1, B., IV., 3., c), aa), (1), S. 308 ff.

¹²² CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 17 – Loi relative à l’enseignement supérieur.

¹²³ Zur Erweiterung über die Statusgruppe der Professoren hinaus *Dargent*, in: *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, RFDC 2011, 281 (284 ff.); *Gohin*, *Politeia*, Nr. 10, 2006, 125 (129); kritisch *Melleray*, D. 2010, 2335 (2336).

¹²⁴ *Gaudemet*, D. 1984 chr. 125 (125). – S. im Vorfeld von BVerfGE 35, 79 – Hochschul-Urteil bereits *Fromont*, RDP 1969, 621 (638) zu den Auswirkungen auf das französische Recht und im Anschluss *ders.*, RDP 1975, 109 (153). – Für eine Darstellung des deutschen Rechts aus vergleichend-französischer Perspektive s. *Grampp*, *Libertés académiques et autonomies des universités en Allemagne*.

¹²⁵ *Gaudemet*, RDP 2008, 680 (687).

¹²⁶ Vgl. *Beaud*, *Les libertés universitaires à l’abandon?*, S. 44 f.

¹²⁷ Zustimmend *Touzeil-Divina*, *Gaz. Pal.* v. 9.9.2010, Nr. 252, S. 14.

¹²⁸ CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 26 ff. – Loi relative à l’enseignement supérieur.

tionen zur Unabhängigkeitssicherung vorgesehen hat.¹²⁹ Die institutionelle Dimension der Unabhängigkeitsgarantie steht deshalb zumeist im Vordergrund. Für direkte staatliche Eingriffe mobilisiert der Conseil, wie bei der Rundfunkfreiheit, stattdessen die Meinungsfreiheit des Art. 11 DDHC, die dem Wissenschaftler eine freie Kommunikation seiner Ideen vermittelt.¹³⁰ Finanzielle „Belohnungen“ für Publikationen in französischer Sprache wurden deshalb für nichtig erklärt.¹³¹ Subjektive Gehalte entspringen also nur der allgemeinen Meinungsfreiheit, während die organisatorischen und verfahrensmäßigen Vorschriften sich an der objektiv-rechtlichen Garantie messen lassen müssen. Diese Freiheit findet ihre Grenze aber auch ihre Grundlage im *service public*. Freiheit und Pflicht stehen in einem direkten wechselseitigen Verhältnis.¹³² Denn ohne die unabhängige und freie Lehre kann der *service public* nicht zum Nutzen seiner „Nutzer“ funktionieren. *Beaud* hat deshalb zurecht die funktionale Dimension dieser Unabhängigkeitsgarantie betont.¹³³ Die Bedürfnisse des *service public* treten hier nicht als Grenze für den Freiheitsgebrauch an das Grundrecht von außen heran, sondern sie verstärken es. Wer die Unabhängigkeit des Hochschullehrers verkürzt, beeinträchtigt zwingend auch die Funktionsweise des *service public*. Diese verfassungsrechtliche Konstruktion, maßgeblich geprägt durch den damaligen Berichterstatter *Vedel*,¹³⁴ scheint in der jüngeren Judikatur nicht mehr die gleiche Strahlkraft aufzuweisen wie noch früher. Der Conseil, unbeeindruckt durch vehemente Kritik im Schrifttum¹³⁵, hat sukzessive hingenommen, dass der Gesetzgeber Garantien für die Unabhängigkeit bei Hochschulreformen aufgeweicht hat. Für das Ernennungsverfahren genügt nun, dass Professoren „soient associés au choix de leurs pairs“.¹³⁶ Auch die nationale Instanz, die die wissenschaftliche wie charakterliche Eignung der Kandidaten evaluieren sollte, um „localisme“ und Hausberufungen zu verhindern, wurde nicht als wesentliche Garantie der Unabhängigkeit verstanden.¹³⁷ Die Entscheidung bringt bedenklich zum Ausdruck, dass fachliche Qualität keine Voraussetzung für die Un-

¹²⁹ CC, Entsch. v. 28.7.1993 – Nr. 93-322 DC, Rn. 12 – Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

¹³⁰ *Touzeil-Divina*, Gaz. Pal. v. 9.9.2010, Nr. 252, S. 14.

¹³¹ CC, Entsch. v. 29.7.1994 – Nr. 94-345 DC, Rn. 24 – Loi relative à l’emploi de la langue française.

¹³² *Gohin*, Politeia, Nr. 10, 2006, 125 (133 f.).

¹³³ *Beaud*, Les libertés universitaires à l’abandon, S. 135 f.; zur Parallele mit der anwaltlichen Freiheit ausdrücklich *ders.*, D. 2021, 2081.

¹³⁴ Vgl. Les Grandes Délibérations du Conseil Constitutionnel 1958–1986, Einführung in die 5. Periode: 1983–1986, S. 485 Rn. 65.

¹³⁵ Vor allem *Beaud*, Les libertés universitaires à l’abandon?.

¹³⁶ CC, Entsch. v. 6.8.2010 – Nr. 2010-20/21 QPC, Rn. 6 – M. Jean C. et autres (Loi Université); äußerst kritisch *Melleray*, D. 2010, 2335 ff.; *Beaud*, Les libertés universitaires à l’abandon, S. 285 ff.; *Touzeil-Divina*, Gaz. Pal. v. 9.9.2010, Nr. 252, S. 14; *Dargent*, in: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2011, 281 (284 ff.).

¹³⁷ CC, Entsch. v. 21.12.2020 – Nr. 2020-810 DC, Rn. 8 – Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l’enseignement supérieur; kritische Besprechung bei *Bonnet/Gahdoun*, AJDA 2021, 553 ff.

abhängigkeit der Amtsführung ist.¹³⁸ Wenn diese ihre Daseinsberechtigung gerade im *service public*, der Forschung wie Lehre umfasst, ist dies unzutreffend. Eine Rekrutierung, die andere als fachliche Gesichtspunkte erlaubt, kollidiert mit den Bedürfnissen des *service public* und ist unvereinbar mit der notwendigen Unabhängigkeit.

III. *Fremdnützige anwaltliche Grundrechte*

Bei der anwaltlichen Freiheit kommt der sozialen Funktion eine große Bedeutung zu. Sie ist der Grund für die zurückhaltende Anerkennung eines subjektiven wirtschaftlichen Grundrechts, das gegen den Gesetzgeber gewendet werden kann (dazu unter 1.). Die Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel, der Cour de Cassation und des Conseil d'État versucht, diese soziale Funktion abzubilden (dazu unter 2.). Im Ergebnis ist die anwaltliche Freiheit näher an der *liberté publique* als am *droit fondamental* (dazu unter 3.).

1. *Soziale Funktion der anwaltlichen Freiheit*

Mollet schrieb in seinem Werk über die Profession des *Avocats*, dass diese eingerichtet worden sei „pour aider à l'administration de la justice et pour la défense de tous les droits“.¹³⁹ Die soziale Funktion der anwaltlichen Freiheit¹⁴⁰ besteht darin, dass durch die anwaltliche Beratung und Vertretung der Einzelne überhaupt in die Lage versetzt wird, seine Rechte und damit seine Interessen zu verteidigen und durchzusetzen.¹⁴¹ Seine soziale Funktion bezieht sich also auf seinen Mandanten, der mitbegünstigt wird durch die anwaltliche freie Berufsausübung. Dies sieht man daran, dass die französische wie die deutsche Rechtsordnung den negativen Freiheitsgebrauch durch den *Avocat* zwar grundsätzlich hinnehmen, in bestimmten Situationen diesen aber zum Tätigwerden verpflichten (bspw. bei der *commission d'office*),¹⁴² und antisoziales Verhalten (bspw. Bruch der Verschwiegenheit oder Vertretung widerstreitender Interessen) streng sanktionieren. Art. 21.1.1 RIN, Teil der CCBE-Regeln, der durch den Rechtsanwendungsbefehl des Art. 21 Abs. 3 RIN nationales Berufsrecht darstellt, bestimmt dann auch: „Der Rechtsanwalt hat dafür Sorge zu tragen, dass sowohl der Rechtsstaat als auch die Interessen des Rechtsuchenden, dessen Rechte und Freiheiten er vertritt, gewahrt werden.“ Darüber hinaus ist er ein „wesentliches Mittel zur Verteidigung der Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat und Interessengruppen“. Art. 719 CPP räumt dem *Bâtonnier* im Bezirk, in dem er den *Ordre* leitet, das Recht ein, jederzeit Örtlichkeiten,

¹³⁸ *Bonnet/Gahdoun*, AJDA 2021, 553 (555).

¹³⁹ *Mollet*, Règles sur la profession d'avocat, S. 77.

¹⁴⁰ Ausdrücklich *J. Savatier*, La profession libérale, S. 43.

¹⁴¹ Vgl. *Noto-Jafféux*, L'indépendance de l'avocat, S. 101 Rn. 62.

¹⁴² Den gesetzlich angeordneten „Arbeitszwang“ sieht *Duguít*, Transformations générales du droit privé, S. 36 als Ausdruck der Abkehr von einer subjektiven Freiheit und der Dominanz der sozialen Funktion.

an denen freiheitsentziehende Maßnahmen vollzogen werden, aufzusuchen. Die der Selbstverwaltung durch Gesetz zugewiesene Aufgabe hat keinen Mitgliederbezug. Denn nur weil manche (nicht alle!) Anwälte berufsbedingt mit diesen Örtlichkeiten „in Berührung kommen“, handelt es sich nicht um eine Aufgabe, bei der die Anwälte im rechtlichen Sinne betroffen sind. Die Aufgabe der Aufsicht über die Behörden, die solche Einrichtungen betreiben (bspw. Polizei, Gendarmerie, Grenzschutz und Strafvollzugsbehörde), ist eine staatliche Aufgabe. Das deutsche Recht kennt einen solchen „übertragenen Wirkungskreis“ der funktionalen Selbstverwaltung nur punktuell: So wirken die sich selbst verwaltenden Universitäten an Staatsprüfungen mit oder die Landwirtschaftskammern bei der Subventionsvergabe.¹⁴³ Art. 719 CPP erklärt sich dadurch, dass die anwaltliche Selbstverwaltung über das gesamte Staatsgebiet verteilt ist, so dass eine flächendeckende Kontrolle der (vielfach kaum mit der Menschenwürde zu vereinbarenden)¹⁴⁴ Bedingungen im Strafvollzug gewährleistet werden kann. Es ist aber doch überraschend, dass die *Bâtonniers* Abgeordneten¹⁴⁵ beider Kammern in ihrer Kontrollfunktion gleichgestellt werden. Wie die Abgeordneten die Wähler vertreten, scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass sie die *justiciables*, also jene, die der Gerichtsgewalt unterliegen, vertreten. Der *Avocat* und sein *Ordre* sind also eine véritable *contre-pouvoir* gegenüber dem Justizminister und den Magistraten, um die Freiheiten des Einzelnen bereits präventiv zu verteidigen.¹⁴⁶ Die soziale Funktion im Einzelfall ist im Verfassungsrecht durch den *Conseil Constitutionnel* anerkannt: Egal in welcher Teilkomponente betroffen, Art. 16 DDHC verbürgt das Recht auf anwaltlichen Beistand.¹⁴⁷ Freiheit realisiert sich durch den *Avocat*, er ist ein Instrument zur Gestaltung eines freiheitlichen Gerichtsverfahrens. Die anwaltliche Berufsfreiheit kennzeichnet sich also durch eine ihr eigene Zuordnung der drei von *Hauriou* identifizierten Elemente jedes Rechts: Interessen, Macht und die soziale Funktion.¹⁴⁸ Wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die soziale Funktion entweder zu bedeutend ist oder sich nicht im „*jeu de la liberté*“ von allein durchsetzt, dann muss er sie schützen. Im geltenden Recht geht der Gesetzgeber davon aus, dass seine Regulierung notwendig ist. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Funktion in Art. 16 DDHC und in der *bonne administration de la justice* rückt die anwaltliche Berufsfreiheit in die Nähe der *liberté civique*. Deren Merkmal ist ja gerade die Mitrealisierung des Gemeinwohls durch den Freiheitsgebrauch ist. Hingabe zur öffentlichen Aufgabe durch unabhängige Berufsausübung ist historisch und

¹⁴³ S. hierzu *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, in: HdB VerwR III, § 65 Rn. 62 ff.

¹⁴⁴ S. bereits CE, Beschl. v. 28.7.2017 – Nr. 410677 – *Maison d'arrêt de Fresnes*, mit dem die Justizvollzugsverwaltung zu umfangreichen „Renovierungsarbeiten“ verpflichtet wurde, u. a. um „schädliche Tiere“ zu entfernen.

¹⁴⁵ Wohl nur in Brandenburg ausdrücklich für Landtagsabgeordnete in der Verfassung geregelt (vgl. Art. 56 Abs. 3 S. 1 BbgVerf): BbgVerfG, Urt. v. 28.7.2008 – VfGBbg 53/06.

¹⁴⁶ S. hierzu auch *Assier-Andrieu*, *Les Avocats*, S. 32 ff., der die Verbundenheit der Anwaltschaft zur demokratischen Organisation ihrer „*identité culturelle*“ zuordnet.

¹⁴⁷ Vgl. hierzu Kap. 1, § 4, S. 113 ff.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., II., 1., S. 218 ff.

identitätsprägend bis heute das Wesensmerkmal der Profession.¹⁴⁹ Der engmaschige Rahmen des Gesetzgebers, Ordnungsgebers und der Selbstverwaltung dient der Aufrechterhaltung dieser sozialen Funktion. Die déontologie adressiert gerade – präventiv wie repressiv – die Folgen antisozialen und funktionswidrigen Verhaltens.¹⁵⁰

2. Funktionalisierung in der Rechtsprechung

Die französischen Höchstgerichte haben eine überraschende Konvergenz bei der grundsätzlichen Anschauung über die anwaltlichen Grundrechte gezeigt. Mag das konkret gefundene Ergebnis überzeugen oder auch nicht (Cour de Cassation), bleibt die Konstruktion gleichsam zutreffend.

a) des Conseil Constitutionnel (Nachweis von Kenntnissen)

Eine Verletzung der Berufsfreiheit aufgrund der gesetzgeberischen Anordnung von Kenntnis- oder Erfahrungsnachweisen für ausländisch ausgebildete Anwälte (Art. 11 des Gesetzes v. 31.12.1972) – eine Frage, der die vorliegende Cour de Cassation immerhin noch einen „caractère sérieux“ zusprach¹⁵¹ – wurde unter Hinweis auf die Schutzpflicht für Art. 16 DDHC zurückgewiesen. Dass das wirtschaftliche Grundrecht aus Art. 4 DDHC sich strukturell nicht gegen Art. 16 DDHC durchsetzen kann, wurde auch in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung um die „Loi Macron“ über die reglementierten Berufe deutlich. Hier war jedoch der auch von Art. 16 DDHC geschützte Zugang zur Rechtspflege betroffen. Diesen durch Konkurrenzschutz zu erschweren, sei nicht ratio des Art. 4 DDHC.¹⁵²

aa) Berufsrechtlicher Rahmen

Verfassungsrechtlich stand die Frage im Raum, ob das französische Recht zu hohe Hürden aufstellt, um Juristen aus dem EU-Ausland in einer französischen Kammer zuzulassen. Der Rechtsrahmen der Auseinandersetzung zwischen einem Juristen, der mehrere Jahre für eine belgische Gewerkschaft tätig war, und dem Barreau de Grasse ist durch das Zusammenspiel von Unionsrecht, Gesetzes- und Verordnungsrecht sehr komplex.¹⁵³ Die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Sekundär- und Primärrecht wurde nicht gerügt.¹⁵⁴ Konkret wird für Juristen, die nicht

¹⁴⁹ Ausdrücklich *Karpik*, *Les Avocats*, S. 105; s. auch *Damien*, *Avocats*, in: *Dictionnaire de la culture juridique*, S. 118 f.

¹⁵⁰ In diese Richtung auch *Damien*, *Avocats*, in: *Dictionnaire de la culture juridique*, S. 118 f.

¹⁵¹ Cass. Civ. I, Beschl. v. 4.5.2016 – Nr. 14.25–800.

¹⁵² *Pez*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 91.

¹⁵³ Die Hälfte des offiziellen Kommentars (6 Seiten/12 Seiten) ist der Darstellung des einfachen Rechts gewidmet.

¹⁵⁴ Die Ausnahme im französischen Recht für Angehörige des öffentlichen französischen Dienstes, die nicht für ein Mitglied des öffentlichen Dienstes der EU greift, erklärte EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-218/19 – Onofrei für mit Art. 45, 49 AEUV unvereinbar. – Der

als Rechtsanwalt in ihrem Heimatmitgliedstaat juristisch tätig waren, das *certificat d'apititude à la profession d'avocat (CAPA)* verlangt, wie von französischen Juristen auch. Eine Rückausnahme besteht aber dann, wenn *in Frankreich* bestimmte Berufe und Tätigkeiten ausgeübt wurden – Notare, Gerichtsvollzieher, Greffier, bestimmte Beamte etc., aber auch Juristen, die eine bestimmte Dauer für eine Gewerkschaft tätig waren. Für diese Berufsgruppen gilt nur das Erfordernis eines Diploms, das der *maîtrise en droit* entspricht und eine bestandene Überprüfung ihrer berufsrechtlichen Kenntnisse. Der Kläger des Hauptverfahrens übte zwar als Gewerkschaftsjurist eine berufliche Tätigkeit aus, die grundsätzlich geeignet ist, vom CAPA dispensiert zu werden. Allerdings übte er diese *in Belgien* aus. Deshalb blieb seine Klage auf Zulassung in den Tatsacheninstanzen erfolglos. Die *Cour de Cassation*¹⁵⁵ hielt aber, neben anderen, die Frage für „sérieux“, ob das französische Recht, „en ce qu'il subordonne le droit d'accès à la profession d'avocat par voie dérogatoire, à un critère de territorialité, méconnaît-il la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, telle qu'elle découle de la liberté d'entreprise résultant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen?“

bb) Konzept dienender Freiheit

Der *Conseil Constitutionnel*¹⁵⁶ hat keine Schwierigkeiten, zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des Art. 11 des Gesetzes v. 31.12.1971 zu gelangen. Für ihn verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, theoretische wie praktische Anschauungen über das französische Recht sicherzustellen, um äquivalente Kenntnisse zur französischen Anwaltsausbildung sicherzustellen. Nachdem er seine klassischen Maßstäbe zur *liberté d'entreprendre* entfaltet hat, wendet er sich dem Art. 16 DDHC zu, der eigentlich Fixpunkt seiner Erörterung ist. Folgende Passage zeigt dies: „En vertu de la loi du 31 décembre 1971, la profession d'avocat dispose, sauf exceptions, du monopole de l'assistance et de la représentation en justice. Par conséquent, il incombe au législateur, lorsqu'il fixe les conditions d'accès à cette profession, de déterminer les garanties fondamentales permettant d'assurer le respect des droits de la défense et de la liberté d'entreprendre.“¹⁵⁷ Bereits die Perspektive fällt aus; nicht das als verletzt gerügte Grundrecht, sondern der Respekt der *droits de la défense* wird als Ziel zuerst genannt.

EuGH ist der Auffassung, dass es eine plausible Annahme ist, dass eine Verwaltungstätigkeit in Frankreich französische Rechtskenntnisse vermittelt, allerdings durfte der französische Gesetzgeber nicht pauschal davon ausgehen, dass sich französische Rechtskenntnisse nur im französischen und nicht auch in einem sonstigen öffentlichen Dienst, wie dem der EU, erwerben lassen.

¹⁵⁵ Cass. Civ. I, Beschl. v. 4.5.2016 – Nr. 14.25–800.

¹⁵⁶ CC, Entsch. v. 6.7.2016 – Nr. 2016-551 QPC – M. Éric B. (Conditions tenant à l'exercice de certaines fonctions ou activités en France pour l'accès à la profession d'avocat).

¹⁵⁷ CC, Entsch. v. 6.7.2016 – Nr. 2016-551 QPC, Rn. 7 – M. Éric B. (Conditions tenant à l'exercice de certaines fonctions ou activités en France pour l'accès à la profession d'avocat).

Art. 34 Verf. 1958 i. V. m. Art. 16 DDHC: Wie bei anderen dienenden Grundrechten spielt Art. 34 Verf. 1958 eine Schlüsselrolle, der den Gesetzgeber zur Ausgestaltung ermächtigt.¹⁵⁸ Der Conseil konzipiert seine dienende Freiheit vom (nicht umfassenden) Monopol der Anwaltschaft aus, das im Ergebnis eine besondere Schutzverantwortung des Gesetzgebers zur Folge hat. Dies entspricht einem Ansatz, den das BVerfG früh beim Freien Berufen der Hebamme verfolgt hat: Gerade weil der Dienstleistungsempfänger auf den Berufsträger im Rahmen der Daseinsvorsorge angewiesen ist, trägt der Staat die Verantwortung, die Leistungsfähigkeit der Berufsträger sicherzustellen.¹⁵⁹ Damit ist die Ausgestaltung des anwaltlichen Berufsrechts von besonderer Bedeutung, um die Prozessgrundrechte des Art. 16 DDHC, wie es Art. 34 Verf. 1958 aufgibt, wirksam zu schützen; der Gesetzgeber muss spezifische Garantien im Berufsrecht vorsehen, damit die Grundrechte aus Art. 16 DDHC nicht leerlaufen oder sich als ineffektiv herausstellen.¹⁶⁰ Zugleich muss er auch die unternehmerische Freiheit aus Art. 4 DDHC bei der Ausgestaltung berücksichtigen. Der erste Pflock ist also die Bedeutung des Berufsrechts als einfachgesetzliches Kondensat der Prozessgrundrechte; der Gesetzgeber übersetzt diese durch das Berufsrecht in das einfache Recht. Der zweite Pflock ist seine Feststellung (oder Behauptung?), dass der Eingriff in Art. 4 DDHC keine hohe Intensität für den Interessenten habe, da der allgemeine Zugang zur Anwaltschaft offenstehe und es nur um ein Ausnahmeregime gehe.¹⁶¹ Der Conseil scheint dem Antragsteller vorzuwerfen, er wolle seinen Rechtskreis erweitern und nicht einen Eingriff in selbigen abwehren, da er verlange, dass eine Begünstigung auch auf ihn erstreckt werde. Eine klassische Eingriffsperspektive sieht er also nicht.

Einschätzungsprärogative beim Ausgleich mit der unternehmerischen Freiheit: Aus diesem verfassungsrechtlichen Koordinatennetz – Art. 34 Verf. 1958, Art. 16 und 4 DDHC – folgt, dass im vorliegenden Fall der Gesetzgeber „des mesures propres à assurer une conciliation qui n’est pas manifestement déséquilibrée entre le respect de la liberté d’entreprendre et le respect des droits de la défense garantis par l’article 16 de la Constitution“ getroffen hat. Begrifflich geht es um eine conciliation, eine Zuordnung der beiden grundrechtlich Positionen und diese Zuordnung darf nicht „manifestement déséquilibrée“, also offensichtlich unausgewogen, ausfallen. Dem Gesetzgeber kommt also im Rahmen des Art. 34 Verf. 1958 ein Spielraum zu, den der Conseil nicht überprüft.¹⁶²

¹⁵⁸ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., II., 1., S. 254 ff.

¹⁵⁹ BVerfGE 9, 338 (347) – Hebammenaltersgrenze.

¹⁶⁰ Deutlich auch in CC, Entsch. v. 15.4.2021 – Nr. 2021-292 L, Rn. 2 – Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi Nr. 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques: Der Conseil verwehrt es der Regierung, die Dauer der Ausbildung und die Voraussetzung einer Maîtrise zu ändern, weil dies nach Art. 34 Verf. 1958 nur der Gesetzgeber dürfe. Hingegen dürfe die Regierung den Zugang zur Anwaltsschule für Doktoren ändern.

¹⁶¹ CC, Entsch. v. 6.7.2016 – Nr. 2016-551 QPC, Rn. 11 – M. Éric B. (Conditions tenant à l’exercice de certaines fonctions ou activités en France pour l’accès à la profession d’avocat).

¹⁶² S. bspw. CC, Entsch. v. 16.6.2017 – Nr. 2017-638 QPC, Rn. 7 – M. Gérald S. (Sursis d’im-

cc) Zutreffende Ableitungen aus dem Konzept der dienenden Freiheit

Die Entscheidung überzeugt und lässt, untypisch für den Conseil, eine dogmatische Anschauung der anwaltlichen Grundrechte erkennen. Sie legt offen, dass der Conseil gesetzgeberische Vorschriften im Berufsrecht der Rechtsanwälte differenzierten Regimen unterwirft, je nachdem, ob der Gesetzgeber damit nach Art. 34 Verf. 1958 den Schutz der Prozessgrundrechte des Art. 16 DDHC bezweckt oder andere, rechtenschutzfremde Motive seine Regulierung der anwaltlichen Berufsausübung leiten. Bei einem derartigen Verständnis der anwaltlichen Tätigkeit als Grundlage der Justizgrundrechte kann der Nachweis von Kenntnissen im französischen Recht keine volle Rechtfertigungsprüfung einleiten. Vielmehr hält der Conseil dem Gesetzgeber zugute, dass er die Voraussetzungen des Art. 16 DDHC im einfachen Recht sichert. Das Voraussetzen juristischer Kenntnisse durch den Gesetzgeber ist kein Eingriff in eine unbeschränkte Freiheit – die Art. 4 DDHC sowieso nicht verbürgt – sondern der Gesetzgeber würde eine *incompétence négative* (Art. 34 Verf. 1958) begehen, wenn er juristische Dienstleistungen ohne Kenntnissnachweis tolerieren würde.¹⁶³

b) der Cour de Cassation (Religiöse Zeichen)

aa) Vorgeschichte und berufsrechtlicher Rahmen

Die Robe der französischen Avocats geht nicht auf die katholische Ordenstradition der Anwaltschaft zurück, sondern findet als säkulare Kleidung ihren Ursprung im mittelalterlichen Italien.¹⁶⁴ Während des Ancien Régime waren es die Magistrate, die das Tragen der Robe verpflichtend machten. Waren diese in roter Robe und Hermelinmantel gekleidet, musste um des Respekts willen vor der richterlichen, vom König abgeleiteten Funktion die Robe des Anwalts zurückhaltend sein.¹⁶⁵ Nach der Revolution wurde ihr Tragen wieder durch Napoléon I angeordnet.¹⁶⁶ Die Frage, ob Anwältinnen ein Kopftuch zur Robe tragen dürfen, ist in Frankreich nicht nur bei Sitzungen, sondern auch bei der feierlichen *rentrée* der Gerichte und der Eidesleistung vor der Cour d'appel¹⁶⁷ Anlass zur berufspolitischen Auseinandersetzung geworden. Ob zur Robe, auch durch Anwältinnen, eine Kopfbedeckung getragen werden darf, ist freilich überraschend zu einer (verfassungs-)recht-

position en cas d'échanges de titres avec soulté), wo er ausführt, dass, „le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement“; s. auch *Bockel*, in: *Études Hamon*, S. 50.

¹⁶³ Vgl. zur gesetzgeberischen Ausgestaltung Kap. 3, § 1, B., S. 252 ff.

¹⁶⁴ *Piau*, *Gaz. Pal.* v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 21; *Touzeil-Divina*, in: *Napoléon et le droit*, S. 174.

¹⁶⁵ *Touzeil-Divina*, in: *Napoléon et le droit*, S. 175.

¹⁶⁶ S. hierzu *Julien*, *Gaz. Pal.* v. 16.3.2004, Nr. 76, S. 2.; *Touzeil-Divina*, in: *Napoléon et le droit*, S. 174 ff.

¹⁶⁷ Mit einem soweit ersichtlich unveröffentlichten Beschl. v. 15.11.2003 soll die Cour d'appel Nancy einen Beschluss bestätigt haben, der die Ablegung des (kleinen) Eides einer Kandidatin verweigerte, weil sie ein Kopftuch trug. Justizminister Perben soll gegen das Ablegen des Eides gerichtlich vorgegangen sein (*van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 506).

lichen Diskussion ausgeartet. Denn auch wenn es außerhalb zeremonieller Anlässe (oder Beerdigungen) nicht mehr üblich ist, ist es französischen Anwälten stets erlaubt, eine *toque* zu tragen.¹⁶⁸ Wer die auch in Deutschland verbreiteten Karikaturen Daumiers über den französischen Gerichtsalltag einmal gesehen hat, sieht das Bild der bedeckt plädierenden Anwälte vor sich. Die *toque* wurde als Alternative zu einem Kopftuch von Anwältinnen getragen, um so Konflikte mit Richtern und anderen *Avocats* gesichtswahrend für alle beizulegen. Hieraufhin erklärte aber die *Conférence des Bâtonniers* lakonisch, dass das Tragen der *toque* heutzutage obsolet geworden sei. Rechtlich ist dies höchst zweifelhaft, denn der *arrêté des consuls du 2 nivôse an XI* sieht neben der über der Schulter getragenen *épitoge* zur Robe auch die *toque* vor. Die Gründe für diese juristisch nur schwer nachvollziehbare Lösung sind offenkundig.¹⁶⁹ Wenige Anwältinnen an der Kopfbedeckung zu hindern, weil sie es aus religiösen Motiven tun, ist ein banaler Anlass, denn das Recht, mit bedecktem Haupt zu plädieren, ist seit dem 18. Jahrhundert ein Symbol der anwaltlichen Unabhängigkeit.¹⁷⁰ Ein Verbot des Tragens von religiösen, philosophischen oder politischen Zeichen zur Robe konnte auf nationaler Ebene trotz vermehrter Initiativen der verschiedenen Institutionen nicht erreicht werden. Ein Gutachten des Berufsrechtsausschusses im CNB wurde zurückgehalten und vom CNB vielmehr die Antidiskriminierungsbehörde *Défenseur des Droits* angerufen. Die *Conférence des Bâtonniers* nahm dies zum Anlass, selbst eine Resolution für ein solches Verbot zu verfassen. Die Pariser Selbstverwaltung ergänzte daraufhin Art. P 33 im *règlement intérieur*¹⁷¹ und der *Conseil de l'ordre* in Lille hat durch Beschluss,¹⁷² aufgrund seiner allgemeinen Aufgabenzuweisung, Angelegenheiten, die die Profession betreffen zu behandeln, festgelegt, dass zur Robe kein *Avocat* ein religiöses, politisches oder philosophisches Zeichen tragen darf. Denn die Robe diene dazu, dass der Anwalt alles Persönliche ablege und seine Funktion im Mittelpunkt stehe. Eben jener Beschluss aus Lille wurde vor den ordentlichen Gerichten angefochten (Art. 19 des Gesetzes v. 31.12.1971). War die berufsrechtliche Ausgangssituation an sich schon heraus unübersichtlich durch die verschiedenen, konträre Auffassungen vertretenden Institutionen auf nationaler wie regionaler Ebene, geriet die Angelegenheit durch die Verknüpfung mit einer anderen Streitigkeit vollends zum berufsrechtlichen Aufregerthema. Denn der *Ordre* in Toulouse hatte durch sein *règlement intérieur* verboten, dass Anwälte zur Robe das Abzeichen der Ehrenlegion tragen dürfen.¹⁷³ Die *Cour de Cassation* annullierte dieses Verbot auf Antrag eines Mitglieds der Ehrenlegion,¹⁷⁴ da der *Code militaire* das Tragen

¹⁶⁸ *Revet et al.*, *Déontologie*, S. 204 Rn. 427.

¹⁶⁹ *Villacèque*, *Gaz. Pal.* v. 6.10.2020, Nr. 34, S. 41.

¹⁷⁰ *Leuwers*, *L'invention du barreau français*, S. 122.

¹⁷¹ *Code de déontologie Paris*, Art. P.33 RIN Nr. 1.

¹⁷² *Délibération* v. 24.6.2019; mitgeteilt durch den *Bâtonnier* am 29.6.2019.

¹⁷³ *S. Beignier*, *JCP G* 2018, 1336 zur gewandelten Praxis der Aufnahme von Anwälten, insbesondere von Kammervorsitzenden, in die Ehrenlegion. – Nach früherer Tradition durfte kein Anwalt in einem anderen Orden Mitglied sein.

¹⁷⁴ *Cass. Civ. I*, *Urt.* v. 24.10.2018 – Nr. 17-26.166.

für Mitglieder der Ehrenlegion mit einem *costume professionnel* – wozu die Robe zähle – verpflichtend macht. Die Erste Zivilkammer sieht keine Verletzung des Gleichheitssatzes und der Justizgrundrechte. Die Gleichheit zwischen den Anwälten werde durch das Tragen des Abzeichens nicht verletzt, so dass auch die Gleichheit der Parteien und die Waffengleichheit zwischen ihnen nicht durch das Tragen der Abzeichen berührt seien. Eine Begründung findet man in der Entscheidung nicht. Man kann eine solche darin sehen, dass die Natur einer Mitgliedschaft in der Ehrenlegion oder anderen Orden zusätzliche Pflichten für den Ausgezeichneten begründen, woran ihn die Abzeichen erinnern sollen.¹⁷⁵ Es gehe also gar nicht darum, den Ausgezeichneten über die Nichtausgezeichneten zu erheben. Es war aber naheliegend, dass die Kritiker der „Kopftuch“-Regelungen in Lille auf die vermeintliche Inkohärenz hinwiesen. Im Ergebnis gilt bei der Frage der Mitgliedschaft in der Ehrenlegion jedoch, dass die Frage nicht grundrechtlich radiziert ist, sondern der „Sinn und Zweck staatlicher Ehrungen und das Verhältnis der Anwaltschaft hierzu“¹⁷⁶ ausgelotet werden müssen. Staatliche Auszeichnungen für Rechtsanwälte sind in Deutschland dann auch, wie das Beispiel des in Rheinland-Pfalz und im Saarland anzutreffenden „Justizrates“ zeigt, weniger ein berufsrechtliches, denn ein berufspolitisches Thema.¹⁷⁷ Ein Verbot von religiösen Zeichen hingegen ist, soweit ersichtlich, in Deutschland nicht für Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen diskutiert worden.¹⁷⁸ In den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich wurden solche Vorhaben verworfen und nur die belgische Selbstverwaltung entschied sich für ein Verbot.¹⁷⁹

bb) Überzeugendes Konzept dienender Freiheit

Die Cour de Cassation¹⁸⁰ hat den Beschluss der Selbstverwaltung in Lille in wenigen Randnummern als mit dem Gesetz v. 31.12.1971, der DDHC, der EMKR und der GRCh für vereinbar erklärt. Die Robe als „Amtstracht“ der Profession habe einen derart engen Bezug zur Profession als solche, dass ihre Regelung in die Aufgabe des örtlichen *Conseils de l'ordre* falle. Über das grundrechtliche Erfordernis

¹⁷⁵ *Beignier*, JCP G 2018, 1336.

¹⁷⁶ v. *Lewinski*, BRAK-Mitt. 2022, 39; so letztlich auch die Ausgangsprämisse von *Beignier*, JCP G 2018, 1336.

¹⁷⁷ S. die Erwiderung von v. *Lewinski*, BRAK-Mitt. 2022, 39 auf *Möllers*, BRAK-Mitt. 2021, 336 ff.; s. auch v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 68a f.

¹⁷⁸ Soweit im deutschen berufsrechtlichen Schrifttum die Frage aufgeworfen wird, wird die Kombination von Robe und Kopftuch uneingeschränkt bei Rechtsanwältinnen für zulässig gehalten (v. *Lewinski*, *Berufsrecht*, 5. Aufl., S. 136 Rn. 67). – Über einen Fall aus Berlin, wo ein Richter des AG Berlin-Mitte einer Rechtsanwältin das Tragen des Kopftuches (wohl sitzungspolizeilich) untersagen wollte, berichtete im Jahr 2003 die TAZ (<https://taz.de/Gleichbehandlungsgesetz-missachtet/!5058832/>). Hier konnte die Rechtsanwältin jedoch auf die Unterstützung der Rechtsanwaltskammer Berlin zählen. – *Classen*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 62 (2017), 111 (114) stellt insgesamt fest, dass die französischen Debatten über Kleidervorschriften in Deutschland nur sehr schwer vorstellbar wären.

¹⁷⁹ Überblick bei *van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 505 f.

¹⁸⁰ Cass. Civ. I., Urt. v. 2.3.2022 – Nr. 20-20.185.

einer gesetzlichen Befugnis zum Eingriff huscht die Erste Zivilkammer hinweg und verweist nur darauf, dass nach „article 3 de la loi du 31 décembre 1971 précitée, les avocats sont des auxiliaires de justice qui prêtent serment d’exercer leurs fonctions notamment avec indépendance et qui revêtent, dans l’exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession, défini par l’arrêté des consuls du 2 nivôse an XI.“¹⁸¹ Der Status als *auxiliaire de justice* und die gesetzliche Festlegung, dass sie bei ihrer Tätigkeit die Robe tragen, genügt der Cour de Cassation also, um die Freiheit des religiösen Bekenntnisses dem Zugriff der Selbstverwaltung auszusetzen.

Verfassungsrechtlich vorgeformte Abwägung: Die Grundrechtsprüfung der Cour d’appel de Douai¹⁸² tendierte stark zu einem prinzipiellen Grundrechtsausschluss für den Avocat. Dafür spricht die Beschreibung der Religionsfreiheit der klagenden Anwältin als eine „liberté [...] devant céder, lorsqu’elle intervient comme auxiliaire de justice, concourant au service public de la justice, devant la protection des droits et la liberté du justiciable“. Das Berufungsgericht verwendet das Verb *céder*, das man durchaus dergestalt verstehen kann, dass das Gericht von einem „Weichen“ der Grundrechte der Anwältin vor jenen des Rechtsuchenden ausgeht, sobald die Anwältin zum *service public de la justice* beiträgt. Dieser Eindruck wird relativiert dadurch, dass das Gericht eine Grundrechtsprüfung antäuscht und schlicht behauptet, das Ziel der Regelung sei legitim und die Pflicht verhältnismäßig. Ein absoluter Vorrang vor den Grundrechten des Mandanten ist jedenfalls angelegt, wenn nicht sogar ein vollständiger Ausschluss der Grundrechte. Jedenfalls denkt die Cour d’appel nicht in Bahnen einer conciliation. Diesen quasi-grundrechtsexkludierenden Ansatz hat die Erste Zivilkammer zwar referiert und dem Berufungsgericht bescheinigt, zutreffend entschieden zu haben, sich dann aber für eine eigene weniger radikalere Maßstabbildung entschieden. Aber auch ihre Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nur angedeutet. Die Cour de Cassation hält lakonisch fest, dass die Vorschrift „nécessaire afin de parvenir au but légitime poursuivi, à savoir protéger l’indépendance de l’avocat et assurer le droit à un procès équitable, mais était aussi, hors toute discrimination, adéquate et proportionnée à l’objectif recherché“¹⁸³ war.

Ausrichtung der Grundrechte des Anwalts auf die des Mandanten: Beide Gerichte haben in den Mittelpunkt gleichheitsrechtliche Erwägungen gestellt. Die Robe als *costume uniforme* diene dazu, alles was den Avocat als Person ausmache, zurücktreten zu lassen. Die Robe bewirkt durch die äußerliche Gleichheit der Avocats, dass die Stellung der Parteien vor Gericht durch Gleichheit geprägt sei. Die Gleichheit der Parteien wiederum stelle ein konstitutives Element des *procès équitable* dar.¹⁸⁴ Nicht eindeutig erscheint die funktionale Ausrichtung auf das Man-

¹⁸¹ Cass. Civ. I., Urt. v. 2.3.2022 – Nr. 20-20.185, Rn. 22.

¹⁸² CA Douai, Urt. v. 9.7.2020 – Nr. 19/05808 – Mme Sarah A. et Me. Mehdi Z.

¹⁸³ Cass. Civ. I., Urt. v. 2.3.2022 – Nr. 20-20.185, Rn. 24.

¹⁸⁴ Cass. Civ. I., Urt. v. 2.3.2022 – Nr. 20-20.185, Rn. 23.

dantengrundrecht des *procès équitable* angesichts der gleichheitsrechtlichen Argumentation der Cour de Cassation. Diese scheint weniger zum Recht auf einen *procès équitable* zu passen (Art. 16 DDHC), wenn man die unübersichtliche Judikatur des Conseil Constitutionnel versucht zu systematisieren,¹⁸⁵ sondern vielmehr zu den *droits de la défense* (Art. 16 DDHC).¹⁸⁶ Diese enthalten als Teilgewährleistung das Recht auf eine *procédure juste et équitable*, wiederum selbst in Art. 6 DDHC verankert,¹⁸⁷ deren Ziel es ist, „l'équilibre des droits des parties“¹⁸⁸ zu garantieren. Genau um dieses Gleichgewicht der Parteien scheint es der Cour de Cassation zu gehen. Sieht man über diese Unsicherheiten hinweg, ist der Ansatz zutreffend. Die für das Berufsrecht der Anwälte zuständige Erste Zivilkammer scheint die Grundrechte nicht als Legitimationsgrundlage für aus Sicht des Mandanten nachteilige Handlungen zu begreifen. Die Grundrechtsabwägung ist selbst für französische Gerichte äußerst knapp, denn die Verfassung enthält in Art. 16 DDHC selbst die Wertentscheidung zugunsten eines Gerichtsverfahrens, in dem die Rechte des Mandanten vor allem durch anwaltlichen Beistand gesichert werden. Hiergegen können sich privatnützige Individualfreiheitsrechte des *Avocats*, nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern auch die religiöse Meinungsbekundungsfreiheit (Art. 9, 10 DDHC), schon im Ansatz nicht durchsetzen, wenn kein Gleichlauf der Mandanten- und anwaltlichen Interessen besteht. Freiheit des *Avocats* ist eine funktionale Freiheit, die wie die richterliche Unabhängigkeit nicht als allgemeines Freiheitspostulat missverstanden werden darf. Die Unterscheidung zwischen der Tätigkeit als *auxiliaire de justice*, die die Cour de Cassation eng sieht, und der allgemeinen beratenden Tätigkeit ist an sich auch zutreffend,¹⁸⁹ allerdings in *casu* deutlich zu grob geraten. Denn die holzschnittartige Differenzierung ist – wie auch sonst – unzutreffend. Denn in vielen Bereichen dient das Aufsuchen eines *Avocats* der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens.

cc) Kritikwürdige Ableitungen aus dem Konzept dienender Freiheit

Die Entscheidung wurde im Schrifttum¹⁹⁰ und von der Selbstverwaltung begrüßt. Es bleibt jedoch die Frage, ob der zutreffende Ansatz, die anwaltliche Berufsaus-

¹⁸⁵ S. zu einer Abgrenzung und Einordnung des *procès équitable* *Fellon*, RFDC 2010, 265 ff.

¹⁸⁶ Dass es sich trotz des identischen Fundaments in Art. 16 DDHC um zwei verschiedene Grundrechte handelt, wird deutlich bei CC, Entsch. v. 9.8.2007 – Nr. 2007-554 DC, Rn. 20 – *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*.

¹⁸⁷ Hierzu CC, Entsch. v. 20.1.1994 – Nr. 93-334 DC, Rn. 17 ff. – *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

¹⁸⁸ CC, Entsch. v. 28.7.1989 – Nr. 89-260 DC, Rn. 44 – *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

¹⁸⁹ Anders (insoweit wenigstens folgerichtig) *Hamel/Jeantet*, Neutralité et déontologie des *avocats*, in: *La Laïcité dans la Justice*, S. 509, die gerade nicht auf diese Rollenbeschreibung abstellen, sondern auf Unabhängigkeit und Würde des Standes – diese Werte sind aber universell und nicht nur auf das gerichtliche Auftreten beschränkt.

¹⁹⁰ *Piau*, *Gaz. Pal.* v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 21; *Letteron*, *Pas de signes religieux sur la robe des avocats*, in: *Liberté, Libertés chéries* v. 6.3.2022, deren Ausführungen jedoch wenig differenziert auf die Stellung des *Avocats* eingehen; überzeugende Kritik bei *Bioy*, *AJDA* 2022, 1056 ff.; vor

übung auf den Rechtsuchenden auszurichten, im konkreten Fall nicht zu einem anderen Ergebnis führen muss. Die Entscheidung überzeugt aus mehreren anwaltsverfassungsrechtlichen Erwägungen nicht. Sie ist unterkomplex. Ob die Entscheidung auf die (angekündigte) Individualbeschwerde zum EGMR hin Bestand haben wird, erscheint zweifelhaft.¹⁹¹

Kein Bezug zur Robe: Die Cour d'appel und die Cour de Cassation bleiben die Antwort auf die zentrale einfachgesetzliche Frage des Sachverhaltes schuldig. Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 legt fest, dass die Anwälte „le costume de leur profession“ tragen. Art. 17 gibt dem Conseil de l'ordre die Zuständigkeit für alle Fragen, die die Profession betreffen, soweit der CNB nicht zuständig ist. Für die Cour de Cassation folgt, dass „En l'absence de disposition législative spécifique et à défaut de disposition réglementaire édictée par le CNB, il entre dans les attributions d'un conseil de l'ordre de régler le port et l'usage du costume de sa profession.“ Die Cour de Cassation schlussfolgert also, dass die Selbstverwaltung bereits immer dann zuständig ist, wenn ihre Regel inhaltlich nicht durch höherrangiges Recht ausgeschlossen wird. Im Ergebnis verlangt sie keine spezifische Ermächtigungsgrundlage, um in Grundrechte ihrer Mitglieder einzugreifen. Der Gegensatz zu den deutschen Anforderungen an ständisches Satzungsrecht ist handgreiflich. Damit wird auch ein tradierter Grundsatz des französischen Verwaltungsrechts nicht im Berufsrecht durchgehalten, wonach die niedrigere Ebene nur dann verschärfend normsetzend tätig werden darf, wenn es spezifische lokale Gegebenheiten erfordern.¹⁹² Den Nachweis solcher Umstände hat (und konnte) die Selbstverwaltung in Lille nicht liefern. Es ist auch schwer vorstellbar, dass die gesetzliche Entscheidung für eine Robenpflicht in Lille nicht genügen soll die Prozessgrundrechte des Mandanten zu schützen. Selbst wenn man der örtlichen Kammer die Befugnis einräumt, Fragen der Robenpflicht zu regeln und dabei grundrechtsbelastendere Regeln als der Gesetzgeber zu beschließen, erscheint nicht ersichtlich, warum diese Befugnis sich auch auf Accessoires einer Anwältin oder eines Anwalts erstrecken soll.¹⁹³ Was unterscheidet genau das Kopftuch – aus berufsrechtlicher Sicht – von der Auswahl der Armbanduhr oder des sonstigen Schmucks (schlicht oder prot-

der Entscheidung ohne eigene Positionierung *Noto-Jaffaux*, L'indépendance de l'avocat, S. 342 Rn. 263.

¹⁹¹ In einem vergleichbaren Verfahren aus Spanien war die Beschwerde mangels Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges unzulässig, vgl. EGMR, Urte. v. 26.4.2016, Nr. 21780/13, NJW 2016, 2243 Rn. 49 – Barik Edidi/Spanien.

¹⁹² Grundlegend CE, Urte. v. 8.8.1919 – Nr. 56337 – Labonne (zur Gefahrenabwehr im Straßenverkehr); CE, Beschl. v. 26.8.2016 – Nr. 402742, 40277 – Ligue des droits de l'homme u. a. (zur Suspendierung eines „Burkini-Verbots“ mangels örtlicher Gründe, die dies rechtfertigen); für eine Geltung bei jeder untergesetzlichen Normsetzung, also auch bei jener durch die berufsständische Selbstverwaltung, zutreffend *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

¹⁹³ Nach *Touzeil-Divina*, in: Napoléon et le droit, S. 169 sind vom Begriff „costume“ auch die Accessoires umfasst, weil „costume“ per Definition nicht nur aus einem Kleidungsstück bestehen kann. – Das costume des Avocats besteht aber aus Robe, épitoge und toque, so dass die übrigen Accessoires nicht mehr zum costume gezählt werden können.

zig).¹⁹⁴ Das BVerfG¹⁹⁵ hat der Verfassungsbeschwerde eines Verteidigers, der gestützt auf § 176 GVG zurückgewiesen wurde, weil er keine Krawatte trug, zwar mangels schwerwiegender Betroffenheit nicht stattgegeben, jedoch rechtliche Bedenken dagegen geäußert, dass über die Pflicht zum Tragen der Robe (§§ 59 Abs. 2 Nr. 5 lit. c BRAO, 20 BORA) hinaus noch Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild eines Rechtsanwalts gestellt werden dürfen. Für das französische Recht scheint keine andere Beurteilung angezeigt, so dass die angegriffene Vorschrift, die begrifflich nicht die Gestaltung der Robe oder die Anlässe, zu denen sie getragen werden darf, regelt, nicht in den Aufgabenbereich der Kammer fällt und so keine Grundlage in Art. 3 und Art. 17 des Gesetzes v. 31.12.1971 findet. Damit fehlt es bereits an einer gesetzlichen Grundlage.¹⁹⁶

Überstrapazieren der Grundrechtsbindung des Anwalts an Art. 16 DDHC: Was in der Entscheidung überhaupt nicht anklingt ist, dass auch das Gericht für die Sicherung der Prozessgrundrechte in der Pflicht ist. Die Lösung der Ersten Zivilkammer insinuiert, dass ein Gericht Rechtsuchenden, die sich durch eine Anwältin vertreten lassen, die ein Kopftuch trägt, kein rechtliches Gehör gewährt und das Recht auf einen *procès équitable* zwangsläufig verletzen „müsse“. Von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht i. S. d. Art. 16 DDHC¹⁹⁷ wird jedoch verlangt, dass es seine Überzeugung unabhängig von den Äußerlichkeiten des Anwalts bildet.¹⁹⁸ Trägt eine Zeugin oder eine Klägerin ein Kopftuch, stehen Art. 9 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 EMRK der Anwendung sitzungspolizeilicher Maßnahmen, die alleine aus diesem Grund erfolgen, entgegen.¹⁹⁹ Gleiches muss auch gelten, wenn nicht

¹⁹⁴ *Sériaux*, D. 2022, 1165 Rn. 8; anders als hier *Piau*, Gaz. Pal. v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 21.

¹⁹⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 13.3.2012 – 1 BvR 210/12, NJW 2012, 2570 Rn. 9 – Nichttragens einer Krawatte.

¹⁹⁶ Auch zweifelnd – zur vergleichbaren Situation in Belgien – *van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 514 ff.

¹⁹⁷ Art. 16 DDHC enthält das Recht auf einen *procès équitable* und auf ein unabhängigen und unparteiischen Richter; der Conseil präferiert den Bezug auf letzteres und lässt die Frage nach einer Verletzung des *procès équitable* regelmäßig dahinstehen (s. dazu *Fallon*, RFDC 2010, 265 [271]).

¹⁹⁸ S. instruktiv *Ch. Wolf*, in: FS Schlosser, S. 1123 ff. zur Frage, ob der Richter in England ungleiche Prozesschancen durch ungleich talentierte Anwälte ausgleichen muss. – Wenn andere Rechtsordnungen vom Richter verlangen, dass er bei der Verhandlungsführung Rücksicht auf die Qualität des Rechtsanwalts nimmt, um dem (unschuldigen) Mandanten daraus keine Nachteile erwachsen zu lassen, kann die Cour de Cassation durchaus von einem französischen Richter erwarten, Parteien nicht für die Religion ihres Anwalts „zu bestrafen“.

¹⁹⁹ Eine Verletzung des Art. 9 EMRK sah EGMR, Urt. v. 18.9.2018, Nr. 3413/09, NJOZ 2020, 150 Rn. 44 – Lachiri/Belgien im Fall einer Zeugin, weil sie nicht Vertreterin des Staates sei, kein öffentliches Amt ausübe und mithin nicht zur Neutralität verpflichtet sei. Zudem liege in ihrem Verhalten keine Störung der öffentlichen Ordnung; *Sériaux*, D. 2022, 1165 Rn. 3 will aus Rn. 45 der Entscheidung gleichwohl weite Möglichkeiten herauslesen, eine örtlich radizierte Neutralitätspflicht (im Justizpalast) zu begründen. – S. für die Klägerin CA Versailles, Urt. v. 2.5.2018 – Nr. 17/04172 (Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen des Rechts auf Zugang zu einem unparteiischen Gericht), wo allerdings der Avocat auch bereits mit dem Richter gleichgesetzt wurde im Hinblick auf die Neutralitätspflicht.

die Klägerin, sondern ihre Prozessbevollmächtigte ein Kopftuch trägt.²⁰⁰ Während also die Grundrechtsbindung des Richters für die Cour de Cassation keine Rolle spielt, kommt sie zwischen den Zeilen zu einer solchen des Avocats. Es ist der Avocat, der die Grundrechte aus Art. 16 DDHC durch sein Verhalten nicht verletzen darf, bspw. das Tragen eines Kopftuches oder das (ohne Begründung versehene) Zurückweisen einer Pflichtverteidigung,²⁰¹ wie es der Conseil Constitutionnel entschieden hat. Im Schrifttum ist aus letzterer Entscheidung auf eine unmittelbare Grundrechtsbindung des Avocats geschlossen worden,²⁰² was durch Art. 5 RIN bekräftigt wird: „L’avocat *se conforme* aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l’égard de la partie adverse. Il *respecte* les droits de la défense et le principe du contradictoire“ (Hervorhebung nur hier). Ob eine unmittelbare oder mittelbare grundrechtliche Drittwirkung der Prozessgrundrechte im Verhältnis Rechtsanwalt-Mandant vorliegt und wenn ja, welche Intensität eine unmittelbare Drittwirkung annehmen könnte, ist nicht klar und bedarf eines näheren Blickes.²⁰³ Gerade in dieser Sachverhaltskonstellation hätte jedoch die Cour de Cassation feststellen müssen, dass aus der Bindung des Anwalts nicht die gleichen Handlungs- oder Unterlassungspflichten wie für einen Richter folgen.

Verkennen des Rechts auf freie Anwaltswahl: Die Entscheidung ist aus einem weiteren Grund im Ergebnis nicht überzeugend. Es steht erst einmal jedem Rechtssuchenden offen, seine Anwaltswahl selbst zu treffen; er darf sich dabei von Äußerlichkeiten leiten lassen. Es gehört zur Eigenverantwortung eines jeden,²⁰⁴ der seine Rechte wahren will, zu entscheiden, ob er sich von einer Anwältin vertreten lassen will, die religiöse Zeichen zur Robe trägt. Das Recht auf anwaltlichen Beistand ist mit dem Recht auf freie Anwaltswahl eng verwoben. Es mag Situationen geben, in denen ein religiöses Bekenntnis des Anwalts gerade gewollt ist und in denen das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant hiervon profitiert. Die an sich deshalb übergreifende Lösung der Cour de Cassation kann man dann womöglich für überzeugend halten, wenn es um einen Fall der Pflichtverteidigung geht, also die freie Anwaltswahl nicht zur Geltung kommt.

Fehlender Bezug der Robenpflicht zu den Justizgrundrechten: Ein weiteres verfassungsrechtliches Problem mit der freien Anwaltswahl entsteht zudem dadurch, dass ein Rechtssuchender sich von einer Anwältin beraten lassen darf, vor Gericht aber jemand anderes für ihn plädieren muss, weil die ihn beratende Anwältin bspw. ein Kopftuch trägt. Diesen Zustand hat das Berufungsgericht in Kauf genommen,

²⁰⁰ Gegen ein „pessimistisches Bild des Richters“ auch *van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 514 f.

²⁰¹ CC, *Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC – Maître Berton*.

²⁰² Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 1., b), aa), S. 277 ff.

²⁰³ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., IV., 1., c), S. 285.

²⁰⁴ Auch bei CC, *Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC – Maître Berton* bestimmt der Conseil den Inhalt des Schutzbereiches des Art. 16 DDHC nach französischer Tradition rein objektiv, ohne dem Grundrechtsberechtigten Konkretisierungskompetenzen einzuräumen.

denn es hielt ausdrücklich fest, dass die Vorschrift der Kammer nicht dazu führe, dass eine ein Kopftuch tragende Anwältsschülerin ihren Eid nicht ablegen könne, sondern nur ihr Auftreten vor den Gerichten Einschränkungen unterworfen sei. Wie gezeigt greift das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf tatbestandlich mit dem Willensentschluss zum Aufsuchen eines Rechtsanwalts und damit weit im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens. Die beiden Missionen des Avocats – conseil und défense – können nicht holzschnittartig voneinander unterschieden werden. Warum der Avocat dann nur für einen Teil seiner Tätigkeit einer religiösen Neutralitätspflicht unterliegen soll, erscheint inkohärent.²⁰⁵ Die Argumentation der Gerichte ist deshalb eigentlich nicht auf die Justizgrundrechte des Mandanten, sondern vielmehr auf die Organisation und den äußeren Ablauf des Gerichtsverfahrens bezogen. In Betracht wären Grundsätze wie die Neutralität des service public de la justice oder die bonne administration de la justice²⁰⁶ gekommen. So hat der EGMR in Sessa/Italien die Individualrechtsbeschwerde eines jüdisch gläubigen Rechtsanwalts, der eine Nebenklägerin in einem Strafverfahren vertrat, für nicht begründet gehalten, der eine Terminverlegung aufgrund eines wichtigen jüdischen Feiertages verlangt hatte, was verwehrt wurde. Der EGMR hatte Zweifel, ob der Anwalt tatsächlich an der Ausübung seiner Religion gehindert war, weil die italienische StPO seine Anwesenheit nicht zwingend verlangte, sah jedenfalls aber eine Rechtfertigung darin, dass die Ablehnung das Recht der Öffentlichkeit auf eine gute Justizverwaltung sowie den Grundsatz, dass in angemessener Frist über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden ist, verwirklichen soll.²⁰⁷ Zwar fallen Rechte des Nebenklägers, da sie nicht „zivilrechtliche Ansprüche“ betreffen, nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK,²⁰⁸ so dass eine konventionsrechtliche gegenläufige Position des Mandanten nicht zur Verfügung stand, doch zeigt die Entscheidung, dass Fragen, die den äußeren Ablauf der Verhandlung betreffen, auch unter organisationsrechtliche Grundsätze gefasst werden können. Dies gilt auch für die Bekleidung des Anwalts, wie das BVerfG zur Robenpflicht judizierte. Denn diese diene dem „Interesse der Allgemeinheit daran, daß Gerichtsverhandlungen in guter Ordnung und angemessener Form durchgeführt werden können“.²⁰⁹ Dadurch, dass der An-

²⁰⁵ Eine allgemeine Neutralitätspflicht alleine aufgrund des Tätigkeitsfeldes des Avocats für möglich und verfassungskonform haltend *Bonnet/Ferron*, JCP G 2018, 781.

²⁰⁶ Verfassungsrang anerkannt durch CC, *Entsch. v. 28.12.2006 – Nr. 2006-545 DC*, Rn. 24 – *Loi pour le développement de la participation et de l’actionnariat salarié et portant diverses dispositions d’ordre économique et social.* – Grundlage hierfür können Art. 12, 15 und 16 DDHC sein.

²⁰⁷ EGMR, *Urt. v. 3. 4. 2012 – Nr. 28790/08*, NJOZ 2013, 2039 (2040 Rn. 39) – *Sessa/Italien.* – Das Sondervotum der drei dissentierenden Richter, die zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff gelangen, überzeugt angesichts der konkreten Fakten des Sachverhaltes im Ergebnis.

²⁰⁸ EGMR, *Urt. v. 12.2.2004 – Nr. 47287/99*, BeckRS 2004, 151260, Rn. 70 – *Perez/Frankreich.*

²⁰⁹ BVerfGE 28, 21 (31 f.) – *Robenstreit*; s. BGH, *Urt. v. 7.11.2016 – AnwZ (Brfg) 47/15*, NJW 2017, 407 (408 Rn. 15 f.) – *Bedruckte Robe*; die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat BVerfG-K, *Beschl. v. 31.7.2017 – 1 BvR 54/17*, AnwBl. 2017, 100 ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.

walt als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) „aus dem Kreis der übrigen Teilnehmer an der Verhandlung herausgehoben“ wird, liegt „ein zumindest mittelbarer Nutzen für die Rechts- und Wahrheitsfindung im Prozeß; denn die Übersichtlichkeit der Situation im Verhandlungsraum wird gefördert und zugleich ein Beitrag zur Schaffung jener Atmosphäre der Ausgeglichenheit und Objektivität geleistet, in der allein Rechtsprechung sich in angemessener Form darstellen kann“.²¹⁰ Durch das Tragen erweist der Anwalt zwar den Interessen seines Mandanten Respekt,²¹¹ seine Verfahrensgrundrechte sind jedoch zumindest im Rahmen des § 20 BORA nicht direkt als Schutzzweck adressiert.

Einseitige Mobilisierung des gesetzlichen Berufsbildes: Selbst für den knappen Stil der Cour de Cassation²¹² ist es unvertretbar, die Freiberuflichkeit des Avocats nicht aufzugreifen und sich nicht über die Mehrdimensionalität des Begriffes der anwaltlichen Unabhängigkeit zu vergewissern. Die anwaltliche Unabhängigkeit wird als eine solche von den Religionsgemeinschaften gedeutet, ohne sich zu fragen, ob es mit der Unabhängigkeit des Avocats vereinbar ist, ein Bekenntnis zum französischen Konzept der Laizität zu fordern.²¹³ Der Conseil d'État²¹⁴ hat in einem vom Défenseur des Droits beauftragten Gutachten keinen Zweifel daran gelassen, dass die Laizität sich nur auf Beamte und agents eines service public erstreckt und Anwälte fallen nun einmal – trotz der Rolle als *auxiliaire de justice* – nicht darunter, denn sie sind kein Repräsentant der öffentlichen Hand, sondern von dieser gerade unabhängig.²¹⁵ Deshalb ist die im Schrifttum zu findende Auffassung, der Anwalt sei aufgrund seines Bezuges zur Mitwirkung an der staatlichen Rechtsbildung daran gehindert, sich zu einer religiösen Gemeinschaft zu bekennen,²¹⁶ verfassungsrechtlich unhaltbar.²¹⁷ Auch die Idee, der Antrag auf Mitgliedschaft im Ordre sei als (vollständiger oder partieller) Grundrechtsverzicht auszulegen, ist mehr als fernliegend und blendet den Charakter der gesetzlichen Mitgliedschaft und die existenzielle Grundlage der Berufstätigkeit aus.²¹⁸ Völlig

²¹⁰ Vgl. auch *Touzeil-Divina*, in: Napoléon et le droit, S. 171 zum Nutzen, dass der Träger in seiner Funktion identifiziert werden kann.

²¹¹ *Scharmer*, in: Hartung/Scharmer, § 20 BORA Rn. 19.

²¹² *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 465 ff. Rn. 148 ff.

²¹³ Anders als hier *Hamel/Jeantet*, Neutralité et déontologie des avocats, in: La Laïcité dans la Justice, S. 508 f.

²¹⁴ CE, Ass. Gén., Avis v. 19.12.2013 – Étude demandée par le Défenseur des Droits le 20 septembre 2013, S. 28 ff.

²¹⁵ Allgemein CE, Ass. Gén., Avis v. 19.12.2013 – Étude demandée par le Défenseur des Droits le 20 septembre 2013, S. 30, wo der Conseil d'État feststellt, dass es keine Zwischenkategorie des „gelegentlich Mitwirkenden“ am service public gebe; vgl. auch *Classen*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 62 (2017), 111 (133 f.).

²¹⁶ *Bonnet/Ferron*, JCP G 2018, 781; so auch *Sériaux*, D. 2022, 1165 Rn. 8.

²¹⁷ So wie hier *Nekaa*, Le port du voile par une avocate et la question de la soumission à une obligation de neutralité, in: La Laïcité dans la Justice, S. 492 f.

²¹⁸ S. zu diesem Argument aus konventionsrechtlicher Sicht *van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 509 ff., der dies i. E. wohl zurückweist.

fehl²¹⁹ geht es, wenn manche Autoren²²⁰ die Entscheidung in eine Linie mit der sog. Baby-Loup-Entscheidung²²¹ stellen, die es Arbeitgebern gestattet, Angestellten das Tragen des Kopftuchs zu verbieten. Das in Vergleichen mit Arbeitnehmern wie auch in der Entscheidung zu Tage tretende fehlende Fingerspitzengefühl für die Besonderheiten der „pluralen Gegensätzlichkeit“²²² der Profession ist auffällig. Der Status als Freiberufler bürdet dem Avocat das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit auf und der Wettbewerb zwischen den Anwälten dient gerade auch der Verhaltenssteuerung von Anwälten.²²³ Hierin liegt der verfassungsrechtlich relevante Unterschied zwischen dem Status des Richters oder jedes anderen agent public und dem des Anwalts; letzterer ist Ausdruck grundrechtlicher Freiheit. Dieses verfassungsrechtlich vorgegebene Unterscheidung ebnet die Cour de Cassation ein, indem sie den Status als *auxiliaire de justice* sowie die Unabhängigkeit als Teil des Eides, der gleichsam in Art. 3 geregelt ist, als alleinige Argumente für ein Verbot religiöser Zeichen heranzieht.²²⁴

Unterstützung einer zweifelhaften „Würde des Standes“: Der begrüßenswerte Ansatz der Cour de Cassation, das dienende Element der anwaltlichen Grundrechte zu betonen und abstrakte Ausführungen zum Ansehen oder der Würde des Standes²²⁵ zu unterlassen, ist hervorzuheben,²²⁶ doch die Cour de Cassation hat letztlich Angst vor der eigenen Courage. Im Ergebnis gibt sie jenen Recht, die die durch die Robe begründete „Einheit der Profession“²²⁷ durch ein aufziehendes „*barreau féminin*

²¹⁹ Vgl. für eine grundsätzliche Differenzierung *Ramaciotti*, *Laïcité et droit privé*, S. 81 ff. Rn. 63 ff., S. 271 ff. Rn. 303 ff. die zwischen *laïcité dispositive* und *laïcité impérative* unterscheidet. Die Rs. *Baby-Loup* thematisiert die erste Fallgruppe, während das Kopftuchverbot für Anwältinnen (das bei *Ramaciotti* keine Rolle spielt) der zweiten Fallgruppe zuzuordnen ist.

²²⁰ *Letteron*, *Pas de signes religieux sur la robe des avocats*, in: *Liberté, Libertés chéries* v. 6.3.2022; auf diese „interessante“ Entscheidung beziehen sich auch *Bonnet/Ferron*, *JCP G* 2018, 781, die sich zur These versteigen, so wie ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber repräsentiere, repräsentiere ein Anwalt die Profession; so wie hier *Bakir*, *Dalloz Actualité* v. 23.5.2022.

²²¹ *Cass. Ass. Plén.*, *Urt. v. 25.6.2014 – Nr. 13-28.369 – Baby-Loup*; zu dieser Entscheidung aus dem deutschen Schrifttum *Classen*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 62 (2017), 111 (125 ff.).

²²² *Rüpke*, *Freie Advokatur*, S. 68.

²²³ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, *AnwBl.* 1999, 2 (6); für Freiberufler allgemein die Last des wirtschaftlichen Risikos als prägendes Merkmal bezeichnend *BVerfGE* 16, 286 (294) – *Krankenhausarzt*.

²²⁴ *Bakir*, *Dalloz Actualité* v. 23.5.2022.

²²⁵ *Hamel/Jeantet*, *Neutralité et déontologie des avocats*, in: *La Laïcité dans la Justice*, S. 506 betonen neben der Unabhängigkeit auch die Würde (*dignité*) und damit zusammenhängend das Vertrauen der Rechtsuchenden. – Ihre Ausführungen werden grundrechtlich unbrauchbar, weil sie in Übereinstimmung mit der berufsrechtlichen h. M. die Berufspflicht der Würde so verstehen, dass der Anwalt sich selbst respektieren müsse, weil er nur so den Respekt der Rechtsuchenden verdienen könne. Weshalb aber hieraus die Pflicht zur religiösen Neutralität folgen solle und weshalb ein Kopftuch für die so verstandene anwaltliche Würde ein Hindernis darstellt, bleibt ihr Geheimnis.

²²⁶ So auch *Sériaux*, *D.* 2022, 1165 Rn. 8.

²²⁷ Vgl. aber so *Villacèque*, *Gaz. Pal.* v. 6.10.2020, Nr. 34, S. 41; deutlich auch *Piau*, *Gaz. Pal.* v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 21; die Einheit der Profession als Grundlage der Unabhängigkeit und Teil

musulman²²⁸ in Frage gestellt sahen. Dies ist aber nicht mehr als eine „atteinte immorale aux valeurs“²²⁹ des Standes. Es ist aus grundrechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar, dass die Cour de Cassation die anwaltliche Selbstverwaltung mit einem solchen freiheitsfeindlichen Gemisch aus Gefühl und Pathos davonkommen lässt und dies mit Art. 16 DDHC labelt.

Regelungspflicht und incompétence négative des Gesetzgebers als Folge: Das Problem der Lösung der Cour de Cassation ist zudem, dass ihr Ansatz die Regelungsmöglichkeit der Anwaltskammer zu einer Regelungspflicht verdichtet. Denn wenn die Prozessgrundrechte preisgegeben werden durch eine kopftuchtragende Anwältin, kann es nicht im Ermessen jeder der ca. 164 Kammern oder des die Sitzungspolizei innehabenden Magistrats stehen, diese Prozessgrundrechte effektiv zu schützen.²³⁰ Art. 16 DDHC begründet Schutzpflichten.²³¹ Die nun landesweit uneinheitliche Rechtslage ermöglicht dem CNB im Rahmen seiner Vereinheitlichungskompetenz die Frage im RIN zu regeln (Art. 21-1 des Gesetzes v. 31.12.1971)²³² – unter der gerichtlichen Kontrolle dieses Mal des Conseil d’État und nicht der Cour de Cassation. Damit ist übergeleitet zum nächsten Kritikpunkt. Die Regelungskompetenz der Kammern bezieht sich auf Angelegenheiten der Profession und man kann trefflich darüber streiten, ob die Robenpflicht Teil des Gerichtsverfassungsrechts oder des anwaltlichen Berufsrechts ist.²³³ In Deutschland hat das BVerfG²³⁴ lange Zeit eine gerichtsverfassungsrechtliche Verankerung favorisiert, während der Gesetzgeber 1994 in § 59 Abs. 2 Nr. 6 lit. c BRAO die Robenpflicht dem „Recht der Anwaltschaft“ zugeschlagen hat.²³⁵ Das französische Verfassungsrecht verlangt aber unabhängig von einer Qualifizierung als Gerichtsverfassungsrecht oder Anwaltsrecht, da die libertés publiques der Anwältinnen und Anwälte und gerade ja auch – so die Cour de Cassation – der Rechtsuchen-

der beruflichen Identität sehend *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 267 f. Rn. 284; zu recht jeden Wert diesem Argument absprechend *Beignier*, JCP G 2018, 1336.

²²⁸ S. das Interview mit dem für das Thema zuständigen Berichterstatter der Conférence des bâtonniers *Le Mière*, Gaz. Pal. v. 29.11.2016, Nr. 42, S. 9; s. auch den kurz vor der Entscheidung (28.2.2022) in Marianne erschienenen Appell von mehreren Anwälten, wonach es keine „justice communautariste“ geben dürfe (<https://www.marianne.net/agora/entretiens-et-debats/voile-nous-avocats-ne-voulons-pas-dune-justice-communautariste-obscurantiste>).

²²⁹ So *Gaillet*, Société Droit Religion, 2012, 47 (64) zum Verbot der Vollverschleierung.

²³⁰ Zutreffend, wenn auch mit divergierender Begründung, *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.; so wie hier auch *Bakir*, Dalloz Actualité v. 23.5.2022; das Problem sehend *Hamel/Jeanet*, Neutralité et déontologie des avocats, in: La Laïcité dans la Justice, S. 509.

²³¹ Dies verkennend *Letteron*, Pas de signes religieux sur la robe des avocats, in: Liberté, Libertés chéries v. 6.3.2022, die nur von Regelungsmöglichkeit ausgeht; anders aber *dies.*, Libertés publiques, S. 197 Rn. 255, wo *Letteron* begründet, dass der Staat alles unternehmen müsse, das droit à l’assistance d’un avocat effektiv zu machen.

²³² Der CNB wird sich dem Thema widmen, wie Gaz. Pal. v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 8 vermeldete.

²³³ Zur vergleichbaren belgischen Rechtslage an einer Kompetenz der Kammer zweifelnd *van Drooghenbroeck*, in: Liber amicorum Jakhian, S. 514 f.

²³⁴ BVerfGE 28, 21 (32) – Robenstreit.

²³⁵ S. hierzu *Scharmer*, in: Hartung/Scharmer, § 20 BORA Rn. 33 ff.

den tangiert sind, in jedem Fall eine Regelung des Gesetzgebers nach Art. 34 Verf. 1958.²³⁶ Der Gesetzgeber hat in Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 dann aber, legt man die Perspektive der Cour de Cassation zugrunde, offenkundig eine unvollständige Regelung getroffen, weil dort nur das Tragen der Robe festgelegt wird, ohne weitere Regelungen zu treffen oder Hinweise an die anwaltliche Selbstverwaltung zu geben, wie diese Norm konkretisiert werden könnte. Die Cour de Cassation hätte den Conseil Constitutionnel mittels einer QPC-Vorlage befragen müssen, ob Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 nicht verfassungswidrig wegen eines gesetzgeberischen Unterlassens (*incompétence négative*) ist.²³⁷ Die Entscheidung Nr. 2011-171/178 QPC steht dem nicht entgegen. Dort hatte zwar der Conseil Constitutionnel u. a. für die Festlegung von anwaltlichen Berufspflichten und das Disziplinarverfahren keine *incompétence négative* feststellen können,²³⁸ allerdings findet sich eine ausdrückliche Verordnungsermächtigung zugunsten der Regierung in Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971. Deshalb wäre das, freilich absurde, jedoch im Sinne der Cour de Cassation nur konsequente Ergebnis, dass die Robenpflicht verfassungswidrig ist, weil nicht zugleich das Tragen religiöser Symbole untersagt worden ist. Oder man anerkennt, wie hier vorgeschlagen, dass das Tragen eines Kopftuches keinen Bezug zu den Justizgrundrechten aufweist und deshalb die verfassungsrechtlich verbürgte freie Anwaltswahl „modische Fragen“ durch Angebot und Nachfrage reguliert.

c) des Conseil d'État (Ausgangssperre)

Keine berufsrechtliche Frage i. e. S. betraf die Entscheidung des Conseil d'État *Ordre des avocats au barreau de Montpellier*. Die im einstweiligen Rechtsschutz ergangene Entscheidung des obersten Verwaltungsgerichts entwickelt überzeugende Maßstäbe für die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit im Funktionszusammenhang mit den Prozessgrundrechten des Mandanten.

aa) Vorgeschichte und seuchenpolizeilicher Rahmen (Covid-19)

Durch Dekret v. 29.10.2020 ordnete der Premierminister als zuständiger Verordnungsgeber allgemeine Ausgangsbeschränkungen an, gleichwohl sah Art. 4 Nr. 7 vor, dass Ortsveränderungen für Gerichts- oder Verwaltungstermine sowie für den Besuch öffentlicher Einrichtungen oder Angehöriger rechtsberatender Berufe für Angelegenheiten, die nicht aus der Distanz erledigt werden können, zulässig sind. Damit war es infektionsschutzrechtlich nicht untersagt, seine Rechtsanwältin oder seinen Rechtsanwalt aufzusuchen. Das Dekret wurde durch ein *couvre-feu*, also eine abendliche, erst ab 20.00 Uhr, später ab 18.00 Uhr eingreifende Ausgangs-

²³⁶ In diese Richtung auch *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

²³⁷ Diese Rüge kann auch im QPC-Verfahren nach Art. 61-1 Verf. 1958 erhoben werden, wie CC, Entsch. v. 18.6.2010 – Nr. 2010-5 QPC, Rn. 2 ff. – SNC Kimberly-Clark festgestellt hat, wenn es um die Zuständigkeitswahrnehmung für die Grundrechte geht.

²³⁸ CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-171/178 QPC – M. Michel C.

sperre ergänzt, wobei es der Ordnungsgeber unterließ, das Aufsuchen eines Rechtsanwalts durch eine Ausnahmvorschrift zu erlauben. U. a. der Präfekt des Hérault kündigte an, beim Vollzug des Dekrets dies pauschal als unbenannten triftigen Grund anzuerkennen, nahm diese Ankündigung jedoch später zurück. Der *Ordre des avocats au barreau de Montpellier* begehrte deshalb beim *Conseil d'État* die Suspendierung des Dekrets, soweit es nach 18 Uhr nicht mehr das Aufsuchen einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts erlaubte. Dadurch habe der Premierminister ihre *liberté d'entreprendre*, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und des Rechts auf ein *faïres* Verfahren der Rechtsuchenden verletzt.

bb) Überzeugendes Konzept dienender Freiheit

Der *Conseil* hat dem Antrag stattgegeben und die Systemrelevanz der Anwaltschaft für den *service public de la justice* anerkannt, dessen Kontinuität auch die Verfügbarkeit anwaltlichen Rates verlangt. Die Bestimmung des Dekrets stelle eine „atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale d'exercer un recours effectif devant une juridiction dans des conditions assurant un respect effectif des droits de la défense et du droit à un procès équitable“ dar.²³⁹ Die teilweise Suspendierung des Dekrets folgt für den *Conseil d'État* aus zwei Gründen, während eine Rüge ins Leere läuft.

Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf: Dieses Grundrecht setzt für den *Conseil d'État* ein Vertrauensverhältnis zwischen *Avocat* und Mandant voraus. Dieses Vertrauensverhältnis sei im Regelfall bedingt durch ein persönliches Gespräch, das in vielen Fällen nicht durch Fernkommunikationsmittel ersetzt werden könne. Werde ein Mandant auf diese verwiesen, sei es naheliegend, dass er sich seinem *Avocat* nicht so öffne, wie es die Wirksamkeit des Rechts auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf verlange. Als Beispiel nennt der *Conseil d'État* familienrechtliche Angelegenheiten. Der *Conseil* zieht überzeugend das Recht auf anwaltlichen Beistand also in den Vorfeldschutz dieses Prozessgrundrechts, und zwar unabhängig davon, ob bereits die Einlegung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs absehbar ist.

Recht auf ein faïres Verfahren: Gleichsam interessant ist die Begründung der Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit. Diese Rüge hat Erfolg aufgrund der pauschalen Ausnahme von der Ausgangssperre für berufliche Zwecke. Der *Conseil d'État* zieht das Beispiel einer Streitigkeit zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer heran. Der Verbraucher könne nach 18 Uhr nicht mehr seinen Anwalt aufsuchen, während der Unternehmer dies aufgrund des Erlaubnistatbestandes der beruflichen Veranlassung tun könne. Auch in Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern will der *Conseil d'État* diese Ungleichbehandlung für möglich halten, da nicht sicher sei, dass ein gekündigter Arbeitneh-

²³⁹ CE, *Beschl. v. 3.3.2021 – Nr. 449764 – Ordre des avocats du barreau de Montpellier*.

mer seinen Anwalt nach 18 Uhr aufsuchen könne, während der kündigende Arbeitgeber dies könne.

Liberté d'entreprendre: Es fällt auf, dass der Conseil d'État die noch gerügte unternehmerische Freiheit der Anwälte nicht erwähnt. Dies dürfte am Vortrag der Kammer liegen, die ausschließlich mit wirtschaftlichen Einbußen die Verletzung dieses Grundrechts begründete. Diese resultierten daraus, dass Anwälte nach 18 Uhr keine „nicht-professionellen“ Mandanten empfangen können und tagsüber nur wirtschaftlich schwächere Mandanten Zeit hätten, einen Anwalt aufzusuchen. Eine rein privatnützige anwaltliche unternehmerische Freiheit will der Conseil d'État nicht anerkennen; seine Wortwahl zeigt zudem, dass er nicht nur aus prozessökonomischen Motiven, da es aus seiner Sicht nicht mehr auf diesen Klagegrund ankomme, eine Prüfung unterlässt. Ein Vortrag, der die Verletzung der *liberté d'entreprendre* damit begründet hätte, dass es den Anwälten unmöglich sei, ihre gesetzliche Aufgabe als Berater und Vertreter des Rechtsuchenden auszuüben, wäre vielversprechender gewesen, wie die folgende Entscheidung zeigt.

Vergleichbares Konzept bei den Verwaltungsgerichten: Der Präfekt des Val d'Oise als Staatsvertreter in diesem Département hatte die Begleitung von Rechtsanwälten im Dienstgebäude der Präfektur untersagt, um Besucherströme zu reduzieren. Ausnahmen sollten nur bei komplexeren Angelegenheiten gewährt werden. Besonders gravierend war der Eingriff für Beteiligte etwa in aufenthaltsrechtlichen Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsgericht²⁴⁰ gab einem Eilantrag einer Rechtsanwältin und der örtlichen Kammer statt; die Anordnung des Präfekten verletzte die Berufsfreiheit von Rechtsanwälten und das Recht eines jeden, sich von einem Rechtsanwalt bei Verwaltungsangelegenheiten begleiten zu lassen.

cc) Zutreffende Ableitungen aus dem Konzept dienender Freiheit

Für die Verwaltungsgerichte besteht die *liberté d'entreprendre* darin, die Grundrechte des Mandanten aus Art. 16 DDHC wahrzunehmen. Dass damit auch wirtschaftliche Interessen der Anwaltschaft verbunden sind, scheint auf Ebene des Verfassungsrechts nicht mehr als ein Reflex sein. Ob Beschränkungen der erwerbswirtschaftlichen Chancen grundsätzlich beim Conseil d'État nicht der Garantie der *liberté d'entreprendre* unterfallen, erscheint aber nicht sicher: Die Entscheidung erging (nur) durch den *juge des référés* während der Pandemie, die den Conseil d'État sehr forderte. Gleichwohl ist auf die Zurückhaltung bei der Anerkennung wirtschaftlicher Grundrechte hingewiesen worden und auf die Befürchtung, sie könnten menschenrechtliche Garantien aushöhlen.²⁴¹ Die *liberté d'entreprendre* des *Avocats* setzt also stets einen Bezug zu seiner Aufgabe als Berater und Vertreter des Mandanten voraus, also seiner Funktion für die aus Art. 16 DDHC folgenden Prozessgrundrechte. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich anschaut,

²⁴⁰ TA Cergy-Pointoise (*référé*), Beschl. v. 10.12.2020 – Nr. 2012496 – Mme. A.

²⁴¹ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, B., I., S. 177.

wie der Conseil d'État in einem Verfahren, in dem die Kammer in Marseille den Staat auf die Bereitstellung von Masken und Hygieneartikel verklagte, die Anträge der Kammer zusammenfasste. Die Kammer rügte „la liberté pour les avocats d'exercer leur mission en lien avec le respect des droits de la défense, c'est-à-dire leur liberté d'entreprendre“²⁴² (Hervorhebung nur hier). Das Grundrecht der Anwälte steht also in einem finalen Zusammenhang mit den Prozessgrundrechten des Mandanten.²⁴³ Diese Rechtspositionen formen von innen die anwaltlichen Grundrechte aus.

3. Anerkennung als Prinzip bzw. *liberté publique*

Die Grundrechte des Avocats stellen sich vor diesem Hintergrund nicht als reines Abwehrrecht dar, sondern können vielmehr als objektive Prinzipien,²⁴⁴ wie die Cour de Cassation für die *liberté d'entreprendre* im Allgemeinen vertrat,²⁴⁵ erfasst werden bzw. als *liberté publique* und nicht als klassisches *droit fondamental*. Die alte französische Konzeption von Freiheit erweist sich als der deutschen exportierten ausgefeilten Grundrechtsdogmatik überlegen: *Hauriou* hat zur *liberté publique* geschrieben, dass „ces facultés essentielles, dont la jouissance et l'exercice sont propres à chaque individu (mais qui) sont cependant le patrimoine commun et la chose de tous“.²⁴⁶ Individuelle Freiheit und Interesse der Allgemeinheit sind untrennbar miteinander verbunden in einer solchen Freiheit; das eine kann ohne das andere nicht gedacht werden. Die anwaltliche Freiheit ist ein Beispiel für das tradierte Konzept der *liberté publique*, denn sie ist Kristallisationspunkt für eine Vielzahl an Verfassungsbestimmungen, die bei weitem nicht stets gleichlaufende Interessen artikulieren, sondern oft auch konfligierende. Gleichwohl ist es nicht möglich den verfassungsrechtlichen Status ohne diesen Gegensatz zu denken, ohne die Finalität der individuellen Freiheitsbetätigung des Avocats. Es ist das Wesen anwaltlicher Freiheit, ihr innerer Kern, Gegensätzen ausgesetzt zu sein und sie zu vereinen. Das Konzept der *liberté publique* reguliert einen Lebenssachverhalt mit all seinen Widersprüchen und dem Bündel an Verfassungsbestimmungen, die auf ihn einen Bezug haben²⁴⁷ und ist deshalb geeignet, die anwaltliche Freiheit dogmatisch im französischen Verfassungsrecht zu beschreiben. Damit kommt dem Gesetzgeber eine zentrale Rolle zu.

²⁴² CE, Beschl. v. 20.4.2020 – Nr. 439983, 440008 – Ordre des avocats au barreau de Marseille et ordre des avocats au barreau de Paris.

²⁴³ TA Cergy-Pointoise (référé), Beschl. v. 10.12.2020 – Nr. 2012496 – Mme. A.

²⁴⁴ So allgemein für die Grundrechte *Duhamel/Tusseau*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, S. 924 f.

²⁴⁵ Cass. Soc., Urt. v. 13.7.2004 – Nr. 02-15.142 – Carrefour.

²⁴⁶ *Hauriou*, *Principes de droit public*, S. 508 f.

²⁴⁷ *Couillerot*, RFDA 2019, 909 (920).

B. Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers kraft Verfassung

Die Rolle des französischen Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der anwaltlichen Grundrechte ruft in seiner Konzeption, die den tradierten *légicentrisme* ausdrückt, wenig Widerspruch hervor. Dabei kennt das französische Verfassungsrecht keine strikte Trennung zwischen einer Ausgestaltung und einem Eingriff (dazu unter I.). Vielmehr steht dem Gesetzgeber nach Art. 34 Verf. 1958 die Ausführung der Grundrechte zu (dazu unter II.). Unterscheidet der Conseil Constitutionnel also nicht streng zwischen einem eingreifenden und einem ausgestaltenden Gesetz, dann nuanciert er gleichwohl seinen Prüfungsmaßstab aus: Grundrechtsfördernde Gesetze und Gesetze, die das Grundrecht in Frage stellen, werden einer differenzierten Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen (dazu unter III.). Schließlich können verschiedene Regelungskomplexe ausgemacht werden, mit denen der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der anwaltlichen Freiheit nachkommt (dazu unter IV.): Hierzu zählen eine horizontale Wirkung der Grundrechte aus Art. 16 DDHC im Verhältnis Anwalt-Mandant, eine sehr weitgehende Bindung durch Berufspflichten und der Schutz der starken Stellung der Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlich nicht genügend ist der Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit, so wie ihn die Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel begreift.

I. Gibt es eine kategoriale Verschiedenheit von Eingriff und Ausgestaltung?

Das deutsche Verfassungsrecht kennt verschiedene Kategorien von gesetzgeberischen Interventionen im thematischen Zusammenhang mit den Grundrechten. Es kann um einen Eingriff, eine Regelung oder eine Ausgestaltung gehen, auch der Begriff der Inhalts- und Schrankenbestimmung steht in diesem Zusammenhang. Die Frage, ob diese Kategorien in Frankreich entsprechend verwendet werden, ist für einen deutsch-französischen Grundrechtsvergleich zur Kategorisierung sicherlich hilfreich.²⁴⁸ Und tatsächlich kennt die Judikatur des Conseil Constitutionnel eine Unterscheidung danach, ob der Gesetzgeber das Grundrecht in Frage stellt (*mise en cause*) oder ins Werk setzen will (*mise en œuvre*).²⁴⁹ Gesetzliche Garantien, die der Freiheit selbst zugute kommen, werden bei der gerichtlichen Kontrolle privilegiert und die Rüge der Verletzung des Grundrechts als nicht substantiiert zurückgewiesen.²⁵⁰ Dabei zeigt die Judikatur des Conseil durchaus, dass es bei den Grundrechtsbetroffenen durch eine solche Vorschrift zu empfindlichen Belastungen kommen kann. Die Abgrenzung ist jedoch nicht trennscharf, es scheint, dass eine fehlerhafte Förderung des Grundrechts in einen Eingriff „umschlägt“.²⁵¹

²⁴⁸ S. die Darstellung bei *Hochmann*, in: *Droits constitutionnels français et allemand*, S. 398 ff. Rn. 717 ff., die sich sehr am deutschen dreistufigen Grundrechtsaufbau orientiert.

²⁴⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., III., 1., b), S. 267 ff.; Nachweise bei *Vidal-Naquet*, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, S. 387 ff. Rn. 721 ff.

²⁵⁰ So auch der Eindruck bei *Classen*, *JöR n. F.* 36 (1987), 29 (40 f.).

²⁵¹ *Vidal-Naquet*, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, S. 390 Rn. 726.

Dem Zweck der gesetzgeberischen Intervention kommt also bei der Determinierung verfassungsrechtlicher Maßstäbe für ein Gesetz entscheidende Bedeutung zu. Die Zwecksetzung mag wohl nicht für sich über die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kategorie bestimmen, sie ist aber von Bedeutung für die Kontrolldichte des Conseil Constitutionnel. Eine Systematisierung aus deutscher dogmatischer Sicht hat *Arnold*²⁵² vorgeschlagen, der die grundrechtseffektuiierende Ausgestaltung Art. 34 Verf. 1958 zuschlägt, während die sog. *conciliation* (Abwägung/Zuordnung) in Art. 4 DDHC verortet wird, was dem deutschen Verständnis der Herstellung praktischer Konkordanz im Anschluss an einen freiheitsbeschneidenden Eingriff entsprechen soll. Dass das französische Verfassungsrecht und insbesondere die Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel nicht nach dieser Klipp-Klapp-Logik funktioniert und ohne die Unterstützung einer richtigen Grundrechtsdogmatik, die einen allgemeinen Teil der Grundrechte systematisiert,²⁵³ auch nicht funktionieren kann, zeigen die bereits dargestellten Judizien zum Medienverfassungsrecht.²⁵⁴ Denn der Conseil verknüpft die Kompetenzzuweisung des Art. 34 Verf. 1958 mit Art. 11 DDHC und verlangt vom Gesetzgeber „de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression“. Wie gezeigt wurde, entspringt diese Aufgabe zur *conciliation* aber gerade aus der Rundfunkfreiheit selbst, um die Voraussetzungen der Grundrechtsausübung herzustellen und das Grundrecht so durch seine Intervention effektiver machen will – diese effektuierende Funktion des Gesetzes weist *Arnold* aber dem ausgestaltenden Gesetz nach Art. 34 Verf. 1958 und dem *loi conciliant* zu. Auch *Arnold* hat selbst erkannt, dass diese Judizien des Conseils seine These von zwei voneinander zu trennenden Kategorien nicht stützen, so dass er hierin eine „unechte *conciliation*“²⁵⁵ erblicken will, also einen Etikettenschwindel. Es dürfte sich jedoch nicht um eine mediengrundrechtliche Ausnahme einer Regel handeln, denn auch die Entscheidungen zur unternehmerischen Freiheit des *Avocats* und der Prozessgrundrechte aus Art. 16 DDHC verweisen auf Art. 34 Verf. 1958 als Grundlage der gesetzgeberischen Intervention und sprechen gleichwohl später von einer *conciliation*.²⁵⁶ Es wäre unzutreffend zu behaupten, dass Art. 16 DDHC als rechtenschutzverbürgende Vorschrift nicht einer gesetzgeberischen Intervention bedarf.²⁵⁷ Mit *Classen* ist deshalb von einem sehr

²⁵² *Arnold*, JöR n. F. 38 (1989), 197 (197 ff., 208 ff.).

²⁵³ So aus deutscher Sicht auch *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (217 f.).

²⁵⁴ So *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 91 Fn. 106.

²⁵⁵ *Arnold*, JöR n. F. 38 (1989), 197 (215).

²⁵⁶ Vgl. Kap. 3, § 1, B., II., 1., b), S. 259.

²⁵⁷ Ausdrücklich CC, Entsch. v. 6.7.2016 – Nr. 2016-551 QPC, Rn. 7 – M. Éric B. (Conditions tenant à l'exercice de certaines fonctions ou activités en France pour l'accès à la profession d'avocat).

weiten Ausgestaltungsbegriff auszugehen, der nicht nur in Deutschland vielmals als ausgestaltungsbedürftig empfundene Grundrechte betrifft, sondern vielmehr das in Deutschland vorherrschende Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrt: Ausgestaltung ist keine Ausnahme, sondern die Regel.²⁵⁸ Damit sind schablonenhafte Vergleiche von vorneherein zum Scheitern verurteilt.²⁵⁹ Um die besondere Rolle des Gesetzgebers i. R. d. Art. 34 Verf. 1958 zu verdeutlichen, wird von Ausgestaltung gesprochen.

II. Gesetzgeberische Zuständigkeit

Zwei Vorschriften des Verfassungsrechts bringen die Aufgabe des Gesetzes zum Ausdruck: Art. 34 Verf. 1958 (dazu unter 1.) und Art. 4 DDHC (dazu unter 2.).

1. Art. 34 Verf. 1958

a) Verfassungsrechtliche Grundentscheidung des Art. 34 Verf. 1958

Art. 34 Verf. 1958 bestimmt (u. a.), dass „La loi fixe les règles concernant: les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...]“. Die „garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques“ gehören also zur *domaine de la loi* und stellen dort eine der wichtigsten Fallgruppen dar.²⁶⁰ Die Vorschrift versteht sich vor ihrer Historie.²⁶¹ Die Zeit vor 1958 war durch Widersprüchlichkeiten geprägt. Zum einen war das Parlament allmächtig; das Gesetz konnte jeden Lebenssachverhalt regulieren. Auf der anderen Seite erlebte die III. und IV. République trotz der Allmacht des Parlaments eine sehr weitgehende Preisgabe parlamentarischer Zuständigkeiten zugunsten der Exekutive, ohne dass die Verfassung dies verhindern konnte. Sie kannte keinen Kernbestand parlamentarischer Kompetenz.²⁶² Sucht man gleichwohl nach einer Materie, die nach der *tradition républicaine* eindeutig dem Gesetzgeber zugewiesen sein muss, gelangt man zur Grundrechtsausgestaltung.²⁶³ Art. 34 Verf. 1958 begründet eine sehr große Reichweite der *domaine de la loi* im Grundrechtsbereich (dazu unter aa)). Art. 34 Verf. 1958 schützt aber nicht nur die *domaine de la loi* vor exekutiven Übergriffen, sondern, wenn notwendig, auch gegen das Parlament selbst, wenn dieses es unterlässt, einen den Mindestanforderungen genügenden einfachgesetzlichen Normbestand zum Schutz des Grundrechts zu schaffen (dazu unter bb)).

²⁵⁸ So Classen, JöR n. F. 68 (2020), 213 (229 f.).

²⁵⁹ Vgl. F. Michl, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 8 ff.

²⁶⁰ Tremeau, La réserve de loi, S. 258.

²⁶¹ Priet, RFDC 1994, 59 (60 f.) spricht von „effets pervers de la toute puissance du parlement avant 1958“; Braud, La notion de liberté publique en droit français, S. 389.

²⁶² Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État I, S. 596 ff.; anders aber Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé, S. 618.

²⁶³ Braud, La notion de liberté publique en droit français, S. 389.

aa) Eine weite Kompetenz zur Grundrechtsausgestaltung

Die Kompetenz des Gesetzgebers für die Grundrechte wird als sehr weitgehend wahrgenommen – zum einen durch die vielen geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechte im *bloc de constitutionnalité*, als auch dadurch, dass die DDHC selbst oftmals einen Gesetzesvorbehalt begründet, der neben Art. 34 Verf. 1958 tritt.²⁶⁴ So folgt die Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Wissenschaftsfreiheit nicht nur aus Art. 34 Verf. 1958, sondern zugleich aus Art. 11 DDHC und der (als PFRLR anerkannten) Unabhängigkeitsgarantie der Hochschullehrer.²⁶⁵ Art. 34 Verf. 1958 steht einer gesetzlichen Vorschrift entgegen, die einer anderen *autorité* als dem Gesetzgeber ein „pouvoir discrétionnaire“ einräumt.²⁶⁶ Es darf nicht zu einer Situation kommen, in der andere Stellen bei der Anwendung des Gesetzes arbiträr handeln. Für die Grundrechte soll dies verhindert werden dadurch, dass die „garanties fondamentales“ für die Ausübung des Gesetzes durch den Gesetzgeber getroffen werden und nicht durch andere Stellen. Institutionelle Sicherungen der Grundrechte sind deshalb vorzusehen.²⁶⁷ Der Begriff der *garanties fondamentales* wurde im Schrifttum früher grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten verstanden.²⁶⁸ Man könnte die Vorschrift so verstehen, wonach der Gesetzgeber die essentiellen, wesentlichen Punkte und Leitlinien einer Materie festlegen muss und die Regierung auf Modalitäten und Vollzugsregelungen beschränkt ist, sie also nur das „Bild vervollständigen darf“.²⁶⁹ Ein anderes, weniger intuitives Verständnis hat unter *garanties fondamentales* dasjenige verstanden, was den bereits bestehenden Regeln extrahiert werden konnte. Die Garantien bestehen in einer solchen Perspektive bereits, sie müssen nur noch ausgesprochen werden.²⁷⁰ Dies führt dazu, dass *fondamentales* nicht mit *essentiels* gleichbedeutend ist, sondern vielmehr sich im Bezug auf den vorherigen Rechtsrahmen und der hiervon eingeführten Abweichung beurteilt.²⁷¹ Gegen diese Konzeption des Art. 34 Verf. 1958 bestehen grundlegende Einwände, denn sie führen zu einer nicht sachgerechten Beschneidung der *domaine de la loi* und verkennen die Funktion der durch Art. 34 Verf. 1958 auferlegten Aufgabe, die durch die Verfassung gestaltend und ordnend angelegt ist. Gleichwohl ist die Frage, ob es sich um eine *garantie fondamentale* handelt, tendenziell zu bejahen, wenn es sich um eine tradierte Vorschrift handelt, die bereits in früheren republikanischen

²⁶⁴ Tremeau, La réserve de loi, S. 260.

²⁶⁵ CC, Entsch. v. 28.7.1993 – Nr. 93-322 DC, Rn. 12 – Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel; vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., II., 2., b), S. 228 ff.

²⁶⁶ S. nur CC, Entsch. v. 18.9.1986 – Nr. 86-217 DC, Rn. 22 – Loi relative à la liberté de communication.

²⁶⁷ CC, Entsch. v. 28.7.1993 – Nr. 93-322 DC, Rn. 12 – Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

²⁶⁸ Nachweise bei Braud, La notion de liberté publique en droit français, S. 390 ff.

²⁶⁹ Fournier, SchlA. zu CE, Urt. v. 18.5.1960 – Nr. 47.045, Rec. S. 333 f. – Sieur Karle.

²⁷⁰ So versteht Cohen, RDP 1963, 745 (755) den Conseil Constitutionnel in CC, Entsch. v. 27.11.1959 – Nr. 59-1 L – Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance Nr. 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne.

²⁷¹ Vincent, AJDA 1965, 564 (570).

Regimen den Freiheitsschutz verwirklicht hat und nun aufgegeben werden soll oder eine grundlegende Umstrukturierung einer Materie erfolgt.²⁷² Anders ist dies, wenn nur innerhalb eines bestehenden Prinzips Modifikationen vorgenommen werden. Diese bereits bestehenden Grundsätze darf deshalb ein Dekret nicht in Frage stellen. Festzuhalten ist jedenfalls, dass „La loi a le privilège de l’essentiel ou du ‚fondamental‘ [...]“.²⁷³ Dem Gesetzgeber obliegen solche Vorschriften, die „les conditions d’exercice et d’existence“²⁷⁴ des Grundrechts sichern. Diese Pflicht zur Gesetzgebung bleibt aber schwierig zu präzisieren und der knappe Stil der Entscheidungen des Conseils erleichtert dem Gesetzgeber diese Abgrenzungsfrage nicht. Der flexible Maßstab setzt sich zudem fort, wenn der Conseil nicht für alle Grundrechte einen einheitlichen Konkretisierungsgrad für die *garanties fondamentales* verlangt: Während das Eigentumsgrundrecht (Art. 17 DDHC) womöglich geringer konkretisierte Garantien verlangt,²⁷⁵ hat der Conseil insbesondere für die Medienfreiheiten, die Lehrfreiheit und die Fortbewegungsfreiheit strengere Maßstäbe angelegt.²⁷⁶ Zumindest bei den Medienfreiheiten steht dies offen in unmittelbarem Zusammenhang mit der dienenden Konzeption des Grundrechts, denn es ist gerade diese Finalität, die der Gesetzgeber selbst absichern muss – er darf die Rechtsetzung, die notwendig ist, nicht delegieren, auch nicht auf unabhängige Aufsichtsbehörden.

bb) Eine auszuschöpfende Kompetenz zur Grundrechtsausgestaltung

Die *incompétence négative* ist aus dem Verwaltungsrecht bekannt. Sie adressiert in Abgrenzung zur formellen Illegalität der *compétence positive*, also wenn eine Behörde in die Zuständigkeit einer anderen Behörde übergreift, das Verhalten einer Autorität, wenn diese in unzureichender Weise von einer Ermächtigung zum Handeln Gebrauch gemacht hat.²⁷⁷ Ihr jeweiliges Auftreten im Verwaltungs- und Verfassungsrecht unterscheiden sich jedoch.²⁷⁸ Im Verwaltungsrecht bezeichnet die *incompétence négative* eine Verletzung einer verschiedenen Zuständigkeiten „koordinierenden“ Ermächtigungsgrundlage, während im Verfassungsrecht vielmehr ein „hierarchisches“ Verhältnis der Ermächtigungsgrundlagen – Art. 34 Verf. 1958 und das einfache Gesetz – im Raum steht.²⁷⁹ Deshalb überzeugt die Einordnung –

²⁷² So wohl auch Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, S. 393; für eine Kombination beider Ansätze auch Cohen, RDP 1963, 745 (754).

²⁷³ Priet, RFDC 1994, 59 (76).

²⁷⁴ Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, S. 529 Rn. 970.

²⁷⁵ So nachvollziehbar Priet, RFDC 1994, 59 (78), unter Hinweis auf CC, *Entsch. v. 17.7.1985 – Nr. 84-189 DC*, Rn. 16 ff. – *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d’aménagement*.

²⁷⁶ Zutreffend Tremeau, *La réserve de loi*, S. 259.

²⁷⁷ Tusseau, *Les normes d’habilitation*, S. 436.

²⁷⁸ Priet, RFDC 1994, 59 (61 ff.); Schmitter, *Annuaire de justice constitutionnelle* 1989, 137 (142 ff.) – Die Rüge einer *incompétence positive*, also wenn das Parlament in eine der Regierung zugewiesene Sachmaterie übergreift, geht ins Leere, denn die Regierung kann jederzeit selbst Recht setzen (vgl. CC, *Entsch. v. 16.1.1982 – Nr. 81-132 DC – Loi de nationalisations*).

²⁷⁹ Tusseau, *Les normes d’habilitation*, S. 438 f.

parallel zum Verwaltungsrecht – als Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit nicht.²⁸⁰

(1) *Grundlage der incompétence négative*

Eine *incompétence négative* setzt voraus, dass überhaupt eine Zuständigkeit des Gesetzgebers durch die Verfassung begründet ist.²⁸¹ Ist dem so, sanktioniert der Conseil eine ein Untermaß verletzende Zurückhaltung bei der Normsetzung. Denn das Gesetz ist der Ausdruck der Volkssouveränität und der *volonté générale* (vgl. Art. 6 DDHC). Der Conseil verlangt deshalb vom Gesetzgeber einen Minimalbestand an einfachgesetzlichen Vorschriften und dass er seine durch die Verfassung verliehene Kompetenz im Interesse der Grundrechtsberechtigten auch ausschöpft.²⁸² Wenn der Conseil Constitutionnel dem Gesetzgeber vorwirft, „qu’il a méconnu sa compétence“²⁸³, „que le législateur a méconnu l’étendue de la compétence“²⁸⁴ oder „qu’il est resté en deçà de la compétence qui est la sienne“;²⁸⁵ dann ist das Gesetz nichtig wegen einer *incompétence négative*. Es geht nicht darum, die Kompetenzverteilung zwischen Regierung und Parlament zu verteidigen, sondern einen effektiven Gebrauch der Ermächtigungsgrundlage des Art. 34 Verf. 1958 zu sichern.²⁸⁶ Das verfassungsrechtliche Handlungsgebot zielt nicht nur darauf ab, dass überhaupt der Gesetzgeber handelt, sondern das Gesetz muss seinem Inhalt nach die Freiheitsverwirklichung ermöglichen.²⁸⁷ Die wichtigste Fallgruppe stellt die Ermächtigung anderer Stellen zum Normerlass dar, der Kreis der Delegaten, neben der Regierung, ist in der Judikatur kaum zu überblicken.²⁸⁸ Der Conseil liest aus der Kompetenzzuweisung des Art. 34 Verf. 1958 ein Mindestmaß an Vorbestimmung für die gesetzliche Ermächtigung einer anderen Stelle heraus; es ist aufgrund des Art. 34 Verf. 1958 „pas loisible au législateur d’abandonner totalement au pouvoir discrétionnaire du gouvernement cette fixation“.²⁸⁹ Doch auch

²⁸⁰ So aber die Einordnung als „cas d’ouverture“ der „légalité externe“ bei *D. Rousseau/Gahdoun/Bonnet*, *Droit du contentieux constitutionnel*, S. 343 Rn. 490 und auch bei *Rivero*, *AJDA* 1976, 44 (45); wie hier *Priet*, *RFDC* 1994, 59 (70), der die Parallele zum (materiellrechtlichen) cas d’ouverture des erreurs de droit zieht.

²⁸¹ CC, *Entsch. v. 20.3.1997 – Nr. 97-388 DC*, Rn. 17 – *Loi créant les plans d’épargne retraite*.

²⁸² *Priet*, *RFDC* 1994, 59 (59).

²⁸³ Bspw. CC, *Entsch. v. 27.7.2000 – Nr. 2000-433 DC*, Rn. 61 – *Loi modifiant la loi Nr. 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

²⁸⁴ Bspw. CC, *Entsch. v. 22.9.2010 – Nr. 2010-33 QPC*, Rn. 4 – *Société Esso SAF (Cession gratuite de terrain)*.

²⁸⁵ Bspw. CC, *Entsch. v. 30.12.1987 – Nr. 87-239 DC*, Rn. 5 – *Loi de finances rectificative pour 1987*.

²⁸⁶ *Fallon*, *L’abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, S. 329 Rn. 897.

²⁸⁷ *Galletti*, *RFDC* 2004, 387 (389) spricht anschaulich von der „obligation de bien légiférer“.

²⁸⁸ Für Nachweise s. *D. Rousseau/Gahdoun/Bonnet*, *Droit du contentieux constitutionnel*, S. 343 f. Rn. 491.

²⁸⁹ CC, *Entsch. v. 20.7.1983 – Nr. 83-162 DC*, Rn. 18 – *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, s. dort auch Rn. 27 („il n’appartenait pas au législateur de conférer purement et simplement au Gouvernement le pouvoir discrétionnaire“).

wenn der Gesetzgeber die Rechtsetzung nicht an eine andere Stelle delegiert, sondern schlicht und einfach ein unvollständiges Gesetz vorlegt, kann es aufgrund dieses gesetzgeberischen Schweigens zur *incompétence négative* kommen.²⁹⁰ Der Grund ist letztlich der, dass aufgrund der Lücke des Gesetzes eine nicht ermächtigte Stelle sich herausgefordert fühlen wird, die Lücke zu schließen.²⁹¹ Das Beispiel der Vorschrift des *règlement intérieur* der Kammer in Lille zum Verbot des Tragens von religiösen Zeichen zur Robe demonstriert dies. Weil der Gesetzgeber die Frage der Neutralität der *Avocats* nicht ausdrücklich geregelt hat, die Rechtsetzungsermächtigung an die Regierung in Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971 womöglich zu unbestimmt ist, aber jedenfalls die Regierung keine Vorschrift erlassen wollte, hat sich die Rechtsanwaltskammer Lille der Frage „angenommen“ – unter Inanspruchnahme einer in casu nach hier vertretener Auffassung nicht einschlägigen Kompetenz.²⁹² Art. 34 Verf. 1958 und die Figur der *incompétence négative* schützen also nicht nur im Rahmen tatsächlicher Delegation auf andere Stellen, sondern auch präventiv, wenn das Gesetz schweigt. Der Gesetzgeber und das Gesetz als Ausprägung des tradierten *légitimité*²⁹³ sollen geschützt und zugleich gefordert werden. Eng verwandt mit der *incompétence négative* ist die Pflicht des Gesetzgebers, ein klares, für den Adressaten zugängliches und verständliches (*claire, accessible et intelligible*) Gesetz zu verfassen.²⁹⁴ Dies wird besonders deutlich, wenn der Conseil den Gesetzgeber erinnert, dass die Vorschriften der Verfassung „imposent d’adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d’arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n’a été confiée par la Constitution qu’à la loi“²⁹⁵ (Hervorhebungen nur hier).

(2) Kontrolldichte des Conseil Constitutionnel

An sich stellt der Conseil nur fest, dass der Gesetzgeber seine Kompetenz nicht vollständig ausgeschöpft hat. Die bei der konkreten Umsetzung der Entscheidung zu treffenden Abwägungen sind politisch und dem Gesetzgeber vorbehalten.²⁹⁶

²⁹⁰ Vgl. *Luchaire*, D. 1986, 345; *Vidal-Naquet*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 46, 2015, 7 (8f.).

²⁹¹ *Priet*, RFDC 1994, 59 (71).

²⁹² Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), cc), S. 240 ff.

²⁹³ Auf dieses Merkmal des französischen öffentlichen Rechts abstellend auch *Priet*, RFDC 1994, 59 (73).

²⁹⁴ *Fallon*, L’abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux, S. 328 f. Rn. 895 f.; *Vidal-Naquet*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 46, 2015, 7 (10f.).

²⁹⁵ CC, Entsch. v. 12.8.2004 – Nr. 2004-503 DC, Rn. 29 – Loi relative aux libertés et responsabilités locales.

²⁹⁶ *Fallon*, L’abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux, S. 333 f. Rn. 905. – Bereits *Vincent*, AJDA 1965, 564 (576) sah in Art. 34 Verf. 1958 die Gefahr des „gouvernement des juges“ angelegt.

Gleichwohl finden sich Judizien, gerade wenn dem Gesetzgeber eine *incompétence négative* in Bezug auf ein Grundrecht zur Last fällt, die den politischen Handlungsspielraum signifikant verengen und die unterbliebenen Maßnahmen ausbuchstabieren.²⁹⁷ Insbesondere die Judikatur des Conseils zu den dienenden Freiheiten – Medienfreiheit und Unabhängigkeit des Lehrenden – lassen wenig Zurückhaltung erkennen.²⁹⁸ Der Conseil hat eine bestimmte Vorstellung, wie die Verfassung diese Grundrechte konzipiert hat und was der Gesetzgeber zur Realisierung dieser Funktion zu tun und unterlassen hat. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist auf die Finalität dieser Grundrechte verengt.

b) Gesetzgeberische Zuständigkeit im Rechtsdienstleistungsrecht

Die Rüge der *incompétence négative*, also der Vorwurf an den Gesetzgeber, seine aus Art. 34 Verf. 1958 fließende Zuständigkeit, um die Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung herzustellen, nicht vollumfänglich ausgeübt zu haben, ist auch im Bereich des Rechtsdienstleistungs- und Berufsrechts ein häufiger Angriffsgrund, der jedoch nur selten verfährt.

aa) Regelung der anwaltlichen Aufgaben

Der Conseil d'État²⁹⁹ hat in einer frühen Entscheidung die Reichweite des Art. 34 Verf. 1958 bei den Vorbehaltsaufgaben herausgearbeitet und sich für eine sehr enge Auslegung entschieden. In seiner Chevrot-Entscheidung aus 1969³⁰⁰ verweigerte er die Annullierung eines Dekrets, das es Parteien ermöglichte, in bestimmten Verfahren sich selbst ohne die Mitwirkung eines *Avoué* zu vertreten. Der Kläger Chevrot, der als *Avoué* zugelassen war, rügte die Verletzung des Art. 34 Verf. 1958, da eine *garantie fondamentale* einer *liberté publique* betroffen sei. Der nicht explizit gemachte Grund für die Klageabweisung dürfte gewesen sein, dass der Conseil d'État die Regelungen über das Monopol der *Avocats* und der *Avoués* nicht als Teil einer diesen zugewiesenen *liberté publique* qualifiziert. Die Vorschrift schränke hingegen die *liberté publique*, die dem Rechtsuchenden zugewiesen sei – sein Recht auf qualifizierten juristischen Beistand – nicht ein, denn er könne sich weiterhin vertreten lassen; nur die Pflicht entfalle.³⁰¹ Es erscheint hier jene prägende Unterscheidung zwischen normativen Beschränkungen der anwaltlichen Tätigkeit, die sich auf den Rechtsuchenden auswirken und jenen, die nur die Sphäre des

²⁹⁷ Vgl. auch *Priet*, RFDC 1994, 59 (79).

²⁹⁸ CC, Entsch. v. 18.9.1986 – Nr. 86-217 DC – Loi relative à la liberté de communication; CC, Entsch. v. 28.7.1993 – Nr. 93-322 DC – Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

²⁹⁹ Zu den Besonderheiten der Kontrolle des Conseil d'État, vor allem bei einem *recours d'excès de pouvoir*, s. die Ausführungen bei *Gaté*, in: Luchaire/Conac/Prétot, Cons. RF, Art. 34, S. 900 ff.

³⁰⁰ CE, Urt. v. 3.12.1969 – Nr. 74936 – *Sieur Chevrot*.

³⁰¹ Vgl. *Renoux*, Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, S. 370.

Rechtsberaters berühren³⁰². Die Wirkweise des Art. 34 Verf. 1958 wird auch deutlich daran, dass es der Regierung verfassungsrechtlich möglich war, die bis dato bestehende absolut geltende Inkompatibilität von anwaltlichen und gewerblichen Tätigkeiten zu beseitigen. Durch das Dekret Nr. 2016-882 v. 29.6.2016 wurde Art. 111 des Dekrets v. 27.11.1991 dahingehend geändert, dass die Inkompatibilität mit gewerblichen Tätigkeiten kein Hindernis ist für „la commercialisation, à titre *accessoire*, de biens ou de services *connexes* à l'exercice de la profession d'avocat si ces biens ou services sont *destinés* à des clients ou à d'autres membres de la profession“ (Hervorhebungen nur hier).³⁰³ Damit können Avocats nun auch als Legal-Tech-Anbieter agieren; der Verordnungsgeber hat so Schritte hin zu einem Level-Playing-Field unternommen.³⁰⁴ Die Zuständigkeit der Regierung war weder durch die anwaltliche unternehmerische Freiheit, die rein tatsächlich sehr stark gefördert wird durch dieses Gesetz, noch durch die Schutzverantwortung für Art. 16 DDHC in Zweifel gezogen. Denn auch die gewerbliche akzessorische Tätigkeit unterliegt vollständig der anwaltlichen *déontologie*, also dem Pflichtenregime, so dass der Schutz der Rechtsuchenden gesichert ist und Art. 16 DDHC keine Regelung des Gesetzgebers gebietet.

bb) Regelung der beruflichen Qualifikationen

Es ist mithin unter dem Aspekt des Art. 16 DDHC verfassungsrechtlich zulässig, aber auch geboten, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes v. 31.12.1971 das Berufsrecht über weite Strecken regelt. Besonders deutlich wird dies bei der beruflichen Qualifikation des Avocats. Denn in seiner Entscheidung Nr. 2016-551 QPC hat der Conseil Constitutionnel die Frage nach juristischen Kompetenzen eines Erbringers von Rechtsdienstleistungen unmittelbar dem Art. 16 DDHC zugeordnet. Es ist also nicht die unternehmerische Freiheit des Avocats, die eine Zuständigkeit des Gesetzgebers begründet und jene der Regierung verdrängt, sondern es sind die in Art. 16 DDHC zugunsten des Mandanten garantierten Prozessgrundrechte, die dem Gesetzgeber eine Ordnungspflicht auferlegen. Der Conseil Constitutionnel hat diese Rechtsprechung nochmals bestätigt.³⁰⁵ Der Premier Ministre

³⁰² Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., III., b) und c), S. 267 ff.

³⁰³ Damit ist, wie der Wortlaut verdeutlicht, wohl keine echte Zweitberufsfreiheit verbunden, auch wenn im berufsrechtlichen Schrifttum von einer „*activité distincte*“ im Verhältnis zur anwaltlichen Berufsausübung gesprochen wird (*Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 432.103). Die vom Verordnungsgeber angestrebte Auflockerung der Unvereinbarkeit dürfte vielmehr auf Tätigkeiten zielen, die in Deutschland nicht unter § 7 Nr. 8 BRAO fallen würden, sondern unter die prinzipale anwaltliche Berufsausübung (s. *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, § 7 BRAO Rn. 107).

³⁰⁴ So mit plausiblen Argumenten auch *Scillato de Ribalsky*, L'avocat face à la justice du 21^e siècle, S. 336 f. Rn. 372 ff.; so auch die Mitteilung in *Gaz. Pal.* v. 16.10.2018, Nr. 3, S. 7, wo darauf hingewiesen wird, dass es zu einer Flucht der Jugend aus dem Barreau komme, weil Legal-Tech-Angebote nicht innerhalb der Profession entwickelt werden konnten; *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 432.81, 432.81 ff. gehen hierauf schlicht nicht ein.

³⁰⁵ CC, Entsch. v. 15.4.2021 – Nr. 2021-292 L, Rn. 2 ff. – Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi Nr. 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de

beantragte ein „déclassement“ nach Art. 37 Abs. 2 Verf. 1958 von mehreren Vorschriften des Gesetzes v. 31.12.1971, damit er diese durch Dekret ändern durfte, weil sie seiner Auffassung nach nicht unter Art. 34 Verf. 1958 fallen. Die Vorschriften betrafen den Zugang zur und die Ausbildung auf der Anwaltschule. Der Conseil wies den Antrag überwiegend zurück, weil die Voraussetzung einer Maîtrise unmittelbar dem Schutz des Art. 16 DDHC zuzuordnen sei, so dass hierin eine „garantie fondamentale“ für die Grundrechte der Rechtsuchenden zu sehen sei. Das gleiche gelte für die gesetzlich vorgeschriebene Dauer der theoretischen Ausbildung (18 Monate) auf der Anwaltschule. Auch sie sei für den Rechtsuchenden eine garantie fondamentale, so dass weiterhin diese Fragen der Gesetzgeber regeln muss.

cc) *Regelung der Berufspflichten*

Die Wirkweise des Art. 34 Verf. 1958 im anwaltlichen Berufsrecht wird an Entscheidungen zur Reichweite der gesetzgeberischen Kompetenz für die Berufspflichten wie für das anwaltliche Werberecht deutlich:

Déontologie und Art. 34 Verf. 1958: Auf zwei QPC-Vorlagen der Cour de Cassation zu Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971 bezüglich der durch Dekret geregelten Vorschriften der Deontologie, des Disziplinarverfahrens und des Honorars hat der Conseil Constitutionnel³⁰⁶ keine Verletzung des Art. 34 Verf. 1958 ausmachen können, allerdings vor allem die Festlegung der Berufspflichten unter dem Gesichtspunkt der ausschließlichen Kompetenz des Gesetzgebers für das materielle und prozessuale Strafrecht geprüft und nicht anhand der ausschließlichen Kompetenz für die Ausübung der Grundrechte. Für den Conseil Constitutionnel folgt aus der Grundkonzeption des Berufsrechts – Disziplinierung durch den Conseil de discipline und reglementierter Beruf – dass der Gesetzgeber die Entscheidung einer grundsätzlichen Ahnung von Berufsrechtsverstößen selbst getroffen hat und der Regierung nur die genaue Ausgestaltung überlassen hat. Ihm fällt also keine *incompétence négative* zur Last.

Anwaltliches Werberegime und Art. 34 Verf. 1958: Der Conseil d'État war mit einem prinzipalen Angriff des Dekrets v. 12.7.2005 befasst, jedoch nicht soweit es die déontologie betraf, sondern das anwaltliche Werberecht. Die Ermächtigung für ein Dekret findet sich in Art. 3 *bis*, der im Unterschied zu Art. 53 keine Leitlinien für die Rechtsetzung vorgibt, allerdings selbst regelt, dass „Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée“. Das Dekret darf also anwaltliche Werbung

certaines professions judiciaires et juridiques: Ein déclassement erfolgte nur für den privilegierten Zugang von Doktoren zur Ausbildung und Regelungen, die sich auf die Voraussetzungen für die Erteilung eines mit dem Fachanwalt vergleichbaren Titels beziehen.

³⁰⁶ CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-171/178 QPC, Rn. 5 f. – Michel C. et autres; vgl. für Disziplinarverfahren bereits CC, Entsch. v. 3.3.2005 – Nr. 2005-198 L, Rn. 4 – Nature juridique de dispositions du code des juridictions financières ergangen.

nicht mehr grundsätzlich verbieten. Der Conseil d'État lehnt die Einleitung eines QPC-Verfahrens schlicht mit der apodiktischen Feststellung ab, dass keine exklusive Zuständigkeit des Gesetzgebers nach Art. 34 Verf. 1958 bestehe.³⁰⁷ Die zuvor ergangene Entscheidung des Conseil Constitutionnel ist sicherlich das tragende Motiv des Beschlusses – die unterschiedliche Formulierung der Ermächtigungen sowie unterschiedliche Prüfungsschwerpunkte der Varianten des Art. 34 Verf. 1958 bringen kein derartiges Gewicht mit sich, um erneut vorzulegen. Zudem hat der Gesetzgeber die grundsätzliche Erlaubtheit als Programm vorgegeben.

Der Gesetzgeber ist also nach Art. 34 Verf. 1958 verpflichtet, die wesentlichen Grundstrukturen der Anwaltsprofession und ihr Berufsrecht selbst zu regeln. Dies ist vor allem ihr Charakter als reglementierter Beruf und die institutionelle Selbstverwaltung. Hieraus sich ergebende Schlussfolgerungen darf der Verordnungsgeber treffen, vor allem weil der Gesetzgeber diesem in Art. 53 vorgegeben hat, dass er seine Rechtsetzung anhand des „respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession“ ausrichten muss. Gerade bei den von Art. 53 adressierten Berufspflichten (*déontologie*) bleibt dem Dekret deshalb kaum Raum für eine freihändige (und willkürliche) Festlegung von neuartigen Berufspflichten oder deren Beseitigung, weil dies wiederum möglicherweise die Zuständigkeit des Gesetzgebers über Art. 34 Verf. 1958 aufgrund der Schutzpflicht für den Mandanten aktivieren würde. Der Avocat als Normadressat ist sich gewahr, dass das Dekret an die in Frankreich seit Jahrhunderten durch die Selbstverwaltung ausgeformten tradierten Berufspflichten anknüpfen muss. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Eides (Art. 3) und der Überwachungsaufgabe des Conseils de l'ordre (Art. 17 Nr. 3) selbst sehr allgemeine Pflichten festgelegt hat, die das Dekret in spezifische Pflichten (Verbot widerstreitender Interessen oder Verschwiegenheit) auffächert. Der Conseil wählt als Auslöser des „Gesetzesvorbehaltes“ aus Art. 34 Verf. 1958 nicht die unternehmerische Freiheit des Avocats, sondern die Prozessgrundrechte des Art. 16 DDHC.

2. Gesetzgeberische Interventionen im Rahmen des Art. 4 DDHC

a) Konzept des Art. 4 DDHC im Allgemeinen

Da die unternehmerische Freiheit, inklusive der Vertragsfreiheit in Art. 4 DDHC verankert ist, ist dessen im Wortlaut zu Tage tretende Konzeption von besonderer Bedeutung. „Freiheit besteht darin alles zu tun, was anderen nicht schadet; die Ausübung der natürlichen Freiheit hat nur jene Grenzen, die den anderen Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss der gleichen Rechte sichert. Jene Grenzen können nur durch das Gesetz festgelegt werden.“ Die Vorschrift drückt die gesamte Unsicherheit des Jahres 1789 aus – zwischen naturrechtlicher Freiheit als Prinzip und einer

³⁰⁷ CE, Urt. v. 18.2.2015 – Nr. 386296, Rn. 2 (zur Nichteinleitung des Normenkontrollverfahrens).

gesetzeszentristischen Perspektive, die das einfache Gesetz als Ausdruck der *volonté générale* zur Quelle jeglicher freien Entfaltung erhebt. Steht bei Art. 4 DDHC die Begrenzung oder das Umgrenzte im Mittelpunkt; also die Freiheitsbeschränkung oder die Freiheit selbst? Die naturrechtliche Freiheit scheint sich jedenfalls durch den Text des Art. 4 DDHC in eine bürgerliche Freiheit zu transformieren und ihren sakralen Charakter zu verlieren. Dies wird schon deutlich daran, dass die Norm sich an einer Definition von Freiheit („*La liberté consiste ...*“) versucht und dann auch noch ein bestimmtes Verhalten verbietet.³⁰⁸ Diese Begrenzung durch das Gesetz erfolgt gerade zur Sicherung der Freiheit, denn unbegrenzte Freiheit gefährdet die Freiheit in ihrer Gesamtheit durch damit einhergehende ungeordnete chaotische Zustände.³⁰⁹ Der Wortlaut spricht also bereits für eine einfache Begrenzungsmöglichkeit der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 4 DDHC; es geht um die Freiheit eines gemeinschaftsgebundenen Individuums, das nicht mehr Freiheit beanspruchen kann als sein Nächster: Freiheit und Gleichheit verbinden sich im Konzept des Art. 4 DDHC. Heute kommt bei Art. 4 DDHC besonders der Charakter der DDHC als „*living instrument*“ zum Tragen, denn der Conseil sieht in jener Vorschrift vor allem eine allgemeine Freiheit verwurzelt, die als Einfallstor ins Verfassungsrecht neuen Teilgewährleistungen verfassungsrechtlichen Rang ermöglicht.

b) *Liberté d'entreprendre*

Der Conseil Constitutionnel war sehr deutlich zu Beginn seiner Judikatur in Bezug auf die Grenzen der *liberté d'entreprendre*; die Freiheit sei weder allgemein noch absolut, sondern „*ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation institutée par la loi*“.³¹⁰ Sie sei also bedingt durch die einfachgesetzliche Ordnung.³¹¹ Etwas anders judizierte er, dass die unternehmerische Freiheit „*s'exerce dans le cadre d'une réglementation institutée par la loi*“;³¹² sie sei also eine Freiheit, die im Rahmen der Gesetze ausgeübt werde. Der Conseil hat diese Formulierungen in seinen folgenden Entscheidungen aufgeweicht und versucht, der *liberté d'entreprendre* den Status einer durch eine Sonderdogmatik geprägten Freiheit zu nehmen. Es sei dem Gesetzgeber eröffnet, die unternehmerische Freiheit durch verfassungsrechtliche Erfordernisse oder das Allgemeinwohl zu begrenzen, solange die Freiheit nicht ihre Natur verliere – vor Augen schwebt dem Conseil

³⁰⁸ *Gahdoun*, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 67 Rn. 73.

³⁰⁹ *Mastor*, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, S. 35 f. (zu Art. 4 DDHC); *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 167.

³¹⁰ CC, Entsch. v. 16.1.1986 – Nr. 85-200 DC, Rn. 4 – Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité; CC, Entsch. v. 20.3.1997 – Nr. 97-388 DC, Rn. 51 – Loi créant les plans d'épargne retraite; nur in der Formulierung, nicht aber in der Tragweite anders CE, Beschl. v. 17.12.2003 – Nr. 262471 – E. U. R. L. ECOSPHERE et de la S. A. R. L GÉNÉRAL SERVICES X.

³¹¹ Dies für zu weitgehend erachtend *P. Delvolvé*, Droit public de l'économie, S. 114 Rn. 74.

³¹² CC, Entsch. v. 20.3.1997 – Nr. 97-388 DC, Rn. 51 – Loi créant les plans d'épargne retraite.

eine Art Kernbereichsschutz, wo dem Gesetzgeber enge Grenzen aufgezeigt werden, während der Randbereich einer gesetzlichen Regelung offensteht, solange sein Handeln durch Allgemeinwohlinteressen oder Erfordernisse, die sich aus der Verfassung ergeben, motiviert ist. 2001 hat er ergänzt, dies gelte unter der Bedingung, dass hieraus keine im Hinblick auf das verfolgte Ziel unverhältnismäßige Einschränkung erfolge.³¹³ Von einer einfachgesetzlich-akzessorischen Freiheit hat der Conseil seine Kontrolle verfestigt zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.³¹⁴ Der Conseil Constitutionnel misst Gesetze also durchaus am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auch wenn die Nähe zum deutschen Modell nur eine oberflächliche zu sein scheint: Die Abgrenzung der verschiedenen Prüfungsschritte und ihre zwingende Reihung misslingt vielmals.³¹⁵ Der größte Unterschied liegt aber in den abstrakten verfassungsgerichtlichen Verfahren, die eine Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erschweren und für den Vollzug des Gesetzes und dessen Kontrolle keine Leitlinien entwickeln.³¹⁶

c) *Liberté contractuelle*

Für die Vertragsfreiheit unterscheidet der Conseil zwischen „lois contractuelles“ und einem „cadre légal“.³¹⁷ Nur die erste Kategorie führt zu einer Prüfung am Maßstab der Vertragsfreiheit, während die zweite Kategorie sich dadurch auszeichnet, dass ein allgemeiner rechtlicher Rahmen durch den Gesetzgeber geschaffen wird, der sich nicht speziell auf einen Vertrag bezieht. Dem Gesetzgeber kommt also eine Ausgestaltungsbefugnis zu, die sich von einem Grundrechtseingriff, der verhältnismäßig sein muss, unterscheidet. Theoretische Grundlage waren Vorarbeiten im Schrifttum,³¹⁸ die auf *Haurious* Lehre von der Institution zurückgriffen.³¹⁹ Der *cadre légal* wird als eine Schicht primärer Obligationen verstanden, auf die die Parteien eine weitere Schicht an Obligationen durch ihren Vertrag setzen. Er ist also der Ausgangspunkt der privatautonomen Verständigung zweier Individuen. Damit ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit dann anzunehmen, wenn direkt auf die Einigung eingewirkt wird. Erhöht der Gesetzgeber bspw. die Wohnsteuer, wird dies auch zu einer Erhöhung der Miete in absehbarer Zeit führen, gleichwohl soll kein Eingriff in die Vertragsfreiheit vorliegen, da die vertragliche Situation der Parteien durch das Gesetz nicht direkt berührt wird. Verfassungsrechtlich mag dann eine Frage sein, ob ein solches Gesetz Übergangsfristen bedarf, um keine un-

³¹³ CC, Entsch. v. 16.1.2001 – Nr. 2000-439 DC, Rn. 14 – Loi relative à l’archéologie préventive.

³¹⁴ *Letteron*, Libertés publiques, S. 576 Rn. 726.

³¹⁵ S. hierzu und im Folgenden *Hochmann*, AJDA 2021, 805 ff.

³¹⁶ *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (222, 238 f.).

³¹⁷ Nachweise aus der Rspr. bei *P. Delvolvé*, Droit public de l’économie, S. 148 f. Rn. 87.

³¹⁸ Hierzu *Gahdoun*, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 278 Rn. 311.

³¹⁹ Deshalb kritisch hierzu aufgrund des soziologischen Impetus *Gahdoun*, D. 2015, 779 ff.; vgl. zu dieser bereits in anderem Kontext Kap. 3, § 1, A., I., S. 213 ff.

billigen Härten auszulösen.³²⁰ Ein *loi contractuelle* greift direkt auf die vertragliche Einigung zu und verhindert das Entstehen der rechtlichen Bindung durch den Vertrag.

III. Maßstäbe der Vermessung der anwaltlichen *liberté d'entreprendre*

Bei seiner Ausgestaltung der anwaltlichen Freiheit unterliegt der Gesetzgeber im Ergebnis zwei bedeutenden Ausgestaltungsgeboten, die unmittelbar aus der Verfassung folgen: die Sicherung des Zugangs zu Gericht im Sinne einer Infrastrukturverantwortung für eine wirksame Rechtspflege wie die Funktionalisierung der anwaltlichen Berufsfreiheit, die aus der Natur der Tätigkeit des *Avocats* selbst folgt (dazu unter 2.). Wie jedes Ausgestaltungsgesetz muss auch jenes, das die anwaltlichen Grundrechte betrifft, allgemeinen Vorgaben genügen (dazu unter 1.).

1. Allgemeine Maßstäbe

a) Rückschrittsverbot (*effet cliquet*)

Angesichts der schwachen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte und der anwaltlichen Berufsfreiheit als solcher könnte man überlegen, dass das Grundrecht wenigstens davor schützen soll, dass einmal vorgenommene schützende Ausgestaltungen wieder zurückgenommen werden dürfen. In einer mediengrundrechtlichen Entscheidung hat der *Conseil Constitutionnel* ausgeführt, dass der Gesetzgeber die Ausübung des Grundrechts nur regeln könne, um dessen Ausübung effektiver zu gestalten.³²¹ Angesprochen war somit die Frage nach einem (dynamischen³²²) Rückschrittsverbot (*effet cliquet*). Die Folgen wären sehr weitreichend.³²³ Der Gesetzgeber wäre an eine einmal eingerichtete Garantie eines Grundrechts gebunden und könnte diese nicht mehr beseitigen, da er ansonsten unter das bisherige Schutzniveau des Grundrechts fallen würde.³²⁴ Es käme zu einer Konstitutionalisierung des einfachen Rechts und der Gesetzgeber wäre an der Abstimmung des Grundrechts mit anderen Grundrechten und Verfassungsprinzipien gehindert. Die in Deutschland bekannte Sorge vor einer Versteinigung durch Institutionalisierung drückt nichts anderes aus. Der französische Verfassungstext

³²⁰ *Gahdoun*, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, S. 282 Rn. 315.

³²¹ CC, *Entsch. v. 10./11.10.1984 – Nr. 84-181 DC*, Rn. 37 – *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

³²² Zur anhand des Moments der „retrogressiven Normsetzung“ vorgenommenen Unterscheidung zwischen einem statischen und einem dynamischen Rückschrittsverbot, *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 176 ff.

³²³ Weniger kritisch und für eine partielle Reaktivierung *Champeil-Desplats*, JP, Nr. 7, 2012, S. 15 ff.

³²⁴ Weniger strenge Maßstäbe für den Gesetzgeber hieraus ableitend aber *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union, S. 189 ff. – Jedoch versteht er den *effet cliquet* nicht so eng, wie er ursprünglich konzipiert wurde, sondern integriert bereits die neuere Judikatur des *Conseils* in seine Überlegungen zum *effet cliquet*.

sieht keinen Anknüpfungspunkt für eine so weitreichende dogmatische Figur vor; Art. 34 Verf. 1958 stellt den Gesetzgeber in den Mittelpunkt des Grundrechtsschutzes, ohne jedoch den *effet cliquet* zu regeln.³²⁵ Dieser wäre auch nur schwer mit der französischen Tradition zu vereinbaren, weil eine derart weitreichende Bindung des Gesetzgebers kein Vorbild kennt³²⁶ und ihr der „Hauptgout der richterlichen Selbstermächtigung“³²⁷ anhaftet. Der Conseil hat auch nur sehr zurückhaltend³²⁸ davon Gebrauch gemacht und verlangt nunmehr, dass der Gesetzgeber „ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles“,³²⁹ während er zugleich festhält, dass nach Art. 34 Verf. 1958 der Gesetzgeber jederzeit bestehende Gesetze ändern oder aufheben könne.³³⁰ Der neue³³¹ Maßstab ist flexibler,³³² da vom Gesetzgeber verlangt wird, dass er gesetzliche Verfahrens- und Organisationsvorschriften oder auch einfachrechtliche Einrichtungsgarantien vorsieht, die das Grundrecht abstützen und diesem dienen. Im Rahmen dieser Funktion kommt den Garantien durch ihre Wirkung Verfassungsrang zu.³³³ Konkret bedeutet dies, dass er gehindert ist, bestimmte einfachrechtliche Garantien abzuschaffen, er kann aber befugt sein, durch Gesetzesänderungen andere vergleichbare Garantien als Kompensation für den Wegfall zu beschließen.³³⁴ Der Gesetzgeber kann aber auch moderate, d. h. keine prinzipiellen Rückschritte beim Grundrechtsschutz bewirken.³³⁵ Man kann dieses Instrument als „*effet de seuil*“ oder „*effet plancher*“ be-

³²⁵ Zur belgischen Standstill-Doktrin *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 176 ff., die allerdings in Art. 23 BelgVerf. ausdrücklich nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers enthalten sein soll.

³²⁶ *Mollion*, RFDC 2005, 257 (257).

³²⁷ *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 183 (vor allem bei sozialen Grundrechten).

³²⁸ Zum Asylgrundrecht aber CC, Entsch. v. 13.8.1993 – Nr. 93-325 DC, Rn. 81 – *Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers en France*. – Dort wird aber auch die conciliation als Alternative zur Effektivitätssteigerung als legitimes Ziel des Gesetzgebers genannt.

³²⁹ CC, Entsch. v. 29.7.1986 – Nr. 86-210 DC, Rn. 2 – *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*; im Rundfunkverfassungsrecht auch CC, Entsch. v. 12.8.2022 – Nr. 2022-842 DC, Rn. 27 – *Loi de finances rectificative pour 2022*; wohl zuerst im Ergebnis so CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 42 – *Loi relative à l’enseignement supérieur*.

³³⁰ St. Rspr. CC, Entsch. v. 18.12.1997 – Nr. 97-393 DC, Rn. 32 – *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*; jüngst CC, Entsch. v. 12.8.2022 – Nr. 2022-842 DC, Rn. 27 – *Loi de finances rectificative pour 2022*.

³³¹ Eine endgültige Aufgabe des *effet cliquet* sieht GDCC, Nr. 43 Rn. 18; vgl. auch *Haulbert*, Titre VII, Nr. 8, 2022.

³³² *D. Rousseau/Pavia/Dubut*, in: *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, S. 241.

³³³ Str., so überzeugend aber *Mollion*, RFDC 2005, 257 (276 ff.), dort auch mit dem Hinweis, dass anstelle einer Garantie auch die Anerkennung eines PFRLR für den Conseil in Betracht gekommen wäre; anders *Haulbert*, Titre VII, Nr. 8, 2022.

³³⁴ So zur belgischen Judikatur *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 182.

³³⁵ Insoweit ähnelt die Judikatur des Conseils der des damaligen Schiedshofs (Urt. v. 17.11.2002 – Nr. 16/2002, sub. B.6.6.), der unter der Standstill-Doktrin nur bedeutende Rückschritte für verfassungswidrig hält, der einfachgesetzliche Normbestand also nicht umfassend geschützt ist.

zeichnen,³³⁶ was begrifflich die Nähe zum Untermaßverbot herstellt. Eine Kontrolle anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfolgt nicht. Der Gesetzgeber kann aber verpflichtet sein, die Effektivität des Grundrechts durch weiterreichende Vorschriften zu steigern.³³⁷ In diesem Kontrollmaßstab kommt die zentrale Rolle des Gesetzgebers beim Grundrechtsschutz und die inhaltliche Verbindung zwischen Gesetz und Grundrecht zum Vorschein. Ihm obliegt es, das Grundrecht effektiv zu schützen und nach seiner ordnungspolitischen Vorstellung auszugestalten.³³⁸ Besonders relevant ist diese Rüge immerhin in 25 % der a priori-Verfahren, bei denen Art. 16 DDHC den Kontrollmaßstab bildet.³³⁹ Die Prozessgrundrechte bedürfen also besonders der einfachgesetzlichen Garantien, womit in vielen Fällen auch der anwaltliche Beistand und die finanzielle Unterstützung hierfür adressiert ist, der erst andere Garantien – bspw. einen Rechtsbehelf – zu einer veritablen Garantie macht.

b) Verhältnismäßigkeitskontrolle bei der Grundrechtsförderung

Die Schwierigkeiten mit dem *effet cliquet* und den *garanties légales* liegen darin begründet, dass der Conseil Constitutionnel, wie gezeigt, keine dogmatischen Kategorisierungen vornimmt, also nicht zwischen Eingriff und Ausgestaltung unterscheidet.³⁴⁰ Er unterscheidet aber *la mise en œuvre* et *la mise en cause* eines verfassungsrechtlichen Prinzips und differenziert anhand dieser Kategorien seinen Kontrollmaßstab aus.³⁴¹

aa) Formen der Grundrechtsförderung

Dabei kann man solche Gesetze unterscheiden, die einen Ausgestaltungsauftrag aus dem Grundrecht selbst verwirklichen und solche, die insgesamt die Grundrechtsausübung im Sinne des Art. 34 Verf. 1958 fördern.³⁴²

Grundrechtlicher Gesetzgebungsauftrag: Wenn der Gesetzgeber einen Zweck verfolgt, der dem Grundrecht selbst entspringt, bspw. den Meinungspluralismus als untrennbaren Bestandteil der Medienfreiheit des Art. 11 DDHC fördert, führt dies zu einer sehr strengen Kontrolle, ob dieser Zweck tatsächlich sein Handeln leitet und vor allem, ob er Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, den Gesetz-

³³⁶ D. Rousseau/Pavia/Dubut, in: Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon, S. 241.

³³⁷ Mollion, RFDC 2005, 257 (270 ff.), dort auch m. w. N.

³³⁸ Mollion, RFDC 2005, 257 (258): Aufwertung anstatt Kontrolle des Gesetzgebers.

³³⁹ Haulbert, Titre VII, Nr. 8, 2022 m. w. N.

³⁴⁰ Rebhahn/Schörghofer, Rechte des Arbeitslebens, in: EnzEuR II, § 21 Rn. 49 f. halten ein Rückschrittsverbot unvereinbar mit der Unterscheidung von Ausgestaltung und Eingriff; kritisch F. Michl, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 181, weil darin eine undifferenzierte Ausgestaltungsdogmatik zum Ausdruck kommt.

³⁴¹ Besonders deutlich bei CC, Entsch. v. 13.8.1993 – Nr. 93-325 DC, Rn. 81 – Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

³⁴² Vidal-Naquet, Les garanties légales des exigences constitutionnelles, S. 400 Rn. 747.

gebungsauftrag aus dem Grundrecht zu vollziehen. Es stehen gesetzgeberische Vorkehrungen und potentielle Regelungsalternativen im Mittelpunkt seiner Prüfung. Sie müssen tatsächlich in der Lage sein, das grundrechtlich vorgegebene Ziel zu realisieren. Zwar ist er nicht an ein Rückschrittsgebot gebunden, doch darf die Beseitigung einfachrechtlicher Einrichtungen nicht zur Zweckverfehlung führen.³⁴³ Die Geeignetheit (*aptitude*) unterliegt damit einer strengen Prüfung im Anschluss an die Kontrolle des Zweckes. Ein Gesetz kann somit für nichtig erklärt werden, wenn es den vorherigen unregulierten Zustand weiter vom grundrechtskonformen Zustand „wegführt“ oder ein aus Sicht des grundrechtlichen Zieles besser geeignetes Schutzsystem aufhebt.³⁴⁴ Auf diesen beiden Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung greift der Conseil also sehr stark in das gesetzgeberische Ermessen ein; im Schrifttum wird von einer Beweislastumkehr gesprochen.³⁴⁵ Anstelle der Frage, ob eine Vorschrift das Grundrecht verletzt, ist die Perspektive, ob das Unterbleiben des Normerlasses die Vorgaben des Grundrechts verletzt hätte. Es geht um eine scharf kontrollierte Ausgestaltungspflicht.

Allgemeine Grundrechtsförderung: Neben diese Ausgestaltungspflicht tritt eine Ausgestaltungsbefugnis, die aus Art. 34 Verf. 1958 in Verbindung mit dem Grundrecht folgt.³⁴⁶ Der Conseil nimmt hier eine zurückgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung vor (*contrôle restreint*). Dies manifestiert sich darin, dass nur eine offensichtlich ungeeignete und unausgewogene Regelung für nichtig zu erklären ist (*manifestment inappropriée*).³⁴⁷ Inwieweit das Gesetz tatsächlich geeignet und erforderlich ist, ist nicht Gegenstand der Kontrolle. Auch die Grundrechtsförderung kann allerdings mit anderen Grundrechten kollidieren; in jenen Situationen findet eine (nicht voll ausgeprägte) Verhältnismäßigkeitskontrolle statt.

bb) Kontrast: Infragestellen des Grundrechts

Auf der anderen Seite zeigt sich der Conseil (zumindest auf dem Papier) sehr streng mit dem Gesetzgeber, wenn es um eine *conciliation* geht, also wenn zwei Verfassungspositionen miteinander in Konflikt geraten und der Abstimmung bedürfen. Dies betrifft aber vor allem zwei antagonistische Grundrechte mit gegenläufigen, auf Realisierung drängenden Zielen, die der Gesetzgeber optimal einander zuordnen muss.³⁴⁸ Hier ist der Einfluss der deutschen Grundrechtsdogmatik

³⁴³ Deutlich bei CC, Entsch. v. 12.8.2022 – Nr. 2022-842 DC, Rn. 28 f. – Loi de finances rectificative pour 2022: Die Abschaffung der redevance audiovisuelle ist nur dann mit den Vorgaben des Art. 11 DDHC vereinbar, wenn der finanzielle Bedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Haushaltsgesetzgeber aus den Erträgen der Mehrwertsteuer kompensiert wird.

³⁴⁴ *Vidal-Naquet*, Les garanties légales des exigences constitutionnelles, S. 401 f. Rn. 750.

³⁴⁵ *Vidal-Naquet*, Les garanties légales des exigences constitutionnelles, S. 402 Rn. 751.

³⁴⁶ *Vidal-Naquet*, Les garanties légales des exigences constitutionnelles, S. 402 ff. Rn. 752 ff.

³⁴⁷ S. bspw. CC, Entsch. v. 6.12.1990 – Nr. 90-280 DC, Rn. 9 – Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux.

³⁴⁸ CC, Entsch. v. 16.7.1996 – Nr. 96-377 DC, Rn. 15 ff. – Perquisitions de nuit; *Vidal-Naquet*, Les garanties légales des exigences constitutionnelles, S. 406 ff. Rn. 760 ff., die allerdings auch

und des Gedankens praktischer Konkordanz besonders ausgeprägt.³⁴⁹ Das Gesetz muss *appropriée* und *nécessaire* sein, auch wenn terminologisch der Conseil diese bekannten Schritte nicht immer ausbuchstabiert.

c) Anwaltliche Freiheit zwischen Grundrechtsförderung und Grundrechtseingriff

In der Judikatur des Conseils zur anwaltlichen Berufsfreiheit findet sich diese Unterscheidung zwischen einer Grundrechtsförderung und einem Grundrechtseingriff, also zwischen *mise en œuvre* und *mise en question* des Grundrechts.

aa) als Grundrechtsförderung

Der Gesetzgeber kann die anwaltliche Berufsfreiheit in ihrer dienenden Funktion fördern, also ihren effektiven Grundrechtsgebrauch sicherstellen. Da sie der allgemeinen Freiheit des Art. 4 DDHC entnommen wird, trägt die Norm selbst keine anwaltsspezifischen Wertungen und keinen Gesetzgebungsauftrag in sich. Diesen erhält sie aber durch Art. 16 DDHC und ein OVC. Anders als die textliche Verankerung außerhalb des Art. 4 DDHC nahelegen könnte, handelt es sich aber nicht um eine echte conciliation, die zu einer Vollkontrolle des Conseils führt, sondern um eine Grundrechtsförderung.

(1) Abstimmung mit Art. 16 DDHC

Zwar führt der Conseil, in Anlehnung an seine allgemeinen Entwicklungen bei der Kontrolle von Eingriffen in die *liberté d'entreprendre*, aus, dass „des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi“ möglich sind. Seine Kontrolle führt ihn jedoch nicht dazu, eine Zuordnung im Sinne praktischer Konkordanz von Art. 4 und 16 DDHC zu verlangen. Tatsächlich prüft er lediglich, ob der Gesetzgeber „une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le respect de la liberté d'entreprendre et le respect des droits de la défense garantis par l'article 16 de la Constitution“³⁵⁰ sichergestellt hat. Die unternehmerische Freiheit des *Avocats* gebietet also nur, dass der Gesetzgeber sie nicht offensichtlich verkannt hat, wenn er seine generalisierte Abwägungsentscheidung mit anderem Verfassungsrecht vorgenommen hat. In der vorliegenden Entscheidung ging es um Zugangsvoraussetzungen³⁵¹ zum Beruf des *Avocats* für ausländische Juristen, die eine gewisse Zeit in Frankreich juristisch gearbeitet haben müssen. Diese Regelung diene, so der Conseil, dem Schutz des Recht-

das Pluralismusgebot als mit Art. 11 DDHC konfligierendes Verfassungsgebot begreift (im Unterschied zur hier vertretenen Auffassung, vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., II, 2., a), S. 220 ff.).

³⁴⁹ S. zu Konvergenzen und Divergenzen *Hochmann*, AJDA 2021, 805 ff.

³⁵⁰ CC, Entsch. v. 6.7.2016 – Nr. 2016-551 QPC, Rn. 11 – M. Éric B. (Conditions tenant à l'exercice de certaines fonctions ou activités en France pour l'accès à la profession d'avocat).

³⁵¹ Bereits früh hat *Braud*, La notion de liberté publique en droit français, S. 111 f. dem Nachweis von Kenntnissen wenig Grundrechtsrelevanz beigemessen.

suchenden Publikums und ihren Rechten aus Art. 16 DDHC.³⁵² Art. 16 DDHC stellt für den Conseil ein internes Prinzip der anwaltlichen *liberté d'entreprendre*, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Art. 4 DDHC berücksichtigen muss. Es ist deshalb konsequent, dass er auch Art. 34 Verf. 1958 zitiert, um die Rolle des Gesetzgebers bei dieser Feinabstimmung innerhalb des Grundrechts zu betonen. Denn es geht gerade darum, das Grundrecht effektiver zu machen und nicht durch die Anordnungen von Kenntnisnachweisen in Frage zu stellen. In der Entscheidung Nr. 2022-994 QPC stand Art. 115 CPP zur verfassungsrechtlichen Prüfung. Die Vorschrift regelt die Modalitäten wie ein Angeklagter dem Untersuchungsrichter den Namen seines Verteidigers anzeigen kann. Aus der Vorschrift folgt für die Cour de Cassation,³⁵³ dass der Untersuchungsrichter nur diesem designierten Anwalt eine Besuchserlaubnis erteilen muss, anderen Anwälten kann er sie nach seinem Ermessen verweigern. Der CNB sah hierdurch die Verteidigungsrechte verletzt.³⁵⁴ Allerdings war eigentlich die rechtliche Sphäre des Avocats betroffen, denn den CNB störte es, dass Partner und angestellte Avocats des benannten Anwalts, die zumeist nicht designiert werden, keine Besuchstermine wahrnehmen können. Betroffen ist also tatsächlich die Organisation der anwaltlichen Berufsausübung. Für den Conseil³⁵⁵ galt jedoch, „ces dispositions tendent à garantir la liberté de la personne mise en examen de choisir son avocat.“ Der Conseil sieht also hier aus Sicht des Art. 16 DDHC, der das Recht auf einen frei gewählten Avocat verbürgt, eine grundrechtsfördernde Vorschrift, indem eben nur der designierte Avocat den Inhaftierten besuchen darf, denn die angegriffene Vorschrift ermöglicht ihm zugleich jederzeit auch andere Mitglieder der Kanzlei zu benennen – wenn er das wünscht. Wegen dieser Grundrechtsförderung (des Art. 16 DDHC) komme es zu keinerlei Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil. Damit hat der Conseil bekräftigt, dass Gesetze, die den Art. 16 DDHC fördern, privilegiert werden und nicht deshalb angegriffen werden können, weil sie die anwaltliche Berufsausübung tangieren. Die gleiche Begründung hat er bemüht, um die Vorschriften über die Pflichtverteidigung verfassungsrechtlich ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bestätigen.³⁵⁶

³⁵² Dem Conseil unterläuft ein Redaktionsversehen, indem er von Art. 16 der Constitution spricht und nicht von Art. 16 DDHC.

³⁵³ S. nur den Vorlagebeschluss Cass. Crim., Beschl. v. 8.3.2022 – Nr. 21-87.213 sowie Cass. Crim., Urt. v. 15.12.2021 – Nr. 21-85.670.

³⁵⁴ Zur berufsständischen Kritik m. w. N. *Chikouche*, Gaz. Pal. v. 26.7.2022, Nr. 25, S. 22.

³⁵⁵ CC, Entsch. v. 20.5.2022 – Nr. 2022-994 QPC, Rn. 9 – M. Mohammed D. (Délivrance d'un permis de communiquer aux seuls avocats nominativement désignés par la personne mise en examen). – Durch Dekret Nr. 22-95 v. 31.1.2022 hat der Justizminister, sicherlich auf Druck des CNB, festgelegt, dass die Besuchserlaubnis für alle Mitglieder einer Kanzlei gilt. – Es ist normhierarchisch Unsinn, eine gesetzliche Vorschrift, wenn auch nur ihre Auslegung, durch ein untergesetzliches Dekret zu derogieren. Die Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit der Auslegung von Art. 115 CPP als grundrechtsförderndes Gesetz setzt das Dekret auch anderen verfassungsrechtlichen Zweifeln aus: Aus der Aussage des Conseils folgt, dass die Materie des Anwaltsbesuchs im Strafvollzug nach Art. 34 Verf. 1958 nur dem Gesetzgeber zugewiesen ist, so dass der Regierung keine Normsetzungsbefugnis mehr zusteht.

³⁵⁶ CC, Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC, Rn. 7 – Maître Berton.

Das Regelungsregime „*visé à garantir l'exercice des droits de la défense*“ und die Vorschriften „*mettent en œuvre [...] les exigences qui s'attachent au respect des droits de la défense.*“ Das Grundrecht soll „garantiert werden“ und ins Werk gesetzt werden. Auch hier sind die anwaltlichen Interessen ihrer Natur nach bereits kein gleichwertiges Gegengewicht, das im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitskontrolle ein Gegengewicht gegenüber jenen des Mandanten bilden kann.

(2) *Abstimmung mit der bonne administration de la justice*

Die Freiheit des Avocats muss zudem mit dem *objectif à valeur constitutionnelle* der *bonne administration de la justice*³⁵⁷ abgestimmt werden. Es übersetzt den Status des *auxiliaire de justice* ins französische Verfassungsrecht und ist Grundlage dafür, dass Art. 4 DDHC in der Hand des Avocats nicht zu seiner vollen Ausprägung gelangt, sondern vielmehr mit einem *régime dérogatoire*³⁵⁸ vorbelastet ist. Genau wie Art. 16 DDHC bringt es die soziale Funktion des Avocats³⁵⁹ beim Schutzzumfang des Art. 4 DDHC zur Geltung. Denn der Avocat muss den Prozessgrundrechten des Mandanten bei seiner Grundrechtsausübung genügen und auch seinen verfassungsrechtlich gebotenen Beitrag zur Rechtspflege leisten.³⁶⁰ Deshalb vermag dieser Verfassungsgrundsatz auf den verfassungsrechtlichen Status des Richters genauso wie auf den des Avocats einzuwirken. Die Entscheidung zum sog. „Loi Macron“ bietet Anschauungsmaterial hierfür: Die Ausweitung der Postulationsbefugnis auf alle Gerichte innerhalb eines Sprengels einer Cour d'appel war verfassungsrechtlich unbedenklich, weil die Vorschriften „*n'affectent pas les conditions d'accès au service public de la justice; qu'elles ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant la justice, ni l'objectif de bonne administration de la justice.*“³⁶¹ Bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts der reglementierten Berufe verlangt der Conseil, dass der Gesetzgeber „*ne sauraient porter atteinte ni à l'objectif de bonne administration de la justice ni aux principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles*“.³⁶² Es fällt auf, dass, anders als in Deutschland, der Conseil nicht die Unabhängigkeit des Avocats als gegenläufiges Verfassungsgut benannt hat.³⁶³ Aus der Entscheidung wird zudem im Umkehrschluss deutlich, dass gerade die Vielzahl an Berufspflichten, zu denen auch die Unabhängigkeit gehört, durch den Grundsatz der *bonne administration de la justice* geboten sind. So wird vor allem die Kompetenz des

³⁵⁷ Ausführlich hierzu *Gabarda*, RDP 2006 153 ff.; *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 16 DDHC Nr. 7 ff.

³⁵⁸ So die Wirkung des Prinzips beschreibend *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 66 Rn. 32; s. auch *Laval*, Les Petites Affiches v. 12.8.1999, Nr. 160, S. 12.

³⁵⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 1., S. 231.

³⁶⁰ Zum Anwaltszwang bei den CAA ausdrücklich so CE, Urt. v. 17.12.2003 – Nr. 258253.

³⁶¹ CC, Entsch. v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 58 – Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³⁶² CC, Entsch. v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 123 – Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³⁶³ Kritik hieran bei *Sicard/de La Ferté-Sénectère*, JCP G 2015, 1834 (1836).

Avocats (auch eine Berufspflicht) als Grundlage für die *bonne administration de la justice* gesehen, wenn der Conseil d'État hierin die Legitimation für den Anwaltszwang sieht.³⁶⁴ Der Conseil Constitutionnel hätte also in seiner Entscheidung zur Zulassung nicht im französischen Recht ausgebildeter Juristen nicht nur die Prozessgrundrechte des Mandanten (Art. 16 DDHC) zitieren können, sondern auch das OVC. In der Entscheidung³⁶⁵ zur Pflichtverteidigerbestellung durch den Präsidenten der Cour d'assises führt der Conseil Constitutionnel dann beide Prinzipien – Prozessgrundrechte und *bonne administration de la justice* – zusammen. Denn die Befugnis des Gerichtspräsidenten, einen Entbindungsantrag abzulehnen, sorgt für eine faire Erledigung der Angelegenheit in angemessener Zeit.³⁶⁶ Die zur Überprüfung gestellten Vorschriften fördern beide Verfassungsprinzipien. Insbesondere die Entscheidung zu religiösen Zeichen der Cour de Cassation drückt jedoch eine gewisse Zurückhaltung aus, diesen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz zu bemühen. Nach hier vertretener Auffassung sind die Prozessgrundrechte aus Art. 16 DDHC schlicht der falsche Ort, um die Robenpflicht verfassungsrechtlich zu erfassen. Die *bonne administration de la justice* hätte deutlich näher gelegen. Die verfassungsrechtliche Lösung des BVerfG ist auch auf das französische Recht übertragbar.³⁶⁷

bb) als Grundrechtseingriff

Verfolgt der Gesetzgeber hingegen den Zweck, nicht die anwaltliche Berufsfreiheit in ihrer dienenden Perspektive zu fördern, sondern andere Allgemeinwohlziele zu verwirklichen, geht es nicht mehr um eine Grundrechtsförderung, sondern das Grundrecht ist *mis en cause*. Der Conseil reagiert hierauf mit einem veränderten Prüfungsmaßstab.³⁶⁸ Als der Gesetzgeber Abgeordneten verbot, eine Tätigkeit als *conseil* wahrzunehmen, wenn sie diese nicht bereits zu Beginn des Mandats ausgeübt hatten, stellte der Conseil Constitutionnel³⁶⁹ nur fest, dass die Vorschriften „excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts.“ Nicht unverhältnismäßig war es hingegen, dass der Gesetzgeber es gesetzlich ausschloss, dass ein *avocat-parlementaire* staatlich beherrsch-

³⁶⁴ CE, Urt. v. 21.12.2001 – Nr. 222862 – M. et Mme. Hofmann.

³⁶⁵ CC, Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC, Rn. 7 – Maître Berton.

³⁶⁶ Auch *Ribeyre*, JCP G 2018, 1312 (1314).

³⁶⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2, b), cc), S. 240 ff.

³⁶⁸ Zutreffend und soweit ersichtlich nur *Carrère*, RFDC 2021, e19 (e39); erkennbar jüngst bei CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 17 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile), wo der Conseil ausdrücklich festhält, dass der Gesetzgeber eine „conciliation équilibrée“ vorgenommen habe, das Gesetz also verhältnismäßig sei. Dies lässt eine Vollkontrolle vermuten, denn ansonsten hätte er formuliert, dass der Gesetzgeber „une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée“ gewählt habe.

³⁶⁹ CC, Entsch. v. 9.10.2013 – Nr. 2013-675 DC, Rn. 52 ff. – *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*.

te Unternehmen und Anstalten beraten und vertreten kann. Der Gesetzgeber ist hier nicht mehr grundrechtsfördernd mit Bezug auf Art. 16 DDHC tätig, sondern er schließt es gerade aus, dass ein Avocat als Berater und Vertreter seines Mandanten tätig wird. Er stellt damit die anwaltliche Freiheit zur Disposition und muss sich dafür verfassungsrechtlich rechtfertigen. Der bei einer Grundrechtsförderung weite Spielraum wird also aufgegeben und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen, die allerdings (vielmals) derart substanzlos ist, dass sie keine maßstabbildende Funktion für die Zukunft entfaltet. So ist das erwähnte Gesetz zwar für verfassungswidrig, weil unverhältnismäßig, erklärt worden, aber außer dem Hinweis, es sei zu weitgehend, finden sich keine Maßstäbe. Der Wert der anwaltlichen Freiheit bei einer Kollision mit externen Verfassungspositionen bleibt somit nicht erkennbar.

2. Anwaltsspezifische Maßstäbe

a) Negatives Leitmotiv: der *déni de justice*

Auf der Suche nach Ausgestaltungsmaßstäben, die sich dem Gesetzgeber bei seinem Wirken im Schutzbereich der dienenden Freiheit aufdrängen, kann man bei einem alten Begriff landen: dem *déni de justice*. Damit ist nicht die historische, einfachrechtliche Vorstellung als auf subjektiven Motiven des Richters basierende Weigerung zu entscheiden, wie es in Art. 4 CCiv und Art. 185 CP zum Ausdruck kommt, gemeint. Sondern es wird auf das von *Favoreu* geprägte Verständnis zurückgegriffen, der unter *déni de justice* ein „manquement de l’Etat à son devoir de protection juridictionnel“³⁷⁰ fasste und hierauf aufbauend dem Staat eine gerichtsverfassungsrechtliche Infrastrukturverantwortung auferlegte. Verdankt das französische Verfassungsrecht dem Gedankengang *Favoreus* nicht weniger als ein Grundrecht auf Rechtsschutz, so hat dessen verfassungsgerichtliche Anerkennung den Ansatz nicht hinfällig gemacht. Denn die Organisation des Gerichtswesens beschränkt sich nicht auf die Schaffung von Gerichten, die Eröffnung und Abgrenzung von Rechtswegen und die Ausgestaltung der Zulässigkeitschürden, sondern sie umfasst auch das Recht jener *auxiliaires*, die entweder das Gericht oder die Parteien unterstützen. Sie nehmen Teil am „vœu pieu“³⁷¹ der *bonne administration de la justice*. Das von *Favoreu* erfolgreich wissenschaftlich vorbereitete und später in der Judikatur verankerte *Droit au juge* findet seinen natürlichen und zwingenden Vorfeldschutz im *Droit à l’avocat*; bereits sein „Entdecker“ wusste um die Unvollkommenheit eines isolierten Rechts der Partei auf Zugang zum Gericht. Nochmal sei erinnert, dass der Conseil d’État kein Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsbehelf bejaht, wenn vorher die Konsultation eines Avocats durch den Gesetzgeber oder die Exekutive erschwert wurde.³⁷² Für *Favoreu* verhindert der Staat den *déni de justice*, wenn der Rechtsuchende die Anwendung einer Rechtsregel

³⁷⁰ *Favoreu*, Du *déni de justice* en droit public interne, S. 557 ff.

³⁷¹ *Laval*, Les Petites Affiches v. 12.8.1999, Nr. 160, S. 12.

³⁷² CE, Beschl. v. 3.3.2021 – Nr. 449764 – *Ordre des avocats du barreau de Montpellier et al.*

auf seine persönliche Situation erhält.³⁷³ Nach dem hier vertretenen Verständnis der Funktion des Avocats bei der Rechtsprechung kann der Richter diese grundrechtliche Schuld nur durch die Mitwirkungen eines unabhängigen Interessenvertreters erfüllen. Die gesetzliche Ausgestaltung der anwaltlichen Grundrechte nach Art. 34 Verf. 1958 muss sich deshalb daran messen, ob sie dem Avocat die hierfür notwendigen Befugnisse einräumt, die notwendigen Mittel zur Verfügung stellt und seine Berufsausübung ausreichend schützt. Die rechtsprechende Funktion ist „le premier devoir de l’Etat à l’égard de l’individu“,³⁷⁴ so dass die Ausgestaltung nach hier vertretener Auffassung eine staatliche Aufgabe und verfassungsrechtliche Pflicht ist, der sich der Staat nicht durch den bloßen Hinweis auf die anwaltliche Selbstverwaltung entziehen darf. Deshalb hat der Conseil d’État zurecht die Befugnis der Regierung zum Erlass des déontologie-Dekrets für verfassungskonform gehalten. Sie ist sogar zwingend. Der Staat ist verpflichtet, ein effektives Rechtspflegesystem mitsamt einer unabhängigen Anwaltschaft vorzuhalten. Schon *Jèze* hat formuliert, dass jeder Nutzer des service public de la justice erwarten könne, dass dieser zu seinem Vorteil funktioniert.³⁷⁵ Dies bezieht sich ohne weiteres auf den Zugang zu einem Avocat.

b) Positives Leitmotiv: Funktionalisierung

Wenn der Conseil Constitutionnel ein Grundrecht auf eine Funktion hin ausgerichtet, geschieht dies durch die Entwicklung eines OVC. Ein solches ist regelmäßig das „relais“ zur Funktionssicherung.³⁷⁶ Nachweisen lässt sich dies in der mediengrundrechtlichen Rechtsprechung, wo der Conseil das OVC des Medienpluralismus als objektiv-rechtliches Gebot des Grundrechts (Art. 11 DDHC) entwickelt hat.³⁷⁷ Es ist deshalb naheliegend, die durch die soziale Funktion geprägte anwaltliche Freiheit als OVC zu begreifen, das die Brücke zwischen der liberté d’entreprendre, dem OVC der bonne administration de la justice und Art. 16 DDHC schlägt. Es kanalisiert das Normsetzungsermessen des Gesetzgebers und gibt dem Gesetzgeber die Leitplanken vor.

IV. Instrumente der Ausgestaltung

Der französische Gesetzgeber und der Conseil Constitutionnel haben die anwaltliche liberté in den Dienst der Prozessgrundrechte des Mandanten gestellt. Elemente der Bindung und der Pflicht werden über die anerkannte Horizontalwirkung des Art. 16 DDHC (dazu unter 1.) sowie die Festlegung umfassender rechtlicher und deontologischer Pflichten (dazu unter 2.) konstituiert. Das Freiheitsmoment

³⁷³ *Favoreu*, Du déni de justice en droit public interne, S. 558.

³⁷⁴ *de Chamard*, Le recours contre le déni de l’administration, thèse Paris, 1911, S. 24, zit. nach *Favoreu*, Du déni de justice en droit public interne, S. 558.

³⁷⁵ *Jèze*, Principes généraux du droit administratif III, S. 23.

³⁷⁶ S. auch *de Montalivet*, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 20, 2006.

³⁷⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., II, 2., a), S. 220 ff.

hingegen kommt in der Selbstverwaltung als institutionelle Unabhängigkeit zum Tragen, die gerade in der Erarbeitung der Pflichten eine elementare Rolle einnimmt (dazu unter 4.). So entsteht eine durch einfaches Recht geschaffene und funktionalisierte Freiheit, die Privilegien und Sonderpflichten im Inneren miteinander vereint, wie die Ausführungen zum *secret professionnel* (dazu unter 3.) zeigen.

1. Funktionalisierung durch Horizontalwirkung des Art. 16 DDHC gegenüber dem Avocat

Das Konzept der horizontalen Wirkung oder der Drittwirkung der Grundrechte ist in Frankreich als bestehende Kategorie nicht mit der deutschen Dogmatik vergleichbar.³⁷⁸ Nur vereinzelt wurde sie grundsätzlich in Frage gestellt;³⁷⁹ sie stellt keinen Fremdkörper einer Grundrechtsdogmatik dar und wird vielfach nicht problematisiert oder hinterfragt.³⁸⁰ Schwierig bei der Strukturierung des Problemkomplexes ist jedoch, dass der Umfang und die Rechtsnatur der französischen Freiheitsverbürgungen – im Unterschied zum Grundgesetz – lange Zeit ungeklärt war und ist.³⁸¹ Darüber hinaus überantwortet die französische Tradition den Freiheitsschutz dem Gesetzgeber.³⁸² Mit seiner Ausgestaltung eröffnet er einem Teil der Rechtsunterworfenen Entfaltungsmöglichkeiten und nimmt (zumeist einem kleineren Teil) Handlungsmöglichkeiten.³⁸³ Diese Ausgestaltung tritt an die Stelle einer unmittelbaren Grundrechtsanwendung und macht sie in vielen Fällen überflüssig.³⁸⁴ Dort wo ein Gesetz ein Privatrechtsverhältnis ausgestaltet, vermeidet die Cour de Cassation jede Argumentation mit einer grundrechtlichen horizontalen Wirkung. Verfahrensmäßig wird dies gespiegelt durch die fehlende Zuständigkeit des Conseil Constitutionnel zur Kontrolle der von den Höchstgerichten vorgenommenen Auslegung des einfachen Rechts unter Grundrechtsgesichtspunkten; allenfalls kann überprüft werden, ob der Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung das Grundrecht spezifischer hätte absichern müssen.³⁸⁵

³⁷⁸ Rechtsvergleichend zum französischen Stand der Dogmatik im direkten Bezug auf Deutschland *Beaud*, Kommentar, S. 115 ff.; bereits *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 320.

³⁷⁹ *Braud*, *La notion de liberté publique en droit français*, S. 77.

³⁸⁰ So *Favoreu et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, S. 141 Rn. 122.

³⁸¹ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 320; auch *Lafaix*, in: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, S. 23.

³⁸² *Favoreu et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, S. 141 f. Rn. 122.

³⁸³ So die Perspektive bei *Eisenmann*, RDP 1952, 903 (914 ff.) zur Regulierung von Privatrechtsverhältnissen, insb. anlässlich der Modernisierung des Familienrechts.

³⁸⁴ *Lafaix*, in: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, S. 23, 29 ff.; *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (233).

³⁸⁵ *Beaud*, Kommentar, S. 129 f.; *Classen*, JöR n. F. 68 (2020), 213 (233); *ders.*, JöR n. F. 36 (1987), 29 (39).

a) Vorarbeiten im Schrifttum, insb. Rivero

Bis heute verdankt die Diskussion um dieses Problemfeld in Frankreich viel einem grundlegenden Beitrag von *Rivero*.³⁸⁶ Ausgangspunkt ist eine Überwindung des eindimensionalen Begriffs der Grundrechte, die gegen staatliche Macht schützen. Das Gesetz dürfe seit 1789 keine Ungleichheiten der Menschen mehr begründen, doch jene durch die Natur geschaffenen Ungleichheiten – physischer, intellektueller und ökonomischer Art – würden fortbestehen. Grundrechte seien zum Schutz des Schwachen vor dem Starken proklamiert worden; diese ratio kenne keine Begrenzung auf den Urheber der Gefahr.³⁸⁷ Es gehe darum, dass die freiheitsgefährdende Macht durch Grundrechte limitiert wird. „Celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'Etat que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude“.³⁸⁸ Deshalb obliege es auch dem Staat, damit seine Freiheitsversprechung nicht zur „Heuchelei“ (*hypocrisie*) verkomme, die Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten mit Leben zu füllen: „Poser le principe d'une liberté, c'est nécessairement envisager sa réalisation dans les deux domaines“.³⁸⁹ Die Begründung der Geltung der Grundrechte wird also funktional begründet. Dies erinnert an das BVerfG,³⁹⁰ wenn es im Einzelfall sich auf spezifische Situationen bezieht, die es rechtfertigen, einen Privaten der Grundrechtsbindung zu unterwerfen. Die Idee ist, dass ohne die Grundrechtsanwendung im Horizontalverhältnis das Grundrecht selbst zur Disposition gestellt wird. Aus der liberalen und zugleich katholischen Prägung *Riveros*³⁹¹ heraus steht im Mittelpunkt seines Beitrages die Pflicht des einen, die Freiheit des anderen zu achten. Da die Versuchung aber (zu) groß ist, eigene Überlegenheit gegenüber den Mitmenschen auszunutzen, bedarf es der Furcht vor der Sanktion einer *force supérieure*. Dies könne angesichts der ausgeprägten Macht einiger gesellschaftlicher Gruppen nur der Staat sein.³⁹² In Art. 4 DDHC sieht *Rivero* die Überwindung des Konflikts zwischen staatlicher Intervention und liberaler Grundrechtstheorie, denn dort wird die Verwirklichung des Prinzips gleicher Freiheit dem Gesetzgeber anvertraut, um eine „coexistence paisible des libertés“ zu verwirklichen. Neben den Gesetzgeber tritt aber der Richter als zentraler Akteur, um die Grundrechte zwischen Privaten zur Geltung zu bringen. *Rivero* erkennt, dass in den meisten Fällen der Richter konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe (*ordre public, abus de droit, faute civile, injures graves* etc.) anwenden muss, durch die der Gesetzgeber den Schutz der Freiheit noch nicht voll-

³⁸⁶ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 311 ff., s. auch *ders.*, *Libertés publiques I*, S. 195.

³⁸⁷ So auch *Lafaix*, in: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, S. 24 f., 31 ff. („liberté comme non-domination“); vgl. auch *Eisenmann*, RDP 1952, 903 (913 ff.).

³⁸⁸ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 323.

³⁸⁹ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 315. – *Rivero* will mit seinem Beitrag die Grundrechte vor marxistischer Kritik in Schutz nehmen, um zu zeigen, dass sie nicht nur „tote Buchstaben“ bleiben müssen (S. 322).

³⁹⁰ BVerfGE 128, 226 (248) – Fraport; BVerfGE 148, 267 (284) – Stadionverbot.

³⁹¹ *Beaud*, Kommentar, S. 125.

³⁹² *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 315.

ständig organisiert hat.³⁹³ Sobald aber der Richter involviert ist, scheint sich für *Rivero* die Natur des Rechtsverhältnisses zu wandeln, vom ursprünglichen Verhältnis zweier Privater zu einem Verhältnis, das die öffentliche Gewalt dem Privaten gegenüberstellt.³⁹⁴ Der Richter ist aber an alle Grundsätze des Verfassungsrechts gebunden und wenn er sich weigere sie anzuwenden, verletze der Staat seine Pflicht. *Riveros* Konzeption klingt für deutsche Leser vertraut; im Ergebnis konstruiert er eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte,³⁹⁵ die auch die Grundrechtsbindung des Richters thematisiert. Der Richter muss bei der Anwendung des einfachen Rechts in einem Privatrechtsstreit die Wertentscheidung der Grundrechte zur Geltung bringen. Hierfür bedient er sich offener, interpretationsbedürftiger Tatbestandsmerkmale, über die die Grundrechte als objektives Verfassungsrecht ins einfache Recht einbrechen. Für *Rivero*³⁹⁶ steht aber der Richter als Organ eines *État-garant* im Zentrum, auch wenn eine mit Art. 1 Abs. 3 GG vergleichbare Bindung des Richters an die Grundrechte im französischen Verfassungsrecht nicht ausdrücklich angelegt ist.³⁹⁷

b) *Der Avocat als grundrechtsberechtigt und zugleich grundrechtsgebundener Akteur*

*Beaud*³⁹⁸ konnte in der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel bislang keinen Fall der Horizontalwirkung von Grundrechten ausmachen. Dessen verfassungsrechtliche Beurteilung der Entbindung eines Pflichtverteidigers (*commission d'office*) verdient jedoch Beachtung, da hier eine Grundrechtsbindung strukturell angelegt ist (dazu unter aa)). In der Entscheidung der Cour de Cassation zu den *signes religieux* stellt sich eine Grundrechtsbindung des Avocats vielmehr als Vorfrage für die Legalität der angegriffenen Vorschrift des *règlement intérieur* dar, wiederum im gerichtsverfassungsrechtlichen Kontext, allerdings außerhalb des besonderen Rahmens der Pflichtverteidigerstellung (dazu unter bb)).

aa) *Conseil Constitutionnel (commission d'office)*

(1) *Kontext der Entscheidung: Verurteilung des unverteidigten Angeklagten*

Der Conseil Constitutionnel war damit befasst, ob es mit Art. 16 DDHC vereinbar ist, dass der Vorsitzende des Geschworenengerichts die Motive eines Pflichtverteidigers für seine Entbindung akzeptieren muss (*approuver*), also der Pflichtverteidiger sich erklären muss (Art. 9 des Gesetzes v. 31.12.1971) und nicht selbst entscheiden darf, ob er eine Verteidigung fortsetzt.³⁹⁹ Nach Art. 317 CPP ist die

³⁹³ Für Nachweise s. auch *Favoreu et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, S. 143 Rn. 125.

³⁹⁴ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 320 f.

³⁹⁵ Vgl. auch *Hochmann*, in: *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, S. 136 f.

³⁹⁶ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 320 f.

³⁹⁷ *Beaud*, Kommentar, S. 125.

³⁹⁸ *Beaud*, Kommentar, S. 129.

³⁹⁹ Vgl. hierzu Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), aa), (2), S. 75.

Anwesenheit eines Verteidigers vor dem Geschworenengericht obligatorisch und der Vorsitzende muss einen Pflichtverteidiger bestellen, insbesondere den bisherigen Wahlverteidiger. Weigert sich dieser muss er dem Vorsitzenden seine Motive erklären. Es entspricht der (insoweit geänderten) Rechtsprechung der Cour de Cassation,⁴⁰⁰ wenn sich der Verteidiger verweigert und den Sitzungssaal verlässt, dass der Vorsitzende keinen neuen Pflichtverteidiger bestellen muss und die mündliche Verhandlung auch in Abwesenheit des Angeklagten oder des Verteidigers fortgesetzt werden darf. Der Verteidiger begeht eine Berufspflichtverletzung (Art. 183 des Dekrets v. 27.11.1991).⁴⁰¹ Im vorliegenden Fall kam es zu einer solchen – im Einvernehmen mit dem Mandanten erfolgten – Weigerung zu verteidigen; das Verfahren wurde ohne Mandant und Anwalt fortgesetzt. Die Verurteilung des Mandanten bestätigte letztinstanzlich die Cour de Cassation, da keine die Kassation begründenden Verfahrensfehler festzustellen seien.⁴⁰² Im berufsgerichtlichen Verfahren bezweifelte der Conseil de discipline régional in erster Instanz die Verfassungsmäßigkeit der Offenlegungspflicht der Motive mit Art. 16 DDHC und legte die Frage der Cour de Cassation vor. Die Cour de Cassation⁴⁰³ sah die Voraussetzung für eine Weiterleitung an den Conseil Constitutionnel als gegeben an.

(2) Verfassungsgerichtliche Retourkutsche

Die Rüge des Art. 16 DDHC, der Verletzung der Verteidigungsrechte des Angeklagten durch die Offenlegungspflicht des Avocats, weist der Conseil zurück und wendet Art. 16 DDHC sodann inhaltlich gegen den Pflichtverteidiger.⁴⁰⁴ Anders als das BVerfG⁴⁰⁵ sieht der Conseil die Regelung in erster Linie nicht im öffentlichen Interesse, sondern sie diene der Verwirklichung der Prozessgrundrechte aus Art. 16 DDHC. Das öffentliche Interesse an der bonne administration de la justice wird nur als Verstärkung der Argumentation verwendet. So führt der Conseil aus, dass „le pouvoir conféré au président de la cour d’assises de commettre un avocat d’office, pour la défense d’un accusé qui en serait dépourvu, vise à garantir l’exercice des droits de la défense“.⁴⁰⁶ Man mag spekulieren, wie positiv es der Conseil Constitutionnel auffasste, dass alle Selbstverwaltungsgremien und Anwaltsorgani-

⁴⁰⁰ Cass. Crim., Urt. v. 24.6.2015 – Nr. 14-84.221; Cass. Crim., Urt. v. 29.3.2017 – Nr. 15-86.300; anders hingegen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.4.2003 – 3 Ss 95/02, BeckRS 2004, 9072.

⁴⁰¹ S. dazu Cass. Civ. I, Urt. v. 9.2.1988, Nr. 86-17.786.

⁴⁰² Cass. Crim., Urt. v. 24.6.2015 – Nr. 14-84.221.

⁴⁰³ Cass. Crim., Urt. v. 7.2.2018 – Nr. 17-90.25.

⁴⁰⁴ Ribeyre, JCP G 2018, 1312 (1313): „le Conseil Constitutionnel les écarte au nom même des droits de la défense“.

⁴⁰⁵ BVerfGE 39, 238 – Widerruf Bestellung Croissant.

⁴⁰⁶ CC, Entsch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC, Rn. 7 – Maître Berton. – Im Anschluss an die Entscheidung des Conseils Constitutionnel im Zwischenverfahren verlief das Verfahren wie folgt: Der Conseil de discipline sprach den Angeklagten frei, weil er keine Verletzung des Berufsrechts durch die Weigerung Bertons sah, da die Entscheidung des Gerichtspräsidenten an einem Ermessensausfall gelitten habe und somit nicht stets zu einer berufsgerichtlichen Verurteilung führen müsse (Gaz. Pal. v. 17.7.2018, S. 6); die Cour d’appel Douai hob diese Entscheidung aber auf (Gaz. Pal. v. 4.12.2018, Nr. 338h2, S. 9).

sationen (!) als Streithelfer gerade die Prozessgrundrechte⁴⁰⁷ des Mandanten einwandten, um die Pflichtverteidigung in ihrer bisherigen Gestalt anzugreifen. Bereits im 19. Jahrhundert reagierte die Cour de Cassation allergisch, als die Anwälte in Rouen sich (damals illegal) versammelten, um gegen die Pflichtverteidigung zu opponieren.⁴⁰⁸ Dem Conseil war es ein Anliegen, selbst zu definieren, wie die Prozessgrundrechte bestmöglich gewahrt werden. Auf die Perspektive der Anwaltschaft, des Angeklagten und Mandanten kommt es dabei nicht an. Die Entscheidung steht damit stellvertretend für die allgemeine Tendenz, Grundrechte objektiv auszulegen,⁴⁰⁹ also dem Grundrechtsträger keine Konkretisierungskompetenz einzuräumen.

(3) *Rekonstruktion der Drittwirkung des Art. 16 DDHC*

Wenn hieraus eine Geltung des Grundrechts aus Art. 16 DDHC zwischen Anwalt und Mandant gefolgert wurde,⁴¹⁰ ist dies sicherlich in der französischen Konzeption richtig. Denn dass die Grundrechte auch zwischen Privaten Anwendung finden, wird vom Großteil der Autoren anerkannt.⁴¹¹ Die Bindung nimmt in diesem Fall auch weniger paternalistische Züge gegenüber dem Mandanten an, denn der Conseil weist ausdrücklich darauf hin, dass der Angeklagte, der sich nicht mehr durch einen Pflichtverteidiger vertreten lassen will, sich jederzeit durch einen Wahlverteidiger vertreten lassen kann, was die Bestellung des Pflichtverteidigers hinfällig macht. Damit ist der Möglichkeit eine Absage erteilt, wonach eine horizontale Grundrechtswirkung im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant konzeptionell von vorneherein ausscheiden muss, weil die Prozessgrundrechte ihrer Natur nach gegen den Staat gerichtet sind, der durch die Einrichtung der Gerichte und die Organisation des Gerichtsverfahrens sie als einziger erfüllen kann.⁴¹² Unausgesprochen spielt hier die Mitwirkung am *service public de la justice* als *auxiliaire de justice* eine Rolle.

Horizontale Wirkung des Art. 16 DDHC durch Bindung des Richters: Der Conseil zeigt sich hier als Anhänger der Lehre *Riveros*, wonach maßgeblich die richterliche Intervention die Grundrechtsanwendung zwischen Privaten legitimiert, da dieser selbst an die Grundrechte gebunden ist und die Grundrechte schützen muss, um seinem verfassungsrechtlichen Auftrag gerecht zu werden. Der Vorsitzende des Geschworenengerichts ist neben dem Kammervorsitzenden durch Art. 9 des Geset-

⁴⁰⁷ Die als verletzt gerügte Gewissens- und Meinungsfreiheit ist dem Conseil Constitutionnel im Urteil wie im offiziellen Kommentar zur Entscheidung kein Wort wert.

⁴⁰⁸ Sehr deutlich und schneidend im Ton Cass. ch. req., Urt. v. 5.4.1841, *Journal du Palais* v. 5.4.1841 – *Ordre des avocats de Rouen*. – Die Entscheidung der Vorinstanz, der Cour Royale, ist dort ebenfalls abgedruckt und bringt eine sehr deutliche Verachtung für den Anlass dieser Versammlung zum Ausdruck.

⁴⁰⁹ Allgemein *Grewe*, JöR n. F. 58 (2010), 1 (12).

⁴¹⁰ *Carrère*, RFDC 2019, e19 (e25 f.).

⁴¹¹ *Favoreu et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, S. 141 Rn. 122.

⁴¹² Zu solchen Grundrechten im deutschen Verfassungsrecht *Kulick*, *Horizontalwirkung im Vergleich*, S. 414, der ansonsten eine weitgehende Anwendung vertritt.

zes v. 31.12.1971 berufen, das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu gestalten – durch die Berufung oder Abberufung des Pflichtverteidigers. Zugleich war auch der ausgestaltende Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden.

Möglichkeit der Assimilierung an die richterliche Bindung: Neben diese allgemeine Legitimierung der horizontalen Wirkung durch die Mitwirkung des Richters und die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber sind die Besonderheiten der Pflichtverteidigerbestellung in Rechnung zu stellen. Das Vorgehen des Conseils ist dadurch erleichtert, dass der Richter hier zwar ein Verhältnis zwischen Privaten gestaltet und dort die Grundrechte zur Geltung bringt, dieses Verhältnis jedoch durch eine *mesure d'administration judiciaire* überhaupt entstanden ist.⁴¹³ Darunter sind solche Maßnahmen zu verstehen, die sich direkt auf den *service public de la justice* beziehen, dessen Interessen bei der Entscheidung einen prominenten Platz einnehmen und zumeist sogar bedeutender als die Interessen der Parteien sind.⁴¹⁴ Deshalb sind (im Grundsatz) Rechtsbehelfe gegen derartige Maßnahmen unzulässig, denn die Wahrung der Interessen des *service public de la justice* obliegt einzig dem Justizminister (*garde des sceaux*). Dies gilt auch, wenn nicht der Gerichtsvorsitzende, sondern der *Bâtonnier* bei der Pflichtverteidigerbestellung tätig wird.⁴¹⁵ Es besteht also, unabhängig von der Mitwirkung des Richters, von Anfang an kein privatrechtliches, sich womöglich später in seiner Natur wandelndes, sondern vielmehr von Anfang an ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Pflichtverteidiger und seinem Mandanten.⁴¹⁶ Man kann überlegen, ob der Staat nicht seine Grundrechtsverpflichtung aus Art. 16 DDHC zum Teil auf die Anwaltschaft und damit auf die einzelnen Anwälte übertragen hat, indem er ihnen ein (mit Ausnahmen versehenes) Monopol eingeräumt hat. *Rivero*⁴¹⁷ hat argumentiert, dass der Staat normalerweise grundrechtliche Leistungsansprüche, zu denen auch Art. 16 DDHC zählt, durch einen eigenen *service public* erfülle, jedoch auch die Regulierung eines Privatrechtsverhältnisses seine Grundrechtsverpflichtung erfüllen könne. Als Beispiel nennt er das Grundrecht auf ein anständiges Lebensniveau, dessen Schutz der Staat durch das Verbot, ein unterhalb des Mindestlohns liegendes Entgelt zu vereinbaren, gewährleistet. Die grundrechtliche Verpflichtung, für ein angemessenes Lebensniveau zu sorgen, obliegt also dem inanspruchgenommenen Arbeitgeber. Der freiberufliche Rechtsanwalt tritt in einer solchen Perspektive in eine staatliche Verantwortung an. Eine solche Perspektive wurde für das deutsche Verfassungsrecht abgelehnt.⁴¹⁸

⁴¹³ So der offizielle Kommentar zu CC, *Ensch. v. 4.5.2018 – Nr. 2018-704 QPC*, S. 3, abrufbar unter: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018704qpc/2018704qpc_ccc.pdf.

⁴¹⁴ S. hierzu *Théron*, D. 2010, 2246 ff.

⁴¹⁵ Nachweise bei *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d'avocat*, Rn. 472.221.

⁴¹⁶ Vgl. allgemein *Eisenmann*, RDP 1952, 903 (941 ff.).

⁴¹⁷ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 312 f.

⁴¹⁸ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., I., 1., S. 150 ff.

bb) Cour de Cassation (signes religieux)

Die Entscheidung ist bereits ausführlich dargestellt worden.⁴¹⁹ Die nur angerissene Problematik der Grundrechtsbindung des *Avocats* soll hier wieder aufgegriffen werden.

(1) Analyse der Rechtsprechung

Kein Bezug auf einfachgesetzliche Generalklauseln: Es fällt auf, dass die Cour de Cassation nicht den Weg geht, allgemeine „Einbruchsstellen“ für die Grundrechte zu suchen, wenn es um die Grundrechtsbindung des *Avocats* geht. Dies wäre ohne weiteres möglich gewesen angesichts der Pflichtenfülle im Berufsrecht, die auch solche umfassen, die zu Gunsten des Mandanten bestehen. Nimmt man das Beispiel des Tragens eines Kopftuches vor Gericht und unterstellt die Ansicht der Cour de Cassation, dies gefährde das Recht auf einen *procès équitable*, hätte die Cour de Cassation ausführen können, dass ein solches Verhalten mit den Pflichten *dévouement*, *diligence* und *prudence* unvereinbar sei und deshalb die Berufsaufsicht das Tragen des Kopftuches verbieten dürfe. Dies wäre eine schutzpflichtenorientierte Perspektive. Es ist die Berufsaufsicht und im Anschluss der Zivilrichter, die, wenn sie die Einhaltung der Berufspflichten überwachen, selbst an die Grundrechte gebunden sind und diese effektiv schützen müssen. Auf einen solchen Transmissionsriemen hat die Erste Zivilkammer aber verzichtet, auch wenn der Beistand und die Vertretung der Partei durchaus genannt werden. Sie bleiben aber ohne Bedeutung für die Argumentation. Das mag daran liegen, dass der Ausgangsstreit die Cour de Cassation hier nicht als Zivilgericht fordert, sondern sie funktional als oberstes Verwaltungsgericht, das mit der Legalitätskontrolle einer Selbstverwaltungskörperschaft befasst ist (*police des avocats*), entscheidet.⁴²⁰

Flexibles Berufen auf Grundrechte: *Beaud* beobachtet, dass die Cour de Cassation die horizontale Wirkung der Grundrechte überaus zurückhaltend anwendet, um in ihrer Judikatur nicht dem Einfluss des Conseil Constitutionnel ausgesetzt zu sein.⁴²¹ Dies führt in Urteilen des obersten Zivilgerichts vielfach zu Distanzierungen vom Verfassungstext und dem Operieren mit unbenannten, aber flexibleren Prinzipien⁴²² oder zur Entnahme von grundrechtlichen Wertungen aus dem einfachen Gesetz, die auf andere Sachverhaltskonstellationen angewandt werden. Das Judiz der Ersten Zivilkammer zu den *signes religieux* verhält sich ambivalent zum Verfassungstext. Indem sie auf den *procès équitable* verweist, scheint sie auf ein (verfassungsgerichtlich ausgeformtes) Grundrecht mit determiniertem Inhalt hinzuweisen. Zugleich jedoch zitiert sie nicht Art. 16 DDHC, was darauf hindeutet,

⁴¹⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), S. 236 ff.

⁴²⁰ *Rivero*, in: *Mélanges Cassin III*, S. 321 sieht die Gefahrenabwehr zu Gunsten der Grundrechte Dritter als Paradebeispiel seiner Drittwirkungslehre.

⁴²¹ *Beaud*, Kommentar, S. 130 f. – Nachweise aus dem Arbeitsrecht bei *Frangi*, *Constitution et droit privé*, S. 182 Rn. 202 (Streikrecht), 220 ff. Rn. 155 (Gewerkschaftshaftung).

⁴²² *Desaulnay*, *L'application de la Constitution par la Cour de Cassation*, S. 155 ff. Rn. 363 ff.

dass sich inhaltliche Flexibilität bei der Subsumtion bewahrt werden soll.⁴²³ Die konkrete Bestimmung des einschlägigen Grundrechts durch die Cour de Cassation ist dann auch nicht sehr sorgfältig⁴²⁴ bzw. deckt sich nicht mit der bisherigen Judikatur des Conseil Constitutionnel zu Art. 16 DDHC. Man kann diese Entscheidung mit einem anderen Verfahren der Strafkammer der Cour de Cassation⁴²⁵ vergleichen, die ein „principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège“ entwickelte, ohne auf den Verfassungstext (Art. 64 Verf. 1958) einzugehen. Der Grund lag darin, dass das Gericht dieses Prinzip gegenüber den Parteien eines Verfahrens mobilisieren wollte, während Art. 64 Verf. 1958 nur die Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive adressiert. Es entspricht also dem spezifischen Vorgehen des obersten ordentlichen Gerichts, „freihändig“ Verfassungsprinzipien zu entwickeln, um sie auch gegenüber anderen, auch nichtstaatlichen, Akteuren in Position bringen zu können.⁴²⁶

Die Besonderheit der Konstellation der anwaltlichen Grundrechtsbindung an Art. 16 DDHC folgt daraus, dass es sich stets um ein „Dreieck“ mit dem Staat als Dritten handelt und nicht um eine rein privatrechtliche Beziehung. Denn die Grundrechte des Art. 16 DDHC, mögen sie auch weit im Vorfeld Schutzwirkung entfalten, zielen darauf ab, eine Rechtsposition des Mandanten (zumindest potentiell) vor dem staatlichen Richter zu verteidigen. Der Richter tritt nicht nur als außenstehender Schiedsrichter im Streitfall hinzu, indem er über das Regime der Pflichtverteidigung oder der Einhaltung der Berufspflichten des Rechtsanwalts dem Rechtsuchenden eine verfassungskonforme Vertretung ermöglicht, sondern er ist stets mitgedacht als Gefährder der Freiheit – deshalb ist ja der anwaltliche Beistand über Art. 16 DDHC abgesichert. Bei *Rivero*, in seiner klassischen Vorstellung, wandelt sich ein ursprüngliches privatrechtliches Verhältnis durch die Mitwirkung des Richters in ein gemischtes Rechtsverhältnis, das vom Privatrecht ins öffentliche Recht „hinüber wechselt“.⁴²⁷ Beim Verhältnis des Avocats und seines Mandanten und der Wirkung des Art. 16 DDHC im Verhältnis zwischen ihnen, ist hingegen aufgrund des konkreten Grundrechts, das gerade vor dem Richter seine Wirkung entfalten soll, von Anfang an ein „gemischtes“ Verhältnis gegeben.

(2) Rekonstruktion der „Technik“ der horizontalen Anwendung der Cour de Cassation

Die Cour de Cassation kombiniert zwei klassische Techniken, um im Verhältnis zwischen Avocat und Mandant Art. 16 DDHC horizontal wirken zu lassen.

⁴²³ *Desaulnay*, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 598 ff. Rn. 1404 ff.

⁴²⁴ Vorwurf allgemein auch bei *Desaulnay*, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 153 Rn. 357.

⁴²⁵ Cass. Crim., Urt. v. 9.12.1981 – Nr. 81-94.848.

⁴²⁶ *Desaulnay*, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 156 f. Rn. 367.

⁴²⁷ Gegen eine Veränderung der Natur des Rechtsverhältnisses durch die Mitwirkung der Verwaltungsbehörde oder des Richters *Eisenmann*, RDP 1952, 903 (941 ff.).

Dies ist zum einen die Mobilisierung des einfachen Rechts als *relais* des Grundrechts⁴²⁸ und das Heranziehen des Grundrechts als Lückenfüller, wenn das einfache, im Streitfall anzuwendende Recht der Vervollständigung oder Modifikation bedarf.

*Dekret und Satzungsrecht als unvollständiger Mittler einer Grundrechtsbindung: Classen*⁴²⁹ hat aus deutscher Sicht angemerkt, dass das einfache Recht vielfach ausdrücklich die Geltung einer Freiheit zwischen Privaten anordnet, bspw. in Art. 9 CCiv zum Schutz der Privatsphäre oder Art. 16 CCiv zum Schutz der Menschenwürde. Liegt eine solche Konstellation vor, dann geht es um die Grundrechtsbindung des ausgestaltenden Gesetzgebers, der die (allgemeinen) Grundrechte für eine bestimmte Situation konkretisiert hat, wie es bspw. Art. 34 Verf. 1958, Art. 66 Verf. 1958 oder Art. 8 DDHC für die materiellen und prozessualen Garantien des Strafrechts verlangen. Ist die Cour de Cassation mit einer solchen ausgestaltenden Vorschrift konfrontiert, verliert die verfassungsrechtliche Bestimmung ihr Interesse; das Gericht wird zur „sentinelle de la loi“.⁴³⁰ Anschauungsmaterial für diese Dominanz des einfachen Gesetzes, auch wenn es nicht um die Grundrechtsbindung Privater geht, liefert der Article Préliminaire des CPP, der die Grundprinzipien des Strafverfahrens enthält. Selbst der Conseil Constitutionnel⁴³¹ stellte in einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle fest, „qu’il appartient à l’autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l’article préliminaire du code de procédure pénale, dans l’application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi“ (Hervorhebung nur hier). Der Conseil erkennt also an, dass das einfache Recht die Grundrechte im Strafverfahren sichern kann und leitet entgegen dem Wortlaut des Art. 154 CPP einen effektiven Rechtsschutz aus dem Article Préliminaire in Haftsachen ab. Ein Rückgriff auf Bestimmungen der DDHC ist für den Conseil überflüssig.⁴³²

Für die Lösung der Cour de Cassation, das Tragen von religiösen Zeichen als Verletzung des *droit au procès équitable* zu qualifizieren, dürfte also ausschlaggebend sein, dass Art. 16 des Dekrets v. 12.7.2005 sowie in Art. 5 RIN die Grundrechtsbindung ausdrücklich feststellen. Der fehlende ausdrückliche Hinweis auf diese einfachgesetzliche und binnenrechtliche Vorschrift dürfte zwei Gründe haben. Es handelt sich bei dem Dekret um exekutiv gesetztes bzw. beim RIN um vom CNB gesetztes Recht. Dem CNB wie der Regierung kommt aber, anders als dem Gesetzgeber nach Art. 34 Verf. 1958, keine starke legitimatorische Wirkung

⁴²⁸ Vgl. auch Hochmann, in: L’effet horizontal des droits fondamentaux, S. 121 Fn. 13 zu Cass. Ass. Plén., Urt. v. 25.6.2014 – Nr. 13-28.369 – Baby-Loup, wo ein Verbot religiöse Zeichen zu tragen nicht mit der Laizität, sondern dem Arbeitsgesetzbuch begründet wurde.

⁴²⁹ Classen, JöR n. F. 68 (2020), 213 (234).

⁴³⁰ Desaulnay, L’application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 531 Rn. 1246.

⁴³¹ CC, Entsch. v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 6 – Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁴³² Desaulnay, L’application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 534 f. Rn. 1256.

zu, Private an die Grundrechte zu binden.⁴³³ Zum anderen wäre ein Verweis auf Art. 16 des Dekrets und Art. 5 RIN keine ausreichende textliche Legitimierung, denn dort wird auf die *droits de la défense* oder das *contradictoire* Bezug genommen, aber gerade nicht auf den *procès équitable*, auf den die Erste Zivilkammer abstellt.

Ergänzungsfunktion der Grundrechte bei unvollständigem einfachem Recht: Wenn sich das einfache Gesetz oder wie hier untergesetzliche Recht als unvollständig erweist, um die Freiheit zu schützen, kommt den Grundrechten in der Judikatur der Cour de Cassation eine „fonction palliative“ zu – entweder um das Gesetz durch ein eigenes Prinzip zu ersetzen oder das Gesetz durch einen neuen Inhalt oder durch grundrechtliche Anreicherung zu vervollständigen.⁴³⁴ Dies geschieht zumeist ohne Hinweis auf das Grundrecht selbst, so dass im Schrifttum von den „rendez-vous manqués avec les normes constitutionnelles“⁴³⁵ gesprochen wird, weil das Gericht seinen Rückgriff auf die Horizontalwirkung nicht offenlegt. Ein berühmtes Beispiel betrifft die Meinungsfreiheit von Angestellten außerhalb des Unternehmens.⁴³⁶ Für den gekündigten Arbeitnehmer lag das Problem darin, dass das Arbeitsgesetzbuch nur eine weitreichende Meinungsfreiheit im Unternehmen vorsah; sein Interview mit einer (linken) Tageszeitung also nicht unter den Tatbestand des Gesetzes fiel. Die Cour de Cassation betonte ausdrücklich, dass eine (entsprechende) Anwendung auf die nicht geregelte Situation nicht in Betracht kommt. Eine Lösung, die auch der Generalanwalt vorschlug, wäre, angesichts der Unvollständigkeit der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Meinungsfreiheit, die Kündigung direkt wegen einer Verletzung des Art. 11 DDHC für nichtig zu erklären. Aber auch diesen Weg ging das Gericht nicht, sondern extrahierte aus der einfachrechtlichen Vorschrift einen allgemeinen Gedanken, wonach die Wahrnehmung der Meinungsäußerungsfreiheit des Beschäftigten im Regelfall sanktionslos zu stellen sei. Deshalb sei die Kündigung nichtig. Trotz des fehlenden Bezuges auf Art. 11 DDHC war die Horizontalwirkung doch „très implicitement“⁴³⁷ die Grundlage für die Nichtigerklärung der Kündigung. Diese Technik findet sich auch in der Entscheidung zu dem Verbot religiöser Zeichen. Das Dekret v. 12.7.2005 und das Satzungsrecht in Art. 5 RIN sind nicht vollständig in inhaltlicher Hinsicht und zudem von zweifelhafter Legitimation. Für sich genommen können diese Vorschriften die Argumentation der Cour de Cassation nur schwerlich tragen. Um diese „Schwächen“ zu kompensieren steht das Grundrecht auf einen *procès équitable* in seiner horizontalen Wirkung als Ergänzungsinstrument des einfachen Rechts zur Verfügung. Aus Art. 16 des Dekrets, Art. 5 RIN sowie Art. 16 DDHC baut sich die Cour de Cassation den Rechtsatz, den sie zur Lösung des Streites heranzieht. Die-

⁴³³ Zur Bedeutung von Kollektiven für die „publicisation“ privatrechtlicher Verhältnisse instruktiv Eisenmann, RDP 1952, 903 (909 ff., 951 ff.).

⁴³⁴ Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 544 ff. Rn. 1277 ff.

⁴³⁵ Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 545 Rn. 1279.

⁴³⁶ Cass. Soc., Urt. v. 28.4.1988 – Nr. 87-41.804 – SA Dunlop France/Clavaud.

⁴³⁷ Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, S. 545 f. Rn. 1280.

ser zeichnet sich vor allem durch einen flexiblen Maßstab aus, für deren Ausfüllung nur die Cour de Cassation und nicht der Conseil Constitutionnel und auch nicht die anwaltliche Selbstverwaltung verantwortlich ist.

c) (Keine) Differenzierung beim Inhalt der grundrechtlichen Bindung

In der Rechtsprechung der Cour de Cassation und auch des Conseil Constitutionnel kommt es also zu einer Grundrechtsbindung des Anwalts, die ihrem Maß nach nicht jener des Richters nachsteht. Dem kann man deshalb folgen, weil die Grundrechtsbeeinträchtigungen des Rechtssuchenden enorm sein können. Der Verlust von Forderungen und Eigentum, der Verlust von persönlicher Freiheit, der Verlust des Arbeitsplatzes sind nicht nur Lebensschicksale, sondern auch verloren gegangene grundrechtlich geschützte Positionen. Der Einzelne kann das vom Verfassungsrecht verlangte Gerichtsverfahren im Regelfall, auch wenn er sich womöglich selbst vertreten darf, nicht ohne den Anwalt bewältigen. Im Gegenzug hat der Avocat – noch – ein (beschränktes) Monopol vom Gesetzgeber erhalten. Eine solche dem Maß nach staatsgleiche Grundrechtsbindung dient dann dem Ausgleich gleichrangiger Freiheit, wie es auch *Rivero* vor Augen stand. Problematisch ist aber, was die Cour de Cassation als Inhalt der Grundrechtsbindung verlangt. Denn auch wenn das Maß der Grundrechtsbindung sich jener des Staates annähert, verbietet es sich doch, die Verpflichtungen, die hieraus abgeleitet werden, einfach zu übertragen, denn auch der Avocat kann sich auf eine eigene, allerdings dienende Grundrechtsposition berufen.⁴³⁸ Die Grundrechte des Mandanten sind Hindernisse für einen ungehemmten und rücksichtslosen Freiheitsgebrauch durch den Anwalt. Über die Konzeption dienender Freiheit sind sie aber auch Grenzziehung für den Ausgleich der Grundrechtspositionen der beiden Privaten.⁴³⁹ Der Inhalt der Grundrechtsbindung orientiert sich an der dienenden Freiheit. Deshalb verfehlt eine inhaltsgleiche Grundrechtsbindung diese Ausgestaltungsvorgabe, weil sie in Gestalt des absoluten Neutralitätsgebotes eine Handlung vorschreibt, die schon im Ansatz nicht geeignet ist, um die Grundrechte des Mandanten zu sichern.⁴⁴⁰ Lösungen in solchen Spannungsfeldern dürften im Regelfall gestuft sein und verfahrensmäßige Regelungen enthalten. Es wäre möglich gewesen, den Mandanten in die Frage einzubinden, ob sein Avocat religiöse Zeichen vor Gericht tragen darf. Interessante, allerdings kaum realisierbare Vorschläge, die Mandanten im berufsrechtlichen Rechtsetzungsverfahren stärker zu integrieren, wurden bereits von *Castets-Renard* vorgelegt.⁴⁴¹ Oder die Kammer hätte, wenn sie schon von einem grundsätzlichen

⁴³⁸ Zur differenzierten Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte zwischen Privaten s. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, S. 421 ff.

⁴³⁹ Vgl. zum Ausgleich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, S. 424 f.

⁴⁴⁰ Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, S. 424; vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), cc), S. 240 ff.

⁴⁴¹ Vgl. *Castets-Renard*, Étude sur l'évolution des règles professionnelles et déontologiques des professions juridiques et judiciaires.

Verbot ausgeht, eine Ausnahmevorschrift in ihrer Satzung vorsehen müssen, so dass im Einzelfall, wenn keine gegenläufigen Interessen erkennbar sind oder sogar das Vertrauensverhältnis zwischen Avocat und Mandant gestärkt wird, ein religiöses Zeichen getragen werden darf. Im Einzelfall könnten zudem, wenn der Vorsitzende Richter es für geboten hält, sitzungspolizeiliche Maßnahmen erfolgen, was auch ein generelles berufsrechtliches Verbot überflüssig machen würde.

2. Funktionalisierung durch Berufspflichten als Kehrseite der Freiheit

Das französische Recht begreift als Kehrseite der anwaltlichen Freiheit die durchgängige Unterwerfung unter einen Pflichtenkanon, der nicht nur das Berufsleben betrifft und über die jedem Beruf eigenen Pflichten hinausragt.⁴⁴² Ziel ist es, die Freiheitsbetätigung im Sinne der sozialen Funktion des Avocats zu kanalisieren: durch Prävention und Repression.⁴⁴³

a) Ein pflichtenbegründender Status und eine pflichtenauslösende Tätigkeit

Ist jemand zur Anwaltschaft zugelassen und darf sich Rechtsanwalt (§ 12 Abs. 4 BRAO) oder Avocat nennen, dann regelt das deutsche wie das französische Berufsrecht nicht nur Handlungen, sondern auch einen Zustand (*état*):⁴⁴⁴ Man handelt nicht nur als Rechtsanwalt, sondern ist auch Rechtsanwalt und muss unter Umständen diese Berufsbezeichnung auch führen.⁴⁴⁵ Der einheitliche Status dient dem Schutz der Interessen und Rechte des Berufsträgers sowie der Organisation und Koordination der Profession.⁴⁴⁶ Hieraus folgen aber auch Statuspflichten,⁴⁴⁷ die man als „virtuelle Pflichten“ bezeichnet hat, da Pflichten, auch wenn sie stets vorhanden sind, sich erst bei konkreten Handlungen aktualisieren können.⁴⁴⁸ Diese Pflichten bestehen solange der Einzelne zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist. Besonders deutlich wird die Statuspflicht, die nur an das Rechtsanwalt-Sein anknüpft, wenn es um die Sanktionierung von Fehlverhalten im privaten Bereich geht.⁴⁴⁹ Die

⁴⁴² Bergel, in: *Droit et déontologies professionnelles*, S. 10 f.

⁴⁴³ Moret-Bailly/Truchet, *Droit des déontologies*, S. 143 f. Rn. 340 f. zur besonderen Bedeutung der Disziplinalgewalt bei den Freien Berufen.

⁴⁴⁴ Ader/Damien *et al.*, *Règles de la profession d'avocat*, Rn. 331.51; zum Begriff des *état* in Abgrenzung zur Profession *Nasom[-Tissandier]*, *Recherche sur la notion juridique de profession*, S. 17 f., der sich durch vollständiges Aufgehen in der Tätigkeit und dem Dienen des Allgemeininteresses und nicht den Erwerbsinteressen kennzeichnet; vgl. auch Daigre, JCP E 1996, supplément Nr. 2, 16 ff. zum „statut de l'avocat“.

⁴⁴⁵ Str. für das deutsche Recht: dagegen v. Lewinski, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 50; OLG Dresden, Beschl. v. 21.8.2003 – StO 1/03, NJW 2003, 3359; trotz einer fehlenden Entsprechung von § 43 Abs. 1 S. 3 StBerG allerdings Vossebürger, in: Weyland, § 12 BRAO Rn. 17.

⁴⁴⁶ Moret-Bailly/Truchet, *Déontologie des juristes*, S. 52; vgl. auch Joly-Hurard/Vanoni, *La déontologie du magistrat*, S. 23 f.

⁴⁴⁷ Zum Zusammenhang zwischen Status und Pflicht auch Moret-Bailly, in: *Droit et déontologies professionnelles* S. 114; Joly-Hurard/Vanoni, *La déontologie du magistrat*, S. 23 f.

⁴⁴⁸ Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43 BRAO Rn. 8.

⁴⁴⁹ Vgl. auch Daigre, JCP E 1996, supplément Nr. 2, 16 (18).

Pflichten erschöpfen sich jedoch nicht im Status.⁴⁵⁰ Handlungspflichten hingegen gebieten ein bestimmtes Tun oder Unterlassen und sind abhängig vom Status als Rechtsanwalt. Sie ist also eine temporäre Pflicht; als Sollpflicht besteht sie jedoch latent dauerhaft.⁴⁵¹

b) Eine pflichten- und wertgebundene Profession

Wie ein Netz aus Spinnweben, fein und dünn, liegen eine Vielzahl von gesetzlichen und binnenrechtlichen Erwartungen an den Wertekanon des Berufsträgers⁴⁵² über der anwaltlichen Berufsausübung und prägen das Selbstverständnis der Profession mehr als spezifische Rechte.⁴⁵³ Das französische Recht geht dabei über das deutsche Recht hinaus, soweit es um allgemeine Pflichten und Prinzipien geht (dazu unter aa)). Europäisches Gemeingut sind hingegen besondere Berufspflichten, die sich deshalb im deutschen wie französischen Recht nachweisen lassen (dazu unter bb)). Pflichten erstrecken sich zum Teil auch auf das Privatleben des Rechtsanwalts (dazu unter cc)).

aa) Erste Schicht: Allgemeine Pflichten in Deutschland und Frankreich

(1) Unsicherheit im deutschen Berufsrecht bei unspezifischen Pflichten

Während die deutsche Berufsordnung, die BORA, mit § 1 BORA durchaus auch allgemeine Pflichten für den Rechtsanwalt formuliert („Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf frei, selbstbestimmt und unreglementiert aus, soweit Gesetz oder Berufsordnung ihn nicht besonders verpflichten.“), konnte die Vorschrift niemals Bedeutung beim Vollzug des Berufsrechts erlangen.⁴⁵⁴ *Hartung*⁴⁵⁵ sieht den Charakter einer Präambel, womöglich einer Auslegungshilfe für das einfache Recht sofern notwendig; auf den ersten Blick drängt sich der Verdacht auf, eine Norm ohne praktische Bedeutung vor sich zu haben – schlichtweg nicht vollziehbar; zur Charakterisierung von durch die Berufsaufsicht zu ahnenden Verstößen schlechthin nicht geeignet. Auch die Vorschrift des § 43 BRAO („Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen“), in Tradition von § 28 RAO 1878, enthält selbst keinen rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Maßstab, seit die Standesrichtlinien die Generalklausel nicht mehr konkretisieren können.⁴⁵⁶ Sie mag zwar

⁴⁵⁰ *Moret-Bailly/Truchet*, *Déontologie des juristes*, S. 51 f.; für eine Trennung zwischen Status und déontologie *Joly-Hurard/Vanoni*, *La déontologie du magistrat*, S. 24.

⁴⁵¹ *Zuck*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 43 BRAO Rn. 9.

⁴⁵² *Landry*, *Gaz. Pal. v. 5.10.2013*, Nr. 278, S. t1 zur Frage, ob ein Rechtsanwalt nicht ein Heiliger im Laiengewand sei.

⁴⁵³ Vgl. hierzu *Römermann*, *AnwBl. Online 2021*, 297 (297), auch kritisch zur Debatte über sog. core values.

⁴⁵⁴ *Römermann*, in: *BeckOK-BORA*, § 1 Rn. 1 („Pathoskatalog“).

⁴⁵⁵ *Hartung*, in: *Hartung/Scharmer*, § 1 BORA Rn. 57.

⁴⁵⁶ Vgl. hierzu *Einl.*, § 1, II., 5., a), S. 16; *Verdikt der Verfassungswidrigkeit bei Hartung*, *AnwBl. 2008*, 782 (783); *Römermann*, *AnwBl. Online 2021*, 297 (307); anders unter Hinweis auf

durch die besonderen Pflichten nicht bedeutungslos sein, wirkt jedoch nach zutreffender Ansicht insbesondere als Rezeptionsnorm für Rechtsvorschriften, die außerhalb des Berufsrechts stehen und materiell berufsbezogen sind⁴⁵⁷ oder als Auffangnorm, wenn die Satzungsversammlung von ihrer Konkretisierungskompetenz (§ 59b Abs. 2 Nr. 1 BRAO) keinen Gebrauch gemacht hat oder versehentlich eine Lücke nicht geschlossen hat.⁴⁵⁸

(2) Wertekanon im französischen Berufsrecht und Standesrechtsprechung

Das französische Recht kontrastiert in vielerlei Hinsicht: Es legt nicht weniger als 17 allgemeine Berufspflichten⁴⁵⁹ fest. Zum einem Teil folgen sie, insoweit anders als in Deutschland, wo der Eid keine pflichtenkonstitutive Bedeutung hat, aus dem im Gesetzesrecht festgelegten (Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes v. 31.12.1971) Eid des Rechtsanwalts:⁴⁶⁰ *dignité, conscience, indépendance, probité* und *humanité*.⁴⁶¹ Komplementiert werden sie – regelungstechnisch eingeführt durch eine Aufgabenzuweisung an die Berufsaufsicht, diese Prinzipien durchzusetzen (Art. 17 Nr. 3) – durch *honneur, loyauté, désintéressement, confraternité, délicatesse*⁴⁶², *modération* und *courtoisie*.⁴⁶³ Gegenüber dem Mandanten stehen die Prinzipien *compétence, dévouement, diligence* und *prudence*⁴⁶⁴ besonders im Fokus; eine Querschnittsmaterie betrifft das jüngste Prinzip zur Achtung von *égalité, non-*

die Eigenheit einer Generalklausel *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43 BRAO Rn. 47; *Kleine-Cosack*, § 43 BRAO Rn. 2 sowie auch *Peitscher*, in: Hartung/Scharmer, § 43 BRAO Rn. 4.

⁴⁵⁷ So für das Datenschutzrecht überzeugend AnwG Berlin, Urt. v. 5.3.2018 – 1 AnwG 34/16, NJW 2018, 2421 (2423 Rn. 38); i. E. wohl auch NdsAGH, Urt. v. 14.10.2002 – AGH 35/01, BRAK-Mitt. 2002, 36 f. Ls. 2; aus dem Schrifttum v. *Lewinski*, wistra 2020, 481 (483 f.) bei Begehung von Straftaten durch den Rechtsanwalt oder Beihilfeleistung; *Träger*, in: Weyland, § 43 BRAO Rn. 13 ff.; *Prütting*, in: Henssler/Prütting, § 43 BRAO Rn. 21; ablehnend *Römermann*, AnwBl. Online 2021, 297 (307); grundsätzlich anders, wenn auch um eine einschränkende Auslegung (vergeblich) bemüht, SaarLAGH, Urt. v. 31.3.2003 – AGH 3/03, BRAK-Mitt. 2003, 179 (180): „hartnäckige Bummelei und Untätigkeit“.

⁴⁵⁸ *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43 BRAO Rn. 47 ff.; v. *Lewinski*, wistra 2020, 481 (482) zur vorvertraglichen Hinweispflicht bei Interessenkollisionen; bspw. BGH, Beschl. v. 30.11.2009 – AnwZ (B) 11/08, BRAK-Mitt. 2010, 132 (133) zu einer Stellenausschreibung, in der ein sittenwidriges Einstiegsgehalt für Berufsanfänger genannt wird: § 26 BORA greift erst bei Beschäftigung, so dass der Rückgriff auf die Generalklausel offenstehen soll; diese Fallgruppe ablehnend *Peitscher*, in: Hartung/Scharmer, § 43 BRAO Rn. 14 ff.; gegen jegliche berufsaufsichtliche Maßnahmen gestützt auf § 43 BRAO *Hartung*, AnwBl. 2008, 782 (783); *Praß*, in: BeckOK-BRAO, § 43 BRAO Rn. 4 ff. („Leerformel“).

⁴⁵⁹ Überblick bei *Landry*, Gaz. Pal. v. 5.10.2013, Nr. 278, S. t1.

⁴⁶⁰ Vgl. hierzu Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), bb), (2), S. 79.

⁴⁶¹ Zu übersetzen mit Würde, Gewissenhaftigkeit, Unabhängigkeit, Aufrichtigkeit und Menschlichkeit.

⁴⁶² S. BVerfGE 108, 150 (162) – Sozietätswechsel, wo das Gericht den französischen Begriff zur Veranschaulichung seiner Vorstellung von der Eigenverantwortung des Rechtsanwalts bei der Beurteilung widerstreitender Interessen heranzieht.

⁴⁶³ Ehre, Loyalität, Uneigennützigkeit, Brüderlichkeit, Behutsamkeit, Mäßigung und Höflichkeit.

⁴⁶⁴ Kompetenz, Hingabe, Beflissenheit und Vorsicht.

harcèlement et non-discrimination.⁴⁶⁵ Bis auf letzteres sind alle Prinzipien durch die Standesgerichtsbarkeit mit Leben gefüllt wurden;⁴⁶⁶ ohne die Fallpraxis fehlt es an Anschaulichkeit, um die Prinzipien zu erfassen. Eine Abgrenzung der verschiedenen Pflichten erscheint unmöglich, sie ist aber für die Gerichte auch nicht von Bedeutung. Denn im Mittelpunkt steht die Verpflichtung, sich dem Eid entsprechend zu verhalten. Genügt der Anwalt dieser nicht, wird er deshalb sanktioniert.⁴⁶⁷ Das Ziel dieser Regeln ist die Sicherung der unabhängigen Berufsausübung.⁴⁶⁸

„*Heilige Pflichten*“: Die Würde soll eine gewisse Noblesse sicherstellen. Dies betrifft das Verhalten des Avocats wie seine Wortwahl.⁴⁶⁹ Ziel ist es heute nicht mehr, den Anwaltsberuf von gewerblichen Nebentätigkeiten fernzuhalten, sondern insgesamt soll Vertrauen in den Stand gewahrt werden. Die *conscience* soll ihn traditionell davon abhalten, sich für andere Angelegenheiten als die „*causes justes*“ zu engagieren. Heute bleibt davon über, dass ein Anwalt jederzeit ein Mandatsverhältnis kündigen oder es ablehnen können muss, er vor allem aber auch mutig gegen Staat und gesellschaftlichen Druck Widerstand leisten muss, wenn es das Interesse seines Mandanten fordert.⁴⁷⁰ Der Bezug zur Unabhängigkeit ist besonders stark und zugleich stellt dieser Wert eine wichtige Schranke für die anwaltliche Berufsausübungsfreiheit dar.⁴⁷¹ Die Aufrichtigkeit (*probité*) adressiert die Wahrung innerer wie äußerer Vorschriften durch den einzelnen Rechtsanwalt, seine Integrität. Eine Verletzung dieser Kardinalspflicht wiegt disziplinarisch besonders schwer.⁴⁷² Nur rudimentär ist im CP geregelt, was einen Verstoß begründet, etwa Korruption, illegale Einflussnahme, Unterschlagung und Veruntreuung. Die *probité* ist ein Beispiel für die Beobachtung, die für andere Prinzipien gleichermaßen gilt, dass der

⁴⁶⁵ Gleichberechtigung der Geschlechter, Verbot des Mobbing und der Diskriminierung. – Anlass für dieses neue Prinzip war eine Studie der Ombudsbehörde Défenseur des Droits (Studie abrufbar unter: <https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapp-enq-avocats-a4-num-02.05.2018.pdf>). – Zur Frage, ob dies mit der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Rechtsetzungsbefugnis der Selbstverwaltung (Stichwort: keine politische Loyalität) vereinbar ist, s. Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), bb), (1), S. 77.

⁴⁶⁶ Den tatsächlichen Vollzug dieser Pflichten gleichwohl in Frage stellend *Landry*, Gaz. Pal. v. 5.10.2013, Nr. 278, S. t1.

⁴⁶⁷ Deutlich bei Cass. Civ. I, Urt. v. 20.12.2017 – Nr. 17-10102 in den Schlussanträgen der Staatsanwaltschaft: „Il estime que les termes employés dans les courriers des 27 octobre et 10 novembre 2014 tant à l’égard du bâtonnier que des avocats de Dijon sont bien contraires à la dignité et à la délicatesse auxquelles est tenu un avocat et *plus généralement aux termes du serment prêté par Me X*“ (Hervorhebung nur hier).

⁴⁶⁸ *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 310 f. Rn. 225 f.

⁴⁶⁹ Zu rassistischen Beleidigungen Cass. Civ. I, Urt. v. 9.7.1996 – Nr. 94-19008; Cons. disc. Paris, Entsch. v. 17.12.2002 – AD Nr. 22.3878, Code de déontologie Paris, Art. 10 RIN Nr. 14.: Die Würde verletzt etwa, wer in Interviews großspurig seine US-amerikanische Ausbildung (implizit in Abwertung der französischen Juristenausbildung) anpreist.

⁴⁷⁰ *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 324 Rn. 244.

⁴⁷¹ *Noto-Jaffeux*, L’indépendance de l’avocat, S. 323 Rn. 244.

⁴⁷² *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 324.14.

Rechtsanwender zwar weiß, wann ein Verhalten einen Verstoß darstellt,⁴⁷³ eine positive Definition jedoch kaum zu gelingen vermag.⁴⁷⁴ Die Pflicht zur Menschlichkeit entfaltet ihre Bedeutung vor allem im Beistand für die Mittellosen oder als Grenze für Mandantenwerbung, die jegliche Pietät vermissen lässt.⁴⁷⁵

Berufsausübungspflichten: Die Loyalität verlangt vom Avocat, dass er Ehre und Aufrichtigkeit bei der Berufsausübung gegenüber dem gegnerischen Avocat und dem Richter an den Tag legt. Dass der Anwalt weiterhin ausdrücklich als uneigennützig (*désintéressé*) durch das Berufsrecht bezeichnet wird, hat in seiner Bedeutung allerdings nicht mehr jenen Rang, den das Prinzip historisch hatte.⁴⁷⁶ Der Gesetzgeber hat sich 1957 statt einem Verbot der gerichtlichen Durchsetzung des Honoraranspruchs für eine Zuständigkeit des *Bâtonnier* in erster Instanz entschieden, der für das Gericht eine Stellungnahme verfasst.⁴⁷⁷ Losgelöst von Honorarstreitigkeiten kann dieser Pflicht aber entnommen werden, dass der Avocat seine eigenen Interessen immer denen des Mandanten unterzuordnen hat.⁴⁷⁸ Die *délicatesse* scheint nicht nur schwierig zu übersetzen zu sein, sondern weckt Zweifel, ob im Berufsaufsichtsrecht eine rechtsstaatskonforme Handhabung zu gewährleisten ist.⁴⁷⁹ Der Anwendungsbereich ist kaum abzugrenzen⁴⁸⁰ und umfasst jegliche berufliche Entscheidung: von der Organisation der Kanzlei, über die Festlegung des Honorars bis hin zur Frage, ob der Nebenklagevertreter in der „*affaire du gang des barbares*“ die Verteidiger als „*connards d’avocats bobos de gauche*“ bezeichnen durfte.⁴⁸¹ Am ehesten wird man dieser tradierten Pflicht gerecht, wenn man ihr ent-

⁴⁷³ Vgl. *Revet et al.*, *Déontologie*, S. 99 Rn. 149.

⁴⁷⁴ Umfassend *Brigant*, *Contribution à l’étude de la probité*.

⁴⁷⁵ Telefonische Kontaktaufnahme mit der Schwester eines getöteten Polizisten s. *Cons. disc.*, *Entsch. v. 17.12.2013 – AD Nr. 22.6905*, *Code de déontologie Paris*, Art. P.72 RIPB Nr. 227. – Der *Conseil de discipline* nahm eine Vielzahl an verletzten Prinzipien neben der Menschlichkeit an. – Für das deutsche Berufsrecht einen Grundwert „Menschlichkeit“ entgegen der BRAK zurückweisend *Römermann*, *AnwBl. Online 2021*, 297 (311).

⁴⁷⁶ Instruktiv *Boigeol*, *Sociologie du travail* 1981, 78 ff. – Deutlich *Mollot*, *Règles sur la profession d’avocat*, S. 16 (Pflicht, den Mandanten kostenlos zu beraten, wenn dieser kein Honorar zahlen konnte).

⁴⁷⁷ Umfassende Darstellung bei *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d’avocat*, Rn. 711.24 ff.

⁴⁷⁸ *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 331 Rn. 251; *Cass. Civ. I*, *Urt. v. 20.2.2019 – Nr. 17-27.967* beschränkt diese Pflicht auf das Verhältnis zum Mandanten.

⁴⁷⁹ *Martin*, *Gaz. Pal. v. 1.8.2000*, Nr. 214, S. 2.

⁴⁸⁰ Paradigmatisch die (krassen) Sachverhalte aus der Judikatur, die an der Grenze zwischen privatem und beruflichem pflichtwidrigem Verhalten stehen: In *Cass. Civ. I*, *Urt. v. 17.7.1996 – Nr. 94-11.450* wurde ein Verstoß gegen die *délicatesse* damit begründet, dass ein Anwalt im Scheidungsverfahren beide Ehepartner vertrat, mit der Frau jedoch eine Beziehung führte und ihre Interessen vertrat. In *Cass. Civ. I*, *Urt. v. 7.2.1990 – Nr. 88-20.129* wurde die Pflichtverletzung damit begründet, dass ein Strafverteidiger, dessen Mandant wegen eines Sexualdelikts zum Nachteil seiner Tochter angeklagt war, mit eben jener Tochter Geschlechtsverkehr hatte und, was strafscharfend hinzukam, dabei Kenntnis von ihren psychischen Erkrankungen hatte.

⁴⁸¹ Vgl. hierzu Kap. 2, § 3, C., IV., S. 210; *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 334 Rn. 243.

nimmt, dass der Rechtsanwalt ihrerwegen gehalten ist, alle Pflichten zu erfüllen.⁴⁸² Die Cour de Cassation⁴⁸³ hat das Merkmal für ausreichend bestimmt und vorhersehbar gehalten, um auf die *délicatesse* Sanktionen zu stützen. Gegenüber dem Mandanten kommen die spezifischen Pflichten Kompetenz (*compétence*), Hingabe (*dévouement*), Vorsicht (*prudence*) und Aufmerksamkeit (*diligence*) hinzu. Vor allem die Hingabe drückt aus, dass die Funktion des Avocats eine dienende ist. Es ist zwar rechtstechnisch ungenau, wenn vertreten wird, dass auch der Staat an die Pflicht der Hingabe gebunden ist, denn das Berufsrecht bindet nicht den Richter (und als einfaches Gesetz schon gar nicht den Gesetzgeber).⁴⁸⁴ Inhaltlich ist diese Aussage freilich zutreffend, weil Art. 16 DDHC als Verfassungsgrundsatz die staatliche Gewalt hindert, die Interessenwahrnehmung des Anwalts zu beeinträchtigen.

Dieser nur kursorische und nicht vollständige Abriss zeigt einen berufsrechtlichen Regulierungsansatz à 360°: Die personalen Beziehungen zum Mandanten, zu den Kollegen, zur Selbstverwaltung, zu den Magistraten sowie zur Öffentlichkeit und dritten Privaten sind Gegenstand des Berufsrechts in Frankreich. Durch die ethische Anleitung soll dem Avocat eine unabhängige und freie Berufsausübung erst ermöglicht werden. Das Ergebnis der Ausgestaltung der *droits fondamentaux de l'avocat* kann im Ergebnis nur als eine Freiheit zur *inhaltlichen* Gestaltung der Berufsausübung bei der Aufgabenwahrnehmung verstanden werden. Erst die Eidesleistung, durch die der Avocat sich diesen Pflichten unterwirft und Mitglied des Ordre wird, begründet seinen freiheitlichen Status, er ist vorgeprägt durch das Berufsrecht. Dieses tritt nicht von außen an eine natürliche Freiheit heran, sondern schafft erst die Grundrechtssubstanz.⁴⁸⁵ Die anwaltliche Freiheit ist eine Medaille mit zwei Seiten, die Privilegien wie Sonderpflichten begründet, beides ist Voraussetzung für die Funktionserfüllung.

bb) Zweite Schicht: Spezifische Pflichten in Deutschland und Frankreich

Dass der Rechtsanwalt bei seiner Berufsausübung spezifischen Pflichten unterliegt und diese für das Ansehen des einzelnen Anwaltes wie der Gesamtheit der Rechtsanwälte von besonderer Bedeutung sind, ist rechtsvergleichend keine Besonderheit

⁴⁸² *Brigant*, Contribution à l'étude de la probité, S. 173 Rn. 258; *Revet et al.*, Déontologie, S. 115 Rn. 203; so verstößt nach Cass. Civ. I, Urt. v. 16.3.2022 – Nr. 20-12.866 gegen die *délicatesse* ein Avocat, der eine Erfolgshonorarvereinbarung (i. H. v. auch nicht angemessenen 533.489,50 Euro) nicht dem Betreuungsgericht zur Genehmigung vorlegt. – Zur „Integrität“ als Pflicht im deutschen Berufsrecht ablehnend *Römermann*, AnwBl. Online 2021, 297 (311).

⁴⁸³ Cass. Civ. I, Urt. v. 10.7.2014 – Nr. 13-19.284 zu einem Interview (im Zusammenhang mit einem medial beachteten Strafverfahren), wo ein Nebenklagevertreter den Generalanwalt als „traître génétique“ bezeichnete, um so auf die Kollaborationsvergangenheit des Vaters anzuspielen; hierzu *Brigant*, Gaz. Pal. v. 11.10.2014, Nr. 284, S. 19 f.

⁴⁸⁴ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 336 Rn. 257.

⁴⁸⁵ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 344 Rn. 266; deutlich *Landry*, Gaz. Pal. v. 5.10.2013, Nr. 278, S. t1; kritisch *A. P.*, AJ pénal 2003, 26 zur Frage, wie viel Freiheit ein dermaßen erdrückendes Berufsrecht für den Privatbereich noch lässt.

und gilt insbesondere auch für das deutsche wie französische Recht.⁴⁸⁶ Anders als für die allgemeinen Pflichten überlässt es das französische Gesetzesrecht (Art. 53 und 3 *bis* des Gesetzes v. 31.12.1971) einem Dekret der Regierung⁴⁸⁷, die *déontologie*⁴⁸⁸ zu erlassen, während in Deutschland durch Satzungsrecht die gesetzlichen Vorgaben des § 43a BRAO (wohl zwingend) konkretisiert werden (§ 59 Abs. 2 Nr. 1 BRAO). Herausgehoben aus den Grundpflichten bzw. besonderen Pflichten steht die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts (§ 43a Abs. 1 BRAO). In Frankreich ist die Unabhängigkeit des einzelnen Anwalts Teil seines Eides (Art. 3 des Gesetzes v. 31.12.1971 sowie des Dekrets v. 12.7.2005); als besondere Berufspflicht tritt jedoch hinzu, die Unabhängigkeit (und die Freiberuflichkeit) des gesamten Berufsstandes durch sein Verhalten zu bewahren. Die Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 BRAO/Art. 66-5 und Art. 4 des Dekrets v. 12.7.2005), das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 45 BRAO/Art. 7 des Dekrets v. 12.7.2005)⁴⁸⁹ sowie das Sachlichkeitsgebot (§ 43 Abs. 3 BRAO/Art. 3 des Dekrets v. 12.7.2005) finden sich in beiden Rechtsordnungen. Das französische Recht ordnet zudem eine durch Dekret spezifizierte und auch sanktionsbewehrte⁴⁹⁰ Pflicht zur Fortbildung (20 Stunden/Jahr) an (Art. 14-2 Abs. 1 des Gesetzes v. 31.12.1971). Auch das deutsche Recht statuiert diese Grundpflicht zur Fortbildung (§ 43a Abs. 8 BRAO), überantwortet aber die Durchsetzung mangels Konkretisierung der haftungsrechtlichen Aufarbeitung durch die Gerichte. Hinzugekommen ist die ausdrückliche Pflicht, Kenntnisse im anwaltlichen Berufsrecht nachzuweisen (§ 43 f. BRAO), was in der französischen Regelung bereits integraler Bestandteil der Fortbildungspflicht ist und bei geringer Erfahrung mindestens die Hälfte der Pflichtzeit umfasst (Art. 85 des Dekrets v. 27.11.1990). Besonders geregelt ist das anwaltliche Werbeverhalten in beiden Ländern.⁴⁹¹ Der verfassungsrechtliche Status des Rechtsanwalts wird durch die Pflichten maßgeblich determiniert,⁴⁹² genau wie seine gesetzliche und verfassungsrechtlichen Funktion für die Rechtspflege.

cc) Pflichten auch im privaten Bereich

Insbesondere die allgemeinen Pflichten betreffen den Rechtsanwalt in seiner Berufsausübung, aber auch – wenn auch in unterschiedlicher Intensität – sein Privatleben.

⁴⁸⁶ Henssler, ZZP 115 (2002), 321 (328); auch Ahrens, ZZP 115 (2002), 281 (284).

⁴⁸⁷ Décret Nr. 2005-790 v. 12.7.2005 des Premierministers, bspw. geändert für die Werbung durch Décret Nr. 2014-1251 v. 28.10.2014 der Justizministerin.

⁴⁸⁸ Zu dieser Einl., § 1, II., 3., S. 11 ff.

⁴⁸⁹ Ausführlich zum französischen Recht *Noto-Jaffeux*, *Le conflit d'intérêt chez les avocats*.

⁴⁹⁰ Die Zahl an Judizien ist freilich geringer als bei anderen Pflichten, vgl. aber CA Bordeaux, Urt. v. 14.10.2008 – Nr. 08/02372, 08/03101 zu einem Anwalt, der in zwei aufeinanderfolgenden Jahren dieser Pflicht nicht nachkam. – Diskutiert wird die „omission du tableau“, also eine Aufhebung der Zulassung als effektivere Sanktion, was de lege lata nicht möglich ist (Berichterstattung über Diskussionen im CNB in *Gaz. Pal.* v. 10.7.2018, Nr. 25, S. 9).

⁴⁹¹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 3, S. 452 ff.

⁴⁹² Henssler, ZZP 115 (2002), 321 (328 f.).

(1) Enge Verfolgungsmöglichkeit privater Verfehlungen im deutschen Recht

Zwar muss sich nach § 43 S. 2 BRAO ein Rechtsanwalt „innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig [...] erweisen“. Nach § 113 Abs. 2 BRAO ist ein „außerhalb des Berufs liegendes Verhalten eines Rechtsanwalts, das eine rechtswidrige Tat oder eine mit Geldbuße bedrohte Handlung darstellt, [...] eine anwaltsgerichtlich zu ahndende Pflichtverletzung, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, Achtung und Vertrauen der Rechtssuchenden in einer für die Ausübung der Anwaltstätigkeit bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen“. In Betracht kommt also letztlich nur ein qualifiziert rechtswidriges Verhalten, um Grundlage berufsrechtlicher Sanktionen zu sein. Der Gesetzgeber hat damit den Ahndungsanspruch zurückgenommen; das pflichtwidrige Verhalten im Privatbereich darf nur unter engen Voraussetzungen verfolgt werden. Das Berufsrecht soll kein privates Wohlverhalten hervorrufen. Voraussetzung ist, dass aus Sicht eines aufgeschlossenen und unvoreingenommen Rechtssuchenden das Verhalten des Anwalts in besonderem Maße geeignet ist, Ansehen und Vertrauenswürdigkeit im Hinblick gerade auf dessen Anwaltstätigkeit zu wecken.⁴⁹³ Es geht um die berufliche Zuverlässigkeit, die dann berührt ist, wenn ein funktionaler Zusammenhang zur Anwaltstätigkeit besteht oder Belange der Rechtspflege berührt sind.⁴⁹⁴ Dies führte dazu, dass ein Anwaltsgericht⁴⁹⁵ ein Sexualdelikt nicht für ausreichend im Sinne des § 113 Abs. 2 BRAO hielt – im Unterschied zu Vermögensdelikten, bei denen der Anwalt mit wahrheitswidrigen Angaben aufgefallen ist oder aus krasser Gewinnsucht hohe Schäden verursachte.

(2) Überhang des französischen Berufsrechts ins Privatleben

Eine Frau spielte 2015 in Bergerac und Umgebung (mit ihrem Lebenspartner) Akkordeon in der Fußgängerzone; vor ihr eine Box, wo Passanten Münzen einwerfen können. Die Frau ist Rechtsanwältin und zwei vorbeischlendernde confrères erkannten sie und meldeten dies der Kammer. Der Conseil de discipline sah einen Verstoß gegen die allgemeine Pflicht zur Würde, die auch im Privatleben gelten würde und durch das den Anschein der Bedürftigkeit erweckende Verhalten verletzt sei. Die Cour d'appel hob die Entscheidung auf, allerdings nicht, weil das Musizieren für die Richter vereinbar mit der Würde des Anwalts sei,⁴⁹⁶ sondern weil mangels Robe und örtlicher Bekanntheit niemand Außenstehendes die Frau als Anwältin erkannte, so dass die Standeswürde keinen Schaden nehmen konn-

⁴⁹³ Reelsen, in: Weyland, § 113 BRAO Rn. 18.

⁴⁹⁴ Peitscher, in: Hartung/Scharmer, § 43 BRAO Rn. 29.

⁴⁹⁵ AnwG Frankfurt/Main, Beschl. v. 21.12.2016 – IV AG 55/16 – 4 Ef 411/14, BRAK-Mitt. 2017, 37.

⁴⁹⁶ Wiedergabe des Vortrages des Orde de Bergerac bei Blanchard, D. 2004, 2825, wonach der Vorwurf an die Anwältin lautete, sie vermittele dem Publikum dem Eindruck, die Berufstätigkeit als Anwältin sei nicht auskömmlich und sie auf die Einnahmen als Musikerin angewiesen.

te.⁴⁹⁷ Der gesetzliche Befund im französischen Recht – anders als §§ 43 S. 2, 113 Abs. 2 BRAO – ist auf den ersten Blick jedoch ohne rechtliche Grundlage für einen derartigen disziplinarischen Überhang, wie ihn die Cour d'appel zu Lasten der Akkordeon spielenden Anwältin annahm, denn der Anwalt schwört „d'exercer mes fonctions avec dignité“ (Hervorhebung nur hier). Für das Gericht folgt aus der Eidesformel ohne Begründung, dass „l'exercice de la profession d'avocat dans la dignité exclut toute activité publique et privée susceptible de porter atteinte à cette dignité“.⁴⁹⁸ Die entscheidende Norm zitiert das Berufungsgericht nicht. Art. 183 des Dekrets v. 27.11.1991⁴⁹⁹ ordnet zwar an, dass auch Fehlverhalten außerhalb des Berufes sanktioniert werden kann, nennt aber die Pflicht zu würdevollem Verhalten nicht, sondern nur die Pflicht zur Wahrung der Ehre. Daran wird nochmals deutlich, wie wenig die Abgrenzung der Pflichten für die Gerichte relevant ist. Das französische Berufsrecht sanktioniert also nicht nur strafrechtlich- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichrelevantes Verhalten, sondern Verstöße gegen die allgemeinen Pflichten aus dem Eid, wobei der Ehre ein besonderes Gewicht zukommt. Die Ahndung dieser Verstöße wird gerade als Daseinsberechtigung der Selbstverwaltung gesehen. Denn es ist denklogisch möglich, die berufliche Tätigkeit in einer wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Perspektive auf eine (unabhängige) staatliche Stelle zu übertragen. Doch keinesfalls würde eine solche Stelle sich um das Ansehen des Standes und das Privatleben des Anwalts kümmern dürfen.⁵⁰⁰ Auch französischen Autoren, die im Berufsrecht außerhalb der Meinungsäußerungsfreiheit selten grundrechtliche Argumente bemühen, drängte sich bei der Akkordeonistin die Problematik der Achtung des Privat- und Familienlebens auf (Art. 8 EMRK), wenn es sich das Berufungsgericht anmaßt, die Freizeitgestaltung eines Paares zu beurteilen.⁵⁰¹ Fragen des Gleichheitssatzes, da die Lösung des Berufungsgerichts dazu führt, dass bekannte Anwälte (zu denen die musizierende Anwältin jetzt in ihrem Kammerbezirk gehört) nun nicht mehr außerhalb der Kammerband öffentlich musizieren dürfen, sind handgreiflich.⁵⁰² Noch heute wird für den disziplinarischen Überhang auf Autoren des 19. Jahrhunderts verwiesen: *Mollot* schrieb: „La dignité de l'homme appartient à lui. La dignité de l'avocat appartient à l'Ordre [...]“.⁵⁰³ Die Cour d'appel de Bordeaux verstieg sich im zeitgenössischen Fall der Akkordeon spielenden Anwältin in dieser Tradition Mollots zur Aussage, die Anwalts-

⁴⁹⁷ CA Bordeaux, Urt. v. 3.6.2003 – Nr. 02/06127.

⁴⁹⁸ Dem zustimmend in seiner Besprechung *Blanchard*, D. 2004, 2825; anders *van de Moortel*, Gaz. Pal. v. 2.10.2003, Nr. 275, S. 3.

⁴⁹⁹ „Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184.“

⁵⁰⁰ *Nasom[-Tissandier]*, Recherche sur la notion juridique de profession, S. 151.

⁵⁰¹ *van de Moortel*, Gaz. Pal. v. 2.10.2003, Nr. 275, S. 3.

⁵⁰² *A. P.*, AJ pénal 2003, 26; *van de Moortel*, Gaz. Pal. v. 2.10.2003, Nr. 275, S. 3.

⁵⁰³ *Mollot*, Règles sur la profession d'avocat, S. 27; s. auch *Cresson*, Règles et Usages de la profession d'avocat I, S. 87, wonach es nicht möglich sei, die Ehre des Menschen von der Ehre des Anwalts zu unterscheiden.

tätigkeit sei „pas une simple profession mais un ministère“, also ein geistliches Amt. Während § 113 Abs. 2 BRAO darauf abstellt, ob das Publikum an der Berufsausübung des einzelnen Berufsträgers nachvollziehbare Zweifel haben konnte, verschiebt sich die französische Diskussion hin zur Abwägung, ob die Ehre (und Würde) des gesamten Berufsstandes durch das in Frage stehende Verhalten betroffen wurde.⁵⁰⁴ Dies erscheint inkonsequent angesichts der strikten Ausrichtung der anwaltlichen Berufsausübung auf die Prozessgrundrechte des Mandanten und damit auf dessen Perspektive, wie sie in der Rechtsprechung in letzter Zeit vermehrt vertreten wird. Neben der Überschneidung bei Vermögens- und Urkundsdelikten wird auch das Begehen der Unfallflucht sowohl in Deutschland⁵⁰⁵ wie in Frankreich⁵⁰⁶ als berufsgerichtlich zu verfolgendes Verhalten im Privatleben beurteilt.⁵⁰⁷ Der Vorwurf ist hier nicht das Verhalten, das zur Schadensverursachung führt, sondern dass der Rechtsanwalt hierdurch die Schadensregulierung seitens des Geschädigten erschwert, was einen Bezug zur anwaltlichen Tätigkeit aufweist. Dabei ist die unterschiedliche Perspektive freilich kein rein theoretischer Unterschied, sondern führt zu unterschiedlichen Ergebnissen. Konnte das Anwaltsgericht Frankfurt im Fall einer sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB) die Voraussetzung einer Verfolgung nicht bejahen, urteilte der Conseil de discipline de Paris⁵⁰⁸ entgegengesetzt.

c) Pflichten als immanenter Bestandteil der *liberté des Avocats*

Für das französische Verfassungsrecht gilt deshalb die vom BVerfG⁵⁰⁹ zur Verschwiegenheitspflicht getroffenen Feststellung, dass bestimmte Pflichten „daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten“ zählen. Mit anderen Worten kann nur jemand unabhängig und frei seinen Beruf ausüben, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen.⁵¹⁰ Auch wenn zumindest die grundgesetzliche Ordnung, davon ausgeht, dass die Berufsausübung „der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts“ unterliegt, so gibt es doch keine von Verantwortung und Pflichten gelöste Freiheit. *Hoffmann-Riem* hat dies am Beispiel der Medien (aber gleichwohl auch in einem anwaltsrechtlichen Kontext)

⁵⁰⁴ *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 331.14; kritisch *van de Moor-tel*, Gaz. Pal. v. 2.10.2003, Nr. 275, S. 3; bei *Cresson*, Règles et Usages de la profession d’avocat I, S. 87 wird deutlich, dass die Berufspflicht gerade im Interesse der übrigen Mitglieder des Standes besteht („solidarité d’honneur“); aus deutscher Sicht ablehnend zum Ideal des „unbefleckten Rechtsanwalts“ und dem Ansehen der Anwaltschaft *Kleine-Cosack*, § 43 BRAO Rn. 19; s. für Österreich hingegen bspw. zur Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes durch das „Posieren“ mit Prostituierten in einer Fernsehsendung öOGH, Entsch. v. 29.11.2022 – 20Ds5/22y u. a.

⁵⁰⁵ AnwG Köln, Urt. v. 20.3.2017 – 1 AnwG 40/16, NJW 2017, 2293 (2294 Rn. 15).

⁵⁰⁶ Zu einer Unfallflucht, bei der der Anwalt zwei Verletzte zurückließ, s. Cons. disc. Paris, Entsch. v. 26.6.2007 – AD Nr. 06.7469, Code de déontologie Paris, Art. P.72 RIPB Nr. 228.

⁵⁰⁷ Ablehnend *Prütting*, in: Henssler/Prütting, § 43 BRAO Rn. 31 sowie *Kleine-Cosack*, § 43 BRAO Rn. 19.

⁵⁰⁸ Cons. disc. Paris, Entsch. v. 31.12.2015 – Nr. 267425.

⁵⁰⁹ BVerfGE 110, 226 (251 f.) – Geldwäsche.

⁵¹⁰ *Moret-Bailly*, in: *Mélanges Truchet*, S. 432.

als „institutionelles Arrangement von Medienfreiheit und Medienverantwortung“ bezeichnet.⁵¹¹ Eben dies ist das Wesensmerkmal des reglementierten Berufes in Frankreich.⁵¹² Alle Dimensionen der *liberté d’entreprendre* sind von dieser Pflichtenprägung betroffen.⁵¹³ Dies betrifft zum einen die *liberté d’établissement*, also die Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit, denn die Kanzleiräumlichkeiten müssen der Würde des Standes entsprechen. Die Freiheit, ein Mandat anzunehmen oder nicht, wird gleichsam durch eine Vielzahl an Pflichten berührt. Die grundsätzliche Vertragsfreiheit beim Honorar verblasst angesichts der Einwirkungsmöglichkeiten von Kammer und Gericht über die Vielzahl an Berufspflichten, die die Herabsetzung eines zu hoch angesetzten Honorars ermöglichen. Die *liberté d’action* des *Avocats* ist vorgeformt durch Informationspflichten gegenüber dem Mandanten, Verschwiegenheitspflicht und die Pflicht zum *bon déroulement de la procédure* (Art. 5.4 RIN) beizutragen. *Délicatesse* und *modération* verpflichten zum Respekt gegenüber dem Richter und zu einer ausgewogenen Wortwahl. Die Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit pendelt also stets zwischen der funktional notwendigen Freiheit und der Sicherstellung eben jener durch eine engmaschige Regulierung. Aus deutscher Sicht verschwindet das freiheitliche Moment der freien Berufsausübung im französischen Berufsrecht weitgehend. Vielfach dürfte das französische Berufsrecht einem deutschen Rechtsanwalt schlicht als völlig übergriffig erscheinen. Dass dem nicht so ist und insbesondere die Grundrechte nicht als starke Gegenposition gegenüber dem Berufsrecht wahrgenommen werden, liegt an der Urheberschaft dieser Regeln. Denn anders als in Deutschland ist die französische Selbstverwaltung, obgleich sie es juristisch ist, „gefühl“ nicht auf einer Zwangsmitgliedschaft beruhend. Regeln, die von ihr stammen, treten nicht von außen an das Grundrecht heran, sondern sie sind die Spielregeln, zu denen eine Zustimmung fingiert wird, wenn man Mitglied des Ordre wird.⁵¹⁴

3. Einheitliches *secret professionnel* als zwingendes Element der Ausgestaltung

„Celui à qui vous dites votre secret devient maître de votre liberté“.⁵¹⁵ Eine Rechtsordnung muss von der Verfassung hinunter bis ins Binnenrecht diese Situation regulieren, um mit der Vermachtung von Informationen einhergehende Risiken abzufedern. Das französische Recht unterscheidet sich vom deutschen nicht in der Erkenntnis, aber in der einfachrechtlich-dogmatischen wie verfassungsrechtlichen Anerkennung.⁵¹⁶ Die funktionale Betrachtung der anwaltlichen *liberté d’entre-*

⁵¹¹ Hoffmann-Riem, AnwBl. 1999, 2 (5); vgl. auch BVerfG-K, Beschl. v. 9.11.2022 – 1 BvR 523/21, Rn. 17.

⁵¹² Vgl. Moret-Bailly, in: Mélanges Truchet, S. 428; Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43 BRAO Rn. 18; durchaus kritisch Römermann, AnwBl. Online 2021, 297 ff.

⁵¹³ Hierzu und im Folgenden Noto-Jaffeux, *L’indépendance de l’avocat*, S. 344 ff. Rn. 266 ff.

⁵¹⁴ Vgl. hierzu auch Kap. 3, § 1, B., IV., 4., S. 314 ff.

⁵¹⁵ Zitat von *La Rochefoucauld*, zit. nach *Fau*, *Le secret professionnel de l’avocat*, S. 10 und *Merger*, *Le secret professionnel*, S. 1.

⁵¹⁶ Nicht nachvollziehbar deshalb *Magnus*, *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer*

prendre gebietet zwingend die Anerkennung eines allgemeinen secret professionnel auf Ebene des Verfassungsrechts.

a) Einführung zum secret professionnel

Das französische Recht erkennt spätestens seit einem Edikt Louis XI aus 1477⁵¹⁷ dem Avocat gleich einem Beichtvater ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Der klerikale Status der Avocats⁵¹⁸ hat sicherlich für eine derartige Gleichstellung gesprochen.

aa) Entwicklung der Dogmatik

Bis heute prägt dieser Vergleich mit dem Beichtvater die juristische Diskussion, indem immer wieder auf ein geflügeltes Wort *Garçons*⁵¹⁹ zurückgegriffen wird: „Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l’avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n’étaient assurées d’un secret inviolable“. Deshalb hat Art. 378 Ancien CP 1810 auch – allerdings nur für Heilberufe ausdrücklich⁵²⁰ – eine Strafbarkeit des Enthüllens von anvertrauten Geheimnissen angeordnet und somit das bislang bekannte Zeugnisverweigerungsrecht um eine repressiv sanktionierte Pflicht ergänzt.⁵²¹ Schnell hat die Cour de Cassation jedoch die Auffangvariante der Norm⁵²² „et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu’on leur confie“ auf den Avocat bezogen und so das anwaltliche Berufsgeheimnis strafrechtlich gesichert.⁵²³ Neben diese strafgesetzliche Pflicht trat eine ungeschriebene berufsrechtliche, die ihre Grundlage in den usages du barreau fand. Auf diese ungeschriebenen Regeln verwies bspw. Art. 45 der Ordonnance v. 20./23.11.1822.⁵²⁴ Im 19. Jahrhundert, in die auch die *République des Avocats* fällt, hat die wohl h. M.⁵²⁵ dieser Strafnorm ein gesellschaftliches und allgemeines Interesse zugesprochen (*théorie de l’intérêt social*), da der Berufsstand der Anwälte eine unverzichtbare Grundlage des Staates sei und das Vertrauen in diesen deshalb stets zu wahren sei.

Schutz, S. 103, der von einer vergleichbaren grundrechtlichen Absicherung ausgeht, wofür die bisherige Judikatur des Conseil Constitutionnel jedoch nichts hergibt.

⁵¹⁷ Zu diesem und weiteren Texten sowie zur Praxis während der Zeit der Parlements s. *Pimienta*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 14 ff. Rn. 16 ff.

⁵¹⁸ Den Zusammenhang betonend *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 411.11.

⁵¹⁹ *Garçon*, Code pénal I, Art. 378, S. 1086 Nr. 7.

⁵²⁰ „Anomalie der Norm“ (*Pimienta*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 3 Rn. 4).

⁵²¹ Vgl. *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 411.11.

⁵²² Bereits kritisch zum einheitlichen Ansatz des Gesetzgebers *Garçon*, Code pénal I, Art. 378, S. 1086 Nr. 8; auch *Martin*, Déontologie des avocats, Rn. 478.

⁵²³ Cass. Crim, Urt. v. 24.5.1862 – Brion.

⁵²⁴ *Fau*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 51.

⁵²⁵ *Garçon*, Code pénal I, Art. 378, S. 1086 Nr. 7 m. w. N.; *Pimienta*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 35 ff. Rn. 44 ff. m. w. N. aus dem Schrifttum vor 1937.

Diese Lösung entsprach auch der damals herrschenden strafrechtlichen Doktrin, wonach Strafgesetze ausschließlich Interessen der Gesellschaft und gerade nicht solche von Privaten durch Strafandrohung schützen dürfen. In jener Konsequenz war es selbst dem Mandanten nicht möglich, den Avocat von seiner Verschwiegenheit zu entbinden, etwa um dessen Aussage vor einem Richter zu ermöglichen.⁵²⁶ Die vom Schrifttum an der Jahrhundertwende⁵²⁷ entwickelte Vertragstheorie, die die Interessen des Mandanten betont, hat diese ausschließliche (!) Stoßrichtung erstmals offen in Frage gestellt und über die Analogie zum Verwahrvertrag (*dépôt*) den Mandanten zum Herrn des Geheimnisses erhoben. Sie konnte sich aber nicht dauerhaft durchsetzen⁵²⁸ und wird heute nicht mehr als seriös erachtet.⁵²⁹ Allerdings wurde zum Teil langsam eine Entbindung für möglich gehalten, da nur das Recht des Avocats, zu schweigen, nicht aber die anvertraute Tatsache absolut sei; der Avocat bleibe nur seinem Gewissen verpflichtet, ob er dem Wunsch zur Aussage nachkomme.⁵³⁰

bb) Stand der einfachgesetzlichen Dogmatik heute

Das Berufsrecht hat heute das Berufsgeheimnis ausdrücklich geregelt. Art. 66-5 des Gesetzes v. 31.12.1971 ist die entscheidende Vorschrift, die der Gesetzgeber allerdings suboptimal im Gesetz verortet hat. Unter den „dispositions diverses“ dieses Gesetzes ist das Berufsgeheimnis sicherlich nicht richtig aufgehoben. Weil die Aufgaben des Avocats sich durch die Reformen stets erweitert haben, ist das secret heute sowohl für die *défense* wie für den *conseil* anerkannt. Es gibt einfachgesetzlich ein einheitliches Berufsgeheimnis. Auch die vormals nur binnenrechtlich geregelte Vertraulichkeit der Anwalt-Anwalt-Kommunikation fällt heute hierunter. Art. 10 des Dekrets v. 12.7.2015 untersagt jeden Bruch des Geheimnisses, soweit nicht die eigene Verteidigung des Avocats dies erfordert⁵³¹ oder das Gesetz die Offenbarung gestattet. Art. 2 RIN beginnt prominent mit einem Ausspruch, der an *Garçon* erinnert: „L’avocat est le confident nécessaire du client.“. Anders als die apodiktischen Außenrechtssätze regelt das RIN auch gleich die Natur des

⁵²⁶ Cass. Crim., Urt. v. 18.5.1844, D. 1844 I, 228 f. – Chabaudy; differenzierend eine Entscheidung des Conseils de l’Ordre des avocats à la Cour d’appel de Paris v. 8.3.1877, die *Fau*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 94 wie folgt wiedergibt: „L’avocat, délié par son client du secret professionnel, peut déposer sur les faits qu’il a connus comme avocat, mais il reste seul juge dans sa conscience du point de savoir s’il doit et dans quelle mesure il doit déposer“.

⁵²⁷ *Fau*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 25 ff., 86 ff.; *Merger*, Le secret professionnel, S. 20 ff.

⁵²⁸ *Pimienta*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 35 Rn. 44, S. 44 Rn. 61 ff.; *Garçon*, Code pénal I, Art. 378, S. 1087 Nr. 9.

⁵²⁹ Vgl. *Martin*, Déontologie des avocats, Rn. 481 Fn. 4 („sommet de formalisme“).

⁵³⁰ *Pimienta*, Le secret professionnel de l’avocat, S. 46 f. Rn. 63; s. zur vergleichbaren Diskussion in Portugal *Pommerening*, Der Rechtsanwalt in Portugal, S. 169 f.

⁵³¹ Jüngst zum Recht der Wirtschaftsprüfer CE, Urt. v. 25.1.2023 – Nr. 440070, Rn. 11, wo der Conseil d’État über den Wortlaut des Berufsrechts hinaus, das sich nur auf straf- und disziplinarrechtliche Verfahren bezieht, auch eine strikt verhältnismäßige Offenlegung im Rahmen zivilrechtlicher Streitigkeiten mit dem Mandanten erlaubt.

Geheimnisses mit: Es ist „d’ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps“. Auch heute ist das secret aus Sicht des Berufsrechts also generell, absolut und *d’ordre public*, also im Allgemeininteresse wurzelnd. Damit kann es auch nur durch Interessen der Allgemeinheit durchbrochen werden. Geschützt wird vor allem die (liberale)⁵³² Gesellschaft, die sich auf einen verschwiegenen Berufsstand verlassen muss.⁵³³ Jedoch betonen immer mehr Autoren,⁵³⁴ dass es auch (!) im Interesse des Mandanten besteht. Die faktische Begünstigung wird zwar von niemandem bestritten, jedoch im Sinne eines bloßen Reflexes gedeutet. Ein systematischer Blick zeigt, dass der damalige Art. 378 CP immerhin im Kapitel über die „délits contre les personnes“ stand. Die Kammern der Cour de Cassation haben jeweils im Rahmen ihrer Zuständigkeiten dieses Dogma aufgeweicht. Die Erste Zivilkammer hat zum Arztgeheimnis, aber durchaus verallgemeinerungsfähig aufgrund des Bezuges auf die Strafvorschrift des CP (heute Art. 226-13), ausgeführt, dass das Geheimnis den nicht professionellen Anvertrauenden schütze.⁵³⁵ Das secret professionnel kann also nicht vom Avocat seinem eigenen Mandanten entgegengehalten werden.⁵³⁶ Darüber hinaus hat die Strafkammer⁵³⁷ noch eine weitere Quelle ausgemacht: die Verteidigungsrechte, die als Grundrecht an der Schnittstelle zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteresse angesiedelt sind. Obgleich es zu begrüßen ist, dass die Cour damit auch Interessen des Mandanten akzeptiert, ist die Verankerung in den Verteidigungsrechten jedoch auch ein Einfallstor für Begrenzungen des Geheimnisses, denn Art. 66-5 kennt ein einheitliches Geheimnis, das sich ausdrücklich nicht auf die Strafverteidigung beschränkt.⁵³⁸ Jedenfalls verneint die Cour de Cassation weiterhin die Möglichkeit des Mandanten, seinen Avocat zu entbinden, denn die Verschwiegenheit ist „un devoir de son état et que sous cette réserve, elle est générale et absolue, de sorte que l’avocat ne peut en être délié par son client“.⁵³⁹ Kritik hieran, dass dies mit einer modernen Grundrechtsdogmatik nicht vereinbar sei,⁵⁴⁰ verhallt ungehört. Vor dem Hintergrund dieser Debatte, die – so der Eindruck – die eine Wahrheit hinter dem Berufsgeheimnis sucht, zeigt sich die Klugheit der deutschen Konzeption, drei Grundlagen anzuerkennen, denen allen

⁵³² *Martin*, *Déontologie des avocats*, Rn. 480.

⁵³³ Deutlich *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d’avocat*, Rn. 411.14.

⁵³⁴ Bspw. *Revet et al.*, *Déontologie*, S. 140 Rn. 260; *Martin*, *Déontologie des avocats*, Rn. 481.

⁵³⁵ Cass. Civ. I, Urt. v. 22.5.2002 – Nr. 00-16.305.

⁵³⁶ *Decheix*, D. 1983, 133 (134).

⁵³⁷ Cass. Crim., Urt. v. 13.12.2006 – Nr. 06-87169.

⁵³⁸ Es hatte sich ein „Katz-und-Maus-Spiel“ zwischen der Cour de Cassation und dem Gesetzgeber entwickelt: Art. 66-5 wurde 1990 so gefasst, um eine Begrenzung des Geheimnisses auf die Strafverteidigung zu verhindern, was das Gericht in Cass. Crim., Urt. v. 7.3.1994 – Nr. 93-84.931 zwar zur Kenntnis genommen hat, freilich hielt die Cour de Cassation an ihrer Rspr. fest, was 1997 zur erneuten Anpassung des Gesetzestextes führte. Unbeeindruckt hiervon hielten die Instanzgerichte an der alten Auffassung fest, bevor Cass. Com., Urt. v. 5.6.1998 – Nr. 96-30.116 die vorherige Rspr. aufgab. – S. hierzu auch *Beaussonnie*, *Gaz. Pal.* v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁵³⁹ Cass. Civ., Urt. v. 6.4.2004 – Nr. 00.19245; weitere Nachweise zur entgegenstehenden Judikatur der Zivilgerichte, nicht der Strafgerichte, im Recht der Heilberufe *Decheix*, D. 1983, 133 (135 f.).

⁵⁴⁰ *Decheix*, D. 1983, 133 (136 f.).

Raum gegeben wird, ohne die anderen Grundprinzipien zu erschüttern. Wenn man die mandantenschützende Dimension anerkennt, ist die Entbindung zwingend. Und zugleich wird hierdurch nicht das Vertrauen in die Verschwiegenheit der Profession erschüttert, weil die Offenlegung gerade auf der freien Entscheidung des Begünstigten beruht. Der fundamentale Unterschied zum deutschen Recht besteht aber nicht bei den Mandanten- und Gemeinwohlinteressen, sondern darin, dass das französische Recht die Bedeutung des Geheimnisses für die anwaltliche Berufsausübung nur faktisch, aber nicht rechtlich anerkennt.

b) *Judikatur des Conseil Constitutionnel*

aa) *Eine partielle Verankerung im bloc de constitutionnalité*

Die Einheitlichkeit des Geheimnisses, das sich auf Anvertrautes im Rahmen der *défense* wie des *conseils* erstreckt, dominiert die verfassungsrechtliche Diskussion um das Berufsgeheimnis.

(1) *Droits de la défense*

Die einheitliche einfachgesetzliche Konzeption des Berufsgeheimnisses in Art. 66-5 des Gesetzes v. 31.12.1817 wird auf Ebene des Verfassungsrechts nicht aufgegriffen.⁵⁴¹

Vom einheitlichen zum gespaltenen Geheimnis: Weil der Conseil Constitutionnel das anwaltliche Beistandsrecht vor allem im Anwendungsbereich der *droits de la défense* schützen musste, hat dieses Grundrecht seinen „Zugang“ zum Berufsgeheimnis geprägt. Dies ist die Ausgangssituation.⁵⁴² Daraus folgt, dass das Berufsgeheimnis im Rahmen des *conseils* keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Dies wird zu einem veritablen Problem, wenn die Strafkammer der Cour de Cassation den Zeitpunkt, wo aus einem *conseil* eine *défense* wird, sehr spät ansetzt.⁵⁴³ So judizierte das Höchstgericht, dass keine gesetzliche Bestimmung der Aufzeichnung und Verwendung von abgehörten Gesprächen zwischen einem Avocat und seinem Mandanten entgegenstehe, wenn nicht der Avocat, sondern der Mandant abgehört werde (*écoute incidente*). Der Avocat nehme noch keine *défense* wahr, weil der Mandant noch nicht in Polizeigewahrsam genommen worden sei oder den Status als *témoïn assisté* verliehen bekommen habe. Im Anschluss versteigt sich die Cour de Cassation zur Aussage, dass eine langjährige Mandatsbeziehung regelmäßig ein Indiz gegen eine konkrete *défense* sei.

⁵⁴¹ Ausdrücklich anders für Art. 7 GRCh aber EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 27 – Orde van Vlaamse Balies u. a.: „Ebenso wie diese Bestimmung [Art. 8 Abs. 1 EMRK], deren Schutz nicht nur die Verteidigungstätigkeit, sondern auch die Rechtsberatung umfasst, garantiert Art. 7 der Charta notwendigerweise das Geheimnis dieser Rechtsberatung“.

⁵⁴² CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 – Ordre des avocats au barreau de Paris et autre (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile); *Beausonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁵⁴³ Cass. Crim., Urt. v. 22.3.2016 – Nr. 15-83.205.

Aktualität des gespaltenen Geheimnisses: Mit der „Loi pour la confiance dans l’institution judiciaire“ bekam die Frage 2021 eine unerwartete rechtspolitische Brisanz. Sicherlich geriet die anwaltliche Verschwiegenheit auch derart in die öffentliche Aufmerksamkeit, weil die Kommunikationsdaten des nunmehrigen Justizministers Dupond-Moretti zu seiner Zeit als Strafverteidiger durch die Nationale Finanzstaatsanwaltschaft ausgewertet wurden, was zu verschiedenen gerichtlichen Nachspielen führte. Ein für das Thema also sensibilisierter Justizminister legte einen Regierungsgesetzesentwurf vor, der den vorangestellten Artikel (*préliminaire*) des CPP um den Satz „Le respect du secret professionnel de la défense est garanti au cours de la procédure“ ergänzte. Dies vermochte nur zu erstaunen, weil der CPP damit in einen Widerspruch zum Gesetz v. 31.12.1971 trat, denn dieses regelt ja gerade ein einheitliches Berufsgeheimnis. Der zum Gesetzesvorschlag konsultierte Conseil d’État hat in seinem Gutachten⁵⁴⁴ dann zutreffend erkannt, dass *secret de la défense* bislang kein gesetzlicher Begriff war, allerdings findet er die Kreation sehr gelungen, übersieht aber die Vorschrift aus dem Berufsrecht (Art. 66-5) und denkt nur strafverfahrensrechtlich.⁵⁴⁵ Um eine solche Friktion zu vermeiden, wurde der Entwurf um einen Verweis auf diese berufsrechtliche Norm ergänzt. Damit vermochte die Regierung jedoch den Senat nicht zu überzeugen; die oppositionelle und dem Law & Order Denken zugeneigte Mehrheit in jenem Haus wollte das Berufsgeheimnis im Bereich des conseils nicht bei Wirtschafts- und Finanzdelikten anerkennen.⁵⁴⁶ Das nach Einberufung der *commission mixte paritaire* beschlossene Gesetz behält dieses einschränkende Wesensmerkmal bei und versucht – um die Mehrheit in der Nationalversammlung zu beruhigen – noch Verfahrensvorkehrungen zu treffen und verschiebt symbolisch die Einschränkungen des Berufsgeheimnisses vom Article *préliminaire* in die „folgenden Artikel“. Das Gesetzgebungsverfahren lässt ratlos zurück, weil der Article *préliminaire* sicherlich eine sehr symbolische Vorschrift ist und auch wenn seine Justiziabilität und sein Rang alles andere als eindeutig zu bestimmen sind,⁵⁴⁷ verwendet der Conseil Constitutionnel ihn sogar als verfassungsrechtliches Argument.⁵⁴⁸ Auch sieht das Gesetz Schutzmechanismen und sofortige Rechtsbehelfe im Fall der Durchsuchung von Anwaltskanzleien oder von Privaträumen eines *Avocats* vor; auch die Rolle des Kammervorsitzenden als Garant der anwaltlichen Unabhängigkeit⁵⁴⁹ ist durchaus beachtlich im Ermittlungsverfahren.⁵⁵⁰ Aber die Formulierung des

⁵⁴⁴ CE (Ass. Gén.), Avis v. 8.4.2021 – Nr. 402664, Rn. 14 – *Projet de loi pour la confiance dans l’institution judiciaire*.

⁵⁴⁵ Dem Conseil d’État zustimmend *Letteron*, *Secret professionnel: rêve perdu des avocats*, in: *Liberté, Libertés chéries* v. 26.10.2021, freilich mit dem gleichen Defizit in der Begründung, dass die einheitliche gesetzliche Anordnung des Berufsgeheimnisses (bewusst?) übersehen wird.

⁵⁴⁶ *Bonnecarrère* und *Canayer* (rapporteurs), *Amendement* v. 13.9.2021, *Commission des Lois*, Nr. COM-69.

⁵⁴⁷ Umfassend *Henrion*, *Archives de politique criminelle* 2001, 13 ff.

⁵⁴⁸ CC, *Entsch.* v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 6 – *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

⁵⁴⁹ Zu dieser s. *Noto-Jaffeux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 731 ff. Rn. 690 ff.

⁵⁵⁰ *Beaussonnie*, *Gaz. Pal.* v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

Art. 56-1-2 CPP, wonach das Berufsgeheimnis, soweit es die Beratung und nicht die Verteidigung betreffe, gegenüber Ermittlungsmaßnahmen bei bestimmten Delikten nicht *opposable* sei, führt zu einer *crime-fraud-exception à l'américaine*.⁵⁵¹ Bereits der Regierungsentwurf war derart ungeschickt und ungewollt eine Einladung, das Spannungsverhältnis zwischen Privatheit und effektiver Strafverfolgung zu Gunsten Letzterer aufzulösen. Dabei war sein Ziel gerade die Stärkung des Berufsgeheimnisses. Allerdings hat das Justizministerium durch ein Rundschreiben (*circulaire*) an die Staatsanwaltschaften und Gerichte vom 28.2.2022,⁵⁵² das eigentlich nur Feinheiten des Vollzuges regeln sollte, das *secret du conseil* nur insoweit als geschützt angesehen, als es sich auf die Verteidigung beziehe. Was genau dann der Anwendungsbereich des *secret du conseil* neben dem *secret de la défense* sein soll, ist völlig unklar. Die Auslegung ist zudem *contra legem*, da das *secret du conseil* durch das Gesetz grundsätzlich anerkannt wurde, auch wenn es für bestimmte Delikte keine Ermittlungsmaßnahmen verhindern kann. Einen Bezug auf die Strafverteidigung fordert das Gesetz gerade nicht. Anträge auf Nichtigerklärung des *circulaire* hat die Pariser Anwaltskammer beim Conseil d'État gestellt, der dem Conseil Constitutionnel eine QPC vorlegte, ob das Gesetz mit Art. 16 DDHC vereinbar ist.⁵⁵³ Der Conseil Constitutionnel hat das Gesetz für verfassungsgemäß erklärt und an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten.⁵⁵⁴

Verfassungsrechtliche Anerkennung des gespaltenen Geheimnisses: Jedenfalls ist das Berufsgeheimnis dann verfassungsrechtlich geschützt, wenn es in den Anwendungsbereich der *droits de la défense* fällt.⁵⁵⁵ Dies zeigt auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle des sog. Loi Macron. Dieses hatte ein Schriftformerfordernis und bestimmte Inhaltvorgaben für die Honorarvereinbarung eingeführt. Die Einhaltung dieser Vorgaben, die dem Verbraucherschutz zuzuordnen sind, sollte die für diese Materie zuständige *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF) überwachen. Hierfür speziell räumte das Gesetz den Mitarbeitern der DGCCR ein Zugangsrecht zu den

⁵⁵¹ *Beaussonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁵⁵² *Direction des affaires criminelles et des grâces*, CRIM-2022-05/H2 28/02/2022, S. 6.

⁵⁵³ CE, Beschl. v. 18.10.2022 – Nr. 463588, 463683 – *Ordre des avocats au barreau de Paris, Ordre des avocats au barreau des Hauts-de-Seine*. – Auch die Frage nach der Vereinbarkeit mit der EGMR wird noch beurteilt werden müssen, vgl. *Boissavy*, Gaz. Pal. v. 14.12.2021, Nr. 44, S. 24; grundlegend zu dieser Frage früher *Spielmann*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 439 ff.

⁵⁵⁴ CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 ff. – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile; s. bereits zu dem Gesetz CC, Entsch. v. 17.12.2021 – Nr. 2021-830 DC – *Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire*, wo der Conseil aber keine inhaltlichen Aussagen getroffen hat; s. auch vom selben Tag die Entscheidung Nr. 2021-829 DC, wo die Kontrolle des Conseil nach Art. 61-1 Verf. 1958 zwingend war, weil durch das Gesetz auch ein verfassungsergänzendes Gesetz (*loi organique*) geändert wurde.

⁵⁵⁵ CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile); *Carrère*, RFDC 2020, e19 (e33).

Kanzleiräumen und ein Einsichtsrecht ein.⁵⁵⁶ Die DGCCRF muss drei Tage vorher die Kammer informieren und darf gerade die Kanzlei nicht durchsuchen. Verstöße bei der Mitwirkung sind auch berufsrechtlich zu ahnden. Der Conseil⁵⁵⁷ hat festgehalten, dass das Gesetz die Beamten der DGCCRF zu Untersuchungen im Einklang mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis verpflichtet, also schlicht nur festzustellen, ob die Form und Inhaltsanforderungen bei den Honorarvereinbarungen eingehalten sind. Daraus folge, dass weder das Recht auf Achtung des Privatlebens noch die *droits de la défense* verletzt seien. Die Aussage des Conseil Constitutionnel lässt also den Umkehrschluss zu, dass eine Verletzung der Verteidigungsrechte dann die Nichtigkeit des Gesetzes bewirkt hätte, wenn nicht zugleich die Achtung des Berufsgeheimnisses als Begrenzung der behördlichen Befugnisse angeordnet worden wäre.⁵⁵⁸ Gleichwohl bietet das Gesetz Anlass zur verfassungsrechtlichen Kritik. Ein grundrechtsschützendes Verfahren, das die Rolle der Selbstverwaltung in französischer Tradition achtet, wäre sinnvoll gewesen, gerade weil die Abgrenzung der Befugnisse der DGCCRF auf dem Papier sicherlich einfach scheint, in praxi aber Abgrenzungsschwierigkeiten aufwirft.

(2) *Recht auf Achtung des Privatlebens*

Auch das französische Verfassungsrecht kennt ein Recht auf Achtung des Privatlebens und der Vertraulichkeit von Korrespondenz. Zuerst wurde es aus Art. 66 Verf. 1958 abgeleitet. Die Norm weist den Schutz der *liberté individuelle* den ordentlichen Gerichten zu. Später hat der Conseil Art. 2 DDHC erstmals als Grundlage herangezogen.⁵⁵⁹ Dabei war Art. 66 Verf. 1958 vor allem bei Geheimnisverletzungen einschlägig, während der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz im weiteren Sinne dem Art. 2 DDHC zugeordnet wurde, bevor der Conseil insgesamt Art. 2 DDHC heranzog.⁵⁶⁰ Die klassischen Berufsgeheimnisse werden durch alle Höchstgerichte und den Conseil dem Art. 2 DDHC zugeordnet.⁵⁶¹ Dies insinuiert einen Gleichlauf mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK und des EuGH zu Art. 7 GRCh. Damit ist das Berufsgeheimnis durch das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens geschützt, freilich allerdings wie jedes beliebige Geheimnis und jede Korrespondenz. Denn anders als für den EGMR⁵⁶² und seit De-

⁵⁵⁶ Ausführlich *Ader/Damien et al.*, *Règles de la profession d'avocat*, Rn. 413.61 ff.; *Piau*, *Gaz. Pal.* v. 14.2.2017, Nr. 7, S. 13.

⁵⁵⁷ CC, *Entsch.* v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 63 – *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

⁵⁵⁸ Vgl. auch *Pez*, in: *La réforme des professions réglementées*, S. 106 f.

⁵⁵⁹ CC, *Entsch.* v. 23.7.1999 – Nr. 99-416 DC, Rn. 45 – *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

⁵⁶⁰ So auch das Verständnis bei *Renoux/de Villiers/Magnon*, *Code Constitutionnel*, Art. 2 DDHC Nr. 35.

⁵⁶¹ CC, *Entsch.* v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 63 – *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*; für das Arztgeheimnis jüngst CE, *Beschl.* v. 6.4.2021 – Nr. 449040 – *UNSA-Fonction Publique*.

⁵⁶² EGMR, *Urt.* v. 6.12.2012 – Nr. 12323/11, *NJW* 2013, 3423 (3427 Rn. 18) – *Michaud*/

zember 2022 auch für den EuGH⁵⁶³ folgt aus Art. 2 DDHC für den Conseil kein „besonderer Schutz“ des anwaltlichen Berufsgeheimnisses, das auf die spezifische Funktion des Anwalts im Rechtsstaat abstellt.⁵⁶⁴ Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK sehen also einen Schutzstandard vor, der über eine Jedermannsfreiheit hinausgeht. Diese richterrechtliche Verstärkung einer allgemeinen Grundrechtsgarantie hat der Conseil bislang verweigert. Deshalb spielt das Grundrecht aus Art. 2 DDHC zu recht im rechtspolitischen Diskurs keine Rolle, weil die soziale Funktion des Berufsgeheimnisses – für den Mandanten wie den Rechtsstaat – hiermit nicht abgebildet wird. Zudem scheint es nur schwer zu erklären, dass eine einfachrechtliche Dogmatik, die seit dem 19. Jahrhundert das Berufsgeheimnis als unverzichtbar für die Gesellschaft labelt und Individualinteressen gerade des Mandanten konsequent negiert, auf Verfassungsebene nur in ein bewahrendes Persönlichkeitsrecht übersetzt wird.

bb) Keine allgemeine Verankerung im bloc de constitutionnalité

Ein allgemeines verfassungsrechtliches Fundament für das Berufsgeheimnis gibt es in der Rechtsprechung heute also nicht. Vielmehr gilt für den Conseil in ständiger Rechtsprechung, dass „aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats“⁵⁶⁵. Keine spezifische Vorschrift des Verfassungsrechts schützt also die Kommunikation von Anwälten. Nach der erneuten Wiederholung durch den Conseil könnte sie als Abschluss der verfassungsrechtlichen Diskussion verstanden werden.⁵⁶⁶ Ob diese Annahme aber tragfähig ist, erscheint bereits deshalb zweifelhaft, weil der offizielle Kommentar des Conseil Constitutionnel zu seiner Entscheidung aus 2015 diese Aussage nicht nennt oder gar erklärt, was zumindest ihre Allgemeingültigkeit in Zweifel zieht. Der französische Senat droht aus dieser apodiktischen Aussage zu viel herauszulesen, wenn er glaubt, dass der Gesetzgeber gehindert sei, das Anwaltsgeheimnis außerhalb der droits de la défense zu schützen, also im Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit des conseils.⁵⁶⁷ Zu dieser Auffassung gelangt man, wenn man den Blick auf das beeindruckende Arsenal konfligierender Verfassungsrechts richtet. Die effektive Strafverfolgung („recherche des auteurs d’infraction“) ist als

Frankreich; bereits *Spielmann*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 440 ff.; *Bioy*, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, S. 581 f. Rn. 983.

⁵⁶³ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – Orde van Vlaamse Balies u. a.

⁵⁶⁴ CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 ff. – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre (Perquisitions dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile)*.

⁵⁶⁵ Jüngst CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre (Perquisitions dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile)*; CC, Entsch. v. 24.7.2015 – Nr. 2015-478 QPC, Rn. 16 – *Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion)*.

⁵⁶⁶ Jüngst *Beaussonnie*, *Gaz. Pal.* v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70; *Letteron*, *Secret professionnel: rêve perdu des avocats*, in: *Liberté, Libertés chéries* v. 26.10.2021; anders aber *Beaud*, *D.* 2021, 2081.

⁵⁶⁷ *Bonnecarrère* und *Canayer* (rapporteurs), *Amendement* v. 13.9.2021, *Commission des Lois*, Nr. COM-69.

OVC⁵⁶⁸ mit Verfassungsrang ausgestattet. Ein solches Prinzip wirkt zwar überwiegend, aber nicht ausschließlich (in deutscher Terminologie) als kollidierendes Verfassungsrecht im Rahmen der Abwägung, sondern kann wohl auch einen prinzipialen Angriff in der abstrakten Normenkontrolle tragen.⁵⁶⁹ Für den Bereich des Steuerrechts hat der Conseil seine Konstitutionalisierung staatlicher Handlungsspielräume sogar weiter vorangetrieben und in dreifacher Hinsicht ausgebaut. Ein OVC stellen der Kampf gegen Steuerkriminalität⁵⁷⁰, Steuerflucht⁵⁷¹ und perspektivisch wohl auch den Kampf gegen Steueroptimierung⁵⁷² dar. Über diese lediglich richterrechtliche Verankerung hinaus hat *Lallet*⁵⁷³ in seinen Schlussanträgen vor dem Conseil d'État zur Grundsatzentscheidung *French Data Network* Art. 12 DDHC „entdeckt“: „La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique“. Aus der Norm folge unmittelbar die Pflicht, den Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden ausreichende juristische Möglichkeiten einzuräumen. Perspektivisch wird diese Norm auch als kollidierendes Verfassungsrecht gegenüber den Verfahrensgarantien des Art. 16 DDHC in Stellung gebracht werden können, indem nicht nur Befugnisse für den Staat begründet werden, sondern auch Rechte begrenzt werden. Der Wortlaut gibt dies her.⁵⁷⁴ In der Entscheidung zur medienrechtlichen *Loi Bloche* hat der Conseil Constitutionnel die Zensur des Journalistenprivilegs damit begründet, dass nur für die höchste Deliktskategorie Einschränkungen beim Quellenschutz zur Gefahrenabwehr wie zur Strafverfolgung möglich waren (*crimes*), für die mittlere Kategorie (*délits*) jedoch nur zu präventiven, nicht repressiven Zwecken. Darüber hinaus war die Immunität bei Geheimnisverletzung in ihrem personalen Anwendungsbereich zu weit geraten, indem Personengruppen, die nur eine indirekte Verbindung zu Kommunikation von Informationen an das Publikum aufwiesen, profitiert hätten.⁵⁷⁵ Aus dieser

⁵⁶⁸ CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 13 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile); CC, Entsch. v. 10.11.2016 – Nr. 2016-738 DC, Rn. 20 – *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*; CC, Entsch. v. 2.3.2004 – Nr. 2004-492 DC, Rn. 76 – *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

⁵⁶⁹ *de Montalivet*, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 20, 2006; *Sutter*, Titre VII, Nr. 8, 2022; a. A. wohl *Luchaire*, RFDC 2005, 675 (678) sowie *Favoreu et al.*, Droit constitutionnel, S. 163 f. Rn. 177. – Die Rüge im QPC-Verfahren soll aber ausgeschlossen sein, vgl. CC, Entsch. v. 22.7.2010 – Nr. 2010-4/17 QPC, Rn. 9 – *M. Alain C. et autre* (Indemnité temporaire de retraite outre-mer).

⁵⁷⁰ CC, Entsch. v. 29.12.1999 – Nr. 99-424 DC, Rn. 52 – *Loi de finances 2000*.

⁵⁷¹ CC, Entsch. v. 26.11.2010 – Nr. 2010-70 QPC, Rn. 4 – *M. Pierre-Yves M.* (Lutte contre l'évasion fiscale).

⁵⁷² CC, Entsch. v. 28.5.2020 – Nr. 2020-842 QPC – *M. Rémi V.* (Conditions de déduction de la contribution aux charges du mariage).

⁵⁷³ *Lallet*, SchlA. v. 16.4.2021 zu CE, Urt. v. 21.4.2021 – Nr. 393099 – *French Data Network et autres*, S. 43.

⁵⁷⁴ *Lallet* verbindet beide Vorschriften selbst miteinander: „on sait bien qu'une société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution; on connaît moins son article 12“.

⁵⁷⁵ CC, Entsch. v. 10.11.2016 – Nr. 2016-738 DC, Rn. 23 – *Loi visant à renforcer la liberté*,

Entscheidung folgt jedoch nicht zwingend, dass die verfassungsrechtlich gebotene Strafverfolgung sich stets gegen das Berufsgeheimnis des Anwalts durchsetzen müsse, bzw. es dem Gesetzgeber nicht zustehe, dieses zu fördern, auch außerhalb der *droits de la défense*. In seiner QPC-Entscheidung zur „Loi pour la confiance dans l’institution judiciaire“ hat der Conseil zwar dem Berufsgeheimnis des conseils keine verfassungsrechtliche Relevanz über das schwache Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 2 DDHC) hinaus beigemessen.⁵⁷⁶ Der vorliegende Conseil d’État hatte sich nur auf Art. 16 DDHC gestützt und Art. 2 DDHC nicht erwähnt.⁵⁷⁷ Die Entscheidung stellt eine verpasste Chance dar, den grundrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses ausdrücklich neu zu vermessen. Aber auch eine andere Entscheidung des Conseil Constitutionnel lässt erkennen, dass der einfachrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses (bislang) nicht verfassungsrechtlicher Logik folgt, auch wenn das gefundene Ergebnis in casu überzeugt. Der Conseil führte aus, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis einen deutlich weiteren Schutz bietet als das Geheimnis des im arbeitsgerichtlichen Verfahren postulationsfähigen Gewerkschaftsvertreters. Im Anschluss hielt er aber fest, dass beide Geheimnisse vergleichbare Garantien böten.⁵⁷⁸ Die Gleichheit der Rechtsuchenden sei also nicht verletzt. Verfassungsrechtlich zwingend ist für den Conseil also nur ein Minimum an „Diskretion“ und ein korrespondierendes Aufsichtsrecht, was das einfache Recht auch dem Gewerkschaftsvertreter abverlangt.⁵⁷⁹ Der darüberhinausgehende Schutz durch das *anwaltliche* Berufsgeheimnis scheint verfassungsrechtlich nicht geboten. Auf die Frage kam es nur an, weil der Conseil zurecht nicht die Gleichheit der Rechtsuchenden mit dem einfachen Argument bejahte, dass jeder Arbeitnehmer durch das Gesetz die Wahl zwischen einem Avocat und einem Gewerkschaftsvertreter habe.⁵⁸⁰ Vielleicht⁵⁸¹ ist es dem Conseil übel aufgestoßen, dass die Anwaltschaft mithilfe des Berufsgeheimnisses faktisch ihr gerichtliches Monopol zu erweitern suchte, um den Preis, dem Rechtsuchenden einen niederschweligen Zugang zu Gericht zu verschließen.

l’indépendance et le pluralisme des médias; zustimmend *Gaïa*, in: *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, RFDC 2017, 465 (469 ff.).

⁵⁷⁶ CC, *Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 ff. – Ordre des avocats au barreau de Paris et autre (Perquisitions dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile)*.

⁵⁷⁷ CE, *Beschl. v. 18.10.2022 – Nr. 463588, 463683 – Ordre des avocats au barreau de Paris, Ordre des avocats au barreau des Hauts-de-Seine*; s. hierzu auch *Gerhold*, *Constitutionnaliser le secret professionnel de l’avocat: pourquoi le Conseil constitutionnel pourrait s’inspirer de la Cour de Karlsruhe*, *Jus Politicum Blog v. 26.10.2022*. – Die Vorlage kann allerdings insoweit erstaunen, als der Conseil d’État auch die Nichtigkeit des Rundschreibens anhand des einfachen Gesetzesrechts hätte feststellen können.

⁵⁷⁸ CC, *Entsch. v. 7.4.2017 – Nr. 2017-623 QPC, Rn. 23 – CNB (Secret professionnel et obligation de discrétion du défenseur syndical)*. – Der vom Conseil veröffentlichte Kommentar zur Entscheidung begründet diesen Aspekt der Entscheidung nicht.

⁵⁷⁹ I. E. zustimmend, die fehlende Begründung jedoch kritisierend: *Orif, Gaz. Pal. v. 25.7.207, Nr. 299, S. 3*.

⁵⁸⁰ *Debaets/Jacquinoit, D. 2018, 1344 (1353)*.

⁵⁸¹ Vgl. auch *Orif, Gaz. Pal. v. 25.7.207, Nr. 299, S. 3*.

c) Herausarbeiten eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Schutzes

Zwar wird im Schrifttum der alleinige Rückgriff auf die Verteidigungsrechte als Grund der verfassungsrechtlichen Schwäche des Berufsgeheimnisses identifiziert.⁵⁸² Der Versuch, dieses von den Verteidigungsrechten zu lösen, wird jedoch nicht unternommen. Dies soll im Folgenden versucht werden, um dem Gesetzgeber die richtigen Leitlinien bei der Ausgestaltung an die Hand zu geben. Dabei steht die bisherige Judikatur des Conseil Constitutionnel dem nicht entgegen. Es ist nicht ungewöhnlich, dass der Conseil in seinen Entscheidungen ersteinmal feststellt, dass „aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit [...]“, also den Schutz einer bestimmten Rechtsposition durch die Verfassung verweigert, um später dann den Schutz des Lebenssachverhaltes einem allgemeinen Freiheitsrecht zuzuordnen. Die Rechtsprechung zum Quellenschutz des Journalisten, der durchaus mit der anwaltlichen Verschwiegenheit vergleichbar ist, zeigt dies eindrücklich. In der Entscheidung French Data Network des Conseils Constitutionnel (nicht des Conseils d'État), wo der Conseil Constitutionnel das anwaltliche Berufsgeheimnis nicht durch eine spezifische Vorschrift geschützt sah, galt dies auch noch für den Quellenschutz, ohne dass er Mediengrundrechte als thematisch einschlägig betrachte.⁵⁸³ In einer späteren Entscheidung hat er dann judiziert,⁵⁸⁴ dass zwar keine Vorschrift den Schutz journalistischer Quellen festlegt, gleichwohl der Gesetzgeber aber an die Mediengrundrechte aus Art. 11 DDHC gebunden ist, die thematischen Schutz vermitteln und zugleich die soziale Funktion der journalistischen Tätigkeit anerkennen.⁵⁸⁵ Seiner apodiktischen Aussage zum Berufsgeheimnis, das durch keine Vorschrift des Verfassungsrechts erwähnt wird, kann somit keine generelle Absage an einen verfassungsrechtlichen Schutz des einheitlichen Berufsgeheimnisses (außerhalb des Art. 2 DDHC) entnommen werden, sondern hierdurch legt der Conseil den Antragstellern (und dem Schrifttum) vielmehr die Last auf, ein solches nicht pauschal zu behaupten, sondern zu begründen. Ein solches verfassungsrechtlich geschütztes Berufsgeheimnis wäre zudem keinesfalls absolut, wie von Gegnern vielmals zur Diskreditierung suggeriert, sondern wie jedes Grundrecht unter bestimmten Voraussetzungen Einschränkungen zugänglich.⁵⁸⁶

aa) im ungeschriebenen Verfassungsrecht

Es erscheint nicht ausgeschlossen, das *secret professionnel de l'avocat* als ungeschriebenes Verfassungsrecht anzuerkennen. Für die Begründung eines princi-

⁵⁸² *Beaussonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁵⁸³ CC, Entsch. v. 24.7.2015 – Nr. 2015-478 QPC, Rn. 16 – Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion).

⁵⁸⁴ CC, Entsch. v. 10.11.2016 – Nr. 2016-738 DC, Rn. 17 – Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.

⁵⁸⁵ *Gaïa*, in: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2017, 465 (470) sieht hierin ein Indiz für einen reduzierten Schutz.

⁵⁸⁶ Hierauf am Beispiel des Quellenschutzes hinweisend *Gaïa*, in: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2017, 465 (465 f.).

pe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) haben Rechtsprechung und Lehre feste Kriterien etabliert (dazu unter (1)), während die Frage, ob ein Grundsatz ein *objectif de valeur constitutionnelle* (OVC) ist durch die Gerichte völlig freihändig beantwortet wird (dazu unter (2)).

(1) PFRLR

Die naheliegende Kategorie des PFRLR erscheint ein unsicheres Fundament. Grundlage ist ein einfaches Gesetz, das als Substrat für einen richterrechtlich entwickelten Verfassungsgrundsatz herhält. 1946 wurde in die Präambel der Verfassung der IV. République (auf welche die Präambel der Verf. 1958 wiederum verweist) diese Normkategorie eingeführt, um die (schulische) Lehrfreiheit in Abwesenheit eines Grundrechtskataloges zu schützen bzw., so lassen sich die Reden der Abgeordneten verstehen, insgesamt die freiheitlichen und sozialstaatlichen Gewinne der vorherigen Republik(en) zu sichern.⁵⁸⁷ Berief sich der Conseil d'État⁵⁸⁸ vereinzelt auf diese Normkategorie, verhalf ihr der Conseil Constitutionnel mit seiner grundlegenden⁵⁸⁹ *Liberté d'association*-Entscheidung⁵⁹⁰ zum Durchbruch, bevor eine Wende rückwärts einsetzte; hin zum geschriebenen Verfassungsrecht, insbesondere der DDHC von 1789, der der Vorrang vor der Anerkennung eines PFRLR zukommen sollte.⁵⁹¹ Deshalb konnten die PFRLR als Kategorie in den letzten Jahren keine Innovationskraft mehr entfalten. Gleichwohl bestehen keine konzeptionellen verfassungsrechtlichen Hindernisse bei der Entwicklung eines neuen Verfassungssatzes.⁵⁹² Angesichts der völligen Offenheit des Begriffs oblag es dem Schrifttum⁵⁹³ und dem Conseil Constitutionnel eine Definition herauszuarbeiten. Die PFRLR sind deshalb im Unterschied zu anderen verfassungsrechtlichen Kategorien mit echten Kriterien für ihre Entwicklung (nicht „Entdeckung“) versehen.⁵⁹⁴ Die verschiedenen Auslegungsmethoden führen aber vielmals zu miteinander unvereinbaren Ergebnissen und Interpreten sind sehr kreativ, um das gewünschte Ergebnis – Verfassungsrang eines vormals nur einfachen Rechtsgrund-

⁵⁸⁷ Ausführlich hierzu *Champeil-Desplats*, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, S. 58 ff.; *Genevois*, RFDA 1998, 477 (478 f.).

⁵⁸⁸ CE, Urt. v. 11.7.1956 – Nr. 26638 – *Amicale des Annamites de Paris*; CE, Ass., Urt. v. 3.7.1995 – Nr. 169219 – *Kone*.

⁵⁸⁹ *Rivero*, D. 1972, chr. 265 (265), allerdings noch zögerlich hierin ein französisches „*Marbury v. Madison*“ zu sehen.

⁵⁹⁰ CC, Entsch. v. 16.7.1971 – Nr. 71-44 DC, Rn. 2 – *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* („*Liberté d'association*“).

⁵⁹¹ Hierfür steht insbesondere der Rechtsprofessor *Vedel* (*Favoreu et al.*, *Droit constitutionnel*, S. 156 Rn. 172).

⁵⁹² Hierzu *Sénac*, Titre VII, Nr. 8, 2022.

⁵⁹³ Klassisch *Rivero*, D. 1972, chr. 265 (266), der fragte: „quels principes, quelles lois, quelle République?“.

⁵⁹⁴ Dies betont auch *Sénac*, Titre VII, Nr. 8, 2022.

satzes – herbeizuführen.⁵⁹⁵ Anerkannt sind heute acht PFRLR; die Judikatur ist sehr reich an abgelehnten PFRLR.⁵⁹⁶

Droits et libertés de l'homme et du citoyen: Vereinzelt werden die PFRLR auf den Grund- und Menschenrechtsschutz thematisch verengt; in jedem Fall finden sie hierin ihren ersten und wichtigsten Anwendungsfall. So hat der Conseil als PFRLR die Unabhängigkeit der Universitätsprofessoren anerkannt⁵⁹⁷ oder (zu Beginn) die *droits de la défense*⁵⁹⁸, um nur zwei Beispiele zu nennen. Dabei handelt es sich jedoch nicht stets um Grundrechte in einem engen Sinne; so sind auch die den Jugendlichen und Heranwachsenden schützenden Regeln der Jugendgerichtsbarkeit als PFRLR anerkannt.⁵⁹⁹ Für das Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte würde diese erste Voraussetzung keine Hürde darstellen, denn ohne weiteres besteht ein Bezug zu den Grundrechten des Rechtsuchenden und – so die hier vertretene Auffassung – auch zu den Grundrechten des *Avocats*. Dass Art. 378 CP 1810 jedoch ein Verhalten inkriminiert, und damit gerade keine Freiheit mittels einfachen Gesetzes schafft, muss dem nicht entgegenstehen, denn in dieser Inkriminierung kommt implizit, aber sehr deutlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber einen Freiheitsraum – die Freiheit seinem Anwalt „zu beichten“ und seine (ihn manchmal beschämenden) Geheimnisse zu bewahren – anerkennt.⁶⁰⁰

Principe fondamental: Nur solchen Grundsätzen soll Verfassungsrang zuerkannt werden, die gelöst von ihrem historischen und sozialen Kontext eine generelle Geltung beanspruchen. Es geht um die Bedeutsamkeit des Gehaltes,⁶⁰¹ um die Frage, ob eine Rechtsordnung auf eine solche Regel verzichten könnte, ohne ihre Identität und ihre Funktionsweise preiszugeben.⁶⁰² Das Berufsgeheimnis des *Avocats*

⁵⁹⁵ Grundlegend *Champeil-Desplats*, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, S. 69 ff.

⁵⁹⁶ *Sénac*, Titre VII, Nr. 8, 2022 m. w. N.

⁵⁹⁷ CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 20 – Loi relative à l'enseignement supérieur.

⁵⁹⁸ CC, Entsch. v. 2.12.1976 – Nr. 76-70 DC, Rn. 2 – Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail.

⁵⁹⁹ Zu dieser Thematik *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Const. préambule 27 oct. 1946 al. 1 Nr. 27. – Die Einordnung des Lokalrechts in den Départements Haut-Rhin, Bas-Rhin und Moselle als PFRLR – CC, Entsch. v. 5.8.2011 – Nr. 2011-157 QPC, Rn. 4 – Société Somodia (Interdiction du travail de dimanche en Alsace-Moselle) – ist eine der wenigen Systembrüche.

⁶⁰⁰ Den Charakter als PFRLR des Verbots des Glücksspiels hat CC, Entsch. v. 13.5.2010 – Nr. 2010-605 DC, Rn. 5 ff. – Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne dann auch abgelehnt.

⁶⁰¹ „Fundamental“ bedeutet nicht, dass die Regel den höchsten Rang der Normenhierarchie einnimmt (als Verfassungsbestimmung), sondern es geht gerade um die Frage, ob die Regelung diesen Rang „verdient“, also fundamental im Sinne des höchsten Ranges sein sollte (vgl. auch *Champeil-Desplats*, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, S. 84).

⁶⁰² *Champeil-Desplats*, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, S. 84. – Der Grundsatz der Verschiedengeschlechtigkeit der Ehe erfüllt diese Voraussetzung nicht (CC, Entsch. v. 17.5.2012 – Nr. 2013-669 DC, Rn. 21 – Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe).

mit seinem vielfach betonten Bezug zum Rechtsstaat und sogar der Demokratie⁶⁰³ sowie das in Frankreich betonte gesellschaftliche, nicht private Interesse am Berufsgeheimnis ist vielleicht gerade ein Paradebeispiel eines „wichtigen“ Gewährleistungsinhaltes.

Loi und régime républicain: Die Regel muss in einem Gesetz enthalten sein und dieses Gesetz muss ein solches republikanischer Provenienz sein.⁶⁰⁴ Der Rechtsatz muss also eine legislative republikanische Tradition verkörpern, worunter vor allem die großen freiheitlich-liberalen Gesetze der III. République fallen. Den Schutz des Berufsgeheimnisses haben in vorherigen Zeiten jedoch nicht republikanische Gesetzgeber organisiert, sondern erstmals Napoléon I durch Art. 378 CP. Ob der spätere Kaiser der Franzosen als Schöpfer eines einem PFRLR zugrundeliegenden Gesetzes in Betracht kommt, ist umstritten; kann man nach seinem Staatsstreich 1799 noch von einem republikanischen Regime sprechen? Für den zwei Monate vor der Kaiserkrönung 1804 erlassenen CCiv ist diese Frage jüngst (vermeintlich) beim Fall der gleichgeschlechtlichen Ehe virulent geworden, wo im Schrifttum vertreten wurde, die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe sei ein PFRLR, so dass das einfache Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht erlauben dürfe.⁶⁰⁵ Bevor der Conseil das Recht auf einen recours effectif Art. 16 DDHC zuordnete, vertrat insbesondere *Favoreu*⁶⁰⁶ die Auffassung, Art. 4 CCiv, der den déni de justice adressiert, sei Substrat eines PFRLR, das den Zugang zu Gericht mit Verfassungsrang ausstatte. Für Art. 378 CP 1810 würde die h. M. diese Frage heute wohl verneinen. Ihm haftet der nicht abwaschbare Makel des despotischen Urhebers an. Überlegungen, auf eine durchgehende Beachtung eines Gesetzes durch ein republikanisches Regime abzustellen und den damit dem Gesetz verliehen *esprit républicain*, konnten sich nicht durchsetzen.⁶⁰⁷ Dabei hat der Conseil⁶⁰⁸ durchaus bereits ein PFRLR anerkannt, nämlich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte beim Eigentumsschutz, auch wenn es kaiserliche oder julimonarchische Gesetze waren, die diesen Grundsatz erstmals niederlegten und der republikanische Gesetzgeber sich diese zu eigen gemacht hat, bzw. sie modifizierte

⁶⁰³ Sehr deutlich *Victor*, SchlA. v. 16.6.2021 zu CE, Beschl. v. 25.6.2021 – Nr. 448486 – CNB (DAC 6), S. 13.

⁶⁰⁴ CC, Entsch. v. 20.7.1988 – Nr. 88-244 DC, Rn. 12 – Loi portant amnistie; CC, Entsch. v. 4.7.1989 – Nr. 89-254 DC, Rn. 23 – Loi modifiant la loi Nr. 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d’application des privatisations.

⁶⁰⁵ Zur Frage *Sponchiado*, RFDC 2013, 951 (965 f.).

⁶⁰⁶ *Favoreu*, in: *Liber amicorum J. Waline*, S. 513 ff., dort seine früheren Gedanken (*Favoreu*, *Du déni de justice en droit public interne*, S. 551 f.) fortsetzend; ausdrücklich auch *Renoux*, in: *Mélanges Velu I*, S. 312, 313 f.

⁶⁰⁷ GDCC, Nr. 29 Rn. 16 hält ausdrücklich nicht mehr an seiner in den Voraufgaben vertretenen Auffassung fest. – Auch CC, Entsch. v. 20.7.1988 – Nr. 88-244 DC, Rn. 11 – Loi portant amnistie sowie CC, Entsch. v. 17.5.2012 – Nr. 2013-669 DC, Rn. 21 – Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe scheinen eine ausschließliche republikanische Tradition nicht genügen zu lassen.

⁶⁰⁸ CC, Entsch. v. 25.7.1989 – Nr. 89-256 DC, Rn. 23 – Loi portant dispositions diverses en matière d’urbanisme et d’agglomérations nouvelles.

und damit in seinen Willen aufnahm.⁶⁰⁹ Dass der republikanische Gesetzgeber – in einer weithin als *République des Avocats* bezeichneten Zeit – sich Art. 378 CP 1810 nicht vollständig zu eigen gemacht hat, erscheint nicht wahrscheinlich: Die textliche Stabilität und der wissenschaftliche Diskurs über die Vorschrift, wie er sich in der III. République entwickelte, ist vielmehr ein Indiz dafür, dass die republikanischen Rechtsgenossen den Regelungsgehalt als mit dem republikanischen Regime vereinbar erachteten.

Antérieur à 1946: Sieht man Art. 378 CP nicht als taugliches Substrat für einen Verfassungsgrundsatz, kann man überlegen, auf Art. 66-5 des Gesetzes v. 31.12.1971 zurückzugreifen. Gesetze, die nach 1946 erlassen wurden, werden vom Conseil aber nicht als Grundlage akzeptiert, weil die Präambel 1946 auf sie noch nicht verweisen konnte.⁶¹⁰ Dies wird zwar gelegentlich bedauert, würde, was Unbehagen auslöst (*gouvernement des juges*), einer unkontrollierten Vermehrung ungeschriebenen Verfassungsrechts jedoch womöglich den Weg ebnen.⁶¹¹ Dabei scheint es nicht ausgeschlossen, dass mit „lois de la République“ ein generischer Begriff umschrieben wird, also solche Gesetze, die unter einer republikanischen Verfassung erlassen wurden und zwar auch unter jener von 1958. Dies würde den Weg öffnen zur Konstitutionalisierung von Art. 66-5 des Gesetzes v. 31.12.1971.

Zwischenergebnis: Bei einer sehr judizientreuen Anwendung der Maßstäbe für die Identifizierung eines PFRLR dürfte das *secret professionnel* kein solches darstellen, da die Gesetze, die es schützen, entweder von nicht-republikanischen Gesetzgebern oder erst nach 1946 erlassen wurden. Auch die Traditionen und Bräuche der Selbstverwaltung müssen aufgrund ihrer außergesetzlichen Rechtsquelle ausscheiden. Die *Ordonnance*, die auf sie verweist, stammt zudem ebenfalls aus monarchischer Zeit (1822). Zudem ist die Kritik an den PFRLR, wonach der geschriebene Text, insbesondere die aus 1789 stammende DDHC vorrangig zur Ermittlung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen heranzuziehen ist, nicht von der Hand zu weisen.

(2) *Objectif de valeur constitutionnelle*

Das Berufsgeheimnis könnte noch ein OVC sein. Eine solche Perspektive auf diese Berufspflicht bietet sich an, weil das OVC nicht nur als kollidierendes Verfassungsrecht wirkt, sondern vielmals solche Prinzipien schützt, die ein Grundrecht effektiv machen und aus diesem direkt abgeleitet werden. Sie dienen der Erfüllung der mit dem Grundrecht verbundenen sozialen Funktion.⁶¹² So wie die unabhängige an-

⁶⁰⁹ Konzedierend *Genevois*, RFDA 1998, 477 (481).

⁶¹⁰ *Genevois*, RFDA 1998, 477 (481); zustimmend GDCC, Nr. 29 Rn. 16.

⁶¹¹ Zum Fall der Wettbewerbsfreiheit, die auch nur im CP 1810 und in der 1946 nachfolgenden Gesetzgebung geschützt wurde, s. *Hubert/Castan*, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 49, 2015; GDCC, Nr. 29 Rn. 16 weist zurecht darauf hin, dass eine kritische Vermehrung nicht eingetreten ist.

⁶¹² Vgl. *de Montalivet*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 20, 2006.

waltliche Berufsausübung an sich bereits ein OVC ist, so kann dies auch für eine Teilgewährleistung hiervon gelten, also das *secret professionnel*. Es wirkt auf die anwaltliche Berufsausübung wie die Grundrechte des Mandanten und sorgt für ihre Realisierung. Ein solches „internes“ OVC ist etwas grundlegend Verschiedenes als die OVC, die der effektiven Strafverfolgung zugeschrieben werden. Allerdings kann ein OVC nicht im Rahmen einer QPC gegenüber einem Gesetz eingewandt werden.⁶¹³ Es dient also, was bereits strittig ist, nur als Angriffsmittel bei der a priori-Kontrolle. Das Berufsgeheimnis hätte zwar also Verfassungsrang, wäre verfassungsprozessual aber ein zahnloser Tiger, vor allem gegenüber bestehenden und nicht im DC-Verfahren kontrollierten Gesetzen.

bb) im geschriebenen Verfassungsrecht

Rechtssystematisch verlangt die herrschende Vedel-Doktrin, dass der Rechtsanwender geschriebene Verfassungstexte heranzieht, um eine grundrechtliche Garantie zu begründen. Auch rein tatsächlich bestehen nur geringe Erfolgchancen, den Conseil Constitutionnel von der Existenz eines PFRLR zu überzeugen.⁶¹⁴ Dabei kann das Berufsgeheimnis nicht auf eine einzige Norm der Verfassung gestützt werden, sondern es ist notwendig, mehrere zusammenzuziehen.

(1) eine isolierte Grundlage

Alle Versuche, eine einzige Verfassungsnorm für die Garantie des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zu finden, sind zum Scheitern verurteilt, da mit der Festlegung auf eine Norm stets nur eine Dimension des rechtlichen Phänomens „Berufsgeheimnis“ erfasst wird. Es wurde bereits oben aufgezeigt, dass die Verteidigungsrechte nur einen bestimmten Ausschnitt aus der anwaltlichen Tätigkeit für den Mandanten abbilden. Freilich ist dies ein gewichtiger, jedoch wird damit die gesamte Beratungstätigkeit des *Avocats* ausgeblendet. Für einen einheitlichen verfassungsrechtlichen Schutz kann Art. 16 DDHC, soweit er die *droits de la défense* verbürgt, nicht herangezogen werden. Ebenfalls nur fragmentarisch bildet das Recht auf Achtung des Privatlebens den Schutz des Berufsgeheimnisses ab, weil es die Funktion der anwaltlichen Berufsausübung für den Mandanten und den Rechtsstaat, jedenfalls in der Auslegung durch den Conseil, nicht adressiert.

(2) eine kombinierte Grundlage

Der *Avocat* übt unabhängig einen freien Beruf als Mitglied eines unabhängigen Standes aus. Zugleich ist er ein *auxiliaire de justice*. Diese Grundkonzeption der

⁶¹³ CC, Entsch. v. 22.7.2010 – Nr. 2010-4/17 QPC, Rn. 9 – M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre-mer).

⁶¹⁴ Gleichwohl fällt auf, dass die berufsständische Selbstverwaltung regelmäßig fordert, dass der Conseil eine ausdrückliche Garantie des Berufsgeheimnisses entwickelt, vgl. den wiedergegebenen Vortrag bei CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 3 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile).

Profession durch den Gesetzgeber legt eine Verankerung dieser grundlegenden Pflicht in mehreren Verfassungsgrundsätzen nahe.⁶¹⁵

Erste Säule: Das Interesse des Mandanten, aber auch der Rechtspflege wird am besten über das Recht auf einen recours effectif – und nicht über die droits de la défense – abgebildet. Zum einen ist sein Anwendungsbereich, soweit es um das Recht auf einen anwaltlichen Beistand geht, weiter als man denkt, wie eine jüngere Entscheidung des Conseil d'État zeigt. In der Entscheidung zur Ausgangssperre hat der Conseil d'État tatsächliche Hindernisse (Kontaktaufnahme über Telefon und Internet) für ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsuchenden und Mandanten als Verletzung des recours effectif sanktioniert. Dieses Vertrauensverhältnis, das der Conseil in seinen tatsächlichen Ausprägungen beschreibt, wird von einem faktischen Phänomen durch die Rechtsordnung in eine rechtliche Institution übersetzt und zwar durch die Pflicht zur Verschwiegenheit bzw. das Berufsgeheimnis. Eine Ungleichbehandlung von tatsächlichen Erschwernissen für das Vertrauensverhältnis, wie sie durch seuchenpolizeiliche Maßnahmen bewirkt werden, und solchen, die gezielt durch die Rechtsordnung aufgestellt werden, ist nicht begründbar. Vielmehr spricht die gezielte und gewollte Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses für eine grundrechtliche Beeinträchtigung beim Rechtsuchenden, wie das vom BVerfG herausgearbeitete Argument der chilling effects verdeutlicht. Der potentielle Zugriff des Staates ist ein Hindernis für die anwaltliche Berufsausübung, da der Mandant sich genau überlegt, welche Informationen er seinem Anwalt preisgibt, weil er Kanzleidurchsuchungen oder Abhörmaßnahmen fürchtet. Damit entsteht kein Vertrauensverhältnis, das für einen recours effectif aber Bedingung ist. Ob es tatsächlich zu einem recours kommt, ist nicht entscheidend, da sich das Vertrauensverhältnis denklogisch im Vorfeld entwickeln muss.

Zweite Säule: Bislang ausgeblendet haben französische Rechtsprechung und Schrifttum, dass eine staatliche Maßnahme, die das Vertrauensverhältnis zum Mandanten beeinträchtigt, auch die Grundrechte des Avocats betrifft. Der „Rapport Perben“ hat dies durchscheinen lassen, indem er Art. 56-1 Abs. 1 CPP dergestalt ergänzen wollte, dass Maßnahmen nicht eine „atteinte au libre exercice de la profession d'avocat que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense“ bewirken dürfen.⁶¹⁶ Mit einer solchen Perspektive soll nicht das Berufsgeheimnis zu einem Standesprivileg der Anwaltschaft erklärt werden⁶¹⁷ und auch nicht dem Schrifttum widersprochen werden, wonach das Berufsgeheimnis eine Pflicht des

⁶¹⁵ Für eine doppelte Verankerung wohl auch *Carrère*, RFDC 2019, e19 (e33).

⁶¹⁶ *Perben*, Mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, Juli 2021, S. 41.

⁶¹⁷ Unzutreffend die Annahmen und gezogenen Schlüsse bei *Letteron*, Secret professionnel: rêve perdu des avocats, in: *Liberté, Libertés chéries* v. 26.10.2021: Zum einen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb das Berufsgeheimnis bei der Beratung nicht dem Interesse Mandanten dienen soll, sondern jenen des Anwalts. Zum anderen hätte der Article Préliminaire kein absolutes Berufsgeheimnis geschaffen, sondern eines mit Ausnahmen, das zudem durch jedes spätere Gesetz eingeschränkt hätte werden können.

Avocats sei,⁶¹⁸ sondern der schlichten Realität Rechnung getragen werden, dass die freie Berufsausübung eines Avocats grundsätzlich die Freiheit von staatlichen Maßnahmen ihm gegenüber verlangt und dass insbesondere das französische Berufsrecht das Vertrauen zwischen Mandant und Avocat als Grundlage der Berufsfreiheit schlechthin betrachtet.⁶¹⁹ Denn wenn das Verhältnis zum Mandanten nur schwer rechtlich zu qualifizieren ist bzw. lange Zeit inexistent war, dann ist die einzige Grundlage für die Berufsausübung das Vertrauen in den Avocat. Dem secret kommt eine besondere Bedeutung zu, nicht umsonst steht es ganz am Anfang des RIN.⁶²⁰ Dass sich Pflicht und Recht im Berufsgeheimnis in einer besonderen Art treffen, hat die Analyse der Geldwäsche-Entscheidung des BVerfG gezeigt. Die herausgearbeitete Lösung integriert sich, trotz konzeptioneller Verschiedenheiten der dogmatischen Erfassung, auch in das französische Recht. Eine der Säulen für die verfassungsrechtliche Verankerung des secret ist somit die liberté d'entreprendre. Dies gilt umso mehr, als der verfassungsrechtliche Schutz des secret für den Bereich des conseils bezweifelt wird. Als wirtschaftliches Grundrecht ist die liberté d'entreprendre besonders geeignet, diese Dimension der anwaltlichen Berufsausübung abzubilden.⁶²¹ So bezieht sich die anwaltliche liberté d'entreprendre „en particulier, aux conditions d'exercice de l'activité de conseil juridique et fiscal“. Je nach Kontext des Mandats kann der grundrechtliche Maßstab mehr beim (schwächeren) Grundrecht der liberté d'entreprendre liegen oder mehr beim droit au recours bzw. auch bei den droits de la défense. Eine solche grundrechtliche Konzeption etabliert also einen gleitenden Grundrechtsmaßstab, der hinreichend flexibel ist, um legitime Beschränkungen zu ermöglichen, ohne den Gesetzgeber außerhalb der Anforderungen der droits de la défense vollständig freizustellen.

d) Zwischenergebnis

Art. 66-5 des Gesetzes v. 31.12.1971 gestaltet also die anwaltlichen Freiheiten funktionsgerecht aus, indem für die Anerkennung des Berufsgeheimnisses nicht nur auf die Strafverteidigung abgestellt wird, sondern auch die beratende Tätigkeit in den sachlichen Anwendungsbereich einbezogen wird. Denn für das Recht auf einen recours effectif stellt das Berufsgeheimnis eine unverzichtbare Bedingung dar. Der Gesetzgeber ist nicht grundsätzlich gehindert, Durchbrechung vorzusehen. Er darf aber den Avocat nicht zum Büttel der Finanzverwaltung oder zum Gehilfen des Parquet National Financier machen.

4. Anwaltliche Selbstverwaltung als zwingendes Element der Ausgestaltung

Die Bedeutung der anwaltlichen Selbstverwaltung ist tief verankert in der Geschichte der Profession und es ist trotz der Diversität anwaltlicher Biografien und

⁶¹⁸ Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 412.10 ff.

⁶¹⁹ Assier-Andrieu, Les Avocats, S. 46; s. auch Beaud, D. 2021, 2081.

⁶²⁰ Hervorhebung auch bei Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 411.12.

⁶²¹ CC, Entsch. v. 29.12.2013 – Nr. 2013-685 DC, Rn. 91 – Loi de finances pour 2014.

Lebensumstände, damals wie heute, vor allem eine gemeinsame durch die Selbstverwaltung vermittelte Geschichte.⁶²² Dieses Bewusstsein von der gemeinsamen (nationalen) Erzählung begründet die fortbestehende, aus deutscher Sicht schon immer überraschende⁶²³ Bedeutung des Ordre (dazu unter b)). Bildlich gesprochen ist er eine Mauer, die um die große Familie der Anwälte errichtet wurde, um den „feindlichen Staat“ draußen herauszuhalten⁶²⁴ (dazu unter a)). Die gesetzgeberische Aktivität im 21. Jahrhundert, die einen wachsenden staatlichen Zugriff auf die anwaltliche Unabhängigkeit begründet, ohne dass die anwaltliche Selbstverwaltung dem etwas entgegensetzen kann, stellt damit aber im Ergebnis das traditionelle Bild anwaltlicher Freiheit in Frage. Inwieweit der Gesetzgeber also die institutionelle Unabhängigkeit der Anwaltschaft berücksichtigen muss, ist eine zentrale Frage des Anwaltsverfassungsrechts (dazu unter c)). In anderer Hinsicht weist jedoch diese Konzeption anwaltlicher Freiheit auch einen blinden Fleck auf: Sie versprach und verspricht Freiheit gegenüber dem Staat, für die Möglichkeit einer Freiheitsverkürzung durch die Selbstverwaltung – wie sie das BVerfG eindringlich beschwört – muss sie strukturell blind sein. Die Erkenntnis, dass Selbstverwaltung eine systemische Gefahr für die Grundrechte ihrer Mitglieder sein kann und es oft ist,⁶²⁵ ist überhaupt nicht präsent. Sanktionen für als unwürdig empfundenes Akkordeonspielen in der Fußgängerzone oder ein Kopftuchverbot, das zwar vordergründig mit den Prozessgrundrechten des Mandanten begründet wird, aber offen als Reaktion auf eine Gefahr für die Einheit des Berufsstandes verstanden wird, illustrieren die fehlende Grundrechtssensibilität der Selbstverwaltung. Der über die Selbstverwaltung vermittelten Freiheit wohnt aufgrund des gewollten identitätsstiftenden, faktisch aber auch ausgrenzenden Elements⁶²⁶ die Gefahr inne, uniformistisches Denken zu befördern, das für Individualität keinen Raum lässt.⁶²⁷ Umso bedauerlicher ist es, dass die gerichtliche Kontrolle der Selbstverwaltung, anders als in Deutschland durch das BVerfG, keine Modernisierungsschübe zu leisten vermag.

a) *Keine individuelle Unabhängigkeit ohne kollektive Unabhängigkeit*

Anwaltliche Freiheit wird heute letztlich als abgeleitete Freiheit verstanden; sie findet ihren Ursprung nicht in den Grundrechten der DDHC oder im einfachen Gesetzesrecht, sondern in der (einfachrechtlichen) institutionellen Unabhängigkeit, von der der einzelne Anwalt profitiert.

⁶²² *Leuwens*, *L'invention du barreau français*, S. 331.

⁶²³ *F. Wieland*, DJZ 1906, 1174 ff.; *Laurich*, in: *Anwälte und ihre Geschichte*, S. 1074 Fn. 22; *Dombek*, BRAK-Mitt. 2004, 241 (241).

⁶²⁴ *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 256 f. Rn. 175.

⁶²⁵ *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 272.

⁶²⁶ Sehr deutlich *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 251 ff. Rn. 170 f.

⁶²⁷ Vgl. auch *Nekaa*, *Le port du voile par une avocate et la question de la soumission à une obligation de neutralité*, in: *La Laïcité dans la Justice*, S. 503 f.; ernsthaft einen Grundrechtsverzicht diskutierend, wenn man Mitglied des Ordre wird, *van Drooghenbroeck*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 510.

aa) Historische Motive

Weshalb französische Autoren der Selbstverwaltung als Freiheitsgarantie einer für deutsche Verhältnisse ungewohnte Bedeutung zusprechen, liegt in ihrem Gründungsakt, der das Selbstverständnis der Profession bis heute fortprägt, begründet. Der Ordre, oder das *collège*, wie er in West- und Südfrankreich genannt wurde, ist durch eine (informelle) *convention volontaire*⁶²⁸ entstanden, die die Freiheit des Individuums gerade nicht aufhob, sondern sichern sollte, während die Selbstverwaltungsgremien der übrigen Freien Berufe (Prokuratoren, Notare und Ärzte) durch einen königlichen Gründungsakt entstanden. Bis heute ist der Ordre eine privatrechtliche Organisation, die eine *mission de service public* wahrnimmt und ist nicht wie in Deutschland Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung.⁶²⁹ Rechtliche wie faktische Anerkennung fand der Ordre durch die soziale Funktion, die durch die Tätigkeit des einzelnen *Avocat* realisiert wird. Das kollektive Bewusstsein und ein ausgeprägtes Zusammengehörigkeitsgefühl der gesamten Profession war die einzige Möglichkeit, die Unabhängigkeit der Justiz, der sog. *parlements*, zu wahren und innerhalb dieser tradierten und komplexen Institution die eigene Rolle zu definieren und zu verteidigen. Hierfür sind vor allem die zahlreichen Streiks Beleg, die die Anwaltschaft um Forderungen nach Unabhängigkeit von Krone und Kirche unterstützte, auch um den Preis der Verurteilung aller Anwälte als Häretiker (*affaires des avocats*, 1730–1731).⁶³⁰ Damit der einzelne Anwalt seine Aufgabe der Verteidigung wahrnehmen konnte und es seinem Mandanten so ermöglichte, vor Gericht vom Untertan zum *citoyen* zu werden, benötigte er in seinem Rücken seinen gesamten Stand als *contre-pouvoir* gegenüber dem König und der Kirche.⁶³¹ Die großen Strafrechtsfälle des 18. Jahrhunderts „Cléreaux“ in Rouen und „Calas“ in Toulouse⁶³², in denen es der organisierten Anwaltschaft gelangt, Angeklagte aus marginalisierten Gruppen (Hausangestellte und Protestanten) durch die Beeinflussung der öffentlichen Meinung zu verteidigen, belegen dies. Sie demonstrierten das Potential gesellschaftlicher Erschütterung, das aus einer „Konfliktverteidigung“ durch das Kollektiv entstehen konnte. Auf der anderen Seite benötigt das *parlement*, „qui parle le langage de Montesquieu et de la séparation des pou-

⁶²⁸ *Leuwers*, *L'invention du barreau français*, S. 81 ff.

⁶²⁹ CE, Urt. v. 7.2.1975 – Nr. 88611 – Ordre des avocats au barreau de Lille (keine Steuerbefreiung, die öffentlichen Körperschaften zukommt); CE, Urt. v. 6.6.1986 – Nr. 57285 – Ordre des avocats au barreau de Pointoise (bejahte Anwendung des Gesetzes über den Dokumentenzugang); zur Frage bereits *Lemaire*, *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, S. 10 ff. m. w. N.; allgemein bspw. TC, Entsch. v. 13.2.1984 – Nr. 2314 – *Cordier et autres*; *Attal*, in: *La personnalité juridique*, S. 115 ff. Rn. 8, *Tusseau*, RFDA 2020, 1147 (1147). – Trotz dieses Umstands empfinden deutsche Autoren gelegentlich die französische Selbstverwaltung als „staatsnäher“ (vgl. *Heyne*, *Kammerwesen in anderen Staaten*, in: *HdB KammerR*, § 4 Rn. 30; auf die funktionale Selbstverwaltung insgesamt bezogen *Kluth/Goltz*, *Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung in der EU*, S. 50: „für Frankreich typischer *Étatisme*“).

⁶³⁰ Vgl. *Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. 108 Rn. 41.32.

⁶³¹ *Karpik*, *Les Avocats*, S. 41 f.

⁶³² Zu den vier „Verfahren Voltaires“ und seiner Verbindung zur Anwaltschaft *Sur/Sur*, *Une Histoire des Avocats de France*, S. 136 ff. Rn. 51.32 ff.

voirs“⁶³³, den Beistand aller Anwälte. Der König mochte zwar die Richter entlassen und neue ernennen, doch ohne die Kooperation der sich auf Seiten der Richter schlagenden Anwaltschaft kam es zum Stillstand der Rechtspflege (1776: Édits de Turgot). Erst 1789 zerbrach diese Allianz innerhalb des *parlements*, als adelige Magistrate und bürgerliche Avocats sich auf unterschiedlichen Seiten bei den Generalständen fanden und vor allem die Anwaltschaft sich als politische Bewegung emanzipierte und die Revolution – bis zur Selbstaufgabe – trug.⁶³⁴ Auch Napoléon I fürchtete diese politische Bewegung, nur auf Drängen seiner Ratgeber gründete er den Ordre durch Dekret 1810 wieder – zersplittert und unter staatlicher Aufsicht, so dass bei dem Dekret von 1810 von einem „œuvre du despotisme par excellence“⁶³⁵ die Rede war, dessen Bewertung und Einordnung der Anwaltschaft heute noch schwer fällt.⁶³⁶

bb) Herausforderungen der Gegenwart

Diese Konzeption der anwaltlichen Freiheit als primär institutionelle Unabhängigkeit gerät in der heutigen Zeit unter Druck, als sie ihr Freiheitsversprechen nicht mehr erfüllen kann. Denn der Staat, der die Unabhängigkeit des Ordre für den Aufgabenbereich des *auxiliaire de justice*, also die Mitwirkung am *service public de la justice* akzeptiert hat, hat die Erweiterung des Aufgabenbereichs um den *conseil* zu einer Neuausrichtung seines Verhältnisses zur Profession genutzt.⁶³⁷ Denn weil der Staat das anwaltliche Aufgabenfeld von der Rolle als Gerichtsanwalt gelöst hat, kommt der Avocat mit neuen politischen Imperativen in Berührung, denen der Staat zu viel Bedeutung beimisst, als dass er dem Ordre hierbei eine wichtige und gleichberechtigte Rolle zugestehen würde. Vielmehr muss der Avocat hinnehmen, von der öffentlichen Gewalt als „*auxiliaire du pouvoir exécutif*“⁶³⁸ in Dienst genommen zu werden, was auch für das deutsche Recht *Kämmerer*⁶³⁹ am Beispiel des Steuerrechts als absolute Grenze jeglicher außerberufsrechtlichen Regulierung sieht. Im Rahmen einer geldwäscherechtlichen Meldung ist der *Bâtonnier* zwar regelmäßig (nicht beim *avocat fiduciaire*) als Mittler zwischen den Behörden und dem einzelnen Avocat dazwischengeschaltet, was der *Conseil d'État* als wesentli-

⁶³³ *Sur/Sur*, Une Histoire des Avocats de France, S. 142, Rn. 52.23.

⁶³⁴ Vgl. hierzu Einl., § 4, A., III., 2., a), S. 53.

⁶³⁵ *Mollet*, Règles sur la profession d'avocat, S. 260.

⁶³⁶ Aus diesem Grund war das Ob der Feierlichkeiten zum 200. Jahrestag des Dekrets umstritten, da es als (erneute) Gründungscharta der anwaltlichen Selbstverwaltung wie auch als Unterwerfung der Anwaltschaft staatlicherseits verstanden werden kann. Beides vereint geschickt die Lesart vom Beginn der *Wiederauferstehung* der französischen Anwaltschaft (vgl. <http://www.avocatparis.org/entre-nous/culture/notre-histoire-commune/bicentenaire-du-retablissement-du-barreau-de-paris>).

⁶³⁷ Zutreffend *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 761 Rn. 716.

⁶³⁸ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 622 (Überschrift § 1).

⁶³⁹ *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2894): „vom ‚Organ der Steuerrechtspflege‘ zu deren Handlanger?“.

che Garantie sieht,⁶⁴⁰ allerdings ist er zur Weiterleitung einer Meldung verpflichtet und darf nicht in eine Prüfung einsteigen. Ein Beispiel, das das deutsche Recht so nicht kennt, entstammt der Loi Macron. Durch dieses Gesetz hat der französische Gesetzgeber der Verbraucherschutzbehörde DGCCRF mehrere verschiedene Befugnisse, ähnlich jenen der Steuerverwaltung, eingeräumt, die eine Kontrolle der anwaltlichen Tätigkeit vor Ort in der Kanzlei ermöglichen. Unter anderem⁶⁴¹ ist die DGCCRF befugt, zu verifizieren, ob der Avocat Honorarvereinbarungen in schriftlicher Form schließt, was gesetzlich vorgesehen ist. Angesichts dessen, dass keine Verfassungsgüter von überragender Bedeutung geschützt werden, folgen aus der Norm sehr weitreichende Vorlagepflichten des Avocat. Bei dieser Nachschau ist die Kammer drei Tage im Voraus zu informieren. Der Conseil Constitutionnel hat die Regelung gebilligt, weil die DGCCRF an das Berufsgeheimnis gebunden sei.⁶⁴² Dem Ordre kommt keine Bedeutung als Garant der Unabhängigkeit mehr zu, anders als bei der Durchsuchung durch die *autorité judiciaire*. Die Befugnisse der DGCCRF sind strukturell bedenklich, weil sie die tradierte Rolle des Ordre als Mittler zwischen Staat und Avocat umgehen, also direkt auf dessen Tätigkeit zugreifen.⁶⁴³ Damit steht das Konzept der anwaltlichen Freiheit, das so stark auf den durch den Ordre vermittelten Schutz ausgerichtet ist, insgesamt auf tönernen Füßen, denn anders als in Deutschland stehen die Grundrechte des Anwalts, also seine Berufsfreiheit oder seine negative Meinungsfreiheit,⁶⁴⁴ etwas nicht zu kommunizieren, nicht als rechtskulturell anerkanntes und verfassungsgerichtlich stark propagiertes Gegengewicht zur Verfügung.

b. *Ordre als institution-personne*

aa) *Ordre als soziologisches Phänomen*

Wer die anwaltliche Selbstverwaltung in Frankreich als Zwangsmitgliedschaft und als rechtliches Konstrukt versucht zu erklären, wird ihr nicht gerecht, weil die kulturelle und soziologische Dimension dieses Berufes, die über den Status hinausgeht, übersehen wird.⁶⁴⁵ Die Anrede unter Anwälten mit *confrère* und *consœur*,

⁶⁴⁰ *Guyomar*, SchlA. v. 10.4.2008 zu CE, Urt. v. 10.4.2008 – Nr. 296845 – CNB (Geldwäsche-RL), S. 19 f.

⁶⁴¹ Sicherlich unproblematisch ist die Befugnis zur Verifikation, ob die Tarife für bestimmte (nur äußerst entfernt anwaltliche) Tätigkeiten ordnungsgemäß bekannt gemacht werden (Art. L. 450–2 ff. Code de commerce); schwer abzuschätzen ist die allgemeine und unspezifische Befugnis zur Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts, nachdem das Verbraucherschutzrecht seit Cass. Civ. II, Urt. v. 26.3.2015 – Nr. 14-11.599 grundsätzlich auf das Verhältnis zwischen Avocat und Mandant anwendbar ist.

⁶⁴² CC, Entsch. v. 5.8.2015 – Nr. 2015-715 DC, Rn. 63 – Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁶⁴³ Zutreffend *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 691 f. Rn. 648.

⁶⁴⁴ Insbesondere *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 136 ff.; die Einschlägigkeit dieses Grundrechts mit guten Gründen ablehnend *Roser*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 59 f.

⁶⁴⁵ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 368 Rn. 284.

also Mitbruder und Mitschwester, ist Ausdruck hiervon. Die kollektive Unabhängigkeit ist integraler Bestandteil der *identité professionnelle*.⁶⁴⁶ Die Anwaltschaft gilt als eine *micro-société*.⁶⁴⁷ Ihre Bedeutung folgt daraus, dass sie als Institution sich seit dem Hochmittelalter durch alle politischen Regimewechsel der französischen Geschichte erhalten konnte, was ansonsten nur Kirche und Staat gelang. Die Kirche konnte dies aufgrund des Glaubens, der Staat aufgrund der Gewalt. Der Selbstverwaltung der Anwälte gelang dies „ohne starkes Argument“. ⁶⁴⁸ Auch heute noch⁶⁴⁹ wird die Möglichkeit für den einzelnen als Avocat tätig zu sein dadurch begründet, dass er sich auf das Kollektiv stützt. Denn die Selbstverwaltung sei die einzige Form, in der die Unabhängigkeit des Einzelnen gewahrt werden könne und diese sei für die *réalisation de l'œuvre* des Avocats unverzichtbar. Wer Avocat wird, verschreibt sich diesem „Werk“, das seit Generationen geprägt ist und nur in Unabhängigkeit erfüllt werden kann. Diese Last teilt der Avocat als *membre de sa communauté*. Durch die Zugehörigkeit zu dieser Gemeinschaft grenzt er sich von jenen ab, die nicht unabhängig sind und die nicht die gleichen Werte und Pflichten teilen. Er schuldet der Gemeinschaft und ihrem Vertreter, dem Bâtonnier, Ehrerbietung. Der Beruf des Avocats begründet also nicht nur einen rechtlichen Status, an den die Rechtsordnung Vorrechte und Pflichten anknüpft, sondern determiniert das Verhalten des Einzelnen weit über die Berufsausübung hinaus.

bb) Erklärung mit der Lehre Haurious

Eben jene Lebendigkeit, jene Wirklichkeitsverbundenheit und das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Individuum und Kollektiv bringt die Idee der *institution-personne* zum Ausdruck. „Une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une œuvre sociale par un fondateur, idée qui ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées“. ⁶⁵⁰ Die französische anwaltliche Selbstverwaltung erfüllt diese Definition par excellence⁶⁵¹ mit ihren Organen Bâtonnier und Conseil de l'ordre, vor allem weil ihr Gründungsakt im Mittelalter auf einem freiwilligen Willensentschluss beruhte. Der Ordre entstand, weil die Avocats ihren Willen kundtaten, sich zusammenzuschließen, sich selbst Statusregeln gaben und ihre Gemeinschaft organisierten, bis schließlich die Gemeinschaft ihre Gründer überlebte.⁶⁵² Ihre Kontinuität beruht gerade auf ihrer identitätsstiftenden Gründungs-idee, Unabhängigkeit gegenüber dem Staat (und damals der Kirche) zu sichern, damit die soziale Funktion bzw. das Ziel der Korporation, die Justizgrundrechte des Einzelnen zu wahren, realisiert wird. Bis heute

⁶⁴⁶ Noto-Jaffeux, L'indépendance de l'avocat, S. 364 ff. Rn. 282 ff.

⁶⁴⁷ Karpik, Les Avocats, S. 214.

⁶⁴⁸ Karpik, Les Avocats, S. 11.

⁶⁴⁹ Hierzu und im Folgenden Noto-Jaffeux, L'indépendance de l'avocat, S. 367 ff. Rn. 284.

⁶⁵⁰ Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 76.

⁶⁵¹ Tusseau, RFDA 2020, 1147 ff. (zur Kammer in Costa Rica).

⁶⁵² Allgemein zum Gründungsakt Hauriou, Théorie de l'institution, S. 120.

ist diese Idee nicht obsolet geworden, so dass die Idee immer noch an ihr interessierte Anhänger findet und diese Anhänger sich der Organisation unterwerfen und durch ihr Handeln prägen und wandeln und sie perpetuieren.⁶⁵³ Sie bekennen sich durch ihr individuelles, die Idee der Vereinigung förderndes Tun und ihre Mitwirkung in der Vereinigung. Die feierliche Eidesleistung vor der Cour d'appel, jede Demonstration vor einem Gerichtsgebäude bei einem als illegitim empfundenen Sitzungsausschluss, das weit verbreitete Tragen der Robe, aber auch freilich jede unabhängige anwaltliche Berufsausübung im Einklang mit der déontologie⁶⁵⁴ verwirklichen das Ziel des Ordre und stellen sich somit als *manifestation de la communion* dar,⁶⁵⁵ die zur *entente des volontés*⁶⁵⁶ führt. Dabei geht es *Hauriou* aber nicht um ein kollektives, von den Individuen gelöstes Bewusstsein, sondern er interessiert sich für die Vielzahl an individuellen Willensbekundungen, die für ihn die Grundlage der Institution sind und durch einen Chef, wie den Bâtonnier, nur unter einem Dach gesammelt werden. Solange der Ordre die Balance von subjektiv-rechtlicher Entfaltung und objektiv-rechtlicher Stabilität für die anwaltliche Berufsausübung garantieren kann, ist er als Organisationsform weiterhin lebensfähig. Die Rechtsregel kann eine solche Gemeinschaft nicht begründen, ihr fehlt die Inspirationskraft.⁶⁵⁷ Vielmehr entsteht für *Hauriou* Recht gerade durch die Aktivität der Vereinigung, die im sozialen Milieu verankert ist. Ihre Gründung ist ein juristischer Akt und ihr Tätigwerden bringt aufgrund der Rückführung auf diesen juristischen Gründungsakt auch Rechtsakte hervor.⁶⁵⁸ In ihrer Existenz selbst liegt ihre Rechtsetzungsbefugnis für ihre Mitglieder begründet, so dass gesetzliche Zuweisungen, anders als in Deutschland, deklaratorischen Charakter haben, denn wenn die Institution aus sich heraus lebendig bleiben soll, darf kein anderer Akteur ihr Leben bestimmen.⁶⁵⁹ Dies kann der Grund sein, weshalb die Cour de Cassation bei der Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage für ein Kopftuchverbot zur Robe nach deutschem Verständnis zu großzügig scheint, weil der französische Jurist nicht die Reichweite der gesetzlichen Ermächtigung, sondern die Institution und ihr Wesen selbst in den Blick nimmt.⁶⁶⁰ So ist es nicht verwunderlich, dass das Binnenrecht RIN, obgleich es deckungsgleich mit dem staatlichen Dekret v. 12.7.2005 ist, als zentrale Rechtsquelle betrachtet wird; das Recht des Standes wird dem Recht des Staates vorgezogen. Die Lehre *Hauriou's* von den *institutions-personnes* kann auch die Unterschiede bei der Wahrnehmung zwischen der deutschen und französischen Selbstverwaltung erklären. Die gesetzliche Mitgliedschaft in Deutschland wird anders als in Frankreich nach Auffassung vieler nicht um eine unterstützenswerte *idée directrice* konzipiert, mit der sich der einzelne

⁶⁵³ *Hauriou*, Théorie de l'institution, S. 126.

⁶⁵⁴ *Kerléo*, JP, Nr. 28, 2022, 143 (143).

⁶⁵⁵ *Hauriou*, Théorie de l'institution, S. 105.

⁶⁵⁶ *Hauriou*, Théorie de l'institution, S. 106.

⁶⁵⁷ *Hauriou*, Théorie de l'institution, S. 127.

⁶⁵⁸ *Hauriou*, Théorie de l'institution, S. 124 (für private Institutionen).

⁶⁵⁹ *Tusseau*, RFDA 2020, 1147 f. m. w. N. zu anderen Berufsrechten.

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., III., 2., b), cc), S. 240 ff.

Anwalt identifizieren kann. Es kommt zu keinen bekräftigenden *manifestations de la communion*.⁶⁶¹ Fehlt es an solchen Bekundungen, dann sterben für *Hauriou* Institutionen zwangsläufig. Die Gefahr für die Institution kann also aus dem Inneren kommen, kann aber auch von außen an die Vereinigung treten.⁶⁶² Im Fall des Ordre geschieht dies vor allem durch den Staat. Diese Gefahr vitalisiert aber gerade den Ordre auch, weil sie seine Gründungsidee mobilisiert, was seine institutionelle Stabilität fördert.⁶⁶³ Hierin liegt also vielleicht der Grund für die Langlebigkeit des Ordre: seine Gründungsidee ist zeitlos, die Gefahren für sie nie vorbei, so dass bislang keine faktische und damit auch rechtliche Erledigung der Institution Ordre eingetreten ist.

cc) Parallele zur genossenschaftlichen Wurzel der deutschen funktionalen Selbstverwaltung

Hauriou hat sich mit der Entstehung und dem Leben von Verbänden im Rahmen seiner *théorie de l'institution* befasst und ist also für die Erklärung der anwaltlichen Selbstverwaltung bis heute von Interesse. *Mager* hat *Hauriou* als Beispiel für die europäische Verknüpfung innerhalb der Wissenschaft des öffentlichen Rechts jener Zeit beschrieben, weil er sich von den verschiedenen deutschen Strömungen, der historischen Rechtsschule wie dem deutschen Rechtspositivismus, inspirieren ließ.⁶⁶⁴ In seiner Theorie sieht sie die „moderne [...] wirkungsmächtigere rechtstheoretische Behandlung des Verbandsphänomens“ im Vergleich zum von [v.] *Gierke* entwickelten Genossenschaftsprinzip. Gleichwohl wird auch dessen Theorie heute noch teilweise zur Erklärung des Wesens der funktionalen Selbstverwaltung in Deutschland herangezogen.⁶⁶⁵ Ein „genossenschaftliches Element gehört zum Wesen der Körperschaft“.⁶⁶⁶ Sie ist ein mitgliedschaftlicher Personenverband. Dies verlangt, dass der Verband eine innere Verfassung aufweist, die den Mitgliedern auch Mitwirkungsbefugnisse an der Führung der Geschäfte des Verbandes einräumt. Selbstverwaltung ist gerade durch das bürgerliche Engagement gekennzeichnet („tätige bürgerliche Freiheit“).⁶⁶⁷ Sie erschöpft sich nicht darin, dem Einzelnen eine geschützte Freiheitsphäre zuzuweisen, sondern fügt der Freiheit ein aktives Element hinzu: Freiheit realisiert sie deshalb, weil die Selbstverwaltung Freiheitsräume vor staatlicher Reglementierung begründet und zugleich dem Bürger die Mitwirkung an der Erledigung öffentlicher Aufgaben ermög-

⁶⁶¹ S. nur die besonders kritischen Wortmeldungen *Uwer*, ZdiW 2021, 157 ff. (insb. 160 ff.); *Kleine-Cosack*, Einl. BRAO Rn. 14 ff.

⁶⁶² *Hauriou*, *Théorie de l'institution*, S. 125.

⁶⁶³ S. die Nachweise aus der anwaltlichen Selbstverwaltung *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 626 ff. Rn. 573 f. zum „refus unanime de la profession“ und der „rébellion manifeste et efficace“ (S. 669 Rn. 621).

⁶⁶⁴ Hierzu und im Folgenden *Mager*, *Einrichtungsgarantien*, S. 124 f.

⁶⁶⁵ [v.] *Gierke*, *Genossenschaftsrecht I*, S. 5, 7; s. hierzu *Hendler*, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, S. 64 ff.

⁶⁶⁶ *Scheuner*, in: *GS Peters*, S. 801.

⁶⁶⁷ [v.] *Gierke*, *Genossenschaftsrecht I*, S. 3, 650 („aktiver Volksfreiheit“).

licht. Sie schützt vor „staatsbürokratischem Zugriff“ und sichert die „prinzipiell gleichberechtigte Teilhabe der Verbandsmitglieder an den gemeinsamen Geschäften.“⁶⁶⁸ Als genossenschaftliche Elemente eines Verbandes hat *Irriger* Folgende ausgemacht:⁶⁶⁹ die Verbandsnatur und die wirtschaftliche Betätigung, die Unterstützung und Förderung der Genossen, die Identität von Unternehmer und Kunde und die Natur als Personalverband, was sich durch das Vorhandensein von Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung zeige. Fraglich ist, inwieweit bei der Rechtsanwaltskammer in Deutschland das genossenschaftliche Element ausgeprägt ist – gerade im Vergleich zur Bedeutung der Lehre *Haurious* auch für die französische anwaltliche Selbstverwaltung.

Kluth hat die Rechtsanwaltskammer nicht genannt, als er sich gefragt hat, welche öffentlich-rechtlichen Körperschaften genossenschaftliche Elemente aufweisen.⁶⁷⁰ Dies liegt zum einen daran, dass der Genossenschaftsbegriff auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezogen wird und/oder gerade auf die Unterstützung und Förderung der Mitglieder (Genossen). Auch der Vorstand der Rechtsanwaltskammer hat die Aufgabe, die „Belange der Kammer“ zu wahren und zu fördern“ (§ 73 Abs. 1 S. 3 BRAO). Das Dilemma dieser Kammeraufgabe ist aber, dass sie auf eine schwindende Homogenität innerhalb der Anwaltschaft trifft, was zu einem beachtlichen Rückbau der Aufgabe führen muss.⁶⁷¹ Zudem fehlt der Rechtsanwaltskammer – anders als einer Innung – die Idee der Selbsthilfe, weil weder das einzelne Mitglied noch die Verbandsorgane eine Einwirkungsmöglichkeit haben, wenn es um die Zugehörigkeit geht: Eine Zwangsmitgliedschaft steht in Widerspruch zu genossenschaftlichen Prinzipien; es kommt nicht zu einer freiwilligen Einordnung in und Unterwerfung unter den Verband; die mit der Zwangsmitgliedschaft verbundene „Solidarität“ ist nicht freiwillig geleistet.⁶⁷² Die Fürsorge durch die Körperschaft und die Solidarität unter den Mitgliedern spielt heute außerdem nur noch eine marginale Rolle bei den Kammeraufgaben.⁶⁷³ Der einzelne Rechtsanwalt bedarf des Verbandes auch nicht, um seine Rechtsposition zu verteidigen, wie die Vielzahl an bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zeigt: Die Verfassungsbeschwerde, mit der das berufsfreiheitliche Grundrecht verteidigt wird, lässt einen Bedarf für verbandliche Selbsthilfe entfallen. Vor allem stellte sich das Handeln der Rechtsanwaltskammern oftmals als grundgesetzwidrig dar. In dieser Annäherung an genossenschaftliche Elemente liegt also letztlich der Unterschied zwischen deutscher und französischer Selbstverwaltung. Sicherlich handelt es sich

⁶⁶⁸ *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 69; *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 239: Stoßrichtung gegen „polizeistaatliche Bevormundungspraxis“.

⁶⁶⁹ *Irriger*, Genossenschaftliche Elemente bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, S. 35 ff.; hierauf auch zurückgreifend *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 239.

⁶⁷⁰ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 239.

⁶⁷¹ *Hartung*, in: Henssler/Prütting, § 73 BRAO Rn. 12.

⁶⁷² Vgl. *Irriger*, Genossenschaftliche Elemente bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, S. 164 f. am Beispiel des Unterschieds zwischen Innung und Kammer.

⁶⁷³ Ausführlich zur heutigen Bedeutung der Fürsorgekompetenz v. *Lewinski/Gerhold*, AnwBl. Online 2023, 198 ff.

in Frankreich nicht um eine vollkommene Realisierung des genossenschaftlichen Modells. Denn auch in der französischen anwaltlichen Selbstverwaltung ist man nicht aus freiwilligem Entschluss Mitglied – der ursprüngliche vertragliche Gründungsakt im Mittelalter ist nur eine kosmetische Korrektur dieses Befundes. Aber aus deutscher Perspektive nähert sich die französische Selbstverwaltung einem genossenschaftlichen Bild zumindest an. Die Mitglieder sind untereinander durch eine Vielzahl an Rechten und Pflichten verbunden und einander in Loyalität verpflichtet. Durch die *déontologie* bekennen sie sich zum Verband.⁶⁷⁴ Es besteht im berufsrechtlichen Diskurs die gemeinsame Übereinkunft, dass es nur Freiheit durch den Verband geben kann, weil der Einzelne zu schwach, nicht in der Position ist, seine individuelle Freiheit gegenüber dem Staat zu verteidigen. Der durch den Ordre geschaffene Freiraum ist zentral für das Verständnis der Selbstverwaltung. Er gilt als Grundlage für die Unabhängigkeit des Einzelnen. Die Geschichte des Standes kennt eine Vielzahl an Ereignissen, bei denen erst der Zusammenschluss und das Zusammenwirken aller Anwälte die Freiheitsgefährdung abwenden konnte. Art. 17 des Gesetzes v. 31.12.1971 über die Aufgaben des *Conseils de l'Ordre* bringt dies unzweideutig zum Ausdruck: Das Organ der Selbstverwaltung überwacht zwar auch die Einhaltung des Berufsrechts, aber es ist auch dafür zuständig, die Rechte der einzelnen Mitglieder gegenüber jedermann zu verteidigen. Damit fördert er die Interessen der Mitglieder und des Verbandes zugleich.

c. Ausgestaltungsvorgabe im geltenden Recht

Diese „prozesshafte Eigenart der Selbstorganisationsprozesse zwischen den Individuen und Organisationen“⁶⁷⁵ muss auch der Gesetzgeber beachten, wenn er nach Art. 34 Verf. 1958, Art. 16 und 4 DDHC die Grundrechte des *Avocats* ausgestaltet.

aa) Rechtsetzungsermessen und institutionelle Unabhängigkeit

Das französische Berufsrecht hält für einen Ausschnitt der staatlichen Rechtsetzungskompetenz – dem Erlass von Dekreten – ausdrücklich fest, dass nicht nur die Unabhängigkeit des einzelnen Anwalts, sondern auch jene der Selbstverwaltung das Normsetzungsermessen begrenzt. Nach Art. 53 des Gesetzes v. 31.12.1971 ergehen *décrets en Conseil d'État* im „respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession. Der *Conseil d'État*⁶⁷⁶ hat die Bedeutung dieser Vorschrift als Garantie zugunsten der anwaltlichen Freiheit ausdrücklich bestätigt. Allerdings hat er die Maximalforderung der Antragsteller zurückgewiesen. Diese hatten – entsprechend des historischen Selbstverständnisses – ein untergesetzliches Rechtsetzungsmonopol der berufsständischen Selbstverwaltung gefordert. Außerdem besteht keine verfassungsrechtliche Konsultationspflicht, wenn ein Rechtstext die Profession berührt. Der *Conseil d'État*

⁶⁷⁴ Vgl. *Kerléo*, JP, Nr. 28, 2022, 143 (143).

⁶⁷⁵ *Ladeur*, AöR 131 (2006), 643 (648).

⁶⁷⁶ CE, Urt. v. 15.11.2006 – Nr. 284457 – Krikorian.

hat ein solches PFRLR auf eine Klage der Pariser Notare gegen eine die multiprofessionelle Zusammenarbeit ermöglichende Ordonnance zurückgewiesen.⁶⁷⁷ Für den Ordre der Anwälte oder den CNB ist keine andere Beurteilung geboten. Auch Art. 1 des Gesetzes v. 31.12.1971⁶⁷⁸ spricht ausdrücklich von einer unabhängigen und liberalen Profession, adressiert also gerade das Kollektiv als solches und sichert dessen Unabhängigkeit. Damit hat der Gesetzgeber 1971 den Avocat gerade vom conseil juridique abgehoben, der zwar seinen Beruf freiberuflich und unabhängig ausüben musste, aber nicht durch eine institutionelle Unabhängigkeit geschützt war, sondern staatlicher Aufsicht (durch den Staatsanwalt und das damalige TGI) unterlag.⁶⁷⁹ Der Gesetzgeber übernimmt also die historische Erzählung, dass es keine unabhängige und freie Berufsausübung im Interesse des Mandanten ohne Selbstverwaltung geben kann; 1991 führt die Schaffung einer einheitlichen Profession zur Integration aller Mitglieder in den Ordre. Der Gesetzgeber sieht für die Tätigkeiten, die sich angenähert hatten, die Selbstverwaltung und nicht die Staatsaufsicht als natürliche Organisationsform. Nicht nur die Regierung ist beim Erlass untergesetzlicher Vorschriften an diese institutionelle Unabhängigkeit gebunden, sondern auch der Gesetzgeber ist gehindert, diese substantiell zu beschneiden. Dem steht nicht entgegen, dass der Conseil Constitutionnel es ausdrücklich verweigert hat, die Autonomie der Industrie- und Handelskammer (chambre de commerce et d'industrie) als PFRLR anzuerkennen,⁶⁸⁰ sie also nicht durch einen ungeschriebenen Grundsatz des Verfassungsrechts geschützt ist. Es stellt sich die Frage, ob man insoweit die gesamte funktionale französische Selbstverwaltung einheitlich behandeln muss. Geht man gleichwohl diesen Schritt, ist damit nicht gesagt, dass die anwaltliche Selbstverwaltung keine gesetzliche Garantie der anwaltlichen Freiheit ist, die der Gesetzgeber nicht beseitigen darf, weil er ansonsten Art. 34 Verf. 1958 verletzen würde.⁶⁸¹

bb) Kernbestand an zugewiesenen Aufgaben

Die Geschichte der französischen Selbstverwaltung ist im 19. Jahrhundert durch die Rückeroberung früherer Hoheiten aus der Zeit vor 1789 geprägt, die ihr das Dekret des Kaisers von 1810 nahm und deren „Rückgabe“ sich auch in der Restaurationszeit nur zögerlich vollzog. Sie stellen sich als Kernbestand einer institutionellen Unabhängigkeit dar, die der Gesetzgeber der V. République heute bei der Ausgestaltung der funktionalen Freiheit des Avocats beachten muss. Substantielle Beschneidungen führen dazu, dass der Gesetzgeber das an ihn gerichtete

⁶⁷⁷ CE, Urt. v. 17.6.2019 – Nr. 400192, Rn. 5; deutlich auch *Dutheillet de Lamothe*, SchlA. v. 22.5.2019, S. 2.

⁶⁷⁸ Gleiches gilt für Art. 2 des Dekrets v. 12.7.2005 sowie Art. 1.1 RIN.

⁶⁷⁹ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 271 ff. Rn. 188 f. hebt dies besonders deutlich hervor.

⁶⁸⁰ CC, Entsch. v. 22.5.2013 – Nr. 2013-313 QPC – Chambre de commerce et d'industrie de région des îles de Guadeloupe et autres (Composition du conseil de surveillance des grands ports maritimes outre-mer).

⁶⁸¹ Zum Maßstab Kap. 3, § 1, A., III., 1., a), S. 265.

Handlungsgebot verletzt, wonach er „ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles“.⁶⁸² Der Grund hierfür kann rechtsvergleichend mit der Judikatur des BVerfG beleuchtet werden. Danach ist für das Gericht, wenn es die Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ermittelt, die Bestimmung und Reichweite der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) maßgeblich durch die „überkommenen identitätsbestimmenden Merkmale“⁶⁸³ geprägt. Der Gesetzgeber darf, „was herkömmlich das Bild der gemeindlichen Selbstverwaltung in ihren verschiedenen historischen und regionalen Erscheinungsformen durchlaufend und entscheidend prägt, weder faktisch noch rechtlich“⁶⁸⁴ beseitigen. Das rechtliche Verständnis eines Instituts kann sich gleichwohl wandeln und das muss es auch, wenn sich die Bedingungen im Realbereich substantiell verändern.⁶⁸⁵ Für die französische anwaltliche Selbstverwaltung sind drei Zuständigkeiten von besonderer Bedeutung: die Entscheidung über die Zulassung (dazu unter (1)), die Mitwirkung bei der Ausbildung der *Avocats* (dazu unter (2)) sowie die (nicht exklusive) Zuständigkeit für die disziplinarische Verfolgung und Ahndung von Pflichtverstößen (dazu unter (3)).

(1) Herrschaft über das „Tableau“

Als freiwilliger Zusammenschluss war der *Ordre* allein befugt darüber zu entscheiden, wer Mitglied der Profession wird und wer nicht, vor allem, ob er die moralischen Anforderungen erfüllte, die die Vereinigung sich selbst vorgab.⁶⁸⁶ Wer *confrère* ist, stand im *tableau*. Diese privatautonome Entscheidung beseitigte Art. 4 des Dekrets von 1810, denn nunmehr waren es Gerichtspräsidenten, Staatsanwälte und der Justizminister, die nach einer obligatorischen, aber nicht bindenden Stellungnahme eines „Ältestenrates“ über die Zusammensetzung des *tableau* im Vorfeld entschieden. Anstelle der Versammlung aller Anwälte traf ein *Conseil*, dessen Mitglieder aus einer Liste vom Staatsanwalt ernannt worden waren, Entscheidungen über Aufnahmen, Sanktionen und Ausschlüsse. Obgleich die Kontrolle über das *tableau* als eine der wichtigsten Garantien für die Unabhängigkeit galt, hat die *Cour de Cassation* in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁶⁸⁷ durch die richterrechtliche Begründung eines Rechtsbehelfs bei der Ablehnung eines Interessenten das *tableau* weiter dem Zugriff der Selbstverwaltung entzogen. Die Praxis unter dem Gesetz v. 31.12.1971 unterscheidet zwischen der Eidesleistung (Art. 3) und dem Eintrag ins *tableau*. Der *Ordre* entscheidet nach Anhörung eines

⁶⁸² CC, Entsch. v. 29.7.1986 – Nr. 86-210 DC, Rn. 2 – Loi portant réforme du régime juridique de la presse; bereits vorher im Ergebnis so CC, Entsch. v. 20.1.1984 – Nr. 83-165 DC, Rn. 42 – Loi relative à l’enseignement supérieur.

⁶⁸³ BVerfGE 83, 363 (381) – Krankenhausumlage.

⁶⁸⁴ BVerfGE 83, 363 (381) – Krankenhausumlage.

⁶⁸⁵ Vgl. nur *Assier-Andrieu*, *Les Avocats*, S. 17, der zurecht eine Art Bestandsschutz für die Profession ablehnt, nur weil die Funktion bislang tauglich wahrgenommen wurde.

⁶⁸⁶ Von einer absoluten Kontrolle spricht *Leuwers*, *L’invention du barreau français*, S. 130.

⁶⁸⁷ Cass. ch. req., Urt. v. 6.3.1860 – Nr. 60.1.199, Cass. Civ. I, Urt. v. 29.7.1867 – Nr. 67.1.281.

Berichterstatters über die Aufnahme und schlägt der Cour d'appel den Kandidaten zur Eidesleistung vor. Nach dieser erfolgt die Eintragung. Das Prüfungsrecht des Gerichts ist praktisch ungenutzt, bereits aber früh nur auf rechtliche Aspekte begrenzt worden und nicht mehr auf die Moral des Kandidaten bezogen. Gegen den Vorschlag, wie gegen die Eintragung (Art. 102 des Dekrets v. 27.11.1991), kann die Staatsanwaltschaft einen Rechtsbehelf bei der Cour d'appel einlegen, weil die Entscheidung *d'ordre public* ist. Die Kontrolle der Selbstverwaltung über das *tableau* als eine der grundlegenden und tradierten Unabhängigkeitsgarantien ist also die Regel. Sie wird auch nicht durch die gerichtliche Kontrolle dieser Entscheidung in Frage gestellt. Dass Entscheidungen, die über die Berufsfreiheit von Interessierten disponieren, der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, ist verfassungs- und menschenrechtlich zwingend geboten und angesichts der reinen Rechtskontrolle keine staatliche Einmischung in innere Angelegenheiten der Profession.

(2) Kontrolle über die Ausbildung

Die deutsche Juristen- und damit auch Anwaltsausbildung mit zwei Staatsexamen unterscheidet sich grundlegend von der französischen, die sich im Anschluss an das Universitätsstudium nach dem Berufsbild auffächert.⁶⁸⁸ Der französische Staat spielt im Gegensatz zum deutschen Modell⁶⁸⁹ bei der Anwaltsausbildung seit der Zeit Louis XVI eine untergeordnete Rolle.⁶⁹⁰ Seit dem 18. Jahrhundert hat sich die Ausbildung im Anschluss an das obligatorische Rechtsstudium⁶⁹¹ innerhalb des Ordre professionalisiert, galt aber gleichwohl als „certificat de complaisance“.⁶⁹² Stets hatte die moralische Ausbildung, also die Erinnerung an die Bedeutung der Rolle des Avocats, eine besondere Bedeutung. Seit 1941 wird das *certificat d'aptitude à la profession d'avocat* (CAPA) verlangt, seit 1971 sind speziell eingerichtete regionale⁶⁹³ *centre régional de formation professionnelle d'avocats* (CRFPA) für die Ausbildung zuständig.⁶⁹⁴ Über die eine echte Hürde darstellende Aufnahmeprüfung und die anschließende Ausbildung übt die Anwaltschaft auf die Ausbildung ihres Nachwuchses einen determinierenden Einfluss auf, was als wichtige

⁶⁸⁸ S. vergleichend *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 506 ff. Rn. 228 ff., 512 ff. Rn. 238 ff., insb. 519 f. Rn. 255 f.

⁶⁸⁹ *Halpérin*, Avocats et notaires en Europe, S. 166 spricht von einem deutschen „modèle étatique“.

⁶⁹⁰ S. hierzu *Leuwers*, L'invention du barreau français, S. 17 ff.

⁶⁹¹ *Cresson*, Règles et Usages de la profession d'avocat I, S. 2.

⁶⁹² So *Gardenat*, Traité de la profession d'avocat, S. 43 Rn. 84 im Vergleich mit dem deutschen Referendariat, dem er trotz des sehr deutschen Geistes und der übertriebenen Strenge bescheinigte, ein „travail effectif et assidu, rigoureusement contrôlé“ zu sein.

⁶⁹³ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 282 ff. Rn. 198 f. zu Versuchen, im Zuge der Gründung des CNB auch die regionale Struktur der Ausbildung aufzubrechen.

⁶⁹⁴ Darstellung der Ausbildung aus deutscher Sicht bei *Gruber*, ZVglRWiss 107 (2008), 1 (12 ff.).

Unabhängigkeitsgarantie verstanden wird.⁶⁹⁵ Die Ausbildung sichert, dass man zu einem Anwalt und damit *membre de la communauté* wird. Freie Advokatur nach deutschem Vorbild existiert in Frankreich nicht; im ehemaligen Reichsland Elsass-Lothringen, wo die RAO 1878 zeitweise galt, musste sie wieder (vorsichtig) beseitigt werden (Art. 1, 3 des Gesetzes v. 20.2.1922).

(3) Regulierungshoheit

Die französische Doktrin sieht die anwaltliche Freiheit als grundsätzlich regulierungsbedürftig; „l'indépendance ne peut être consentie sans être contrôlée.“⁶⁹⁶ Dies folgt daraus, dass die Unabhängigkeit funktional betrachtet wird und die Rolle des Avocats auch wirklich erfüllt werden muss. Es folgt zwanglos aus der Geschichte der Profession, dass diese notwendige Aufgabe nicht der Staat wahrnehmen kann, zumindest nicht als prinzipaler Akteur, damit die individuelle Freiheit bei der Berufsausübung nicht bedroht wird.⁶⁹⁷ Die verbleibenden Mitwirkungszuständigkeiten staatlicher Autoritäten rechtfertigen aufgrund ihres Ausnahmecharakters nicht, anstelle von „autorégulation“ von „corégulation“ zu sprechen. Die staatliche Beteiligung an der Regulierung ist durch die Schutzpflicht des Staates aus Art. 16 DDHC auch grundsätzlich geboten. Insbesondere die Entscheidung des Conseils Constitutionnel zur Pflichtverteidigung zeigt auf, dass er in vielen Fällen den Wünschen der anwaltlichen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlichen Gründen Grenzen zieht. Auch die Regierung hat durch das Dekret v. 30.6.2022⁶⁹⁸ das Disziplinarverfahren nach einer intensiven Diskussion stark reformiert und Transparenz von der Selbstverwaltung eingefordert. Ziel ist die Stärkung des Geschädigten im Verfahren, unter anderem kann er direkt das Berufsgericht anrufen, wenn der Bâtonnier oder die Staatsanwaltschaft untätig bleiben. Der Wert der anwaltlichen Selbstverwaltung verlangt, dass der Ordre der tatsächliche Gestalter des Lebens innerhalb der Anwaltschaft ist. Er bestimmt, nach welchen Regeln sich seine Mitglieder zu verhalten haben, er ist für die Durchsetzung der Regeln zuständig und er entscheidet, wenn er eines der Mitglieder aus der Gemeinschaft ausschließen will (*radiation*). Er ist Staat im Staat und wie der Staat tauscht er sein Schutzversprechen gegen Loyalität. Zwei Aspekte sind also zentral:

Normerlass: Nicht der Staat, sondern die Selbstverwaltung ist der prinzipale Rechtsetzer. Deshalb entspricht es verbreiteter Auffassung, dass das RIN der Kern des Berufsrechts sei und gerade nicht das Gesetz sowie die Dekrete v. 1991 und 2005.⁶⁹⁹ Es ist Destillat dessen, was schon immer als *règle et usage* galt und deshalb ist es nur folgerichtig, dass der Nachweis von Berufsrechtskenntnissen, durch

⁶⁹⁵ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 284 Rn. 198 („En clair, confier la formation des avocats, son programme, sa spécificité à l'État n'était pas envisageable.“).

⁶⁹⁶ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 288 Rn. 203.

⁶⁹⁷ *Leuwers*, L'invention du barreau français, S. 121, 124.

⁶⁹⁸ Überblick über die Reform bei *Lingibé*, Gaz. Pal. v. 26.7.2022, Nr. 25, S. 8.

⁶⁹⁹ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 290 Rn. 205.

die der Wille zur Zugehörigkeit manifestiert wird, außerhalb jeder Diskussion steht. In den ersten zwei Jahren der Berufsausübung ist sogar die gesamte Fortbildungszeit der *déontologie* zu widmen (Art. 85 Abs. 10 des Dekrets v. 12.7.2005). Weil das Berufsrecht die Beziehungen zum Mandanten, zu den *confrères*, zu den Vorgesetzten sowie zu den verschiedenen Institutionen, mit denen der *Avocat* interagiert, reguliert, kann es ohne dieses schlicht gar keine Berufsausübung geben.⁷⁰⁰ Ohne Berufsrecht berät man Mandanten wie jeder Unternehmensberater oder wie früher die *conseils juridiques*; nur durch die Unterwerfung unter das Berufsrecht wird es zur *anwaltlichen* Berufsausübung.

Normdurchsetzung: Wenn das Recht, das die Grundlage für den Beruf ist, vom *Ordre* gesetzt wird, kann es nicht der Staat sein, der es durchsetzt. Das geltende Recht trägt dem Rechnung, allerdings behält sich der Staat gewisse Partizipationsmöglichkeiten vor, denn alles, was die Profession des *Avocats* betrifft, ist *d'ordre public*. Das für die Ahndung von Verfehlungen zuständige Organ, der *Conseil de discipline*, besteht aus Mitgliedern der *Conseils de l'ordre* innerhalb eines Bezirkes einer *Cour d'appel*. Das Dekret v. 30.6.2022 bestätigt ausdrücklich, dass es sich beim *Conseil de discipline* um ein Gericht handelt. Dies war bereits vorher unbestritten, wird nun aber ausdrücklich verankert. Es war die Regel, dass der *Conseil de discipline* nur mit Anwälten besetzt war. Das Dekret ändert dies nun grundlegend. Ist Anlass des berufsgerichtlichen Verfahrens eine Beschwerde eines Dritten, darf nicht mehr ein *Avocat* dem Gericht vorsitzen, sondern der Präsident der *Cour d'appel* ernennt einen Magistrat seines Gerichts hierfür (s. auch Art. 22-3 des Gesetzes v. 31.12.1971). Das gleiche gilt, wenn der verfolgte *Avocat* einen richterlichen Vorsitzenden verlangt. Dabei ist der *Conseil Constitutionnel* sehr kammerfreundlich, wenn es um die Anforderungen an die Wahl der anwaltlichen Mitglieder geht.⁷⁰¹ Sie werden vom *Conseil de l'ordre* gewählt, dessen Vorsitzender zugleich Disziplinarstaatsanwalt bei Verfehlungen eines *Avocats* ist. Der *Conseil Constitutionnel* hält die Regelung für mit Art. 16 DDHC vereinbar, weil nicht jede Kammer einen eigenen *Conseil de discipline* aufweise, so dass die personalen Verflechtungen nicht allzu geprägt seien. Aus diesem Grund ist der *Conseil de discipline* in Paris auch verfassungsrechtlich hinnehmbar, weil – obgleich es sich nur um eine Kammer handelt, aus der das Gericht „erwachsen“ – diese viel zu groß sei, um persönliche Abhängigkeiten entstehen zu lassen.⁷⁰² Man kann jedoch mit guten Gründen zweifeln, ob das französische Berufsrecht mit der auf den *Bâtonnier* ausgerichteten Aufsicht nicht den Bogen überspannt hat – *Primus inter pares* und damit Vertreter aller Anwälte, Disziplinarstaatsanwalt aber auch „erste

⁷⁰⁰ *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 291 Rn. 206.

⁷⁰¹ *Lestrade*, Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du *Conseil Constitutionnel*, S. 295 ff. Rn. 552 ff. – Das deutsche Recht wählt in §§ 93, 94 BRAO einen eleganteren Weg: Aus einer von der Rechtsanwaltskammer erstellten Liste ernennt die Landesjustizverwaltung.

⁷⁰² CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-179 QPC – Mme Marie-Claude A. (*Conseil de discipline des avocats*).

Instanz“ für Honorarstreitigkeiten (Art. 274 ff. des Dekrets v. 27.11.1991)⁷⁰³ und Schiedsrichter bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten (Art. 21 Abs. 2 des Gesetzes v. 31.12.1971), in denen oftmals berufsrechtliche Pflichtverletzungen im Raum stehen können.⁷⁰⁴ Das Dekret v. 30.6.2022 erweitert sogar noch die Befugnisse des Bâtonnier. Zum einen kann er im Vorfeld des berufsgerichtlichen Verfahrens eine Schlichtung zwischen Beschwerdeführer und betroffenem Anwalt durchführen und zum anderen darf er stets eine „enquête déontologique“ führen, die das Verhalten jedes Anwalts zum Gegenstand haben kann und deren Durchführung im Ermessen des Bâtonnier steht. Sie führt nicht zwingend zu einem berufsgerichtlichen Verfahren.⁷⁰⁵ Der Conseil ist mit der Entscheidung auf diese Funktionskumulation nicht eingegangen, da diese Fragen nicht aufgeworfen waren; in dem von ihm selbst aber veröffentlichten Kommentar zur Entscheidung wird angedeutet, dass im Einzelfall ein Mitglied des Conseils de discipline gegenüber dem Bâtonnier befangen sein könnte.⁷⁰⁶ Auch die Cour de Cassation fördert durch ihre Judikatur aktiv die Durchsetzung des Berufsrechts. Zum einen stellt sie sich nicht mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Argumenten einer Sanktionierung aufgrund der enorm unbestimmten Werte und Pflichten entgegen.⁷⁰⁷ Zum anderen leitet sie⁷⁰⁸ genau wie die Conseils de discipline⁷⁰⁹ aus den Berufspflichten – modération, courtoisie, loyauté oder auch confraternité – eine aktive Mitwirkungspflicht des beschuldigten Avocats im Disziplinarverfahren sowie eine Befolgungspflicht von Anweisungen des Bâtonnier ab. Anders als die deutsche Kammer (§ 121 BRAO, s. aber auch § 122 Abs. 1, 2 BRAO) kann der Bâtonnier stets selbst das berufsgerichtliche Verfahren eröffnen. Der Staatsanwalt hat aber eine konkurrierende Verfolgungszuständigkeit, d. h. wenn der Bâtonnier ein Verfahren schließt, kann er sich entschließen, ein berufsrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten, mit dem Ziel, vor dem Conseil de discipline ein Verfahren zu eröffnen. Das Dekret v. 30.6.2022 gibt zusätzlich dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, ein berufsgerichtliches Verfahren zu erzwingen, wenn der Bâtonnier und der Staatsanwalt von einer Verfolgung absehen wollen (s. auch Art. 23 des Gesetzes v. 31.12.1971). Dies ist eine substantiel-

⁷⁰³ Nach Cass. Civ. II., Urt. v. 24.5.2018 – Nr. 17-18.458 ist der Bâtonnier dabei wohl kein Gericht i. S. d. EMRK; seine Entscheidung wird vom Premier Président der Cour d’appel kontrolliert. – Für das deutsche Recht s. zur Rolle der RAK §§ 14 Abs. 3, 3a Abs. 3 S. 2 RVG, § 191 f. BRAO für die Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie die Bereitschaft jeder RAK, bei Auseinandersetzungen zu vermitteln.

⁷⁰⁴ Anders CA Montpellier, Urt. v. 18.5.2022 – Nr. 21/06969, weil die Cour d’appel selbst die Anforderungen der EMRK erfülle.

⁷⁰⁵ Hierzu *Lingibé*, Gaz. Pal. v. 26.7.2022, Nr. 25, S. 8.

⁷⁰⁶ Offizieller Kommentar zu CC, Ensch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-179 QPC abrufbar: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011179qpc/cc_179qpc.pdf, S. 8.

⁷⁰⁷ Cass. Civ. I, Urt. v. 10.7.2014 – Nr. 13-19.284; hierzu *Brigant*, Gaz. Pal. v. 11.10.2014, Nr. 284, S. 19 f.

⁷⁰⁸ Cass. Civ. I, Urt. v. 16.11.2016 – Nr. 15-26.725; rechtsvergleichend zum belgischen Recht auch *Bigwood*, in: *Liber amicorum Jakhian*, S. 5 ff.

⁷⁰⁹ Nachweise zu den verschiedenen Begründungsansätzen der Instanzgerichte bei *Noto-Jaf-feux*, *L’indépendance de l’avocat*, S. 297 f. Rn. 214.

le Änderung des Verfahrens. Transparenz soll das neue Leitmotiv sein. Lange Zeit fand das Rechtsmittelverfahren nach den allgemeinen Vorschriften des CPC statt, also in der allgemeinen (anwaltsfreien) Besetzung und ohne dass der Bâtonnier oder die Selbstverwaltung Beteiligte des Verfahrens sind.⁷¹⁰ Auch hier führt das Dekret v. 30.6.2022 zu einer wichtigen Änderung. Nunmehr sollen drei Magistrate der Cour d'appel und zwei Mitglieder eines Conseils de l'Ordre den Spruchkörper bilden. Die französische Berufsgerichtsbarkeit nähert sich insoweit dem deutschen Recht an; bei der Cour de Cassation ist eine Mitwirkung aber weiterhin nicht vorgesehen.

cc) Jurisdiktionsprivileg des Ordre?

Die funktionale Selbstverwaltung übt gegenüber dem einzelnen Mitglied öffentliche Gewalt aus. Daraus folgt, dass Rechtsschutzfragen im Bereich der Selbstverwaltung besonders wichtig sind.⁷¹¹ Dies gilt auch für die französische anwaltliche Selbstverwaltung. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die geltende Konfiguration des Rechtsschutzsystems kohärent ist, vielmehr ist die Frage virulent, ob sie nicht dysfunktional ist. Der Regelfall muss sein, dass der Betroffene auch beim Handeln der funktionalen Selbstverwaltung an ihn gerichtete Bescheide vor „Gerichtshöfe[n] öffentlichen Rechts“ bekämpfen darf.⁷¹² Das französische Recht weicht hiervon ab. Nach Art. 19 des Gesetzes v. 31.12.1971 ist die Cour d'appel für Klagen gegen Beschlüsse des Ordre zuständig. Auch Berufungsinstanz für Disziplinarstrafen ist die Cour d'appel. Verbleiben die unbenannten Fälle des Berufsrechts. Das Tribunal des conflits ist der Idee einer einheitlichen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht gefolgt.⁷¹³ Die Abgrenzung zwischen der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist danach vorzunehmen, ob die Funktion oder die Organisation des service public de la justice betroffen ist.⁷¹⁴ Für den besonders relevanten Fall der Anfechtung von Vorschriften des RIN hat das Tribunal des conflits die Zuständigkeit des Conseil d'État bejaht, weil die Frage des Berufsrechts eher der Organisation als der Funktion des service public de la justice zuzuweisen ist.⁷¹⁵ Doch auch die lokale Kammer, wenn sie ihr règlement intérieur erlässt, han-

⁷¹⁰ Jüngst bestätigt durch Cass. Civ. I, Urt. v. 16.3.2022 – Nr. 19-26.193, Rn. 3; Cass. Civ. I, Urt. v. 3.7.2013 – Nr. 12-23.553.

⁷¹¹ Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, S. 403.

⁷¹² Zum österreichischen Recht, aber verallgemeinerungsfähig, Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, S. 407.

⁷¹³ Anders noch die (soweit ersichtlich) unveröffentlichten Schla. von Schwartz, die bei Guyomar/Collin, AJDA 2001, 847 ff.

⁷¹⁴ TC, Entsch. v. 27.11.1952, GAJA Nr. 61 – Préfet de la Guyane (Schadensersatzklage von Gerichtsmitarbeitern, weil ihr Gericht mangels Ernennung von Magistraten durch den Conseil supérieur de la magistrature nicht arbeitsfähig war); Vedel, JCP G II, 1953, Nr. 7598 kritisiert zurecht die Auffassung des Gerichts, dass ein Stillstand der Rechtspflege nur eine Organisations- und keine Funktionsfrage sein soll.

⁷¹⁵ TC, Entsch. v. 18.6.2001 – Nr. 3250 – Ordre des avocats au barreau de Tours; zustimmend Guyomar/Collin, AJDA 2001, 847 ff.

delt im Rahmen eines *service public* mit *prérogatives de la puissance publique*, so dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte eine Ausnahme, wenn nicht gar ein Privileg ist. Denn sie erlassen (nach französischer Terminologie) einen *acte administratif unilatéral*. Dessen Legalitätskontrolle, auch wenn er von der berufsständischen Selbstverwaltung stammt, obliegt aber seit seiner Grundsatzentscheidung Bougouen (zur Ärzteselbstverwaltung) dem Conseil d'État.⁷¹⁶ Dies entspricht der Regel. Die Kontrolle der Ausübung der rechtsetzenden Befugnis durch die berufsständische Selbstverwaltung ist seine Domäne.⁷¹⁷ Für *Bioy* ist der einzige Grund für die Aufspaltung des Rechtswegs zwischen ordentlicher und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen der anwaltlichen Selbstverwaltung die frühere gemeinsame Verbundenheit im alten „parlement“.⁷¹⁸ Auch für Einzelmaßnahmen gegenüber einem *auxiliaire de justice* hat der Conseil d'État sich früh für unzuständig erklärt, weil diese direkt die Funktion und nicht die Organisation betreffen.⁷¹⁹ Ob aber das gesamte Berufsrecht zur „*intimité du pouvoir judiciaire*“⁷²⁰ zählt, ist zweifelhaft. Der Gesetzgeber, so der Vorwurf, konsolidiere durch Art. 19 ein „*aménagement baroque et sans justification*“.⁷²¹ Vor allem muss man sich fragen, ob die Kontrolle durch die Cour de Cassation der „*ambiance de droit public*“ gerecht wird.⁷²² Insbesondere die Entscheidung zum Kopftuchverbot für Anwältinnen liest sich, als sei Gegenstand des Verfahrens eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung. Nicht umsonst wurde auf Parallelen zu Entscheidungen aus dieser Materie hingewiesen. Das ist grundsätzlich verfehlt, weil auch die französische berufsständische Selbstverwaltung, trotz ihres vertraglichen Gründungsmythos, heute durch das staatliche Gesetz organisiert wird und öffentliche Gewalt gegenüber ihren Mitgliedern ausübt.

dd) Mitwirkung des Bâtonnier als Verfahrensvorschrift par excellence

Die Verfassung verlangt also, dass die Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht gewahrt wird, um die funktionale *liberté d'entreprendre* sachgerecht auszugestalten. Dem Bâtonnier kommt neben seiner Vielzahl an anderen Rollen vor allem die Aufgabe zu, als Garant der anwaltlichen Unabhängigkeit zu wirken. So wie der

⁷¹⁶ CE, Ass., Urt. v. 2.4.1943 – Nr. 71398 – Bougouen.

⁷¹⁷ S. auch CE, Urt. v. 31.1.1969 – Nr. 63074 – Union nationale des grandes pharmacies de France.

⁷¹⁸ *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.; vgl. hierzu Einl., § 4, S. 43 ff.

⁷¹⁹ CE, Urt. v. 26.4.1939, Rec. S. 263 – *Sieur Lambert*; TC, Entsch. v. 2.5.1977, Rec. S. 666 – *Hénin et autres*. – Die Differenzierung zwischen individuellen und abstrakt-generellen Regelungen führt TC, Entsch. v. 8.2.2021 – Nr. C402 – *Syndicat des Avocats de France* fort, wonach der Aufbau eines sog. Glaskäfigs vor den ordentlichen Gerichten angegriffen werden muss, während der Organisationsakt des Justizministers, der dies ermöglicht, beim Conseil d'État angegriffen werden muss.

⁷²⁰ *Vedel*, JCP G II, 1953, Nr. 7598.

⁷²¹ *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff.

⁷²² *Bioy*, AJDA 2022, 1056 ff., dort auch mit grundlegender Kritik am Prozessrecht, das für Klagen nach Art. 19 gilt. – Die Cour de Cassation handhabt aus französischer Sicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen deutlich strenger als der Conseil d'État.

Président de la République diese Rolle (in Zusammenarbeit mit dem Conseil supérieur de la magistrature) für die Richter und Staatsanwälte wahrnimmt, tut der Bâtonnier dies für die Anwälte. Er ist der privilegierte Ansprechpartner für jeden außerhalb der Profession, der potentiell kraft seines Amtes eine Bedrohung für die Freiheit der Standesangehörigen darstellt. Ungeschrieben ist seine Aufgabe, bei Zwischenfällen in der mündlichen Verhandlung herbeizueilen, um eine weitere Eskalation zu verhindern.⁷²³ Ein Vorsitzender mag einen Avocat sitzungspolizeilich entfernen können, er darf es jedoch nicht in Machtvollkommenheit stehenden Fußes. Auch seine Aufgabe, die Bestellung und Entbindung von der Pflichtverteidigung vorzunehmen, ist bereits erwähnt worden.⁷²⁴ Der Staat darf von einem Avocat das Sonderopfer der Pflichtverteidigung verlangen, er darf sich aber nicht zugleich den Strafverteidiger à la carte aussuchen, sondern muss den nehmen, den die Selbstverwaltung hierfür im Mandanteninteresse bestellt. Der Bâtonnier ist aufgrund seines Ansehens und seiner Stellung innerhalb des *palais* ein ehrbarer Makler bei Konflikten. Dies zeigt sich auch daran, dass er als erste Instanz über Honorarstreitigkeiten entscheidet. Daran sieht man, dass er nicht einfach nur das Sprachrohr der berufsständischen Selbstverwaltung ist, sondern ein eigenständiges Organ dieser. Zudem ist er nicht nur in seiner Funktion als Avocat, sondern zusätzlich auch in der als Bâtonnier ein *auxiliaire de justice*, wie auch der bereits erwähnte Art. 719 CPP zur Inspektion von Orten, an denen freiheitsentziehende Maßnahmen vollzogen werden, verdeutlicht. Seine Rolle ist auch zentral, wenn staatliche Erforschungsinteressen mit anwaltlichen Geheimhaltungsbedürfnissen kollidieren. Um diese Schutzrolle zu bewahren, ist es illegal, wenn Strafverfolgungsbehörden ein Gespräch zwischen einem Anwalt und seinem Bâtonnier abhören.⁷²⁵

Telekommunikationsüberwachung: Das Problem ist in Frankreich von beachtlicher politischer wie rechtspolitischer Bedeutung. Der Conseil Constitutionnel hat wie gezeigt die Strafverfolgung mit Verfassungsrang versehen und insbesondere das Parquet National Financier (Nationale Finanzstaatsanwaltschaft) nutzt die weitreichenden Befugnisse bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten ausgiebig, vor allem im Zusammenhang mit den verschiedenen Ermittlungen gegen den ehemaligen Président de la République Sarkozy. Bei einer beachtlichen Zahl französischer Avocats (vor allem in Paris) werden Telefongespräche abgehört. Wenn die Telefonleitungen eines Avocats angezapft werden sollen, muss – um nicht die Nichtigkeit der Maßnahme zu riskieren – sofort der Bâtonnier informiert werden. Dieser repräsentiert die Profession als solche und wenn auf eines ihrer Mitglieder ein Schatten fällt, ist es konsequent, dass die Institution selbst informiert wird, denn sie ist es ja, auf die sich das Individuum stützt. Zwar kann der Bâtonnier die Maßnahme nicht verhindern oder angreifen, er kann aber (ungefragt) seine Stellungnahme dem Richter zukommen lassen. *Nioré* hat in einem viel beachteten Aufsatz

⁷²³ Vgl. Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), aa), (1), S. 73.

⁷²⁴ Vgl. Kap. 1, § 2, A., II., 2., a), aa), (2), S. 75.

⁷²⁵ Cass. Crim., Urt. v. 22.3.2016 – Nr. 15-83.205 – Me. Herzog (Affaire Bismuth, Sarkozy).

die These vertreten, der Bâtonnier sei gesetzlich nicht gehalten, die Information geheim zu halten, sondern dürfte den betroffenen Anwalt informieren, auch um dessen Sozien und angestellte Anwälte und deren Mandanten zu schützen.⁷²⁶ Die Auffassung hat sich nicht durchgesetzt,⁷²⁷ denn auch der Bâtonnier hat zum einen kein Interesse, Strafverfolgungsmaßnahmen systematisch zu behindern und zudem steht durchaus eine Strafbarkeit (Art. 434-7-2 CP) bei einem solchen Vorgehen im Raum.⁷²⁸

Kanzleidurchsuchung: Nicht minder Konfliktpotential birgt bis heute⁷²⁹ die Kanzleidurchsuchung. Das Gesetz verlangt zwingend die Anwesenheit des Bâtonnier. Die Reichweite und Konsequenzen dieser Vorschrift sind wiederum nur sehr schwer abzuschätzen, was an der unübersichtlichen parlamentarischen Beratung in Nationalversammlung und Senat lag. *Badinter* hatte sich wohl eine Lesart vorgestellt, wonach der ermittelnde Magistrat im Vorfeld den Bâtonnier informiert und diesen über die ihn interessierenden Akten in Kenntnis setzt, so dass der Bâtonnier alle Dokumente, die die Verteidigungsrechte betreffen und insoweit absoluten richterrechtlichen Beschlagschutz genießen, entfernt.⁷³⁰ Damit hätte kein Magistrat überhaupt Kenntnis erlangen können.⁷³¹ Doch hatte man sich bewusst für eine weite Formulierung entschieden. Dadurch war es möglich, dass der im Nachgang verfasste *circulaire* des Justizministeriums den Bâtonnier nur zum Zuschauer erklärte, der eine Kenntnisnahme des Magistrats im Vorfeld nicht unterbinden können sollte.⁷³² Die gegen den *circulaire* gerichtete Klage verschiedener Anwaltskammern wies der Conseil d'État zurück, denn „il résulte clairement des travaux des deux assemblées parlementaires préparatoires au vote de cette disposition que le législateur a entendu ne pas soustraire au magistrat effectuant la perquisition le pouvoir de prendre connaissance lui-même des objets et documents découverts au cours de cette opération, à charge pour lui de se concerter avec le bâtonnier ou son délégué sur le caractère confidentiel qu'un document serait susceptible de présenter; que ces mêmes travaux préparatoire établissent que le législateur n'a pas conféré au bâtonnier ou à son délégué le pouvoir d'opérer seul la sélection des documents devant être remis au magistrat en vue de leur saisie éventuelle“.⁷³³ Der Conseil d'État hat also die dominante Rolle des Magistrats und die

⁷²⁶ *Nioré*, JCP G 2014, 1942 (1943).

⁷²⁷ Nunmehr eindeutig gegen diese Auffassung *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 414.204.

⁷²⁸ Zutreffend *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 734 Rn. 694; tendenziell *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 414.204.

⁷²⁹ Zur jüngsten Reform *Beaussonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁷³⁰ S. nur *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 734 ff. Rn. 695 mit einer Analyse des Gesetzgebungsverfahrens.

⁷³¹ Für einen solchen Goldstandard *Beaussonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.

⁷³² Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Circulaire v. 22.1.1986 relative à l'application de la loi Nr. 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal.

⁷³³ CE, Urt. v. 15.5.1987 – Nr. 76867.

marginalisierte Rolle des Bâtonniers bestätigt. Im Zuge einer Reform wurde das Regime deutlich schutzintensiver ausgestaltet. Seit 2021 muss der juge des libertés et de la détention die Durchsuchung bei einem Avocat genehmigen, der ermittelnde Magistrat darf dies nicht mehr selbst. Bereits seit dem Gesetz v. 15.6.2000⁷³⁴ kann der Bâtonnier seine *opposition* gegenüber jeder Beschlagnahme geltend machen (Art. 56-1 Abs. 3 CPP). Damit er dies kann, muss er im Vorfeld über das Delikt informiert werden sowie über die Gründe, die die Durchsuchung rechtfertigen und die Objekte, die die Strafverfolger zu finden erhoffen. Vor der Beschlagnahme muss der Bâtonnier sie zur Kenntnis nehmen und analysieren und entscheidet dann, ob er die Beschlagnahme für irregulär hält. Dies ist insbesondere dann aufgrund des engen Berufsgeheimnisses (Art. 56-1-2 CPP) dann der Fall, wenn es sich auf die Verteidigungsrechte (Art. 16 DDHC) bezieht. Dokumente, die dem *secret du conseil* unterliegen, sind hingegen nicht dem Zugriff entzogen, weil das einfachrechtliche Berufsgeheimnis sich bei bestimmten Delikten gegenüber den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen mangels verfassungsrechtlicher Verankerung nicht durchsetzen kann.⁷³⁵ Entscheidet er sich für eine *opposition*, schreibt er ein Protokoll und das Dokument wird versiegelt. In der Praxis widersetzt sich der Bâtonnier de Paris oder sein speziell für die Aufgabe designierter Vertreter jeder Beschlagnahme,⁷³⁶ so dass alles versiegelt wird, um dem juge des libertés et de la détention vorgelegt zu werden. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass durch die Vorschrift eine nicht grundsätzlich ungeeignete Balance zwischen Strafverfolgungsinteressen und Art. 16 DDHC gefunden wurde.⁷³⁷ Der ermittelnde Magistrat ist daran gehindert, sofort und unwiderruflich Kenntnis zu nehmen, ohne dass dies die gesamte Ermittlung blockiert. Es ist der juge des libertés et de la détention, der die endgültige Entscheidung innerhalb von fünf Tagen trifft (Art. 56-1 Abs. 4 CPP);⁷³⁸ seit der Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ist diese mit der Beschwerde innerhalb von 24 Stunden angreifbar, auch durch den Bâtonnier, so dass der Président de la chambre d'instruction de la Cour d'appel mit der Beurteilung der Beschlagnahme befasst wird (Art. 56-1 Abs. 8 CPP). Der Bâtonnier kann also die Durchsuchung und Beschlagnahme nicht verhindern, er kann sie aber eng begleiten. Seine Mitwirkung dürfte nach der jüngsten Entscheidung des Conseil Constitutionnel nicht mehr zu Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen. Er wird dabei weniger als Beistand des Anwalts, dessen Kanzlei betroffen

⁷³⁴ Loi Nr. 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁷³⁵ *Beausonnie*, Gaz. Pal. v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70; vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., IV., 3., b), aa), (1), S. 300.

⁷³⁶ Vgl. *Noto-Jaffeux*, L'indépendance de l'avocat, S. 738 Rn. 696; von einer „opposition par principe“ gehen auch *Ader/Damien et al.*, Règles de la profession d'avocat, Rn. 414.103 aus.

⁷³⁷ Ausdrücklich CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 17 – Ordre des avocats au barreau de Paris et autre (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile).

⁷³⁸ Eine verfassungskonforme Auslegung verlangt CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1031 QPC, Rn. 11 – M. François P. (Visite et saisie en matière fiscale au cabinet ou au domicile d'un avocat), wonach es nicht der gleiche Richter sein darf, der die Durchsuchung im Vorfeld genehmigt hat, da ansonsten die Vorschrift Art. 16 DDHC verletzt wäre.

ist – und der selbst später die Nichtigkeit geltend machen kann oder Beschwerde einlegen kann – verstanden. Sondern er ist Vertreter des Ordre und wacht darüber, dass die Funktion des Berufsstandes nicht bedroht ist, insbesondere nicht die Verteidigungsrechte verletzt werden, was nicht nur die Rechtsposition des einzelnen Anwalts, sondern die der Gesamtheit der Anwälte beeinträchtigt.⁷³⁹

ee) *Horizontale Gewaltenteilung in der Profession*

Das BVerfG⁷⁴⁰ hat in seinen Bastille-Beschlüssen ein durchaus kritisches Bild der Selbstverwaltung gezeichnet. Obwohl der rechtliche und kulturelle Einfluss der Selbstverwaltung in Frankreich viel stärker ist, werden diese Fragen aus grundrechtlicher Sicht nicht adressiert. Gleichwohl will der Gesetzgeber eine Machtkonzentrationen in der Selbstverwaltung durch kurze Amtszeiten der Funktionsträger (zwei Jahre für den Bâtonnier)⁷⁴¹ sowie institutionelle Vielfalt verhindern. Bâtonnier, Conseil de l'ordre, CNB und Conférence des bâtonniers sind jeder spezifisch mit der Regulierung der anwaltlichen Berufsausübung und der Interessenvertretung betraut. Der örtlichen Kammer und ihrem Bâtonnier kommt eine herausragende Bedeutung für die Sicherung der Unabhängigkeit zu, vor allem durch die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben und dem engen Kontakt mit der örtlichen Richterschaft. Deshalb wurde die institutionelle Fortentwicklung der anwaltlichen Selbstverwaltung durch die Errichtung des CNB durchaus kritisch gesehen. Der Gesetzgeber optierte für eine „hybride Lösung“, die hinter der Idee eines *Ordre national* weit zurückbleibt.⁷⁴² Die örtliche Kammer als bewährtes Instrument mit den entscheidenden Befugnissen bleibt bestehen und die Zuständigen des CNB verbleiben begrenzt, auch wenn seine Befugnis zur Vereinheitlichung des Berufsrechts (Art. 21-1 des Gesetzes v. 31.12.1971) ihn massiv aufwertet. Anstatt ihn als Gefährdung der institutionellen Unabhängigkeit zu begreifen, ist der CNB vielmehr die Fortführung der Doktrin, wonach es keine individuelle Unabhängigkeit ohne institutionelle geben kann. Denn die Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit drohen heute von der zentralstaatlichen und unionalen Ebene. Hier die traditionelle Rolle als *contre-pouvoir* auszufüllen, übersteigt die Fähigkeiten der lokalen, auch der Pariser, Selbstverwaltung, so dass der Gesetzgeber eine zulässige Ausgestaltung der institutionellen Landschaft vorgenommen hat.

⁷³⁹ Deutlich Cass. Crim., Urt. v. 8.1.2013 – Nr. 12-90.063: „il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense“. – In casu folgte daraus, dass der Bâtonnier keine Partei nach Art. R49–21 CPP sei und deshalb nicht die Einleitung eines QPC-Verfahrens beantragen könne.

⁷⁴⁰ BVerfGE 76, 171 (187) – Bastille: „Immobilität“; deutlich auch *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 272.

⁷⁴¹ Eine direkte Wiederwahl ist in der Regel durch Art. 6 des Dekrets v. 27.11.1991 ausgeschlossen. Eine Ausnahme besteht für Kammerbezirke, in denen nicht mehr als 30 Anwälte wahlberechtigt sind. Einer späteren erneuten Kandidatur steht nicht das Dekret, aber in vielen Bezirken die Tradition entgegen.

⁷⁴² *Noto-Jaffeux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 282 ff. Rn. 198 f.

d) Zusammenfassung

Das französische Modell der anwaltlichen Selbstverwaltung sortierte sich im Laufe seiner Geschichte auf einer die Unabhängigkeit vom Staat anzeigenden Skala zwischen Berufsrechtsordnungen preußischer und englischer Prägung ein.⁷⁴³ Die Geschichte des französischen Berufsrechts prägt das geltende Recht und die Rechtspolitik; sie bleibt weiter relevant, um Partikularitäten zu erfassen. Die Mobilisierung durch Demonstrationen oder konzertierte Rebellion mittels Kampagnen oder gerichtlichen Rechtsbehelfen gegen geldwäsche- oder steuerrechtliche Pflichten als Ausprägung der Grundrechtskultur⁷⁴⁴ sind bis heute ein wichtiges Element des Schutzes der anwaltlichen Freiheit in der Auseinandersetzung mit den drei Gewalten. Der Bedarf hierfür resultiert aus der geringen Bedeutung und verfassungsprozessualen Durchschlagskraft der Grundrechte. Deshalb ist auch, neben dem einzelnen Berufsträger, die Profession als solche nach dem Gesetz v. 31.12.1971 unabhängig. Diese Unabhängigkeit verstärkt die individuellen Freiheitsräume in der französischen Konzeption und kompensiert den schwachen Grundrechtsschutz partiell. Die Selbstverwaltung ist deshalb eine wesentliche Garantie der unternehmerischen Freiheit des *Avocats*. Aus diesem Grund ist es im französischen Verfassungsrecht ausgeschlossen, die anwaltliche Selbstverwaltung in ihren Befugnissen substantiell zu beschneiden, während die deutschen Vorschriften zwar eine verfassungskonforme Ausgestaltung sind, allerdings keinesfalls wie in Frankreich eine zwingende Ausgestaltungsvorgabe darstellen. Die aktuelle Herausforderung für das französische Berufsrecht – worin auch die Chance für die Grundrechte liegt – ist die Veränderung des Berufsbildes. Die institutionelle Unabhängigkeit knüpft an einen einheitlichen Status an. Sie ist geeignet, Konflikte zwischen Rechtspflegeorganen zu lösen. Doch das neue Berufsbild umfasst nun auch Tätigkeiten, bei denen es nicht die Dritte Gewalt ist, die dem einzelnen *Avocat* gegenübertritt, sondern Verwaltungsbehörden. Hier besteht kein vergleichbares institutionelles Gleichgewicht. Die anwaltliche Berufsausübung wird nicht mehr reguliert, weil jemand den Status *Avocat* hat, sondern weil jemand steuerberatende Tätigkeiten ausübt. Die Aufgabe des *conseils* wird deutlich geringer geschützt.⁷⁴⁵ Die Grundrechte schützen aber diese Dimension der Berufsausübung nicht minder. Auch hier muss der Gesetzgeber im Rahmen seines Ermessens die anwaltliche Freiheit aufgrund von Art. 34 Verf. 1958, Art. 4 und 16 DDHC schützen, etwa durch ausgedehnte Richtervorbehalte zugunsten des *juge des libertés et de la détention*.

⁷⁴³ *Leuwens*, *L'invention du barreau français*, S. 333.

⁷⁴⁴ Einl., § 3, S. 39 ff.

⁷⁴⁵ *Noto-Jaffieux*, *L'indépendance de l'avocat*, S. 745 ff. Rn. 703 ff.

§ 2: Deutschland: eine dienende, ausgestaltungsbefähigte Freiheit

Im Folgenden soll der in der Einleitung aufgeworfenen Frage nachgegangen werden, ob die dogmatische Figur der dienenden Freiheit nicht in der Lage ist, die Besonderheiten der anwaltlichen Berufsausübung zu erfassen, insbesondere ihre Funktion für die Wahrnehmung von Justizgrundrechten wie dem Art. 103 Abs. 1 GG (dazu unter A.). Dieser Zusammenhang zwischen anwaltlicher Freiheit und Mandanten- und Allgemeinwohlinteressen bedarf des Gesetzgebers als Konfliktschlichter (dazu unter B.).

A. Eine dienende Freiheit

Die anwaltliche Freiheit kann sich womöglich mit der dogmatischen Figur der dienenden Freiheit abbilden lassen. Hierfür wird an die bereits in der Einleitung genannte Definition dieses in sich Widersprüche vereinenden Begriffs erinnert und die Kategorie in ihren grundrechtstheoretischen Kontext gesetzt, bevor ihre wichtigsten Anwendungsfälle im Medien- und Kommunikationsverfassungsrecht dargestellt werden.

I. Erinnerung an die Definition der dienenden Freiheit

Das Besondere an einer dienenden Freiheit ist, dass sie keine Freiheit im Sinne eines liberalen Grundrechtsverständnisses ist.⁷⁴⁶ Sie ist aber auch keine staatliche Aufgabenerledigung. Sie setzt dort an, wo die Verfassung sich nicht damit begnügen darf, darauf zu vertrauen, dass jeder Grundrechtsträger sein Grundrecht auch im überindividuellen Interesse ausübt. Im Regelfall ist es so, dass die Verfassungserwartungen sich bestmöglich durch den individuellen Freiheitsgebrauch mitrealisieren. Die Pressefreiheit, so jedenfalls die Auffassung im Schrifttum, sorgt für ausreichend Wettbewerb, der eine plurale Presse- und Meinungslandschaft hervorruft. Die Meinungsfreiheit erfüllt ihre Funktion zwangsläufig dadurch, dass jeder frei von diesem Grundrecht Gebrauch macht. Staatlicher Ausgestaltung bedarf es hierfür nicht. Gleichwohl gibt es Handlungen, die der Bereichsgarantie eines Grundrechts zugewiesen sind, die sich auf öffentliche Aufgaben beziehen. Deren Realisierung darf nicht von der persönlichen Zwecksetzung des Einzelnen abhängig gemacht, darf zugleich aber auch nicht inhaltlich durch den Staat determiniert werden, weil hierdurch der Zweck gleichermaßen vereitelt würde. Beide Imperative zu vereinen, ist somit das Wesensmerkmal, das die dienende Freiheit ausmacht.

II. Vorfrage nach der verfassungsgemäßen Grundrechtstheorie

Wenn man sich mit der Natur der anwaltlichen Berufsfreiheit befasst, stellt sich zwingend die Vorfrage, ob es nicht ein allgemeines Verständnis darüber gibt, wie

⁷⁴⁶ Vgl. bereits Einl., § 1, B., III., S. 32.

Grundrechte wirken und was sie ausmacht; welche Gehalte ihnen der Verfassungsanwender im Einzelfall entnehmen kann.

1. Grundrechtstheoretische Schablonen einer dienenden Freiheit

Unter dem Schlagwort der „Dienenden Freiheit“ verbirgt sich zunächst einmal (nur) ein funktionales oder institutionelles Verständnis; das „Dienende“ ist ein Etikett.

a) Institutionelles Grundrechtsverständnis bei Häberle

Das institutionelle Grundrechtsverständnis geht maßgeblich auf die Dissertation Häberles zurück.

aa) Grundrechte als Institutionen

Das institutionelle Grundrechtsverständnis kann ohne die Arbeiten zur „théorie de l’institution“ nicht erfasst werden,⁷⁴⁷ die die Grundlage für die Grundrechtsanschauung darstellt.⁷⁴⁸ Das institutionelle Grundrechtsverständnis bleibt nicht bei den tradierten Institutsgarantien und institutionellen Garantien stehen, sondern strebt nach einer Anwendung auf jedes Grundrecht. Die bei *Hauriou* prägende Suche nach der Balance zwischen objektiven und subjektiven Gehalten versucht sich die institutionelle Grundrechtstheorie zu eigen zu machen. Ob der Ansatz der Übertragung grundsätzlich tauglich ist, scheint nicht ausgemacht. Denn *Hauriou* hat seine Theorie hauptsächlich für die institution-personne entwickelt; die (Grund-)Rechtsnorm ist aber eine institution-chose, auf der kein Schwerpunkt der Arbeiten *Haurious* lag. Für das institutionelle Grundrechtsverständnis sind die Lebensbereiche des Grundrechts „etwas Eingerichtetes“.⁷⁴⁹ Das Grundrecht ist „Zustand, versachlicht“⁷⁵⁰. Die institutionelle Seite der Grundrechte wird flankiert von den subjektiven Individualrechten. Diese bekommen durch die institutionelle Seite „Richtung und Maß, Sicherheit und Geborgenheit, Inhalt und Aufgabe.“⁷⁵¹ Die Grundrechte sind „gezeichnete Kreise“, in die der Einzelne durch den Freiheitsgebrauch tritt.⁷⁵² Die Ausübung des subjektiven Rechts bezieht sich auf die von der Institution umfassten Lebensverhältnisse.⁷⁵³ Damit ist die Freiheit in „Bindung und Verantwortung“⁷⁵⁴ gestellt. Die Grundrechtsträger werden durch die Institution „rekrutiert“⁷⁵⁵ und damit wird die freie Persönlichkeitsentfaltung als

⁷⁴⁷ Vgl. zu dieser Kap. 3, § 1, A., I., S. 213 ff.

⁷⁴⁸ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 104 ff.

⁷⁴⁹ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 96.

⁷⁵⁰ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 97.

⁷⁵¹ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 98.

⁷⁵² Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 99.

⁷⁵³ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 100.

⁷⁵⁴ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 101.

⁷⁵⁵ So die Bezeichnung bei *Hauriou*, Précis de droit constitutionnel, 1. Aufl., S. 80.

alleiniger Zweck des subjektiven Rechts aufgegeben. An der Berufsfreiheit wird besonders deutlich, dass das subjektive Recht zentral bleibt. Es formt die Institution. Denn durch die Ausübung neuartiger Berufe durch die Grundrechtsträger entstehen neue Berufsbilder, die die institutionelle Seite der Berufsfreiheit fortentwickeln.⁷⁵⁶ „Dem Gehalt der Grundrechte wird man nur dadurch gerecht, daß man von ihren beiden ‚Seiten‘ wechselseitig aufeinander schließt“⁷⁵⁷. Das Grundrecht kommt dadurch zur Geltung, dass eine Wechselwirkung zwischen dem „schöpferischen oder gleichförmigen Wirken der vielen Grundrechtsberechtigten und der institutionell-objektiven, versachlichten Seite der Grundrechte“⁷⁵⁸ hervorgerufen wird. Diese Wechselwirkung wird dadurch gestört, dass die Grundrechtsberechtigten das Grundrecht nicht mehr ausüben wollen, das Interesse hieran verlieren. Dies stellt die Institution und somit das Grundrecht als solches zur Disposition. Die institutionelle Grundrechtstheorie stellt also das Abwehrrecht nicht mehr allein als Grundlage des Grundrechts dar. Sie legte den Grundstein für die Anerkennung objektiver Gehalte. Zugleich wird der Gesetzgeber wichtig. Denn er muss die Institutionen fixieren, in denen sich der Grundrechtsgebrauch vollzieht.

bb) Kritik am institutionellen Grundrechtsverständnis

Ein oft erhobener Vorwurf gegen das institutionelle Grundrechtsverständnis liegt darin, dass es das subjektive Recht unter der Institution erdrücke. Die personale Freiheit habe keine Bedeutung mehr. Die institutionelle Seite stelle sich als Grenze der Freiheit dar, stelle das subjektive Recht in ihren Dienst, damit die objektiven Gehalte sich verwirklichen.⁷⁵⁹ Jedenfalls betont *Häberle* stets, dass die subjektive Seite keinesfalls durch die Anreicherung mit der institutionellen Seite geschwächt werden solle.⁷⁶⁰ Ein anderer gewichtiger Vorwurf betrifft die Neigung der institutionellen Grundrechtstheorie zur Versteinerung. Denn sie bewirke mittelfristig die „Unantastbarkeit bestehender Besitzstände“⁷⁶¹ und führe zu „Statiken oder Immobilismen“.⁷⁶² Das institutionelle Grundrechtsverständnis könne nur noch „Statusquo-Garantien“ hervorbringen.⁷⁶³ Insbesondere am Bild der Grundrechte als etwas Eingerichteten entzündet sich Widerspruch, denn damit ist das Grundrecht in Gestalt der Institution etwas, was dem Grundrechtsträger vorgesetzt wird.⁷⁶⁴ Diese

⁷⁵⁶ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 98.

⁷⁵⁷ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 100.

⁷⁵⁸ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 102 f.

⁷⁵⁹ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1532); *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 230.

⁷⁶⁰ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 332 f.; so auch das Verständnis bei *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (172); s. auch *Starck*, JuS 1981, 237 (238); auch *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 251 („bei richtigem Verständnis“).

⁷⁶¹ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1533).

⁷⁶² *Scholz*, AöR 110 (1985), 125 (129).

⁷⁶³ S. auch *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (462), der eine „politische Absicht“ unterstellt, „Ausgestaltungen bestimmter Lebensbereiche absichern“ zu wollen.

⁷⁶⁴ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 232.

Einwände gegen das institutionelle Grundrechtsverständnis sind, wenn man *Hauriou* in den Blick nimmt, bei dem sich *Häberle* gerade inspiriert, nicht recht nachvollziehbar. Denn sein Institutionsbegriff ist soziologisch und weniger normativ. Er ist auf die Realität und den gesellschaftlichen Wandel hin ausgerichtet.⁷⁶⁵ Der einfachrechtliche Normbestand wird nur über das Gebot der Folgerichtigkeit, also im Anschluss an eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung, relevant.⁷⁶⁶ Für *Häberle* soll das institutionelle Grundrechtsverständnis auch nichts Vorgegebenes, Festes perpetuieren, sondern die Grundrechte stellen sich als Prozess dar, der entlang einer sozialen Funktion ausgerichtet ist, sich aber gleichwohl dynamisch gestaltet.⁷⁶⁷ Der sicherlich schwerwiegendste Einwand ist jener, wonach das institutionelle Grundrechtsverständnis dem Gesetzgeber eine (zu?) gewichtige Rolle einräumt.⁷⁶⁸ Die konzeptionelle Verschiedenheit zwischen liberalem und institutionellem Grundrechtsverständnis findet hier ihren prägenden Ausdruck.⁷⁶⁹ Weil die subjektiven Rechte auf die Institution angewiesen sind, muss der Gesetzgeber solche Institutionen schaffen. „Was Grundrechte im Einzelnen sind, ergibt sich erst aus der von der Verfassung vorausgesetzten Rechtsordnung.“⁷⁷⁰ Wenn der Gesetzgeber diese Institutionen einrichtet, dann ist er für *Häberle* nicht grundrechtseingreifend, sondern grundrechtsausgestaltend tätig. Die Grundrechte enthalten ein Gebot zur „rechtsschöpferischen Ausgestaltung“; Verfassung und einfaches Gesetz werden in einen Zusammenhang gesetzt.⁷⁷¹ Diese Aufgabe des Gesetzgebers wird vor allem durch den Sozialbezug der Grundrechte, wie ihn *Hauriou* betonte,⁷⁷² legitimiert.⁷⁷³ Der Gesetzgeber regle nicht nur punktuell, sondern er wirke an der „Zusammenordnung von Lebensbereichen“⁷⁷⁴ mit. Sowohl Grundrechtseingriff als auch Grundrechtsausgestaltung seien Teil der „Grundrechtsausführung“,⁷⁷⁵ jener Aufgabe, die dem französischen Gesetzgeber durch Art. 34 Verf. 1958⁷⁷⁶ zugewiesen wird. Es wurde bereits gezeigt, dass Art. 34 Verf. 1958 tatsächlich keine strikte Unterscheidung zwischen Eingriff und Ausgestaltung kennt.⁷⁷⁷ Das Gesetz führt

⁷⁶⁵ So auch konzедierend *Scholz*, AöR 110 (1985), 125 (129).

⁷⁶⁶ *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 248.

⁷⁶⁷ Wiederum anerkennend *Scholz*, AöR 110 (1985), 125 (129).

⁷⁶⁸ S. nur *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 61 ff. und *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (462 ff.).

⁷⁶⁹ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1532).

⁷⁷⁰ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 194.

⁷⁷¹ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 181 f.

⁷⁷² Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, A., II., 1., S. 218 ff.

⁷⁷³ So auch *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 223.

⁷⁷⁴ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 183.

⁷⁷⁵ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 197 ff.; *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 65 f. sieht bei *Häberle* vor allem Widerstand gegen das Wort „Eingriff“ und nicht dessen juristische Funktion.

⁷⁷⁶ *Häberle* nimmt allerdings nicht die Verf. 1958 in Bezug, sondern klassische Autoren der III. République (*Esmein*, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, S. 600 f.; *Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, S. 132, 298), da dort ja gerade die Bindung an die DDHC nicht bestand, sondern die Freiheiten durch das einfache Recht „organisiert“ wurden.

⁷⁷⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 1, B., I., S. 252.

das Grundrecht aus. Die Pressegesetze sind Ausführungsgesetze der Pressefreiheit und die BRAO, das RDG und RVG sind Ausführungsgesetze der anwaltlichen Berufsfreiheit und der verfahrensgrundrechtlichen Positionen des Mandanten. Ein Ausführungsgesetz setzt „Ordnung und Freiheit“⁷⁷⁸ und bewirkt eine „Verstärkung, Sicherung und Festigung der Grundrechte“.⁷⁷⁹ Dabei kommt es allerdings nie zu einer Freistellung von grundrechtlichen Maßstäben. Die institutionelle Dimension des Grundrechts ist Grund und Grenze der Ausgestaltung.⁷⁸⁰ Denn der Gesetzgeber gestaltet nur aus, wenn er das Leitbild des Grundrechts vervollständigt und formt; setzt er sich darüber hinweg, greift er ein. Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass die Vielzahl der Grundrechtsträger auch tatsächlich ihre Grundrechte ausüben können, er muss also die Institution und damit das Grundrecht stabilisieren.⁷⁸¹ Dabei ist die Perspektive des institutionellen Grundrechtsverständnisses auf die Sicherung der Freiheit der Vielzahl der Grundrechtsträger gerichtet, nicht unbedingt auf die Freiheit des Einzelnen. Dem Gesetzgeber ist es verwehrt, „den institutionellen Sinn der Grundrechte in Frage [zu] stellen.“⁷⁸²

cc) Dienende Freiheit und institutionelles Grundrechtsverständnis

Auf die Nähe von dienender Freiheit und dem institutionellen Grundrechtsverständnis, aber auch auf Unterschiede, ist bspw. von *Kaufhold*⁷⁸³ hingewiesen worden. Auch die dienende Freiheit bleibt gerade durch die Freiheit des Grundrechtsträgers geprägt und diese personale Dimension darf durch die objektiven Gehalte nicht vollständig überspielt werden. Gerade dies ist aber ein Vorwurf an das institutionelle Grundrechtsverständnis. Wenn man sie aber wie *Häberle* als Verstärkung der subjektiven Seite der Grundrechte begreift,⁷⁸⁴ erfasst man das „Sowohl als auch“ der subjektiven wie objektiven Gehalte, das für die dienende Freiheit (wie für jedes Grundrecht heute) prägend ist. Jede dienende Freiheit, so wird zu zeigen sein, gewährleistet inhaltliche Freiheit beim Grundrechtsgebrauch: die dienende Rundfunkfreiheit eine Freiheit zur Berichterstattung und die dienende Lehrfreiheit eine „umfassende Gestaltungskompetenz des Lehrenden.“⁷⁸⁵ Auch für eine dienende anwaltliche Berufsfreiheit wäre das subjektive Recht nicht aufzugeben. Einer der zentralen Unterschiede zwischen der dienenden Freiheit und dem institutionellen Grundrechtsverständnis liegt in der Funktion des Gesetzgebers. Die dienende Freiheit gebietet nicht zwingend, dass der Gesetzgeber einen normativen Unterbau für das Grundrecht schafft; sie benötigt nicht zwingend Institutionen. Ein Beispiel hierfür ist ein dienendes, demokratiefunktionales Verständnis der Kunst-

⁷⁷⁸ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 200.

⁷⁷⁹ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 201.

⁷⁸⁰ So auch *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (172).

⁷⁸¹ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 118.

⁷⁸² *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 122.

⁷⁸³ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 247 f.

⁷⁸⁴ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 332 f.

⁷⁸⁵ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 248.

freiheit. Dass es gleichwohl bei bestimmten dienenden Freiheiten notwendig ist, eine „positive Ordnung“ zu errichten, lässt eine Korrelation erkennen, aber nicht auf eine Kausalität schließen. Die dienende Freiheit läge zudem mit einem institutionellen Grundrechtsverständnis über Kreuz, wenn der Vorwurf an letzteres, es neige zur Konservierung und Versteinerung, zuträfe. Denn die dienende Freiheit zeichnet sich gerade durch ein sehr dynamisches Verständnis ihres Gewährleistungsinhaltes aus. Die Rechtsprechung des Gerichts zur Rundfunkfreiheit zeigt dies, denn sie nahm Änderungen im Realbereich auf und konnte, weil die Funktion im Mittelpunkt steht, moderne Kommunikationsmethoden der Rundfunkfreiheit zuordnen.⁷⁸⁶ Eine dienende anwaltliche Berufsfreiheit müsste in gleicher Weise die geänderten Parameter der Rechtsdurchsetzung durch Inkassodienstleister und Legal-Tech-Anbieter aufgreifen und für die Regulierung des Anwaltsberufes hieraus Schlussfolgerungen ziehen, entweder durch die teilweise oder vollständige Aufhebung von Restriktionen oder vielmehr durch den Erlass neuer funktions-schützender Vorschriften. Die dienende Freiheit verlangt deshalb, wenn sie der Ausgestaltung bedarf, einen aufmerksamen Gesetzgeber. Wenn das BVerfG zu Art. 5 Abs. 3 GG entschied, dass durch dieses Grundrecht „nicht mehr als dasjenige geschützt werden sollte, was sich im Laufe der geschichtlichen Entwicklung in den einzelnen Ländern als unerlässlich für eine freie Betätigung der Universitäten in Wissenschaft, Forschung und Lehre herausgebildet hatte“,⁷⁸⁷ dann ist keine Verfestigung einer Institution adressiert, sondern vielmehr verwirklicht dieser Zustand die verfassungsrechtlichen Determinanten (aktuell) bestmöglich.⁷⁸⁸

dd) Anhaltspunkte für ein institutionelles Grundrechtsverständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit

Das schwerwiegendste Antasten der institutionellen Seite der Berufsfreiheit von Rechtsanwälten wäre die Revision der Freien Advokatur, also die Rücküberführung der Profession in den Beamtenstatus.⁷⁸⁹ Doch auch an niederschweligen staatlichen Regelungen lässt sich nachweisen, dass die institutionelle Seite der anwaltlichen Berufsfreiheit eine beachtliche Relevanz hat, auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Argumentation des BVerfG. So kann – und das wird ihm oft vorgeworfen – das anwaltliche Vergütungssystem des RVG für manchen Rechtsanwalt unangemessen niedrige finanzielle Erträge bedeuten und gleichwohl mit Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang stehen, solange der Gesetzgeber für die große Masse

⁷⁸⁶ BVerfGE 74, 297 (350) – Baden-Württemberg.

⁷⁸⁷ BVerfGE 15, 256 (264) – Universitäre Selbstverwaltung.

⁷⁸⁸ Vgl. in anderem Kontext *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 248.

⁷⁸⁹ Ausdrücklich *H. H. Rupp*, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in: *HdB StR I*, § 28 Rn. 50, allerdings mit verfassungsrechtlicher Sorge, dass denklogisch durch Übergangsfristen für bestehende Berufsträger der Schutz durch die institutionelle Dimension der Grundrechte ausgehebelt würde und hiergegen kein „individualgrundrechtliches Kraut gewachsen“ wäre, so dass die gesellschaftliche Funktion der Grundrechte nicht mehr verteidigt wäre; auch *Rittner*, *Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe*, S. 24 f. Fn. 68 hält die Verbeamtung von Rechtsanwälten für verfassungswidrig.

an Rechtsanwälten eine Regelung getroffen hat, die nicht dazu führt, dass das Institut „anwaltschaftliche Berufsfreiheit“ ihren Sinn verliert und der Beruf nicht mehr ausgeübt wird.⁷⁹⁰ Deshalb hat das BVerfG zu den Anwaltsgebühren im sozialgerichtlichen Verfahren die Verfassungswidrigkeit damit begründet, dass im Sozialrecht tätige Rechtsanwälte bei der gesetzlichen Regelung in „wirtschaftliche Schwierigkeiten“⁷⁹¹ geraten würden. Dabei kann man, gerade weil es sich vorliegend nicht um eine Rechtsatzverfassungsbeschwerde handelte, bei der die Betrachtungsweise notwendigerweise abstrakt-generell ist, von einer Berührung der institutionellen Dimension sprechen. Ein für den Sozial- und Rechtsstaat unverzichtbarer Teil der Anwaltschaft drohte mangels finanzieller Ertragsmöglichkeiten das Interesse an der Institution Anwaltschaft zu verlieren. Die in BVerfGE 118, 1 zur Überprüfung gestellte Kappungsgrenze konnte zu keinem Zeitpunkt, da sie zahlenmäßig wenige Grundrechtsträger betraf, diese institutionelle Seite in Frage stellen, was sicherlich die Senatsmehrheit bewog, keinen Grundrechtseingriff zu bejahen. Der Gedanke *Häberles*, der Gesetzgeber dürfe die Institution nicht in Frage stellen, indem er ihre Inanspruchnahme für die Individuen unattraktiv gestaltet, findet sich für die anwaltschaftliche Berufsfreiheit darüber hinaus in der Anwaltsdaten-Entscheidung. Nachdem der Senat ausführt, dass unbegrenzte Datenzugriffsbefugnisse des Staates von Anfang an das Mandatsverhältnis belasten, sieht er die Gefahr, dass „sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnistägern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen“ oder „Mandanten, welchen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf auch sie betreffende und regelmäßig vertrauliche Daten bekannt wird, das Mandatsverhältnis zu ihrem Rechtsanwalt oder Steuerberater kündigen“.⁷⁹² Der Gedanke der chilling effects drückt vorliegend nichts anderes aus, als was *Häberle* mit dem für seine Lehre prägenden Schlagwort des „Umschlagens von Quantität in Qualität“ beschreibt.⁷⁹³ Grundrechte sind nur dann Institute, wenn sie „vollzogene, erfüllte Wirklichkeit“⁷⁹⁴ sind. Dass dies nicht mehr der Fall sein könnte, ist Anlass zur verfassungsrechtlichen Besorgnis, weil das Vertrauensverhältnis „unverzichtbare Bedingung der anwaltschaftlichen Berufsausübung“⁷⁹⁵ ist. Aber nicht nur die anwaltschaftliche Berufsfreiheit ist als Institution durch das systemische Aufweichen des Gewährleistungsinhalt des Art. 12 Abs. 1 GG in Frage gestellt, sondern zugleich das Recht des Mandanten, sich anwaltschaftlichen Rat und Beistand zu sichern (Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG).

⁷⁹⁰ I. E. so auch *Gaier*, AnwBl. 2010, 73 (75): „Es handelte sich also um eine durchaus effektive gerichtliche Kontrolle, die zwar nicht den wirtschaftlichen Erfolg einer jeden Kanzlei in den Blick nehmen konnte und nehmen durfte.“

⁷⁹¹ BVerfGE 83, 1 (21) – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

⁷⁹² BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten.

⁷⁹³ Für einen Zusammenhang von Abschreckungseffekten und institutioneller Grundrechtstheorie auch *Staben*, Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, S. 88 f.

⁷⁹⁴ *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 123.

⁷⁹⁵ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

b) Funktionales Grundrechtsverständnis bei Scholz

Die Einwände gegen das institutionelle Grundrechtsverständnis haben zur Begründung der funktionalen Grundrechtstheorie durch *Scholz* geführt. Dabei nimmt sie den gleichen Ausgangspunkt ein wie die institutionelle. Sie erkennt an, dass die Grundrechtsgewährleistung nicht ohne die reale Grundrechtsausübung gedacht werden kann.⁷⁹⁶ Die Grundrechtsgewährleistung ist dem Staat-Bürger-Verhältnis zugeordnet, während die Grundrechtsausübung eine horizontale Wirkung im Bürger-Bürger-Verhältnis adressiert. Es geht um die „gesellschaftliche Breitenwirkung der menschlichen Freiheitsentfaltung“.⁷⁹⁷ Die Grundrechtsausübung ist die Aktualisierung der Grundrechtsgewährleistung durch den freien Willensentschluss des Einzelnen. Der „faktisch-soziologische Bereich der Grundrechtsausübung“ kann in den „normativen Sektor hineinwachsen“.⁷⁹⁸ An die Grundrechtsausübung knüpft die Grundrechtswirkung an. Die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit führe zur Meinungsbildungsfreiheit als Wirkung. Die Wirkung der Ausübung der Berufsfreiheit ist bspw. der Wettbewerb. Ein Grundrecht stellt regelmäßig die Grundrechtsausübung oder die Grundrechtswirkung unter seinen Schutz stellen.⁷⁹⁹ Die Grundrechtswirkung beschreibt *Scholz* als selbstständige Objektivation der Freiheitsbetätigung der einzelnen Grundrechtsträger: Die „Grundrechtswirkung bezeichnet den Tatbestand der abgeschlossenen Rechtsausübung.“⁸⁰⁰ Die Grundrechtsausübung hingegen ist als „Stadium realen Geschehens“ eine unselbstständige Objektivation. Grundrechtsausübung ist ein Vorgang, Grundrechtswirkung ein Zustand.⁸⁰¹ Aus dieser Aufgliederung des Grundrechts leitet *Scholz* die funktionale Grundrechtstheorie ab. Denn das Kriterium der Finalität könne den „verfassungsrechtlichen Normentscheid und die verfassungswirkliche Grundrechtsausübung in optimaler Weise zusammenzuführen.“⁸⁰² Als Funktion versteht er die „reale Einheit von Zweck und Wirkung“; ihr sind keine eigenen materiellen Maßstäbe eigen, sondern es geht nur um die „formale Relation von zweckbenennender Finalität und zweckaktualisierender Normrealität“.⁸⁰³ Die Grundrechtsfunktion kann sich dabei in der Gesellschaft entfalten. Sie kann sich aber auch im „unterverfassungsrechtlichen Kreis“ entfalten. Dies ist dann der Fall, wenn der Einzelne seine Grundrechtsausübung im Rahmen von einfachgesetzlichen Rechtsinstitutionen ausübt. Diese würden dann in den „Wirkungsbereich der aktuellen Grundrechtsfunktion“ einrücken. Die Grundrechtsfunktion kann aber auch im Verfassungskreis wirken, wenn sie auf andere Grundrechte und Verfassungsgüter einwirkt und/oder sich mit diesen verbindet. Diese betroffenen Grundrechte werden dann Teil der ausgeüb-

⁷⁹⁶ Ausdrücklich *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 229.

⁷⁹⁷ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 82.

⁷⁹⁸ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 86.

⁷⁹⁹ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 87.

⁸⁰⁰ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 89.

⁸⁰¹ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 89.

⁸⁰² *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 95.

⁸⁰³ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 96.

ten Grundrechtsgarantie. Die Grundrechtsfunktion kann mit sog. „Funktions- und Kontaktbegriffen“ beschrieben werden. Dies sind die „Ausübungs- und Objektivationsformen“ der Grundrechtsausübung. Sie werden, weil sie durch die Vielzahl an Grundrechtsausübungen entstehen, nicht selbst Gegenstand der (individuellen) Freiheit, unterstützen aber bei der Grundrechtsinterpretation.⁸⁰⁴ Die Funktion des Grundrechts hängt nicht vom jeweiligen Einzelfall ab, sondern ist ein Typusbegriff. „Er ist konkret und abstrakt zugleich; er ist allgemein, besonders und individual in einem.“⁸⁰⁵ Die Grundrechtsfunktion ist also durch die Vielzahl an Grundrechtsausübungen bestimmt. Wie die institutionelle Grundrechtstheorie ist die funktionale stabilisierend und verfestigend, steht aber unter dem Vorbehalt sich wandelnder Verhältnisse. Dass das Grundrecht durch die Funktion bestimmt wird, wird deshalb nicht als Problem empfunden, denn erst ein „freiheitlicher Ausübungsentcheid konkretisiert den Grundrechtszweck.“⁸⁰⁶ Es handele sich um einen „freiheitlichen Lebensprozeß“.⁸⁰⁷ Die Funktion könne politischer, sozialer oder privater Natur sein.⁸⁰⁸ Auch im Lichte der funktionalen Grundrechtstheorie lässt sich die anwaltliche Berufsfreiheit deuten. Die Dreiteilung in Grundrechtsgewährleistung – Grundrechtsausübung – Grundrechtswirkung sehr gut geeignet zur Illustration. Die Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG wird vom BVerfG in einen spezifischen Zusammenhang mit einer besonderen Form der Grundrechtsausübung gesetzt. Es geht, so das BVerfG,⁸⁰⁹ um die freie und unreglementierte Berufsausübung, die dem Bürger aus rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Erwägungen einen Rechtskundigen, zu dem er Vertrauen hat und der seine Interessen ohne staatliche Einflussnahme vertritt, an die Seite stellt. Als Grundrechtswirkung der anwaltlichen Berufsfreiheit erscheint also die Begrenzung der staatlichen Gewalt und auch der Schutz der Grundrechte des Mandanten. Damit ist die Funktion der anwaltlichen Berufsfreiheit die durch die Vielzahl an Grundrechtsträgern gelebte Freie Advokatur zur Wahrnehmung der Mandanteninteressen.

2. Verfassungsmäßige Grundrechtstheorie

Die institutionelle und funktionale Grundrechtstheorien erklären also bestimmte Aspekte der anwaltlichen Berufsfreiheit. Doch sollte das Grundgesetz eine bestimmte Grundrechtstheorie vorgeben, dann müsste sich hierzu verhalten werden. Ein grundlegender⁸¹⁰ Beitrag Böckenfördes hat versucht, eine solche verfassungs-

⁸⁰⁴ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 100 f.

⁸⁰⁵ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 104.

⁸⁰⁶ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 106.

⁸⁰⁷ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 231.

⁸⁰⁸ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 107.

⁸⁰⁹ BVerfGE 110, 226 (251) – Geldwäsche; BVerfGE 63, 266 (284) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

⁸¹⁰ Die Auseinandersetzung mit Böckenförde bspw. bei Stern, Die Auslegung der Grundrechte, in: StR III/2, § 95 S. 1679 ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 29 ff.; Lübke-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 13 ff. oder heute bei Classen, Staatsrecht II, § 4 Rn. 23 ff. steht für den Nachhall des Beitrags.

mäßige Grundrechtstheorie zu entwickeln.⁸¹¹ Diese sollte der bisherigen Praxis der Gerichte und der Wissenschaft entgegenstehen, sich aleatorisch für eine der verschiedenen Theorien zu entscheiden.⁸¹² Die Frage, ob ein liberales, ein institutionelles, ein demokratisch-funktionelles, ein sozialstaatliches oder ein der Wertetheorie⁸¹³ verhaftetes Grundrechtsverständnis mobilisiert wird, werde nur durch die Leitlinie des gewünschten Ergebnisses determiniert. *Böckenförde* kritisiert dies, weil es nicht um eine schlichte Interpretationsfrage gehe, sondern damit zugleich das Verfassungs- und Individuumsverständnis zum Ausdruck gebracht werde. Aufgrund dieser weitreichenden Konsequenzen für den grundrechtsdogmatischen Nachklapp müsse die willkürliche Handhabung weichen, sollte das Grundgesetz selbst die Frage lösen.⁸¹⁴ Dabei gesteht *Böckenförde* zu, dass die verfassungsgemäße Grundrechtstheorie sich als Verbindung/Variation der von ihm genannten Theorien darstellen kann.⁸¹⁵ Zurecht ist jedoch darauf hingewiesen worden, dass die Ermittlung einer einzigen Grundrechtstheorie nur über die Auslegung der Grundrechtsvorschriften erfolgen kann: Gerade für diese Auslegung soll jedoch der Interpret auf die Grundrechtstheorie zurückgreifen: „Der Theoretiker entnimmt dem Text die Theorie, die ihm nach seiner Theorie zu entnehmen ist“.⁸¹⁶ Die Suche droht in einem Zirkelschluss zu enden.⁸¹⁷ Die Grundrechtsinterpretation muss zudem den Partikularitäten des einzelnen Grundrechts gerecht werden, denn jede der Theorien knüpft an partielle Gewissheiten über einzelne Grundrechte an, deren Verallgemeinerungsfähigkeit begrenzt ist.⁸¹⁸ Eine Grundrechtstheorie, die die Auslegung jedes Grundrechts in all seinen Bewährungssituationen dirigiert, wäre eine zu grobe Auslegungshilfe bzw. würde eine ausgefeilte Binnendifferenzierung notwendig werden lassen; ansonsten könne man nur „extrapolierte Tendenzaussagen

⁸¹¹ S. auch *Grimm*, in: Grundrechte und soziale Wirklichkeit, S. 51 ff.; *Brugger*, JZ 1987, 633 ff.; vgl. auch *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 71 ff.

⁸¹² *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530, 1536); Vorwurf der „Beliebigkeit“ auch bei *Brugger*, JZ 1987, 633 (633).

⁸¹³ Kritik eines „Kästchendenkens“ bei *Häberle*, JZ 1989, 913 (918); s. auch *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (161 ff.) der als wahres Problem nicht die Suche nach einer Theorie, sondern die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit der realen Wirklichkeit als tatsächlichen Methodenstreit ausmacht.

⁸¹⁴ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537); andere Ansicht aber *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 13 ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 106.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 519 f.

⁸¹⁵ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537), der als verfassungsgemäße Grundrechtstheorie die liberale, durch das Sozialstaatsprinzip angereicherte Theorie als maßgeblich identifiziert; für eine verfassungsliberale, die eine (wirtschafts-)liberale Grundrechtstheorie ablöst auch *Brugger*, JZ 1987, 633 ff.

⁸¹⁶ Zit. nach *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 225.

⁸¹⁷ *Stern*, Die Auslegung der Grundrechte, in: StR III/2, § 95 S. 1691.

⁸¹⁸ *Häberle*, JZ 1989, 913 (918); *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 5 f. sieht in der einen Grundrechtstheorie nur eine „Bilanz der Detailuntersuchungen aller Grundrechte“; „unzulässige Verallgemeinerungen“ befürchtet *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 107; anders aber *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 54 ff., der beim historischen Naturrecht ein wertbestimmtes Konzept findet.

oder idealtypische Richtungsangaben“ aus ihr ableiten.⁸¹⁹ Das Grundgesetz erweist sich schlicht als zu komplex, um es allein mit einem Label zu versehen, das den Anspruch erhebt, dieses Gesamtgefüge zu beschreiben.⁸²⁰ Die Grundrechtstheorie ist nur „Einstiegshilfe“ in die grundrechtsdogmatische Analyse bei systematischer und teleologischer Auslegung.⁸²¹ Die Grundrechtstheorie kann eine Art Plausibilitätskontrolle im Nachgang ermöglichen: Zwar kann sie nicht aus sich heraus begründen, ob ein bestimmtes Verhalten Grundrechtsschutz genießt oder gerade nicht; sie kann aber darüber Auskunft geben, ob ein solcher Schutz „paßfähig ist oder als Fremdkörper in ihr fungiert“.⁸²²

Anerkannte Prämisse ist heute jedoch, dass die Grundrechte einen Doppelcharakter aufweisen.⁸²³ Dies ist die „Verallgemeinerung des Grundrechts über die Rechtsfolge des Abwehranspruchs hinaus“.⁸²⁴ Nach der Idee vom Doppelcharakter verbürgen die Grundrechte neben den subjektiven Rechten auch Elemente einer objektiv-rechtlichen Ordnung.⁸²⁵ Unter objektiven Gehalten können alle Dimensionen eines Grundrechts gefasst werden, die zwar nicht unmittelbar ein subjektives Recht des Einzelnen verbürgen, aber die öffentliche Gewalt zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten und neben das Abwehrrecht treten. Sie zielen darauf, dass sich der Grundrechtsschutz verwirklicht und nicht im Gegenteil angesichts des gesellschaftlichen und ökonomischen Wandels verweigert wird.⁸²⁶ Das Motiv der Etablierung der objektiven Gehalte ist also einfach zu identifizieren. Der Inhalt dieser Gehalte ist allerdings weniger klar.⁸²⁷ Diese Offenheit ist durch das Herausarbeiten von Prinzipien und Grundentscheidungen bedingt, auf denen neue Rechtsfolgen aufsetzen, die über die negatorische Wirkung hinausgehen. Diese Anerkennung objektiver Gehalte kann sich, greift man die Unterscheidung *Böckenfördes* auf, auf die institutionelle, werteesystematische, demo-

⁸¹⁹ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 106.

⁸²⁰ *Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: HdB GR II, § 43 Rn. 43 („flexibles Grundrechtsverständnis“).

⁸²¹ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 133 f.

⁸²² *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 107.

⁸²³ Vgl. *Bumke*, AöR 141 (2019), 1 (66), dort auch m. w. N.

⁸²⁴ *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (368).

⁸²⁵ Statt vieler s. nur *K. Hesse*, Grundzüge, § 9 Rn. 279; s. *Grimm*, recht 1988, 41 ff. mit dem Hinweis auf historische Kontinuitäten zwischen objektiven Gehalten und dem französischen Grundrechtsverständnis ab 1789 und im frühen deutschen 19. Jahrhundert; anders aber *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 69 ff., 205 ff.; *Schlink*, EuGRZ 1984, 456 (462 ff.), die das subjektive Recht als Quelle jeder dogmatischen Ableitung sehen; hiergegen *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 57 ff. sowie *Volkmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, in: HdB VerFR, § 16 Rn. 51; ablehnend („suggestiven Charme der Simplizität“) auch *Hain*, JZ 2002, 1036 (1039 ff.), der alle objektiven Gehalte unter den von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG adressierten „Schutz“ fassen will. – Zur Terminologie, insb. dem früher vorherrschenden Begriff der Wertentscheidung sowie der vielfachen, jedoch wohl ahistorischen Gleichsetzung von subjektiver Dimension und Abwehrrecht *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (367 f.); nicht unkritisch zur terminologischen Entwicklung *Volkmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, in: HdB VerFR, § 16 Rn. 50 ff.

⁸²⁶ *Grimm*, recht 1988, 41 ff.; *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (164); *Volkmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, in: HdB VerFR, § 16 Rn. 42.

⁸²⁷ *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (365).

kratisch-funktionale und soziale Grundrechtstheorie stützen, da alle derartige objektive Grundrechtsgehalte einbeziehen.⁸²⁸ Die Idee des Doppelcharakters der Grundrechte gilt grundsätzlich für jedes (Freiheits-)Grundrecht, wobei die Bedeutung der einzelnen Dimension und Abhängigkeitsverhältnisse zwischen beiden Dimensionen nicht stets gleich zu bewerten sind.⁸²⁹ Das BVerfG äußert sich dergestalt, wonach die objektiven Gehalte zur Stärkung der subjektiven Dimension wirken.⁸³⁰ Grundrechte sind „in erster Linie“⁸³¹ Abwehrrechte und der objektive Gehalt steht im Dienst des Abwehrrechts.⁸³² Der Doppelcharakter der Grundrechte ist jedoch selbst innerhalb einer Grundrechtsgruppe wie den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht einheitlich⁸³³ austariert. Die Pressefreiheit, deren Doppelcharakter das BVerfG⁸³⁴ betont hat, wird überwiegend trotz stark ausgeprägten objektiven Gehalten als Abwehrrecht verstanden.⁸³⁵ Ein anderes Verhältnis zwischen objektiver und subjektiver Seite kommt in der rundfunkverfassungsrechtlichen Judikatur zum Vorschein.⁸³⁶ Die objektiven Gehalte stehen aufgrund der Funktionalisierung des Grundrechts im Mittelpunkt;⁸³⁷ soweit sie verstärkend für subjektive Gehalte wirken, ist damit nicht die Rundfunkfreiheit selbst in ihrer subjektiven Dimension gemeint, sondern vielmehr die Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit des Rezipienten.⁸³⁸ Dass auch die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts eine solche objektive Seite – noch als „verfassungsrechtliche Wertentscheidung“ bezeichnet – aufweist, hat das BVerfG⁸³⁹ bereits in der Entscheidung über den Ausschluss Schmidt-Leichners als Verteidiger angedeutet, hier doch tendenziell die allgemeine Berufsfreiheit als Wert und weniger jenen der spezifisch rechts-

⁸²⁸ *Schlink*, EuGRZ 1984, 456 (463 Fn. 37); auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 14 mit dem Hinweis, dass ein neues „Thema“ nicht zwangsläufig aus einer Theorie folge; *Scholz*, AöR 110 (1985), 125 (128) sieht einen bedeutenden Beitrag der institutionellen Grundrechtstheorie, auch wenn es ihrer für die Anerkennung der Doppelnatur der Grundrechte nicht bedurft hätte (ähnlich auch *Böckenförde*, Staat 29 [1990], 1 [18]).

⁸²⁹ *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (369 ff.), der als einzige Ausnahme Art. 2 Abs. 1 GG ausmacht; auch *Grimm*, recht 1988, 41 (47), der die Anerkennung objektiver Gehalte als „Notwendigkeit“ und nicht als Zufall beschreibt.

⁸³⁰ BVerfGE 7, 198 (204 f.) – Lüth.

⁸³¹ BVerfGE 7, 198 (204) – Lüth.

⁸³² Besonders deutlich BVerfGE 50, 290 (344) – Mitbestimmung.

⁸³³ Für ein einheitliches Verhältnis von subjektiven und objektiven Elementen *Starck*, JuS 1981, 237 (239).

⁸³⁴ S. nur BVerfGE 20, 162 (175) – Spiegel.

⁸³⁵ So *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 71 f.; *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 186; *Grabenwarter*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 GG Abs. 1, 2 Rn. 336, 353; für eine ausschließliche Konzeption als Abwehrrecht noch *Papier*, Staat 18 (1979), 422 (429 ff.).

⁸³⁶ Für eine einheitliche Medienfreiheit den objektiv-rechtlichen Gehalten besondere Bedeutung zusprechend v. *Lewinski*, Medienrecht, § 9 Rn. 178.

⁸³⁷ Statt vieler *Ladeur/Gostomzyk*, JuS 2002, 1145 (1146).

⁸³⁸ BVerfGE 74, 297 (324) – Privatfunk Niedersachsen; missverständlich *B. Hartmann*, JZ 2016, 18 (22), der diese Fundstelle als Ausdruck einer Verstärkung der subjektiven Gehalte der Rundfunkfreiheit selbst zu verstehen scheint und nicht der Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit des Rezipienten; gegen eine solche Fehldeutung bereits *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (372); vgl. zur Rundfunkfreiheit Kap. 3, § 2, A., III., 1., S. 350 ff.

⁸³⁹ BVerfGE 16, 214 (219) – Verteidigerausschluss Schmidt-Leichner.

anwaltlichen im Blick gehabt. Die Entscheidung über den Ausschluss Schilys hat dem BVerfG dann Gelegenheit zur Konkretisierung der objektiven Gehalte gegeben. Diese werden durch den „Wert der Freien Advokatur“ geprägt.⁸⁴⁰ Das Gericht ist damit dem Einwand begegnet, wonach objektive Gehalte ihrer Natur nach inhaltsleer seien⁸⁴¹ und hat den „Berufsgedanken“⁸⁴² präzisiert. Später hat es den Wertbegriff entsprechend allgemeinen terminologischen Entwicklungen zugunsten der „fundamentalen objektiv-rechtlichen Bedeutung der Freien Advokatur“⁸⁴³ aufgegeben. An der anwaltlichen Berufsfreiheit lässt sich das allgemeine Verhältnis subjektiver und objektiv-rechtlicher Gehalte zueinander illustrieren, wie es bei vielen Grundrechten die Judikatur des BVerfG prägt.⁸⁴⁴ Der objektiv-rechtliche Gehalt, umschrieben mit der Freien Advokatur, wird als Verstärkung des subjektiven Gehalts herangezogen,⁸⁴⁵ mit der Folge, dass die Argumentationslast für staatliche Eingriffe nach oben gesetzt wird.⁸⁴⁶ Die objektiven Gehalte und ihr Verhältnis zur subjektiven Seite der anwaltlichen Berufsfreiheit weiter auszuformen, soll Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

III. Referenzgrundrechte dienender Natur

Im Folgenden werden bestimmte Grundrechte (kurz) beleuchtet, bei denen die objektiven Gehalte über eine reine Unterstützung des Abwehrrechts hinauswirken. Vielmehr kehrt sich womöglich das Verhältnis der beiden Seiten um. Diese Grundrechte sind Ausdruck der Vielfalt der Grundrechtsentfaltungen, die mithilfe eines Blicks für die objektiven Gehalte möglich sind, zeigen aber auch, dass sich hieran regelmäßig starke Kritik entzünden kann.

⁸⁴⁰ BVerfGE 34, 293 (307) – Verteidigerausschluss Schily (Ensslin-Kassiber); s. auch BVerfGE 50, 16 (29) – Anfechtbarkeit einer Belehrung, wo die Verknüpfung mit der Berufsfreiheit noch deutlicher wird; s. schon BVerfGE 15, 226 (234), wo die Freie Advokatur aber noch dem Interesse der Rechtspflege zugeschlagen wird.

⁸⁴¹ Hiergegen überzeugend *Grimm*, recht 1988, 41 (49), der den objektiven Gehalten ein Grundrechtsminimum entnehmen möchte.

⁸⁴² *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriff, S. 19 f. Fn. 52 sieht den Berufsgedanken durch eine Überbetonung des aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Abwehrrechts vernachlässigt.

⁸⁴³ BVerfGE 63, 266 (282) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei; in der Formulierung etwas abweichend („Grundsatz“) in jüngerer Zeit BVerfGE 110, 226 (251 f.) – Geldwäsche; unterstreichend auch *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 32.

⁸⁴⁴ Vgl. auch die Darstellung bei *v. Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 42 ff. zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des anwaltlichen Werberechts.

⁸⁴⁵ *Gaier*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Art. 12 GG Rn. 60 spricht von „Verdichtung“.

⁸⁴⁶ Vgl. *Papier*, BRAK-Mitt. 2005, 50 (50). – Deutlich wird dies in BVerfGE 37, 67 (68): Es „erscheint nicht zuletzt wegen der besonderen Stellung des Rechtsanwalts als eines unabhängigen Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und wegen der fundamentalen Bedeutung der freien Advokatur [...] unverzichtbar“ (Hervorhebung nur hier), das Verfahren, mit dem über die Prozessfähigkeit eines Anwalts entschieden wird, rechtsstaatlich auszugestalten. – Der allgemeine grundrechtliche Schutz aus der Berufsfreiheit wird also durch die Stellung des Rechtsanwalts, die im objektiv-rechtlichen Grundsatz der Freien Advokatur zum Ausdruck kommt, nochmal verstärkt.

1. Medienfreiheit

Das in der Rechtsprechung des BVerfG prominenteste Beispiel ist sicherlich die „dienende“ Rundfunkfreiheit. Die Mediengrundrechte sind in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG – also textlich abgesetzt vom Jedermannsgrundrecht der Meinungsfreiheit – genannt.⁸⁴⁷ Als „systemrelevante kritische Infrastruktur der Demokratie“⁸⁴⁸ bedurfte es einer besonderen textlichen Erwähnung, um sie von der Meinungsfreiheit zu unterscheiden, bei der die Förderung von Gemeinwohlbelangen nur als Reflex privatnütziger Freiheitswahrnehmung erscheint.⁸⁴⁹ Den Charakter der Rundfunkfreiheit bringt Art. 111a Abs. 1 S. 1 BayVerf deshalb besonders anschaulich zum Vorschein, da er davon spricht, dass „der Rundfunk dient“.⁸⁵⁰ Das Gericht hat das Bild des Dienenden aufgegriffen, um die grundgesetzliche Rundfunkfreiheit im „Pathos der Wertschätzung“⁸⁵¹ zu beschreiben.⁸⁵² Zuerst konnte man vermuten, das Gericht habe diese dogmatische Konstruktion aufgrund der „Sondersituation“⁸⁵³ des Rundfunks unternommen (technische Frequenzknappheit und finanzieller Aufwand zum Betrieb eines Vollprogramms), die es undenkbar erschienen ließ, dass Jedermann zum Rundfunkveranstalter werden kann.⁸⁵⁴ Jedoch hat es den Wegfall dieser Sondersituation antizipiert⁸⁵⁵ und seine Dogmatik hiervon gelöst. Die Rundfunkfreiheit dient der „freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung“.⁸⁵⁶ Damit schlägt das Gericht mittels des „Dienenden“ die Brücke innerhalb von Art. 5 Abs. 1 von S. 2 zurück zu S. 1 und den dort gesicherten

⁸⁴⁷ Gegen ein Verständnis der Medienfreiheit als Unterfall der Meinungsfreiheit auch *Grimm*, Freedom of Media, in: Oxford HdB Freedom of Speech, S. 542 Rn. 29.1; s. auch *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (372), der von einem „interpendenten Wirkungsgefüge“ aller Kommunikationsfreiheiten spricht.

⁸⁴⁸ v. *Lewinski*, Medienrecht, § 9 Rn. 130.

⁸⁴⁹ *Hochhuth*, Meinungsfreiheit, S. 62, 306 f.; *Ladeur/Gostomzyk*, JuS 2002, 1145 (1145).

⁸⁵⁰ Der Wortlaut der bundesverfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit ist aus sich heraus nicht derart eindeutig: Zwar wird eine Tätigkeit (Berichterstattung) geschützt (dies hervorhebend *J. Wieland*, Freiheit des Rundfunks, S. 81 f., 93), allerdings ist ein Zweck der Freiheit nicht zwingend im Wortlaut angelegt (so auch *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 19).

⁸⁵¹ So die zutreffende Beobachtung bei *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (369).

⁸⁵² BVerfGE 57, 295 (320) – FRAG; bereits angedeutet u. a. bei BVerfGE 35, 201 (221) – Lebach; erstmals eine funktionale Deutung der Rundfunkfreiheit bei Sondervotum *Geiger/Rinck/Wand*, BVerfGE 31, 337 (340) – Mehrwertsteuer (Träger als „Instrumente“); ablehnend *Hain*, in: Jhrb. Bitburger Gespräche 2007/I, S. 21 ff.; s. auch dessen allgemeine Kritik an den objektiven Gehalten *ders.*, JZ 2002, 1036 (1039 ff.); *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 304 ff. aufgrund eines Vergleichs mit den übrigen Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2; *Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, S. 105 ff.; *B. Hartmann*, JZ 2016, 18 (22 ff.); mit dem Vorwurf eines „verengten Grundrechtsvorverständnisses“ an die Kritiker des Gerichts jedoch *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (374).

⁸⁵³ S. auch rechtsvergleichend zum Argument der Sondersituation *Grimm*, in: FG Mahrenholz, S. 530 ff.

⁸⁵⁴ BVerfGE 12, 205 (261) – Deutschland Fernsehen GmbH; zur historischen Einordnung dieses Urteils jüngst mit rechtsvergleichenden Bemerkungen *Gaillet*, La Cour constitutionnelle fédérale, S. 347 ff. Rn. 434 ff.

⁸⁵⁵ In BVerfGE 57, 295 (322) lässt das Gericht es ausdrücklich offen, was nach dem Wegfall gelten soll.

⁸⁵⁶ S. nur BVerfGE 57, 295 (319) – FRAG.

Jedermannsgrundrechten. Das Gericht beschreibt somit als zentrales Grundrechtsanliegen einen Kommunikationsprozess. Was die dienende Rundfunkfreiheit ausmacht, ist ihr komplexes Verhältnis objektiver und subjektiver Gehalte (innerhalb der Rundfunkfreiheit) sowie ihre Beziehung zu anderen Grundrechten, die wiederum objektive und subjektive Gehalte aufweisen. Bei der Meinungs- und Informationsfreiheit „bedingen und stützen“⁸⁵⁷ subjektive und objektive Gehalte einander. Neben der Freiheit, seine Meinung zu bilden⁸⁵⁸, zu äußern und zu verbreiten, stellt das Gericht die Grundrechtsinterdependenzen zwischen Rundfunkfreiheit und Informationsfreiheit her, wenn das Gericht von einem aus der „Informationsfreiheit folgende[n] Anspruch auf umfassende und wahrheitsgemäße Information“ spricht. Das Gericht sorgt sich vor „einem Meinungsmarkt“.⁸⁵⁹ Dieser bedürfe der Regulierung durch eine „positive Ordnung“, da Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit mit der Meinungsäußerungsfreiheit strukturell in Konflikt geraten können (gerade im Zeitalter der Massenmedien).⁸⁶⁰ Deshalb ist der Fixpunkt der dienenden Rundfunkfreiheit die Informationsfreiheit des Rezipienten, ihr dient die Rundfunkfreiheit.⁸⁶¹ Obwohl die objektiven Elemente der dienenden Rundfunkfreiheit überwiegen,⁸⁶² kennt das Grundrecht ein subjektives Abwehrrecht, das jedoch mit den übrigen Gehalten eng verwachsen ist.⁸⁶³ Die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schützen diejenige publizistische Tätigkeit, die sich „vermittelnd auf die Grundrechte aller nach S. 1“ bezieht oder mit anderen Worten soll „Allgemeine Kommunikationsfreiheit durch Medienfreiheit“ realisiert werden.⁸⁶⁴ Geschützt ist deshalb nach dem Wortlaut die Berichterstattung durch Rundfunk, also der Rundfunk als solcher ist geschützt.⁸⁶⁵ Es geht um den Schutz eines Prozesses.⁸⁶⁶ Die Konzeption der dienenden Freiheit berührt deshalb nicht die Programmfreiheit.⁸⁶⁷

⁸⁵⁷ BVerfGE 57, 295 (320) – FRAG.

⁸⁵⁸ Diese Meinungsbildungsfreiheit liegt allen Kommunikationsgrundrechten zugrunde, auch ohne ausdrückliche textliche Verankerung: *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 58; *Ladeur/Gostomzyk*, JuS 2002, 1145 (1145 Fn. 1).

⁸⁵⁹ BVerfGE 57, 295 (323) – FRAG.

⁸⁶⁰ Hierzu *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 268 ff., der hinterfragt, ob es sich überhaupt um eine Kollision handelt und dies – mangels Überschneidung beider Vorschriften – zurecht nur für möglich hält, wenn man ein materielles, d. h. qualitatives Informationsverständnis zugrunde legt.

⁸⁶¹ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 331 f.; *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (372).

⁸⁶² *Grimm*, Freedom of Media, in: Oxford HdB Freedom of Speech, S. 551 Rn. 29.3; *Bethge*, Verfassungsrechtliche Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 25.

⁸⁶³ Hierzu jeweils *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 94; *ders.*, DVBl. 1983, 369 (373).

⁸⁶⁴ *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 77 f. leitet dies aus der Stellung als „Faktor“ ab: *Cornils* will darin eine Ambivalenz erkennen und sieht subjektive und objektive Gehalte deshalb als „Antinomie“, scheint jedoch nur die Möglichkeit anerkennen zu wollen, dass die objektiven Gehalte eines Grundrechts die subjektiven verstärken und nicht auch die umgekehrte Konstellation.

⁸⁶⁵ *S. Grimm*, Freedom of Media, in: Oxford HdB Freedom of Speech, S. 551 Rn. 29.3.

⁸⁶⁶ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 93; *Böckenförde/J. Wieland*, AfP 1982, 77 (78).

⁸⁶⁷ BVerfGE 95, 220 (234) – Aufzeichnungspflicht; *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 324; gegen „inhaltliche Verkürzungen der Rundfunkfreiheit“ durch die dienende Freiheit auch *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (372).

Dem Gesetzgeber ist etwa die „Auswahl und Anwendung von Kriterien, Perspektiven und Mitteln, anhand derer der beschriebene Inhalt der Vermittlungsfunktion konkretisiert und verwirklicht werden kann“,⁸⁶⁸ entzogen. Das BVerfG spricht von der „Vermittlung von Meinung und Information“⁸⁶⁹, was mit *Rossen* als „Kern unverfügbarer Freiheit“⁸⁷⁰ zu bezeichnen ist. Grundlage dieses Abwehrrechts ist der Status als Rundfunkveranstalter; das subjektive Recht gibt keinen Anspruch auf Rundfunkveranstaltung.⁸⁷¹ Der Zugang zu diesem Status als Rundfunkveranstalter lässt sich den in Ausfüllung der positiven Ordnung ergangenen Organisationsvorschriften entnehmen.⁸⁷² Aus der objektiven Dimension folgt lediglich ein „Grundrechtsbeachtungsanspruch.“⁸⁷³ Er gibt ein subjektives Recht auf rechtmäßiges Handeln im Rundfunkrecht. Jedoch bleibt auch eine dienende Medienfreiheit Freiheit.⁸⁷⁴ Sie ist weder Grundpflicht⁸⁷⁵ noch Ergebnis einer „totalen Institutionalisierung, Funktionalisierung, Entindividualisierung und Objektivierung“⁸⁷⁶ des Grundrechts. Das, was diese Freiheit von anderen Freiheiten abhebt, ist ihre Einbettung in grundgesetzliche Funktionen und die systemische Logik der Massenkommunikation, die auf der einen Seite Privilegien (etwa das Redaktionsgeheimnis), auf der anderen Seite (Sorgfalts-)Pflichten begründet.⁸⁷⁷ Die Medienfreiheit „bleibt, wie gezeigt, nicht karg negatorisch“.⁸⁷⁸ Die Logik hinter dieser komplexen Grundrechtsstruktur hat *Stock*⁸⁷⁹ versucht, auf ihr prägendes Merkmal zurückzuführen: das Nebeneinander von Distanz und Nähe. Nur so könne die Medienfreiheit der Informationsfreiheit dienen. „Ferne und Nähe sind beide gleichermaßen funktionell zu begründen“.⁸⁸⁰ Es geht um den Schutz der Vermittlungsfunktion, die vor Vermachtung geschützt werden muss. Also hat der Grundrechtsträger sowohl von der öffentlichen Gewalt als auch gegenüber Privaten, die sich auf die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen können, Distanz zu wahren. Deshalb ist die Rundfunkfreiheit ein „Rundumgrundrecht“. Sie verwehrt sich gegen „jede

⁸⁶⁸ *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 298 f.

⁸⁶⁹ BVerfGE 12, 205 (260) – Deutschland Fernsehen GmbH; BVerfGE 35, 202 (222 f.) – Umsatzsteuer.

⁸⁷⁰ *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 299.

⁸⁷¹ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 95.

⁸⁷² Diese Deutung auch bei *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 93.

⁸⁷³ BVerfGE 97, 298 (314) – Extra Radio.

⁸⁷⁴ Deutliche Zweifel bei *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 78.

⁸⁷⁵ Vgl. *Grimm*, Freedom of Media, in: Oxford HdB Freedom of Speech, S. 549 Rn. 29.3 unter Hinweis auf den freiheitlichen Fixpunkt der dienenden Freiheit; „Spuren von Grundrechtsobligatorischem“ sieht *Bethge*, NJW 1982, 2145 (2148) im Konzept dienender (Rundfunk-)Freiheit; im Fall eines funktionalen Verständnisses der Kunstfreiheit die Parallele zur Grundpflicht ablehnend *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 103.

⁸⁷⁶ *Bethge*, Verfassungsrechtliche Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 25.

⁸⁷⁷ v. *Lewinski*, Medienrecht, § 9 Rn. 132 spricht deshalb von der (dienenden) Medienfreiheit als „Medaille mit zwei Seiten“; vgl. auch für die Presse BVerfG-K, Beschl. v. 9.11.2022 – 1 BvR 523/21, Rn. 17.

⁸⁷⁸ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 335.

⁸⁷⁹ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 334 f.

⁸⁸⁰ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 334.

fremde Einflußnahme auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung der Programme“.⁸⁸¹ Dies richtet sich gegen jede „staatliche Beherrschung und Einflußnahme“⁸⁸², verbietet aber zugleich einen Zustand, wonach der Rundfunk „einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert“⁸⁸³ wird. Neben die Distanz als prägendes Merkmal tritt aber zugleich die Nähe zu alledem. Dies liegt daran, dass die Medien eine Vermittlungsrolle⁸⁸⁴ in einem grundrechtlich geschützten Kommunikationsprozess einnehmen. Die Medien initiieren und halten diesen Prozess am Laufen, er verläuft, so *Stock* anschaulich, durch die Medien hindurch.⁸⁸⁵ Nähe und Distanz ergeben eine „relative journalistische Autonomie“.⁸⁸⁶ Diese Freiheit besteht nicht im Interesse der Privaten, sondern der Funktion.⁸⁸⁷

2. Akademische Freiheit

Die verfassungsrechtliche Nähe zwischen Wissenschaftsfreiheit und verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rechtspflege wird seit langem betont. Der Vergleich zwischen der Lehrfreiheit des Art. 142 WRV und der richterlichen Unabhängigkeit geht auf *Anschütz* zurück.⁸⁸⁸ Der Begründungsansatz stützt sich auf die institutionelle Übermacht beider Gewährleistungen, die kein persönliches Freiheitsrecht schützen sollen. Der Staat müsse vielmehr die Unabhängigkeit beider sichern, damit freie Wissenschaft und Rechtsprechung die von der Verfassung in sie gesetzten Erwartungen erfüllen können. Im Folgenden soll innerhalb des Art. 5 Abs. 3 GG zwischen Forschungs- und Lehrfreiheit unterschieden werden.⁸⁸⁹

a) Forschungsfreiheit

Besonders stellte sich die Frage nach der dienenden Freiheit für den verbeamteten Hochschullehrer. Grundrechtliche Freiheit und beamtenrechtlicher Amtsstatus können für *Burmeister* nur über die Kategorie der dienenden Freiheit überhaupt

⁸⁸¹ BVerfGE 59, 231 (258) – WDR (Freie Mitarbeiter).

⁸⁸² BVerfGE 57, 295 (320) – FRAG; BVerfGE 71, 118 (152) – Privatrundfunk Niedersachsen.

⁸⁸³ BVerfGE 57, 295 (322) – FRAG; BVerfGE 83, 238 (296) – WDR.

⁸⁸⁴ *Grimm*, Rundfunk und Fernsehen 1987, 25 (27).

⁸⁸⁵ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 335 f.; so auch *Grimm*, Rundfunk und Fernsehen 1987, 25 (31 Fn. 23).

⁸⁸⁶ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 336.

⁸⁸⁷ So auch *Grimm*, Freedom of Media, in: Oxford HdB Freedom of Speech, S. 548 f. Rn. 29.3.

⁸⁸⁸ *Anschütz*, WRV, Art. 142, Anm. 4; den Vergleich für pertinent erachtend *K. Hailbronner*, Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, S. 80 f.; ablehnend *H. H. Rupp*, VVDStRL 27 (1969), 113 (119), weil Wissenschaft im Unterschied zur Rechtsprechung keine staatliche Kompetenz sei; ablehnend auch *Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, S. 133 allerdings mit schwacher Begründung, da er nur appelliert, anzuerkennen, dass Freiheit grundsätzlich privatnützig sei, was jedoch für bestimmte Grundrecht in dieser Schlichtheit in Frage steht.

⁸⁸⁹ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 172 ff. (dort ihre Zusammenfassung); (überwiegende) Zustimmung bei *Gärditz*, WissR 40 (2007), 67 (77 ff.); *ders.*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 50 f.

zusammen gedacht werden.⁸⁹⁰ Freiheit könne nur in der Amtsausübung bestehen, doch als Gegenstand des Grundrechts könne man die Amtsausübung gerade nicht begreifen, weil die Möglichkeit zu dieser vom Staat übertragen werde. Über diese statusbezogene Konstruktion einer dienenden Freiheit hinaus,⁸⁹¹ die vor allem die Einbindung des Wissenschaftlers in die staatliche Universität zum Anlass für eine Kritik eines privatnützigen Abwehrrechts und Begründung für ihre eigene Position heranzieht, hat sich die Idee einer dienenden Gewährleistung in Art. 5 Abs. 3 GG bislang nicht mit festen Konturen durchsetzen können. Sehr zurückgenommen ist die Fremdnützigkeit bei *Gärditz*, der diese als bloße Verfassungserwartung einordnet.⁸⁹² Die Förderung der Gemeinwohlbelange, vergleichbar mit der Situation bei der Meinungsfreiheit, stelle sich als Reflex dar. Der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG komme dem Erkenntnis- und Ermittlungsvorgang zu, so dass der Ausschluss gesellschaftlich unnützer Forschung konzeptionell nicht möglich sei.⁸⁹³ Das BVerfG hat eine scheinbar klassische dogmatische Erfassung gewählt, die den Doppelcharakter des Grundrechts betont.⁸⁹⁴ Es entnimmt dem Art. 5 Abs. 3 GG die Wertentscheidung und das Anerkenntnis einer „Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt“. Neben dem Abwehrrecht verbürgt die Vorschrift „das Entstehen des Staates [...] für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung [...] und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d. h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen“. Das Grundrecht erschöpft sich also nicht in der Ermöglichung der Entfaltung des einzelnen Grundrechtsträgers, sondern adressiert überindividuellen – wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen – Nutzen. Das Grundrecht ist Ausdruck „einer Möglichkeit des Menschseins“, die für den „Verfassungsstaat konstituierend und damit öffentlich“ ist.⁸⁹⁵ Vergleiche mit der Rundfunkfreiheit sind naheliegend⁸⁹⁶ und zugleich problematisch, weil nach der eben aufgezeigten Sicht das besondere personale Moment des Art. 5 Abs. 3 GG deutlich ausgeprägter als bei der Rundfunkfreiheit ist.⁸⁹⁷ Ob das Argument *Trutes* hingegen entscheidend ist, dass sich

⁸⁹⁰ Hierzu und im Folgenden *Burmeister*, in: FS Stern, S. 867 ff.; grundlegend bereits *K. Hailbronner*, Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, S. 73 ff.

⁸⁹¹ Nur wegen der Fokussierung auf die Idee des „Grundrechts der deutschen Universität“ eine dienende Freiheit überhaupt für möglich erachtend *Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, S. 130 ff., der dies jedoch auch i. E. ablehnt aufgrund grundrechtstheoretischer Vorannahmen; s. auch *Fehling*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 150, der eine dienende Freiheit nur für Universitäten und Fakultäten als Grundrechtsträger in Betracht ziehen möchte, nicht aber für den Wissenschaftler.

⁸⁹² *Gärditz*, Hochschulorganisation, S. 291; *ders.*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 17.

⁸⁹³ *Gärditz*, Hochschulorganisation, S. 290.

⁸⁹⁴ BVerfGE 35, 79 (114) – Hochschul-Urteil.

⁸⁹⁵ *Häberle*, AöR 110 (1985), 329 (349 f.).

⁸⁹⁶ *Dörr*, in: FS Hufen, S. 293.

⁸⁹⁷ Kritisch daher *Classen*, Wissenschaftsfreiheit, S. 245 f.; ablehnend *Gärditz*, Hochschulorganisation, S. 288 ff.

Art. 5 Abs. 3 GG, anders als die Rundfunkfreiheit, die sich auf die Informationsfreiheit bezieht, nicht in einen verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang einordnen,⁸⁹⁸ erscheint nicht ausgemacht. Für *Trute*⁸⁹⁹ liegt der Unterschied darin, dass Art. 5 Abs. 3 GG „die Inklusion der Freiheitsträger in die staatlich zur Verfügung gestellte oder unterhaltene Organisation“ bewirke, während die Rundfunkfreiheit die „Verfassung eines staatsfrei zu organisierenden Mediums öffentlicher Kommunikation“ absichere.⁹⁰⁰

b) *Lehrfreiheit*

Die von *Kaufhold* vorgenommene Unterscheidung zwischen Wissenschafts- und Lehrfreiheit⁹⁰¹ ermöglicht ihr, auch innerhalb der dienenden Natur der beiden Grundrechte zu differenzieren. Die Zurückhaltung, die das personale Moment der Wissenschaftsfreiheit einer Qualifikation als fremdnütziges, dienendes Grundrecht dem Interpreten auferlegt, muss nicht auf die Lehrfreiheit übertragen werden.⁹⁰² Die Lehrfreiheit sei vollständig auf den Lernenden⁹⁰³ und den Dialog mit diesem ausgerichtet.⁹⁰⁴ Lehrfreiheit bringe einen „gemeinschaftlichen Prozess“ zum Ausdruck, der ein Verständnis als individualistisches Grundrecht nicht zulasse.⁹⁰⁵ Hinzutrete eine kritische und kulturstaatliche Funktion der Lehrfreiheit. *Kaufhold* entnimmt der Lehrfreiheit die Entscheidung des Verfassungsgebers, „dass mit der Anerkennung einer grundsätzlichen umfassenden Gestaltungskompetenz der Lehrenden ein Bildungs- und Ausbildungssystem zu erreichen ist, welches den Interessen und Bedürfnissen der Lernenden und der auf die wissenschaftliche Ausbildung der nachfolgenden Generationen sowie auf die kulturstaatlichen Leistungen der Lehre angewiesenen Gesellschaft am besten gerecht wird“⁹⁰⁶. Dem Abwehrrecht kommt demnach keine entscheidende Bedeutung zu. Zum einen hat es bei *Kaufhold* keinen Wert für die Grundrechtsträger,⁹⁰⁷ doch vor allem genüge es nicht für

⁸⁹⁸ Deshalb eine Funktionalisierung des Art. 5 Abs. 3 GG ablehnend *Trute*, *Institutionalisierung*, S. 288.

⁸⁹⁹ *Trute*, *Institutionalisierung*, S. 288.

⁹⁰⁰ Eben jene Staatsfreiheit sieht *Trute*, *Institutionalisierung*, S. 288 ff. nicht bei Rundfunk- und Wissenschaftsfreiheit gleichermaßen als „Grundpostulat“, sondern bei der Wissenschaftsfreiheit soll es kein Gebot der Staatsfreiheit geben.

⁹⁰¹ *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 172 ff.; gegen eine Begrenzung von Lehre auf die Kommunikation der eigenen Forschung auch BVerfGE 126, 1 (23) – Fachhochschullehrer; *K. Hailbronner*, *Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht*, S. 164 f.; s. aber differenziert hierzu *Gärditz*, *JZ* 2010, 952 (954).

⁹⁰² Ihrer Konzeption als dienendes Grundrecht folgend *Bumke*, *VVDStRL* 69 (2010), 407 (451 ff.), der von einem „verantwortungsgebundenen Grundrecht“ spricht; Kritik bei *Gärditz*, *WissR* 40 (2007), 67 (80 ff.).

⁹⁰³ Für ein Grundrecht auf akademische Selbstbestimmung der Studierenden jüngst *Derfler*, *Trigger-Warnungen*, S. 253 ff.

⁹⁰⁴ Nur von einer mittelbaren Begünstigung der Studierenden durch die freie Lehre ausgehend *Britz*, in: *Dreier*, *GG*, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 31.

⁹⁰⁵ *Bumke*, *VVDStRL* 69 (2010), 407 (452).

⁹⁰⁶ *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 245.

⁹⁰⁷ *Kaufhold*, *Lehrfreiheit*, S. 29 f., 301 f.; zweifelnd *Gärditz*, *WissR* 40 (2007), 67 (82 f.).

die Verwirklichung des Normziels. Hierfür sei die Sachbereichsgarantie des Grundrechts entscheidend.⁹⁰⁸ Das BVerfG hat in der Fachhochschullehrer-Entscheidung angedeutet, dass es nicht jedes Tangieren des sachlichen Schutzbereichs der Lehrfreiheit als Eingriff bewertet. Denn für das Gericht „berühren dessen Recht, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten, und damit seine in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit“⁹⁰⁹ nur solche Anweisungen, die sich auf seine Lehre beziehen. Eine Eingriffswirkung setzt also eine Weisung voraus, die sich auf die Lehre im eigenen Fach bezieht, während die Anweisung zur fachfremden Lehre das Statusamt ausgestaltet.⁹¹⁰ Die Sicht auf die Lehrfreiheit als dienendes Grundrecht, das über das Amtsrecht der Ausgestaltung bedarf, ist strukturell in der Entscheidung angelegt.

3. Kunstfreiheit

Auch für die Kunstfreiheit wurde eine funktionale Sicht angedacht. Die gemeinsame textliche Verortung mit der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG begünstigt sicherlich ein solches Vorgehen. Was eine funktionale Deutung der Kunstfreiheit reizvoll erscheinen lässt, ist, dass sie von der Definition von Kunst dispensiert, weil der Prozess und die ihn tragenden Faktoren geschützt werden.⁹¹¹ Ein Kunstwerk entsteht durch einen Prozess zwischen Künstler und Umwelt, bei dem im Anschluss an innere Abläufe dieses zu Tage tritt.⁹¹² Der Prozess und die ihn konstituierenden Handlungen sind damit die Elemente, die schutzbedürftig sind.⁹¹³ Die Kunstfreiheit als dienend oder fremdnützig zu beschreiben, ist gleichwohl ein besonders heikles Unterfangen. Denn wenige Grundrechte sind in gleichem Maße wie die Kunstfreiheit durch den persönlichen Ausdruck und die Selbstverwirklichung des Grundrechtsträgers geprägt. Dies gilt selbst dann, wenn der Künstler auf staatliche Leistungen und Einrichtungen angewiesen ist.⁹¹⁴ Diese Erkenntnis darf aber nicht dazu verleiten, die Kunstfreiheit als frei von objektiven Gehalten zu sehen. Das Gegenteil ist richtig.⁹¹⁵ Denn „die Kunstfreiheit betrifft nicht nur den Künstler in seiner Klausur“.⁹¹⁶ Kunst ist Bedrängerin⁹¹⁷ und Bedrängte im Verhältnis zu Freiheitsphären Dritter.⁹¹⁸ Deshalb ist im Verhältnis zum Staat die Kunst-

⁹⁰⁸ Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 251 f.; a. A. Gärditz, WissR 40 (2007), 67 (82 ff.); Derfler, Trigger-Warnungen, S. 100, 106.

⁹⁰⁹ BVerfGE 126, 1 (24) – Fachhochschullehrer.

⁹¹⁰ Kaufhold, NJW 2010, 3276 (3279); anders Gärditz, JZ 2010, 952 (954): „berühren“ als Eingriff.

⁹¹¹ Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 98; Marsch, JZ 2021, 1129 (1133) versteht den Künstler dann auch als „Teilnehmer“.

⁹¹² Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 108 f.

⁹¹³ S. auch Ladeur, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG II (Kunstfreiheit) Rn. 49.

⁹¹⁴ Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 100, 261 ff.

⁹¹⁵ BVerfGE 36, 321 (330 f.) – Schallplatten; BVerfGE 30, 173 (188) – Mephisto; BVerfGE 119, 1 (121) – Esra; Wittreck, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 69 ff.

⁹¹⁶ Hufen, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 264.

⁹¹⁷ Bspw. die Sachverhalte bei BVerfGE 30, 187 – Mephisto; BVerfGE 119, 1 – Esra.

⁹¹⁸ So das Bild bei Marsch, JZ 2021, 1129 (1129).

freiheit heute⁹¹⁹ nur selten⁹²⁰ in ihrer Abwehrdimension gefordert.⁹²¹ Der Staat schafft in vielen Situationen auch erst die Bedingungen, die für die Kunst notwendig sind. Er wird zum Förderer der Kunst; das Grundrecht gebietet nicht nur ein Unterlassen vom Staat.⁹²² Wagt man sich an den Versuch einer funktionalen Deutung, steht man vor der Schwierigkeit, die Funktion der Kunst zu entdecken.⁹²³ Für *Hufen*⁹²⁴ kann die Funktion von Kunst nicht von der Zweckverfolgung des Grundrechtsträgers getrennt werden. Die Funktion ist also keine äußere, sondern hängt vom inneren Zweck ab. Das Konzept dienender Kunstfreiheit bei *Marsch*⁹²⁵ trägt den Eigengesetzlichkeiten der Kunst und ihrer Offenheit besonders Rechnung. Die Kunstfreiheit soll Gegenöffentlichkeiten im Subsystem Kunst schützen, an denen die Gesellschaft ein Interesse hat. Hierin liegt – wie bei der Wissenschaftsfreiheit – die soziale Funktion der Kunst⁹²⁶ und wie bei den Medien ihr Status als Infrastruktureinrichtung der Demokratie. Der entpersonalisierte Wortlaut, der sich auch bei der Wissenschaft und der Berichterstattung durch Rundfunk finden lässt, legt den Fokus auf den Schutz des Systems und des Prozesses der Kunst und nicht des Künstlers.⁹²⁷ Während die Funktion der Wissenschaftsfreiheit auf einen Diskursraum gerichtet ist, in dem besondere Richtigkeitsmaßstäbe wirken, ist der durch die Kunstfreiheit geschützte Diskursraum von konträren Richtlinien geprägt; er ist „Raum für die Entfaltung von (bisher) Undenkbarem“. Die Kunst ist demokratiefunktional: Die Kunst bewahrt die Demokratie vor Erstarrung, weil sie ein stets un abgeschlossener Prozess ist.⁹²⁸ Damit wird zum einen das personale Moment der Kunst besonders geschützt, weil dieses gerade auch Voraussetzung für die Funktionsrealisierung ist, zugleich aber auch die Kunstfreiheit nicht auf ein Grundrecht reduziert, was ausschließlich der Persönlichkeitsentfaltung seines Grundrechtsträgers dient.⁹²⁹ Sie ist funktionales Privileg. Dies erklärt auch, weshalb das deutsche Verfassungsrecht die künstlerische Meinungsäußerung nicht lediglich als von der Jedermannsmeinungsfreiheit geschützt ansieht.⁹³⁰ Die künstlerische Darbietung wäre eine bloße Äußerungsmodalität. Damit wäre aber die Funktion, Gegenöffentlichkeiten zu kreieren und offen zu halten,⁹³¹ nicht abgebildet.

⁹¹⁹ S. bereits BVerwGE 1, 303 – Sünderin.

⁹²⁰ Vgl. zum Jugendschutz BVerfGE 83, 130 – Josefine Mutzenbacher.

⁹²¹ Befund bei *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 64.

⁹²² *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 265; zu einer allgemeinen Förderpflicht auch *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

⁹²³ So auch v. *Arnauld*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 3 (Kunstfreiheit) Rn. 187.

⁹²⁴ *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 102.

⁹²⁵ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133 f.).

⁹²⁶ v. *Arnauld*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 3 (Kunstfreiheit) Rn. 187.

⁹²⁷ Allerdings weist auch Art. 4 Abs. 1 GG einen entpersonalisierten Wortlaut auf.

⁹²⁸ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133).

⁹²⁹ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133); *Ladueur*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG II (Kunstfreiheit) Rn. 49.

⁹³⁰ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133 f.). – Rechtsvergleichender Überblick bei *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 26.

⁹³¹ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133).

IV. Anwaltliche Grundrechte als dienende Freiheit

Dass die Medienfreiheit sowie die Forschungs- und Lehrfreiheit dienende Freiheitsgewährleistungen sind, wird bereits dadurch nahegelegt, dass es sich um Grundrechte handelt, die (z. T.) Trägern öffentlicher Gewalt zugewiesen sind, deren Handeln grundsätzlich nicht eigennützig ist und außerhalb punktueller Grundrechtsträgerschaft durch gesetzliche Kompetenzen legitimiert wird.⁹³² Für die anwaltliche Berufsfreiheit greift dieses Argument indes nicht. Wohl aber nimmt der Anwalt eine Vermittlungsfunktion wahr, die – so wurde gezeigt – Distanz und Nähe, Unabhängigkeit und Interessenvertretung gleichermaßen in sich vereint. Das einfache Berufsrecht bildet dies in § 3 BRAO ab (dazu unter 1.) und auch das BVerfG hat, freilich ohne dies auszubuchstabieren, Anzeichen für eine dienende Berufsfreiheit erkennen lassen (dazu unter 2.). Die dienende Berufsfreiheit deckt weite Strecken der Aufgabe als Organ der Rechtspflege ab, ohne sich mit dieser vollständig zu decken (dazu unter 3.). Aus der so beschriebenen dienenden Berufsfreiheit (dazu unter 4.) leiten sich konkrete dogmatische Konsequenzen ab (dazu unter 5.–7.), die das Grundrecht über das Abwehrrecht hinaus erweitern.

1. Einfachgesetzliche Konzeption einer dienenden Freiheit

§ 3 BRAO regelt bereits einfachrechtlich eine dienende Freiheit des Anwalts, indem subjektive wie objektive Elemente der Berufsausübungsfreiheit in einer spezifischen Weise zugeordnet werden (dazu unter a)). Gleichwohl kann dieses Prinzip durch einfaches, späteres Gesetz derogiert werden (dazu unter b)).

a) § 3 BRAO als einfachgesetzliche dienende Freiheit

aa) Objektiv-rechtlicher Programmsatz

Nach § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Hauptleistung der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten ist die Interessenwahrungspflicht.⁹³³ Über § 3 Abs. 1 BRAO ist die Bindung an den Mandanten nicht nur dem Privatrecht zuzuordnen, sondern sie ist auch Teil des öffentlichen Rechts. Noch deutlicher ist § 1 Abs. 2 BORA: „Die Freiheitsrechte des Rechtsanwalts gewährleisten die Teilhabe des Bürgers am Recht. Seine Tätigkeit dient der Verwirklichung des Rechtsstaats.“ Für den Einzelnen (nicht nur für den Bürger) und für den Rechtsstaat als solches erfüllt die anwaltliche Berufsfreiheit einen Zweck. § 1 Abs. 2 BORA übersetzt also die objektiv-rechtlichen verfassungsrecht-

⁹³² Hervorhebung dieses Umstandes bei *Burmeister*, in: FS Stern, S. 868 (für den verbeamteten Hochschullehrer).

⁹³³ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 64 Rn. 1; zur nur zurückhaltend anzunehmenden Möglichkeit der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des anwaltlichen Beratungsvertrages jüngst *Singer*, JZ 2021, 205 ff.

lichen Parameter aus Art. 103 Abs. 1 GG, 19 Abs. 4 GG und dem Rechtsstaatsprinzip ins einfache Satzungsrecht. Für den Strafverteidiger bringt der Wortlaut des § 137 StPO diesen instrumentellen Charakter der anwaltlichen Berufsausübung zum Ausdruck, in dem davon die Rede ist, dass der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers „bedienen“ kann. Dieser einfachgesetzliche Befund ist historisch gewachsen, denn bereits [v.] Gneist stellte die Interessen des rechtsuchenden Publikums an erste Stelle.⁹³⁴

bb) Versubjektivierung des Programmsatzes

Der objektiv-rechtliche Grundsatz⁹³⁵ aus § 3 Abs. 1 BRAO wird flankiert durch ein (nur durch Bundesgesetz) einschränkbares Recht des Rechtsanwalts, in Rechtsangelegenheiten aller Art vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden aufzutreten (§ 3 Abs. 2 BRAO) und durch ein solches des Jedermanns, sich – im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften⁹³⁶ – in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vertreten zu lassen. Beide Ansprüche sind miteinander verschränkt über den Programmsatz des § 3 Abs. 1 BRAO.⁹³⁷ Der eine Anspruch stellt sich als das Korrelat des anderen Anspruchs dar.⁹³⁸ Durch diese Regelungstechnik hat der Berufsrechtsgesetzgeber eine funktionale einfachgesetzliche Freiheit des Rechtsanwalts konzipiert. Jeder Anspruch nimmt für sich selbst eine Aussage des Grundgesetzes auf: § 3 Abs. 2 BRAO ist eine anwaltsspezifische Lektüre des Art. 12 Abs. 1 GG und § 3 Abs. 3 BRAO ist ein einfachgesetzliches Beistandsrecht, das im Verfassungsrecht gleichsam existiert. Im Rahmen des § 3 BRAO wird jedoch deutlich, dass beides – freiheitliche Berufsausübung und Recht auf anwaltlichen Beistand – nicht unverbunden nebeneinanderstehen kann. § 3 BRAO bringt zum Ausdruck, dass auch eine dienende Freiheit eine Freiheit ist.⁹³⁹ Der Gesetzgeber hat aus der historischen, episodenhaften Abschaffung des Anwaltsberufes⁹⁴⁰ die Schlussfolgerungen gezogen, dass er selbst nicht das Ziel von §§ 3 Abs. 1 BRAO, 1 Abs. 2 BORA zu realisieren vermag. Er ist vielmehr auf den Freiheitsgebrauch Privater angewiesen, der aber nicht zur Beliebigkeit ermächtigt, sondern einen Rückbezug auf § 3 Abs. 3 BRAO hat und somit den Rechtsuchenden in den Blick nimmt.⁹⁴¹

⁹³⁴ [v.] Gneist, Freie Advocatur, S. 58.

⁹³⁵ In diese Richtung Ch. Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 1, der eine Verbindung von § 3 Abs. 1 BRAO zu den Programmsätzen des § 1, 2 BRAO herstellt.

⁹³⁶ Rechtspolitisch diese Begrenzung ablehnend etwa Jaeger, NJW 2004, 1 (6f.); Heubel, Fair Trial, S. 99.

⁹³⁷ Vgl. Busse, in: Henssler/Prütting, § 3 BRAO Rn. 22.

⁹³⁸ Heubel, Fair Trial, S. 99.

⁹³⁹ Vgl. auch Busse, in: Henssler/Prütting, § 3 BRAO Rn. 22.

⁹⁴⁰ Vgl. hierzu Einl., § 4, A., IV., 1., S. 57.

⁹⁴¹ Ausdrücklich so auch Busse, in: Henssler/Prütting, § 3 BRAO Rn. 22.

b) Berufsrechtliche Durchbrechungen der dienenden Freiheit

Der Gesetzgeber ist jedoch nicht gehalten diese einfachgesetzliche Wertung des § 3 BRAO konsequent durchzuhalten. Dies folgt aus den Regeln, die die Kollision zweier Vorschriften gleichen Ranges auflösen.

aa) Informationspflichten beim anwaltlichen Inkasso

§ 43d BRAO legt einem Rechtsanwalt, der Inkassodienstleistungen erbringt, gewisse⁹⁴² Informationspflichten auf, die nicht gegenüber dem Mandanten, sondern gegenüber dem Schuldner des Mandanten bestehen. § 43d BRAO steht im systematischen Zusammenhang mit den Berufspflichten des Rechtsanwalts,⁹⁴³ scheint aber nicht dem objektiv-rechtlichen Grundsatz des § 3 Abs. 1 BRAO zu entsprechen. Denn wer berufener Interessenvertreter des Gläubigers ist, kann schwerlich dem Schuldner gesetzlich zur Offenlegung bestimmter Angaben verpflichtet sein. Dem Vorwurf an § 43d BRAO, die Norm stelle einen systemischen Bruch dar,⁹⁴⁴ kann aber nicht gefolgt werden. Sie setzt sich zwar mit dem Leitbild dienender Freiheit in Widerspruch, doch ist es dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich verwehrt, die Freiheit des Rechtsanwalts nicht nur im Hinblick auf Interessen des Mandanten, sondern auch im Namen des Schutzes Dritter zu begrenzen. Eine solche gesetzliche Vorschrift mag eine andere Qualität haben als eine solche, die der Wertung des § 3 BRAO entspricht, weil sie das Berufsbild tatsächlich beeinträchtigt und es nicht komplementiert, sie ist aber nicht ausgeschlossen.⁹⁴⁵ Diese andere Qualität spielt auf Ebene der verfassungsrechtlichen Maßstäbe eine Rolle.

bb) Umgehung des gegnerischen Anwalts

Ein strukturell vergleichbares Problem wie § 43d BRAO scheint § 12 Abs. 1 BORA zu adressieren, der einem Rechtsanwalt untersagt, den gegnerischen Anwalt „zu umgehen“. Die Vorschrift schützt die gegnerische Partei, die dem Anwalt „nackt“ gegenübersteht und droht, *ihrem* Recht aus § 3 Abs. 3 BRAO verlustig zu werden.⁹⁴⁶ Die Norm verbietet satzungsmäßig dem Anwalt ein Verhalten, was den Interessen seines Mandanten zupasskommt. Das subjektive Recht des Gegners aus § 3 Abs. 3 BRAO erfährt aber eine Aufwertung zu einem öffentlichen Interesse,⁹⁴⁷ jenem am Funktionieren der Rechtspflege. Damit scheint die Vorschrift doch dem

⁹⁴² Zu den verschiedenen Informationen s. *Deckenbrock*, ZRP 2020, 173 (175 f.).

⁹⁴³ Relativierend *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43d BRAO Rn. 8.

⁹⁴⁴ In diese Richtung aber *Deckenbrock*, ZRP 2020, 173 (174).

⁹⁴⁵ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 106 f. Rn. 27 betont zurecht, dass die berufsrechtliche Pflicht nicht weit über schuldrechtliche Verpflichtungen hinausgeht; vgl. *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43d BRAO Rn. 44 ff.; *Kilimann*, in: Weyland, § 43d BRAO Rn. 9; v. *Wedel*, in: Hartung/Scharmer, § 43d BRAO Rn. 69.

⁹⁴⁶ Auf das Recht auf anwaltlichen Beistand stellt auch v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 129 Rn. 40 ab.

⁹⁴⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvR 2272/00, NJW 2001, 3325 (3326); AnwG Karlsruhe, Beschl. v. 6.5.2004 – AG 1/2004, BRAK-Mitt. 2004, 181 (182).

Leitbild anwaltlicher Berufsausübung zu entsprechen. Es geht jedenfalls nicht um einen Wert der Kollegialität unter Rechtsanwälten bzw. der Standesloyalität.⁹⁴⁸ Damit veranschaulicht § 12 BORA zugleich die Herausforderungen, die mit einer dienenden Freiheit verbunden sind, weil der Zweck der Vorschrift eine bedeutende Weichenstellung für die (verfassungs-)rechtliche Einordnung der Vorschrift ist, oftmals sich jedoch nicht einfach erkennen lässt.

2. Dienende anwaltliche Berufsfreiheit in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur

Kämmerer hat der Berufsfreiheit der Freien Berufe ein „verfassungsrechtliches Paradoxon“ attestiert: Aufgrund der verfassungsrechtlichen Rechtspositionen der Dienstleistungsempfänger müsse der Staat in die Berufsfreiheit eingreifen, „zugleich aber ist der ‚Dienst an diesen Rechtsgütern‘ für die Berufe selbst konstitutiv und wird insoweit vom Grundrecht der Berufsfreiheit umschlossen.“⁹⁴⁹ Die zuvor von *Kämmerer* mangels institutionellen Substrats abgelehnte Figur der dienenden Freiheit⁹⁵⁰ kann nach hier vertretener Auffassung diesen Widerspruch auflösen. Das BVerfG lässt dieses Paradoxon erkennen und misst die Belastungswirkung von berufsrechtlichen Vorschriften nicht in der Person des Rechtsanwalts, sondern in der seines Mandanten.⁹⁵¹ Anhand dreier Entscheidungen soll verdeutlicht werden, dass das BVerfG Art. 12 Abs. 1 GG im Fall des Rechtsanwalts als Grundrechtsträger nicht in einer rein individuellen Dimension denkt und damit Ansatzpunkte für eine dienende Konzeption vorlegt.

a) Zeugenbeistand (BVerfGE 38, 105)

Als grundlegende Entscheidung eines „Anwaltsverfassungsrechts“ ist BVerfGE 38, 105 bereits genannt worden, weil sie ein „Recht auf anwaltlichen Beistand“ mit Verfassungsrang versieht.⁹⁵² Nun sollen die dort im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG getroffenen Aussagen genauer untersucht werden.

aa) Inhaltlicher Konnex zweier Verfassungsbeschwerden

Die Entscheidung ist deshalb für ein Verständnis als dienende Freiheit interessant, weil der Zweite Senat in diesem Sachverhalt über die Verfassungsbeschwerden von zwei verschiedenen Beschwerdeführern entscheiden musste: über die des Mandanten, dem der Beistand durch den Rechtsanwalt verwehrt wurde, und über die des Rechtsanwalts, dem es verwehrt wurde, seinem Mandanten beizustehen.

⁹⁴⁸ Hierzu *Scharmer*, in: Hartung/Scharmer, § 12 BORA Rn. 8; *Prütting*, in: Henssler/Prütting, § 12 BORA Rn. 2.

⁹⁴⁹ *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32.

⁹⁵⁰ Vgl. zum institutionellen Substrat auch zugleich Kap. 3, § 2, A., IV., 7. b., S. 398 ff.

⁹⁵¹ BVerfGE 101, 312 (327) – Versäumnisurteil.

⁹⁵² Vgl. hierzu Kap. 1, § 4, C., I., 3., S. 131 ff.

hen (Art. 12 Abs. 1 GG).⁹⁵³ Auch wenn das BVerfG die Verfassungsbeschwerden sukzessive prüft (und ihnen stattgibt), bedingt die Stattgabe der einen doch die Stattgabe der anderen. Nachdem der Senat festgestellt hatte, dass dem Zeugen der Beistand im Disziplinarverfahren durch einen Anwalt nicht hätte versagt werden dürfen (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Rechtsstaatsprinzip), leitet er ungewöhnlich die Prüfung der Verfassungsbeschwerde des Rechtsanwalts ein, denn „Der Rechtsanwalt ist in besonderem Maße geeignet und berufen, dem Zeugen rechtlichen Beistand zu leisten. Die angefochtenen Beschlüsse greifen deshalb zugleich in die berufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers zu 1) als Anwalt ein, dessen amtlich bestelltem Vertreter die Wahrnehmung eines erheblichen Teils der Beratungsaufträge der Beschwerdeführer zu 2) bis 7) verwehrt worden ist“.⁹⁵⁴ Die beiden Verfassungsbeschwerden werden also noch vor der Maßstabsbildung miteinander verschränkt. *Ch. Wolf*⁹⁵⁵ hat diese Konstruktion zurückgewiesen und sie für seine Demonstration angeführt, wonach Art. 12 Abs. 1 GG eine untaugliche Norm sei, um den verfassungsrechtlichen Status des Rechtsanwalts zu beschreiben, sondern nur „mittelbare Bedeutung“ erlangt. Für ihn geht es in der Entscheidung um die Wahrung von Justizgrundrechten des Mandanten, hingegen erscheint es ihm fraglich, ob „in dem Fall tatsächlich der Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet war“. Immerhin, so *Ch. Wolf*, führe diese Judikatur „zu einer zusätzlichen Absicherung der justizgrundrechtlichen Situation des Mandanten“. Die Reduzierung des Art. 12 Abs. 1 GG auf eine mittelbare Bedeutung erscheint ein zu weitgehender Ausschluss der berufsfreiheitlichen Norm. Was der Zweite Senat formuliert ist eine Verdichtung⁹⁵⁶ der anwaltlichen Berufsfreiheit auf die Wahrnehmung der Justizgrundrechte des Mandanten. Soweit der Rechtsanwalt an deren Durchsetzung mitwirkt, ist ihm die grundrechtliche Eingriffsabwehr an die Seite gestellt. Es geht also nicht um eine mittelbare Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern im Gegenteil um die zentrale Bedeutung der Prozessgrundrechte für Art. 12 Abs. 1 GG des Rechtsanwalts.

bb) Etikettenwechsel

Der Zweite Senat hat in dieser Entscheidung im Rahmen der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG das Bild des staatlich gebundenen Berufes und der amtsähnlichen Stellung verwendet.⁹⁵⁷ Wenn er von „besonderer Stellung“ spricht, kann die Entscheidung zwar so verstanden werden, dass die Vorrechte des Rechtsanwalts aus der

⁹⁵³ In BVerfG-K, Beschl. v. 10.3.2010 – 2 BvR 941/09, BeckRS 2010, 47961 gab eine Kammer des Zweiten Senates der Verfassungsbeschwerde eines Zeugen statt, eine seiner Rechtsanwälte wird nicht erwähnt; in BVerfG-K, Beschl. v. 17.4.2000 – 1 BvR 1331/99, NJW 2000, 2660 ff. gibt, dieses Mal aufgrund der Rüge des Art. 12 Abs. 1 GG, eine Kammer des Ersten Senates der Verfassungsbeschwerde eines Rechtsanwalts statt.

⁹⁵⁴ BVerfGE 38, 105 (118 f.) – Zeugenbeistand.

⁹⁵⁵ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 46; *ders.*, in: FS Schneider, S. 418.

⁹⁵⁶ In diese Richtung wohl auch *Ahrens*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 36 Rn. 974 f.

⁹⁵⁷ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., I., 2., a), S. 152 ff.

amtsähnlichen Stellung folgen, aber es wird doch deutlich, dass das BVerfG aus dem Zusammenhang der Berufsfreiheit mit den Justizgrundrechten des Mandanten eine spezifische Legitimation für Vorrechte (aber auch Pflichten) des Rechtsanwalts zieht, m. a. W. seine einfachgesetzliche Organstellung.⁹⁵⁸ Die Zeugenbeistands-Entscheidung illustriert, dass sich grundrechtliche Argumentationsmuster mit verschiedenen Etiketten versehen lassen. Die Idee des Zweiten Senats – Verschränkung der Grundrechte des Rechtsanwalts und des Mandanten – kann mit einer funktionalen Grundrechtsdeutung beschrieben werden. Für diese hat sich bei den Kommunikationsgrundrechten das Etikett der dienenden Freiheit als anschlussfähig erwiesen. Dass es (nur) das Etikett des staatlich gebundenen Berufes ist, das verfassungsrechtlich als ungenau zurückgewiesen wird, zeigt auch, wie der Erste Senat⁹⁵⁹ die Zeugenbeistands-Entscheidung rezipiert hat. Er nimmt zwar zur Kenntnis, dass der Zweite Senat terminologisch den staatlich gebundenen Beruf bemüht, sieht aber *inhaltlich* keinen Dissens mit ihm. Denn die „wichtige Funktion im Kampf ums Recht“, um deren Willen Rechtsanwälte „weitergehende Befugnisse und damit korrespondierende Pflichten als ihren Mandanten zukommen“, sowie die Anwendbarkeit der Berufsfreiheit stehen übereinstimmend zwischen den Senaten fest. Für den Ersten Senat ist also die Grundlage für die Anerkennung als Organ der Rechtspflege – und den hieraus resultierenden einfachgesetzlichen Befugnissen und Pflichten – die Funktion des Rechtsanwalts für die Justizgrundrechte. § 1 BRAO ist kein Eingriffstatbestand, sondern die Beschreibung einer Funktion. Nichts anderes hat aber der Zweite Senat getan, als er auf die Verschränkung von § 3 Abs. 1, 2, 3 BRAO eingegangen ist und aus § 1 BRAO eine spezifische „Stellung“ abgeleitet hat. Das Eingehen auf die „Stellung“ des Rechtsanwalts ist zwar nicht so eindeutig wie der vom Ersten Senat gewählte Begriff der „Funktion“ des Rechtsanwalts, doch auch er lässt sprachlich erkennen, dass es ihm um die Einordnung des Rechtsanwalts in den Prozess der Rechtspflege geht. Es geht nicht um die Stellung als solche, sondern um die spezifische Stellung gegenüber dem Rechtssuchenden und den anderen Akteuren. Damit hat der Erste Senat das Etikett des staatlich gebundenen Berufes abgelöst, weil es ihm unpassend schien, aber an der grundrechtlichen Funktionalisierung, die der Zweite Senat auf den Weg gebracht hat, nicht gerührt.

b) Geldwäsche (BVerfGE 110, 226) und Anwaltsdaten (BVerfGE 113, 29)

Es ist bereits auf die Entscheidung zur Strafbarkeit der Geldwäsche durch den Strafverteidiger anlässlich des Gewährleistungsinhalts der anwaltlichen Berufsfreiheit eingegangen worden.⁹⁶⁰ Als unverzichtbare Grundlage der Berufsausübung habe die Verschwiegenheitspflicht Teil am durch Art. 12 Abs. 1 GG ver-

⁹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 38, 105 (119) – Zeugenbeistand.

⁹⁵⁹ Hierzu und im Folgenden BVerfGE 63, 266 (284 f.) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

⁹⁶⁰ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II, 2., b), bb), (2), S. 171 ff.

mittelten Schutz.⁹⁶¹ Wie schon in der Zeugenbeistands-Entscheidung gestattet das BVerfG dem Rechtsanwalt mittels einer auf die Berufsfreiheit gestützten Verfassungsbeschwerde Interessen des Mandanten zu verteidigen.⁹⁶² Denn es wurde gezeigt, dass die anwaltliche Verschwiegenheit zwar auch Allgemeinwohlinteressen und wohl auch mittelbar dem Rechtsanwalt dient, doch schützt sie vor allem auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mandanten, sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, seine von Berufsfreiheit umfassten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und sein Recht sich nicht selbst belasten zu müssen.⁹⁶³ Diese Privatheitsgrundrechte formen den Schutzgehalt der anwaltlichen Berufsfreiheit aus, richten sie auf diese aus, denn dem „Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, im Rahmen seiner freien und von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Berufsausübung seinen Mandanten umfassend beizustehen.“⁹⁶⁴ Hierfür bedarf es aber eines verschwiegenen und rechtskundigen Beraters. Die Verschwiegenheitspflicht wird also als Element einer drittnützigen Berufsfreiheit begriffen.⁹⁶⁵ Weil der Gesetzgeber mit § 261 StGB nicht die Förderung der Grundrechte des Mandanten bezweckte, sondern ein Ziel verfolgte, das mit der Freiheit des Rechtsanwalts und jenen des Mandanten in thematischem Widerspruch steht, kommt der Vorschrift eine besondere Belastungswirkung zu. Die Anwaltsdaten-Entscheidung⁹⁶⁶ verdeutlicht dies: Mandanten kündigen aus Sorge des staatlichen Datenzugriffs ihre Mandatsverhältnisse, was die anwaltliche Berufsausübung in wirtschaftlicher Hinsicht tangiert. Infolgedessen stehen die Rechtssuchenden, die „Schuldigen“ wie die „Unschuldigen“, ohne anwaltlichen Beistand da. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle verdichtet sich bei einem derartigen Gesetz. Diese Perspektive der drittnützigen Berufsfreiheit des Zweiten Senats hat der Erste Senat in der Entscheidung zum Erfolgshonorar aufgegriffen. Dort war jedoch die verfassungsrechtliche Herausforderung für das Grundrecht nicht der mit dem Verbot verfolgte Zweck, sondern seine konkrete Ausgestaltung.

c) Erfolgshonorar (BVerfGE 117, 163)

Der Sachverhalt in BVerfGE 117, 163 war, wie zurecht gesagt wurde,⁹⁶⁷ äußerst geeignet um § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO a. F.,⁹⁶⁸ der ein Totalverbot anordnete, verfas-

⁹⁶¹ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

⁹⁶² Ch. Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 45.; ders., in: FS Schneider, S. 418.

⁹⁶³ Hierzu ausführlich Roser, Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses, S. 61 ff.

⁹⁶⁴ BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten; s. schon BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

⁹⁶⁵ Ebenfalls, wenn auch mit Kritik an einer solchen Konzeption, Mayen, AnwBl. 2011, 405 (411).

⁹⁶⁶ BVerfGE 113, 29 (49) – Anwaltsdaten.

⁹⁶⁷ Kirchberg, BRAK-Mitt. 2007, 74 (74).

⁹⁶⁸ „Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis), sind unzulässig.“ – S. heute nunmehr die erweiterten Möglichkeiten in § 4a Abs. 1 RVG.

sungsrechtlich in Frage zu stellen.⁹⁶⁹ Die Beschwerdeführerin vertrat (erfolgreich) mittellose amerikanische Mandanten, deren Vorfahren als Juden in Deutschland entrechtet wurden und hierfür Entschädigungen begehrten – deren Durchsetzung konnten die Nachfahren jedoch mangels Vermögens nur durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars bewirken. Der Anwaltssenat des BGH hielt die berufsgerichtliche Verurteilung durch den AGH aufrecht. Die Beschwerdeführerin griff unmittelbar die Entscheidungen und mittelbar das Gesetz an, da sie die Vorschrift für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar hielt, „wenn – wie in ihrem Fall – mittellose Rechtsuchende nur über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu ihrem Recht kommen könnten.“⁹⁷⁰ Die Begründung der Verfassungsbeschwerde lässt also bereits erkennen, dass die Verletzung der Berufsfreiheit gerade daraus resultieren soll, dass der Anspruch auf Justizgewährung der Mandanten durch das Verbot des Erfolgshonorars verletzt wird, weil diese aus wirtschaftlichen Gründen an der Rechtsverfolgung gehindert sind. Die Entscheidung verdient eine nähere Betrachtung, weil sie aufzeigt, wie anwaltsverfassungsrechtliche Textbausteine auf die schiefe Ebene führen (dazu unter aa)), aber auch wie ein überzeugender berufsfreiheitlicher Ansatz als dienende Freiheit aussehen kann (dazu unter bb)). Gesetzgeberische Interventionen im Bereich der anwaltlichen Berufsfreiheit werden durch den Ersten Senat noch als Eingriff und nicht als Ausgestaltung verstanden, was vorliegend freilich ohne Ergebnisrelevanz bleibt (dazu unter cc)).

aa) Ein misslungener Rückgriff auf das Ansehen der Anwaltschaft

Der Erste Senat findet eine Reihe von Allgemeinwohlerwägungen, die er als legitimes Ziel des Eingriffes in die anwaltliche Berufsfreiheit anerkennt; sei es aus voller verfassungsgerichtlicher Überzeugung (Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit und Schutz des Rechtsuchenden vor Übervorteilung), sei es aufgrund einer gerade noch vertretbaren Annahme des Gesetzgebers, die das Gericht nicht in Frage stellen will (Schutz der prozessualen Waffengleichheit). Andere Motive (Furcht vor einer „Prozessflut“ oder den Schutz der Kostenerstattung⁹⁷¹) verwirft das Gericht. Dabei fällt auf, dass der Erste Senat zwei der drei übrig gebliebenen Belange als Allgemeinwohlbelang behandelt. Dies gilt selbst für den Schutz des Mandanten vor einer Übervorteilung, denn für das Gericht steht hinter diesem Ziel letztlich vor allem das Vertrauen der Bevölkerung in eine funktionierende Rechtspflege.⁹⁷²

⁹⁶⁹ Ausführlich zur Geschichte des Erfolgshonorars im deutschen Recht *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, S. 35 ff.

⁹⁷⁰ So die Wiedergabe der Antragschrift bei BVerfGE 117, 163 (172) – Erfolgshonorar.

⁹⁷¹ Rechtsvergleichend zum englischen Recht *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, S. 440 ff., das eine Kostenerstattung des angemessenen Erfolgshonorars gerade anordnet, damit das Erfolgshonorar die verfolgten Ziele auch erreichen kann; s. zum französischen Recht erstmals rechtspolitisch für eine Kostenerstattung des stets vertraglich vereinbarten Honorars der Rapport des États généraux de la Justice v. 8.7.2022, S. 179, ohne zu differenzieren, ob es sich um ein Erfolgshonorar handelt oder nicht.

⁹⁷² BVerfGE 117, 163 (184) – Erfolgshonorar.

Unabhängigkeit des Rechtsanwalts: Das dominierende Argument stellt die Unabhängigkeit des Anwalts dar; diese, so der Gesetzgeber, könne gefährdet werden, „wenn bei der Führung der Sache wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag geben könnten.“⁹⁷³ Dieses legitime Ziel erkennt der Erste Senat an, nicht ohne (einschränkend) vorab festzuhalten, dass das „eigene wirtschaftliche Interesse des Rechtsanwalts an dem erfolgreichen Abschluss eines Mandats für sich genommen noch keine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit“ herbeiführen kann. Allerdings bestehen „vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums [...] keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass der Gesetzgeber bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars von einer spezifischen Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit ausgeht, weil hierdurch eine weitgehende Parallelität der wirtschaftlichen Interessen von Rechtsanwalt und Auftraggeber herbeigeführt wird. [...] Vor allem aber liegt die Befürchtung nicht völlig fern, dass mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung für unredliche Berufsträger ein zusätzlicher Anreiz geschaffen werden kann, den Erfolg ‚um jeden Preis‘ auch durch Einsatz unlauterer Mittel anzustreben“.⁹⁷⁴ Dieser Topos rechtfertigt bis heute den gesetzgeberischen Widerstand gegen eine vollständige Liberalisierung der Materie.⁹⁷⁵ Dabei versteht das BVerfG aber hierunter nicht die Unabhängigkeit in ihren klassischen Dimensionen – gegenüber dem Staat, der Gesellschaft oder dem Mandanten⁹⁷⁶ – sondern vielmehr gegenüber dem „Anliegen“⁹⁷⁷ des Mandanten oder m. a. W. gegenüber dem Mandat selbst.⁹⁷⁸ Es soll, so hat *Kerstiges*⁹⁷⁹ jüngst zutreffend betont, nicht die Einflussnahme von außen auf die Mandatswahrnehmung verhindert werden, sondern es sollen vielmehr „bestimmte intrinsische Handlungsmotive ausgeschlossen werden“. Rechtswidrige Handlungen, zu denen eine erfolgsabhängige Vergütung verleiten könnte, sollen unterbunden werden und der Rechtsanwalt zur Rechtstreue angehalten werden. Das kann deshalb notwendig sein, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Rechtsanwalt in weit größerer Regelmäßigkeit als der Jedermann Rechtswidrigkeiten begehen könne, sobald sich die Gelegenheit hierzu bietet, denn ansonsten bedürfte es über die Sanktionierung von Fehlverhalten hinaus keine Regulierung. In der Sozietätswechsel-Entscheidung hatte der Erste Senat noch judiziert, das „anwaltliche Berufsrecht [...] auch nicht auf der Annahme [beruht], dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.“⁹⁸⁰ Diese Perspektive, wonach der Rechtsanwalt eigenverantwortlich Konfliktsituationen einschätzt und auflöst, folgt – wie das BVerfG betont – aus § 1

⁹⁷³ RegE, BT-Drs. 12/4993, S. 31; sehr kritisch zum Topos *Römermann*, AnwBl. Online 2020, 588 (610 f.).

⁹⁷⁴ BVerfGE 117, 163 (183 f.) – Erfolgshonorar; kritisch *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063).

⁹⁷⁵ RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 16.

⁹⁷⁶ So auch *Römermann*, AnwBl. Online 2020, 588 (610 f.).

⁹⁷⁷ BVerfGE 117, 163 (184) – Erfolgshonorar.

⁹⁷⁸ *Kerstiges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 277.

⁹⁷⁹ *Kerstiges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 277.

⁹⁸⁰ BVerfGE 108, 150 (162) – Sozietätswechsel.

BRAO.⁹⁸¹ Aber auch vor dem Hintergrund, dass Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG ein anwaltliches Beistandsrecht sichern, erscheint diese Annahme fernliegend. Der Rechtsstaat sichert keine Institution tatgeneigter Berater. Vielmehr können die Ausführungen des Gerichts nur mit der Qualität anwaltlicher Rechtsverstöße begründet werden, die eine besondere Schutzpflicht begründet. Ausbuchstabiert hat das Gericht dies im Recht der Freien Berufe für die Hebamme.⁹⁸² Dem Gesetzgeber räumte das Gericht einen weiten Spielraum bei der Gefahrprognose ein, weil für den Beruf im Rahmen der Daseinsvorsorge eine Art „Benutzungszwang“ besteht; die Dienstleistungsempfänger also auf ihn angewiesen sind. Dies rechtfertigt einen weitreichenden Schutz ihrer Rechtsgüter vor unqualifizierter und mangelhafter Leistungserbringung. Eine ähnliche Rolle nimmt auch der Rechtsanwalt im Rahmen der Rechtspflege wahr. Rechtsverstöße durch diese berühren zudem neben den Rechtsgütern des Mandanten einen Kernbereich staatlicher Aufgabenwahrnehmung.⁹⁸³ Dem Gesetzgeber kann es deshalb darum gehen, einen institutionellen Schutz des Berufsstandes zu verwirklichen. Denn Rechtsverstöße können das Gesamtvertrauen erschüttern und damit die Institution als solche berühren. An dieser hat das Grundgesetz jedoch ein besonderes Interesse. Deshalb untersagt § 43a Abs. 1 BRAO das Eingehen von Bindungen, die die Unabhängigkeit sofort „beseitigen“. Das Eingehen einer solchen Bindung ist schon nicht vom Gewährleistungsinhalt der Berufsfreiheit umfasst, da sie strukturell eine Gefährdung für die Rechtspflege und die Interessen des Mandanten begründet. Das Eingehen einer Vereinbarung über ein Erfolgshonorar ist hingegen von einer anderen Qualität, denn nicht bereits die Vereinbarung selbst beseitigt die Unabhängigkeit und nimmt dem Rechtsanwalt seine Eignung als unabhängiges Organ der Rechtspflege und berufener unabhängiger Interessenvertreter des Mandanten. Sondern die Unabhängigkeit wird in der Vorstellung des Gerichts dann beeinträchtigt, wenn in einem zweiten Schritt der Rechtsanwalt durch die Vereinbarung zur Rechtswidrigkeit verführt wird. Deshalb ist aus dem Gewährleistungsinhalt der Berufsfreiheit nicht der Abschluss einer solchen Vereinbarung herauszunehmen. Wie *Kerstges* richtig erkannt hat, entwickelt sich hieraus institutionell nur dann eine Gefahr, wenn eine Großzahl an Rechtsanwälten dazu bereit ist, solche Gelegenheiten zum Rechtsbruch wahrzunehmen. Wenn dies aber die Annahme des Gesetzgebers ist, dann hat dieser selbst kein Vertrauen mehr in die Rechtsanwaltschaft. Dann ist es widersprüchlich, wenn er den Schutz eines solchen Vertrauens versucht gesetzlich sicherzustellen.⁹⁸⁴ Dass derartige Inkonsistenzen⁹⁸⁵ im Berufsrecht ansonsten durch das BVerfG sanktioniert werden, zeigt die Entscheidung zur Singular-

⁹⁸¹ So auch und mit einer anschließenden Übertragung auf den Insolvenzverwalter *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 159 f.

⁹⁸² BVerfGE 9, 338 (347) – Hebammenaltersgrenze.

⁹⁸³ *Wais*, JZ 2022, 404 (409) sieht vor allem eine Gefahr für die Rechtskraft, weil ein Prozessbetrug des Rechtsanwalts einen Fall der Restitutionsklage nach § 580 Nr. 4 Var. 1 ZPO darstellt.

⁹⁸⁴ Grundlegend *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 278 f.

⁹⁸⁵ Hierzu *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 21.

zulassung am OLG.⁹⁸⁶ Die Vorschrift wurde für verfassungswidrig erklärt, weil der Gesetzgeber selbst letztlich nicht mehr davon ausging, dass die Regelung zur Zielverwirklichung geeignet ist und sich „zunehmend und deutlicher von seiner ursprünglichen Einschätzung distanziert hat“. Das Regelungsziel war mit der Ausgangsannahme des Gesetzgebers nicht mehr kongruent; eine solche Inkongruenz liegt auch der Regelung des Erfolgshonorars zugrunde.

Mandantenschutz: Die zweite Säule der deutschen Tradition ist der Schutz des Mandanten vor „Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze“. Der Mandant würde einer unangemessenen erfolgsbasierten Vergütung zustimmen, weil der Anwalt ihn über die tatsächlichen Erfolgsaussichten täuschen könne, weil er gegenüber dem Mandanten überlegenes Wissen habe. Die Informationsasymmetrie sei bei einer Vereinbarung über ein Erfolgshonorar ungleich größer als bei einer klassischen Vergütungsvereinbarung. Wiederum geht der Gesetzgeber also davon aus, dass die Rechtstreue des Rechtsanwalts auf die Probe gestellt wird, worauf der Gesetzgeber reagieren muss. Das Individualschutzgut des Mandantenschutzes – strukturell verwandt mit dem Verbraucherschutz – ist ein legitimes Ziel.⁹⁸⁷ Allerdings belässt es das Gericht nicht bei dieser Zuordnung, sondern will dieses Schutzgut auch als wichtig für das Ansehen der Anwaltschaft begreifen. Das führt aber wiederum zur Inkonsistenz der Begründung. Denn wenn so viele Rechtsanwälte in der Vorstellung des Gesetzgebers bereit sind überhöhte Vergütungen zu verlangen, dann schützt er ein Vertrauen, das er selbst nicht mehr hat.⁹⁸⁸

Waffengleichheit: Als dritter Grund wird die Waffengleichheit angeführt. Diese ist für das Gericht nur der Rechtssphäre des Mandanten zuzuordnen. Das greift aber zu kurz, weil die objektiven Gehalte auch Verfahrensprinzipien darstellen, die der grundgesetzlichen Rechtspflege inhärent sind. Ob der Belang aber auf vernünftigen Erwägungen beruht, ist doch zweifelhaft.⁹⁸⁹ Das Gericht sieht zwar, dass nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte eine Vereinbarung über ein Erfolgshonorar abschließen kann. Es glaubt aber, dass der Beklagte schwerer definieren könne, was ein Erfolg und somit die Grundlage für die Vergütung sei.⁹⁹⁰ Eine solche Argumentation ist nicht kohärent mit der gesetzlichen Erlaubnis der Prozessfinanzierung auf Erfolgsbeteiligungsbasis, auch in Verbindung mit einer Inkassodienstleistung, die tatsächlich nur dem Kläger zur Verfügung steht.⁹⁹¹ Strukturelle,

⁹⁸⁶ BVerfGE 103, 1 (13 ff.) – Singularzulassung OLG II.

⁹⁸⁷ Zum Ziel von Vergütungsregelungen, Informationsasymmetrien abzubauen auch *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (363 f.); zum Verbraucherschutz jüngst *Starke*, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 63 ff. (zur Verankerung im Verfassungsrecht), 83 ff. (zum Verbraucherschutz als Schranke wirtschaftlicher Grundrechte); zur Übertragbarkeit dieses Arguments auf die anwaltliche Prozessfinanzierung *Wais*, JZ 2022, 404 (409).

⁹⁸⁸ *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 281.

⁹⁸⁹ Instrukтив *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063); *Wais*, JZ 2022, 404 (407 f.).

⁹⁹⁰ BVerfGE 117, 163 (185) – Erfolgshonorar; a. A. *Römermann*, AnwBl. Online 2020, 588 (611); für *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063) ist die Waffengleichheit ein „interessanter, aber kaum überzeugender Ansatz“.

⁹⁹¹ *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 283.

auf die Waffengleichheit bezogene Merkmale, die eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum Erfolgshonorar begründen sollen, sind nicht ersichtlich.⁹⁹²

bb) Eine überzeugende dienende Konzeption

Dass bei *Kilian* die Entscheidung ein „Störgefühl“⁹⁹³ auslöst, mag daran liegen, dass der Erste Senat die Lösung im Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht in der Auseinandersetzung mit den von ihm benannten und grundsätzlich auch von ihm anerkannten Allgemeinwohlbelangen und deren fehlender Rechtfertigungskraft gegenüber berufsfreiheitlichen Beschränkungen sucht,⁹⁹⁴ sondern im verfassungsrechtlichen Zusammenhang zwischen anwaltlicher Berufsfreiheit und Justizgrundrechten des Mandanten.⁹⁹⁵ Er judiziert, dass dieses Totalverbot einer erfolgsbasierten Vergütung auf Grund seines umfassenden Geltungsanspruchs einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte berufsbezogene Vertragsfreiheit darstelle. Dieser sei aber erst deshalb verfassungswidrig, weil es zu „nachteiligen Folgen für die Wahrnehmung und Durchsetzung der Rechte des Einzelnen“,⁹⁹⁶ der gerade nicht Regelungsadressat⁹⁹⁷ der angegriffenen Vorschrift war, führt. Die Vorschrift sei deshalb mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar (nicht nichtig, wie § 78 Satz 1 BVerfGG vorsieht⁹⁹⁸). Dem Gesetzgeber obliege es, wenn er sich nicht für eine vollständige Preisgabe entscheide, eine Ausnahme für Sachverhalte vorzusehen, in „denen auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers bei verständiger Betrachtung erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die In-

⁹⁹² Kerstges, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 283.

⁹⁹³ *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063).

⁹⁹⁴ Zu diesem Maßstab der Verhältnismäßigkeitskontrolle von Berufsausübungsvorschriften allgemein *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 101. – S. aber BVerfGE 117, 163 (193) – Erfolgshonorar: „Mit der Regelung in § 49b Abs. 2 BRAO a. F. ist die Grenze der Angemessenheit für den Regelfall gewahrt. Zwar stellt das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare keinen geringen Eingriff in die Berufsfreiheit dar [...] Demgegenüber sind die mit dem Verbot des § 49b Abs. 2 BRAO a. F. verfolgten Interessen des Gemeinwohls – insbesondere mit Blick auf das durch sie berührte Interesse an einer funktionierenden Rechtspflege – im Grundsatz gewichtig genug, um die Zumutbarkeit der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit zu begründen.“

⁹⁹⁵ Die Konstellation ist auch vom additiven Grundrechtseingriff, den das Gericht in BVerfGE 123, 186 (266) – Basistarif in der Krankenversicherung und BVerfGE 130, 373 (392) – Maßregelvollzug anspricht, zu unterscheiden, denn dort fragte das Gericht sich am Ende seiner Betrachtung, ob mehrere durch die Vorschrift bewirkte Grundrechtseingriffe, die allesamt einzeln verhältnismäßig sind, in ihrer Zusammenschau die Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen Vorschrift begründen.

⁹⁹⁶ BVerfGE 117, 163 (194) – Erfolgshonorar. – *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: HdB GR III, § 68 Rn. 72 spricht sich auch für die Beachtung mittelbarer Auswirkungen aus. Diese erscheinen jedoch sehr abstrakt und nicht auf die konkrete Grundrechtsposition eines anderen Grundrechtsträgers bezogen (Rechtsüberzeugung, Rechtsfrieden, Rechtsgehorsam).

⁹⁹⁷ Wenn *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 103 von der Angemessenheit gegenüber der „Gesamtheit der von ihr [der angegriffenen Vorschrift] Betroffenen“ spricht, dann meint er ersichtlich nur die Regelungsadressaten.

⁹⁹⁸ Kritik hieran bei *Zuck*, JZ 2007, 684 (685), denn dadurch unterblieb die Aufhebung der anwaltsgerichtlichen Verurteilung der Beschwerdeführerin, der vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts kein materieller Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten angelastet werden konnte.

anspruchnahme qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht“.⁹⁹⁹ *Kilian* fasst dies so zusammen: „Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit, von Verbraucher-schutzinteressen und des Prinzips der prozessualen Waffengleichheit hinzunehmen sind, wenn es gilt, Bürgern den Zugang zum Recht sicherzustellen“.¹⁰⁰⁰ Grundrechtlich bedeutet dies, dass sich der Erste Senat von den – letztlich auch nicht konsistenten – Überlegungen eines abstrakt gebliebenen Allgemeinwohlbelangs (stillschweigend) gelöst hat, und auf die subjektiven Grundrechtspositionen des Mandanten abstellt. Das Berufsrecht muss die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs, einen effektiven Rechtsschutz und die Justizgewährung sichern. Wenn es aber für diese Grundrechte maßgeblich auf den anwaltlichen Beistand ankommt, dann ist das Berufsrecht auch im Hinblick auf diese Grundrechte in den Blick zu nehmen und zu fragen, ob es den Zugang zu einem Rechtsanwalt in Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht gewährleistet. Die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts dient diesen Grundrechten.

cc) Eine dienende, aber auch ausgestaltungsbedürftige Freiheit?

Ob es sich bei dieser und allgemein bei Vergütungsregeln um einen Eingriff, oder nicht vielmehr um eine dysfunktionale, da nicht die Justizgrundrechte fördernde, sondern behindernde Ausgestaltung der Berufsfreiheit handelt, ist noch offen.¹⁰⁰¹ Kurz nach BVerfGE 117, 163 zum Erfolgshonorar hat BVerfGE 118, 1 zur RVG-Kappungsgrenze hierfür Impulse geliefert und sich grundrechtsdogmatisch von einer Prüfung in klassischen Bahnen – Schutzbereich, Eingriff, verfassungsrechtliche Rechtfertigung – gelöst.¹⁰⁰²

3. Grund und Reichweite einer dienenden Freiheit

Wenn die dienende Freiheit maßgeblich durch das Beistandsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG sowie die Mitwirkung an der Rechtspflege begründet wird, steht eine einheitliche Konzeption der dienenden Berufsfreiheit auf unsicherem Grund (dazu unter a)). Die Lösung ist über den grundrechtlichen Entstehenschutz zu suchen (dazu unter b)).

⁹⁹⁹ BVerfGE 117, 163 (200) – Erfolgshonorar.

¹⁰⁰⁰ *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063).

¹⁰⁰¹ Vgl. hierzu dann unter Kap. 3, § 2, B., II., S. 419 ff.

¹⁰⁰² Den Wandel zwischen BVerfGE 117, 163 und BVerfGE 118, 1 bemerkt auch *Zuck*, JZ 2008, 287 (292), der feststellt, dass auf Grundlage des in BVerfGE 118, 1 vertretenen dogmatischen Ansatzes auch Regelungen über das Erfolgshonorar Ausgestaltungen des Rechtsschutzsystems sein müssten (wohl anders *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 133 f., der für Vergütungsvorschriften stets einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bejaht, allerdings nur soweit die Vorschrift ein Ge- oder Verbot statuiert, so dass aus seiner Perspektive die Kappungsgrenze auch kein Eingriff wäre).

a) Problemaufriss

Nach hier vertretener Auffassung ist der Rechtsanwalt unabhängiges Organ der Rechtspflege, was auch die vorbeugende Rechtspflege umfasst.¹⁰⁰³ Allerdings muss die einfachgesetzliche Umschreibung in § 1 BRAO sich nicht mit der verfassungsrechtlichen Reichweite einer dienenden Freiheit decken. Unter vorbeugende Rechtspflege (vgl. § 1 BNotO) fallen dann auch unterschiedliche Tätigkeiten wie Vertragsgestaltung und streitschlichtende Tätigkeiten.¹⁰⁰⁴ Grund für die Annahme einer dienenden Berufsfreiheit war bis hierher deutlich die Bedeutung der Prozessgrundrechte und die rechtsstaatliche Funktion des Rechtsanwalts. Mit anderen Worten ist der Rechtsanwalt aus Sicht des Staates ein freiberuflich Mitwirkender bei der Erfüllung der Schuld zur Justizgewähr. Es mag aber Situationen geben, in denen Mandanten, wenn sie einen Rechtsanwalt aufsuchen, nur von ihrer Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG/Art. 12 Abs. 1 GG) Gebrauch machen, ohne dass die staatliche Pflicht, wirksame Durchsetzungsmechanismen für Rechtspositionen zur Verfügung zu stellen, die nur mittels anwaltlichen Beistands sinnvoll bespielt werden können, die privatautonome Entscheidung überlagert. Geht man also von einer nur dienenden anwaltlichen Berufsfreiheit für bestimmte Funktionen aus, dann ist die Frage der Abgrenzung akut.¹⁰⁰⁵ Pauschale Lösungen haben den Vorteil der einfachen Handhabbarkeit. So könnte man argumentieren, dass jede anwaltliche Berufsausübung der dienenden Freiheit zuzuordnen ist, wenn der Schutzbereich der Prozessgrundrechte eröffnet ist. Art. 103 Abs. 1 GG sichert rechtliches Gehör „vor Gericht“ und Art. 19 Abs. 4 GG sowie der allgemeine Justizgewährungsanspruch¹⁰⁰⁶ verbürgen eine „grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes.“¹⁰⁰⁷ Die dienende Berufsfreiheit wäre also vor allem auf die forensische Tätigkeit beschränkt. Damit würde aber nur ein formales, kein inhaltliches Kriterium herangezogen.¹⁰⁰⁸ Die Prozessgrundrechte wirken auch vielfach ins Vorfeld der Erhebung eines Rechtsbehelfs hinein. So können (zu) kurz gesetzte Fristen oder fehlende Akteneinsicht die Effektivität der Prozessgrundrechte nachhaltig beeinträchtigen.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰³ Vgl. hierzu Einl., § 2, B., I., S. 85 ff.

¹⁰⁰⁴ Frenz, in: Eylmann/Vaasen, § 1 BNotO Rn. 12, 16.

¹⁰⁰⁵ Auch Gaier, BRAK-Mitt. 2006, 2 (6 f.) will beim Grundrechtsschutz aufgrund der unterschiedlichen Ausprägung des Rechtsstaatsbezuges der anwaltlichen Berufsausübung nach den verschiedenen Bereichen differenzieren.

¹⁰⁰⁶ Zum gerichtlichen Privatrechtsschutz ausführlich Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S. 95 ff.

¹⁰⁰⁷ BVerfGE 54, 277 (291) – Ablehnung der Revision.

¹⁰⁰⁸ Vgl. in anderem Zusammenhang Rick, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 88, der eine Institutionalisierung der Anwaltschaft in Art. 103 Abs. 1 GG sieht und ihre Reichweite auch nicht durch die formale Zäsur forensisch-außerforensisch begrenzen will. Dies ist aufgrund der institutionellen Sicht auch folgerichtig, aber nicht auf eine funktionale grundrechtliche Betrachtung übertragbar.

¹⁰⁰⁹ Zu Fürsorgepflichten des Gerichts „im Vorbereich“ des rechtlichen Gehörs Kopp, AöR 106 (1981), 604 (624 f.), die auch das BVerfG anerkennt, um das rechtliche Gehör wirksam werden zu lassen (etwa BVerfGE 18, 399 [405 f.] – Akteneinsicht).

b) Lösungsvorschlag mit dem Grundrechtsmodell Kloepfers

Ein nicht an zeitliche und formale Elemente anknüpfende Aufgabelung des grundrechtlichen Schutzes des Rechtsanwalts kann mit dem Grundrechtsmodell *Kloepfers*¹⁰¹⁰ erklärt werden.

aa) Entstehenssicherung von Grundrechten

Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass die Verfassung nicht nur eine entstandene Grundrechtsposition schützt, sondern auch die Voraussetzungen, die für ihren Erwerb oder ihr Entstehen notwendig sind. Dies ist für jedes Grundrecht individuell zu bestimmen. Die Entstehenssicherung tritt neben den Bestandsschutz. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das erworbene Eigentum, doch schützt Art. 14 Abs. 1 GG auch, über den Erwerb durch Erbschaft hinaus, den Eigentumserwerb? Art. 13 Abs. 1 GG ist für den Wohnungslosen ohne Interesse, aber schützt die Vorschrift auch die Möglichkeit, eine Wohnung zu erwerben? Ein Grundrecht schützt seinem Wortlaut nach einen Lebensvorgang, freilich ohne, so die Vermutung, alle Beteiligte oder alle Teilaspekte dieses Vorgangs ausdrücklich zu nennen. *Kloepfer* geht es um die „Grundrechtsvervollkommnung“ und die Herstellung der „grundrechtlichen Sinn-einheit“.¹⁰¹¹ Er will eine „kontrollierbare Grundrechtsauslegung“ einer „Expansion der Grundrechte“¹⁰¹² entgegensetzen. Ein solches Modell ist legitim, weil es nicht verkennt, dass zwischen der Entstehung und dem Bestand eines Grundrechts vielfältige Verbindungen bestehen. Schutzdefizite in der einen Phase wirken sich zwangsläufig auf die andere Phase aus. Die Judikatur zur Versammlungsfreiheit, wenn sie die Anreise und die Infrastruktureinrichtungen unter den Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG stellt,¹⁰¹³ illustriert diesen Entstehensschutz, weil die Beeinträchtigungen im Vorfeld der Versammlung derart schwerwiegend das bestehende Grundrecht beeinträchtigen, dass es leerläuft. Andersherum ist der Entstehensschutz der Vereinigung (Art. 9 Abs. 1 GG) sinnlos, wenn das entstandene Grundrecht nicht den Bestand der Vereinigung schützt.

bb) Entstehenssicherung des rechtlichen Gehörs durch Rechtsanwalt

Für das rechtliche Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG ergibt sich folgendes: Wenn das Grundrecht den Sach- und Rechtsvortrag schützt, dann muss es als Entstehenssicherung auch die hierzu notwendigen Vorbereitungen schützen. Dem Rechtsuchenden, dem jetzt in zeitlicher Hinsicht noch kein rechtliches Gehör gewährt werden muss, muss hierfür die freie Auswahl und der Beistand durch einen Rechtsanwalt gewährt werden.¹⁰¹⁴ Diese Rechte finden zwar, wie dargestellt, keinen unmittelbaren Eingang in den Text des Grundgesetzes, sie sind aber nach der hier zugrunde gelegten

¹⁰¹⁰ *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz.

¹⁰¹¹ *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 30.

¹⁰¹² *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 1.

¹⁰¹³ Jüngst wieder BVerwG, Urt. v. 24.5.2022 – 6 C 9.20 – Klimacamp 2017.

¹⁰¹⁴ *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 56; auch *ders.*,

Auffassung gerade zwingende Voraussetzung, damit rechtliches Gehör effektiv gewährt wird. Der Zustand, in dem rechtliches Gehör gewährt wird, ist die Bestandsdimension des Art. 103 Abs. 1 GG; alle Handlungen, die den Rechtsuchenden in die Lage versetzen, sind geschützt durch die Entstehensdimension. Damit wird auch die freie Berufsausübung durch den Rechtsanwalt, also sein Grundrechtsgebrauch des Art. 12 Abs. 1 GG, aufgrund der damit verbundenen Grundrechtswirkung entstehenssichernd über Art. 103 Abs. 1 GG abgebildet und die beiden sich ergänzenden Grundrechte zu einem „Grundrechtsverbund“¹⁰¹⁵ geschmiedet. Beispiele aus der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Praxis in Deutschland wie Frankreich zeigen, wie zutreffend die entstehenssichernde Perspektive *Kloepfers* ist. Das BVerfG judizierte in der Entscheidung zum Flughafenverfahren, dass durch organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden müsse, dass der nicht anwaltlich vertretene Antragsteller Gelegenheit erhalten muss, Rechtsbeistand zu erlangen, um die Erfolgsaussichten etwaiger Rechtsbehelfe zu beurteilen.¹⁰¹⁶ Damit ist der Beistand durch einen Rechtsanwalt im Vorfeld eines gerichtlichen Rechtsbehelfes, nämlich bei der Entscheidung, ob ein solcher sinnvollerweise eingelegt werden soll, über Art. 19 Abs. 4 GG geschützt und zu kurze Fristen können das Grundrecht verletzen. Der Antragsteller im Verwaltungsverfahren weiß regelmäßig noch gar nicht, ob er Art. 19 Abs. 4 GG als Bestandsrecht benötigt; würde die entstehenssichernde Perspektive, zu der der Rechtsbeistand gehört, jedoch nicht geschützt, würde das Bestandsrecht schlussendlich in vielen Fällen keinen Wert mehr haben, weil das Kind bereits in den Brunnen gefallen wäre. Vergleichbar argumentiert der Conseil d’État, als er die abendliche und nächtliche seuchenpolizeiliche Ausgangssperre als Verletzung des Rechts auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf suspendierte.¹⁰¹⁷ Dabei hat er nicht darauf abgestellt, dass bestimmte Mandanten an einer Klageerhebung gehindert seien, sondern vielmehr, dass ein vertrauensvolles Verhältnis zum Rechtsanwalt mangels persönlichen Kontaktes nur schwer entstehen könne. Es geht also um einen Vorfeldschutz, der die Entstehung des Rechts auf einen recours effectif sichern soll, falls es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen sollte. Die Beispiele, die der Conseil wählt (Verbraucherschutzrecht und Arbeitsrecht) zeigen aber, dass er nicht schlechthin jede anwaltliche Tätigkeit im Blick hat, sondern potentiell streitgeneigte, bei denen die Entstehung gerichtlicher Auseinandersetzungen sicher oder sehr wahrscheinlich sind.

cc) Schlussfolgerungen für die Grenzen der dienenden Freiheit

Nur soweit die freie Berufsausübung zur Entstehenssicherung des Art. 103 Abs. 1 GG beiträgt, ist sie als dienende Berufsfreiheit aufzufassen. Dies ist gleichwohl ein weiter Anwendungsbereich. Er umfasst die Beratung in streitgeneigten

Verfassungsrecht I, § 10 Rn. 231; zustimmend v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 42.

¹⁰¹⁵ *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 51.

¹⁰¹⁶ BVerfGE 94, 166 (206) – Flughafenverfahren.

¹⁰¹⁷ CE, Beschl. v. 3.3.2021 – Nr. 449764 – Ordre des avocats du barreau de Montpellier et al.

Angelegenheiten. In diesem Rahmen wird mit der außergerichtlichen Streitbeilegung ein Aspekt der vorbeugenden Rechtspflege erfasst, der einen besonders engen Bezug zur Justizgewähr hat.¹⁰¹⁸ Für *Smid* liegt gerade in diesem Feld die tatsächliche Bedeutung des Begriffs vom Organ der Rechtspflege.¹⁰¹⁹ Insoweit deckt sich also das inhaltliche Verständnis von § 1 BRAO mit der sachlichen Reichweite der dienenden Berufsfreiheit im Kontext der vorbeugenden Rechtspflege. Auch die Forderungsdurchsetzung ist dem Entstehensschutz des Art. 103 Abs. 1 GG zuzuordnen. Der privatrechtliche Anspruch genießt den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG; er ist „Eigentum“ im verfassungsrechtlichen Sinne.¹⁰²⁰ Aus Art. 14 Abs. 1 GG folgen jedoch bereits selbst Vorgaben organisatorischer und verfahrensrechtlicher Art, zugunsten des Schuldners einer Geldforderung, in dessen Eigentum vollstreckt werden soll,¹⁰²¹ aber auch zugunsten des Gläubigers der Geldforderung. Dies wird deutlich, wenn der Erste Senat¹⁰²² mit dem Insolvenzverfahren einen Ausschnitt aus diesem Lebenssachverhalt verfassungsrechtlich beschreibt: „Das Insolvenzverfahren ist Teil des Zwangsvollstreckungsrechts. Es zielt unmittelbar auf den Schutz und die Durchsetzung verfassungsrechtlich geschützter privater Interessen [...]. In einer rechtsstaatlichen Ordnung, die dem Staat das Zwangsmonopol zuweist und dem Vollstreckungsgläubiger Selbsthilfe verbietet, kann sich Justizgewähr nicht in einer Feststellung von Ansprüchen erschöpfen. Vielmehr ist für den Fall, dass eine freiwillige Erfüllung [...] unterbleibt, ein wirkungsvolles Verfahren ihrer zwangsweisen Durchsetzung vorzuzulassen.“ Der Spruch „*Minima non curat praetor*“ ist deshalb keine Aussage des Verfassungsrechts.¹⁰²³ Der Anspruch auf ein wirksames Verfahren zur Durchsetzung von Rechtspositionen schützt entstehenssichernd die Möglichkeit, Forderungen durch einen Rechtsanwalt einziehen zu lassen.¹⁰²⁴ Inkongruenz zwischen der dienenden Freiheit im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG und der Reichweite von § 1 BRAO besteht bei der Vertragsgestaltung. Wenn sich der Mandant, aus welchen Gründen auch immer, entschließt rechtsanwaltlichen Rat

¹⁰¹⁸ Vgl. BVerfG-K, Beschl. v. 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073 (1074) zur obligatorischen Schlichtung.

¹⁰¹⁹ Vgl. hierzu Einl., § 1, III., 1., b), S. 21. – Empirisch *Wasilewski*, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, S. 91 ff. (dort Zusammenfassung und Ergebnisse).

¹⁰²⁰ S. nur BVerfGE 42, 263 (293) – Contergan.

¹⁰²¹ Bspw. BVerfGE 49, 220 (232) – Zwangsversteigerung III.

¹⁰²² BVerfGE 141, 121 (134 Rn. 43 f.) – Bestellung juristischer Person zum Insolvenzverwalter; bereits BVerfGE 61, 126 (136) – Erzwingungshaft zur Abgabe einer eidesstaatlichen Versicherung, wo das BVerfG noch vor allem das öffentliche Interesse am Gewaltverbot herausstreicht.

¹⁰²³ Im Prinzip auch *Kapsa*, in: FG Graßhoff, S. 176, der sieht, dass Art. 14 Abs. 1 GG und das Verbot der Selbsthilfe (§ 229 BGB) verfassungsrechtlich dem Grundsatz „*Minima non curat praetor*“ entgegenstehen. Gleichwohl sieht er einen im Willkürverbot zu verankernden Möglichkeitsvorbehalt grundrechtlich zulässig, so dass staatliche Ressourcen nicht in Anspruch genommen werden sollen dürfen, die in völligem Missverhältnis zum Interesse des Gläubigers stehen (S. 177); strenger *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 427 und *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (290) im Sinne einer Infrastrukturverantwortung.

¹⁰²⁴ Allerdings auch und gerade durch einen anderen Rechtsdienstleister, bis hin zur Abtretung der Forderung, was bei *Mann/Schnuch*, NJW 2019, 3477 ff. sowie auch bei *Ch. Schönberger*, NJW 2003, 249 ff. (noch zur alten Rechtslage) als Argument ergänzt werden könnte.

einzuholen, tut er dies im Rahmen der Vertragsfreiheit und seiner Berufsfreiheit. Auf Seiten des Rechtsanwalts nimmt Art. 12 Abs. 1 GG die Züge einer rein persönlichen- und erwerbsbezogenen, individualnützigen Freiheit an.

4. Konturen der dienenden Berufsfreiheit

Das Unternehmen, eine grundrechtliche Freiheit in eine dienende Freiheit zu deuten, „bürdet nach alledem erhebliche Begründungslasten auf“.¹⁰²⁵ Der Begriff löst Unwillen aus bei jenen, die subjektive Gehalte der Grundrechte in den Mittelpunkt stellen und als Zweck der Freiheit nur die Freiheit selbst anerkennen. Eine Indienstnahme von Freiheit, die bis zur Annahme eines grundrechtlichen Treuhandverhältnisses führen kann, ist mit diesem liberalen Ansatz nicht denkbar. Es wird befürchtet, diese Freiheit richte sich gegen den Grundrechtsträger selbst. Im Folgenden soll auf diese Befürchtungen eingegangen werden.

a) Wesen der dienenden Berufsfreiheit

aa) Dienende Berufsfreiheit als personale Freiheit

Die anwaltliche Berufsfreiheit bleibt ein persönlichkeitsrelevantes Grundrecht und dient damit der Verwirklichung im Berufsleben. Eine dienende Berufsfreiheit steht nicht in Widerspruch zur Aussage des BVerfG,¹⁰²⁶ dass kommerzielles Denken nicht mit dem Anwaltsberuf unvereinbar ist und Anwälte auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse am erfolgreichen Abschluss des Mandats haben dürfen, ohne dass dies ihre Unabhängigkeit als Organ der Rechtspflege und als Interessenvertreter in Frage stellt. Die dienende Berufsfreiheit setzt an der „pluralen Gegensätzlichkeit“¹⁰²⁷ anwaltlicher Freiheit an. Der Rechtsanwalt trägt für seine Berufsausübung das wirtschaftliche Risiko.¹⁰²⁸ Die Funktion realisiert sich über die individuelle und unabhängige Tätigkeit des Berufsträgers.¹⁰²⁹ Das Grundgesetz kennt keine apersonalen Grundrechte. Dies wird durch ihre dienende Natur und ihre institutionellen Gehalte nicht geändert.¹⁰³⁰ Zwar verändert sich das Verhältnis zwischen subjektiven und objektiven Elementen in der Akzentuierung, doch stehen sie weiterhin verbunden nebeneinander. Die objektiven Gehalte verselbstständigen sich nicht. Deshalb ist eine dienende anwaltliche Berufsfreiheit auch etwas völlig

¹⁰²⁵ *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 20.

¹⁰²⁶ BVerfGE 117, 163 (183) – Erfolgshonorar.

¹⁰²⁷ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 68.

¹⁰²⁸ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1999, 2 (6), der den wirtschaftlichen Wettbewerb als „Disziplinierungselement“ des Berufes begreift und hierin zugleich den unterschiedlichen Schutz von Richtern und Anwälten begründet sieht; das wirtschaftliche Risiko als Wesen des Freien Berufs bezeichnend BVerfGE 16, 286 (294) – Krankenhausarzt.

¹⁰²⁹ *Starck*, JuS 1981, 237 (238); vgl. auch *Ladeur*, AöR 131 (2006), 643 (647), der auf die kollektiven Effekte der Freiheitsausübung verweist.

¹⁰³⁰ *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (16 f.); *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 251; *Badura*, in: Jhrb. Bitburger Gespräche 2007/I, S. 12; *ders.*, JA 1987, 180 (181); deutlich auch bei *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1132 f.).

anderes als die Annahme eines staatlich gebundenen Berufes oder die Befürwortung eines institutionellen Verständnisses von der Formel des Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Diese dogmatischen Annahmen stellen die grundgesetzliche Freiheit des Berufsträgers ihrer Natur nach in Frage und gliedern den Rechtsanwalt (zurück) in die staatliche Organisationsstruktur ein. Die dienende Berufsfreiheit nimmt graduelle Verschiebungen auf der Skala von Freiheit und Verantwortungsbindung vor. Im Grundrechtsgebrauch verwirklicht der Rechtsanwalt zwar eine Funktion oder Rolle, doch er folgt bei der Ausübung dieser Rolle nicht „der Anweisung einer vorgegebenen Partitur“. ¹⁰³¹ Der Freiheitsraum zur eigenständigen und unreglementierten Festlegung der einzelnen Aspekte der Verteidigung und Vertretung ¹⁰³² wird durch die Konstruktion nicht in Frage gestellt. Denn es mag zwar nicht die Regel sein, doch der „Sinn von individueller Freiheit kann auch daran liegen, einem Menschen Handlungs-, Gestaltungs- und Entscheidungsautonomie zuzuerkennen, weil Interesse nur an einem aus autonomer Handlung, Gestaltung und Entscheidung hervorgegangenem Produkt besteht.“ ¹⁰³³ Dies ist das Leitmotiv des anwaltlichen Berufsrechts. Seit der RAO 1878 ist der Rechtsanwalt gerade kein Beamter mehr. Unabhängigkeit und Freiheit stärken das Vertrauen der Rechtssuchenden in den Rechtsstaat, weil diese ihre Interessen nunmehr wirksam durchsetzen können. ¹⁰³⁴ Die fremdnützigen Zwecke der Berufsausübung sind also von der individuellen Zwecksetzung des einzelnen Rechtsanwalts abhängig bzw. setzen sie voraus. Dagegen kann man, wie es *Mayen* getan hat, ¹⁰³⁵ einwenden, dass die „Funktion des Rechtsanwalts für eine wirksame und rechtsstaatlich geordnete Rechtspflege [...] das Ergebnis freier anwaltlicher Betätigung, nicht umgekehrt ihre Voraussetzung und Wirkungsbedingung“ sei. Darin kommt die Vorstellung zum Ausdruck, dass anstelle einer dienenden Freiheit eine bloße Verfassungserwartung vorläge. Dies ist bei Art. 5 Abs. 3 GG auch so von *Gärditz* vorgetragen worden. Klar ist, dass die Funktionserfüllung gerade durch die anwaltliche Betätigung gelingt. Die Funktion des Rechtsanwalts für den Rechtsstaat ist aber nicht lediglich Reflex, Nebenwirkung und zwangsläufiges Ergebnis der unabhängigen Berufsausübung. ¹⁰³⁶ Die Verfassungserwartung ergibt sich in casu direkt aus den grundgesetzlichen Koordinaten. ¹⁰³⁷ Diese legen strukturell die freie Berufs-

¹⁰³¹ Allgemein *H. H. Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HdB StR I, § 28 Rn. 38 f.

¹⁰³² v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 127 f. Rn. 37. – Das mag auch (wohl ohne Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot) die Übersendung von Traubenzucker an Verfahrensbeteiligte umfassen, die den Eindruck erwecken, das Verfahren zu verschleppen (BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.1989 – 1 BvR 522/87, NJW 1989, 3148).

¹⁰³³ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 857 f.

¹⁰³⁴ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 67 f.

¹⁰³⁵ *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411).

¹⁰³⁶ Anders etwa, wenn BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth die Meinungsfreiheit als schlechthin konstituierend für die Demokratie beschreibt: Die Förderung des fremdnützigen Zweckes tritt hier als Nebenwirkung des Freiheitsgebrauchs ein (vgl. *Hochhuth*, Meinungsfreiheit, S. 62, 306 f.).

¹⁰³⁷ Hierauf maßgeblich abstellend, um zu begründen, weshalb Art. 5 Abs. 3 GG, anders als die Rundfunkfreiheit, keinen dienenden Charakter aufweist, *Trute*, Institutionalisierung, S. 288.

ausübung des Rechtsanwalts an.¹⁰³⁸ Die Grundrechte des Rechtsanwalts sind eingebettete Freiheit.¹⁰³⁹

bb) Dienende Freiheit als Medaille mit zwei Seiten

*Rüpke*¹⁰⁴⁰ hat das Rechtspflegesystem anschaulich mit dem politischen System und seiner pluralistischen Konzeption verglichen: In der freiheitlichen Gesellschaft ist auch das Rechtspflegesystem auf einseitige interessengeleitete Vertretung und Auseinandersetzung im Diskurs ausgerichtet. Die dienende Freiheit ist besonders geeignet, derartige freie Prozesse zu schützen.¹⁰⁴¹ Denn die Funktion des Grundrechts und das von der Verfassungsordnung erwünschte Ergebnis lassen sich in diesem Fall durch Grundrechtsauslegung bestimmen (freie Meinungsvermittlung, freie Lehre zur Bildung, unabhängige anwaltliche Berufsausübung), während die Bestimmung konkret geschützter Handlungen (Kunst, Berichterstattung) nur sehr schwer gelingt.

Der Rechtsstaat ist in besonderem Maße darauf angewiesen, dass der einzelne Rechtsanwalt das ihm gemachte Freiheitsangebot auch annimmt und seinen Beruf als unabhängiger Interessenvertreter und Organ der Rechtspflege wahrnimmt. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit des Einzelnen, seine Grundrechte nicht auszuüben, sorgt für rechtsstaatlich bedenkliche Ergebnisse.¹⁰⁴² Denn um ihre grundrechtlichen und verfahrensrechtlichen, zugleich staatsstrukturierenden Versprechen einzulösen, bedarf die Verfassung der freien Berufsausübung des Rechtsanwalts. Eine Vielzahl von Berufen ist für das Zusammenleben in der Gesellschaft unverzichtbar: Menschen, die den Schulbus lenken, in der Landwirtschaft Tätige etc. erbringen alle wertvolle Arbeit, die aber der Staat wiederum selbst erbringen könnte, ohne dass dies verfassungsrechtliche Hürden mit sich bringt, weil sie ihrer Natur nach nicht staatsfern organisiert sein müssen. Der Unterschied zum Rechtsanwalt ist auch, dass die Verfassung selbst diesen Beruf in ihre Dienste stellt und stellen muss und dessen Ausübung nicht dem ungebundenen Willen des Einzelnen unterstellen kann. Auch wenn der Staat sich im Zuge der Freien Advokatur von der Pflicht zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen befreit hat und heute keiner Leistungspflicht unterliegt, so bleibt er doch heute an die Grundrechte der Rechtsuchenden über die Schutzpflicht gebunden.¹⁰⁴³ Dies bedeutet nicht, dass er bei Schlecht- oder Nichterfüllung die Aufgabe wieder an sich ziehen muss. Vielmehr ist er hieran auch gerade durch die Verfassung gehindert, da die Funktion des Rechtsanwalts ihrer Natur nach staatsfern strukturiert sein muss. Durch die heute

¹⁰³⁸ Zutreffend erfasst wird dies bei *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 67: Der Rechtsanwalt benötige „trotz, zugleich aber wegen seiner Einbindung in das System der Rechtspflege eines besonderen Maßes an Freiheit“; so auch die durchgehende Perspektive bei *Hoffmann-Riem*, AnwBl. 1999, 2 ff.

¹⁰³⁹ Vgl. zum Begriff *P. Kirchhof*, in: *Gemeinwohl und Wettbewerb*, S. 2.

¹⁰⁴⁰ *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 68.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 106 ff., 112 ff.

¹⁰⁴² Allgemein *P. Kirchhof*, in: *Gemeinwohl und Wettbewerb*, S. 2 f.

¹⁰⁴³ Allgemein *Kämmerer*, Privatisierung, S. 450 („beschwert“).

verwirklichte Freie Advokatur wandeln sich aber die Grundrechtspositionen des Rechtsuchenden im Vergleich zu einer hypothetischen staatlichen Aufgabenerledigung. Der Staat ist aufgerufen durch Normsetzung die Sicherstellung der Aufgabe zu gewährleisten.¹⁰⁴⁴ Die Schutzpflicht selbst ist hierfür aber kein Eingriffstitel zugunsten des Staates. Zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht ergehen deshalb berufsrechtliche Vorschriften, die bspw. Berufspflichten vorsehen. Dem Rechtsanwalt obliegen zudem – vergleichbar mit dem Universaldienst aus dem Gewährleistungsverwaltungsrecht (vgl. §§ 11 ff. PostG, §§ 78 ff. TKG) – öffentlich-rechtliche Leistungspflichten (§§ 48 ff. BRAO), die im Gegenzug zu einem wettbewerblichen System eine universelle und flächendeckende Versorgung mit Rechtsdienstleistungen sicherstellen, so dass nicht nur derjenige in ihren Genuss kommt, dem die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen.¹⁰⁴⁵ Rechtsdienstleistungs- und Berufsrecht kann also, unter Rückgriff auf die Terminologie *Kämmerers*, als „Privatisierungsfolgenrecht“ und „Privatisierungsfolgenmanagement“ bezeichnet werden,¹⁰⁴⁶ das vor dem Hintergrund der staatlichen Schutzpflichten betrachtet werden muss. *Kämmerer* hat zurecht festgehalten, dass eine unmittelbare horizontale Anwendung der Grundrechte – in casu zwischen Anwalt und Mandant – nicht für ein Mehr an Grundrechtsschutz sorgen würde.¹⁰⁴⁷ Aus der Entwicklung des Rundfunksektors kann man jedoch schließen, dass die Figur der dienenden Freiheit den Übergang von einem zwei- zu einem dreipoligen Grundrechtsverhältnis angemessen begleiten kann, um die Grundrechtspositionen des Dritten weitestgehend zu schützen.

b) Zurückweisen von Einwänden gegen die dienende Berufsfreiheit

Die Annahme einer dienenden Freiheit ist – so ist bereits bei der Darstellung zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG angeklungen – keinesfalls unumstritten. Einwände allgemeiner grundrechtsdogmatischer Art sowie solche, die sich speziell auf die Anwaltsprofession beziehen, werden geltend gemacht. Kann eine dienende Berufsfreiheit mit der Freien Advokatur im Einklang stehen, wenn doch diese den Rückbau begrenzender Gesetze im und außerhalb des Berufsrechts zu verlangen scheint?

aa) Preisgabe der Kohärenz des geschlossenen Grundrechtssystems

Unter dem Grundrechtssystem kann die Einheit, die innere Harmonie der Grundrechte verstanden werden.¹⁰⁴⁸ Es besteht damit eine gewisse Nähe zur Suche nach

¹⁰⁴⁴ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., I., 3., b), S. 414 ff.

¹⁰⁴⁵ Allgemein *P. Kirchhof*, in: *Gemeinwohl und Wettbewerb*, S. 18; für eine deutliche Erweiterung hin zu einer Pflicht der Übernahme der Prozessvertretung de lege ferenda *Ch. Wolf*, in: *FS Schlosser*, S. 1138.

¹⁰⁴⁶ *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 423 ff.

¹⁰⁴⁷ *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 459 ff.

¹⁰⁴⁸ *Burmeister*, in: *FS Stern*, S. 836.

der verfassungsmäßigen Grundrechtstheorie; die Frage nach dem Grundrechtssystem ist aber „weniger anspruchsvoll und weniger spekulativ“, sondern fragt nur nach dem geordneten Ganzen, das alle einzelnen Erkenntnisse lose verbindet.¹⁰⁴⁹ Wer dienende Freiheitsverbürgungen bejaht, verneint damit zugleich die Existenz eines einheitlichen Grundrechtssystems, denn er akzeptiert Widersprüche und Differenzen in der inneren Struktur der Grundrechte. Er erkennt an, dass die Meinungsfreiheit anderen Logiken gehorcht als die Rundfunkfreiheit und die anwaltliche Berufsfreiheit als die Berufsfreiheit eines nur gewerbepolizeilich regulierten Selbstständigen. Dieser Vorwurf¹⁰⁵⁰ wird erhoben seit die Grundrechte aus ihrer schlichten Abwehrfunktion gelöst wurden und Rechtsprechung und Schrifttum sie als Grundsatznormen zum Teil einer Werteordnung erhoben haben, aus der neue objektiv-rechtliche Gehalte, Leistungs- und Schutzpflichten sowie Ansprüche entspringen. Die Vervielfachung von miteinander zu koordinierenden Gehalten (auch innerhalb eines einzigen Grundrechts) führt dazu, dass „die Grundrechtskollision dadurch zur Dauerfigur des öffentlichen Rechts“¹⁰⁵¹ wird. *Burmeister* erkennt an, dass die Arbeiten zur Entfaltung von Grundrechtsgehalten „sich äußerlich als Ergebnis einer nach allen Regeln juristischer Interpretationskunst erfolgten Grundrechtsauslegung darstellen, jedoch mit den ‚Wahrheiten‘ allgemeinsten verfassungsrechtlicher Gemeinplätze nicht in Einklang stehen.“¹⁰⁵² Denn ein modernes Grundrechtssystem kann sich nicht auf ein freiheitliches und gleichheitsrechtliches Element zurückziehen, sondern es muss anerkennen, dass es auch von sozialen, ökologischen oder sichernden Elementen getragen wird.¹⁰⁵³ Die dienende Freiheit kann – so wurde gezeigt – nicht mit Freiheit im klassischen Sinne gleichgesetzt werden, weil der Schutz des Grundrechtsträgers selbst nicht primär und ausschließlich bezweckt wird. Die traditionellen allgemeinen Lehren der Grundrechte passen nicht auf sie. Sie als Kategorie eines Grundrechts besonderer Art anzuerkennen, ist aber gleichwohl ein Beitrag zur differenzierten Systembildung und gibt Ordnung und Orientierung.¹⁰⁵⁴

bb) Widerspruch zum allgemeinen menschenrechtlichen Ansatz der Grundrechte?

Besonders für die liberale Grundrechtstheorie ist nur schwer hinzunehmen eine Freiheit als dienend zu bezeichnen, denn in ihrer Perspektive kennt Freiheit nur sich selbst als Zweck. Die subjektiven Gehalte des Grundrechts stehen im Mittelpunkt. Die Qualifikation eines Grundrechts als dienend „bürdet nach alledem erhebliche Begründungslasten auf“.¹⁰⁵⁵ Die liberale Grundrechtstheorie und die menschenrechtliche Konzeption sind dann auch Kritikpunkte, die seit jeher gegen

¹⁰⁴⁹ *Stern*, Das Grundrechtssystem des Grundgesetzes, in: StR III/2, § 96 S. 1749.

¹⁰⁵⁰ *Böckenförde*, Staat 29 (1990), 1 (2 f.); *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 6 ff.

¹⁰⁵¹ *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556).

¹⁰⁵² *Burmeister*, in: FS Stern, S. 838.

¹⁰⁵³ *Stern*, Das Grundrechtssystem des Grundgesetzes, in: StR III/2, § 96 S. 1776 ff.

¹⁰⁵⁴ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 838.

¹⁰⁵⁵ *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 20.

eine dienende Rundfunkfreiheit vorgebracht wurden. Unterschwellig kommt darin die Sorge zum Ausdruck, dass objektiv-rechtliche Gehalte sich verselbstständigen können und die Grundrechte in ihrer Bedeutung als Individualrecht verlieren. „Eine Entindividualisierung der Grundrechte ist widersinnig.“¹⁰⁵⁶ Allerdings bleibt das Abwehrrecht auch bei einem dienenden und einem auszugestaltenden Grundrecht von Bedeutung.¹⁰⁵⁷ Zum einen ermöglicht das Grundrecht, eine verfassungswidrige Ausgestaltung abzuwehren und zum anderen gibt es weiterhin Eingriffe in das Abwehrrecht.¹⁰⁵⁸ Auch der Vorwurf der Überflüssigkeit wird erhoben, denn die Kritik setzt nicht an der Legitimität des zu schützenden Interesses an,¹⁰⁵⁹ sondern ist der Auffassung, über die Schranken und das Verhältnismäßigkeitsgebot die gleichen Ergebnisse begründen zu können wie über den Rückgriff auf eine dienende Freiheit.¹⁰⁶⁰ Dann müsste man aber davon ausgehen, dass der Grundrechtsgebrauch, der öffentliche Aufgaben erfüllt bzw. öffentliche Interessen realisiert, mit dem privatnützigen Freiheitsgebrauch identisch ist. Dem ist jedoch nicht so. Grundrechtliche Handlungsautonomie und Pflichtenbindung können nur in der Kategorie der dienenden Freiheit zusammenfinden.¹⁰⁶¹ „Rechtlich verbürgte Freiheit läßt sich auch verstehen als Gewährleistung, im Interesse der Allgemeinheit von Fremdbestimmung freigestellt zu sein.“¹⁰⁶² Damit widerspricht eine dienende Rundfunkfreiheit aber fundamental der liberalen Grundrechtstheorie.¹⁰⁶³ Allerdings hat das Grundgesetz ein komplexeres Bild vom Menschen in der Gemeinschaft vor Augen.¹⁰⁶⁴ *Bethge* hat deshalb in der pauschalen Ablehnung der dienenden Rundfunkfreiheit ein „verengtes Grundrechtsverständnis“¹⁰⁶⁵ der Kritiker sich bahnbrechen gesehen. Er sieht daher „im Prinzip“ die allgemeinen Grundrechtslehren als gültig, doch die „Gretchenfrage“ ist gerade, ob das Grundgesetz konsequent eine liberale Grundrechtstheorie verfolgt.¹⁰⁶⁶ Dies ist bereits verneint worden.¹⁰⁶⁷ Für die anwaltliche Berufsfreiheit ist dem nichts hinzuzufügen, zumal nicht die liberale Konzeption des Art. 12 Abs. 1 GG oder gar aller Grundrechte in seiner und ihrer Gesamtheit in Frage gestellt wird, sondern aus dem verfassungs-

¹⁰⁵⁶ *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (16).

¹⁰⁵⁷ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 17; *Starke*, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 156 f.

¹⁰⁵⁸ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 113; *Hain*, in: Jhrb. Bitburger Gespräche 2007/I, S. 27.

¹⁰⁵⁹ *Hain*, in: Jhrb. Bitburger Gespräche 2007/I, S. 29 ff.

¹⁰⁶⁰ Allgemein deshalb ablehnend zu einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung der freien Berufe *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 42; vgl. auch *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 236b.

¹⁰⁶¹ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 857.

¹⁰⁶² *Burmeister*, in: FS Stern, S. 857.

¹⁰⁶³ *B. Hartmann*, JZ 2016, 18 (22); *Kull*, in: FS Lerche, S. 663 ff.

¹⁰⁶⁴ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 858; *H. H. Rupp*, JZ 2001, 271 (275 f.).

¹⁰⁶⁵ *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (374).

¹⁰⁶⁶ *Bethge*, DVBl. 1983, 369 (374); zur „Erfindung“ der liberalen Grundrechtstheorie ausführlich *Bumke*, AöR 141 (2019), 1 (35 ff., 63 f.).

¹⁰⁶⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., II., 2., S. 342 ff.

rechtlichen Funktionszusammenhang für eine Profession (teilweise) eine dienende Natur begründet wird.

cc) Widerspruch zum besonderen Konzept der Freien Advokatur?

Von *Mayen*¹⁰⁶⁸ stammt der Ausruf, dass die anwaltliche Berufsfreiheit nie zu einer dienenden Freiheit werden dürfe, da dies nichts mehr von der im 19. Jahrhundert erkämpften Freien Advokatur bestehen lasse. Der Rechtsanwalt übe einen freien Beruf aus, der staatliche Kontrolle und Bevormundung ausschließe. Die anwaltliche Berufsausübung unterliege unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen. Daraus folge, dass „Selbstbestimmung [...] aber gerade [bedeutet], dass es die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit durch den einzelnen Rechtsanwalt ist, die darüber bestimmt, wie der Rechtsanwalt zur Rechtspflege beiträgt.“ Diese Kritik, die auch im Kontext der bundesverfassungsgerichtlichen Einordnung als „staatlich gebundener Beruf“ geäußert wurde, geht nach hier vertretenem Verständnis der dienenden Freiheit am Problem vorbei.¹⁰⁶⁹ Denn die Konzeption dienender Freiheit, die vorliegend entworfen wird, stellt gerade die anwaltliche Unabhängigkeit in den Mittelpunkt, richtet sie allerdings funktional auf den Vorgang der Rechtsfindung und Rechtsbildung aus, wie er in Art. 103 Abs. 1 GG angelegt ist. Damit zieht das hier vertretene Verständnis Parallelen zur richterlichen Unabhängigkeit, indem Art. 12 Abs. 1 GG für die Anwaltsprofession ein Funktionsprivileg verbürgt. Die Legitimation ist aber nicht vom Staat abgeleitete Rechtsmacht, sondern das berufsfreiheitliche Grundrecht. Dieses Verständnis dienender Freiheit hat *Mayen* jedoch nicht zugrunde gelegt, sondern vielmehr einen (grenzenlosen) staatlichen Zugriff auf die sachliche, wie persönliche Unabhängigkeit des Anwalts befürchtet – eben jene Zustände, denen die Freie Advokatur begegnete. Auch die Beeinträchtigung der Interessenwahrungspflicht ist, anders als *Mayen* ahnt, nicht zu befürchten, denn die Verstärkung der anwaltlichen Berufsfreiheit erfolgt gerade durch die Grundrechte des Mandanten. Deren Definition und deren Gebrauch sind aber gerade diesen selbst anvertraut. Der Rechtsanwalt disponiert nicht über sie. Hierin liegt auch ein Unterschied zwischen dienendem und treuhänderischem Grundrechtsverständnis.¹⁰⁷⁰ Die verfassungsrechtliche Verschiebung des Cursors hin zu einer dienenden Freiheit stärkt den Rechtsanwalt und seine Tätigkeit; sie wird aus der Vielzahl von durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufen herausgehoben. Indem insbesondere das rechtliche Gehör in seinen Ausprägungen als subjektives Recht des Mandanten und objektives Verfahrensprinzip durch die anwaltliche Freiheit besonderen Schutz erfahren, stellen sich Entscheidungen des Gesetzgebers, die auf die anwaltliche Berufsfreiheit einwirken und diesen Zielvorgaben zuwiderlaufen, als

¹⁰⁶⁸ *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411).

¹⁰⁶⁹ So in Bezug auf eine institutionelle Garantie *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 31 ff.

¹⁰⁷⁰ Anders als hier aber *Ch. Wolf*, in: FS Schlosser, S. 1135: „Man kann den Rechtsanwalt in gewisser Weise als Treuhänder des Anspruchs auf Waffengleichheit seiner Mandanten begreifen.“

besonders problematisch dar. Gerade derartige Vorschriften drängen sich jedoch als Gefährdung der tradierten Freien Advokatur auf.¹⁰⁷¹ Auch *Mayen* erkennt, dass das angedeutete funktionale Verständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit in BVerfGE 110, 226 nicht den Grundrechtsschutz schmälert, sondern vielmehr ihn verstärkt. Durch die dienende Freiheit wird der Rechtsanwalt auch nicht zum Diener des Staates aber auch nicht zu jenem seines Mandanten.¹⁰⁷² Dem Gedanken der Subsidiarität¹⁰⁷³ und den historischen Erfahrungen entsprechend lässt der Staat das öffentliche Interesse durch freiberufliche, unabhängige Berufsträger erfüllen. Auch wird durch die dienende Berufsfreiheit keine Grundpflicht für den Rechtsanwalt begründet, bei deren Nichterfüllung der Staat im Wege der „Ersatzvornahme“ die Freie Advokatur beseitigen dürfte. Außerhalb bestimmter Konstellationen bleibt der Rechtsanwalt frei, ein Mandat anzunehmen oder nicht.¹⁰⁷⁴ Die dienende Berufsfreiheit ist mit einer Verfassungserwartung verwandt.¹⁰⁷⁵ Die bekannteste Verfassungserwartung ist die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG). Sie ist zwar die einzig geschriebene, aber jedes Grundrecht hat aufgrund der Besonderheiten seiner Gewährleistungen ungeschriebene individuelle Verfassungserwartungen.¹⁰⁷⁶ Bei der dienenden Berufsfreiheit findet die Erwartung selbst unmittelbar eine verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG. Die Verfassungserwartung zeichnet sich dadurch aus, dass sie gerade keine Gebote zum Handeln aufstellt, sondern nur die Erwartung kommuniziert, dass der Grundrechtsträger von seiner Freiheit in einem bestimmten Sinne Gebrauch machen wird.¹⁰⁷⁷ Der Gesetzgeber kann aber legitimiert sein die Verfassungserwartung sicherzustellen.

c) Zusammenfassung

Die dienende anwaltliche Berufsfreiheit stellt die Berufsausübung nicht unter einen Moralvorbehalt. Ganz im Gegenteil neutralisiert sie jeden Belang, der keinen Gemeinwohlbezug aufweist. Die dienende Berufsfreiheit orientiert sich konsequent an verfassungsrechtlichen Parametern und untersagt jedes Anknüpfen an berufsständische Floskeln wie die Unabhängigkeit des Anwalts, ohne dass zugleich offengelegt wird, was darunter im Verfassungsrecht zu verstehen ist. Im Ergebnis, darauf wird zurückzukommen sein, verstärkt sie den Grundrechtsschutz in

¹⁰⁷¹ *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 2 BORA Rn. 19.

¹⁰⁷² S. nur *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 (528).

¹⁰⁷³ Vgl. hierzu *H. H. Rupp*, JZ 2001, 271 (276).

¹⁰⁷⁴ Für eine Pflicht zur Übernahme der Prozessvertretung *de lege ferenda* aber *Ch. Wolf*, in: FS Schlosser, S. 1138, weil das anwaltliche Selbstverständnis als Korrektiv versage.

¹⁰⁷⁵ Ausdrücklich für die Rundfunkfreiheit die Nähe zwischen einer Verfassungserwartung und dem dienenden Charakter des Grundrechts betonend *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartung, in: HdB StR V, § 115 Rn. 194.

¹⁰⁷⁶ *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartung, in: HdB StR V, § 115 Rn. 176, 180.

¹⁰⁷⁷ *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzung und Verfassungserwartung, in: HdB StR V, § 115 Rn. 163.

bestimmten Situationen signifikativ. Hierzu zählen gerade jene gesetzgeberischen Vorhaben, die den Rechtsanwalt aus seiner angestammten Funktion herauslösen, die ihn vom Organ der Rechtspflege zum Handlanger der Verwaltung transformieren.¹⁰⁷⁸ Indem sie die Funktion verfassungsrechtlich abbildet, ist sie für überindividuelle Gefährdungen der anwaltlichen Freiheit sensibel, da sie nicht bei der Feststellung der Belastungswirkung für den einzelnen Grundrechtsträger stehen bleibt.

5. Staatliche Definitionskompetenz

Dass die anwaltliche Berufsfreiheit seitens des Staates oder der Selbstverwaltung durch die Funktion unter Moralvorbehalt gestellt wird, gilt es im Folgenden auszuschließen. Man könnte dem Staat ein weitgehendes Definitionsverbot für die Frage, was unter anwaltlicher Freiheit zu verstehen ist, auferlegen: Die dienende Berufsfreiheit darf nicht zu eng definieren, was unter einer unabhängigen Berufsausübung als berufener Interessenvertreter und Organ der Rechtspflege zu verstehen ist. Denn die dienende Freiheit zeichnet sich gerade durch die inhaltliche Freiheit aus. Es muss dem Staat versagt sein, anwaltliche Berufsausübung – vergleichbar wie bei der Kunst- und Religionsfreiheit¹⁰⁷⁹ – einer Bewertung „richtig oder falsch“ bzw. „förderlich oder gefährlich für die Mandanteninteressen“ zu unterwerfen. Unabhängigkeit und Organstellung wirken verfassungsrechtlich wie eine „Pluralismusklausel“.¹⁰⁸⁰ Auch die Anwaltschaft könnte als Kollektiv aushandeln, was sie als anwaltliche Freiheit betrachtet.¹⁰⁸¹ Hierfür könnte auch sprechen, dass die deutsche wie die französische Verfassung die Freiheit des Rechtsanwalts nicht ausdrücklich adressieren.¹⁰⁸² Gegen ein solches Definitionsverbot sprechen jedoch gewichtige Gründe. Sie sind allgemeiner Art, nehmen aber auch spezifische anwaltsrechtliche Gefährdungen in den Blick. Die Ordnungsstruktur der Grundrechte droht dadurch unterlaufen zu werden, dass jeder Grundrechtsträger selbst die Reichweite seines Schutzes definiert.¹⁰⁸³ Denn der Staat bleibt verantwortlich, die sich aus dem Grundrechtsgebrauch verschiedener Grundrechtsträger ergebenden Konfliktsituationen aufzulösen. Die Koordinierung verschiedener Freiheitsphären ist eine staatliche Aufgabe.¹⁰⁸⁴ So kann es der Staat nicht hinnehmen, dass

¹⁰⁷⁸ Vgl. für den Steuerberater *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2894).

¹⁰⁷⁹ Vgl. BVerfGE 24, 236 (247 f.) – Lumpensammeln; zur Gewissensfreiheit ein absolutes Verbot annehmend Sondervotum *Hirsch*, BVerfGE 48, 185 (188) – Kriegsdienstverweigerung; zur Koalitionsfreiheit auch BVerfGE 44, 322 (348).

¹⁰⁸⁰ Vgl. *Häberle*, AöR 110 (1985), 329 (336, 356 f.) zur Pluralismusklausel der Wissenschaftsfreiheit in Art. 43 Abs. 2 Verf. Portugal („Der Staat darf sich nicht das Recht zusprechen, Bildung und Kultur nach den Maßstäben irgendwelcher philosophischer oder ästhetischer, politischer, ideologischer oder religiöser Richtlinien festzulegen“).

¹⁰⁸¹ Spezifisch *Zuck*, JZ 1989, 353 (354); allgemein *Häberle*, AöR 110 (1985), 329 (357); *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 93.

¹⁰⁸² Zur Aussagekraft derartiger Befunde *Häberle*, AöR 110 (1985), 329 (336).

¹⁰⁸³ *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 88; *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 37.

¹⁰⁸⁴ Hierzu *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 29 f., der eine Korrektur über die objektiven Schranken nicht mehr für ausreichend erachtet, sobald der Grundrechtstatbestand berührt ist.

die Anwaltschaft sich selbst jegliches Werbeverhalten untersagt, weil damit nicht nur berufsfreiheitliche Interessen, sondern auch die Informationsfreiheit und das rechtliche Gehör des Rechtsuchenden berührt werden.¹⁰⁸⁵ Zieht sich der Staat aus der Definitionsfrage zurück, verlagert sich seine Verantwortung auf die Entscheidung, welchem Grundrechtsverständnis er im Konfliktfall den Vorrang einräumt und so dem einen Grundrecht Grenzen setzt.¹⁰⁸⁶ Der Gesetzgeber kann Grundrechte nur in einer generalisierten und vertypten Form wahren; subjektive Grundrechtsdefinitionen können hingegen nur große Interessengruppen leisten.¹⁰⁸⁷ Dem Staat muss deshalb ein Primat der Grundrechtsdefinition zukommen, auch wenn private Verständnisse nicht vollständig außer Acht bleiben.¹⁰⁸⁸ Gegen eine Zuweisung der Definitionskompetenz an das Subsystem Anwaltschaft sprechen zudem seit den Bastille-Beschlüssen bekannte verfassungsgerichtliche Sorgen gegenüber der Selbstverwaltung.¹⁰⁸⁹ Sie wird als strukturell bewahrend und damit auch als freiheitsgefährdend wahrgenommen. Die Preisgabe von Individualität und die Gefährdung innovativer Entwicklungen¹⁰⁹⁰ stehen in Widerspruch zur grundrechtlichen Verbürgung anwaltlicher Berufs- und Meinungsfreiheit sowie ihrer Funktion für die Rechtsfindung.¹⁰⁹¹ Die anwaltliche Berufs- und Meinungsfreiheit ist nicht das Grundrecht der Anwaltschaft, der Selbstverwaltungsorgane, sondern jedes einzelnen Anwalts, dessen Gestaltung nicht dem Intermediär obliegt.¹⁰⁹² Der Einzelne muss sein Selbstverständnis im Rahmen des staatlichen Definitionsprozesses aber einbringen können.¹⁰⁹³ Dies geschieht über die Mitwirkung bei der Berufsbildprägung. Denn die Berufsfreiheit weist, trotz ihrer im Vergleich zur Wissenschafts- und Kunstfreiheit gesteigerten Normprägung, doch eine „personale Ausrichtung“¹⁰⁹⁴ auf. Das Selbstverständnis der Anwaltschaft wird durch die be-

¹⁰⁸⁵ Vgl. hierzu Kap. 3, § 3, S. 452 ff.

¹⁰⁸⁶ Anschaulich *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 38 f.

¹⁰⁸⁷ *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 34 f.

¹⁰⁸⁸ *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 90 f.

¹⁰⁸⁹ S. auch *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 272, unter Hinweis auf die Ausführungen in BVerfGE 76, 171 (185 ff.) – Bastille.

¹⁰⁹⁰ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 131 spricht von „Öffnungsvorbehalt“.

¹⁰⁹¹ Allgemein *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 131, aber unter Hinweis auf BVerfGE 76, 171 (185 ff.) – Bastille; *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 39 f.; zur Lehrfreiheit und der Gefahr für innovative, methodenvielfältige Wissenschaft *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 38; zum Anwaltsberuf unter Berufung auf den Schutz von Gemeinschaftsgütern *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (288); a. A. aber *Zuck*, JZ 1989, 353 (355), der die Homogenität der Gemeinschaft gerade als Schutz von Eigenheiten begreift.

¹⁰⁹² *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 39; vgl. auch *Häberle*, AöR 110 (1985), 329 (357), der aus der Freiheit des Einzelnen die Freiheit der Gemeinschaft erwachsen lässt und damit gerade keiner Definitionskompetenz von „intermediären Gewalten“ (Begriff bei *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 37) das Wort redet; s. auch *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 146 ff., der für den Kollisionsfall von kollektiver und individueller Grundrechtsausübung der individuellen den Vorrang zuspricht.

¹⁰⁹³ *Isensee*, Freiheitsrechte, S. 15 f. schlägt die Abstufung irrelevant – berücksichtigungs-fähig – berücksichtigungsbedürftig – verbindlich vor; nicht unkritisch zur Trennung von Defini-tions- und Konkretisierungskompetenz *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 43 ff.

¹⁰⁹⁴ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 128.

grenzte Normsetzung, die das Gesetz konkretisiert, zum Ausdruck gebracht.¹⁰⁹⁵ Dieses wird umso relevanter, je tiefgreifender der Gesetzgeber das historisch tradierte Berufsbild umgestaltet. Es spielt dann eine Rolle, um zu beurteilen, wie belastend ein Gesetz wirkt.¹⁰⁹⁶ Abzuschichten hiervon ist die Frage, aus welcher Perspektive der Staat die anwaltliche Berufsfreiheit definiert. Das BVerfG¹⁰⁹⁷ hat in der Zweitberufs-Entscheidung auf die Perspektive des rechtsuchenden Publikums abgestellt. Ob das Bild des rechtsuchenden Publikums jedoch mit dem des BVerfG übereinstimmt, erscheint fragwürdig.¹⁰⁹⁸ Die Unabhängigkeit vom Mandanten dürfte nicht einsichtig scheinen, ist aber verfassungsrechtlich unerlässlich, obgleich der Begriff schwierig zu erfassen ist und durch die Interessenwahrungspflicht auch immanent begrenzt wird. Der durchschnittliche Rechtsuchende steht der Regulierung der anwaltlichen Berufsausübung wohl, ohne dies hier empirisch unterfüttern zu können, indifferent gegenüber. Die wenigsten denken sich, dass ihr Legal-Tech-Anbieter, der dem gewerbepolizeilichen RDG unterliegt, anwaltlichen core values nicht verpflichtet ist und dies sie irgendwie betreffe. Die Definition kann sich also nur an der grundgesetzlichen Funktion orientieren.

6. Leistungs- und Schutzpflicht des Staates

Die anwaltliche Berufsausübung steht in einem spezifischen Verhältnis zur staatlichen Gewalt. Dieses kann es erfordern, dem Grundrecht Leistungs- und Schutzpflichten¹⁰⁹⁹ zu entnehmen. Dabei handelt es sich nicht um aus dem subjektiven Gehalt der Berufsfreiheit fließende Ansprüche des einzelnen Rechtsanwalts (dazu unter a)). Leistungs- (dazu unter b)) und Schutzpflicht (dazu unter c)) sind objektive Einstandspflichten des Staates, die aufgrund des Charakters der dienenden Freiheit nicht resubjektiviert werden können.

a) Keine Leistungs- und Schutzpflicht als subjektive grundrechtliche Ansprüche

Aus der subjektiven Dimension der anwaltlichen Berufsfreiheit lassen sich im Regelfall keine originären und derivativen Leistungsansprüche¹¹⁰⁰ bzw. Schutzansprüche in der Dreieckskonstellation Privater – Staat – Privater¹¹⁰¹ ableiten:

¹⁰⁹⁵ Ahrens, ZZZ 115 (2002), 281 (288).

¹⁰⁹⁶ Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 428; für eine maßvolle Rolle des Standpunktes der Selbstverwaltung in diesem Rahmen Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 411 f.

¹⁰⁹⁷ BVerfGE 87, 287 (320) – Zweitberuf.

¹⁰⁹⁸ Kritik auch bei Zuck, JZ 1992, 470 (471).

¹⁰⁹⁹ Mayen, AnwBl. 2011, 405 (412) behandelt diese Fragen als Ausdruck der Horizontalwirkung der anwaltlichen Berufsfreiheit; allgemein Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 227 ff.

¹¹⁰⁰ Martens, VVDStRL (30) 1972, 7 (21 f.); terminologisch auch so Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 248.

¹¹⁰¹ Die Schutzpflicht kann auch gegen drohende Beeinträchtigungen seitens der Natur mobilisiert werden, worunter etwa auch eine Pandemie fällt (Dietlein, Schutzpflichten, S. 103). – So bei CE, Beschl. v. 20.4.2020 – Nr. 439983, 440008 – Ordre des avocats au barreau de Marseille et ordre des avocats au barreau de Paris.

Leistungsansprüche: Für die Leistungsansprüche kann man dies allgemein damit begründen, dass über die Leistungsdimension systemwidrig soziale Grundrechte etabliert würden¹¹⁰² und der Inhalt einer Leistungspflicht dem politischen Willensbildungs- und Planungsprozess überlassen werden muss, um die Budgethoheit zu schützen.¹¹⁰³ Das Grundgesetz kennt nur wenige ausdrückliche Leistungsgehälter: Anspruch von Müttern auf Schutz (Art. 6 Abs. 4 GG) oder der Förderanspruch von Privatschulen (Art. 7 Abs. 5 GG). Art. 12 Abs. 1 GG bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Staat einen Beruf und die Mittel für die erwerbswirtschaftliche Selbstentfaltung zur Verfügung stellt.¹¹⁰⁴ Die dienende Natur der anwaltlichen Berufsfreiheit spricht im Regelfall gegen die Zuerkennung von Leistungsansprüchen.¹¹⁰⁵ Die Zurückhaltung gilt auch für den Versuch eines Rechtsanwalts, ein Auskunftsrecht auf Herausgabe ausländischer Verwaltungsvorschriften aus Art. 12 Abs. 1 GG zu begründen.¹¹⁰⁶ Argumentationen mit objektiv-rechtlichen Staatsstrukturprinzipien – allgemein dem Sozialstaatsprinzip und im Fall des Rechtsanwalts dem Rechtsstaatsprinzip – sind nicht geeignet, subjektive Leistungsansprüche zu begründen.¹¹⁰⁷ Deshalb konnte aufgrund des Art. 12 Abs. 1 GG auch keine priorisierte Covid-19-Schutzimpfung für Rechtsanwälte als Leistungsanspruch konstruiert werden oder in Frankreich die Lieferung von Hygieneprodukten durchgesetzt werden. Erst recht ist die Angemessenheit der anwaltlichen Vergütung nicht über einen Leistungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG zu bestimmen.

Derivative Leistungsansprüche: Bei derivativen Leistungsansprüchen, bei denen es nicht um die Bereitstellung neuer, im Haushaltsplan noch nicht zugewiesener Mittel geht, sondern der Anspruchsteller an bereits bereitgestellten Mittel unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG¹¹⁰⁸ oder Art. 12 Abs. 1 GG¹¹⁰⁹ partizipieren möchte, liegen die grundsätzlichen Einwände anders. Vielmehr stellen sich Abgrenzungsfragen von Leistungsrecht und Eingriffsabwehr.¹¹¹⁰ Ein Beispiel: Französische KMU können eine Subvention beantragen, wenn sie professionelle Berater für Personalangelegenheiten engagieren; Rechtsanwälte waren hiervon durch ministeriellen Erlass ausgeschlossen. Man kann wie der Conseil d'État hierin einen

¹¹⁰² *Murawiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, in: HdB StR IX, § 192 Rn. 52; zur Nähe von Leistungsanspruch und sozialem Grundrecht auch *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (30).

¹¹⁰³ *K. Hesse*, Grundzüge, § 9 Rn. 289; *Bethge*, Staat 24 (1985), 351 (376 f.); *Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (389).

¹¹⁰⁴ *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 47; *Murawiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, in: HdB StR IX, § 192 Rn. 97; vgl. auch *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 168.

¹¹⁰⁵ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 231 zu einer fremdnützigen Lehrfreiheit.

¹¹⁰⁶ VGH BW, Urt. v. 5.2.1979 – I 3199/78, NJW 1979, 2117 (2118 f.); bestätigt durch BVerwGE 61, 40 Rn. 18 f.

¹¹⁰⁷ Statt vieler *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (31).

¹¹⁰⁸ *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 248 f.

¹¹⁰⁹ Auf Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG stellt *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 276 ff. ab.

¹¹¹⁰ *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 222 ff.

Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit des Avocats sehen¹¹¹¹ oder aber einen Anspruch des Avocats auf Teilhabe an der haushaltsrechtlich bereitgestellten Subvention. Ein anderes Beispiel ist die Zulassung als Rechtsanwalt beim BGH. Das Antragsziel des Bewerbers kann sein, dass er im Auswahlverfahren Berücksichtigung finden möchte; also einen der vorgesehenen Plätze möchte. Soweit jedoch nichts weiter als eine Gestattung/Erlaubnis verlangt wird, ist vielmehr die Abwehrdimension der Berufsfreiheit betroffen.¹¹¹² So ist es auch konsequent, dass das BVerfG diese Fragen unter dem Blickwinkel der abwehrrechtlichen Dimension entschieden hat.¹¹¹³ Auch verfassungsrechtliche Fragen der Bestellung zum Insolvenzverwalter¹¹¹⁴ (§§ 56, 65 InsO) behandelt der Erste Senat als Eingriffe in die Berufsfreiheit und nicht als derivativen Leistungsanspruch, bspw. auf Berücksichtigung für die Vorauswahlliste.¹¹¹⁵ Ein weiteres Beispiel für derivative Leistungsansprüche des Rechtsanwalts kann die Berücksichtigung als Pflichtverteidiger sein (§ 142 Abs. 6 StPO). Jedenfalls trifft den Staat die objektiv-rechtliche Pflicht zur Schaffung und Öffnung seiner Einrichtungen und die Pflicht zur Vergabe der Mittel.¹¹¹⁶

Schutzanspruch: Jedes Grundrecht enthält eine objektiv-rechtliche Schutzverantwortung, die allerdings von einem subjektiv-rechtlichen Schutzanspruch zu unterscheiden ist.¹¹¹⁷ Versagt der Staat den Schutz kann zudem an einen Eingriff in das Abwehrrecht zu denken sein.¹¹¹⁸ Der Schutzanspruch kann nicht auf objektive Staatstrukturprinzipien gestützt werden,¹¹¹⁹ da dies nur das Verhältnis des Staates

¹¹¹¹ CE, Urt. v. 26.4.2022 – Nr. 453192 – CNB (Conseil en ressources humaines pour les TPE-PME).

¹¹¹² Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 202, 242, 244.

¹¹¹³ BVerfG-K, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 1295/07, NJW 2008, 1293 – Auswahlverfahren Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim BGH I; bereits BVerfGE 106, 216 ff. – Singularzulassung beim BGH; ohne Begründung so auch *Heinrichs*, Freiheit der Advokatur, S. 207 ff., der zwar die unterschiedlichen Dimensionen der Berufsfreiheit erkennt (S. 190), darauf aber nicht mehr zurückkommt bei seiner klausurmäßigen Prüfung.

¹¹¹⁴ Zurecht sieht das BVerfG im Beruf des Insolvenzverwalter einen eigenständigen Beruf i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG und nicht nur eine Modalität der Berufsausübung des Hauptberufes, bspw. als Rechtsanwalt: für die Senatsrechtsprechung s. BVerfGE 141, 121 (35 f.) – Bestellung juristischer Person zum Insolvenzverwalter; vgl. aber bereits schon BVerfG-K, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00, 1086/01, NJW 2004, 2725 (2727) – Rechtsschutz bei der Vorauswahl von Insolvenzverwalterkandidaten; s. auch *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 27 ff.

¹¹¹⁵ BVerfGE 141, 121 (132 Rn. 38) – Bestellung juristischer Personen zum Insolvenzverwalter, s. auch BGH, Beschl. v. 13.1.2022 – IX AR (VZ) 1/20, AnwBl. Online 2022, 333 (334 Rn. 10); für einen Rückgriff auf ein grundrechtliches Teilhaberecht aber *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 275.

¹¹¹⁶ *Trute*, Institutionalisierung, S. 425 f. leitet ein derivatives Teilhaberecht bei Art. 5 Abs. 3 GG aus der staatlichen, objektiven Gewährleistungspflicht ab und nicht aus dem subjektiven Gehalt des Grundrechts.

¹¹¹⁷ *Stern*, DÖV 2010, 241 (244 ff.); s. auch *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 389 (Pflicht zur Ausgestaltung dieser, aber kein Anspruch hierauf).

¹¹¹⁸ Anschaulich mit sukzessiver Prüfung BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.2018 – 2 BvR 1371/13, NVwZ 2018, 1224 (1225 Rn. 31 f.) – US-Atomwaffenstationierung.

¹¹¹⁹ So wohl aber *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 16.

zum Schutzsuchenden betrifft, nicht aber die grundrechtliche Position desjenigen, in dessen Rechte durch die Erfüllung des Schutzanspruchs eingegriffen wird.¹¹²⁰ Legt man den Begründungsansatz *Dietleins* zugrunde, ist der Schutzanspruch legitimiert, weil der Grundrechtsträger auf den Schutz des Staates vertraut.¹¹²¹ Der französische Gesetzgeber hat zwar die Nötigung von Rechtsanwälten unter schwere Strafe gestellt, doch liegt es eigentlich fern zu glauben, der Rechtsanwalt vertraue darauf, der Staat schütze ihn vor seinen Mandanten oder Dritten. Ein anderes Begründungsmotiv ist die besondere Verantwortung des Störers für die Belange des Grundrechtsberechtigten.¹¹²² Auch dies passt ersichtlich nicht auf Schutzansprüche des Rechtsanwalts, dessen Berufsfreiheit gerade fremdnützig ist.¹¹²³

b) Objektiv-rechtliche Leistungspflicht des Staates

Für die Lehrfreiheit hat *Kaufhold* festgestellt, dass den Staat die Pflicht treffe, den Lebenssachverhalt „Freie Lehre“ zu gewährleisten, was dann zu einer Leistungspflicht führe, wenn die Realisierung des Lebenssachverhaltes nicht mehr möglich sei. Das sei dann der Fall, wenn eine konkrete und strukturelle Abhängigkeit von staatlicher Unterstützung bestehe.¹¹²⁴ Dies ist auf die dienende anwaltliche Berufsfreiheit zu übertragen.¹¹²⁵

aa) Abhängigkeit des Rechtsanwalts von staatlicher Festlegung der Vergütung

Der deutsche Gesetzgeber hat anders als der französische die Vergütung nicht vollständig in die Hände des Rechtsanwalts und des Mandanten gelegt. Zwar gehen privatautonome Vergütungsvereinbarungen (§ 3a RVG) vor, doch spielt die Vergütung nach RVG eine große Rolle. Hierfür hat der Gesetzgeber auch Gründe, weil es ein Grundsatz des deutschen Zivilverfahrens ist, anders als (noch) in Frankreich,¹¹²⁶ dass die unterlegene Partei die gegnerischen Anwaltskosten trägt (§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO). Zudem ermöglicht das System, dass die Rechtsverfolgung bei niedrigen Werten gesichert ist.¹¹²⁷ Der Gesetzgeber hat daneben aus sozialen Gründen in bestimmten Konstellationen die Vergütungssätze reduziert: Prozesskostenhilfe, Beratungshilfe, ermäßigte Pflichtverteidigergebühren.

¹¹²⁰ *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 160.

¹¹²¹ Womöglich auch so BVerfG-K, Beschl. v. 15.3.2018 – 2 BvR 1371/13, NVwZ 2018, 1224 (1225) – US-Atomwaffenstationierung.

¹¹²² *Classen*, Staatsrecht II, § 6 Rn. 36 sowie § 4 Rn. 34 ff.

¹¹²³ Entsprechender Befund für die Lehrfreiheit bei *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 236.

¹¹²⁴ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 263 f.

¹¹²⁵ Ähnlich auch die (institutionell geprägten) Überlegungen von *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 101 ff. zu einem „Betätigungsschutz“ in Anlehnung an die rundfunkverfassungsrechtliche Rechtsprechung.

¹¹²⁶ De lege lata befürwortend aber der Rapport des États généraux de la Justice v. 8.7.2022, S. 179.

¹¹²⁷ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 145 Rn. 23.

bb) Kompensation durch finanzierungsbereite Dritte

Denkbar ist jedoch auch die Finanzierung durch den Mandanten durch den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung oder einer Vereinbarung über ein Erfolgshonorar. Auch der Anwalt oder außenstehende Dritte sind denkbar als Finanzierer, etwa durch (nach h. M. zulässige) Prozessfinanzierung¹¹²⁸ oder vor allem auch Rechtsschutzversicherungen. § 4a Abs. 1 RVG hat für das Erfolgshonorar Lockerungen gebracht.

Die staatliche Zurückhaltung bei der privatautonomen Finanzierung der anwaltlichen Tätigkeit kann die Grundlage für eine staatliche Leistungspflicht sein.¹¹²⁹ Denn scheitert der Staat in seiner Gewährleistungsverantwortung, den Zugang zu einem Rechtsanwalt als Voraussetzung der Rechtsverfolgung zu sichern, darf er aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zugleich andere Akteure, die seine defizitäre, da aus wirtschaftlichen Gründen von der Rechtsverfolgung abhaltende Ausgestaltung des Vergütungsrechts kompensieren, ausschließen.¹¹³⁰ Die Erweiterung der Finanzierung durch Mandanten und Dritte bringt nicht die grundrechtliche Leistungsverantwortung zum Erlöschen. Denn solange es Mandate gibt, die aufgrund ihres Zuschnitts keine Finanzierung ohne staatlich festgelegte Vergütung erlauben, bleibt der Staat in seiner Verantwortung. Die übernommene Verantwortung erstreckt sich auf die Sicherung, dass die Rechtsverfolgung nicht durch ökonomische Selektion durch die Rechtsanwälte bedingt wird. Die Anpassung der Gebühren ist deshalb durchaus ein grundrechtliches Problem, wenn auch erstmal kein abwehrrechtliches des einzelnen Berufsträgers. Auf der anderen Seite reduziert das anwaltliche Werberecht¹¹³¹ strukturell die finanzielle Angewiesenheit auf den Staat. Indem die Rechtsordnung heute dem Anwalt nicht mehr untersagt, auf seine Leistung und sich aufmerksam zu machen, sichert der Gesetzgeber die anwaltliche Berufsausübung als Grundlage der wirtschaftlichen Existenz und stabilisiert damit zugleich die institutionelle Seite der anwaltlichen Berufsfreiheit.

cc) Maßstab: keine konkreten Vorgaben

Der Gesetzgeber schuldet eine – wohl nur am Untermaßverbot zu messende – gesamthafte Konzeption des Gebührenrechts, die den Direktiven der dienenden Freiheit entspricht.¹¹³² Es handelt sich also um eine Förderpflicht, die zum Ziel

¹¹²⁸ Zur besonderen Effektivität der anwaltlichen Prozessfinanzierung im Vergleich zum Erfolgshonorar, weil sie für mittellose Kläger attraktiver ist, s. *Wais*, JZ 2022, 404 (407).

¹¹²⁹ *Ostler*, BayVBl. 1978, 527 (528 Fn. 5); s. auch *ders.*, BayVBl. 1976, 193 (199 f.). – Ein solches Argument mag an die berufsrechtliche Debatte während der Weimarer Zeit über eine „Schutzpflicht“ des Staates für den Stand erinnern, die inhaltlich damals aber auf einen Konkurrenzschutz gegenüber nichtanwaltlichen Rechtsdienstleistern zielte (s. hierzu *Rücker*, Rechtsberatung, S. 133 f.).

¹¹³⁰ Vgl. BVerfGE 117, 163 (194) – Erfolgshonorar.

¹¹³¹ Zur Bedeutung des Werberechts im Rahmen eines Betätigungsschutzes *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 103.

¹¹³² Vgl. BVerfGE 85, 337 (349) – Geschäftswert WEG (Justizgewährung und Berufsfreiheit der Rechtsanwälte).

konträre Handlungen ausschließt.¹¹³³ Der Staat muss überhaupt tätig werden und darf keine Maßnahmen treffen, die mit seiner Pflicht unvereinbar sind. Darüber hinaus handelt es sich aber bei der Leistungspflicht aus der dienenden Berufsfreiheit um eine partielle Realisierungspflicht,¹¹³⁴ denn die rechtsstaatliche Rechtspflege und die verfassungsrechtliche Position des Mandanten gebieten nicht nur überhaupt ein Tätigwerden, sondern es besteht das Verbot, ein bestimmtes Schutzniveau zu unterschreiten.¹¹³⁵ Da jedoch dieses Niveau mangels textlicher Niederlegung nur schwer bestimmbar ist, kann auch kaum festgestellt werden, wann der Gesetzgeber seiner Pflicht nachgekommen ist.¹¹³⁶ Damit sind insbesondere grobe Fehlgriffe, die in keiner Weise mehr genügen, verfassungsrechtlich zu sanktionieren (auch wenn dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist einzuräumen ist).¹¹³⁷ Dass der Staat neben der RVG-Vergütung auch die Prozesskostenhilfe vorsieht, ändert an der Verpflichtung, angemessene Gebühren vorzusehen, nichts. Dem liegt die Unterscheidung von objektiv-relativer Kostensperre und subjektiv-absoluter Kostensperre zugrunde.¹¹³⁸ Die Prozesskostenhilfe als Instrument zur Überwindung letzterer steht unabhängig neben anderen Vergütungsmodellen, denn mit der Prozesskostenhilfe verwirklicht der Gesetzgeber vor allem die Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten als Ausschnitt aus dem Gleichheits- und Sozialstaatsprinzip, indem diese über die Frage, ob sie ihre Rechte durchsetzen, erstmals entscheiden können. Hiermit wird die finanzielle Leistungsfähigkeit als solche adressiert. Aber die Ausgestaltung darf auch nicht ein Kostenrisiko schaffen, das außer Verhältnis zum angestrebten wirtschaftlichen Erfolg steht.¹¹³⁹

dd) Keine Resubjektivierung

Der objektiven Leistungsverpflichtung des Staates entspringt regelmäßig kein subjektives Recht.¹¹⁴⁰ Das BVerfG¹¹⁴¹ hat zu Art. 5 Abs. 3 GG allerdings eine objektive Leistungspflicht festgestellt, die zu ihrer Verstärkung auch subjektive Ansprüche des Grundrechtsberechtigten verbürgen soll. Auch folgt aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ein medienrechtlicher Auskunftsanspruch gegenüber Behörden, dessen Grundlage eine Versubjektivierung der objektiv-rechtlichen demokratiebezogenen Gehalte

¹¹³³ Zu dieser *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 70.

¹¹³⁴ Zu dieser *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 70 ff.

¹¹³⁵ Zum „Diktat der leeren Kassen“ als Grund der Unterschreitung des Schutzniveaus bei den Justizgrundrechten deutlich *Stern*, Leistungsrechte, in: StR III/I, § 67 S. 717.

¹¹³⁶ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 71 f.; *Stern*, Leistungsrechte, in: StR III/I, § 67 S. 711.

¹¹³⁷ BVerfGE 83, 1 – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

¹¹³⁸ *Ch. Wolf*, BRAK-Mitt. 2020, 250 (252); Differenzierung auch bei BVerfGE 85, 337 (347) – Geschäftswert WEG.

¹¹³⁹ BVerfGE 85, 337 (349) – Geschäftswert WEG.

¹¹⁴⁰ *Classen*, Staatsrecht II, § 6 Rn. 45; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 389.

¹¹⁴¹ BVerfGE 35, 79 (115 f.) – Hochschulurteil; s. auch BVerfGE 85, 360 (384) – Auflösung Akademie der Wissenschaften der DDR; für Nachweise aus dem Schrifttum s. *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 276 Rn. 370.

der Medienfreiheit ist.¹¹⁴² Ob objektiv-rechtliche Gehalte der Grundrechte resubjektiviert werden können, bestimmt sich nach der Schutznormtheorie, also danach, ob der objektive Gehalt im Interesse der möglicherweise Berechtigten besteht, die auch individualisierbar sind.¹¹⁴³ Für die Leistungspflicht der dienenden Berufsfreiheit kommt dies nicht in Betracht, da es nicht um individuelle Beeinträchtigungen geht.¹¹⁴⁴ Da von der anwaltlichen Berufsfreiheit vor allem die Rechtsuchenden sowie der Rechtsstaat profitieren sollen, war es zwar objektiv-rechtlich zutreffend und kohärent mit § 1 BRAO die Anwaltschaft als „systemrelevant“ oder „kritische Infrastruktur“ zu betrachten,¹¹⁴⁵ jedoch folgerichtig durch Resubjektivierung keine Ansprüche (auf Kitabetreuung, auf Priorisierung bei der Schutzimpfung) des einzelnen Rechtsanwalts zu begründen.¹¹⁴⁶ Soweit persönliche Freiheitsräume bestehen, sind diese primär zur Verwirklichung der drittnützigen Funktionen eingeräumt. Ein subjektives Leistungsrecht könnte also nur dem Mandanten im Ergebnis zustehen.¹¹⁴⁷ Doch will die Sachbereichsgarantie gerade die Gesamtheit der Rechtsuchenden als Kollektiv begünstigen und nicht jeden einzelnen spezifischen Mandanten.¹¹⁴⁸ Es fehlt an der Individualisierung des Begünstigten.

c) Objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates

aa) Gegenüber dem störenden Mandanten

Das BVerfG hat Schutzpflichten des Staates zugunsten des Rechtsanwalts bzw. der Gesamtheit der Rechtsanwälte bislang nicht ausdrücklich adressiert, was daran liegt, dass als nicht-grundrechtsverpflichteter, störender Dritter vielmals der Mandant in den Sinn kommen dürfte. Prozessuale Konstellationen, die dies abbilden,

¹¹⁴² BVerwGE 146, 56 (64 f. Rn. 29) – BND.

¹¹⁴³ Hierzu *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 354 ff.; *Stern*, Leistungsrechte, in: StR III/I, § 67 S. 709; *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 276 f.; sehr viel weitgehender subjektive Ansprüche behandelnd *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 207 ff.

¹¹⁴⁴ Allgemein so für Organisations- und Verfahrensbestimmungen am Beispiel des Hochschulverfassungs- und Medienverfassungsrechts *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (165); womöglich anders aber *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (409).

¹¹⁴⁵ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 41 f. Rn. 27 (dort auch mit dem Hinweis, dass es keine Sicherstellungs- und Versorgungsgesetze für Rechtsdienstleistungen gibt).

¹¹⁴⁶ Vgl. für einen Steuerberater VG Frankfurt/Oder, Beschl. v. 13.5.2020 – VG 6 L 227/20, BeckRS 2020, 16195. – Das VG verneint eine Zuordnung zum Bereich der (allgemeinen) Rechtspflege und kommt zum Ergebnis, dass der Steuerberater keine kritische Infrastruktur sei, weil Rechtsanwälte die Tätigkeiten des Steuerberaters ausüben könnten; anders zur Einordnung des Steuerberaters VG Cottbus, Beschl. v. 31.3.2020 – VG 8 L 151/20, BeckRS 2020, 16196, allerdings auch keine subjektiven Rechte auf Kindertotbetreuung sehend.

¹¹⁴⁷ Wohl auch *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (6); dies dürfte auch der Rspr. des BVerfG zugrunde liegen, wonach die rechtsstaatlich gebotene Institution der Pflichtverteidigung (zu dieser BVerfGE 110, 226 [253] – Geldwäsche) nicht zu einem subjektiven Recht des Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG führe (BVerfGE 39, 238 – Widerruf Bestellung Croissant).

¹¹⁴⁸ I. E. so auch BVerwGE 61, 40 Rn. 18 f. im Fall der Leistungsklage auf Herausgabe ausländischer Vorschriften, deren Zugänglichkeit objektiv-rechtlich aufgrund des Rechtsstaatsgebotes gefordert sei, woraus aber kein subjektives Recht des Rechtsanwalts abgeleitet werden könne.

sind nur schwer vorstellbar.¹¹⁴⁹ Allerdings wurde durch die ehemaligen Berichterstatter für das Recht der freien Berufe im Ersten Senat *Jaeger* und *Gaier* eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht gegenüber dem Mandanten durchaus diskutiert.¹¹⁵⁰ Wie genau eine Konstellation aussehen kann, in der die Schutzpflicht relevant wird, zeigt die Entbindung des Pflichtverteidigers im Fall „Lübcke“. Dort wurde ein zerstörtes Vertrauensverhältnis nach § 143a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO bejaht, weil der Angeklagte nicht mit Beweisanträgen seines Pflichtverteidigers einverstanden war.¹¹⁵¹ Allerdings ist die Unabhängigkeit des (Pflicht-)Verteidigers „keine inzwischen unzeitgemäße Zwangsbeglückung“, sondern vielmehr prozessgrundrechtlich geboten, so dass ein Gericht sich bei einer so begründeten Entbindung „auf dünnem Eis“ bewegt.¹¹⁵² Die Sachbereichsgarantie der freien Berufsausübung als unabhängiges Organ der Rechtspflege kann also durchaus vom Staat einen Schutz gegenüber dem Mandanten verlangen.

bb) Gegenüber störenden Dritten

Aber auch andere Dritte kommen als Störer der Sachbereichsgarantie in Betracht. Ein Anwendungsfall ist neben dem Arbeitsrecht das Gesellschaftsrecht der Freien Berufe. Restriktionen erfolgen vielfach unter Hinweis auf den Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit vor dem Einfluss nicht-anwaltlicher Gesellschafter. Das BVerfG erkennt diese Schutzverantwortung als legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Einschränkungen an.¹¹⁵³ Bei der Erfüllung dieser Pflicht hat der Gesetzgeber einen gewissen Spielraum. Zum Eingreifen verpflichtet ist er, wenn die „rechtliche und tatsächliche Handlungsfreiheit“¹¹⁵⁴ von Rechtsanwältinnen beseitigt wird. Die Schutzpflicht überlässt es dem Gesetzgeber, wie er das Ziel erfüllen will. Er ist verpflichtet „die potenziellen Gefahrenlagen [...] zu überwachen“ und „ihnen nach seiner Einschätzungsprärogative zu begegnen“.¹¹⁵⁵ Grobe Fehlgriffe und inkohärente Regelungen liegen jedoch außerhalb dieses Spielraums. Allerdings ist es zweifelhaft, ob das BVerfG sich dieser allgemeinen Maßstäbe im anwaltlichen Berufsrecht stets vergewissert. So befand das BVerfG Beschränkungen beim Kreis der gesetzlich möglichen Gesellschafter für unverhältnismäßig, wenn diese einem

¹¹⁴⁹ *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (412) sieht in diesem Verhältnis keinen grundrechtlichen Schutzbedarf.

¹¹⁵⁰ *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (476 f.); *Gaier*, BRAK-Mitt. 2006, 2 (6), der jedoch auch davor warnt, die Bedeutung dieser Schutzpflicht zu überschätzen, weil das Gericht dem Gesetzgeber hier einen großen Spielraum zubillige.

¹¹⁵¹ Sofortige Beschwerde hiergegen zurückgewiesen durch BGH, Beschl. v. 18.8.2020 – StB 25/20, NJW 2020, 3331.

¹¹⁵² *Beulke*, JZ 2021, 403 (405 f.).

¹¹⁵³ BVerfGE 60, 215 (231) – Sozierung von Steuerberatern; BVerfGE 80, 269 (279) – Sozierung von Notaren; BVerfGE 141, 82 (113 Rn. 83) – Sozierung mit Apothekern; s. auch zur Entscheidung des Gesetzgebers, multiprofessionelle Sozietäten strenger zu regulieren BVerfGE 135, 90 (112 f. Rn. 60 ff.) – Sozierung mit Patentanwälten.

¹¹⁵⁴ BVerfGE 87, 287 (326) – Zweitberuf (Unvereinbarkeit Wissenschaftliche Hilfskraft).

¹¹⁵⁵ *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 108.

unabhängigkeitsverbürgenden Berufsrecht unterworfen sind.¹¹⁵⁶ Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht variiert also danach, ob der Dritte selbst einem berufsrechtlichen Gebot der Unabhängigkeit unterliegt, weil dann davon auszugehen ist, dass er die Unabhängigkeit des anwaltlichen Gesellschafters ohne weiteres akzeptiert bzw. dessen Kompetenz anerkennt,¹¹⁵⁷ oder ob er weniger Gewähr bietet, die anwaltliche Unabhängigkeit nicht zu stören.¹¹⁵⁸ Dies unterscheidet die abhängige Beschäftigung beim nicht-anwaltlichen Arbeitgeber von der Sozierung mit freiberuflichen Berufsträgern. Dass die Frage nach dem Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit aber nicht der alleinige Maßstab ist, zeigt die verfassungsrechtliche Frage nach der Zulässigkeit der doppelstöckigen Anwaltskapitalgesellschaft (§ 59e Abs. 1 S. 1 BRAO a. F.; heute § 59i BRAO n. F.). Denn diese Regelung will gerade nicht berufsferne Gesellschafter fernhalten, sondern – so die Auffassung des Anwaltssenates¹¹⁵⁹ – das persönliche Vertrauensverhältnis sichern. Nicht jede gesellschaftsrechtliche Begrenzung kann durch den Hinweis auf das Bestehen der anwaltlichen Berufspflichten verfassungsrechtlich erfolgreich angegriffen werden. Mit der Sachbereichsgarantie ist das Fremdbeteiligungsverbot, bei dem der „fremde Gesellschafter“ nicht mitarbeitet, noch vereinbar, allerdings ist der Gesetzgeber aufgrund seines weiten Einschätzungsspielraums nicht gehindert, modifizierende Regelungen einzuführen.¹¹⁶⁰ Dies kann mit dem positiven Bild des Grundgesetzes vom Rechtsanwalt begründet werden, wonach dieser seine Unabhängigkeit gegen äußere Einflüsse selbst bewahren kann.¹¹⁶¹ Der Gesetzgeber kann sich zudem legitimerweise von ausländischen Erfahrungen beeinflussen lassen. Das französische Recht erlaubt Kapitalbeteiligungen weitreichender. Die Übertragung dieser Vor-

¹¹⁵⁶ BVerfGE 141, 82 (114 f. Rn. 84 f.) – Sozierung mit Apothekern; s. auch BVerfGE 135, 90 (118 ff. Rn. 74 ff.) – Sozierung mit Patentanwälten; so bereits vorgeschlagen durch *Henssler*, AnwBl. Online 2018, 564 (578); ausführlich *Holz*, Gesellschafterkreis, S. 116 ff. – S. auch CE, Urt. v. 17.6.2019 – Nr. 400192, Rn. 31; anders aber noch *Dutheillet de Lamothe*, SchlA. v. 22.5.2019, S. 9, wobei in casu die Frage war, ob das zur Ordonnance ermächtigende Gesetz zwingend weitergehende Vorschriften für multiprofessionelle Gesellschaften verlangt. Die verfassungsrechtliche Frage, ob das Fehlen die *continuité* des *service public de la justice* beeinträchtigt, verneinte der *Conseil d'État* schnell (die SchlA. ließen es offen).

¹¹⁵⁷ *Holz*, Gesellschafterkreis, S. 144 sieht hierin zurecht eine Begründung für eine verfassungsrechtlich gebotene weite Öffnung des Gesellschafterkreises.

¹¹⁵⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 27.4.2021 – 1 BvR 2649/20, AnwBl. Online 2021, 700 f. (Rn. 12) – Drittberatungsverbot; s. auch *Singer*, DStR-Beih 2015, 11 (17).

¹¹⁵⁹ BGH, Urt. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16, NJW 2017, 1681 (1685 Rn. 42) – Gleiss. Die Große BRAO-Reform (§ 59i Abs. 1 S. 1 BRAO) hat das Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde entfallen lassen, weil das von Gleiss Lutz angestrebte Modell nunmehr berufsrechtlich zulässig ist (BVerfG-K, Beschl. v. 4.8.2022 – 1 BvR 1072/17, NJW 2022, 3146 [3147 Rn. 17]; anders noch BRAK-Verfassungsrechtsausschuss, Stellungnahme Nr. 64 v. Dezember 2021).

¹¹⁶⁰ So auch das Ergebnis bei *Glindemann*, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, S. 176 f.; gegen eine Verfassungswidrigkeit auch *Holz*, Gesellschafterkreis, S. 146 f., die der aktiven Mitarbeit die entscheidende Bedeutung beimisst; für eine Verfassungswidrigkeit *Kleine-Cosack*, vor §§ 59b ff. BRAO Rn. 11 ff.

¹¹⁶¹ Vgl. zu diesem Argument *Kilian*, AnwBl. 2014, 111 (116); *Kleine-Cosack*, vor §§ 59b ff. BRAO Rn. 13 f.

schrift ins deutsche Berufsrecht würde die Schutzpflicht nicht verletzen.¹¹⁶² Die Sachbereichsgarantie erweist sich also als evolutiver Maßstab, der vor allem eine zutreffende Tatsachengrundlage und eine nicht evident unsinnige Bewertung dieser verlangt.

cc) *Schutzpflicht gegen „anwaltliche Selbstgefährdungen“*

Die verfassungsprozessualen Konstellationen, insbesondere im Sozietätsrecht, könnten die Frage aufwerfen, ob es denn eine Schutzpflicht für die anwaltliche Unabhängigkeit geben kann, wenn doch offensichtlich der beschwerdeführende Rechtsanwalt eine Sozietät mit einer Apothekerin eingehen und die damit zwingend einhergehenden Unabhängigkeitsverluste in Kauf nehmen will. Aus der Fremdnützigkeit der Berufsfreiheit folgt jedoch, dass ein freiwilliger Verzicht auf die Unabhängigkeit dem Entstehen staatlicher Schutzpflichten nicht entgegensteht. Dies wäre anders, wenn die objektive Schutzpflicht der individuellen Entfaltung des Grundrechtsträgers dienen würde. Die Konsequenz ist, dass die Sachbereichsgarantie der dienenden Berufsfreiheit mit dem Grundrecht des Berufsträgers kollidiert. Fraglich ist aber, ob dieses mit der Sachbereichsgarantie kollidierende Grundrecht Art. 12 Abs. 1 GG ist. Denn das BVerfG erkennt im Grundsatz an, dass jegliche Zusammenarbeit mehrerer Berufsträger zu Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit des einzelnen führt und dass es deshalb plausibel sei, dass der Gesetzgeber dieser Gefährdung der Unabhängigkeit begegnen will.¹¹⁶³ Dieser Wunsch nach einem (wenn auch tolerablen und verfassungsrechtlich hinnehmbaren) Unabhängigkeitsverzicht kann aber unter Umständen von einer fremdnützigen Berufsfreiheit nicht umfasst sein.¹¹⁶⁴ Auch Art. 9 Abs. 1 GG erlaubt nicht kollektiv dasjenige, was von Art. 12 Abs. 1 GG dem Individuum verwehrt wird.¹¹⁶⁵ Damit würde mit der Sachbereichsgarantie auf Seiten des einzelnen Berufsträgers allein – aber immerhin – die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹¹⁶⁶ kollidieren.¹¹⁶⁷ Diese Auffassung, die *Kaufhold* zur Lehrfreiheit entwickelt hat, passt auf eine wirtschaftliche Tätigkeit, bei der die gemeinsame Berufsausübung

¹¹⁶² Ausdrücklich so *Glindemann*, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, S. 176 ff., 353 (These 15); dem sich lege ferenda anschließend *Henssler*, AnwBl. Online 2018, 564 (578).

¹¹⁶³ BVerfGE 141, 82 (114 Rn. 84) – Soziierung mit Apothekern; s. auch *Hellwig*, AnwBl. 2014, 606 (609); dazu auch *Holz*, Gesellschafterkreis, S. 143 f.

¹¹⁶⁴ In der liberalen abwehrrechtlichen Perspektive, die das BVerfG einnimmt, stellt ein Sozietätsverbot einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar: BVerfGE 141, 82 (97 Rn. 44) – Soziierung mit Apothekern; BVerfGE 80, 269 (278) – Soziierung Notare.

¹¹⁶⁵ Vgl. so *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 9 GG Rn. 39.

¹¹⁶⁶ Zu diesem Grundrecht als Auffanggrundrecht *Wißmann*, Grundrechte in der Arbeits- und Wirtschaftsordnung, in: HdB VerfR § 23 Rn. 10 ff.; *di Fabio*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 126; im Kontext anwaltlicher Berufsausübung BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17, NJW 2018, 2395 (2396 Rn. 42) – Rechtsanwältin Jones Day.

¹¹⁶⁷ Vgl. *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 286, die für den grundrechtlichen Schutz von Handlungen des Lehrenden, die die Unabhängigkeit mindern, auf Art. 2 Abs. 1 GG und nicht Art. 5 Abs. 3 GG abstellt.

immer mehr die Regel wird und für den Rechtsuchenden auch Vorteile bringt, nicht. Zu bedenken ist zudem, dass die Assoziierung mit anderen Gesellschaftern zwar in gewisser Hinsicht die Unabhängigkeit schmälern mag, sie kann aber gleichzeitig die Unabhängigkeit gegenüber dem/den Mandanten verstärken, da der Rechtsanwalt infolge der Assoziierung wirtschaftlich stärker und damit weniger abhängig ist. Die gemeinsame Berufsausübung ist zudem, im Vergleich zu anderen Unabhängigkeitsgefährdungen, durch Art. 19 Abs. 3 GG von der Verfassung selbst vorgesehen.

7. Träger der dienenden Freiheit

Die Konzeption einer dienenden Freiheit des Rechtsanwalts hat unmittelbare Konsequenzen für die Frage nach der Grundrechtsträgerschaft. Sie führt dazu, dass verfassungsgerichtliche Zurückhaltung bei der Zuerkennung der Grundrechtsberechtigung, insbesondere im Fall ausländischer (auch außereuropäischer) Sozietäten, aufzugeben ist (dazu unter a)). Anders als dienende Gewährleistungen aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 GG verlangt der Funktionszusammenhang der anwaltlichen Freiheit jedoch nicht, dass öffentlich-rechtlich verfasste Vereinigungen Grundrechtsträger sind (dazu unter b)).

a) Überfällige Erstreckung auf ausländische juristische Personen

Nur angerissen werden kann hier die missliche Rechtsprechung des BVerfG zur Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen (des Privatrechts). Das BVerfG verweigert, indem es das Merkmal „inländisch“ in Art. 19 Abs. 3 GG in schwerlich zu rechtfertigender Weise erhöht, Anwaltsgesellschaften, die ihren Sitz im außereuropäischen Ausland haben, den Grundrechtsschutz. Dies überzeugt in seinem grundsätzlichen Ansatz bereits nicht, soweit es um die anwaltliche Tätigkeit geht, noch weniger. Denn der grundrechtliche Funktionszusammenhang der anwaltlichen Grundrechte bietet keinen Raum für eine Differenzierung, ob ein Einzelanwalt oder eine inländische oder ausländische Sozietät, tätig ist. Ausgangspunkt der Betrachtung ist Art. 19 Abs. 3 GG, der inländischen Verbänden¹¹⁶⁸ Grundrechtsschutz gewährt und für die Bestimmung, ob eine juristische Person inländisch ist, maßgeblich auf den Sitz dieser abstellt. Der Sitz ist wiederum dort, wo maßgeblich die Tätigkeit der juristischen Person ausgeübt wird, das Hauptverwaltungsorgan also die Mehrzahl der Entscheidungen des Verbandes trifft.¹¹⁶⁹ Eine international verflochtene juristische Person hat mithin nur dann ihren Hauptverwaltungssitz im Inland, wenn auch die Mehrheit der Entscheidungen über die

¹¹⁶⁸ Der Wortlaut „juristische Person“ ist nicht in einem engen juristischen Sinne zu verstehen (s. hierzu *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 234 ff.); für Anwaltssozietäten ausdrücklich BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 – NJW 2018, 2392 (2392 Rn. 26) – Jones Day.

¹¹⁶⁹ Zu alternativen Umschreibungsformen im Schrifttum *Müller-Terpitz*, JZ 2020, 1080 (1081).

Geschäftsführung im Inland fällt.¹¹⁷⁰ Vor diesen Maßstäben hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde der Jones Day Partnership, die nach dem Recht des US-Bundesstaates Ohio organisiert war, als unzulässig verworfen. Die Jones Day Partnership sei nicht inländisch, also nicht grundrechtsfähig und somit auch nicht beschwerdefähiger „Jedermann“.¹¹⁷¹ Die entscheidende Kammer hielt es nicht für substantiiert dargelegt, dass die Mehrheit der unternehmerischen Entscheidungen im deutschen Inland getroffen werden. Hiergegen sprach die Zusammensetzung der Partnerschaft aus mehrheitlich außereuropäischen Anwälten. Damit war Jones Day verfassungsprozessual entwaffnet gegen staatliche strafprozessuale Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchung und Beschlagnahme.¹¹⁷² Anders entschied eine Kammer des BVerfG zuvor im Fall der an zwei ihrer sechs deutschen Standorte von Zwangsmaßnahmen betroffenen Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer, die nach englischem Recht organisiert ist. Ihre Verfassungsbeschwerde behandelte die Kammer als zulässig.¹¹⁷³ Dass die Sozietät nach dem (damaligen) Recht eines EU-Mitgliedstaates organisiert war, war oberflächlich betrachtet nicht der Unterschied zur Jones Day-Entscheidung. Die Freshfields-Verfassungsbeschwerde wurde als zulässig erachtet, da der deutsche Standort wie eine inländische juristische Person von staatlichen Zwangsmaßnahmen betroffen gewesen sei und die deutschen Standorte eine eigenständige Stellung und einen inländischen Tätigkeitsmittelpunkt hätten, so dass eine Gleichbehandlung mit deutschen Gesellschaften geboten sei. Die deutschen Jones Day Standorte würden diesen in der Freshfields-Entscheidung aufgestellten Maßstäben nicht genügen.¹¹⁷⁴ Man kann jedoch davon ausgehen, dass die Organisation nach dem Recht des damaligen Mitgliedstaates Vereinigtes Königreich der wahre Differenzierungsgrund seitens der Kammern gewesen sein dürfte, denn dieses Kriterium entspricht dem Verständnis der Rechtsprechung der Senate.¹¹⁷⁵ Damit entscheidet das Merkmal der Inländereigenschaft für Rechtsanwaltsgesellschaften über ihren materiellen und schließlich auch verfassungsprozessualen Grundrechtsschutz. Als wolle die Kammer die Bedenklichkeit ihres in der Jones Day-Entscheidung gefundenen Ergebnisses selbst herausstreichen,¹¹⁷⁶

¹¹⁷⁰ P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 296.

¹¹⁷¹ BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 – NJW 2018, 2392 – Jones Day.

¹¹⁷² Uwer/van Ermingen-Marbach, AnwBl. 2018, 470 (473) wollen aus dem deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag über das Vehikel der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes die Grundrechtsfähigkeit der Sozietät begründen; so auch schon OLG Koblenz, Beschl. v. 26.2.1985 – 2 VAs 22/84, NJW 1985, 2038 (2039).

¹¹⁷³ BVerfG-K, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 1036/08, NJW 2009, 2518 (2519 Rn. 60) – Freshfields.

¹¹⁷⁴ BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 – NJW 2018, 2392 (2394 Rn. 37 ff.) – Jones Day.

¹¹⁷⁵ BVerfGE 153, 182 (254 Rn. 186 f.) – Schweizer Sterbehilferevier; auch angedeutet, aber mangels Ergebnisrelevanz offengelassen durch BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 – NJW 2018, 2392 (2394 Rn. 35) – Jones Day; so wie hier Lenz/Gerhold, DVBl. 2021, 980 (985 f.).

¹¹⁷⁶ Dierlamm, BRAK-Mitt. 2018, 204; Uwer/van Ermingen-Marbach, AnwBl. 2018, 470 (473).

hat sie mit Entscheidung vom gleichen Tag auch die Verfassungsbeschwerden der bei Jones Day tätigen Rechtsanwälte als unzulässig verworfen, da die Maßnahmen nur in die (nur hypothetischen und verfassungsprozessual ja gerade nicht zu verteidigenden) Grundrechte der Sozietät und nicht in die der einzelnen Rechtsanwälte eingriffen. Insbesondere sei Art. 13 Abs. 1 GG nicht betroffen und auch hätten die den Maßnahmen zugrundeliegenden Vorschriften keine berufsregelnde Tendenz, um einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu begründen.¹¹⁷⁷ Der Schutz ausländischer Rechtsanwaltsgesellschaften zeigt auf, dass es problematisch ist, auf das Merkmal der Inländereigenschaft im Sinne der Sitztheorie abzustellen. Dessen Ratio ist aber trotz der weitreichenden Folgen nicht einmal geklärt.¹¹⁷⁸ Nicht von der Hand zu weisen ist, dass es vielmals nicht um fremdenrechtlichen Handlungsspielraum beim Ausschluss ausländischer Verbände vom Grundrechtsschutz geht, sondern sich der Eindruck der Standortpflege mittels Verfassungsprozessrechts geradezu aufdrängt.¹¹⁷⁹ Die Jones Day-Entscheidung zeigt dies für Sozietäten; ein deutscher Sitz, mit dem die Anwendbarkeit des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes einhergeht, stellt sich als Wettbewerbsvorteil dar,¹¹⁸⁰ wenn staatliche Zwangsmaßnahmen bei britischen und US-amerikanischen Sozietäten nur durch den Mandanten selbst abgewehrt werden können. Derartige Zwecksetzungen sind jedoch grundrechtlich verfehlt, denn ob jemand Eingriffe staatlicher Gewalt in seine Sphäre abwehren kann, ist eine von standortökonomischen Zielen verschiedene Frage.¹¹⁸¹ Sie entspricht vor allem nicht der verfassungsrechtlichen Rolle des Rechtsanwalts. Differenzierungen beim Grundrechtsschutz mögen möglich sein, wenn es um ein Grundrecht geht, das zur freien Entfaltung seines Grundrechtsträgers existiert. Dann kann dieser an gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen – Ausdruck selbst von Grundrechtsgebrauch (Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG) – festgehalten werden. Wenn es jedoch das Grundgesetz ist, das den Rechtsanwalt für die Grundrechte des Mandanten mobilisiert, ist es nicht erklärbar, dass ausländische Sozietäten vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen sein sollen. Denn diese Differenzierung müsste im Funktionszusammenhang der anwaltlichen Freiheit mit den Justizgrundrechten selbst angelegt sein. Dies ist sie jedoch an keiner Stelle. Eine diesem Funktionszusammenhang Rechnung tragende Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG ist möglich und bereits vom BVerfG in bestimmten Konstellationen vorgenommen worden: Das BVerfG sollte an der Sitztheorie ansetzen, sie aufgeben und für die Inländereigenschaft geringere Hürden ansetzen, so wie es die Kammer in der Freshfields-Entscheidung ja auch getan hat, indem sie sich gefragt hat, ob die ausländische Sozietät wie eine inländische von den staatlichen Zwangsmaßnahmen betroffen ist. Dort wurden eine Niederlassung und Aktivitäten im Inland, die Personen im In-

¹¹⁷⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17, NJW 2018, 2395 (2396 Rn. 41) – Rechtsanwälte Jones Day.

¹¹⁷⁸ P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 294.

¹¹⁷⁹ P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 294.

¹¹⁸⁰ Uwer/van Ermingen-Marbach, AnwBl. 2018, 470 (473).

¹¹⁸¹ Müller-Terpitz, JZ 2020, 1080 (1083 f.).

land zugutekommen, im Ergebnis also als ausreichend erachtet.¹¹⁸² Anstelle einer richterrechtlichen Sonderfigur sollte jedoch eine grundsätzliche Lösung angestrebt werden. Auch für die Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf in der EU ansässige Gesellschaften hat das BVerfG in der Cassina-Entscheidung¹¹⁸³ nicht mehr (aber auch nicht weniger) verlangt als einen hinreichenden Inlandsbezug, was dadurch zum Ausdruck kommt, dass ein Verband in Deutschland tätig wird und vor den Fachgerichten hier klagen und verklagt werden kann. Dies überzeugt insgesamt¹¹⁸⁴ als Maßstab, um die grundgesetzlichen Grundrechte zur Anwendung kommen zu lassen.¹¹⁸⁵ Da auch US-amerikanische Sozietäten ihr Angebot an deutsche Mandanten richten, darf ihre Grundrechtsfähigkeit nicht verneint werden unter Hinweis auf ihren ausländischen Sitz. Unabhängig von einer überfälligen Korrektur der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur steht auch ausländischen Sozietäten die Individualbeschwerde zum EGRM offen mit der Rüge der Verletzung des Art. 6 Abs. 1, 8 Abs. 1 EMKR. Diesen Weg hat auch Jones Day beschrrieben.¹¹⁸⁶

b) *Weiterhin gebotene Zurückhaltung bei der Grundrechtsfähigkeit der RAK*

Soweit im Schrifttum *Kämmerer* eine dienende Berufsfreiheit für Freiberufler angedacht hat, hat er eine solche mangels Rückbezugs der Freiheit auf ein „institutionelles Substrat“ (wie es mit den Rundfunkanstalten und Hochschulen besteht) im Ergebnis verneint.¹¹⁸⁷ Damit weist er auf die Erkenntnis hin, dass die dienende Freiheit sich vor allem bei jenen Grundrechten als anschlussfähiges Konzept erwies, deren klassische Grundrechtsträger (zumindest früher) öffentlich-rechtlich verfasst waren und sind, weil die Anzahl potentieller Grundrechtsträger sich zumindest zu Beginn der Geltung des Grundgesetzes als überschaubar darstellte: Rundfunk war teuer und technisch nicht unbegrenzt zu veranstalten und wurde deshalb in ein öffentliches Monopol überführt; Forschung und Lehre fand in der staatlichen Universität statt. Der Schluss, die dienende Freiheit sei die Folge des „institutionellen Substrats“, ist jedoch ein Zirkelschluss. Vielmehr sind die öffentlich-rechtlich verfassten Grundrechtsträger die Konsequenz aus der dienenden Freiheit – sie sind nur soweit und solange legitimiert, wie es das Funktionsgrundrecht verlangt. Bei den Freiberuflern wie dem Rechtsanwalt sind jedoch natürliche oder juristische Personen als Träger der Grundrechte vorhanden. Es besteht deshalb kein Anlass und kein überzeugendes Argument, den Kreis der Grundrechtsträ-

¹¹⁸² Für einen ausländischen Suchmaschinenbetreiber OLG Hamburg, Urt. v. 26.5.2011 – 3 U 67/11, MMR 2011, 685 (687).

¹¹⁸³ BVerfGE 129, 78 (99) – Cassina.

¹¹⁸⁴ Allerdings hat BVerfGE 129, 78 (94, 96 f.) – Cassina ausdrücklich und mit Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG (*Müller-Terpitz*, JZ 2020, 1081 [1087]) nicht das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht im Sinne einer Abkehr von der Sitztheorie ausgelegt, sondern vielmehr den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zum Tragen gebracht.

¹¹⁸⁵ *Müller-Terpitz*, JZ 2020, 1080 (1086 f.).

¹¹⁸⁶ Hierzu die Meldung des Branchendienstes JUVE „Gerichtshof für Menschenrechte prüft den Fall Jones Day“ v. 8.7.2021.

¹¹⁸⁷ *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32.

ger unter Inanspruchnahme dogmatischer Flexibilität zu erweitern (dazu unter aa)). Vielmehr sind die Rechtsanwaltskammern zur Äußerung befugt, wenn die Voraussetzungen staatlichen Informationshandelns vorliegen (dazu unter bb)).

aa) Keine Grundrechtsberechtigung der RAK

Die Rechtsanwälte sind kraft Gesetzes in der Rechtsanwaltskammer Mitglieder (§ 60 Abs. 2 BRAO). Nach § 62 Abs. 1 BRAO ist sie eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Dies ist aufgrund der „legitimatorischen und freiheitssichernden Funktion“¹¹⁸⁸ der Verkammerung verfassungsrechtlich hinzunehmen.¹¹⁸⁹ Seit der Erftverband-Entscheidung¹¹⁹⁰ des BVerfG setzt die Zulässigkeit der Verkammerung die Wahrnehmung legitimer öffentlicher Aufgaben voraus; also Aufgaben, die der Staat nicht durch seine Behörden erledigen muss, die aber nicht gleich wirksam durch private Vereinigungen erfüllt werden können.¹¹⁹¹ Die damit geforderte gesetzliche Aufgabenzuweisung als Kompetenzgrenze umschreibt für den Kammervorstand § 73 BRAO, wobei nach Abs. 1 S. 3 die Belange der Kammern¹¹⁹² zu wahren und zu fördern sind; nach § 89 Abs. 1 S. 2 BRAO erörtert die Kammerversammlung Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsanwaltschaft. Hierunter können nur gruppen-, also anwaltsberufsspezifische Belange gefasst werden, nicht jedoch die allgemeine – insbesondere wirtschaftliche – Interessenvertretung der einzelnen Anwälte oder ein allgemeinpolitisches Mandat.¹¹⁹³ Gleiches gilt für ein justizpolitisches Mandat, das mit einer Kontrolle der Justiz einhergehen würde.¹¹⁹⁴ Ein solches war früher in § 50 RAO 1878 gesetzlich verankert und die französische Selbstverwaltung nimmt noch heute ein solches in Anspruch. Der durch die Zwangsmitgliedschaft bewirkte Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG wird kompensiert durch einen Unterlassungsanspruch gegen die Kammer bei kompetenzüberschreitendem Handeln.¹¹⁹⁵ Vor diesem Hintergrund sind die Grundrech-

¹¹⁸⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 7.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335 (337) – Pflichtmitgliedschaft IHK.

¹¹⁸⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., IV., 2., c), S. 449 ff.; *Kleine-Cosack*, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, S. 142 ff.; *Weyland*, in: Weyland, § 60 BRAO Rn. 19; so auch *Kluth*, NVwZ 2021, 345 (349) anlässlich der Reform der DIHK.

¹¹⁹⁰ BVerfGE 10, 89 (102) – Erftverband.

¹¹⁹¹ BVerfG-K, Beschl. v. 7.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335 (336) – Pflichtmitgliedschaft IHK; *Lauda*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 73 BRAO Rn. 16.

¹¹⁹² *Lauda*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 73 BRAO Rn. 14 sieht durchaus die Interessen der Rechtsanwälte adressiert; anders *Kleine-Cosack*, § 62 BRAO Rn. 17, der einen Pflichtmaßstab für das Handeln des Vorstandes entnimmt.

¹¹⁹³ Vgl. hierzu *Kloepfer/Quast*, BRAK-Mitt. 2007, 2 (3); allgemein *Heusch*, GewArch. 2022, 218 (220).

¹¹⁹⁴ BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – AnwZ (Brfg) 37/13, AnwBl. 2014, 448 Rn. 5 zur Entsendung von „Prozessbeobachtern“.

¹¹⁹⁵ S. bspw. BayAGH, Urt. v. 05.11.2021 – III – 4-6/19, Rn. 51 – „Seehaus“; *Kleine-Cosack*, § 62 BRAO Rn. 24 ff. – Der Austrittsanspruch der eigenen Kammer aus einer kompetenzmissachtenden Dachorganisation, den das BVerwG (grundlegend BVerwG, Urt. v. 23.3.2016 – 10 C 4/15, NVwZ 2017, 70 [71 Rn. 12 ff.]; BVerwG, Urt. v. 14.10.2020 – 8 C 23/19, NVwZ 2021, 408 ff.)

te – von mehr oder weniger konsistenten und punktuellen Aufweichungen dieses Grundsatzes abgesehen¹¹⁹⁶ – ihrem Wesen nach nicht nach Art. 19 Abs. 3 GG auf eine Rechtsanwaltskammer anwendbar.¹¹⁹⁷ Die Rechtsanwaltskammer ist auch keinem grundrechtlich geschützten Lebensbereich eines Grundrechts, auch nicht der dienenden Berufsfreiheit, zugewiesen.¹¹⁹⁸ Das durchgreifende Argument ist, dass sich im Handeln der Rechtsanwaltskammer nicht auch zugleich die Freiheit des Einzelnen (also des Rechtsanwalts) manifestiert.¹¹⁹⁹ Dies unterscheidet die berufsständische Selbstverwaltung – trotz ihrer personalkörperschaftlichen Struktur – von Universitäten und Religionsgemeinschaften. Zwar wird deren Grundrechtsberechtigung vielfach über die Zuordnung zu einem Grundrecht begründet, doch ist der tatsächlich überzeugende Grund der Durchgriff auf die Gläubigen und die Forschenden.¹²⁰⁰ Eben jener Durchgriff geht aufgrund der mit einem Grundrechtseingriff verbundenen Zwangsmitgliedschaft bei der Rechtsanwaltskammer ins Leere.¹²⁰¹ Das BVerfG hat seine Judikatur in der Entscheidung Orthopädietechniker-Innung¹²⁰² jedoch nach der wahrgenommenen Aufgabe nuanciert; es differenziert zwischen den Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung und jenen der staatsdistanzierten Interessenwahrnehmung. Ein Handeln im letzteren Aufgabenfeld eröffne den Grundrechtsschutz für die Vereinigung. Im konkreten Fall agierte die Vereinigung nicht im Rahmen der gesetzlichen Pflichtaufgaben, sondern von

grundsätzlich anerkennt, besteht für den einzelnen Rechtsanwalt deshalb nicht, da die einzelne Rechtsanwaltskammer kraft Gesetzes Mitglied der öffentlich-rechtlich und nicht privatrechtlich verfassten BRAK ist (§ 175 Abs. 1 BRAO); nicht unkritisch zu diesem rechtlichen Zustand, weil dem Betroffenen ein sehr wirksames Instrument aus der Hand genommen wird (anhand des Falls der DIHK), *Kluth*, NVwZ 2021, 345 (349).

¹¹⁹⁶ Die Rechtsanwaltskammer kann sich – so man denn die Judikatur des BVerfG zugrunde legt – auf die Prozessgrundrechte berufen (BVerfG-K, Beschl. v. 26.9.1988 – 1 BvR 1074/85, NJW 1989, 2613).

¹¹⁹⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 26.9.1988 – 1 BvR 1074/85, NJW 1989, 2613; vgl. *Kleine-Cosack*, § 62 BRAO Rn. 2; *Weyland*, in: *Weyland*, § 62 BRAO Rn. 2b; allgemein *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn. 41a („keine Flucht in die Grundrechte“).

¹¹⁹⁸ *Ehlers/Lechleitner*, Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer, S. 32; allgemein für öffentlich-rechtliche Zwangsverbände *Degenhart*, in: *BK-GG*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 152; *Axer*, Selbstverwaltung als Organisationstyp, in: *HdB VerwR III*, § 62 Rn. 34.

¹¹⁹⁹ Vgl. auch allgemein *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 440 f.

¹²⁰⁰ *Gaier*, BRAK-Mitt. 2012, 142 ff. sieht die verfassungsrechtliche Organisation der Anwaltschaft durchaus mit der einer Universität vergleichbar, spricht eine eigene Grundrechtsberechtigung jedoch zutreffend nicht an.

¹²⁰¹ Auf die Zwangsmitgliedschaft ebenfalls entscheidend abstellend *P. M. Huber*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 19 Rn. 272. – Die Aussage bei *Hellwig*, AnwBl. 2014, 819 (820), dass eine abweichende Beurteilung für die Satzungsversammlung angezeigt sei, da sie demokratisch legitimiert sei als Vertreterversammlung aller Rechtsanwälte und keine Zwangskörperschaft, geht fehl, da es in der Judikatur (BVerwG, Urt. v. 23.3.2016 – 10 C 4/15, NVwZ 2017, 70 [71 Rn. 15 ff.]) anerkannt ist, dass ein Dachverband (wie die BRAK und eines ihrer Organe wie die Satzungsversammlung) keinen Aufgabenkreis hat, der über den seiner Mitglieder hinausreicht (so auch zurecht *Kleine-Cosack*, § 177 BRAO Rn. 3); s. auch *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 411, der diskutiert, ob die Rechtsetzung durch die Selbstverwaltung selbst Grundrechtsgebrauch (des Art. 12 Abs. 1 GG) ist, was er überzeugend ablehnt.

¹²⁰² BVerfGE 70, 1 (15 f.) – Orthopädietechniker-Innung.

freiwilligen sonstigen Aufgaben;¹²⁰³ so griff die Innung kostendämpfende Maßnahmen an und gerierte sich mit dieser Verfassungsbeschwerde als Sprachrohr ihrer Mitglieder.¹²⁰⁴ Die Aussagen wurden ihrem Sinn nach versucht auch für die (Rechtsanwalts-)Kammern fruchtbar zu machen, um ihnen insbesondere die Berufung auf die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) zu ermöglichen. Letztlich würden die Kammern wie jede andere private Interessenvereinigung am öffentlichen Diskurs teilnehmen und für die Interessen ihrer Mitglieder eintreten.¹²⁰⁵ *Kluth*¹²⁰⁶ hat seine Auffassung damit begründet, dass bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht so sehr die Komponente der Persönlichkeitsentfaltung durch Meinungsäußerung im Vordergrund stehen müsse, sondern auch die Bedeutung für den öffentlichen Prozess der Meinungs- und Willensbildung betont werden könne. Dieser sei schlechthin konstituierend für das demokratische Gemeinwesen. Ob man aber hieraus subjektiv-rechtliche Gewährleistungen zugunsten an sich nicht grundrechtsberechtigter Träger der berufsständischen Selbstverwaltung ableiten kann, ist zweifelhaft. *Kluth*¹²⁰⁷ sieht dann auch im Rahmen der Interessenwahrnehmung nicht die einzelnen grundrechtlichen Individualinteressen (Art. 12, 14 GG) als Gegenstand der in den Meinungsbildungsprozess einzuspielenden Äußerung, sondern nur ein „vorgeprägtes Gruppen-Gemeinwohl“. Weshalb dieses Gemeinwohl grundrechtsgeprägt sein soll, so wie die Individualinteressen der in der Kammer zusammengefassten Mitglieder, erschließt sich nicht.¹²⁰⁸ Für die Rechtsanwaltskammer kommt hinzu, dass gerade ihre „grundrechtsspezifische Distanz zu den Mitgliedern hinreichend belegt“¹²⁰⁹ ist. In der Rechtsprechung des BVerfG sind sie nicht verlässlicher Treuhänder anwaltlicher Berufsfreiheit, sondern ein Akteur, der diese Berufsfreiheit potentiell bedroht. Dies ist der Unterschied in der Wahrnehmung deutscher und französischer Selbstverwaltung. Die Rechtsanwaltskammer ist nicht in der Lage ein überindividuelles Interesse der Mitglieder abzubilden, weil sie mit deren ausgeprägten Desinteresse umgehen muss.¹²¹⁰ Ihr fehlt die für eine solche Grundrechtsfähigkeit vorausgesetzte Integrationskraft. Unabhängig hiervon ist es aber dem Einzelnen durchaus zuzumuten, seine Freiheitsrechte mit der Verfassungsbeschwerde selbst zu verteidigen.¹²¹¹ Mögliche Vorteile durch

¹²⁰³ BVerfGE 70, 1 (20) – Orthopädietechniker-Innung.

¹²⁰⁴ Differenziert zu Innungen auch *Kahl/Hilbert*, in: BK-GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 257; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn. 42 sieht eine nicht verallgemeinerungsfähige Konstellation.

¹²⁰⁵ So ist den Kammern eine wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis eingeräumt, s. nur BGH, Urt. v. 9.9.2021 – I ZR 113/20, NJW 2021, 3125 (3125 Rn. 10) – Smartlaw.

¹²⁰⁶ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 447.

¹²⁰⁷ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 447.

¹²⁰⁸ Deutliche Ablehnung bei *Burmeister*, in: FS Stern, S. 842, insb. Fn. 18.

¹²⁰⁹ Allgemein *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 272, aber unter Hinweis auf die Ausführungen in BVerfGE 76, 171 ff. – Bastille.

¹²¹⁰ S. nur *Uwer*, ZdiW 2021, 157 (161 ff.).

¹²¹¹ Vgl. BVerfGE 75, 192 (196) – Sparkassen; BVerfG-K, Beschl. v. 23.1.1997 – 1 BvR 1317/86, NJW 1997, 1634; *Schöbener*, Rechtsschutz, in: HdB KammerR, § 14 Rn. 14;

eine „Vorneverteidigung“¹²¹² der Grundrechte durch auf den Grundrechtsschutz verpflichtete Träger der mittelbaren Staatsverwaltung werden durch die Unterwerfung grundrechtlicher Interessen unter die Rationalitäten öffentlich-rechtlicher Einrichtungen zu teuer erkaufte. Damit kann sich eine Rechtsanwaltskammer nicht auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen. Darüber hinaus ist die Meinungsfreiheit aber auch nicht notwendig, um eine staatsferne Interessenwahrnehmung auszuüben, denn die Rechtsanwaltskammern und die Bundesrechtsanwaltskammer unterliegen nur einer Rechtsaufsicht (§§ 62 Abs. 2, 176 Abs. 2 BRAO).¹²¹³ Alleiniger Gegenstand der Rechtsaufsicht ist die Wahrung der Bindung an das geltende Recht; Zweckmäßigkeitserwägungen, wie eine Interessenwahrnehmung zu erfolgen hat, sind kein gesetzlicher Interventionsanlass für die Staatsaufsicht. Wenn auch vielfach Reden Silber und Schweigen Gold sein dürfte, ist die Rechtsanwaltskammer nicht zum Schweigen verdammt, aber ihre Äußerung ist dann Öffentlichkeitsarbeit grundrechtsgebundener öffentlicher Gewalt,¹²¹⁴ deren Legitimität nicht in Frage steht, soweit sie die Stellung der Rechtsanwaltschaft als Teil der Rechtspflege und das Selbstverständnis anwaltlicher Tätigkeit betrifft.¹²¹⁵

bb) Äußerungsbefugnis der RAK im Rahmen staatlichen Informationshandelns

Die Interessenwahrnehmung taugt darüber hinaus als weichenstellender Begriff zwischen den Kategorien „grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungsfreiheit“ und „staatliches Informationshandeln“ nicht. Wie prekär bereits die Abgrenzung zu einem der Kammer grundrechtlich verwehrten allgemeinpolitischen Mandat ist, verdeutlicht eine Entscheidung des Anwaltsgerichtshofs Berlin.¹²¹⁶ Die Rechtsanwaltskammer Berlin hatte per Verteilermail und auf ihrer Homepage zur Teilnahme an der sog. „Unteilbar“-Demonstration aufgerufen, die durch ein breites gesellschaftliches Bündnis – darunter auch einige anwaltliche Vereinigungen – getragen wurde. Ziel war es, das Engagement der Anwaltschaft für eine offene und freie Gesellschaft nach außen zu tragen. Ein Kammermitglied beantragte festzustellen (§§ 112a BRAO i. V. m. 43 VwGO), dass die Kammer ihre Kompetenzen überschritten habe. In einer grundrechtlichen Perspektive wäre die Ankündigung einer Versammlung eine Handlung, die als vorbereitende Maßnahme in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fällt.¹²¹⁷ Diese Perspektive hat der Anwalts-

ausdrücklich zur Rechtsanwaltskammer BVerfG-K, Beschl. v. 26.9.1988 – 1 BvR 1074/85, NJW 1989, 2613.

¹²¹² P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 274.

¹²¹³ Ehlers/Lechleitner, Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer, S. 32; wohl anders inhaltlich Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 448.

¹²¹⁴ Ehlers/Lechleitner, Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer, S. 32.

¹²¹⁵ BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – AnwZ (Brfg) 37/13, AnwBl. 2014, 448 Rn. 5; HessAGH, Beschl. v. 5.11.2007 – 2 AGH 18/06, BRAK-Mitt. 2008, 29 ff.

¹²¹⁶ AGH Bln, Urt. v. 19.2.2020 – II AGH 19/18, BRAK-Mitt. 2020, 304 ff. – Demonstrationaufruf.

¹²¹⁷ Schneider, in: BeckOK-GG, Art. 8 Rn. 21. – Auch wenn Kluth einer Kammer die Grundrechtsträgerschaft im Rahmen der Meinungsfreiheit zuspricht, geht er nicht so weit, dies auch für

gerichtshof aber nicht eingenommen, sondern zurecht die Maßstäbe staatlichen Informationshandelns angelegt. Der anwalts- und berufsspezifische Bezug determiniert dabei, ob sich die Rechtsanwaltskammer äußern darf. Aus der Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit ergeben sich inhaltliche Anforderungen. Soweit bei einer Frage ein inhaltlicher Konsens zwischen den Mitgliedern nicht erreicht werden kann, verdichten sich diese Kriterien zu einem Neutralitätsgebot.¹²¹⁸ Anlass der Äußerung war eine Diskreditierung des Rechtsstaates und als Teil von diesem auch der Rechtsanwaltschaft. Die Rechtsanwaltskammer ist hier wie eine private Vereinigung aufgetreten und hat die Interessen der (als Teil einer „Abschiebeverhinderungsindustrie“ bezeichneten) Rechtsanwälte artikuliert, genau wie dies auch frei gegründete Vereinigungen der Anwaltschaft getan haben. Dies durfte sie, wie der Anwaltsgerichtshof bestätigt, da ihre Äußerungen (wohl noch)¹²¹⁹ von einem gruppenspezifischen Bezug durch die Kritik an im Asylrecht tätigen Anwälten getragen waren, aber sie füllte damit keinen natürlichen Freiheitsraum, sondern nahm Kompetenzen im Rahmen des Willensbildungsprozesses innerhalb der staatlichen Sphäre wahr.¹²²⁰

8. Zusammenfassung

Die dienende Freiheit marginalisiert nicht die subjektive Dimension des Abwehrrechts und stuft sie zur Verstärkung der objektiven Dimension herab, sondern stellt

die Versammlungsfreiheit tun, da die Grundrechte der Mitglieder sowie die grundrechtskonforme Ausgestaltung des einfachen Rechts ausreichenden Schutz vermitteln würden (*Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 448 f.).

¹²¹⁸ Ausführlich *Kleine-Cosack*, § 62 BRAO Rn. 16 ff.

¹²¹⁹ Wohl problematischer ist die Äußerungen der RAK Berlin zur nachrichtendienstlichen Tätigkeit der NSA; hierzu und diese Äußerung verteidigend *Mollnau*, BRAK-Mitt. 2014, 174 ff., wobei der Bezug zur Anwaltschaft über die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht durchaus konstruiert wirkt; kritisch auch *Kleine-Cosack*, AnwBl. Online 2021, 7 (9 Fn. 22). – Noch weiter gelöst vom Bezug zur anwaltlichen Tätigkeit allerdings die Resolution der Satzungsversammlung zur NSA-Affäre, die nur noch mit einer „systemischen Pflicht“ zur Wachsamkeit der Anwaltschaft begründet wird; hierzu *Hellwig*, AnwBl. 2014, 819 (820). – Den Aufruf der IHK, sich nicht an Corona-Demonstrationen zu beteiligen, hält *Heusch*, GewArch. 2022, 218 (220) für verfassungswidrig; die Corona-Politik habe keinen Bezug zum Aufgabenkreis der Kammer. – Vor dem Zweiten Wahlgang der Wahl zum Präsidenten der Französischen Republik 2022, bei dem sich Macron und M. Le Pen gegenüberstanden, rief die Pariser Anwaltskammer per Pressemitteilung zur Wachsamkeit auf und bekräftigte ihre unbedingte Treue zu den Werten der Republik, u. a. zum Rechtsstaat, den Verteidigungsrechten und der Unabhängigkeit der an der Rechtsprechung mitwirkenden Akteure (<https://www.avocatparis.org/actualites/second-tour-des-elections-presidentielles-lordres-des-avocats-de-paris-appelle-la>). Die Kammer hoffe, dass Frankreich diesen Werten weiter treu bleibe. Die Äußerung kann man nur als Appell an alle Anwälte verstehen, den scheidenden Präsidenten zu wählen. Angesichts von Äußerungen von dessen Gegenkandidatin zur (Straf-)Rechtspolitik waren die Äußerungen sicherlich durch einen berufsspezifischen Bezug veranlasst, aber eine klare Wahlempfehlung für eine Person wäre nach deutschem Verfassungsrecht von einer Rechtsanwaltskammer wohl nicht mehr rechtskonform möglich. Hier kommt zum Ausdruck, dass der Ordre zwar einen service public ausführt, aber im Ausgangspunkt eine privatrechtliche Vereinigung ist.

¹²²⁰ *Deghart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 152; *Ehlers/Lechleitner*, Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer, S. 32.

die Fremdnützigkeit in den Mittelpunkt der subjektiven Dimension.¹²²¹ Die Nähe zur Konzeption der „dienenden“ Kunstfreiheit bei *Marsch*, aber auch beim Schutz der Medienfreiheit¹²²² wird deutlich. Die dienende Freiheit des Rechtsanwalts führt nicht dazu, dass dem Rechtsanwalt grundrechtliche Positionen nur noch als Rechtsreflex zustehen und er Teil einer objektiv-rechtlichen Gerichtsverfassung wird. Vor allem aber ist es gerade die dienende Freiheit, die dem Gesetzgeber die Grenzen aufzeigt, wenn er über die Tätigkeit des Rechtsanwalts disponiert. Sie liefert einen Maßstab für eine Marktordnung der Rechtsdienstleistungen durch den Gesetzgeber,¹²²³ die über rein punktuelle Korrekturen hinausgeht, die das BVerfG durch die Feststellung eines unverhältnismäßigen Eingriffes oder – was im Berufsrecht häufig der dogmatische Hebel ist – eines solchen, der unter Missachtung des Gesetzesvorbehaltes erfolgt ist, bewirken kann.

B. Spezifischer Ausgestaltungsvorbehalt der Sachbereichsgarantie

Die anwaltliche Berufsfreiheit ist eine dienende Freiheit und reiht sich damit in eine Linie vor allem mit der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und der Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) ein. Neben dieser Anomalie, wonach bei diesen Grundrechten der Grundsatz aufgegeben wird, dass die Grundrechte dem Einzelnen die Legitimation vermitteln, privatautonom alles zu tun oder zu lassen, ohne dass die öffentliche Gewalt dem Einzelnen hierfür einen Zweck setzen darf,¹²²⁴ und deshalb Freiheit zum „Selbstentwurf des Menschen nach seinem Willen“¹²²⁵ gewähren, sind sie auch noch ausgestaltungsbedürftig. Allerdings ist nicht schlechterdings jede dienende Freiheit zwangsläufig auf die Errichtung einer positiven Ordnung durch den Gesetzgeber angewiesen.¹²²⁶ Das deutlichste Beispiel ist die dienende Konzeption der Kunstfreiheit bei *Marsch*.¹²²⁷ Ihr Zweck, der auf die Herstellung und den Schutz einer Gegenöffentlichkeit bezogen ist, kann auch ohne eine gesetzgeberische Intervention im Bereich der Kunstfreiheit realisiert werden.¹²²⁸

¹²²¹ *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 228; *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133).

¹²²² *Bethge*, Verfassungsrechtliche Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 25.

¹²²³ Zum Vorschlag einer solchen gesamthaften Regulierung *Römermann*, in: FS Singer, S. 561 ff.

¹²²⁴ Zur Eigennützigkeit s. nur *K. Hesse*, Grundzüge, § 9 Rn. 287 f.; *Stern*, Abwehrrechte, in: StR III/1, § 66 S. 628 ff.; *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 145 ff.; s. auch *Kahl*, Schutzergänzungs-funktion, S. 36 f. („Freiheit nach eigenem Lebensentwurf“).

¹²²⁵ *di Fabio*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 13.

¹²²⁶ Deutlich bei *Grimm*, in: FG Mahrenholz, S. 533 f.; anders *B. Hartmann*, JZ 2016, 18 (22) unter Hinweis auf BVerfGE 73, 118 (166) und BVerfGE 121, 30 (59) – Beteiligung politischer Parteien an Rundfunkunternehmen, wobei der Verweis nicht trägt, denn das Gericht sieht das Dienende als Maßstab, an dem sich die Ausgestaltung verfassungsrechtlich messen lassen muss, aber nicht als Grund der Ausgestaltungsbedürftigkeit.

¹²²⁷ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., III., 3., S. 356.

¹²²⁸ *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1133); auch wenn man auf dem Boden der Lehre eines einheitlichen Mediengrundrechts steht, ist die Pressefreiheit im Unterschied zur Rundfunkfreiheit nach h. M. nicht auf eine Ausgestaltung angewiesen, vgl. *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, S. 25 Rn. 71.

Deshalb ist auch ein dienendes Verständnis der anwaltlichen Berufsfreiheit nicht zwangsläufig mit einem Ausgestaltungsauftrag zugunsten des Gesetzgebers verbunden.¹²²⁹ Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die dienende Berufsfreiheit des Rechtsanwalts gleichwohl der normativen Prägung bedarf (dazu unter I.). Doch stellt nicht jedes Gesetz, das die anwaltliche Berufsausübung reguliert, eine Ausgestaltung dar; es kann auch in das Abwehrrecht eingreifen (dazu unter II.). Bei der Ausgestaltung steht dem Gesetzgeber ein Ermessen (oder mit anderen Worten: ein Ausgestaltungsspielraum) zu (dazu unter III.). Ausgestaltung vollzieht sich jedoch nach den Maßgaben des Grundrechts selbst; der Gesetzgeber ist nicht freigestellt von grundrechtlichen Bindungen (dazu unter IV.).

I. Bedarf gesetzgeberischer Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit

Betrachtet man die Fallbeispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG, dann weisen die Sachverhalte – trotz der Rüge der Verletzung von Grundrechten – einen starken Bezug zum einfachen Berufs- oder auch Strafverfahrensrecht auf. Dies mag dem im Verfassungsprozessrecht begründetem Umstand geschuldet sein, dass die Entscheidung über Urteilsverfassungsbeschwerden ein genaues Herausarbeiten der einfachrechtlichen Rechtslage erfordert. Sicherlich bedingt ist dies aber auch dadurch, dass das BVerfG in seiner Judikatur zum anwaltlichen Verfassungsrecht seit einer frühen Weichenstellung¹²³⁰ eine „formalrechtliche Begründung“¹²³¹ für die Stattgabe von Verfassungsbeschwerden wählt, also die Lösung nicht über die Zuordnung der konfligierenden Interessen bei der Prüfung des Übermaßverbotes sucht, sondern verlangt „unter Anwendung anerkannter Auslegungsregeln zu prüfen, welche Entscheidungen der Gesetzgeber zur Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit getroffen hat“.¹²³² Anknüpfungspunkt ist also der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.¹²³³ Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass der Rechtsanwalt seine Berufsfreiheit nicht in einem natürlichen, vorrechtlichen Freiheitsraum ausübt. Anwaltliche Berufsfreiheit kann es nur „aus der Hand des

¹²²⁹ Anders *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (411): „In der Konsequenz dieses Ansatzes wird die Bestimmung der Bedingungen der Freiheitsausübung nicht mehr als Grundrechtseingriff, sondern als Ausgestaltung dieser Grundrechte begriffen.“

¹²³⁰ BVerfGE 63, 266 – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

¹²³¹ Sondervotum *Simon*, BVerfGE 63, 298 (298) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei, der jedoch „spezifische Gründe des materiellen Verfassungsrechts“ für eine vorzugswürdige Prüfungsperspektive hält. – *Zuck*, NJW 1988, 175 (181) antwortet dann auch auf die *Kleine-Cosack* unterstellte „High-Noon-Attitude“, dass der Gesetzesvorbehalt zwar wichtig sei, freilich es aber um die inhaltliche Gestaltung des Berufsrechts gehe.

¹²³² BVerfGE 63, 266 (288 f.) – Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Eintretens für eine als verfassungsfeindlich angesehene Partei.

¹²³³ *Lenz/Diers*, AnwBl. Online 2018, 128 (130 ff.); in BVerfG-K, Beschl. v. 22.10.2017 – 1 BvR 1822/16, NJW 2017, 3704 Rn. 21 – Beleidigende Assessorin hat die Kammer freilich entgegen den Stellungnahmen von BRAK und DAV die Lösung über die Angemessenheit gesucht.

Gesetzgebers“¹²³⁴ geben, so dass die objektiven Dimensionen der anwaltlichen Berufsfreiheit maßgeblich werden.¹²³⁵

1. Vorfrage: Was soll ausgestaltet werden?

Eine Anomalie der Rundfunkfreiheit ist ihr dienender Charakter; die zweite der Diskurs von der „positiven Ordnung“, deren Errichtung Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vom Gesetzgeber fordere. Deshalb sei die Rundfunkfreiheit durch ihre „Ausgestaltungsbedürftigkeit“ charakterisiert.¹²³⁶ Doch was genau muss eigentlich ausgestaltet werden? Läge es nicht näher, weil die Rundfunkfreiheit ja gerade der Informationsfreiheit des Rezipienten dient, anzunehmen, dass ein Gesetz nicht die Rundfunkfreiheit, sondern vielmehr dessen Informationsfreiheit bzw. Meinungsbildungsfreiheit ausgestaltet?¹²³⁷ Nur als solche bedarf sie der Ausgestaltung. Im Kontext der anwaltlichen Berufsfreiheit ist dieser Zweifel am Bezugspunkt der Ausgestaltung im Sondervotum *Gaiers* zur RVG-Kappungsgrenze deutlich geworden. Für ihn konnte das RVG keine Ausgestaltung des Art. 12 Abs. 1 GG sein, weil das Gesetz sich auf die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege beziehe. Es müsse deshalb ein eingreifendes Gesetz sein.¹²³⁸ Wiederum ist aber vor allem der Funktionszusammenhang¹²³⁹ als Bezugspunkt der Ausgestaltung in den Blick zu nehmen, also das Zusammenwirken von anwaltlicher Berufsfreiheit, den Justizgrundrechten und der rechtsstaatlichen Rechtspflege. Gerade bei den Prozessgrundrechten ist ihre gegenseitige Abhängigkeit und ihr gegenseitiges Aufeinandereinwirken zu berücksichtigen, so dass eine isolierte Betrachtung der Funktion nicht gerecht wird.¹²⁴⁰ „Die gesetzgeberische Aufgabe liegt also darin, ein operationales Konzept [...] zu finden, in dem alle diese interdependenten Freiheiten sich in ihrem wechselseitigen Bedingungs Zusammenhang entfalten können, ohne sich gegenseitig aufzuzehren.“¹²⁴¹ Die Senatsmehrheit hat deshalb in der Entscheidung zur RVG-Kappungsgrenze zu Recht nicht eine Ausgestaltung nur deshalb abgelehnt, weil sie sich auch auf das Rechtsschutzsystem bezog. Die dienende Freiheit liefert die Erklärung hierfür, denn sie greift über die Grundrechtssphäre des Rechtsanwalts hinaus und bezieht andere Verfassungsgrundsätze mit ein.

¹²³⁴ Terminologie bei *Herzog*, in: FS Zeidler II, S. 1451 ff.; s. auch *Nierhaus*, AöR 116 (1991), 72 ff. und *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 2.

¹²³⁵ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., IV., S. 358 ff.

¹²³⁶ S. nur BVerfGE 57, 295 (319) – FRAG.

¹²³⁷ *Lücke*, Die „allgemeinen“ Gesetze, S. 15.

¹²³⁸ BVerfGE 118, 1 (31) – RVG-Kappungsgrenze.

¹²³⁹ Allgemein *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 385, 390 ff., 397; s. auch *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (164): „Geflecht sozialer Angewiesenheit und Abhängigkeit“; s. auch BVerfGE 50, 290 (368) – Mitbestimmung zur „Wirtschafts- und Sozialordnung“.

¹²⁴⁰ *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (14 f.).

¹²⁴¹ *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (171).

2. Zugrunde gelegte Klassifizierung

Die Grundrechte des Grundgesetzes weisen eine Vielzahl an unterschiedlichen Graden der Ausgestaltungsbefähigung oder Normprägung auf. *Lerche*¹²⁴² hat für die Stufen denkbarer „Grundrechtsprägung“ drei Kategorien entwickelt, die bis heute noch zur Anschauung und Strukturierung verwendet werden.¹²⁴³

a) Konstituierende Gesetzgebung

Mit normativer Konstituierung wird im Schrifttum der höchste Grad einfachrechtlicher Abhängigkeit des Grundrechts vom einfachen Gesetz bezeichnet. Der einfache Gesetzgeber ermöglicht durch sein Tätigwerden dem Grundrechtsberechtigten erst seine Freiheitsausübung; er ist „Schöpfer der grundrechtlichen Substanz“.¹²⁴⁴ Welche Folgen sich hieraus ergeben, etwa wie sich die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers darstellt, ist eine nachgelagerte Frage.¹²⁴⁵ Ein Grundrecht, das der Konstituierung durch den Gesetzgeber bedarf, kann seinem Träger keinen negatorischen Schutz gewähren, weil es an einer grundrechtlichen Sphäre, deren Substanz gemindert wird, fehlt.¹²⁴⁶ *Herzog*¹²⁴⁷ hat ausgeführt, dass der Staat im Regelfall die Grundrechte „in der Welt der Tatsachen“ vorgefunden habe; im Ausnahmefall seien die Schutzgüter der Grundrechte nicht „der Tatsachenwelt entnommen, sondern ihrerseits schon Produkte der Rechtsordnung“. Dieser Situation steht es gleich, wenn die Ausübung der Freiheit erst dadurch ermöglicht wird, dass der Gesetzgeber einfaches Recht schafft.¹²⁴⁸ Zusammengefasst geht es also um eine einfachgesetzliche Vermittlung der Freiheit.¹²⁴⁹ Das Grundrecht in dieser Konstellation dem Einzelnen ist im wahrsten Sinne des Wortes aus der Hand des Gesetzgebers gegeben.¹²⁵⁰

b) Konturierende Gesetzgebung

Die konstituierende Gesetzgebung ist jedoch nicht die einzige Fallgruppe, bei der das Grundrecht und sein Wirksamwerden der gesetzgeberischen Intervention benötigen und das subjektive Abwehrrecht nicht zu einer vollständigen Erfassung des von der Verfassung intendierten Zustandes genügt. Im Fall der normativen Kon-

¹²⁴² *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 99 ff., 107 ff.

¹²⁴³ Jüngst etwa beispielhaft *Starke*, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 146 ff.

¹²⁴⁴ *Lerche*, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, in: HdB StR V, § 121 Rn. 39; Begriff der „konstituierten Freiheit“ auch bei *Grimm*, recht 1988, 41 (46) und *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 75 ff.

¹²⁴⁵ *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 103 ff.

¹²⁴⁶ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 106; *ders.*, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, in: HdB StR V, § 121 Rn. 45.

¹²⁴⁷ *Herzog*, in: FS Zeidler II, S. 1417; *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 74 weist dies zwar als „ontologischen Mystizismus“ zurück, erkennt das Problem gleichwohl an.

¹²⁴⁸ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 91.

¹²⁴⁹ So *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 91.

¹²⁵⁰ *Herzog*, in: FS Zeidler II, S. 1417.

turierung hat die Verfassung dem Grundrecht bereits im Vorhinein selbst Grenzen gesetzt, die durch das Tätigwerden des Gesetzgebers „aktualisiert“ und „geschärft“ werden. Neben dem Fall, dass die Verfassung durch negative Tatbestandsmerkmale oder grundrechtsimmanente Grenzen diese Begrenzung explizit macht, können noch weitere Fallgruppen genannt werden. So hat *Gellermann*¹²⁵¹ die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG¹²⁵² als ein Beispiel für normative Konturierung genannt.¹²⁵³ Dies folgt aus dem Charakter als dienende Freiheit, die eine positive Rundfunkordnung voraussetzt. Das Dienende – die Ausrichtung auf eine freie Meinungsbildung und Informationsfreiheit des Rezipienten – begrenzt den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts von innen heraus. Das Gesetz muss jene Handlungen festlegen, die aufgrund ihrer Zwecksetzung nicht dem Schutz durch das Grundrecht unterfallen, um so diese „latente Begrenzung“, die im Grundrecht durch die Funktionalisierung angelegt ist, zu aktualisieren. Der Erlass solcher Gesetze zielt auf die Herstellung des verfassungsrechtlich gewollten Normalzustands; der Gesetzgeber erfüllt den an ihn gerichteten Verfassungsauftrag zur Einrichtung der positiven Ordnung, so dass bereits deshalb kein Einschnitt in die grundrechtliche Substanz vorliegen kann. Neben diesem „Nachzeichnen“ der Grenzen des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsinhalts (also innerhalb des Grundrechts) spielt die Fallgruppe der konturierenden Gesetzgebung dann eine Rolle, wenn es um die Auflösung von Grundrechtskollisionen geht, die sich im Rahmen eines Dreipersonenverhältnisses abspielen, aber durch den materiellen Konflikt im vertikalen Verhältnis der Grundrechtsberechtigten geprägt sind.¹²⁵⁴ Denn unter dem Grundgesetz kann jeder Grundrechtsberechtigte die gleiche Freiheit – Freiheit verstanden in einem rechtlichen Sinne – wie sein Mitmensch für sich beanspruchen, ohne dass Übergriffe in die Freiheitssphäre des anderen durch das Grundrecht gestattet werden.¹²⁵⁵ Art. 4 DDHC hat diesen Gedanken prominent hervorgehoben. Fremde Grundrechtspositionen, bzw. die Rücksichtnahme¹²⁵⁶ auf sie, sind von der Verfassung im Vorhinein als Grenze der *grundrechtlichen* Freiheit des anderen angelegt. Bei „handgreiflichen Übergriffen“¹²⁵⁷ handelt es sich schon um keine Grundrechtskollision, weil die Handlung nicht den Schutz des Grundgesetzes genießt. Dies wurde bei der Lehre vom Gewährleistungsinhalt versucht darzustellen.¹²⁵⁸ Außerhalb dieser extremen Fälle kommt es zu einer Grundrechtskollision, die man im Anschluss an *Lerche* mit dem Begriff eines „Kraftfeldes“ beschreiben kann, in des-

¹²⁵¹ Hierzu und im Folgenden *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 205 ff.

¹²⁵² Vgl. zu dieser Kap. 3, § 2, A., III., 1., S. 350 ff.

¹²⁵³ So auch *Grimm*, recht 1988, 41 (46).

¹²⁵⁴ *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 257; *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 180 ff.; *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 255 f.; ablehnend *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 43 ff.

¹²⁵⁵ *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 230 ff.; *Burmeister*, in: FS Stern, S. 840.

¹²⁵⁶ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 223.

¹²⁵⁷ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 224.

¹²⁵⁸ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., S. 158 ff.

sen Rahmen nunmehr eine Konfliktschlichtung „in produktivem Gehorsam“¹²⁵⁹ gegenüber der Verfassung erfolgen müsse.¹²⁶⁰ Dem Gesetzgeber kommt die Aufgabe zu, diese unter der obersten Schicht schimmernde, im Regelfall nur unzureichend zum Ausdruck kommende Entscheidung der Verfassung zum Vorschein zu bringen und als „Koordinator der Freiheitssphären“¹²⁶¹ zu wirken und die Abwägungsentscheidungen bis zu einem hohen, jedoch denklogisch nie vollständigen Grad zu steuern. Auch für dieses „legislatorische Konditionierungsprogramm“¹²⁶² würde es nicht der normativen Situation entsprechen, von einem Eingriff des Gesetzgebers zu sprechen. Die Verfassung hat bereits selbst durch die Einräumung von verschiedenen Grundrechtspositionen Grenzen angelegt, die der einfache Gesetzgeber durch seine Normsetzung nachvollzieht.¹²⁶³ Allerdings vollzieht der Gesetzgeber nicht nur einfach die Verfassung, denn diese hat für die Auflösung der Grundrechtskollision nur erste Richtungshinweise gegeben; alles weitere muss der Gesetzgeber entscheiden und sich dabei vom Maßstab der nötigen Rücksichtnahme leiten lassen.¹²⁶⁴ *Burmeister*¹²⁶⁵ bezeichnet derartige Gesetze im Unterschied zu in die grundrechtsgeschützte Sphäre eingreifende Gesetze als „zurückweisende“ Gesetze: Sie weisen den Einzelnen in die Schranken seiner grundrechtlichen Freiheit zurück und stellen nur das von der Verfassung verfolgte Ordnungsprinzip gleicher Freiheit wieder her. Neben Grundrechtspositionen Dritter kommen auch andere kollidierende Güter mit Verfassungsrang in Frage, um die Grundrechtspositionen des einzelnen bereits im Ansatz zu begrenzen.

c) Konkretisierende Gesetzgebung

Die konkretisierende Gesetzgebung¹²⁶⁶ dient dazu, die tatsächliche, nicht die normative Sicherung des Freiheitsrechts angesichts sozialer und wirtschaftlicher Gegebenheiten zu bewirken. Gefährdungen (aus der gesellschaftlichen Sphäre)¹²⁶⁷ sollen gesetzlich antizipiert werden. Damit ist insbesondere die staatliche Schutz-

¹²⁵⁹ Zur Frage der verbleibenden Direktionskraft der Verfassung bei *Lerche* ausführlich *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 295 ff.; vgl. auch *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 223 ff.; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 17. – Dass *Lerche* die „Grenze der entscheidenden Verfassung“ erreicht sieht und deshalb den Gesetzgeber (etwas zu) weitgehend freistellt, mag daran liegen, dass er die Grundrechtskollision nicht als Regel, sondern als Ausnahme begreift (kritisch zurecht *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 307 ff.).

¹²⁶⁰ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 130 f.; Kritik bei *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 291 ff., insb. S. 304 ff.; so wie hier ähnlich *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 254.

¹²⁶¹ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 242.

¹²⁶² Begriff bei *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 317.

¹²⁶³ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 220.

¹²⁶⁴ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 224 f.

¹²⁶⁵ *Burmeister*, in: FS Stern, S. 841.

¹²⁶⁶ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 230.

¹²⁶⁷ Vgl. *Lerche*, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, in: HdB StR V, § 121 Rn. 5, 43 („mittelbare Konkretisierung“); *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 18.

pflicht ein Fall der normativen Konkretisierung. Die Schutzpflicht ist aus sich heraus zu unbestimmt, um konkrete Handlungsanweisungen an den Staat zu richten, so dass dieser, zumeist der Gesetzgeber, die Schutzpflicht „prägen“ muss.¹²⁶⁸ Die Wahl seiner Mittel, die angesichts der Charakteristika der Gefahr und der betroffenen Güter erfolgt, bleibt dem Staat dabei in weitem Maße freigestellt.¹²⁶⁹ Zur normativen Konkretisierung gehören auch Organisations- und Verfahrensregeln, die den Berechtigten ermöglichen sollen, ihre Grundrechte wirksam durchzusetzen und ihren Bestand durch formale Vorkehrungen zu sichern.

3. Einordnung der anwaltlichen Berufsfreiheit

Kämmerer hat die Berufsfreiheit der Freien Berufe als eine normgeprägte bezeichnet,¹²⁷⁰ was die Frage aufwirft, wie sie sich zu der eben dargestellten Kategorisierung verhält. Dabei sind die Besonderheiten der anwaltlichen Berufsfreiheit in Rechnung zu stellen.

a) Berufsfreiheit des Rechtsanwalts: Bedarf für eine Konstituierung

Nach der heutigen h. M. ist dem Gesetzgeber die Konstituierung der Berufsfreiheit über den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verwehrt (dazu unter aa)). Gleichwohl ist hiervon als Ausschnitt aus der Berufsfreiheit die berufliche Vertragsfreiheit herauszunehmen – sie bedarf einer Vertragsrechtsordnung, was sich an der anwaltlichen Berufsfreiheit gut zeigen lässt (dazu unter bb)).

aa) Berufsfreiheit im Allgemeinen

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber, die Berufsausübung zu regeln, spricht also nicht von Eingriffen oder Begrenzungen. Sinn und Zweck – hier wurde im Parlamentarischen Rat der Rechtsanwalt als Beispiel genannt – war es, die Ausübung bestimmter Berufe von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, um Gefahren, die durch die Berufsausübung entstehen können, besser begegnen zu können. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes drückt sich hierin auch aus. Die Liberalisierung des Gewerbe- und Berufsrechts scheint dem einfachen Recht und nicht dem Grundrecht anvertraut. Der Erlass von Schrankengesetzen (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) sollte gerade nicht von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG umfasst sein.¹²⁷¹ Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG rückt damit in die Nähe zu Art. 14

¹²⁶⁸ *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (558); *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 237 f.; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 47 f. – Differenzierend *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 46, der darauf hinweist, dass es vielmehr die Rechtsordnung als der Schutzgegenstand ist, die im Fall der Schutzpflicht ausgestaltet werden muss.

¹²⁶⁹ *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (558).

¹²⁷⁰ *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32 (allerdings ohne von Ausgestaltung zu sprechen).

¹²⁷¹ Vgl. *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n.F. 1 (1951/2010), S. 134 ff.

Abs. 1 S. 2 GG. Der Gesetzgeber solle zur „positiven Normierung des [...] Machtbereichs“ des Inhabers der Berufsfreiheit ermächtigt sein. Er determiniert, was „das im Vordersatz gewährleistete Freiheitsrecht inhaltlich überhaupt hergibt“.¹²⁷² Die Berufsfreiheit bedurfte nach dieser Auffassung der Konstituierung durch den Gesetzgeber. Über Kreuz mit dieser Konzeption liegt das kurz darauf ergangene Apothekenurteil des BVerfG. Nicht nur beim Rückgriff auf die textlich nicht vorgesehene Kategorie des staatlich gebundenen Berufes,¹²⁷³ sondern auch bei Fragen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG hat sich das Gericht über Wortlaut und Willen des Verfassungsgebers hinweggesetzt.¹²⁷⁴ Der Regelungsvorbehalt eröffne keine größeren Spielräume zugunsten des Gesetzgebers, als diesem in Eingriffskonstellationen zukomme, da ansonsten der Gesetzgeber das Grundrecht entwerten könne.¹²⁷⁵ In der Literatur wird diese Angleichung von Regelungsvorbehalt und Eingriff heute zumeist befürwortet.¹²⁷⁶ Die Konsequenzen, die damit einhergingen, hat das Gericht – wohl erfolglos – versucht über die Dreistufenlehre und eine Engführung des Eingriffsbegriffes über das Merkmal der berufsregelnden Tendenz einzufangen, deren Steuerungswirkung jedoch äußerst zweifelhaft war und ist.¹²⁷⁷ Man muss aber bereits die Grundannahme des Gerichts, eine Ausgestaltung würde das Grundrecht wertlos machen, kritisieren. Wie zu zeigen sein wird, bestehen passgenaue Ausgestaltungsvorgaben, die den Gesetzgeber nicht von seiner Grundrechtsbindung freistellen, sondern ihm lediglich ein gewisses Ermessen bei der Zielverwirklichung einräumen.¹²⁷⁸ Auch *F. Michl*¹²⁷⁹ hat diese Weichenstellung des Gerichts bedauert, sieht aber realistisch keine Perspektive, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG umzuqualifizieren. Die jüngere Rechtsprechung des Ersten Senats hat allerdings die Marktabhängigkeit der Berufsfreiheit und damit auch ihre Normgeprägtheit betont:¹²⁸⁰ „Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln“¹²⁸¹ oder sein Schutzzumfang wird durch die „rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen“¹²⁸².

¹²⁷² *H.-P. Ipsen*, DVBl. 1956, 358 (360); zustimmend *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 394.

¹²⁷³ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., I., 2., a), S. 152 ff.

¹²⁷⁴ Instruktiv *F. Michl*, JöR n. F. 68 (2020), 323 (330 ff.).

¹²⁷⁵ BVerfGE 7, 377 (403 ff.) – Apotheken.

¹²⁷⁶ Zeitgenössisch: *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 60 f.; auch *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn. 45; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 6, 103; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 106; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 31.

¹²⁷⁷ Sehr kritisch *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 394 f.

¹²⁷⁸ Vgl. dazu Kap. 3, § 2, B., IV., S. 431 ff.

¹²⁷⁹ *F. Michl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 268 f., der diese Judikatur als unheilvolles Zeichen für den Regelungsvorbehalt der unionsgrundrechtlichen Unternehmensfreiheit sieht.

¹²⁸⁰ Grundlegende Kritik hieran bei *Ruffert*, AöR 139 (2009), 179 (224 ff.); vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., 1., b), S. 161.

¹²⁸¹ BVerfGE 116, 202 (221) – Tariftreueerklärung.

¹²⁸² BVerfGE 105, 252 (265) – Glykolwein.

Dabei sind die Argumente des frühen bundesrepublikanischen Schrifttums,¹²⁸³ wonach eine Regelung etwas anderes sei, als ein „Eindringen in den abgesteckten Bezirk eines Grundrechts“, durchaus nicht von der Hand zu weisen. Die Berufsausübung dürfe so weit durch den Gesetzgeber geprägt werden, wie es nicht zu einer Rückwirkung auf die Berufswahl komme.¹²⁸⁴ *Lerche*¹²⁸⁵ hat zutreffend festgestellt, dass ein und dasselbe Grundrecht unterschiedlich stark vom Gesetzgeber abhängig sein könne; je nach Betroffenheit von Berufswahl und Berufsausübung, aber auch je nach konkretem Beruf.

bb) Berufsfreiheit des Rechtsanwalts – Vertragsfreiheit

Dafür ist ein anderer Aspekt der anwaltlichen Berufsfreiheit wesentlich durch den Gesetzgeber konstituiert. Der Schutz der Vertragsfreiheit ist heute, obgleich es an einer ausdrücklichen Gewährleistung (vgl. Art. 152 Abs. 1 WRV) fehlt, außer Zweifel.¹²⁸⁶ Sie wird durch Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.¹²⁸⁷ Ein liberales Verständnis der Vertragsfreiheit liegt der Konzeption *Canaris*' zugrunde, der Vorschriften des Rechts der Minderjährigen für einen unverhältnismäßigen Eingriff in dieses Grundrecht erachtet.¹²⁸⁸ Die entgegengesetzte Auffassung sieht die Vertragsfreiheit als vollständig durch das einfache Recht geprägt an und begreift sie daher mehr als Institutsgarantie¹²⁸⁹ oder als Grundrecht mit einem Normbestandsschutz¹²⁹⁰. Hiergegen wurde versucht einzuwenden, dass der Vertragsfreiheit ein außerrechtliches Schutzgut zugrunde liege, welches eine rein abwehrrechtliche Konzeption der Vertragsfreiheit möglich erscheinen lässt, trotz ihres Bezugs auf das einfache Recht.¹²⁹¹ Dies würde voraussetzen, dass ein vorrechtliches Schutzgut einen engen Bezug zum normgeprägten Grundrecht aufweist. Für die Vertragsfreiheit liegt die Privatautonomie¹²⁹² nahe, also das Recht, zu tun und zu lassen, was man will. Dies verkennt aber, dass Will-

¹²⁸³ *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, S. 107 ff.; mit leichten Relativierungen nunmehr *ders.*, *Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff*, in: *HdB StR V*, § 121 Rn. 39; *Scheuner*, *DÖV* 1956, 65 (68); *H.-P. Ipsen*, *DVBl.* 1956, 358 (360).

¹²⁸⁴ So auch i. E. *Tettinger*, *AöR* 108 (1983), 92 (105), der von „Konturierung und Konkretisierung“ als Gegenstand des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG spricht.

¹²⁸⁵ *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, S. 109.

¹²⁸⁶ *St. Rspr.* vgl. *BVerfGE* 8, 274, 328 – Preisgesetz.

¹²⁸⁷ *BVerfGE* 116, 202 (221) – Tariftreueerklärung; vgl. *Scholz*, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, S. 11.

¹²⁸⁸ *Canaris*, *JZ* 1987, 993 ff.

¹²⁸⁹ *Laddeur*, *AöR* 131 (2006), 647 (649) sieht Zivilrecht nie als Eingriffsrecht; *Nierhaus*, *AöR* 116 (1991), 72 (91). – Anders aber *Höfling*, *Vertragsfreiheit*, S. 29 f. (Institutsgarantie und Prinzip im Sinne Alexys); Kritik bei *Bäuerle*, *Vertragsfreiheit*, S. 352 f.; auch *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, S. 185 f. (Organisationsauftrag gegen Optimierungsauftrag); *Starke*, *Verbraucherschutz und Grundgesetz*, S. 77.

¹²⁹⁰ *Lübbe-Wolff*, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 125 ff.; hierzu *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, S. 170 ff.

¹²⁹¹ *Cornils*, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, S. 201 ff.

¹²⁹² *BVerfGE* 72, 155 (170) – Fortführung des Handelsgeschäfts mit der Erbengemeinschaft; *Cornils*, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, S. 201 f. („durch das Moment des Dialogischen,

kür Bindungslosigkeit bedeutet: Das Versprechen von heute muss morgen nicht mehr gelten mit der Folge, dass jeder auf die Realisierung im Wege der Selbsthilfe verwiesen wäre.¹²⁹³ Das Versprechen und der Vertrag wären vom Schutzgut gerade nicht umfasst und mithin grundrechtlich nicht geschützt.¹²⁹⁴ Auch andere abwehrrechtliche Schutzgüter vermögen nicht vollständig zu überzeugen mangels eines „stabilen und belastbaren Bogen von der Freiheit zur Ordnung“.¹²⁹⁵ Noch am ehesten gilt das für das Schutzgut „Privates Recht“, was jedoch mit den Worten *Bumkes* zu einem verfassungstheoretischen Dilemma führt, da der demokratische Entscheidungsprozess so delegitimiert wird: Das Private Recht ist nicht dem staatlichen Recht vorgelagert, sondern entwickelt sich aus diesem heraus und besteht auf Grundlage des staatlichen Rechts.¹²⁹⁶ So ist es dann auch das *staatliche* französische Vertragsrecht, das in Art. 1134 CCiv den Charakter des Vertrages als Privates Recht festlegt: „Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.“ Das BVerfG sieht die berufliche Vertragsfreiheit dem Gesetzgeber zur Ausgestaltung anvertraut, trotz seines steten Hinweises auf die Privatautonomie.¹²⁹⁷ Dies wird auch für die Vertragsfreiheit des Rechtsanwalts von Vertretern einer rein an der Eingriffsabwehr orientierten Auffassung der anwaltlichen Berufsfreiheit grundsätzlich anerkannt.¹²⁹⁸ Denn der Mandatsvertrag ist ein Beispiel dafür, dass die Parteien, jedenfalls im vom Gesetzgeber sich vorgestellten Regelfall, nur die *essentialia negotii* vereinbaren und für die übrigen Bestimmungen auf einen (allerdings unvollständigen)¹²⁹⁹ gesetzlichen Regelungsrahmen zurückgreifen.¹³⁰⁰ Dies gilt umso mehr, als ein vermeintlicher Kern der Privatautonomie, die Vereinbarung des Entgelts für eine Leistung, in vielen Konstellationen dem Zugriff des Gesetzgebers unterliegt.¹³⁰¹ Darüber hinaus ist der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Mandant seiner Natur nach im Dunstkreis öffentlich-rechtlicher

Gemeinschaftlichen qualifizierter Teilausschnitt aus der Privatautonomie“); *Ruffert*, Vorrang und Eigenständigkeit, S. 311 f.; *Koch*, Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 471.

¹²⁹³ *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 81.

¹²⁹⁴ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 22; vgl. auch *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 26, der die rechtliche Verbindlichkeit und Effektivität als Wesensmerkmal betont.

¹²⁹⁵ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 28.

¹²⁹⁶ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 33.

¹²⁹⁷ BVerfGE 81, 242 (261) – Handelsvertreter.

¹²⁹⁸ So Sondervotum *Gaier*, BVerfGE 118, 1, 29 (31) – RVG-Kappungsgrenze. – *Gaier* wirft dem Gesetzgeber aber vor, hier gar nicht die Privatautonomie ausgestaltet zu haben, sondern das Ziel der ordnungsgemäßen Rechtspflege verfolgt zu haben. Damit verkürzt er aber die Ausgestaltungsvorgaben an den Gesetzgeber für die Vertragsfreiheit.

¹²⁹⁹ Darauf weisen zurecht *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 222 Rn. 614 hin.

¹³⁰⁰ Allgemein *Bäuerle*, Vertragsfreiheit, S. 348 ff.; *Starke*, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 75; s. anwaltsspezifisch auch die Ausführungen bei BVerfGE 118, 1 (16 f.) – RVG-Kappungsgrenze.

¹³⁰¹ Allgemein *Heitzer/Kaufhold*, Staat 60 (2021), 353 (355, 385); gleichwohl von einem rechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Vertragsfreiheit ausgehend *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 222 f. Rn. 615, die aber darauf hinweisen, dass tatsächlich nur ca. 1/3 der Vergütungen auf Vergütungsvereinbarungen basieren (S. 223 Rn. 616).

Interessen wie der ordnungsgemäßen Rechtspflege angesiedelt und damit seinem Typus nach der Privatautonomie weitestgehend entzogen.¹³⁰² Dieser allgemeine Befund kann jedoch nuanciert werden, denn für bestimmte anwaltliche Tätigkeiten im Bereich der Beratung hat der Gesetzgeber in § 34 RVG seine klare Präferenz für die privatautonom vereinbarte Vergütung ausgedrückt, indem er die übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB), wenn der Mandant ein Verbraucher ist, gekappt hat. Aber dies unterstreicht letztlich nur, dass der Gesetzgeber den Grad der Privatautonomie weitestgehend eigenverantwortlich determiniert.

*b) Bedarf für eine Konturierung –
das Dienende in der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts*

Sind also wesentliche Teile der allgemeinen, aber auch vor allem der anwaltlichen Berufsfreiheit – im Vertragsbereich – der Konstituierung durch den Gesetzgeber zugänglich und auch bedürftig, so endet die gesetzgeberische Ausgestaltungsbefugnis des anwaltlichen Art. 12 Abs. 1 GG dort nicht. Denn sie muss mit ihrem verfassungsrechtlichen Funktionszusammenhang noch abgestimmt werden.¹³⁰³ Dass dies bei Freien Berufen eine vornehmliche Aufgabe des Gesetzgebers ist, hat das BVerfG in der Hebammenaltersgrenze-Entscheidung¹³⁰⁴ in allgemeingültiger Form beschrieben: Der Staat lasse einen Teil seiner „Daseinsvorsorge durch die Angehörigen dieses freien Berufs ausüben [...]. Gerade in einem solchen Falle darf er auch Gefahren vorbeugen, die für diejenigen entstehen können, die auf diese Daseinsvorsorge angewiesen sind.“ Dem Gesetzgeber sei eine „umfassende und wirksame Vorsorge gegen Gefahren“ aufgegeben, weil er zugleich eine „Art von Benutzungszwang“ statuiert habe. Damit ist zum einen die Grundrechtskollision angesprochen: Der Gesetzgeber muss die durch die Freiheit des anderen Grundrechtsträgers angelegten Grenzen abstecken. Doch bei der anwaltlichen Berufsfreiheit, wie sie hier konzipiert wurde, geht es vielmehr um die Abstimmung innerhalb des Grundrechts selbst. Die Prozessgrundrechte und die rechtsstaatliche Rechtspflege sind Ziele, auf die die anwaltliche Berufsfreiheit ausgerichtet ist. Sie begrenzen die Berufsfreiheit von innen heraus. Der Gesetzgeber ist gehalten, den verfassungsrechtlich gebotenen Zustand der Funktionserfüllung zu sichern. Dafür muss er Handlungen bestimmen, die mit der Zielsetzung des Grundrechts unvereinbar sind. Offenkundig übergreifende Handlungen sind bereits über die Lehre vom Gewährleistungsinhalt aus dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschieden worden. Das Grundgesetz lässt insoweit keinen Raum für irgendeine Abwägung. Unterhalb dieser Schwelle finden sich jedoch Konstellationen, in denen der Ge-

¹³⁰² Vgl. auch Ahrens, ZZZ 115 (2002), 281 (283 f.).

¹³⁰³ In diese Richtung womöglich Häberle, DVBl. 1972, 909 (910 f.), für den Art. 12 Abs. 1 GG den Erlass von Satzungen legitimiert, um die „sozialen Grundrechtsinteressen“ zu realisieren und wonach es einen an den Gesetzgeber gerichteten Verfassungsauftrag gebe, eine Gemeinwohlkonkretisierung der Freien Berufe vorzunehmen.

¹³⁰⁴ BVerfGE 9, 338 (347) – Hebammenaltersgrenze.

gesetzgeber der Verfassung das Ergebnis seiner Ausgestaltung nicht in letzter Konsequenz entnehmen kann.¹³⁰⁵

aa) Rechtsschutzsystem

Der Rechtsanwalt ist Teil des Rechtsschutzsystems. Der Gesetzgeber wird bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems im Rahmen der sog. Sicherheitspflicht ausgestaltungstätig. Sie verlangt, dass der Staat dem Einzelnen rechtliche wie tatsächliche Mittel an die Hand gibt, rechtswidrige Übergriffe in seine Sphäre abzuwehren.¹³⁰⁶ Die Ermöglichung von Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen Dritter sowie die Bereitstellung und der Einsatz staatlicher Mittel in diesem Rahmen gehören zu dieser Sicherheitspflicht. Bei seiner Pflicht, ein gebotenes Schutz- und Sicherheitsniveau zu gewährleisten, hat die Verfassung jedoch nur eine „beschränkte Direktionskraft“.¹³⁰⁷ Gegen die gebotene (nicht überobligatorische) Realisierung der Sicherheitspflicht besteht kein Schutz durch das subjektive Abwehrrecht derjenigen, die von dem Gesetz betroffen sind.¹³⁰⁸ Dies gilt auch für den Rechtsanwalt, wenn die Sicherheitspflicht seine Rechtsstellung tangiert: In BVerfGE 118, 1¹³⁰⁹ wird deutlich, dass die anwaltliche Berufsfreiheit gegen gesetzgeberische Ausgestaltung im Rechtsschutzsystem als Realisierung der Sicherheitspflicht durch den Gesetzgeber keinen abwehrrechtlichen Schutz vermittelt, sondern vielmehr dem Gesetzgeber hier ein gewisser Spielraum zusteht. So führt der Erste Senat aus, dass die angegriffene Neuregelung des Gebührenrechts „auf einer Entscheidung des Gesetzgebers über die Zuordnung der unterschiedlichen betroffenen Interessen“ beruhte.¹³¹⁰ „Es handelte sich um eine den Schutzauftrag des Gesetzgebers wahrnehmende Ausformung des Rechtsschutzsystems zwecks Sicherung seiner Effektivität, das Auswirkungen auf die Wahrnehmung der beruflichen Vertragsfreiheit der Anwälte hatte.“ Und weiter führt der Senat aus, dass soweit „die bisherige Regelung die Rechtsanwälte durch das System gesetzlicher Gebühren und die zusätzliche Möglichkeit von Honorarvereinbarungen begünstigte, beruhte dies nicht auf einer im Grundgesetz schon enthaltenen Rechtsposition der Rechtsanwälte, sondern auf der gesetzlichen Regelung des Gebührenrechts.“ Veränderungen dieses Systems stellen für das Gericht dann keinen Eingriff in die Berufs-

¹³⁰⁵ Für § 57 Abs. 1 StBerG (Verschwiegenheit) stellt *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2893) zutreffend fest, dass diese Norm keinen Verfassungsrang hat, aber „für sich genommen schon Spiegelbild grundrechtlicher Abwägungsprozesse“ ist.

¹³⁰⁶ *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 629 ff. spricht stattdessen von sekundären Schutzpflichten.

¹³⁰⁷ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 87.

¹³⁰⁸ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 90.

¹³⁰⁹ S. auch davor schon BVerfG-K, Beschl. v. 22.12.1999 – 1 BvR 1859/97, NJW 2000, 1325 – Neugliederung der OLG Bezirke Celle und Braunschweig, zu einer Verfassungsbeschwerde der Celler Rechtsanwälte, wobei das Organisationsgesetz an Art. 2 Abs. 1 GG gemessen wird, nachdem ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG verneint wurde.

¹³¹⁰ BVerfGE 118, 1 (16) – RVG-Kappungsgrenze; ablehnend *Ruffert*, in: BeckOK-GG, Art. 12 Rn. 112.1, 49.

freiheit dar. Rechtsanwaltliche Berufsfreiheit ist also auf eine positive Ordnung angewiesen, die die grundrechtlichen Positionen mit der Effektivität des Rechtsschutzsystems koordiniert.¹³¹¹ Dies bedeutet, dass der Rechtsanwalt unter Beachtung der verfassungsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit¹³¹² ein (notwendiger) funktionaler Teil der Gerichtsverfassung ist.¹³¹³ Die Motive der RAO¹³¹⁴ bekräftigten dies nachdem letztlich eine Integration ins GVG aufgrund des Widerstandes des Bundesrates unterblieben ist.¹³¹⁵ Auch wenn sich die berufliche Realität von Rechtsanwälten seit Inkrafttreten der RAO tiefgreifend gewandelt hat, bleibt die grundgesetzliche Vorstellung vom Zugang zur Dritten Gewalt vom Mitwirken des Rechtsanwalts geprägt. Es geht um eine „juristische Arbeitsteilung“.¹³¹⁶ Und auch die Magna Charta der anwaltlichen Freiheit des 20. Jahrhunderts, die Bastille-Entscheidungen, zeigen, dass das BVerfG den Rechtsanwalt als funktionales Rechtspflegeorgan begreift.¹³¹⁷ Denn im Rahmen der intertemporalen Konsequenzen seiner Entscheidung ordnet es an, dass „nur soweit es zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege unerlässlich ist“,¹³¹⁸ weiterhin auf die Standesrichtlinien zurückgegriffen werden kann.¹³¹⁹ Das BVerfG ging also davon aus, dass die anwaltliche Funktion im Rahmen der Rechtspflege einen normativen Unterbau an berufsrechtlichen Vorschriften bedarf, so dass die Fortgeltung der Standesrichtlinien insoweit angeordnet werden musste. Für die Wahrnehmung der von der Verfassung zugeordneten Rolle benötigt der Rechtsanwalt Handlungsmacht, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, vom Organ der Rechtspflege zu sprechen.¹³²⁰ Diese Handlungsmacht kann aber nur das einfache Gesetz verleihen; sie liegt diesem

¹³¹¹ So auch wohl für den Insolvenzverwalter ausdrücklich *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 157 f.: „Da die grund- und verfahrensrechtlich verbürgten Rechte von Schuldnern und Gläubigern demnach die Grenzen verwalterlicher Berufsausübung a priori abstecken, lässt sich das verwalterliche Berufsbild ohne jenen normativen Ordnungsrahmen nicht denken.“; s. auch bereits *Salzmann*, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, S. 56 („Anwaltstätigkeit setzt organisierte Rechtspflege voraus“).

¹³¹² Diese Einschränkung sah schon der Gesetzgeber im Jahr 1878 durch seine Bezüge auf [v.] *Gneist* (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 3. Legislaturperiode, 1878, II. Session, Bd. 3., S. 67 [„Es ist ferner auf die Schrift von Dr. Rudolf Gneist, Freie Advocatur; die erste Forderung aller Justizreform in Preußen, Berlin 1867, hinzuweisen.“]).

¹³¹³ Vor allem *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (296 ff.); *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 9 ff., 27; so terminologisch bereits *Friedlaender/Friedlaender*, RAO, Allg. Einl. Anm. 9, die auf die (damalige) Zulassung bei einem Gericht abstellen, allerdings sehen, dass ein Großteil anwaltlicher Tätigkeit nicht mehr forensisch ist.

¹³¹⁴ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 3. Legislaturperiode, 1878, II. Session, Bd. 3., S. 66 („eminent wesentliches Glied der Gerichtsverfassung“).

¹³¹⁵ Dazu *Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 91 f.

¹³¹⁶ *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (296).

¹³¹⁷ *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (286).

¹³¹⁸ BVerfGE 76, 171 (189) – Bastille; dies ablehnend, wenn ein Rechtsanwalt neben dieser Bezeichnung noch die des Architekten führt, BVerfG-K, Beschl. v. 4.4.1990 – 1 BvR 750/87, NJW 1990, 2122 f.

¹³¹⁹ Ob es rechtstechnisch möglich ist, dass das BVerfG die ausnahmsweise Fortgeltung letztlich von „Nichtrecht“, also schlichten Tatsachen anordnete, spielt hier keine Rolle (dazu *Kleine-Cosack*, NJW 1988, 164 [171]; *Zuck*, NJW 1988, 175 [176]).

¹³²⁰ v. *Lewinski*, in: FS Hartung, S. 113; *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rn. 28a.

nicht voraus. Der Gesetzgeber konstituiert und konturiert damit aber die Berufsfreiheit als Teil des Rechtsschutzsystems.¹³²¹

bb) Justizgrundrechte des Mandanten

Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG sind „gesetzesabhängige Grundrechte par excellence“.¹³²² Sie bedürfen der gesetzgeberischen Ausgestaltung.¹³²³ Das BVerfG verweist darauf, „daß die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs nach wie vor den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen bleiben muss“.¹³²⁴ Dies liegt daran, dass das Grundgesetz 1949 auf kodifizierte Prozessordnungen traf, die in Abwesenheit eines Grundrechtskatalogs im Kaiserreich den Freiheitsschutz im Prozess organisierten. Das Grundgesetz mag insoweit einen konzeptionellen Wandel vollzogen haben, der sich aber nicht in materiell-rechtlich weiterreichenden Verbürgungen niederschlagen muss.¹³²⁵ Das BVerfG hat deshalb festgehalten, dass der Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG „in aller Regel von dem vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts“¹³²⁶ ausgeht. Die Prozessordnungen geben Inhalt und Schranken der Äußerungsrechte vor.¹³²⁷ Bedeutung erlangt der grundrechtliche Schutz, wenn der Gesetzgeber im Prozessrecht Mindeststandards nicht vorgesehen hat.¹³²⁸ Dann können aus den Grundrechten direkt Leistungsansprüche folgen.¹³²⁹ Sollte das einfache Recht den anwaltlichen Beistand ausschließen, kann dieser direkt aus dem Grundrecht abgeleitet werden.¹³³⁰ Die Normprägung ist also eine graduelle bei den Prozessgrundrechten, unzweifelhaft jedoch sehr stark ausgeprägt, da sie sich im rechtlich geordneten Verfahren verwirklichen.

¹³²¹ Grundrechtliche Gewährleistungen, deren Schutzgegenstände auf Rechtsmacht gründen, werden dann auch von *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 41 f. als typischer Fall der Ausgestaltung begriffen.

¹³²² *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 29.

¹³²³ Vgl. *K. Graßhoff*, Rechtliches Gehör, in: HdB GR V, § 133 Rn. 22; hierin mag man wie *Deubner*, NJW 1980, 1945 (1945 f.) und *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (605) eine defizitäre Grundrechtsstruktur sehen; zumindest für Art. 19 Abs. 4 GG kann man auch von einem an sich unbegrenzten Leistungsgrundrecht ausgehen (vgl. BVerfGE 101, 106 [124] – in camera); ausführlich *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 443 ff.; *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S. 170 bezeichnet die Prozessordnungen als „Ausführungsgesetze der verfassungsrechtlichen Gerichtsschutzgarantie“.

¹³²⁴ Statt vieler älterer Entscheidungen BVerfGE 18, 399 (405).

¹³²⁵ In diese Richtung auch *Schmidt-Aßmann*, DÖV 1987, 1029 (1035).

¹³²⁶ BVerfGE 9, 89 (95 f.); weitestgehend auch BVerfGE 17, 356 (361); BVerfGE 18, 399 (405); vgl. BVerfGE 55, 72 (94) – Präklusion I.

¹³²⁷ *Kopp*, AöR 106 (1981), 604 (614).

¹³²⁸ BVerfGE 6, 12 (14); BVerfGE 7, 95 (98); BVerfGE 8, 248 (255); BVerfGE 9, 89 (96).

¹³²⁹ *Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: HdB GR II, § 43 Rn. 85; *Lerche*, ZZP 78 (1965), 1 (14) sieht die Gefahr, dass den Prozessgrundrechten eine umfassende Verfahrensgerechtigkeit entnommen wird.

¹³³⁰ S. nur BVerfGE 94, 166 (206) – Flughafenverfahren.

cc) Tätigwerden im Rechtsverkehr

Rat erteilen in wirtschaftlicher, medizinischer, religiöser oder spiritueller Hinsicht und sich als Interessenvertreter Dritter zu gerieren setzt nicht voraus, dass es eine Rechtsordnung gibt. Gäbe es keine Gesetze, dann wären diese Tätigkeiten noch immer vorstellbar und würden noch immer auf das Interesse des Publikums stoßen, wenn denjenigen, die sie ausüben, besondere Qualitäten zugesprochen werden, etwa aufgrund eigenen Erfolges, besonderer Lebenserfahrung oder der unterstellten Verbindung zu den Göttern. Die Berufsfreiheit würde hierfür keiner Ausgestaltung bedürfen. Auf den Rechtsanwalt bezogen bedeutet eine solche Perspektive jedoch, den Rat und die Interessenwahrnehmung nur als tatsächliches Geschehen zu erfassen.¹³³¹ Die Aufgabe des Rechtsanwalts ist gerade eine hiervon verschiedene: § 3 Abs. 1 BRAO beschreibt ihn als (unabhängigen und berufenen) Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Er nimmt die Interessen seines Mandanten gerade im *Rechtsverkehr*¹³³² wahr, ohne dass es darauf ankommt, ob er ausschließlich beratend oder forensisch tätig wird. Tätigkeiten durch den Rechtsanwalt, bei denen es nicht um Rechtsangelegenheiten geht, sind keine anwaltlichen Tätigkeiten.¹³³³ Die rechtliche Interessenwahrnehmung umfasst zwar auch die Wahrnehmung von wirtschaftlichen Interessen, doch darf die dem Rechtsanwalt zugewiesene Aufgabe, rechtlich zu beraten, nicht völlig überlagert werden.¹³³⁴ Eine von der rechtlichen Beistandspflicht verschiedene Tätigkeit muss zu dieser einen inneren Zusammenhang aufweisen.¹³³⁵ Die anwaltliche Tätigkeit ist also davon abhängig, dass der Gesetzgeber eine Rechtsordnung schafft, die dem Einzelnen Positionen zuweist, die mit denen von seinen Mitmenschen oder der Allgemeinheit in Konflikt geraten zu können und zu deren Durchsetzung er den Rechtsanwalt hinzuzieht. Der Gesetzgeber ist also nicht nur gefordert, bestimmte Teilaspekte der anwaltlichen Berufsfreiheit zu regeln, sondern ohne sein Tätigwerden kann anwaltliche Freiheit nicht erfolgen. Dem Beruf des Rechtsanwalts liegt kein natürlicher Freiheitsgebrauch voraus, an den das einfache Recht nur darüberhinausgehende Rechtsfolgen knüpft, denn der Rat ist vom Rechtsrat qualitativ verschieden: Die spezifische Berufsfreiheit des Rechtsanwalts setzt also stets ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraus.

¹³³¹ BVerfGE 50, 290 (354) – Mitbestimmung, wo das BVerfG ausführt, dass die Vereinigungsfreiheit „in mehr oder minder großem Umfang“ rechtlicher Regelung bedarf, da es tatsächlich bereits frei gebildete Vereinigungen geben kann; vgl. *Herzog*, in: FS Zeidler II, S. 1418 im Rahmen der Auseinandersetzung mit Art. 14 Abs. 1 GG zu tatsächlicher Sachherrschaft, die keine einfachrechtlichen Vorschriften voraussetzt und der rechtlichen Anerkennung als vermögenswertes Recht, was eine Intervention des Gesetzgebers voraussetzt.

¹³³² Für den Rechtsanwalt ist der Befund bei *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 31, wonach die Berufsausübung nur „weitgehend in rechtlich geprägten Beziehungen erfolgt“, zu vorsichtig.

¹³³³ *Busse*, in: Henssler/Prütting, § 3 BRAO Rn. 12.

¹³³⁴ *Brüggemann*, in: Weyland, § 3 BRAO Rn. 4.

¹³³⁵ *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 11.

c) Bedarf für eine Konkretisierung

Die Konkretisierung dient nicht dazu, das grundrechtliche Schutzgut selbst herauszuarbeiten, sondern dessen realen Schutz zu bewerkstelligen. Hierzu gehören dann auch Organisations- und Verfahrensvorschriften. Bei der anwaltlichen Berufsfreiheit betreffen solche etwa die Existenz, die Aufgaben und Befugnisse der anwaltlichen Selbstverwaltung genauso wie die Aufsicht über sie und ihre gerichtliche Kontrolle durch die Anwaltsgerichtsbarkeit. Die Normen des anwaltlichen Gesellschaftsrechts kann man zum einen der teilweisen Rechtsprägung des Art. 9 Abs. 1 GG¹³³⁶ zuordnen, aber auch der Schutzpflicht der anwaltlichen Berufsfreiheit gegenüber Dritten, die nicht an die Grundrechte gebunden sind. Die objektiven Leistungspflichten erfüllt der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung der Vergütungsregeln.¹³³⁷

II. Abgrenzung einer Ausgestaltung und eines Eingriffs in die anwaltliche Berufsfreiheit

Sowohl ein verfassungswidriges eingreifendes wie auch ein verfassungswidriges ausgestaltendes Gesetz sind zu beseitigen.¹³³⁸ Allerdings schlägt eine verfassungswidrige Ausgestaltung nicht in einen Eingriff um.¹³³⁹ Denn so würde die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes und kein materielles – an den Inhalt anknüpfendes – Kriterium über seine Kategorisierung entscheiden.¹³⁴⁰ Nachdem die Kriterien für eine Abgrenzung zwischen ausgestaltenden und eingreifenden Gesetzen bewertet werden (dazu unter 1.), werden berufsrechtliche Themen und „Herausforderungen“ einer der Kategorien zugeordnet (dazu unter 2.).

1. Identifizierung tauglicher Kriterien zur Abgrenzung

Weder die eintretende Belastung noch das zeitliche Moment vermag eine Abgrenzung zwischen einem ausgestaltenden und einem eingreifenden Gesetz zu leisten (dazu unter a)). Als einzig taugliches Kriterium stellt sich eine Differenzierung nach den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken dar (dazu unter b)).

¹³³⁶ Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 176 f.; BVerfGE 84, 372 (378) – Lohnsteuerhilfeverein; differenziert Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 396 ff.; s. auch Burgi, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 50 zur von Art. 12 GG geschützten Organisationsfreiheit, die durch einfachgesetzliche Strukturen vorgeprägt sei.

¹³³⁷ Vgl. auch Heitzer/Kaufhold, Staat 60 (2021), 353 (355), die Vergütungsregeln nicht nur als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe betrachten, sondern sie als Ausführung grundrechtlicher und sozialstaatlicher Schutzpflichten sehen.

¹³³⁸ Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 105; Hoffmann-Riem, in: FS H. P. Ipsen, S. 389.

¹³³⁹ Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 105 f.; Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 364 ff.; Ruck, AöR 117 (1992); 543 (550); anders Bethge, VVDStRL 57 (1998), 7 (30) zur Eigentumsfreiheit.

¹³⁴⁰ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 101 f., dort auch mit Kritik daran, dass bei der Rundfunkfreiheit eine fehlgeschlagene Ausgestaltung wegen der zwingenden Allgemeinheit des Gesetzes nicht zu rechtfertigen ist.

a) *Verworfenene Kriterien*

Schwere: Ein taugliches Kriterium zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff kann nicht die Nachteilhaftigkeit für den Grundrechtsträger sein.¹³⁴¹ Die Ausgestaltung ist nicht auf freiheitlich „irrelevante“¹³⁴² Sachgebiete – bspw. den Nachweis von berufsrechtlichen Kenntnissen (§ 43 f. BRAO) – beschränkt. Schwer empfundene Nachteile führen nicht zum Eingriff und zur Mobilisierung des Abwehrrechts aus sich heraus.¹³⁴³ Es soll nicht verkannt werden, dass der Gesetzgeber damit empfindliche Nachteile zufügen darf und ansonsten die Schwere und Wirkung der Belastung – außerhalb der Abgrenzung Eingriff/Ausgestaltung – bei der Bestimmung der Frage, ob ein Eingriff oder ein Nichteingriff vorliegt, durchaus von Bedeutung ist.¹³⁴⁴ Der Grund, weshalb dies jedoch außen vor bleiben muss, ist die Bedeutung der Sachbereichsgarantie als Schutz eines Lebenssachverhaltes, also der freien Berufsausübung von Rechtsanwälten insgesamt. Die schwere Belastung des Einen kann das Grundrecht also gleichwohl in anderer Intensität berühren.¹³⁴⁵ Der Gesetzgeber darf also bei der Ausgestaltung die individuellen Handlungsmöglichkeiten berühren, ohne dass er einen Eingriff in die grundrechtliche Substanz vornimmt. Dies ist auch deshalb überzeugend, weil rechtskreiserweiternde Ausgestaltungen sich bei Dritten als belastende Wirkung einstellen können.¹³⁴⁶ Hypothetische Beispiele zeigen dies: So wäre eine massive Deregulierung des anwaltlichen Berufsrechts aus Sicht eines Rechtsanwalts eine Erweiterung seines Rechtskreises, für übrige Rechtsdienstleister würde dies jedoch nachteilige Wirkungen haben, weil ihnen Geschäftsmodelle, die bislang ihnen nur aufgrund ihres geringeren Regulierungsniveaus exklusiv möglich waren, wegbrechen könnten. Die Lockerung von Qualifikationsvorschriften zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen ermöglicht mehr Menschen diese zu erbringen, allerdings (so jedenfalls die in Deutschland verbreitete Annahme) mit nachteiligen Folgen für die Dienstleistungsempfänger dieser Rechtsdienstleister.

Umgestaltung: Man kann auch überlegen, ob die erstmalige Einrichtung eines Grundrechts, bspw. durch eine Rundfunkordnung oder eine anwaltliche Berufsordnung, den Maßstäben der Ausgestaltung unterliegt und jede Änderung die-

¹³⁴¹ *Lerche*, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, in: HdB StR V, § 121 Rn. 7 („Jeder Vorgang, der zur Entfaltung oder Ausformung der Grundrechte [...] beiträgt, zieht Grenzen.“); *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 9, 44; s. auch *Ladeur*, AöR 131 (2006), 647 (653 f.).

¹³⁴² *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 106.

¹³⁴³ Anders wohl *Hillgruber*, Schutzbereich, Ausgestaltung und Eingriff, in: HdB StR IX, § 200 Rn. 65, der keine Unterscheidung zwischen ausgestaltenden und eingreifenden Gesetzen anerkennt und jede „Regulierung im Schutzbereich“ für freiheitsbeschränkend erachtet. Damit wäre die Ausgestaltung also nur auf neutrale Regelungen beschränkt.

¹³⁴⁴ *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (40); hierauf weist *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 107 f. hin.

¹³⁴⁵ *Jarass*, Gutachten zum 56. DJT, G26 Rn. 33.

¹³⁴⁶ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 104.

ser einfachgesetzlichen Rechtspositionen als Eingriff zu bewerten sei,¹³⁴⁷ so dass das Abwehrrecht hiergegen Schutz gewährt. Angedacht wird dies jedenfalls dann, wenn sich die Rechtsposition in der Hand des Grundrechtsträgers verfestigt habe und dieser sein Vertrauen betätigt habe.¹³⁴⁸ Dagegen spricht, dass hierdurch der Ausgestaltung ein großer Anwendungsbereich entzogen wird: Hat nicht der Reichsgesetzgeber 1878 die anwaltliche Berufsordnung eingerichtet oder 1959 der Bundesgesetzgeber durch den Erlass der BRAO? Oder ist nur auf ein konkretes Institut abzustellen, bspw. das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare oder auch auf das anwaltliche Gesellschaftsrecht als solches, bzw. spezifischer auf die erstmalige Eröffnung einer bestimmten Rechtsform für anwaltliche Gesellschaften? Zudem stellt sich hinsichtlich bestehender Berufsträger die Änderung dann als Eingriff dar, für künftigen Freiheitsgebrauch ist sie aber denklogisch eine Ausgestaltung.¹³⁴⁹ Das BVerfG hat dann auch in BVerfGE 118, 1 die nachträgliche Einziehung einer Kappungsgrenze im RVG nicht wegen einer Beseitigung bestehender Rechte als Eingriff gewertet. Dass die Entscheidung zum Erfolgshonorar von einem Eingriff in die Berufsfreiheit durch das Verbot ausgeht, lag nicht daran, dass der Gesetzgeber die bestehende (richterrechtliche) Rechtslage verschärfte, sondern dass er grundrechtsdogmatisch anders argumentierte als wenig später in BVerfGE 118, 1.

b) Taugliches Kriterium

Im Ergebnis muss es darum gehen, dass Gesetze als Ausgestaltungsgesetze zu qualifizieren sind, wenn sie „leitbildgerechte“ Zustände herstellen.¹³⁵⁰ Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber dann ausgestaltet, wenn er das Normziel verwirklicht. Für die dienende Rundfunkfreiheit ist es die Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit des Rezipienten, die eine bestimmte mediale Vermittlung von Informationen verlangt. Kommunikative Vielfalt und kommunikative Chancengleichheit sicherzustellen, setzt die Errichtung einer positiven Ordnung und damit eine Ausgestaltung voraus. Auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG differenziert das Gericht (wenn auch ohne voll ausgebildetes dogmatisches Konzept wie bei der Rundfunkfreiheit) bei der Kontrolle danach, ob ein Gesetz „innerhalb des Grundrechts“ verschiedene Dimensionen des effektiven Rechtsschutzes einander zuordnet (bspw. die Justizgrundrechte und die effektive Rechtspflege), um das Normziel zu optimieren oder ob der Gesetzgeber rechtsschutzfremde Ziele verfolgt.¹³⁵¹ Aus den ob-

¹³⁴⁷ Ruck, AöR 117 (1992); 543 (550 f.), die dann aber Art. 5 Abs. 2 GG für nicht anwendbar hält.

¹³⁴⁸ Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 429 ff.; kritisch Ladeur, AöR 131 (2006), 647 (655).

¹³⁴⁹ Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 104; Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 105 ff. will daher eine solche Umgestaltung an beidem messen, wobei sich der Schutz des Bestandsrechts durch Übergangsvorschriften verwirkliche.

¹³⁵⁰ Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 122, 182; die Aussagekraft des Sonderrechtskriteriums bezweifelnd Cornils, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 111 ff.

¹³⁵¹ Hierzu und im Folgenden Cornils, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 460, 475 ff.

jektiven Gehalten, insbesondere aus der dienenden Freiheit, folgt eine Pflicht des Gesetzgebers, eine bestimmte Ordnung – sei es für den Rundfunk, sei es für die anwaltliche Berufsfreiheit – zu errichten. Kommt er diesem Gesetzgebungsauftrag zur Herstellung des grundrechtlich gewünschten Zustands nach, befindet er sich im Bereich der Ausgestaltung.¹³⁵² Verfolgt er andere Allgemeinwohlbelange, muss er die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffes darlegen. Damit kommt dem Ziel des Gesetzes maßgebliche Bedeutung zu.¹³⁵³ Differenziert wird also danach, ob es sich um Sonderrecht handelt oder der Gesetzgeber von außen externe Allgemeinwohlinteressen an das Grundrecht heranträgt. Beides kann potentiell für das Grundrecht gefährlich sein: Allgemeinwohlinteressen können sehr weitgehende grundrechtliche Eingriffe legitimieren, während die Ausgestaltung gerade auf den Grundrechtsgehalt selbst zugreift und ihn gestaltet. Bei der Rundfunkfreiheit wird dies besonders deutlich: Ausgestaltende Gesetze haben, weil sie nicht „allgemeine Gesetze“ (Art. 5 Abs. 2 GG) sind, keine „Überlebenschance“ als Eingriff.¹³⁵⁴ Die Ausgestaltung ermöglicht dem Gesetzgeber also den Zugriff auf ihm ansonsten verschlossene Materien.¹³⁵⁵ Für die Berufsfreiheit stellt sich dieses Problem aufgrund des Regelungsvorbehaltes in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nicht in gleicher Weise, denn ein Eingriff soll jedenfalls gerade dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber eine subjektiv berufsregelnde Tendenz verfolgt, es ihm also gerade um die Auswirkungen auf den Beruf geht. Die Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff bei der anwaltlichen Berufsfreiheit muss also nicht, um politisch als opportun bewertete Gesetze zu retten, auf Biegen und Brechen zur Ausgestaltung gelangen. Sieht man aber „anwaltliches Sonderrecht“ von der Ausgestaltung umfasst, muss man sich klarmachen, welche Interessen durch die Ausgestaltung gefördert werden sollen und wie man damit umgehen will, dass der Gesetzgeber durchaus auch verschiedene Ziele verfolgen kann. Die dienende Berufsfreiheit zielt auf die Prozessgrundrechte des Mandanten und eine Rechtspflege, die sich den Grund-

¹³⁵² Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 282.

¹³⁵³ Wie genau der Normzweck des Gesetzes zu bestimmen ist, ist Gegenstand eines vielfach nacherzählten Streits zwischen Anhängern einer subjektiven, auf den Willen des Gesetzgebers im Erlasszeitpunkt abstellenden, und einer objektiven Theorie. Versteht man die objektive Theorie sehr weit, dann kommt es nur auf den eigenen Willen des Gesetzes selbst an; dieser ist losgelöst vom Willen seines Urhebers. Allerdings kann eine Norm keinen Willen haben: Entweder geht es um den Willen, den der Autor hatte, oder um den des Interpreten. Auch das Demokratieprinzip steht aufgrund der Machtverschiebung hin zum Richter (durch die Lockerung der Gesetzesbindung) einer reinen objektiven Theorie entgegen. Auf der anderen Seite wird der Gesetzgeber, weil dies der Funktion von Gesetzgebung entspricht, kein Gesetz gewollt haben, das die Herausforderungen der Zeit nicht mehr bewältigen kann. Daher bietet sich ein zeitlich ausdifferenzierter Maßstab. Je weiter der Erlasszeitpunkt zurückliegt, umso mehr können objektive Elemente herangezogen werden, um das Normziel zu bestimmen (vgl. hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 796 ff.); zur Bedeutung der Gesetzgebungsmaterialien in diesem Zusammenhang schon Sondervotum *Voßkuhle/di Fabio/Osterloh*, BVerfGE 122, 248 (284 ff.) – Rügeverkümmern; nunmehr als Senatsauffassung BVerfGE 133, 168 (205) – Verständigungsgesetz.

¹³⁵⁴ Anders womöglich v. *Lewinski*, Medienrecht, § 10 Rn. 51.

¹³⁵⁵ *Cornils*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, S. 108.

rechten des Einzelnen verschreibt. Sie ist ein Gemeinschaftswert.¹³⁵⁶ Ausgestaltung sind jene Gesetze, die die anwaltliche Berufsausübung als unabhängiger und berufener Interessenvertreter und unabhängiges Organ der Rechtspflege sicherstellen und sie fördern (vgl. §§ 1, 3 BRAO). Grundrechtspositionen des Mandanten und die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts sind damit keine Grundrechtskollision,¹³⁵⁷ deren Auflösung im Wege praktischer Konkordanz geschieht, sondern grundrechtliche Positionen des Mandanten „durchdringen und [...] begrenzen“¹³⁵⁸ vielmehr die Berufsfreiheit. Diese „Durchdringung und Begrenzung“ ist das typische der dienenden Freiheit und sie nachzuzeichnen ist Ziel der vom Gesetzgeber zu schaffenden „positiven Ordnung“.

2. Zuordnung von berufsrechtlichen Themenkomplexen zur Ausgestaltung und zum Eingriff

Damit ist das Berufsrecht i. e. S. weitestgehend der Ausgestaltung der dienenden Berufsfreiheit zuzuweisen. Das Berufsrecht i. w. S. greift von außen in den Gewährleistungsinhalt ein.

Ausgestaltung: Wie im französischen Verfassungsrecht ist also die Anordnung von Berufspflichten regelmäßig kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, sondern vielmehr eine Ausgestaltung, die das Grundrecht in seiner dienenden Funktion fördert und den Grundrechtsgebrauch im Sinne dieser Funktion ermöglicht. Dies bezieht sich vor allem auf Pflichten, die Voraussetzung für die Interessenvertretung des Mandanten sind. Wenn der Gesetzgeber die Pflicht des Anwalts zur Verschwiegenheit festlegt, dann ist die Perspektive des BVerfG¹³⁵⁹ völlig richtig, wenn es von einer „unverzichtbare[n] Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung“ spricht, die „teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG“ nimmt. Ihre Anordnung gestaltet also das Grundrecht aus, ohne sie gibt es keine anwaltliche Berufsfreiheit.¹³⁶⁰ Der Gesetzgeber baut die Grundrechtssubstanz auf, anstatt sie zu beschneiden. Diese Aussagen gelten jedoch nicht nur für die anwaltliche Pflicht zur Verschwiegenheit, sondern für weitere Berufspflichten (vgl. § 43a Abs. 3, 4 BRAO), so dass die h. M., die hierin Grundrechtseingriffe erblicken möchte, aufgegeben werden sollte. Auf die Vorschriften über die anwaltliche Werbung (§§ 43b BRAO, 6 BORA) ist noch einzugehen.¹³⁶¹ Eine Ausnahme unter den Grundpflichten ist allerdings der dort verortete § 43d BRAO. Die Vorschrift verfolgt mit dem allgemeinen, nicht mandantenbezogenen Verbraucherschutz einen Zweck, der über Kreuz liegt mit dem Bild dienen-

¹³⁵⁶ Ausdrücklich *Kämmerer*, DStR-Beih 2019, 47 (49), der diesen Begriff dem des Gemeinschaftsguts vorzieht, weil er keine Zuordnung vornimmt.

¹³⁵⁷ So aber *Ch. Wolf*, in: FS Schneider, S. 419 f.

¹³⁵⁸ Für die Rundfunkfreiheit so die Formulierung bei *Burmeister*, in: EMR-Dialog, S. 56.

¹³⁵⁹ BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

¹³⁶⁰ Allgemein so für Berufsbilder und Marktbedingungen *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 9; für „Spielregeln“ *H. H. Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HdB StR I, § 28 Rn. 26, 43.

¹³⁶¹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 3, S. 452 ff.

der Freiheit. Die „Systemwidrigkeit einer drittschützenden Berufspflicht“¹³⁶² führt zur Annahme eines Eingriffes. Damit ist die Verfassungswidrigkeit nicht präjudiziert, weil bei der Berufsfreiheit, anders als bei der Rundfunkfreiheit, die Schranke keine zweckbezogenen Einschränkungen (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG) kennt.¹³⁶³ Die Vergütungsvorschriften gestalten die Leistungspflicht aus der dienenden Freiheit aus. Das anwaltliche Gesellschaftsrecht gestaltet die Schutzpflicht aus.

Eingriff: Objektive Zugangsbeschränkungen zur Anwaltsprofession wären ein Eingriff, der mit dem Abwehrrecht des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG bekämpft werden kann. Für subjektive Berufszugangsregelungen gilt dies nicht, solange diese den Schutz des Rechtsuchenden und der Rechtspflege bezwecken. Dies gilt auch für die gesetzliche Festlegung von Zulassungsversagungs- oder Zulassungsaufhebungsgründen. Ihre fehlerhafte Handhabung durch die Rechtsanwaltskammer stellt jedoch einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Staatliches Eindringen in die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses stellt sich nach dem obigen Maßstab als Eingriff in die anwaltliche Berufsfreiheit dar, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Dies hebt Vorschriften zur Geldwäschebekämpfung, zur Steuervermeidung und -flucht sowie zur Registrierung als Lobbyist als „gefährliche Vorschriften“ aus der Masse der Gesetze heraus, die die anwaltliche Berufsausübung tangieren. Der Gesetzgeber verfolgt externe, außerhalb der dienenden Freiheit liegende rechtsstaatliche Allgemeinwohlziele und versucht seine Schutzpflichten zugunsten potentieller Opfer künftiger Straftaten zu erfüllen.¹³⁶⁴ Damit fördert er nicht die grundgesetzliche Funktion. Er ist verfassungsrechtlich nicht schlechthin daran gehindert, die Anforderungen sind jedoch besonders streng, da es zu einer Durchbrechung des Berufsbildes kommt: Der Gesetzgeber, indem er auf die dienende Berufsfreiheit zugreift, beeinträchtigt nicht nur die Berufsausübung des Anwalts, sondern auch die verfassungsrechtlichen Positionen des Mandanten. Er legt – umso mehr, als sich Meldepflichten auf legales Verhalten beziehen (vgl. § 43 Abs. 6 GwG; §§ 138d, 138e, 138f AO) – die Axt an den grundrechtlich und rechtsstaatlich geforderten Zusammenhang zwischen Berufsausübung und Beistand, weil er legitime Interessen des Mandanten und legitime erwerbswirtschaftliche Interessen des Rechtsberaters vollständig negiert. Als eine Art Kombinationsgrundrecht ist die dienende Berufsfreiheit in diesen Konstellationen eine für den Gesetzgeber nicht zu überspringende Hürde.¹³⁶⁵

¹³⁶² Zutreffend so *Deckenbrock*, ZRP 2020, 173 (174).

¹³⁶³ „Sehr kritisch“ im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift aber *Kleine-Cosack*, § 43d BRAO Rn. 2.

¹³⁶⁴ Vgl. so auch *Kämmerer*, DSStR 2020, 2890 (2892, 2894).

¹³⁶⁵ I. E. so nun auch EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – Orde van Vlaamse Balies u. a. – Die von deutschen Notaren erhobene Rechtsatzverfassungsbeschwerde gegen geldwäscherechtliche Vorschriften wahrte hingegen nicht die Subsidiarität (BVerfG-K, Beschl. v. 9.11.2022 – 1 BvR 161/21).

III. Gesetzgeberisches Ermessen bei der Ausgestaltung

Wenn die anwaltliche Berufsfreiheit der Ausgestaltung bedarf, ist die Frage nach den Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens¹³⁶⁶ von besonderer Bedeutung. Das Gesetzgebungsermessen will so viel Verfassungsbindung wie nötig bei so viel Gestaltungsfreiheit wie möglich realisieren.¹³⁶⁷

1. Objektive Grundrechtsgehalte und Ermessen des Gesetzgebers

Das Verständnis der Grundrechte als Werte und infolgedessen die Entwicklung der objektiven Gehalte hat von Beginn an die Frage aufgeworfen, welchen Spielraum der Gesetzgeber bei der Realisierung dieser Werte haben soll und wie diese Grenzen einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen sein sollen, ohne „legislative politisch-agierende Gestaltungsfreiheit zum bloßen Verfassungsvollzug [...] zu degenerieren.“¹³⁶⁸ Schon früh als eine der „Hauptaufgaben der Rechtsprechung in den nächsten Jahrzehnten“¹³⁶⁹ bezeichnet, ist sie weiterhin Ausdruck von Unsicherheit. Insbesondere *Böckenförde* hat der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik hin zu den objektiven Gehalten die Gefahr bescheinigt, den parlamentarischen Gesetzgeber auf Kosten des Verfassungsgerichts zu entthronen. Sein Plädoyer für ein liberales Grundrechtsverständnis ist deshalb vor allem eines, das kompetenzielle Besorgnis ausdrückt und dem Gesetzgeber wieder mehr Handlungsspielraum verschaffen soll.¹³⁷⁰ Allerdings eröffnen die objektiven Grundrechtsgehalte bei genauer Betrachtung vielmehr Handlungsspielraum für den Gesetzgeber, denn dem Abwehrrecht stehen hierdurch ins Werk zu setzende Schutz- und Leistungspflichten gegenüber.¹³⁷¹ Das Beispiel der dienenden anwaltlichen Berufsfreiheit zeigt dies. Das rein negatorische Verständnis des Art. 12 Abs. 1 GG im berufsrechtlichen Kontext hat nicht verhindert, dass das BVerfG als Ersatzgesetzgeber fungiert und diese Materie über die Hebel des Gesetzesvorbehaltes und des Übermaßverbotes prägt wie kein anderer Akteur, gerade auch auf Kosten der Beurteilungen des Gesetzgebers.¹³⁷² Eine dienende Berufsfreiheit stellt weitere grundrechtliche Determinanten – Schutzpflichten für die Justizgrundrechte des Mandanten, rechtsstaat-

¹³⁶⁶ Die Arbeit verwendet den Begriff des gesetzgeberischen Ermessens und nicht den der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit (zu dessen fehlender Eignung *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 257 ff.). Damit soll keine starre Übertragung administrativer Konzepte auf die Tätigkeit des Gesetzgebers verbunden sein.

¹³⁶⁷ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 1083.

¹³⁶⁸ *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 275.

¹³⁶⁹ Eindringlich Sondervotum *Rupp-v.Brünneck/Simon*, BVerfGE 39, 1, 68 (70) – Schwangerschaftsabbruch.

¹³⁷⁰ *Böckenförde*, Staat 29 (1990), 1 (24 ff.) spricht prägend vom „Jurisdiktionsstaat“.

¹³⁷¹ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 389; anders *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 275.

¹³⁷² Diese Kritik wird etwa adressiert bei *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1483); *Glinde-mann*, AnwBl. 2014, 214 (217) in Bezug auf das anwaltliche Gesellschaftsrecht; auch *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (293 f.); allgemein *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S. 146 f. aufgrund der „Dichte der grundrechtlichen Abwehrdimension“.

liche Direktiven und Leistungspflichten – zur Verfügung, die der Gesetzgeber dem Abwehrrecht gegenüberstellen und mit diesem abwägen muss. Da ihre Zuordnung nie nur auf eine Weise denkbar ist und inhaltliche Widersprüche aus verschiedenen Prinzipien der Auflösung bedürfen, stärkt sich die Stellung des Gesetzgebers. *Meßerschmidt* hat dies mit dem Bild vom Paradox der gesetzgeberischen Freiheit durch „Bindungskumulation“ bezeichnet.¹³⁷³

2. Rationalitätsgebot als negative Grenze des gesetzgeberischen Ermessens

Das gesetzgeberische Ermessen unterscheidet sich grundlegend vom Ermessen der Verwaltung. Beiden Erscheinungsformen ist aber gemein, dass dem Ermessensbegriff ein wertgebundener Rationalitätsstandard entnommen werden kann. Ob ein Gesetz verfassungskonform ist, stellt keine ausschließliche Frage der Auslegung der Verfassungsvorschrift dar, sondern es geht auch um die Beachtung metajuristischer Entscheidungsregeln. Ermessensfehler hängen dann auch oftmals nicht von der Auslegung einer spezifischen Norm ab, sondern davon, ob der Akteur von den richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.¹³⁷⁴ Deshalb steht der Gesetzgeber nicht einfach vor der „Wahl“ ein verfassungsgemäßes oder verfassungswidriges Gesetz zu erlassen. Administratives und legislatorisches Ermessen teilen also den gleichen Kern – das Gebot rationaler Entscheidungen. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass der Gesetzgeber nicht durch weitere normative Vorgaben determiniert wird. Die Grenzen seines Ermessens sind deutlich weniger streng gesetzt als bei der gesetzessvollziehenden Verwaltung. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Gesetzgeber auch zu irrationalen Entscheidungen ermächtigt wäre.¹³⁷⁵ Das an den Gesetzgeber gerichtete Rationalitätsgebot ist aber aus demokratiegrundsätzlichen Erwägungen (nur) ein Mindeststandard.¹³⁷⁶ Damit das Gesetz seine Steuerungswirkung entfalten kann, darf der Gesetzgeber nicht von offenkundig falschen Voraussetzungen ausgehen und das Gesetz darf nicht offenkundig untauglich sein, dem gesetzten Zweck zu dienen.¹³⁷⁷ Der Gesetzgeber muss, weil Gesetzgebung die vorgefundene soziale Wirklichkeit¹³⁷⁸ gestalten will, diese aber erst einmal erfassen. Nach richtiger Auffassung ist das Gebot der Sachgerechtigkeit (oder in anderen Worten das Gebot der Folgerichtigkeit) auf alle Grundrechte, nicht nur den Gleichheitssatz, anwendbar.¹³⁷⁹ Jede Materie zeich-

¹³⁷³ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 28 ff.; früh schon *Lerche*, AöR 90 (1965), 341 (347 f.).

¹³⁷⁴ Hierzu und im Folgenden *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 306 f.

¹³⁷⁵ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 808 ff.

¹³⁷⁶ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 815; ausführlich *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 73 ff., S. 101 ff.

¹³⁷⁷ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 799.

¹³⁷⁸ BVerfGE 125, 39 (96) – Berliner Adventssonntage.

¹³⁷⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., IV., 1., b), bb), S. 433; *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 189 f.; *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 350; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung, HdB GR III, § 61 Rn. 49, *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 257; *Starke*, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 182.

net sich durch „die Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets“¹³⁸⁰ aus, sie hat eine Struktur und Ordnung und kennt ihre eigenen Wirkweisen, die es zu erfassen gilt und denen es Rechnung zu tragen gilt, wenn Gesetze die Materie betreffen. Dies bedeutet etwa im anwaltlichen Berufsrecht die geänderten Bedingungen für die Durchsetzungen von Rechtspositionen (im Zuge der Digitalisierung) wahrzunehmen. Der Gesetzgeber muss erkennen und darauf reagieren, dass es in bestimmten Rechtsgebieten zu einer „Disruption der in § 3 BRAO angelegten Vorreiterstellung anwaltlicher Akteure“¹³⁸¹ gekommen ist.

3. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

a) Allgemeines

Es bestehen mehrere Bezugspunkte für eine Pflicht des Gesetzgebers zur empirischen Untersuchung: Wie stellt sich der Lebenssachverhalt dar, den der Gesetzgeber regeln will? Was ist das angestrebte Ziel und welche Nebenfolgen werden auf dem Weg dorthin eintreten und wie wirken sich verschiedene Instrumente aus?¹³⁸² Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es, die gegenwärtigen Tatsachen festzustellen und ihre künftige Entwicklung – mit oder ohne den Erlass der im Raum stehenden Regelung – zu prognostizieren. Den Gesetzgeber treffen umfangreiche Pflichten zur Datenerhebung, Beobachtung und Anpassung der Regelung, denn das Verdikt der Verfassungswidrigkeit muss nicht im Erlasszeitpunkt bestehen, sondern kann im Laufe der Zeit eintreten, wenn sich der Realbereich verändert. Im Berufsrecht der reglementierten Professionen treffen den Gesetzgeber und die zur Normsetzung befugte Selbstverwaltung solche Pflichten nunmehr ausdrücklich auch kraft Unionsrechts, denn nach Art. 4 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie sind sie zu einer umfangreichen evidenzbasierten ex-ante-Prüfung sowie nach Abs. 6 auch zu einer nachwirkenden Kontrolle und Prüfung verpflichtet.¹³⁸³ Die Prognoseentscheidung ist strukturell mit Unsicherheiten belastet; dieses Risiko kann aber nicht dem Gesetzgeber zugewiesen werden, da dieser sonst sich stets mit provisorischen Regelungen begnügen würde, die seiner verfassungsrechtlichen Gestaltungsfunktion nicht entsprechen.¹³⁸⁴ Da der Gesetzgeber also das Risiko der Fehlerhaftigkeit seiner Prognose nicht tragen soll, muss die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte hierauf reagieren und das Verfassungsgericht sich einer eigenen Prognose enthalten.¹³⁸⁵ Dies gebietet die Funktions- bzw. Kompetenzordnung des Grundgesetzes.¹³⁸⁶ Eine andere Posi-

¹³⁸⁰ BVerfGE 103, 293 (307) – Urlaubsanrechnung.

¹³⁸¹ Umfassend *Skupin*, Rechtsdurchsetzende nichtanwaltliche Dienstleister, S. 43 ff., 49 f., 87 ff. (Zusammenfassung).

¹³⁸² *Steinbach*, Staat 54 (2015), 267 (269 f.).

¹³⁸³ Vgl. hierzu *Stephan*, DVBl. 2022, 820 (827 ff.).

¹³⁸⁴ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, S. 967; *Steinbach*, Staat 54 (2015), 267 (273).

¹³⁸⁵ *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 230; *Steinbach*, Staat 54 (2015), 267 (273).

¹³⁸⁶ *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 279 ff.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 135 ff.

tion kann womöglich mit der Feststellung einer größeren sachlichen und zeitlichen Distanz des BVerfG zur Materie (oder dem geringen „Problemdruck“) erklärt werden, der daher rühren soll, dass das BVerfG zeitlich und thematisch anderen Zwängen als der Gesetzgeber unterliegt.¹³⁸⁷ Denn anders als der Conseil Constitutionnel führt es ja keine a priori-Kontrolle des Gesetzes durch und ist thematisch weniger involviert. Dem BVerfG wird zwar eine rationalere und empirisch fundiertere Herangehensweise attestiert.¹³⁸⁸ Dies erscheint jedoch zweifelhaft. *Meßerschmidt*¹³⁸⁹ hat zurecht darauf hingewiesen, dass eine allgemeine überlegene Diagnose- und Prognosefähigkeit des BVerfG nicht begründbar ist, denn vom BVerfG werden regelmäßig nur die problematischen Gesetze überprüft, während zutreffend erfasste und ausgewogen gelöste Komplexe nicht angegriffen werden. Zudem sei in vielen Fällen zweifelhaft, ob die zum Entscheidungszeitpunkt überzeugenden Prognosen sich beim Blick in den Rückspiegel durchgehend als vollständig tragfähig erwiesen haben. Auch bei der Würdigung der ermittelten Tatsachen besteht also eine Einschätzungsprärogative,¹³⁹⁰ denn das Gericht kann diesen Vorgang aus eigener Anschauung, anders als die Ermittlung der Tatsachen, nicht nachvollziehen.¹³⁹¹ Das „Zusammenfügen zu einem Gesamturteil“,¹³⁹² also die Gewichtung und Zuordnung der Tatsachen kann nicht durch binäre Kategorien überprüft werden, denn für „Werte existiert keine nachweisbare Wahrheit“.¹³⁹³

b) Einschätzungsprärogative im Berufsrecht

Im Berufsrecht spielt insbesondere die Würdigung der Tatsachen eine große Rolle. Vielmals wird der Gesetzgeber sich sachverständig beraten lassen, um der Ermittlungspflicht nachzukommen. Empirische Befunde über den Gegenstand des anwaltlichen Berufsrechts werden dem Gesetzgeber regelmäßig durch das *Soldan Institut* zur Verfügung gestellt, so dass der Berufsrechtsgesetzgeber die Wirkung der Regelungen im Realbereich wahrnehmen kann und seine Änderungen hieran ausrichten kann. Auch Stellungnahmen der BRAK und des DAV wirken hierbei im Idealfall mit. Ob aber durch die Gestattung bestimmter Gesellschaftsformen oder Vergütungsmodelle eine Gefahr für die anwaltliche Unabhängigkeit begründet wird, ist eine Schlussfolgerung, die erst im Anschluss an die Tatsachenermittlung und nachdem man den Wert der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bestimmt hat, erfolgt. Die Judikatur des BVerfG zur Einschätzungsprärogative im Berufsrecht ist nicht konsistent. Prognoseentscheidungen zur Wirkung des Erfolgshonorarverbots wollte das Gericht erst dann zurückweisen, „wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derarti-

¹³⁸⁷ Vgl. *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S. 170.

¹³⁸⁸ *Philippi*, Tatsachenfeststellungen, S. 165.

¹³⁸⁹ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 944 f.

¹³⁹⁰ Statt vieler BVerfGE 121, 317 (350) – Rauchverbot in Gaststätten.

¹³⁹¹ *Lerche*, Übermaß und Verfassung, S. 344.

¹³⁹² *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 962 f.

¹³⁹³ *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S. 172.

ge Maßnahmen abgeben können.“¹³⁹⁴ Die Antragsteller begründeten ihre Position vor allem mit auf Indizien und Erfahrungen gestützte Ableitungen,¹³⁹⁵ u. a. dass bereits bestehende erfolgsabhängige Vergütungsformen nicht zu Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit geführt hätten und deshalb auch weiterreichende Formen als unbedenklich zu prognostizieren seien. Das Gericht wollte die gesetzgeberische Prognose nicht beanstanden: Das „Fehlen ausreichenden Erfahrungsmaterials und andererseits der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers“¹³⁹⁶ stünden dem entgegen. Denn bereits im Apotheken-Urteil hat das Gericht judiziert, dass selbstverständlich bei der „Prüfung die Erfahrungsgrundlagen, Erwägungen und Wertungen des Gesetzgebers für das Bundesverfassungsgericht stets von größter Bedeutung“ sind; „wo sie nicht entkräftet werden, dürfen sie die Vermutung der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen.“¹³⁹⁷ Zugleich will das Gericht sich „einen möglichst umfassenden Einblick in die durch das Gesetz zu ordnenden Lebensverhältnisse“¹³⁹⁸ verschaffen. Man kann also durchaus von einer Vermutung zugunsten des parlamentarischen Gesetzgebers sprechen.¹³⁹⁹ Grobe Fehlinterpretationen richtig ermittelter Tatsachen begründen gleichwohl zurecht den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit, denn Tatsachenfeststellung, Würdigung und Prognose lassen sich nicht vollkommen voneinander trennen.¹⁴⁰⁰ In anderen Entscheidungen hat das Gericht strengere Maßstäbe an die gesetzgeberische Prognose gestellt. Ob es bei der multiprofessionellen Zusammenarbeit¹⁴⁰¹ zu Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit kommt, war nach Auffassung der BRAK und des DAV nicht mit empirischen Befunden zu unterfüttern. Zurecht hat *Glinde-mann*¹⁴⁰² darauf hingewiesen, dass sich bei diesem Befund auch die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative hätte behaupten können. In seiner Entscheidung zur Singularzulassung am OLG beanstandet das BVerfG die Prognose des Gesetzgebers, weil „bereits nicht deutlich erkennbar [ist], dass der Gesetzgeber die Singularzulassung noch als ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verbesserung der Rechtspflege ansieht.“¹⁴⁰³ Der Prognose kommt also umso mehr Gewicht zu, je kohärenter sie ist. Nicht unproblematisch¹⁴⁰⁴ ist aber, dass das Gericht aus dem empirischen Befund eine eigene Prognose trifft. Denn in Gerichtsbezirken ohne Singularzulassung seien keine Missstände und Probleme aufgetreten, so dass die

¹³⁹⁴ BVerfGE 117, 163 (189) – Erfolgshonorar.

¹³⁹⁵ BVerfGE 117, 163 (191) – Erfolgshonorar.

¹³⁹⁶ BVerfGE 117, 163 (192) – Erfolgshonorar.

¹³⁹⁷ BVerfGE 7, 377 (412) – Apotheken.

¹³⁹⁸ BVerfGE 7, 377 (412) – Apotheken; instruktiv zu den diesbezüglichen Senatsberatungen *F. Michl*, JöR n. F. 68 (2020), 323 (347 ff.).

¹³⁹⁹ So früh *H.-P. Ipsen*, DVBl. 1956, 358 (361); i. E. so auch *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 261 f.

¹⁴⁰⁰ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsmessen, S. 962, 948 ff.

¹⁴⁰¹ BVerfGE 135, 90 – Sozierung mit Patentanwälten.

¹⁴⁰² *Glinde-mann*, AnwBl. 2014, 214 (217).

¹⁴⁰³ BVerfGE 103, 1 (13) – Singularzulassung OLG II; ähnlich jüngst BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 131 – Tierarztvorbehalt.

¹⁴⁰⁴ Sehr kritisch *Ahrens*, ZJP 115 (2002), 281 (293 f.).

Annahme des Gesetzgebers nicht tragfähig sei.¹⁴⁰⁵ In einer evolutiven Materie wie dem Berufsrecht kommt der Beobachtungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers eine echte Bedeutung zu. So muss sich der Gesetzgeber dazu verhalten, inwieweit er die wachsende Nachfrage nach Legal-Tech-Angeboten berücksichtigt. Dies kann, so die Auffassung *Kluths*, dazu führen, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, anwaltliche Vorbehaltsaufgaben für andere Rechtsdienstleister zu öffnen, wenn die fachliche Kompetenz sich jener der Anwälte angeglichen hat.¹⁴⁰⁶

4. Zwecksetzungsbefugnis

Im Regelfall von großer Bedeutung für die Bindung bzw. die Freiräume des Gesetzgebers ist seine Befugnis zur freien Zwecksetzung.¹⁴⁰⁷ Der Gesetzgeber darf im Regelfall selbst entscheiden, welchen Zweck oder zumeist welche Zwecke er mit seiner legislatorischen Tätigkeit verfolgt. Das Grundgesetz kennt nur wenige aus sich heraus illegitime Zwecke. Die Zwecksetzung unterliegt deshalb keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle, weil sie der politischen Entscheidung, die Wirklichkeit rechtlich zu formen, entspringt.¹⁴⁰⁸ Im Grundrechtsbereich bedeutet dies, dass die Formulierung von Gemeinwohlbelangen und die Abstimmung mehrerer Freiheitssphären dem Gesetzgeber einen ausgeprägten Ermessensspielraum einräumen.¹⁴⁰⁹ Die dienende Berufsfreiheit stellt dieses Prinzip teilweise zur Disposition.¹⁴¹⁰ Denn Ausgestaltungsgesetze sind gerade nur solche, die die Funktion der dienenden Freiheit durch die Schaffung einer Berufsrechtsordnung und eines Gerichtsverfassungsrechts absichern; verfolgt der Gesetzgeber andere Zwecke, muss er dies als Eingriff verfassungsrechtlich rechtfertigen können. Er ist zwar wieder frei(er) bei den Zwecken, die er mit einer Regelung verfolgt, muss sich dafür aber anderen, strengen Kautelen unterwerfen. Daran sieht man, dass die Bindung des Ausgestaltungsgesetzgebers¹⁴¹¹ bei der dienenden Berufsfreiheit nicht derart gelockert ist, dass man von einem Grundrecht nach Maßgabe des Gesetzes sprechen kann. Dem Gesetzgeber wird sein Ermessen bei der Zwecksetzung

¹⁴⁰⁵ BVerfGE 103, 1 (16) – Singularzulassung OLG II.

¹⁴⁰⁶ *Kluth*, GewArch. 2021, 302 (304).

¹⁴⁰⁷ Ausführlich *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 881 ff.; auch *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, S. 334 f.

¹⁴⁰⁸ BVerfGE 30, 250 (263) – Absicherungsgesetz; s. aber BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 85 ff. – Tierarztvorbehalt, wo der Erste Senat bei zwei Zwecken feststellte, dass es keine tragfähige Grundlage für diese gebe und schlussendlich auf einen „objektiv vernünftigen und sachlichen Zweck“, der „naheliegen“ dürfte, abstellte.

¹⁴⁰⁹ Ausführlich *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 891 ff.; kritisch *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 207, der die Zwecksetzungskompetenz nicht auf die Frage erstrecken will, welches Gewicht ein verfolgter Zweck aufweist.

¹⁴¹⁰ Anders für ein herkömmliches Verständnis der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts *Kerstges*, Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm, S. 112 f.

¹⁴¹¹ Zum Einschätzungsspielraum bei der Grundrechtsausgestaltung auch *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, S. 339 f. – Im vom *Raabe* entwickelten Modell kann es keinen Einschätzungsspielraum auf Tatbestandsebene geben; ein solcher besteht nicht bei der Frage, ob der Schutzbereich tangiert ist, aber bei der Frage in welcher Intensität, weil dies eine Frage der Rechtfertigung sei.

teilweise genommen, um dafür „Elastizität“ bei inhaltlichen Entscheidungen zu legitimieren.¹⁴¹² Bei der dienenden Freiheit nimmt das gesetzgeberische Ermessen also eine andere Gestalt an: Sie „ermöglicht eine zugleich enge und flexible Führung.“¹⁴¹³

IV. Maßstäbe für Ausgestaltungsbestimmungen

Auch dort wo das Grundrecht einen Spielraum zur Ausgestaltung zugunsten des einfachen Gesetzgebers anordnet, enthält das Grundrecht selbst weiterhin normative Steuerungskraft und der Gesetzgeber unterliegt nach Art. 1 Abs. 3 GG der Bindung an das Grundrecht.¹⁴¹⁴ Die anwaltlichen Grundrechte enthalten deshalb mehr als eine bloße Rahmengarantie, die dem Gesetzgeber nur die extremen Grenzen seines Zugriffs auf den Gewährleistungsinhalt aufzeigen würde.¹⁴¹⁵ „Das Grundrecht gewährt dem Gesetzgeber Dispositionsmöglichkeiten und zwingt ihn dazu, diese wahrzunehmen, es lenkt diese Dispositionsmöglichkeiten auf ein Ziel hin [...] und es begrenzt sie zugleich auch.“¹⁴¹⁶ Das dienende Grundrecht stellt also die Maßstäbe für gesetzgeberische Konstituierung, Konturierung und Konkretisierung der anwaltlichen Freiheit.

1. Allgemeine Ausgestaltungsmaßstäbe

a) Formelle Anforderungen

Formelle Kriterien spielen keine entscheidende Rolle, um die Verfassungsmäßigkeit eines ausgestaltenden Gesetzes zu beurteilen. Nach *Bumke* hat der Grundrechtsvorbehalt beim grundrechtsbegrenzenden Gesetz drei Aufgaben: Er ermächtigt zur Gestaltung des Gemeinwesens, soll die Grundrechte schützen und die Befugnis einer der Staatsgewalten zuweisen.¹⁴¹⁷ Wenn es aber um die Ausgestaltung eines Grundrechts geht, verliert der Grundrechtsvorbehalt seine materiellrechtliche Funktion, da die verfassungsrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen zum Tätigwerden unmittelbar dem Grundrecht selbst entnommen werden können.¹⁴¹⁸ Die Identifizierung des ermächtigten Akteurs gelingt „unter Rückgriff auf die grundgesetzliche Funktionsordnung“.¹⁴¹⁹ Der Parlamentsvorbehalt, der neben den Grundrechtsvorbehalt tritt, leistet dies und verlangt vom Bundestag eine

¹⁴¹² *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen des Rundfunkgesetzgebers, S. 65; s. auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 143.

¹⁴¹³ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 164.

¹⁴¹⁴ Statt vieler nur *K. Hesse*, Grundzüge, § 10 Rn. 306; *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 388; *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 246.

¹⁴¹⁵ Vgl. *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (171): kein „Superkodex allen Rechts, sondern nur ein weitmaschiges Grundgerüst gleichwohl rechtsverbindlicher Leitprinzipien“; eine weitgehendere Freistellung für die Rundfunkfreiheit bejaht *J. Wieland*, Freiheit des Rundfunks, S. 138 ff.

¹⁴¹⁶ *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 336 f.

¹⁴¹⁷ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 217 ff.

¹⁴¹⁸ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 181.

¹⁴¹⁹ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 50.

Sachentscheidung, derer er sich nicht durch Delegation entledigen darf.¹⁴²⁰ Die anwaltliche Berufsfreiheit ist also gerade durch den Gesetzgeber auszugestalten. Das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG ist bei einem ausgestaltenden Gesetz nicht anwendbar. Denn wenn der Gesetzgeber die grundrechtliche Substanz nicht schmälert und zur Einrichtung dieser sogar kraft Grundrechts verpflichtet ist, kann das Zitiergebot seinen Zweck nicht erreichen.

b) Materielle Anforderungen

Ein ausgestaltendes Gesetz muss dem Bestimmtheitsgebot genügen (dazu unter aa)). Darüber hinaus ist das Gebot der Folgerichtigkeit zu beachten (dazu unter bb)). Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf ausgestaltende Gesetze ist umstritten (dazu unter cc)).

aa) Bestimmtheitsgebot

An das ausgestaltende Gesetz sind in Sachen Bestimmtheit keine geringeren Anforderungen zu stellen als an ein eingreifendes Gesetz.¹⁴²¹ Bei einem die anwaltliche Berufsfreiheit ausgestaltenden und eingreifenden Gesetz führt der Regelungskontext¹⁴²² zu einem besonders strengen Bestimmtheitsgebot. Entscheidend ist nicht, dass mit der Berufsfreiheit ein Grundrecht betroffen ist, sondern, dass es gerade die anwaltliche Berufsausübung ist, die einen besonders engen rechtsstaatlichen Bezug aufweist und Grundrechtspositionen des Mandanten gleichsam mitreguliert werden. Ein wichtiges Beispiel ist der Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit. Staatliche Maßnahmen, die stets Eingriffe sind,¹⁴²³ dürfen das Vertrauensverhältnis von außen nur dann aufbohren, wenn es hierfür eine unzweideutige Ermächtigungsgrundlage gibt. Dies folgt u. a. daraus, dass das BVerfG solchen Vorschriften eine abschreckende Wirkung zuschreibt und die Eingriffsintensität beachtlich ist und an einer Grundvoraussetzung der Profession rührt. Wie eine Regelung jedenfalls nicht aussieht, zeigt § 2 Abs. 2 Nr. 8 LobbyRG.¹⁴²⁴ Bei der Auswahl zwischen der Option für eine (sicherlich vernünftige) Bereichsausnahme für Tätigkeiten, die zu § 3 Abs. 1 BRAO zählen, und seiner Sorge vor „Umgehungsversuchen“ durch das Einschalten von Anwälten,¹⁴²⁵ hat sich der Gesetzgeber zwischen die Stühle gesetzt. Er hat die Reichweite und das Zusammenspiel mit dem

¹⁴²⁰ *Lepsius*, Gesetz und Gesetzgebung, in: HdB VerfR, § 12 Rn. 70 (Parlamentsvorbehalt als institutionelle Kompetenzzuweisung); spezifisch im berufsrechtlichen Kontext *Kleine-Cosack*, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, S. 241 f.; für das ärztliche Berufsrecht auch äußerst ausführlich *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 255 ff.

¹⁴²¹ BVerfGE 73, 118 (163 f.) zur dienenden Rundfunkfreiheit.

¹⁴²² Zum Regelungskontext als Maßstab der Bestimmtheit *Lepsius*, Gesetz und Gesetzgebung, in: HdB VerfR, § 12 Rn. 70.

¹⁴²³ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, B., II., 2., S. 423.

¹⁴²⁴ Zurecht *Uwer*, AnwBl. 2021, 600 (603); kritisch auch *Karpenstein/Sangi*, GmbHR 2021, R160 f.; wohl weniger skeptisch *Zentner*, in: Austermann/Schwarz, § 2 LobbyRG Rn. 48.

¹⁴²⁵ *Zentner*, in: Austermann/Schwarz, § 2 LobbyRG Rn. 48 sähe die Zweckerreichung des Gesetzes bei einer solchen Bereichsausnahme gefährdet.

RDG von § 3 Abs. 1, 3 BRAO und damit der gesetzlich umschriebenen Aufgabe des Rechtsanwalts verkannt. Infolgedessen weiß der Rechtsanwalt als Normadressat nicht, wann er der Registrierungspflicht unterliegt und so kraft gesetzlichen Befehls Informationen, die der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, offenbaren muss. Damit ist § 2 Abs. 2 Nr. 8 LobbyRG wenigstens aus diesem Grund nichtig.

bb) Folgerichtigkeit

Der Ausgestaltungsgesetzgeber muss seine Regelung, auch im Bereich des Berufsrechts,¹⁴²⁶ am Gebot der Folgerichtigkeit messen. Dieses Gebot entspringt u. a. dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dem Rechtsstaat- und Bundesstaatsprinzip¹⁴²⁷ und führt das Rationalitätserfordernis des gesetzgeberischen Ermessens weiter aus,¹⁴²⁸ indem der Gesetzgeber zwar nicht an die positive Ordnung, aber an einen gesetzgeberisch geprägten Rechtsgedanken gebunden wird, so lange er Geltung hat.¹⁴²⁹ Es verlangt, dass eine gesetzliche Regelung sich ohne Widersprüche in das bisher bestehende Regelungsgefüge integriert.¹⁴³⁰ Wertungswidersprüche sollen vermieden werden.¹⁴³¹ Jede Teilrechtsordnung weist einen ihr eigenen „Sinn- und Wertungszusammenhang“ auf, an dem sich der Gesetzgeber bei neuen Vorschriften orientieren muss, um innerhalb der Teil- oder gar Gesamtrechtsordnung Widersprüche zu vermeiden.¹⁴³² Das Gebot der Folgerichtigkeit gilt bei der erstmaligen Ausgestaltung, wo die Regeln einzeln untereinander abgestimmt sein müssen oder bei Korrekturen im Rahmen eines bereits eingerichteten Normensystems. Der Gesetzgeber darf sich entscheiden, eine regulatorische Grundidee ins Werk zu setzen.¹⁴³³ Er muss dann aber auch diese konsequent zu Ende führen und darf nicht auf halber Strecke kehrt machen und durch Ausnahmen seine Grundidee gefährden.¹⁴³⁴ Wenn die Abweichung vom bestimmenden Rechtsgedanken ausgeprägt ist und ein gewisses Gewicht aufweist, wird aus der widersprüchlichen und schlechten Gesetzgebung eine verfassungswidrige, sollten keine Gründe

¹⁴²⁶ Der Grundsatz findet in allen Rechtsgebieten Anwendung: *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HdB StR VIII*, § 181 Rn. 215.

¹⁴²⁷ *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HdB StR VIII*, § 181 Rn. 211.

¹⁴²⁸ S. dazu *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 6 ff., 87 ff.

¹⁴²⁹ *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HdB StR VIII*, § 181 Rn. 216; *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 423; ausführlich *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 91 ff.; kritisch *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1056 ff.).

¹⁴³⁰ *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HdB StR VIII*, § 181 Rn. 209.

¹⁴³¹ *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 92.

¹⁴³² *P. Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HdB StR VIII*, § 181 Rn. 221; *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 87 f. – *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1056) weist darauf hin, dass die Folgerichtigkeit nur eine Rolle spielt, wenn der Systemzusammenhang nicht bereits durch ein Verfassungsprinzip hergestellt wird (unter Hinweis auf BVerfG 123, 111 Rn. 33 ff. – Jubiläumsrückstellungen).

¹⁴³³ Kritisch zur Ermittlung einer gesetzgeberischen „Grundwertung“ *Cornils*, DVBl. 2011, 1053 (1056); auch *Kischel*, in: *BeckOK-GG*, Art. 3 Rn. 96.

¹⁴³⁴ BVerfGE 20, 374 (377) – § 59 Abs. 1 AVAVG; *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 89 f.

diese Abweichung legitimieren.¹⁴³⁵ Das anwaltliche Berufsrecht und das Rechtsdienstleistungsrecht bieten bei einer strengen Anwendung des Folgerichtigkeitsgebot viel Angriffsfläche dadurch, dass der Gesetzgeber Rechtsanwälte und übrige Rechtsdienstleister, trotz in bestimmten Bereichen gleicher Rechtsdienstleistung, asymmetrisch reguliert¹⁴³⁶ und der Rechtsanwalt Teil eines Berufsfeldes ist, in das sich „sein“ Recht im Verhältnis zum Recht der übrigen Akteure und anderen Freiberuflern möglichst widerspruchsfrei einfügen muss.¹⁴³⁷ Auch das BVerfG hat bereits – ohne es auszusprechen – im Berufsrecht das Gebot der Folgerichtigkeit herangezogen und § 59a Abs. 1 BRAO für verfassungswidrig erklärt.¹⁴³⁸ Der Gesetzgeber konnte nicht erklären, weshalb bestimmte Berufsträger Gesellschafter werden durften und weshalb manche nicht. Ein Beispiel aus dem französischen Recht der reglementierten Berufe zeigt die Wirkweise des Prinzips, auch wenn die *Chambre commerciale* der *Cour de Cassation* eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit ausschloss und anschließend lediglich gleichheitsrechtliche Zweifel bekundete. Denn es erscheint inkohärent, für die Berufe *mandataire judiciaire* und *Avocat* eine Inkompatibilitätsregelung zu treffen, für den strukturell verwandten Beruf des *administrateur judiciaire* mit dem *Avocat* jedoch nicht.¹⁴³⁹ Nicht nur eine gesetzliche Vorschrift, sondern auch ein gesetzgeberisches Unterlassen der Ausgestaltung kann mit dem Gebot der Folgerichtigkeit unvereinbar sein. So ist, wie *Kilian*¹⁴⁴⁰ zurecht anmerkt, die Folgerichtigkeit der geeignete Anknüpfungspunkt, um eine echte Fortbildungspflicht für Rechtsanwälte verfassungsrechtlich zu legitimieren. Auf der einen Seite wird der Zugang zur Profession mit sehr hohen fachlichen Hürden versehen, während der Verbleib in dieser nicht mehr von der fachlichen Qualifikation abhängt. Gleichzeitig verlangt das BVerfG,¹⁴⁴¹ dass der Rechtsanwalt durch seine fachliche Qualität das Gericht von Fehlentscheidungen zulasten seines Mandanten abhält und dies über das gesamte Berufsleben. Diese

¹⁴³⁵ S. BVerfGE 9, 338 (349 ff.) – Hebammenaltersgrenze; BVerfGE 20, 374 (377) – § 59 Abs. 1 AVAVG; hierauf letztlich auch abstellend *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 96.

¹⁴³⁶ Vgl. *Skupin*, Rechtsdurchsetzende nichtanwaltliche Dienstleister, S. 120 f.; *Uwer*, ZdiW 2021, 157 (160); auch *Kluth*, GewArch. 2021, 302 (304 f.), der allerdings nur das unionsrechtliche Kohärenzgebot anspricht.

¹⁴³⁷ Vgl. hierzu auch Kap. 3, § 2, B., IV., 2., b), S. 442 ff.

¹⁴³⁸ BVerfGE 141, 82 (114 f. Rn. 84 f.) – Sozierung mit Apothekern; s. auch BVerfGE 135, 90 (118 ff. Rn. 74 ff.) – Sozierung mit Patentanwälten.; ausführlich und die Ausführungen des BVerfG ergänzend *Holz*, Gesellschafterkreis, S. 158 ff. (dort auch m. w. N.).

¹⁴³⁹ So i. E. auch Cass. Com., Beschl. v. 9.6.2022 – Nr. 22-40.008, Rn. 11 ff.; *Le Cannu/Robine*, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 299 Rn. 434 betonen die Gemeinsamkeiten; anders dann aber CC, Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC, Rn. 8 – M. Frédéric B. (*Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d’avocat*), wohl unter Hinweis darauf, dass der *mandataire judiciaire*, anders als der *administrateur*, ein kollektives Interesse vertritt, was sich von der Tätigkeit eines *Avocats* grundlegend unterscheidet und so die Inkompatibilität begründet (Video der mündlichen Verhandlung vor dem Conseil Constitutionnel; abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/20221008QPC.htm>).

¹⁴⁴⁰ *Kilian*, AnwBl. 2016, 273 (274).

¹⁴⁴¹ BVerfGE 76, 171 (192) – Bastille; BVerfGE 76, 171 (192); BVerfGE 108, 150 (161) – Sozietätswechsel.

Lücke in der Teilrechtsordnung Berufsrecht setzt sich in Widerspruch zur prägenden regulatorischen Grundidee, die auf eine hohe Qualitätssicherung aller an der anwaltlichen Dienstleistung Mitwirkenden¹⁴⁴² ausgerichtet ist.

cc) Übermaßverbot

Ob ein ausgestaltendes Gesetz sich am Übermaßverbot messen lassen muss, ist für jedes das Prinzip formende Element im Einzelnen zu überprüfen. Die Frage, ob das Übermaßverbot auch auf objektive Gehalte der Grundrechte anwendbar ist, wird maßgeblich bestimmt dadurch, worin man das Wesen des Übermaßverbots erblickt.¹⁴⁴³ Ist es eine schlichte Reaktion auf die Grundrechtsbeeinträchtigung, wird man ihm tendenziell nur Bedeutung für die abwehrrechtliche Dimension zusprechen. Sieht man das Übermaßverbot jedoch, was vorzugswürdig ist, im „Wesen der Grundrechte“¹⁴⁴⁴ verankert, bestehen keine Bedenken, es grundsätzlich auch auf alle Gehalte einer Grundrechtsbestimmung anzuwenden.

(1) Geeignetheit

Das Gesetz muss jedenfalls geeignet sein, die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts in ihrer dienenden Funktion zu verwirklichen, also bspw. das rechtliche Gehör des Mandanten in seiner direkten oder entstehenssichernden Funktion zu fördern. Denn die Geeignetheit dient der Sicherung der Rationalität der Gesetzgebung¹⁴⁴⁵ und ist damit nicht nur für begrenzende Gesetze, sondern für Gesetzgebung insgesamt notwendig. Nicht geeignet war das Verbot für Rechtsanwälte, entgegen den zivilprozessualen Möglichkeiten ein Versäumnisurteil zu beantragen (§ 13 BORA a. F.). Wäre § 13 BORA nicht bereits wegen einer fehlenden Ermächtigung zum Satzungserlass nichtig gewesen,¹⁴⁴⁶ wäre dieses Ergebnis auch deshalb verfassungsrechtlich zwingend, weil es die Fremdnützigkeit der anwaltlichen Berufsfreiheit grundsätzlich verkennt, da Interessen des Mandanten auf Kosten der Kollegialität schwerwiegenden Folgen ausgesetzt werden. Ausgestaltende Gesetze dürfen also die Realisierung des rechtlichen Gehörs des Mandanten und die Förderung von dessen Interessen nicht behindern.

(2) Erforderlichkeit

Ob die Erforderlichkeit des Gesetzes zu prüfen ist, erscheint nicht eindeutig. Man kann argumentieren, dass es „in aller Regel an einer vorrangigen Gestaltungsdirek-

¹⁴⁴² Dies sieht *Kluth*, Freie Berufe im Wandel, S. 120 als wichtigstes Merkmal des Freien Berufs, was diesen gerade von der gewerblichen, arbeitsteiligen Leistungserbringung unterscheidet.

¹⁴⁴³ S. instruktiv *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, S. 5.

¹⁴⁴⁴ Bspw. BVerfGE 65, 1 (44) – Volkszählung.

¹⁴⁴⁵ *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, S. 121 f.; *Schlink*, Abwägung, S. 207 ff.; historisch zur Geeignetheit *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, S. 81 ff., 140 ff.

¹⁴⁴⁶ BVerfGE 101, 312 (323 ff.) – Versäumnisurteil; i. E. so bereits RGZ 70, 25 (25).

tive zugunsten des Bürgers fehlt“,¹⁴⁴⁷ in casu es keine freiheitliche Rechtsposition des Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG gibt, die der Ausgestaltung vorausgeht. Dies sei anders, wenn der Gesetzgeber eine natürliche Freiheit beschränkt. Auch bei der dienenden Rundfunkfreiheit zeigt das Gericht Zurückhaltung und erlegt privaten Rundfunkveranstaltern Pflichten (Binnenpluralismus) auf, die nicht zwingend erforderlich sind.¹⁴⁴⁸ Dies kann man damit erklären, dass es keine natürliche Rundfunkfreiheit gibt, die man dem Ziel der dienenden Freiheit gegenüberstellen kann, da erst die Ausgestaltung die Grundrechtssubstanz aufbaut und konkretisiert.¹⁴⁴⁹ Wenn die objektiven Gehalte der anwaltlichen Berufsfreiheit gerade die subjektiven überwiegen, es nicht alleine um die erwerbswirtschaftliche Verwirklichung des Berufsträgers, sondern um den Schutz der grundrechtlichen Positionen des Mandanten geht, erscheint es in der Tat zweifelhaft, ob der Gesetzgeber an die Erforderlichkeit gebunden ist. Auf der anderen Seite wird auf die Schutzfunktion des Gebots der Erforderlichkeit verwiesen; grundrechtliche Positionen sollen in möglichst weitem Umfang hervortreten: „Das Gebot der Erforderlichkeit privilegiert nicht individuelle Grundrechtspositionen gegenüber öffentlichen Interessen, sondern es verhindert überflüssige Verkürzungen.“¹⁴⁵⁰ Die Lösung ist nicht darin zu sehen, die Erforderlichkeit als Prüfungsschritt zu eliminieren, sondern bewusst den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Kenntnis zu nehmen.¹⁴⁵¹ Würde der Gesetzgeber eine sanktionsbewährte Fortbildungspflicht einführen oder führt er wie geschehen den Nachweis von Berufsrechtskenntnissen ein, ist dies eine Ausgestaltung, die aufgrund der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ohne weiteres vor dem Gebot der Erforderlichkeit bestehen kann. Auch bei einer liberalen Grundrechtsanschauung und einer Qualifikation als eingreifendes Gesetz ist der Berufsrechtsgesetzgeber keiner vollständigen Kontrolle seiner Prämissen durch das BVerfG im Rahmen der Erforderlichkeit unterworfen, wie die Entscheidung zum Erfolgshonorar unterstreicht.¹⁴⁵² Eine Prüfung der Erforderlichkeit macht die Ausgestaltung nicht unmöglich.

(3) Angemessenheit

Zum Teil wird vertreten, dass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne/die Angemessenheit eines Ausgestaltungsgesetzes nicht zu prüfen sei. Hierfür wird auf die gleichen Argumente zurückgegriffen, die auch die Erforderlichkeit aus dem verfassungsrechtlichen Maßstab ausschließen sollen. Doch nimmt – das hat *Bumke* aufgezeigt – die Angemessenheit eines ausgestaltenden Gesetzes eine bestimmte Form an. Es geht darum, dass die Prüfung der Angemessenheit eines

¹⁴⁴⁷ *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 97 zur Vertragsfreiheit.

¹⁴⁴⁸ S. nur BVerfGE 57, 295 (325) – FRAG.

¹⁴⁴⁹ In diese Richtung *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, S. 32 f. Rn. 81.

¹⁴⁵⁰ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 51.

¹⁴⁵¹ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 51.

¹⁴⁵² BVerfGE 117, 164 (191 f.) – Erfolgshonorar; allgemein bei der Berufsfreiheit auch BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 115 – Tierarztvorbehalt.

solchen Gesetzes die Identifizierung „gewährleistungsspezifischer Gehalte“ verlangt.¹⁴⁵³ Darunter ist der Gewährleistungsinhalt als Kern des subjektiven Abwehrrechts zu verstehen, also der Schutz jener teleologisch und historisch herausgearbeiteten Schutzgehalte des spezifischen Grundrechts – hier der anwaltlichen Berufsfreiheit.¹⁴⁵⁴ Wie *Bumke* zurecht erkannt hat, würde man der negativen Freiheit allein „kaum Anhaltspunkte für die Unterscheidung gewichtiger und weniger gewichtiger Freiheitsbeeinträchtigungen entnehmen“ können, so dass es der Angemessenheitsprüfung an „vertrauter Kraft“ fehlen würde.¹⁴⁵⁵ Die Bindung an diese gewährleistungsspezifischen Gehalte ist die entscheidende Direktive bei der Ausgestaltung.¹⁴⁵⁶ Was damit im anwaltlichen Verfassungsrecht gemeint ist, verdeutlichen wiederum die Entscheidungen zum Erfolgshonorar und auch zu den Gebühren im sozialgerichtlichen Verfahren.¹⁴⁵⁷ Beide angegriffenen Vorschriften lässt das BVerfG an der Angemessenheit scheitern. Die Prüfung der Angemessenheit erfolgt jedoch nicht dergestalt, dass die anwaltliche Berufsfreiheit und der kollidierende Allgemeinwohlbelang definiert, bewertet und einander zugeordnet werden, und anschließend die Berufsfreiheit höher gewichtet wird, so dass das Gesetz verfassungswidrig ist. Das BVerfG fragt vielmehr nach den Auswirkungen für die Betroffenen – und nimmt hier vor allem die Mandanten in den Blick, die von der Rechtsverfolgung ausgeschlossen sind ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars. In BVerfGE 83, 1 ordnet das Gericht die Gebührenregelung in einen „Zielkonflikt zwischen kostengünstiger Prozessführung und umfassenden Rechtsschutz“ ein, der durch vermehrtes Nachfragen sozialrechtlicher Beratung noch verschärft wurde. Beide Entscheidungen zeigen, dass das spezifische Umfeld der anwaltlichen Berufsfreiheit – im Realbereich wie im Normbereich – im Rahmen der Angemessenheit den mit dem Gesetz verfolgten Zwecken gegenübergestellt wird. In beiden Fällen handelt es sich um „gewährleistungsspezifische Vorgaben“. Die wichtigste gewährleistungsspezifische Vorgabe ist die dienende Freiheit.

2. Spezifische Ausgestaltungsbestimmungen für die anwaltlichen Grundrechte

Primäre Ausgestaltungsvorgabe sind die gewährleistungsspezifischen Vorgaben, die sich aus der anwaltlichen Berufsfreiheit ergeben (dazu unter a)). Diese lassen wenig Raum für eine Kontrolle ausgestaltender Gesetze anhand des anwaltlichen Berufsbildes, das gerade auch nicht zu einer Einrichtungsgarantie verfestigt ist (dazu unter b)). Das Grundgesetz hindert, anders als die französische Verfassung, den Gesetzgeber nicht daran, bestimmte Aufgaben der berufsständischen Selbst-

¹⁴⁵³ In eine ähnliche Richtung auch *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 50.

¹⁴⁵⁴ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., S. 158 ff.

¹⁴⁵⁵ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 53. – Zur die Verhältnismäßigkeitsprüfung prägenden Rolle des Gesetzes aus einer historischen Perspektive *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, S. 150 ff.

¹⁴⁵⁶ Ähnlich *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, S. 253 f.

¹⁴⁵⁷ BVerfGE 83, 1 – Anwaltsgebühren sozialgerichtliches Verfahren.

verwaltung zu entziehen. Allerdings ist er hierzu auch nicht verfassungsrechtlich gezwungen (dazu unter c)).

a) *Gewährleistungsspezifische Vorgaben der anwaltlichen Berufsfreiheit*

Die gewährleistungsspezifischen Vorgaben (*Bumke*) oder die Sachbereichsgarantie (*Kaufhold*) sind das Kriterium, was den Gesetzgeber entscheidend anleitet. Diese Vorgaben sind dem jeweiligen spezifischen Grundrecht und seinem Handlungsgebot zu entnehmen und können nicht verallgemeinert werden.¹⁴⁵⁸ Zumeist sind sie nicht sehr zahlreich, allerdings weisen sie womöglich eine gegenläufige Stoßrichtung auf.¹⁴⁵⁹ In der Judikatur ist dies insbesondere für das Eigentum explizit durch das BVerfG ausgeführt worden; auch die Rundfunkverfassungsrechtliche Rechtsprechung ist insoweit anschaulich. Das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) soll für seinen Inhaber von Nutzen sein und es soll die Grundlage privater Initiative zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung sein.¹⁴⁶⁰ Der Privatnützigkeit als eine der Ausgestaltungsdirektiven steht aber die Sozialbindung (Allgemeinwohl) entgegen, denn das grundgesetzliche Eigentum enthält eine „Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat.“¹⁴⁶¹ Der Gesetzgeber kann jetzt zwischen diesen beiden Vorgaben, je nach Besonderheit des im Raum stehenden Eigentums, eine Lösung suchen, die angemessen beide Belange zum Ausdruck bringt¹⁴⁶² und keinen vollständig aufgibt.¹⁴⁶³ Die dienende Rundfunkfreiheit verlangt, dass der Rundfunk gerade keiner Gruppe ausgeliefert wird, die Verfassung gebietet also Staats- und Gesellschaftsferne bei der Programmgestaltung. Zugleich muss die Rundfunkfreiheit aber der Meinungsbildungsfreiheit des Rezipienten dienen, also ein meinungsplurales Angebot sicherstellen. Distanz und Nähe sind also gleichermaßen adressiert.¹⁴⁶⁴ Es zeigt sich, dass auch hier die gewährleistungsspezifischen Vorgaben auf den ersten Blick nicht inhaltlich gleichförmig sind. Für die anwaltliche Berufsfreiheit¹⁴⁶⁵ sind die entscheidenden Parameter bereits betont worden. Sie erinnern an den Gewährleistungsgehalt des subjektiven Abwehrrechts des einzelnen Rechtsanwalts.¹⁴⁶⁶ Dieser bildet zwar die äußerste Grenze der verfassungsgemä-

¹⁴⁵⁸ *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 388 f.; *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (175): Grundrechte als Handlungsnormen für den Gesetzgeber.

¹⁴⁵⁹ *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 56 f.

¹⁴⁶⁰ St. Rspr. s. nur BVerfGE 102, 1 (15) – Altlasten.

¹⁴⁶¹ St. Rspr. s. nur BVerfGE 21, 73 (83) – Grundstücksverkehrsgesetz; s. auch *Herzog*, in: FS Zeidler II, S. 1426.

¹⁴⁶² S. nur BVerfGE 70, 191 (201) – Fischereibezirke; *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 187 f.; *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 55; *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, S. 98 f.

¹⁴⁶³ BVerfGE 100, 226 (243) – Denkmalschutz.

¹⁴⁶⁴ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 334 ff.

¹⁴⁶⁵ Für die Berufsfreiheit des abhängig beschäftigten Arbeiters *Hoffmann-Riem*, in: FS H. P. Ipsen, S. 396.

¹⁴⁶⁶ Vgl. hierzu Kap. 2, § 2, A., II., S. 158 ff.

ßen Ausgestaltung.¹⁴⁶⁷ Hier ist jedoch etwas anderes gemeint.¹⁴⁶⁸ Denn er stellt zugleich die Leitlinien zur Verfügung. Ein erster Anhaltspunkt ist sicherlich die historische Überkommenheit eines Grundrechts, während Veränderungen im Realbereich gleichwohl auf die Grundrechtsinterpretation einwirken. So ist die anwaltliche Freiheit in erster Linie eine Abwehr von staatlichem Einfluss, dies verhindert jedoch nicht, dass das Gericht heute auch die Unabhängigkeit vom Mandanten oder Dritten verfassungsrechtlich einfordert. Darüber hinaus ist die Funktion des Grundrechts im Verfassungsgefüge wichtig, also sein Telos oder seine „Eigenrationalität“.¹⁴⁶⁹ Dies verweist auf den Wirkungszusammenhang von anwaltlicher Berufsfreiheit und den Prozessgrundrechten des Mandanten sowie der staatlichen Rechtspflege. Der Gesetzgeber ist also zur Einrichtung eines Berufes verpflichtet, der den Parteien als unabhängiger Interessenvertreter zur Verfügung steht und ihnen bei der Durchsetzung ihrer Rechte, gerichtlich wie außergerichtlich, zur Seite steht.¹⁴⁷⁰ Die im Zuge des Kampfes um die Freie Advokatur im 19. Jahrhundert vertretene Auffassung, „daß der Anwalt weder eine Befugnis noch eine Obliegenheit auszuüben habe, welche ursprünglich dem Staat zugeordnet gewesen sei, da dieser seine Ordnungspflicht durch Einsetzung der Gerichte und Vollstreckung der Urteile vollständig erfüllt habe“,¹⁴⁷¹ ist richtig, greift aber im Hinblick auf die Ordnungspflicht des Staates zu kurz. Der Staat darf die Leistung zwar nicht mehr durch eigene Beamte erbringen, ihm verbleibt aber eine Folgenverantwortung dafür, dass sie durch einen Berufsstand, der den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, überhaupt erbracht wird. Er muss also die notwendige Freiheit und die soziale Funktion der anwaltlichen Freiheit beachten (vgl. §§ 1, 3 BRAO); keine der Seiten darf er vollständig preisgeben. Das „dienende“ Element der anwaltlichen Berufsfreiheit ist die entscheidende gewährleistungsspezifische Vorgabe für die Ausgestaltung des Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁴⁷² Aufgrund dieser Vorgabe muss er „geeignete materiellrechtliche, organisatorische und verfahrensrechtliche Regelungen“¹⁴⁷³ schaffen, mit dem Ziel, dass dem „Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen.“¹⁴⁷⁴ Es geht um die Einrichtung einer „funktionsfähigen Rechtseinrichtung“.¹⁴⁷⁵ Der Berufsrechtsgesetzgeber muss eine optimale Lösung

¹⁴⁶⁷ Hoffmann-Riem, in: FS H. P. Ipsen, S. 389; zur Idee eines Kernbereichs der Koalitionsfreiheit BVerfGE 84, 212 (228) – Aussperrung.

¹⁴⁶⁸ Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 253.

¹⁴⁶⁹ Ladeur, AöR 131 (2006), 647 (649).

¹⁴⁷⁰ Ähnlich Mayen, AnwBl. 2011, 405 (409), der dies aus einer Institutsgarantie der Freien Advokatur ableitet, vgl. auch Kämmerer, DStR 2020, 2890 (2894 f.) für den Steuerberater.

¹⁴⁷¹ Huffmann, Kampf um freie Advokatur, S. 69 m. w. N.

¹⁴⁷² Für die dienende Rundfunkfreiheit so Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 98 f.; vgl. auch Starke, Verbraucherschutz und Grundgesetz, S. 178.

¹⁴⁷³ S. nur BVerfGE 57, 395 (320) – FRAG.

¹⁴⁷⁴ S. nur BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

¹⁴⁷⁵ Bumke, Grundrechtsvorbehalt, S. 96; s. auch BVerfGE 50, 290 (368) – Mitbestimmung („Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrecht-

für die „Infrastruktureinrichtung“ Anwaltschaft anstreben.¹⁴⁷⁶ Neben einem institutionellen Grundrechtsverständnis klingt ein Verständnis der dienenden Freiheit des Rechtsanwalts als Ergebnis des Zusammentreffens unterschiedlicher Prinzipien an. Als ein Prinzip hat *Alexy* ein Optimierungsgebot verstanden, das es gebietet, „dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert wird.“¹⁴⁷⁷ Das Gebot ist nicht absolut, sondern ein *prima-facie*-Gebot.¹⁴⁷⁸ Die Wirkweise des Prinzips der anwaltlichen Unabhängigkeit wird jedoch erst verdeutlicht, wenn man sich auch die Stellung als Organ der Rechtspflege verdeutlicht. Hierbei handelt es sich um ein gegenläufiges Prinzip. Beide Prinzipien müssen größtmöglich Geltung erlangen, um den prozessgrundrechtlichen, rechtsstaatlichen und berufsfreiheitlichen Vorgaben genüge zu tun. Beide Prinzipien gelten nicht absolut, sondern die Realisierung des einen steht in einem engen Bezug zum anderen; beide gelten relativ.¹⁴⁷⁹ Der Gesetzgeber hat im Rechtsdienstleistungsrecht und im Prozessrecht Regeln erlassen, die aus der Konfrontation dieser Prinzipien entstehen, um beide bestmöglich zur Geltung zu bringen. Diese Suche nach dem „Kollisionsgesetz“,¹⁴⁸⁰ das festlegt, wann welchem der Prinzipien im Kollisionsfall der Vorrang zu gewähren ist, macht das Wesen der Sachbereichsgarantie der dienenden Freiheit aus.

Die institutionelle Anleihe wird auch bei der Perspektive der gewährleistungsspezifischen Vorgaben bzw. der Sachbereichsgarantie sichtbar. Nimmt man das Beispiel des Vergütungssystems verlangen die Vorgaben, dass der Mehrzahl der Rechtsanwälte eine wirtschaftlich auskömmliche Existenz gesichert wird. Das Grundrecht ist nicht verletzt, wenn im Einzelfall das Vergütungssystem diese Funktion nicht mehr erfüllt, sondern erst, wenn dies strukturell nicht mehr zu erreichen ist.¹⁴⁸¹ Abwehrrecht und Sachbereichsgarantie sind insoweit unabhängig voneinander.¹⁴⁸² Ob die Quersubventionierung diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt oder vielmehr die gewährleistungsspezifischen Vorgaben verletzt werden, weil die Mischkalkulation aus lukrativen wie weniger auskömmlichen Mandaten im Rahmen der gesetzlichen Gebühren nicht mehr aufgeht,¹⁴⁸³ erscheint offen. Die Beispiele neben der dienenden Berufsfreiheit – Eigentums-

lich garantierten Freiheiten ausüben zu können.“); ähnlich auch *Mayen*, AnwBl. 2011, 405 (409), der auch das gesetzgeberische Unterlassen als Verfassungsverstoß adressiert.

¹⁴⁷⁶ *Ahrens*, ZfP 115 (2002), 281 (292 f.).

¹⁴⁷⁷ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75.

¹⁴⁷⁸ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 88.

¹⁴⁷⁹ *Laukemann*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, S. 78 lehnt für das Prinzip der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters einen verfassungsrechtlichen Rang ab, weil die Unabhängigkeit nicht die Rechtssphäre des Insolvenzverwalters gegenüber dem Staat abschirmen will.

¹⁴⁸⁰ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 79 ff.

¹⁴⁸¹ S. auch in die Richtung BVerfG-K, Beschl. v. 15.6.2009 – 1 BvR 1342/07, NJW-RR 2010, 259 Rn. 17 – Angemessenheitskontrolle von Honorarvereinbarungen.

¹⁴⁸² *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 253.

¹⁴⁸³ Vgl. *Ch. Wolf*, in: FS Schlosser, S. 1129, 1138; mit empirischen Befunden hierzu *Kilian*, AnwBl. 2014, 1004 ff.; *Hommerich/Kilian/Jackmuth/Wolf*, AnwBl. 2006, 406 f.

und Rundfunkfreiheit – zeigen gut, dass die Sachbereichsgarantie vom Gesetzgeber zu gewährleisten, also ins Werk zu setzen ist. Auf der anderen Seite ist diese verfassungsrechtliche Konzeption des Grundrechts die absolute Ausgestaltungsgrenze für den Gesetzgeber. Auf die anwaltliche Berufsfreiheit gespiegelt zeigt sich diese Wirkung wiederum an der nichtigen Vorschrift des § 13 BORA a. F. Hier würde die Sachbereichsgarantie als absolute Ausgestaltungsgrenze fungieren, denn der Satzungsgeber hat die gewährleistungsspezifischen Direktiven, wie sie sich aus der Funktion des Rechtsanwalts ergeben (unabhängiges Organ der Rechtspflege und unabhängiger berufener Interessenvertreter) grundlegend verkannt.¹⁴⁸⁴ Die gewährleistungsspezifischen Vorgaben nehmen das gesetzgeberische Gesamtkonzept in den Blick. So sind auch Kompensationsvorschriften möglich, die den Freiheitsraum insgesamt sichern. Es gilt eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. So kann zum Beispiel die Mitwirkung anderer anwaltlicher Akteure relevant sein, wenn die anwaltliche Freiheit zur Berufsausübung besonders intensiv begrenzt wird, bspw. bei der Bestellung und Entbindung von der Pflichtverteidigung oder der datenschutzrechtlichen Aufsicht über die Berufsträger. Würde man der berufsständischen und unabhängigen Selbstverwaltung Mitwirkungsrechte einräumen, wie es vielfach in Frankreich der Fall ist, ist dies für die Sachbereichsgarantie relevant. Vergleichbare Überlegungen sind aus dem Hochschulverfassungsrecht bekannt, wo Begrenzungen des inhaltlichen und methodischen Freiraums der Lehrenden (durch Akkreditierungsverfahren oder Lehrevaluationen) durch Einflussmöglichkeiten der Gruppe der Lehrenden kompensiert werden, um die Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 3 GG zu sichern.¹⁴⁸⁵

Die Sachbereichsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG kann, wenn der Gesetzgeber in bestimmten Sachverhaltskonstellationen auf die Mitwirkung des Rechtsanwalts oder für bestimmte Instanzen auf die Mitwirkung von besonders qualifizierten Rechtsanwälten verzichtet, eine institutionelle kompensatorische Maßnahme verlangen.¹⁴⁸⁶ Ein Beispiel hierfür ist (u. a.) Frankreich, wo mit dem Défenseur des Droits eine mit einem Ombudsmann vergleichbare Institution geschaffen wurde, die dem Einzelnen bei der (auch gerichtlichen) Durchsetzung seiner Rechte zur Seite steht.¹⁴⁸⁷ Dabei werden bewusst anwaltsgleiche Merkmale dem Défenseur des Droits zugeschrieben: eine parteiisch anmutende Nähe zum Beschwerdeführer und eine amtliche Autorität.¹⁴⁸⁸ Der tradierte Intermediär zwischen dem Recht-

¹⁴⁸⁴ Vgl. BVerfGE 101, 312 (328) – Versäumnisurteil, allerdings auf den Widerspruch mit § 1 Abs. 3 BORA hinweisend und nicht Art. 103 Abs. 1 GG oder das Rechtsstaatsprinzip, weil die nichtige Vorschrift selbst lediglich Satzungsrang aufwies. Deshalb hat Jaeger, AnwBl. 2000, 475 (482) darauf hingewiesen, dass andere Gerichte die Vorschrift jederzeit hätten verwerfen können.

¹⁴⁸⁵ Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 254 ff.

¹⁴⁸⁶ Ahrens, ZfP 115 (2002), 281 (302 f.).

¹⁴⁸⁷ Vgl. Löhrer, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, S. 404 f. Rn. 910.

¹⁴⁸⁸ Löhrer, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, S. 352 ff. Rn. 785 ff., auf S. 246 Rn. 479 m. w. N. dafür, dass in Portugal die Rufe nach einer solchen Institution gleichwohl aus der Anwaltschaft kamen; rechtsvergleichender Überblick: Classen, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Rn. 671.

suchenden und dem Richter wird ersetzt durch eine moderne Institution, die als menschlicher und weniger juristisch wahrgenommen wird. Allerdings spricht die Sachbereichsgarantie eines Freiheitsgrundrechts dafür, den Rechtsanwalt als frei gewählten Parteivertreter zu privilegieren, solange seine Mitwirkung das Allgemeinwohl sichert, da nur er sowohl Vertreter des Mandanten als auch unabhängiges – staatsfernes – Organ der Rechtspflege ist. „Zudem ist Freiberuflichkeit der gemeinwohlgebundenen Prozessvertretung das einer Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft angemessene Ordnungsprinzip.“¹⁴⁸⁹ Daraus dürfte freilich kein Abwehrrecht des einzelnen Rechtsanwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG erfolgen, sollte der Gesetzgeber auch in Deutschland eine Ombudsstelle einrichten. Grundrechtsrelevant wäre wohl erst ein hiermit in Gang gesetzter Verdrängungswettbewerb, der die institutionelle Existenz der unabhängigen Anwaltschaft (in bestimmten Rechtsgebieten) in Frage stellen würde. Unterhalb dieser Schwelle würde nach den Maßstäben, die zur Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen entwickelt worden sind, das Grundrecht keinen Schutz bieten.¹⁴⁹⁰ Der französische Conseil d'État hat dieses in Deutschland wie Frankreich gültige Ergebnis in einer Grundsatzentscheidung am Beispiel des Rechtsdienstleistungsrechts klargestellt.¹⁴⁹¹ Im französischen Wirtschaftsministerium war eine „Unterstützungsmission“ für Public-Private-Partnership-Projekte eingerichtet worden, die die öffentlichen Hände bei der Realisierung und Begleitung dieser Vorhaben unterstützen sollte. Die gegen das Einrichtungsdekret gerichtete Klage der Pariser Anwaltschaft wies der Conseil d'État (durch seine höchste Spruchgruppe) ab. Die *liberté de commerce et de l'industrie* (zutreffend wäre wohl heute die *liberté d'entreprendre* der Maßstab) gebiete, dass die öffentliche Hand nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit auf dem Markt tätig werde. Sie müsse zudem ein öffentliches Interesse befriedigen, was u. a. durch eine Karenz der privaten Marktakteure entstanden sein könne. In casu diene die ministeriale Stelle der Sicherung der Legalität des Handels der öffentlichen Hände und damit der Staatsaufsicht. Sie beschränke sich bei nicht staatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur auf die (punktuelle) Unterstützung bei der Vertragsgestaltung. Die Stelle dürfe insbesondere den Vertrag nicht selbst aushandeln und verfassen. Damit war die grundrechtliche Position der Anwälte nicht betroffen.

b) Verfassungsrechtliche Pflicht zur Wahrung eines bestimmten Berufsbildes

Über das Berufsbild stabilisieren sich verfassungsrechtlich die grundlegenden Wertentscheidungen des anwaltlichen Berufsrechts, ohne für zukunftsgerichtete Veränderungen im Realbereich verschlossen zu sein (dazu unter aa)). Mangels ausdrücklicher Erwähnung der Anwaltschaft im Verfassungstext kommt es nicht zu einer Einrichtungsgarantie des Berufsbildes (dazu unter bb)).¹⁴⁹²

¹⁴⁸⁹ Ahrens, ZfP 115 (2002), 281 (304).

¹⁴⁹⁰ Kämmerer, Privatisierung, S. 222 f. m. w. N.

¹⁴⁹¹ CE, Ass., Urt. v. 31.5.2006 – Nr. 275531 – Ordre des avocats au barreau de Paris.

¹⁴⁹² Zum Unterschied zwischen Berufsbildlehre und Einrichtungsgarantie H.-P. Schneider, Berufsfreiheit, in: HdB GR V, § 113 Rn. 43.

aa) Schutz des Berufsbildes

Das BVerfG geht in seiner Judikatur von einem bestimmten Berufsbild des Rechtsanwalts aus.¹⁴⁹³ Dieses ist durch das einfache Recht – die Umschreibungen in §§ 1–3 BRAO, 1 BORA – vorgeprägt. Es liegt dem Grundgesetz voraus. Berufsbild ist nicht der Beruf i. S. d. des Art. 12 Abs. 1 GG,¹⁴⁹⁴ es ordnet sich nur schwer in die von Art. 12 Abs. 1 GG vorgesehene Schrankenregelung ein.¹⁴⁹⁵ Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, orientiert an den Besonderheiten des konkreten Berufes, Leitbilder für diesen zu entwickeln.¹⁴⁹⁶ Dabei stellt er das Berufsbild in den Kontext des Berufsfeldes, das als Differenzierungs- und Kohärenzschablone für die Ausgestaltung des Gesetzgebers dient.¹⁴⁹⁷ Für den Rechtsanwalt wird das Berufsfeld durch die Steuerberater¹⁴⁹⁸ und Patentanwälte gebildet, aufgrund der fehlenden Interessenförderungspflicht aber nicht durch die Wirtschaftsprüfer.¹⁴⁹⁹ Rechtsanwälte sind zwar im Unterschied zu anderen Rechtsdienstleistern mit einem besonderen Status ausgestattet, allerdings ist die ausgeübte Leistung bzw. „der Markt“ teildeckungsgleich.¹⁵⁰⁰ Unterschiede in der Regulierung müssen sich durch Besonderheiten des einzelnen Berufsbildes begründen lassen. Ansätze einer Übernahme dieser deutschen tradierten Grundrechtsdogmatik lassen sich im französischen Verfassungsrecht der reglementierten Berufe in jüngerer Zeit erkennen. So hat die *Chambre commerciale der Cour de Cassation* festgestellt, dass sowohl *mandataire*

¹⁴⁹³ *Zuck*, in: 25 Jahre BRAK, S. 87 ff. – BVerfGE 17, 232 (241 ff.) – Apotheken II mit seinem Berufsbild „Apotheker in seiner Apotheke“ umschreibt ähnlich wortgewaltig ein Berufsbild wie es Formulierungen vom „Organ der Rechtspflege“ und „Freie Advokatur“ tun.

¹⁴⁹⁴ Jüngst erneut BVerfG, Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, 2449/21, Rn. 71 – Tierarztvorbehalt (zum Beruf des Tierheilpraktikers und Tierhomöopathen); aus dem Schrifttum bereits früh *Rupp*, AÖR 92 (1967), 212 (221).

¹⁴⁹⁵ Deutlich die Abgrenzungsproblematik in BVerfGE 21, 173 (180 f.) – Inkompatibilitäten; BVerfGE 54, 301 (312) – Buchführungsprivileg; s. auch *Ch. Schönberger*, NJW 2003, 249 (253 f.) für die Auflösung der Vollrechtsbeistände, der sowohl von Eingriff wie Ausgestaltung spricht.

¹⁴⁹⁶ *Tettinger*, AÖR 108 (1983), 92 (100).

¹⁴⁹⁷ S. BVerfGE 9, 338 (350 ff.) – Hebammenaltersgrenze; terminologisch umfassend *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 Rn. 286; *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 166; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 46 Fn. 187 tendiert zu einer synonymen Verwendung beider Begrifflichkeiten.

¹⁴⁹⁸ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 23 Rn. 1; s. etwa *Kleine-Cosack*, NJW 2018, 3273 ff. zum lange weiter bestehenden Zweitberufsverbot für Steuerberater, trotz BVerfGE 87, 287 – Zweitberuf, was zu einer verfassungskonformen Auslegung des § 7 Nr. 8 und 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO führte; erstmalige Kehrtwende durch BVerfG-K, Beschl. v. 23.8.2013 – 1 BvR 2912/11, NJW 2013, 3357 Ls. 2; aufgegriffen durch OVG NRW, Urt. v. 15.5.2017 – 4 A 2197/13, BeckRS 2017, 110994; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BVerwG, Beschl. v. 11.7.2019 – 10 B 16.17, BeckRS 2018, 18049. – Für das Unionsrecht hat der EuGH eine Vergleichbarkeit von „zugelassenen Buchhaltern“, die auch Steuerberatung neben Steuerberatern und Rechtsanwälten erbringen, deshalb abgelehnt, weil nur Rechtsanwälte ihre Mandanten vor Gerichten vertreten (EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-384/18, DStRE 2020, 1525 Rn. 50 – Kommission/Belgien).

¹⁴⁹⁹ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 23 Rn. 2; für eine Einbeziehung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG wohl *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H80 (am Beispiel von Fremdbesitzverboten). – Der Richter ist auch kein Teil des Berufsfeldes, vgl. BGH, Beschl. v. 8.12.2022 – AnwZ (Brfg) 21/22, Rn. 19.

¹⁵⁰⁰ *Römermann*, AnwBl. Online 2020, 588 (605).

und administrateur judiciaire, ersterer entspricht dem deutschen Verwalter, zweiter ist der gerichtlich bestellte Gläubigervertreter, identischen Zugangsregeln, einer identischen déontologie und dem Unabhängigkeitsgebot unterliegen, und beide unter gerichtlicher Kontrolle im Konkursverfahren als *auxiliaire de justice* mitwirken. Es scheint deshalb verfassungswidrig, nur zwischen *mandataire* und *Avocat* eine absolute Inkompatibilität anzuordnen, während der *administrateur* auch als *Avocat* zugelassen sein darf.¹⁵⁰¹ Der *Conseil Constitutionnel*¹⁵⁰² hat dies (begründungslos) anders gesehen, doch in der mündlichen Verhandlung wurde deutlich, dass der relevante Unterschied darin bestehen könnte, dass der *mandataire*, anders als der *administrateur*, ein kollektives Interesse vertritt (jenes der Gesamtheit der Gläubiger). Dieser Unterschied sei im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Anwaltsprofession ausschlaggebend, weil dieser die Vertretung von Individual- und nicht Kollektivinteressen eigen sei.¹⁵⁰³ Zudem wurde thematisiert, dass es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war, eine vormals einheitliche Profession in zwei – *mandataire* und *administrateur* – aufzuspalten. Dem Gesetzgeber kommt also in Deutschland wie Frankreich eine Typisierungs- und Fixierungskompetenz zu, um bestimmte Tätigkeitsbereiche abzuschichten und zu organisieren.¹⁵⁰⁴ Das Berufsbild ist jedoch vor allem ein soziologischer Begriff. Es ist als autonomes Berufsbild verankert in den Traditionen und der Entwicklungsgeschichte eines Berufes,¹⁵⁰⁵ die zum Teil durch Standesordnungen zum Ausdruck gebracht werden,¹⁵⁰⁶ wird aber fortlaufend durch die wiederholte Grundrechtsausübung einer Vielzahl von Grundrechtsträgern aktualisiert.¹⁵⁰⁷ Es stellt eine Objektivation dar.¹⁵⁰⁸ Das normative Berufsbild trägt hingegen von außen die Organisation eines Berufes an die Berufsträger heran. Es ist nachrangig gegenüber dem autonomen Berufsbild.¹⁵⁰⁹ Wenn der Gesetzgeber dieses substantiell modifiziert, kann sich die Fixie-

¹⁵⁰¹ Cass. Com., Beschl. v. 9.6.2022 – Nr. 22-40.008, Rn. 11 ff.

¹⁵⁰² CC, Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC, Rn. 8 – M. Frédéric B. (*Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d’avocat*).

¹⁵⁰³ Video der mündlichen Verhandlung vor dem *Conseil Constitutionnel*; abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/20221008QPC.htm>.

¹⁵⁰⁴ *Tettinger*, AöR 108 (1983), 92 (100); kritisch *H.-A. Hesse*, AöR 95 (1970), 449 (464).

¹⁵⁰⁵ Vgl. BVerfGE 9, 338 (350 ff.) – Hebammenaltersgrenze; BVerfGE 21, 173 (180) – Inkompatibilitäten.

¹⁵⁰⁶ *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 530 f.

¹⁵⁰⁷ Vgl. *H.-A. Hesse*, AöR 95 (1970), 449 (469); anders hingegen BVerfGE 17, 232 (241) – Apotheken II, wonach es Grundrechtsträgern verwehrt sein soll, typisierte berufliche Tätigkeit derart mit atypischen Elementen quantitativ auszudehnen, um sich einen neuen Beruf zu schaffen.

¹⁵⁰⁸ *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 GG Rn. 284; vgl. *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 18 f.; *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 527 spricht von „registrierender Berufsbildfixierung“.

¹⁵⁰⁹ *Scholz*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 285; *H.-P. Schneider*, Berufsfreiheit, in: HdB GR V, § 113 Rn. 96; angesichts der Judikatur, namentlich BVerfGE 13, 97 (106) – Handwerksordnung, nicht überzeugt *Rupp*, AöR 92 (1967), 212 (221); anders aber, wenn ein Berufsbild durch den Gesetzgeber erst kürzlich umgestaltet wurde (BVerfGE 9, 338 [351] – Hebammenaltersgrenze).

nung von Berufsbildern als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen,¹⁵¹⁰ während das Nachzeichnen des autonomen Berufsbildes diese Eigenschaft nicht aufweist.¹⁵¹¹ Vorgefundene Sachverhalte, so auch die Ausgestaltung des anwaltlichen Berufes – unabhängiges Organ der Rechtspflege, Freiberuflichkeit und berufener Interessenvertreter des Mandanten – bilden eine rechtliche Grenze für die Ordnungsaktivität des Gesetzgebers.¹⁵¹² Das anwaltliche Berufsbild hat der Gesetzgeber dem autonomen Berufsbild entnommen und es einfachgesetzlich zu Tage treten lassen. Ihm kommt aufgrund der historischen Bewährung eine indizielle Funktion zu, wie eine verfassungskonforme Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit aussehen kann. Würde der Gesetzgeber bspw. die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht abschaffen, würde er das autonome Berufsbild (sehr massiv) beeinträchtigen.¹⁵¹³ Gleiches gilt, wenn er qualitative Veränderungen im Berufsbild veranlassen würde, bspw. den Rechtsanwalt zu einem „Handlanger“ der Steuerverwaltung oder Strafverfolgungsbehörden macht.¹⁵¹⁴ Nicht mehr von der Ausgestaltung des Berufsbildes umfasst, sondern Eingriffsqualität aufweisend, ist die Zusammenführung von Berufsbildern.¹⁵¹⁵ Sie ist verfassungsrechtlich zulässig, wenn Berufsbilder sich angenähert haben und die Anforderungen und Tätigkeiten sich überschneiden.¹⁵¹⁶ Deshalb war es gerechtfertigt, den Voll- und Teilrechtsbeistand¹⁵¹⁷ im Beruf des Rechtsanwalts aufgehen zu lassen,¹⁵¹⁸ aufgrund der Verschiedenartigkeit der Berufsbilder aber nicht zulässig, den Versicherungsberater¹⁵¹⁹ mit dem Rechtsanwalt zusammenzuführen. Dem Berufsbild des Rechtsanwalts hat der Gesetzgeber¹⁵²⁰ zudem die Syndikusrechtsanwälte zugeordnet, um die als überholt empfundene und sozialversicherungsrechtliche Probleme aufwerfende „Doppelberufstheorie“ des

¹⁵¹⁰ BVerfGE 75, 246 (265 ff.) – Vereinheitlichung Rechtsberatung; BVerfGE 119, 59 (72 ff.) – Vereinheitlichung Hufschlagschmied; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 46, der gerade keine Ausgestaltung des Schutzbereichs annimmt; auch *H.-P. Schneider*, Berufsfreiheit, in: HdB GR V, § 113 Rn. 97.

¹⁵¹¹ Vgl. *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 528.

¹⁵¹² Zum Berufsbild des Steuerberaters s. BVerfGE 54, 301 (314, 326) – Buchführungsprivileg; allgemein BVerfGE 9, 338 (350 ff.) – Hebammenaltersgrenze; BVerfGE 13, 97 (106) – Handwerksordnung; vgl. auch *Zuck*, in: 25 Jahre BRAK, S. 89; *Taupitz*, Die Standesordnung der freien Berufe, S. 528.

¹⁵¹³ Wie hier *Winkler*, Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, S. 42; auch *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2893), der die Berufsbildlehre gleichwohl für obsolet hält.

¹⁵¹⁴ *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2894 f.); EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 39 – Orde van Vlaamse Balies u.a stellt bei der Frage, ob der Wesensgehalt von Art. 7 GRCh betroffen ist, aber wohl weniger auf eine qualitative Veränderung des Berufsbildes ab, sondern analysiert das Ausmaß der Offenlegungspflichten gegenüber anderen Intermediären.

¹⁵¹⁵ *H.-P. Schneider*, Berufsfreiheit, in: HdB GR V, § 113 Rn. 97.

¹⁵¹⁶ BVerfGE 34, 252 (256) – Vereinheitlichung steuerberatender Berufe.

¹⁵¹⁷ Nach dem RBERG durfte dieser nach behördlicher Zulassung in allen Rechtsbereichen außergerichtlich beraten (*Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, Einl. RDG Rn. 6).

¹⁵¹⁸ BVerfGE 75, 246 (266 f.) – Vereinheitlichung Rechtsberatung; zur Geschichte der angegriffenen, aber bestätigten Änderung des RBERG *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, Einl. RDG Rn. 7.

¹⁵¹⁹ BVerfGE 75, 284 (297 f.) – Versicherungsberater.

¹⁵²⁰ Gesetz v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2517); zum RegE s. BT-Drs. 18/5201, insb. S. 18.

BGH¹⁵²¹ zu korrigieren, wonach ein Angestelltenverhältnis im Erstberuf bestünde und eine selbstständige anwaltliche Tätigkeit im Nebenberuf. Auf der anderen Seite können sich auch Teilausschnitte eines Berufsbildes verselbstständigen.¹⁵²² So wird man das „Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung“¹⁵²³ als Herausbildung eines Berufsbildes des Pflichtverteidigers begreifen können, weil § 142 Abs. 6 S. 2 StPO ausdrücklich ermöglicht, Interesse an der Übernahme der Pflichtverteidigung zu bekunden, also selbstbestimmt zu entscheiden, hiermit den Lebensunterhalt zu verdienen.¹⁵²⁴ Diesem Berufsbild den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zu versagen, ist deshalb unzutreffend.¹⁵²⁵ Mit den vom BVerfG vorgebrachten Erwägungen erklärt sich auch, dass gegen die großen Reformen der Profession in Frankreich – Integration der Avoués und der Conseillers juridiques – verfassungsrechtlich über Entschädigungsfragen hinaus keine Bedenken erhoben werden konnten, wäre es zu einer Normenkontrolle beim Conseil Constitutionnel gekommen. Eine Vielzahl an Reformversuchen, u. a. durch *Clemenceau*, hatten das Vertrauen in den Bestand der Aufgliederung der Profession erschüttert.¹⁵²⁶ Durch die zeitweilige Reichszugehörigkeit waren im Gerichtssprengel der Cour d’appel de Colmar auch die Avocats postulationsfähig, was durch die territoriale Wiedereingliederung in die Französische Republik nicht mehr in Frage gestellt wurde.¹⁵²⁷ Die beiden Professionen hatten sich also angenähert.

bb) Verstärkung zur Einrichtungsgarantie der §§ 1–3 BRAO?

Eine verfassungsrechtliche Grenze des Ausgestaltungsspielraums könnte eine Einrichtungsgarantie des Normzusammenhangs der §§ 1–3 BRAO mit seinen Merkmalen Unabhängigkeit, Interessenvertretung und Organ der Rechtspflege sein. Unter Einrichtungsgarantie können nach *F. Klein*¹⁵²⁸ Institutsgarantien und institutionelle Garantien verstanden werden. Der Gedanke aus der Weimarer Zeit besteht darin, bestimmte „Rechtseinrichtungen“ bzw. Objektivierungen gegen die Beseitigung durch den Gesetzgeber zu schützen, weil man diese aus bestimmten

¹⁵²¹ S. nur BGH, Beschl. v. 7. 2. 2011 – AnwZ (B) 20/10, NJW 2017, 1517.

¹⁵²² So entstand erst im Kaiserreich (für die Zeit davor s. *Pausch*, StB 1984, 129 ff.) angesichts eines sich ausdifferenzierenden Steuerrechts das Berufsbild des Steuerberaters, das von Rechts- und Wirtschaftskunde geprägt war und sich somit vom anwaltlichen und notariellen Berufsbild löste (s. zu diesem Prozess *Pausch*, Stbg 1977, 179 ff.).

¹⁵²³ Gesetz v. 13.12.2019 (BGBl. I S. 2128).

¹⁵²⁴ Vom „Sonderopfer Pflichtverteidigung zur ökonomischen Chance“ schreibt *Beulke*, JZ 2021, 403 (407).

¹⁵²⁵ Vgl. bereits Kap. 2, § 2, A., I., 2., b), S. 156.

¹⁵²⁶ Aus dem Schrifttum früh *Appleton*, Traité de la profession d’avocat, Rn. 167.

¹⁵²⁷ Gesetz v. 20.2.1922 über die Ausübung der anwaltlichen Profession und die Aufsicht der Kammer im Elsass und Département Moselle, JORF v. 4.3.1922 (Loi sur l’exercice de la profession d’avocat et la discipline du barreau en Alsace-Moselle); vgl. auch zur Bedeutung dieser Erfahrung im Gesetzgebungsverfahren zur Reform 1971 *Henrichfreise*, Frankreichs Anwaltschaft im Wandel, S. 35.

¹⁵²⁸ *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, S. 93 ff.

historischen Gründen und Erfahrungen für besonders schützenswert hielt.¹⁵²⁹ Je mehr man einem institutionellen Grundrechtsverständnis zuneigt, umso mehr Einrichtungsgarantien entdeckt man im Grundgesetz. Hier soll es um bestimmte Einrichtungsgarantien gehen, die sich dem Gesetzgeber aufzwingen. Nach *Stern*¹⁵³⁰ muss für eine solche Einrichtung eine „Rechtseinrichtung“, ein „normativer Tatbestand“ vorliegen. Zudem darf die Verfassung nicht lediglich an die Objektivation anknüpfen, sondern muss vielmehr auf die Gewährleistung eben jener Einrichtung abzielen („Garantie“). Die grundrechtliche Gewährleistung eines Lebensausschnittes genügt an und für sich nicht.¹⁵³¹ Wenn Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG also ein Grundrecht auf anwaltlichen Beistand sichern, folgt daraus nicht zwangsläufig der Schutz der Anwaltschaft als Einrichtungsgarantie.¹⁵³² Die Anknüpfungen des BVerfG an das Berufsbild des Rechtsanwalts aus §§ 1–3 BRAO könnten gleichwohl nahelegen, dass die Stellung als unabhängiger Interessenvertreter und unabhängiges Rechtspflegeorgan als eine Einrichtungsgarantie geschützt ist. Die Strafverteidigung wird ausdrücklich als „Institution“ des Rechtsstaatsprinzips bezeichnet.¹⁵³³ Das BVerwG hat auf die Leistungsklage eines Anwalts auf Herausgabe ausländischer Verwaltungsvorschriften hin judiziert, dass das Fehlen der vom Kläger begehrten allgemeinen Information nicht dazu führe, „daß er an einer sachgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe, unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten zu sein und so an der Rechtspflege mitzuwirken (§§ 1, 3 Abs. 3 BRAO), gehindert wäre“ und deshalb keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht feststellen können.¹⁵³⁴ Der Text des Grundgesetzes trifft allerdings gerade keine expliziten Aussagen zur Funktion oder zum Status des einzelnen Rechtsanwalts oder der Profession.¹⁵³⁵ Dies erschwert die Annahme einer Einrichtungsgarantie, weil diese nur der Verfassungsinterpretation entnommen

¹⁵²⁹ Zusammenfassend zur Weimarer Diskussion *Stern*, Die Einrichtungsgarantien, in: StR III/1, § 68 S. 761.

¹⁵³⁰ *Stern*, Die Einrichtungsgarantien, in: StR III/1, § 68 S. 785 ff.

¹⁵³¹ Ausdrücklich *Kaufhold*, Lehrfreiheit, S. 241.

¹⁵³² Anders aber wohl („mittelbare Institutionalisierung“) *Rick*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 87 f. – Diskutiert wird jedoch, ob Art. 19 Abs. 4 GG neben dem subjektiven Grundrecht eine institutionelle Garantie einer Gerichtsbarkeit enthält; ablehnend, da andere Verfassungsvorschriften die Existenz unmittelbar anordnen, *Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: HdB GR II, § 43 Rn. 84; ausführliche Nachweise bei *Mager*, Einrichtungsgarantie, S. 321 f.

¹⁵³³ BVerfGE 110, 226 (253) – Geldwäsche.

¹⁵³⁴ BVerwGE 61, 40 Rn. 18 f. im Nachgang zu VGH BW, Urt. v. 5.2.1979 – I 3199/78, NJW 1979, 2117. – Soweit das BVerwG ausführt, dass die Verkenntung eines (in casu nicht bestehenden) einfachrechtlichen Auskunftsanspruchs die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts verletzte, insinuiert dies, dass einfachgesetzliche Rechtspositionen in den grundrechtlichen Schutz aufgenommen werden können. Allerdings ist das BVerwG hier inhaltlich mit dem Informationszugangrecht befasst und orientiert sich wohl an dessen Dogmatik, in der es anerkannt ist, dass aus der Informationsfreiheit zwar kein grundrechtsunmittelbarer Anspruch erwächst, aber die fehlerhafte Anwendung eines zugangseröffnenden Gesetzes zur Grundrechtsverletzung führt, vgl. BVerfGE 145, 365 (372 Rn. 20).

¹⁵³⁵ Während die Gerichte bzw. die Gerichtsbarkeit in Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG Erwähnung finden.

werden kann.¹⁵³⁶ Art. 208 Verf. Portugal¹⁵³⁷ oder die Vorschläge, in der französischen Verf. 1958 die Unabhängigkeit der Anwaltschaft bzw. den Zugang zu einem unabhängigen Anwalt zu garantieren, stellen also einen qualitativen Unterschied zur deutschen Rechtslage dar. Wenn das BVerfG auf das einfachgesetzliche Berufsbild Bezug nimmt, kommt darin also keine verfassungsrechtliche Garantie der durch die Vorschriften geschaffenen Institution zum Ausdruck, sondern vielmehr, dass der Gesetzgeber in den §§ 1–3 BRAO ein Konzept des Berufsstandes entworfen hat, dass den verfassungsrechtlichen Determinanten entspricht und sich bewährt hat. Die historische Bewährung genügt jedoch nicht, um eine Einrichtung im Ergebnis um ihrer selbst zu schützen.¹⁵³⁸

cc) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber kann den Berufsstand des Rechtsanwalts zerschlagen und mehrere unterschiedliche, untereinander ausdifferenzierte Berufe schaffen, die die Funktion des Rechtsanwalts wahrnehmen. Das Verfassungsrecht stellt ihm hierbei keine Hürden in den Weg.¹⁵³⁹ Geschützt ist verfassungsrechtlich die Existenz eines Berufes, der den Anforderungen an die Funktion genügt, aber nicht der Beruf des Rechtsanwalts als solcher. So verlangt das BVerfG auch nur, aber immerhin, dass dem „Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit *Rechtskundige* zur Seite stehen, denen er *vertrauen* und von denen er erwarten kann, dass sie *seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig* wahrnehmen“ (Hervorhebung nur hier).¹⁵⁴⁰

¹⁵³⁶ F. Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, S. 162 lässt eine verfassungstextliche Erwähnung genügen; anders Stern, Die Einrichtungsgarantien, in: StR III/1, § 68 S. 789; speziell für eine Institutionalisierung des Rechtsanwalts unterscheidet Rick, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 78 zwischen einer *verfassungsrechtlichen* und *verfassungsgerichtlichen* Institutionalisierung.

¹⁵³⁷ Vgl. auch Pommerening, Der Rechtsanwalt in Portugal, S. 42 f., 231.

¹⁵³⁸ Ausdrücklich Kaufhold, Lehrfreiheit, S. 241; gegen eine institutionelle Garantie bestimmter Berufe in Art. 12 Abs. 1 GG auch Scholz, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 GG Rn. 76 sowie H.-P. Schneider, Berufsfreiheit, in: HdB GR V, § 113 Rn. 96, ausdrücklich auch für solche Berufe, die Allgemeinwohlbelange verwirklichen oder zu den „staatlich gebundenen Berufen“ zählen.

¹⁵³⁹ Anders Rick, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, S. 92 ff., der die Rechtsanwaltschaft am Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG teilhaben lässt, weil sowohl Art. 19 Abs. 4 GG als auch Art. 103 Abs. 1 GG dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen seien und durch diese Vorschriften ein Beistandsrecht begründet wird; Mayen, AnwBl. 2011, 405 (409) spricht von einer Institutsgarantie für die Freie Advokatur, was weniger den Beruf, sondern seine prägenden Merkmale adressieren könnte; unklar Ch. Schönberger, NJW 2003, 249 (254), der dem Gesetzgeber jedenfalls freistellt, neben dem Anwalt noch weitere Berufe, wie den des Vollrechtsbeistands, zu eröffnen.

¹⁵⁴⁰ S. nur BVerfGE 110, 226 (252) – Geldwäsche.

c) *Anwaltliche Selbstverwaltung als zwingende Ausgestaltungsbestimmung?*

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber zur „Erhaltung der gesellschaftlichen Selbstorganisation“¹⁵⁴¹ aufgefordert. Die französische Selbstverwaltung ist zwar auch durch Gesetz errichtet und die Avocats sind kraft Gesetzes Mitglied, doch hat der Gesetzgeber damit nur eine gesellschaftliche Organisationsform, die er vorgefunden hat, geschützt und verstetigt. Sie kann durch die Partizipation legitimiert werden. Dies unterscheidet die französische von der deutschen Selbstverwaltung. Sie ist kein „Ordre“, sondern eine Kammer und die Beteiligung ihrer Mitglieder am Willensbildungsprozess „beklagenswert niedrig“, so dass womöglich „wenig Argumente für die Zukunftsfähigkeit der staatlichen Organisationsentscheidung“ bestehen.¹⁵⁴² Die verfassungsrechtlichen Hürden für einen Aufgabenentzug sind niedriger. Sie wird nicht vom Grundgesetz erwähnt,¹⁵⁴³ also kann ihr auch nicht der Rang einer verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantie zukommen.¹⁵⁴⁴ Deshalb ist es verfassungsrechtlich bedenklich, wenn das BVerfG in einem Kammerbeschluss zur Verfassungsmäßigkeit der Zusammensetzung des Wahlausschusses für die Rechtsanwälte beim BGH (§§ 165 ff. BRAO) auf einen gerügten Verstoß gegen die anwaltliche Selbstverwaltung eingeht.¹⁵⁴⁵ Allerdings sortiert die Kammer im Anschluss die (offensichtlich aussichtslose) Rüge verfassungstextlich bei der anwaltlichen Berufsfreiheit des Beschwerdeführers ein. Dies entspricht der hier eingenommenen Perspektive: Die einfachgesetzliche errichtete Selbstverwaltung ist ein Element der berufsfreiheitlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, der sich ohne Verletzung von Verfassungsrecht hierfür entscheiden konnte – aber nicht musste.¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴¹ *Ladeur*, AöR 131 (2006), 643 (648).

¹⁵⁴² *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 20 Rn. 48 f.; allgemein, also nicht spezifisch für die berufsständischen Kammern, eine Tendenz zulasten der Selbstverwaltung ausmachend *Axer*, Selbstverwaltung als Organisationstyp, in: HdB VerwR III, § 62 Rn. 45.

¹⁵⁴³ Den fehlenden textlichen Bezug mittels Vergleichs zu Art. 5 Abs. 3 GG relativierend *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 36g; zutreffend aufgrund der spezifischen Regelung dieser Vorschrift gegen hierauf gestützte Verallgemeinerungen für die funktionale Selbstverwaltung *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 538; s. auch *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 41 (für die ständische Selbstverwaltung der Ärzteschaft).

¹⁵⁴⁴ *Schöbener*, Rechtsschutz, in: HdB KammerR, § 14 Rn. 17. – Instrukтив rechtsvergleichend *Biernat/Dąbek*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Polen, in: IEP V, § 80 Rn. 193 ff. zu Art. 17 Abs. 1 Verf., der eine Verkammerung jedes „Berufs öffentlichen Vertrauens“ ermöglicht. – Viele Berufe strebten diesen Status an, allerdings hat die polnische Regierung 2013 beschlossen, 50 Berufe zu „entkammern“. Über verfassungsrechtliche Hindernisse wird a. a. O. nicht berichtet, doch kann man erwägen, dass Art. 17 Abs. 1 Verf. eine einmal erfolgte Verkammerung dem jederzeitigen und willkürlichen Zugriff des Gesetzgebers verschließt bzw. gegenüber einer Verfassung, die sich zur funktionalen Selbstverwaltung nicht verhält, höhere Hürden aufstellt.

¹⁵⁴⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 13.6.2017 – 1 BvR 1370/16, NJW 2017, 2670 (2671 Rn. 21) – Auswahlverfahren für die Zulassung als Rechtsanwalt beim BGH II; auf die Frage der Verletzung der anwaltlichen Selbstverwaltung geht *Heinrichs*, Freiheit der Advokatur, S. 257 nicht ein, allgemein zur Besetzung des Wahlausschusses, s. S. 284 ff.

¹⁵⁴⁶ Deutlich in BVerfGE 10, 89 (104) – (Großer) Erftverband: „In einem Staat, der den Gedanken der Selbstverwaltung bejaht und in seiner Gesetzgebung weitgehend verwirklicht, kann die

aa) Selbstverwaltung

Die Verkammerung stellt nach der ständigen Judikatur des BVerfG¹⁵⁴⁷ keinen Eingriff in die Berufsfreiheit des Berufsträgers dar, da es am Merkmal der Berufsbezogenheit fehlt.¹⁵⁴⁸ Denn die Verkammerung ist für das BVerfG eine einfache Folge der Entscheidung für den Beruf des Rechtsanwalts, so dass der Bezug mittelbar und damit nicht ausreichend ist.¹⁵⁴⁹ Die Lösung ist jedoch darin zu erblicken, dass die anwaltliche Berufsfreiheit der Ausgestaltung bedarf und die Selbstverwaltung als objektiv-rechtliche Seite dieser ausgestaltungsbedürftigen Freiheit zu sehen ist.¹⁵⁵⁰ Die Selbstverwaltung als Freiraum von staatlicher Bestimmung entspricht der anwaltlichen Berufsfreiheit.¹⁵⁵¹ Die Unabhängigkeit des einzelnen Rechtsanwalts organisatorisch widerzuspiegeln,¹⁵⁵² ist jedoch – trotz aller Kritik an der Selbstverwaltung, wie sie insbesondere *Kleine-Cosack*¹⁵⁵³ so pointiert wie scharf vorträgt – nicht verfehlt¹⁵⁵⁴ angesichts der Strukturentscheidungen der Verfassung, die im europäischen Rechtsvergleich mit anderen verfassten Rechtsstaaten kein singuläres Modell ist.¹⁵⁵⁵ „Die Selbstverwaltung der freien Berufe entspricht dem liberalen Verständnis von Freiheit und Subsidiarität und lässt sich verstehen als Ausprägung der für das demokratische Staatswesen existentiellen Aktivbürger-

Wahl der Organisationsform einer Körperschaft nicht schon als solche verfassungswidrig sein.“; zur grundgesetzlichen Ermöglichung funktionaler Selbstverwaltung überzeugend *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 539 ff., der nachweist, dass der Parlamentarische Rat die funktionale Selbstverwaltung zur Kenntnis genommen hatte und sie nicht ihrer Natur nach für unvereinbar mit grundgesetzlichen Vorgaben sah.

¹⁵⁴⁷ BVerfGE 15, 235 (239) – Zwangsmitgliedschaft IHK; BVerfG-K, Beschl. v. 7.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 235 ff. geht nicht mehr auf Art. 12 Abs. 1 GG ein; *Ehlers/Lechleitner*, Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer, S. 34.

¹⁵⁴⁸ Anders aber (wohl) BayAGH, Urt. v. 05.11.2021 – III – 4–6/19, Rn. 51 – „Seehaus“.

¹⁵⁴⁹ Anders aber *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 220; grundsätzlich die Eingriffsqualität der bloßen Pflichtmitgliedschaft in Frage stellend *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 298 ff.; *ders.*, Funktionale Selbstverwaltung, in: HdB VerwR III, § 65 Rn. 46, weil es zu einer Rechtskreiserweiterung komme; Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit seien erst die nachgelagerten Pflichten.

¹⁵⁵⁰ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 411.

¹⁵⁵¹ So *Kilian/Koch*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 20 Rn. 48 f.; *Gaier*, BRAK-Mitt. 2012, 142 (144 f.); *Ch. Wolf*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 3 BRAO Rn. 36c.

¹⁵⁵² So auch die Perspektive der Rechtsanwaltskammern, wiedergegeben im Rahmen ihrer „Thesen“ (abgedruckt in BRAK-Mitt. 2008, 91).

¹⁵⁵³ Stellvertretend *Kleine-Cosack*, BRAO, Einl. Rn. 14 ff.

¹⁵⁵⁴ Art. 179 BayVerf steht als Organisationsnorm (ungeachtet der Kompetenzfrage) nicht der öffentlich-rechtlich verfassten Selbstverwaltung entgegen, da sich die Norm nicht auf die Rechtsanwaltskammern bezieht (noch vor dem Inkrafttreten der BRAO zur RAO 1946 BayVerfGH, Entsch. v. 10.3.1951 – Vf. 192, 199 – VII – 49, Vf. 42, 60, 122 – VII – 50, VerwRspr. 1951, 651 [658]; *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff, BayVerf, Art. 97 Rn. 2); s. aber hingegen für die positive Anerkennung der funktionalen Selbstverwaltung im Landesverfassungsrecht Art. 87 Abs. 5 SachsAnhVerf: „Andere Körperschaften des öffentlichen Rechts können für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben gegenüber ihren Mitgliedern durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes gebildet werden.“

¹⁵⁵⁵ Überblick bei *Heyne*, Kammerwesen in anderen Staaten, in: HdB KammerR, § 4 Rn. 26 ff.

schaft.“¹⁵⁵⁶ Der Spielraum des Gesetzgebers ist zwar nicht derart verengt,¹⁵⁵⁷ dass einem Grundrecht eine einzige Organisationsform, die sich der Gesetzgeber zu eigen machen muss, zu entnehmen ist.¹⁵⁵⁸ Der Regelfall ist nämlich gerade die Staatsaufsicht über wirtschaftliche Tätigkeit¹⁵⁵⁹ und ein rascher Blick auf die britische Regulierungsbehörde Solicitors Regulation Authority (SRA)¹⁵⁶⁰ lässt es nicht undenkbar erscheinen, die Staatsaufsicht auf freiberufliche Rechtsanwälte zu erstrecken.¹⁵⁶¹ Dies würde zur Trennung der Überwachungs- und Aufsichtsaufgabe von der Interessenwahrnehmungsaufgabe führen. Allerdings entzündet sich die Kritik an der berufsständischen Selbstverwaltung eigentlich nicht an ihrem Wirken als Verwaltungsbehörde, sondern die Kritik fokussiert sich auf Wahrnehmung anwaltlicher Interessenvertretung (vor allem bei der BRAK).¹⁵⁶² Hierin kommt freilich mehr ein Bewusstseinsproblem der zuständigen Organe der Selbstverwaltung, denn ein juristisches Problem zum Vorschein. Aufgrund dessen erschien es verfassungsrechtlich, auch vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsgedankens, geboten,¹⁵⁶³ die Entscheidung über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft der Rechtsanwaltskammer zu übertragen und dies nicht mehr der Landesjustizverwaltung zu belassen (§ 12 BRAO). Fehlerhafte Anwendungen von Versagungstatbeständen

¹⁵⁵⁶ *Henssler*, in: Jhrb. Kammer- und BerufsR 2011, 13 (17); früh diese Perspektive einnehmend *Häberle*, DVBl. 1972, 909 (910): „In der Leistungsgesellschaft bedarf es der Selbstverwaltung insofern, als sich der einzelne nur noch durch Gruppen in seinen Interessen behaupten kann.“

¹⁵⁵⁷ Kritisch zum großen Spielraum, den das BVerfG dem Gesetzgeber einräumt, *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 221.

¹⁵⁵⁸ *Gaier*, BRAK-Mitt. 2012, 142 (145); aus französischer Sicht unabhängig von der konkreten Profession des Avocats auch *Nasom[-Tissandier]*, Recherche sur la notion juridique de profession, S. 151; wohl anders *Ch. Wolf*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, § 3 BRAO Rn. 36a, 36k.

¹⁵⁵⁹ Vgl. nur *P. M. Huber*, Überwachung, in: Grundlagen VerwR III, § 45 Rn. 45: „klassische Verwaltungsaufgabe par excellence“; *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 193 f. Rn. 205 ff.; für bestimmte Berufe aufgrund der Notwendigkeit detaillierter Kenntnisse der Materie anders *Stephan*, Berufsaufsicht und Berufsgerichtsbarkeit, in: HdB KammerR, § 10 Rn. 2 f. – Dieses Argument scheint nicht stichhaltig, denn viele komplexe Regelwerke werden durch klassische Aufsichtsbehörden vollzogen.

¹⁵⁶⁰ S. zur Reform in England *Kilian*, AnwBl. 2004, 389 (390 ff.).

¹⁵⁶¹ Argumentiert in eine entgegengesetzte Richtung soll sogar eine rechtsaufsichtsfreie Körperschaft des öffentlichen Rechts staatsrechtlich möglich sein (*Salzwedel*, VVDStRL 22 [1963], 206 [254]; *Brohm*, VVDStRL 30, 245 [293 f.]). – Der einfachrechtliche Normbefund, auch der BRAO, lässt hierfür keinen Raum.

¹⁵⁶² *Uwer*, ZdiW 2021, 157 ff. (insb. 160 ff.) stellt seine Kritik unter das Schlagwort der Selbstreferenzialität; bereits *Nasom[-Tissandier]*, Recherche sur la notion juridique de profession, S. 152 sieht diese Aufgabe im Allgemein tendenziell kritisch, allerdings in Bezug auf gerichtliche Geltendmachung von Kollektivinteressen; deutlich positiver *Henssler*, in: Jhrb. Kammer- und BerufsR 2011, 13 (16 f.).

¹⁵⁶³ „Vorzugswürdig“ sieht *Redeker*, NJW 1987, 2610 (2612) die Zulassung durch die Rechtsanwaltskammer (im Einvernehmen mit der Landesjustizverwaltung); für einen berufsübergreifenden Kontext im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips s. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 99 Rn. 16 ff.; zurückhaltend *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 1996, 90 (91), der die Frage im Ergebnis verneint, weil im Grundgesetz nichts stehe und das BVerfG hierüber noch nicht befunden habe, verfassungs- wie rechtspolitisch eine Zulassung durch die Anwaltschaft aber begrüßt.

wie der Unwürdigkeit oder die rigide Praxis beim Vermögensverfall¹⁵⁶⁴ sind tendenziell Ausnahmen. Aus der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts (wie auch der Meinungsfreiheit) folgt der mit § 29 Abs. 3 BDSG (in Maßen) wahrgenommene Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, Verfahrens- und Organisationsregeln zu erlassen, die durch Ausfüllen der Öffnungsklausel des Art. 90 Abs. 1 DSGVO die externe Datenschutzaufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten beschneiden, um das Mandatsgeheimnis nicht dem scharfen Eingriffsregime des Art. 58 DSGVO auszusetzen, auch wenn eine Übertragung der Aufsicht auf die RAK oder die BRAK nicht stattgefunden hat.¹⁵⁶⁵

bb) Anwaltsgerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit der Anwaltschaft – mit Ausnahme des beim BGH angesiedelten Anwaltssenats – ist institutionell selbstständig; freilich ohne ein mit Art. 101 Abs. 2 GG unvereinbares Sondergericht zu sein.¹⁵⁶⁶ Das BVerfG¹⁵⁶⁷ war mehrfach aufgerufen, über die Verfassungskonformität der Ausgestaltung dieser Gerichtsbarkeit zu befinden. Insbesondere hat es die Vereinbarkeit mit Art. 92 GG trotz fehlender Mitwirkung von Berufsrichtern im Spruchkörper des AnwG und AGH bejaht.¹⁵⁶⁸ Auch ist es keine Verletzung von Art. 95 Abs. 2 GG, dass die anwaltlichen Mitglieder des Anwaltssenats beim BGH nicht durch den Richterwahlausschuss gewählt werden.¹⁵⁶⁹ Auf der anderen Seite ist es nicht verfassungsrechtlich bedenklich, wenn Richter beim AGH und im Anwaltssenat des BGH, dort immerhin in der numerischen Mehrheit, mitwirken.¹⁵⁷⁰ Diese Lösung des Gesetzgebers sind vor dem Hintergrund der Verfassung nicht außerhalb seines Ausgestaltungsspielraums der anwaltlichen Berufsfreiheit, wie das BVerfG¹⁵⁷¹ zur Unabhängigkeit der Gerichte auch bestätigt hat. Man mag hörenswerte Einwände vorbringen hiergegen, vor allem was die anwaltsgerichtliche Zuständigkeit

¹⁵⁶⁴ S. bspw. *Kleine-Cosack*, AnwBl. 2011, 204 ff. – Der DAV hat in der Covid-19 Pandemie eine gesetzliche Regelung verlangt, was die BRAK abgelehnt hat (Mitteilung bei AnwBl. 2020, 376).

¹⁵⁶⁵ Ausführlich *König*, Sektorale Datenschutzkontrolle bei Rechtsanwälten, S. 116 ff.; s. auch grundlegend (zum alten Datenschutzrecht) *Rüpke*, Freie Advokatur, S. 64 ff.

¹⁵⁶⁶ BVerfGE 26, 186 (193 ff.) – Ehrengerichte I.

¹⁵⁶⁷ Sowie bereits der BayVerfGH zur RAO 1946: BayVerfGH, Entsch. v. 10.3.1951 – Vf. 192, 199 – VII – 49, Vf. 42, 60, 122 – VII – 50, VerwRSpr. 1951, 651 (662 ff.).

¹⁵⁶⁸ BVerfGE 48, 300 (315 ff.) – Ehrengerichte II.

¹⁵⁶⁹ BVerfGE 26, 186 (201 ff.) – Ehrengerichte I.

¹⁵⁷⁰ Hierin ein Problem der Staatsunabhängigkeit des Rechtsanwalts sehend *Römermann*, NJW 2019, 2986 (2986): Hauptkritikpunkt ist für ihn § 94 Abs. 2 S. 2 BRAO, der das Ernennungsverfahren der anwaltlichen Richter regelt und strukturell zur Befangenheit wegen der Mitwirkung des Kammervorstands führen müsse. Diesen verfassungsrechtlichen Einwand hat CC, Entsch. v. 29.9.2011 – Nr. 2011-179 QPC – Mme Marie-Claude A. (Conseil de discipline des avocats) zur wohl noch problematischeren Situation in Frankreich zurückgewiesen, im offiziellen Kommentar zur Entscheidung aber eine Einzelfallbetrachtung angemahnt.

¹⁵⁷¹ BVerfG-K, Beschl. v. 26.6.2006 – 2 BvR 206/09, NJW 2006, 3049 f.

für bestimmte Verwaltungsstreitverfahren anbelangt,¹⁵⁷² doch ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beim Erlass von Verfahrens- und Organisationsvorschriften weit.¹⁵⁷³

§ 3: Regulierung anwaltlicher Werbung als Anwendungsbeispiel

Berufsrechtlich – rechtsordnungsübergreifend – im Fokus stand und steht seit langer Zeit das anwaltliche Werberecht.¹⁵⁷⁴ Liberalisierungstendenzen haben inzwischen die frühere Werbefeindlichkeit abgelöst (dazu unter A.). Das anwaltliche Werberecht steht seiner Natur nach in einem Spannungsfeld von Restriktion, Freiheit und Informationsbedarf. Dieses kann mit der dogmatischen Figur der dienenden Freiheit grundrechtlich erfasst werden (dazu unter B.).

A. Phasenverschiebung bei der Liberalisierung des Werberechts in Deutschland und Frankreich

Die Freie Advokatur löste den Anwaltsstand aus den Fesseln der staatlichen Kontrolle und Bevormundung, nicht aber aus den Fesseln des Freiberuflertums. Und nach tradierter Vorstellung wirbt ein Freiberufler nicht wie ein Gewerbetreibender für seine Tätigkeit, bzw. überhaupt nicht. Diese Auffassung hat die verschiedenen verfassungsrechtlichen Umbrüche in Deutschland überstanden und es war nicht der Wille der Mehrheit der Anwaltschaft, diese zu überwinden, sondern es war der grundrechtliche Druck durch die Gerichte: zuerst der EGMR zur Arztwerbung¹⁵⁷⁵ und dann mit seinen Bastille-Beschlüssen¹⁵⁷⁶ der Erste Senat des BVerfG. Nach Ablauf einer Übergangszeit, für die das BVerfG weiterhin den Rückgriff auf die Standesrichtlinien zuließ, soweit es das Verbot der Einzelfallwerbung und das Verbot irreführender Werbung betraf,¹⁵⁷⁷ traten 1994 § 43b BRAO und die Satzungsermächtigung des § 59b Abs. 2 Nr. 3 BRAO a. F. in Kraft. Ende 1996 wurden die §§ 6–10 BORA durch die Satzungsversammlung verabschiedet. Werbung durch Freiberufler ist heute eine Selbstverständlichkeit und die Liberalisierung hat zu

¹⁵⁷² Zur Frage, ob anwaltsrechtliche Verwaltungsstreitverfahren nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuweisen sind, s. die eine Reform befürwortenden Beiträge von *Rennert*, AnwBl. 2016, 533 f. und *Kilian*, AnwBl. 2015, 278 (282 f.); *Kirchberg*, AnwBl. 2015, 44 sieht dies hingegen als Einfallstor in eine weitgehende Abschaffung der Anwaltsgerichtsbarkeit.

¹⁵⁷³ Einen womöglich in der Ausgestaltungskontrolle relevanten Gesichtspunkt könnte *Offermann-Burckart*, in: Henssler/Prütting, § 92 BRAO Rn. 20 aufgeworfen haben, indem sie die auf die Veränderung im Realbereich hinweist, wonach Berufsträger mehrere sozietätsfähige Berufe ausüben können und so eine gerichtliche Zuständigkeitskonzentration verfassungsrechtlich geboten sein könnte. – Grundsätzliche Kritik und das Verdikt der Verfassungswidrigkeit über den Anwaltssenat beim BGH aussprechend *Quaas*, DVBl. 2016, 1228 ff.

¹⁵⁷⁴ Zur Terminologie v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 2 ff.

¹⁵⁷⁵ EGMR, Urt. v. 25.3.1985 – Nr. 10/1983/66/101, NJW 1985, 2885 (2887) – Fall Barthold.

¹⁵⁷⁶ BVerfGE 76, 196 – Bastille II.

¹⁵⁷⁷ BVerfGE 76, 196 (205) – Bastille II.

keinem Sittenverfall geführt¹⁵⁷⁸ – bekannte „Schocker“ bestätigen vielmehr die entgegengesetzte Regel und wurden durch das BVerfG im Ergebnis sachgerecht aufgefangen. Der Conseil d'État scheint sich dieser Entwicklung langsam anzuschließen.¹⁵⁷⁹ So wies er noch 2016 eine Klage gegen ein Dekret ab, wonach galt, dass „La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale“, weil das Dekret nicht verhindere, objektive und wissenschaftliche Informationen dem Patienten zu vermitteln.¹⁵⁸⁰ Die Perspektive war also jene, die die Freiberuflichkeit als unvereinbar mit Werbung betrachtet und diese als Ausdruck einer gewerblichen Tätigkeit begreift. 2019 läutete der Conseil d'État seine unionsrechtlich (Art. 56 AEUV) motivierte¹⁵⁸¹ Kehrtwende ein und verlangte von der Regierung, die Werbemöglichkeiten von Medizinern zu regeln, die mit den Allgemeinwohlinteressen vereinbar sind, ohne zugleich ein allgemeines und absolutes Verbot zu statuieren.¹⁵⁸² Für die Anwaltsprofession hingegen stellte nicht nur das Schlagwort von der Freiberuflichkeit eine Hürde für eine Liberalisierung der Werbemöglichkeiten dar, sondern im Mittelpunkt des „Widerstands“ stand und steht die Dignität der Profession.¹⁵⁸³ Unter Bezugnahme auf sie war die Selbstverwaltung nicht zu Lockerungen bereit und die Rechtsprechung der Cour de Cassation konnte nur die größten Exzesse der Selbstverwaltung unterbinden,¹⁵⁸⁴ ohne selbst, wie es das BVerfG war, Impulsgeber des Wandels zu sein.¹⁵⁸⁵ Nach Art. 66-4 des Gesetzes v. 31.12.1971 a. F. war jedermann, also nicht nur Anwälten, unter Strafandrohung verboten, die als aggressiv empfundene und individuelle *démarchage* im Hinblick auf Konsultationen oder Kautelartätigkeiten zu betreiben. Hierbei handelt es sich um ein Akquiseverbot, das nicht mit § 43b BRAO vergleichbar ist, der nur das Werben um ein konkretes Mandat, aber nicht um einen Mandanten (Direktwerbung) verbietet.¹⁵⁸⁶ *Publicité* hingegen war nach Art. 2 des Dekrets v. 25.8.1972 im Hinblick auf diese Tätigkeiten verboten, wenn sie durch bestimmte Formen, darunter Kino- und Rundfunkwerbung, Trakte und Plakate, erfolgte. Nach der Fusion mit den zumeist wirtschaftsberatenden *conseils juridiques*, die ein traditionell anderes Ver-

¹⁵⁷⁸ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 19; allgemein auch so *Gaier*, in: FS Stürner I, S. 21.

¹⁵⁷⁹ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 69 Rn. 79 spricht von „manque d'audace“.

¹⁵⁸⁰ CE, Beschl. v. Urt. 5.5.2016 – Nr. 388548.

¹⁵⁸¹ Ausdrücklicher Bezug auf EuGH, Urt. v. 4.5.2017 – C-339/15 – Vanderborght.

¹⁵⁸² CE, Beschl. v. 6.11.2019 – Nr. 420225.

¹⁵⁸³ Zur Entwicklung in Frankreich auch knapp die Darstellung bei *Ahrens*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, § 29 Rn. 633.

¹⁵⁸⁴ Cass. Civ. I, Urt. v. 25.5.1992 – Nr. 89-10.096 (Kanzleischild und Zeitungsannoncen als einzige rechtmäßige Mittel der Kommunikation); Cass. Civ. I, Urt. v. 6.12.2007 – Nr. 06-16.072 (Verbot des Premium-Abos bei den Gelben Seiten).

¹⁵⁸⁵ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 172 Rn. 324.

¹⁵⁸⁶ Vgl. wie hier *Ring*, DStR 2011, 1635 f. sowie allgemein v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 43b BRAO Rn. 13.; anders *Hellwig*, AnwBl. 2011, 492 (494).

hältnis zur Werbung hatten,¹⁵⁸⁷ brachte das Dekret v. 12.7.2005 einen signifikanten Fortschritt, indem die *publicité* erlaubt wurde, soweit sie sich in der Zugänglichmachung von Informationen erschöpft und alle Werte der Profession achtet. Da unter dem Druck des Unionsrecht¹⁵⁸⁸ das Verbot der *démarchage* nicht mehr haltbar war, lässt seit 2014 Art. 3 *bis* des Gesetzes v. 31.12.1971 zu, dass sowohl *publicité* wie *sollicitation personnelle*, was eine gemäßigte Form der *démarchage* ist, im Rahmen eines Dekrets erlaubt sind.¹⁵⁸⁹ Damit ist das absolute Akquiseverbot beseitigt worden. Als *sollicitation personnelle* wird vom RIN definiert „toute forme de communication directe ou indirecte, dépassant la simple information, destinée à promouvoir les services d’un avocat à l’attention d’une personne physique ou morale déterminée.“ Dabei muss aber stets nach Art. 10.3 RIN eine *information sincère* vermittelt werden. Jede Werbung muss dem Ordre gemeldet werden. Das RIN unterscheidet jedoch die *informations personnelles* von der *publicité*, auch wenn diese Unterscheidung im Dekret selbst aufgegeben wurde.¹⁵⁹⁰

B. Dienende Werbefreiheit in Deutschland und Frankreich

Auch die Meinungsfreiheit kann neben beruflichen und wirtschaftlichen Grundrechten im Einzelfall anwaltliche Werbung unter ihren Schutz stellen (dazu unter I.). Die anwaltliche Werbefreiheit ist aber ein sehr prägnantes Beispiel für die Konzeption der dienenden anwaltlichen Freiheit (dazu unter II.).

I. Festlegung des einschlägigen Grundrechtsmaßstabes

Ob Wirtschaftswerbung auch der Meinungsfreiheit unterfallen kann, ist eine klassische Frage der Abgrenzung der deutschen Berufs- und Meinungsfreiheit (dazu unter 1.). Im französischen Verfassungsrecht ist diese Frage in dieser Deutlichkeit noch nicht aufgeworfen worden, was am spezifischen verfassungsprozessualen Rahmen liegt (dazu unter 2.).

1. für das deutsche Verfassungsrecht

Die gleitende Abgrenzung von Berufs- und Meinungsfreiheit führt für das Werberecht¹⁵⁹¹ trotz Idealkonkurrenz zu einem Übergewicht des Art. 12 Abs. 1 GG auf-

¹⁵⁸⁷ Landry, Gaz. Pal. v. 28.2.2015, Nr. 59, S. 8.

¹⁵⁸⁸ EuGH, Urt. v. 54.2011 – C-119/09, DStR 2011, 1635 ff. – Société fiduciaire nationale d’expertise comptable zu den französischen Wirtschaftsprüfern.

¹⁵⁸⁹ Landry, Gaz. Pal. v. 28.2.2015, Nr. 59, S. 8; Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 461.16. – Auch im US-Recht geht es um das Verhindern von *soliciting*, was Ahrens, ZJP 115 (2002), 281 (312) für schwer übersetzbar hält, gleiches gilt für die französischen Begriffe *démarchage* und *sollicitation*.

¹⁵⁹⁰ Ader/Damien *et al.*, Règles de la profession d’avocat, Rn. 461.31.

¹⁵⁹¹ Vgl. auch Lerche, Werbung und Verfassung, S. 85 („Ein isoliertes Vorgehen wäre gewiß unberechtigt“ sowie die Feststellung, der verfassungsrechtliche Standort sei im „Koordinatennetz“ der verschiedenen Grundrechte zu suchen).

grund des starken Bezuges¹⁵⁹² zur beruflichen Tätigkeit.¹⁵⁹³ Allerdings ist die Meinungsfreiheit nicht schlechthin verdrängt:¹⁵⁹⁴ Werbung kann – dies ist eine Frage des Einzelfalles, in Abwesenheit einer intellektuellen oder qualitativen Tatbestandsschwelle, meinungsbildungsrelevant sein,¹⁵⁹⁵ ohne dass dies zu einer grundrechtlichen Immunsierung des Werbenden und der Werbebotschaft führt.¹⁵⁹⁶ In der Benetton-Entscheidung hat das BVerfG die Abbildung allgemeiner Missstände, auch ohne ausdrückliche Aussage des werbenden Unternehmens, dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterstellt.¹⁵⁹⁷ Auch kommerzielle Werbung eines Rechtsanwalts, wie die Angaben von Interessenschwerpunkten (vgl. § 7 BORA), kann durch Text und Bild Werturteile und Anschauungen zum Ausdruck bringen.¹⁵⁹⁸ *Lerche* hat früh eingeworfen, dass der einzige Weg, Werbung dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG zu entziehen, darin liegen könnte, im Ergebnis Werbung für „Ware“ und für „Ideen“ unterschiedlich zu behandeln.¹⁵⁹⁹ Auch wenn *Lerche* diese Abgrenzung selbst allgemein für kaum möglich und für nicht überzeugend hält, wird sie bei der „Ware Recht“¹⁶⁰⁰ undurchführbar.

2. für das französische Verfassungsrecht

a) Skepsis bei der Anwendbarkeit des Art. 11 DDHC

Der Conseil Constitutionnel sieht Werberestriktionen regelmäßig nur als Thema der *liberté d'entreprendre* (Art. 4 DDHC).¹⁶⁰¹ Der Grund liegt sicherlich wiederum

¹⁵⁹² Da die Werbung als reiner Annex zur beruflichen Tätigkeit zu verstehen sei, will *Oppermann*, in: FS Wacke, S. 401 f. unter weitgehender Verdrängung der Meinungsfreiheit nur auf die sachnäheren wirtschaftlichen Grundrechte abstellen; hiergegen mit beachtlichen Einwänden *Hatje*, *Wirtschaftswerbung und Verfassung*, S. 94.

¹⁵⁹³ BVerfG-K, Beschl. v. 14.7.2000 – 1 BvR 721/99, NJW 2000, 3195 f. – Sponsoring NDR-Bigband; die fehlende Vorhersehbarkeit in der Rspr. des BVerfG anprangernd („Wie ein Rohr im Wind“) *Ahrens*, DVBl. 2014, 1096 (1101), dort auch m. w. N.; *ders.*, NJW 2000, 3188 (3188), dort für einen stärkeren Rückgriff auf die Meinungsfreiheit, um einen Gleichlauf mit der Judikatur des US-Supreme Court zu erreichen (hierzu *Lüken*, *Die Regulierung der Anwaltswerbung in den USA im Vergleich zu Deutschland*, S. 53 ff.); wohl generell von Idealkonkurrenz beider Grundrechte ausgehend *Huff*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 43b BRAO Rn. 3 ff.; in BVerfG-K, Beschl. v. 3.5.2015 – 1 BvR 3362/14, NJW 2015, 1438 – Anwaltliche Schockkassen stellt die Kammer Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in den Mittelpunkt der Ausführungen, allerdings bedingt durch den Vortrag des Beschwerdeführers und der bereits fehlenden Substantiierung einer Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG (so auch *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2015, 147 [148] in seiner Anmerkung).

¹⁵⁹⁴ So aber ausführlich und deutlich in der Kritik am BVerfG *Hochhuth*, *Meinungsfreiheit*, S. 310 ff., der für BVerfGE 102, 347 – Benetton dann auf Art. 2 Abs. 1 GG abstellen will.

¹⁵⁹⁵ BVerfGE 102, 347 (359) – Benetton; BVerfGE 71, 162 (175) – Frischzellenkur; bereits *Lerche*, *Werbung und Verfassung*, S. 77 f., der wenigstens eine Definition fordert, die einer werbenden Aussage „die Chance belässt, meinungsfähig und -bildend zu sein“; *Stern*, *Die Freiheit der Kommunikation und der Information*, in: StR IV/1, § 108 S. 1397 sieht die Werbung als Kehrseite des Boykottaufrufes, der stets von der Meinungsfreiheit geschützt war.

¹⁵⁹⁶ *Hatje*, *Wirtschaftswerbung und Verfassung*, S. 111 ff., 126.

¹⁵⁹⁷ BVerfGE 102, 347 (359) – Benetton.

¹⁵⁹⁸ Ausdrücklich BVerfG-K, Beschl. v. 21.11.2002 – 1 BvR 1965/02, NJW 2003, 344 f.

¹⁵⁹⁹ *Lerche*, *Werbung und Verfassung*, S. 79.

¹⁶⁰⁰ Zum „Recht als Kapital“ *Fries*, AcP 221 (2021), 108 ff.

¹⁶⁰¹ CC, Entsch. v. 27.7.1982 – Nr. 82-141 DC, Rn. 12 f. – *Loi sur la communication au-*

in seiner Zuständigkeit für die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen, in casu Werberestriktionen, deren künftige Wirkungen und deren Anwendungskonstellationen noch nicht im Ansatz absehbar sind. Ob im Einzelfall bestimmte Werbeaussagen eine Meinung darstellen können, wie in der Benetton-Entscheidung des BVerfG, wird er de constitutione lata nie entscheiden können. Die Cour d'appel de Paris¹⁶⁰² hat die Benetton-Werbung jedenfalls der (einfachgesetzlichen) Kommunikationsfreiheit zugeordnet. Art. 11 DDHC spielt für den Conseil Constitutionnel eine mögliche Rolle, wenn ein Gesetz auf den Inhalt von Werbeaussagen Einfluss nehmen könnte, bspw. durch eine vorherige Genehmigung.¹⁶⁰³ Die Modalitäten der Werbeäußerungen sind jedoch nicht von Art. 11 DDHC umfasst, dem Text nach eines „der kostbarsten Menschenrechte“. Die Cour de Cassation legte dem Conseil Constitutionnel die Frage vor, ob Werberestriktionen für Apotheker durch Dekret geregelt werden dürfen; ihr Vorlagebeschluss nennt neben der unternehmerischen Freiheit auch Art. 11 DDHC.¹⁶⁰⁴ Allerdings antwortet der Conseil Constitutionnel hierauf schlicht nicht, sondern begnügt sich festzustellen, dass keine Garantie der unternehmerischen Freiheit durch den Gesetzgeber ungeregelt bleibe.¹⁶⁰⁵ Das Schrifttum teilt die Zurückhaltung des Conseil Constitutionnel.¹⁶⁰⁶ Der Schutz kommerzieller Werbung scheint den Schutz des Art. 11 DDHC nicht zu „verdienen“.¹⁶⁰⁷ Er schützt individuelle, persönlichkeitsrelevante und vor allem politische Ideen und ist so Vorfeldschutz für die demokratische Gesellschaft. Gerade diese Funktion für die Gesellschaft erfüllt Art. 11 DDHC nicht, wenn er kom-

diovisuelle; CC, Entsch. v. 8.1.1991 – Nr. 90-283 DC, Rn. 28 ff. – Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme; hingegen für die Betroffenheit des (allerdings nicht gerügten und nicht von Amts wegen geprüften) Art. 11 DDHC *Wachsmann*, AJDA 1991, 382 ff.; CC, Entsch. v. 20.1.1993 – Nr. 92-316 DC, Rn. 29 f. – Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques; CC, Entsch. v. 21.1.2016 – Nr. 2015-727 DC, Rn. 11 – Loi de modernisation de notre système de santé; dies gilt auch für QPC-Entscheidungen, vgl. CC, Entsch. v. 23.11.2012 – Nr. 2012-282 QPC, Rn. 25 ff. – Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité); jüngst CC, Entsch. v. 3.6.2022 – Nr. 2022-998 QPC, Rn. 10 – Association pour le développement de l'accès aux soins dentaires (Interdiction de la publicité en faveur des centres de santé).

¹⁶⁰² CA Paris, Urt. v. 28.5.1996 – Nr. XP280596X, D. 1996, 617 – Aides Fédération nationale/Benetton nimmt einen Rechtsmissbrauch an, der durch die Meinungsbildungsrelevanz nicht ausgeschlossen wird, sondern durch die Menschenwürdeverletzung konturiert wird; *Wachsmann*, Libertés publiques, S. 574 Rn. 394 weist auf die Divergenzen zwischen dem deutschen BVerfG und der Cour d'appel hin.

¹⁶⁰³ CC, Entsch. v. 23.11.2012 – Nr. 2012-282 QPC, Rn. 31 – Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité); auf die fehlende Begründung weisen *Renoux/de Villiers/Magnon*, Code Constitutionnel, Art. 11 DDHC Nr. 31 hin.

¹⁶⁰⁴ Cass. Civ. I, Urt. v. 14.11.2013 – Nr. 13-16794.

¹⁶⁰⁵ CC, Entsch. v. 31.1.2014 – Nr. 2013-364 QPC, Rn. 8 – Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR et autre (Publicité en faveur des officines de pharmacie).

¹⁶⁰⁶ Vgl. nur *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 122 Rn. 191.

¹⁶⁰⁷ Vgl. die deutliche Kritik bei *Edelmann*, D. 1996, 617; anders *Wachsmann*, AJDA 1991, 382 ff.

merzielle, zumeist von juristischen Personen konzipierte Werbung schützt.¹⁶⁰⁸ Es geht darum, Art. 11 DDHC gegen eine Banalisierung zu schützen. Weitreichende Beschränkungen des Art. 11 DDHC, wie sie bei seiner Anwendbarkeit auf Werbung zwangsläufig erfolgen würden, wären ein Paradigmenwechsel.¹⁶⁰⁹ Das Grundrecht verlöre seinen kostbaren Charakter. Art. 11 DDHC hat als grundrechtliche Voraussetzung das Gebot des Meinungspluralismus, der wiederum Grundlage für die Demokratie ist.¹⁶¹⁰ Die medienrechtliche Judikatur legt das offen, doch Art. 11 DDHC wird insgesamt als demokratiebezogenes Grundrecht verstanden. Es ist Voraussetzung für den demokratischen Diskurs und soll Ideen kommunizieren. Ihm kommt also auch in seiner Form als Meinungsfreiheit, nicht nur als Medienfreiheit, ein finales Element zu, das sich bei einer Anwendung auf Werbung nicht abbilden lässt, denn diese funktioniere nach ökonomischen Zwängen, so dass für Pluralismus kein Raum mehr sei.¹⁶¹¹

b) Relevanz für die anwaltliche Werbung

Eine kategorische Ablehnung der Meinungsfreiheit als verfassungsrechtlicher Maßstab hat sich bei der Anwaltswerbung jedoch nicht durchgesetzt; dafür zielt die Regulierung der anwaltlichen Werbung zu sehr auf den Inhalt der Werbung und es besteht, wenn schon keine Genehmigungspflicht, immerhin eine Vorlagepflicht an den Ordre (Art. 10.2, 10.3 sowie 10.5 RIN für die substantielle Veränderung der Internetseite). Daher ist es denkbar, dass der Conseil tatsächlich Art. 11 DDHC als Grundlage der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des anwaltlichen Werberechts heranziehen wird. Die Cour d'appel de Paris¹⁶¹² hat jedenfalls festgestellt, dass die Werberestriktionen für den Avocat „ne portent pas d'atteinte disproportionnée ni au droit de propriété des avocats, ni à leur liberté de communication, ni, en tout état de cause, à la liberté d'entreprendre.“ Man kann die Aussage so verstehen, dass eine genaue Abgrenzung der unternehmerischen und der Meinungs- bzw. Kommunikationsfreiheit dahinstehen kann („ni en tout état de cause“), weil die Vorschriften der Kontrolle anhand aller Grundrechte standhalten. Der Conseil d'État hat wortgleich diese Formulierung übernommen, als er das Verbot einer generischen Domaine für Rechtsanwälte bestätigte.¹⁶¹³ Der lakonische Stil des Conseil d'État spiegelt die nur geringe verfassungsrechtliche Besorgnis des Conseil Constitutionnel bei Werberestriktionen wider. Sein Schutz der kommunikativen Dimension wirtschaftlicher Entfaltung erscheint unterentwickelt.¹⁶¹⁴ Den Modalitäten der anwaltlichen

¹⁶⁰⁸ Deutlich bei *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 213 ff. Rn. 416 ff.

¹⁶⁰⁹ *Favoreu et al.*, Droit des libertés fondamentales, S. 403 f. Rn. 319 weisen darauf hin, dass eine absolute Konzeption der Meinungsfreiheit in der Assemblée Constituante durchaus diskutiert wurde, sich aber nie durchsetzen konnte.

¹⁶¹⁰ Ausdrücklich *Favoreu et al.*, Droit des libertés fondamentales, S. 405 Rn. 321.

¹⁶¹¹ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 217 ff. Rn. 421 ff.

¹⁶¹² CA Paris, Légipresse 1984, 214.

¹⁶¹³ CE, Urt. v. 9.11.2015 – Nr. 384728, Rn. 6. – M. Naim.

¹⁶¹⁴ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 63 Rn. 67.

Werbung misst der Conseil d'État dann gar keine grundlegende Bedeutung für das Grundrecht mehr bei, denn er stellte apodiktisch fest, dass die Regierung diese durch Dekret regeln darf,¹⁶¹⁵ was nach der Entscheidung zur Apothekenwerbung auch folgerichtig war. Das Gesetz hatte in Art. 3 *bis* immerhin das Ob der anwaltlichen Werbung festgehalten, also den Paradigmenwechsel selbst vollzogen.

II. Fremdnützige Werbefreiheit

Die anwaltliche Werbefreiheit ist ihrer Konzeption nach Ausprägung einer dienenden Berufsausübungsfreiheit. Dies zeigt sich bereits auf Ebene des einfachen Rechts, denn der Werbebegriff und auch das Merkmal der Sachlichkeit nehmen den Rezipienten in den Blick (dazu unter 1.). Dies findet auf Ebene des Verfassungsrechts seine Fortsetzung, wenn bestimmte Ziele nicht mehr als legitimes Ziel zur Begrenzung der Werbefreiheit anerkannt werden, weil sie nicht im Zusammenhang mit der Rechtspflege und der Informationsfreiheit des Rechtssuchenden stehen (dazu unter 2.).

1. Abbau von Informationsdefiziten als Ziel

a) Funktionale Auslegung von Werbung

Im anwaltsrechtlichen Schrifttum hat *K. Wolf* den Begriff der Werbung von den Rezipienten her versucht zu definieren, also ihr Informationsbedürfnis als zentrales Merkmal des anwaltlichen Werbebegriffs herausgestellt.¹⁶¹⁶ Werbung sei nur das, was dazu diene, beim Publikum Informationsdefizite abzubauen.¹⁶¹⁷ Werbung müsse daher Informationen übermitteln, die für den Rechtssuchenden von Bedeutung für die Frage sind, ob er einen bestimmten Berufsträger mandatiert. Aufgrund des Informationsgefälles legt der Rechtssuchende seiner Entscheidung eine Vielzahl von Informationen zugrunde, die mit der eigentlichen, ihm aber unbekanntem Rechtsdienstleistung nichts zu tun haben. Alles was dem Rechtssuchenden ermöglicht, sich ein Bild von der Persönlichkeit, vom Ansehen oder auch vom Geschmack des Rechtsanwalts zu machen, ist Werbung im Sinne des Berufsrechts. Deshalb hat auch das BVerfG das Sponsoring der NDR-Bigband als Werbung betrachtet.¹⁶¹⁸ Aus der Entscheidung kann man zudem ablesen, dass das Telos der anwaltlichen Werbefreiheit verhindert, dem Merkmal der „Berufsbezogenheit“ (§ 43b BRAO) eine entscheidende Rolle zuzugestehen. Als berufsbezogene Informationen gelten

¹⁶¹⁵ CE, Urt. v. 18.2.2015 – Nr. 386296, Rn. 2.

¹⁶¹⁶ Hierzu und im Folgenden *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 36 f.; gleichsam auf die Informationsasymmetrie abstellend *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H93.

¹⁶¹⁷ Verfassungsrechtliche Bedenken anmeldend v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 18: „Werbung ist grundrechtlicherseits Freiheitsgebrauch, der aus sich selbst heraus gerechtfertigt ist und nicht einem fremden Zweck dienen muss.“

¹⁶¹⁸ BVerfG-K, Beschl. v. 14.7.2000 – 1 BvR 721/99, NJW 2000, 3195 f. – Sponsoring NDR-Bigband.

zweifellos die Angaben von fachlichen Qualifikationen.¹⁶¹⁹ Diese kann der Rechtsuchende jedoch selten einordnen, so dass er seine Wahl, ob er den Rechtsanwalt mandatiert, von anderen – auch emotionalen¹⁶²⁰ – Kriterien abhängig macht. Das Merkmal des Berufsbezugs reduziert sich damit auf die Voraussetzung, dass ein Hinweis auf die berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts enthalten ist.¹⁶²¹ Deshalb ist entgegen konservativer Stimmen im Schrifttum auch die Angabe von sportlichen Erfolgen nicht nur für im Sportrecht tätige Anwälte berufsbezogen,¹⁶²² etwa weil der Rechtsuchende selbst Sportler war und sein Anliegen bei jemandem mit vergleichbarer Erfahrung gut aufgehoben glaubt oder weil er sich die mit sportlichen Erfolgen einhergehenden Tugenden auch für seinen Vertreter wünscht. Im Ergebnis ist auch das Tragen des Kopftuchs, etwa auf der Kanzleihomepage, Werbung, weil Rechtsuchende hieran ihre Entscheidung zur Mandatierung ausrichten könnten. Diese Perspektive hat die Cour de Cassation freilich nicht eingenommen.

b) Funktionale Auslegung von Sachlichkeit

Zudem muss die Werbung nach §§ 43b BRAO, 6 BORA sachlich sein. Hierbei handelt es sich um eine von der allgemeinen berufsrechtlichen Sachlichkeitspflicht zu unterscheidende werberechtliche Sachlichkeit.¹⁶²³ Die allgemeine Sachlichkeit im „Kampf ums Recht“ ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Funktion durchaus zu dehnen, während im anwaltlichen Werberecht der Parameter der verfassungsrechtlichen Funktion für eine strengere Sachlichkeit streitet. Zurecht wird heute in der anwaltswerberechtlichen Sachlichkeit keine anwaltsspezifische Beschränkung der Werbefreiheit mehr gesehen, also eine Ermächtigung, Rechtsanwälten Formen der Werbung zu untersagen, die Angehörigen anderer Berufe erlaubt sei. Vielmehr mag der allgemeine wettbewerbsrechtliche Maßstab des § 3 UWG anwaltsspezifisch verschärft werden durch §§ 43b BRAO, 6 BORA, weil Rechtsanwälte bis heute ein zurückhaltendes Werbeverhalten an den Tag legen.¹⁶²⁴ Überzeugend ist es, die Sachlichkeit als „Gemeinwohlschädlichkeitsschranke“¹⁶²⁵ zu begreifen, wobei sich der korrespondierende anwaltsspezifische Gemeinwohlbelang aus der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege (vgl. § 1 BRAO) und den Interessen des Rechtsuchenden (vgl. § 3 Abs. 1 BRAO) zusammensetzt.¹⁶²⁶ Hierin liegt auch der Grund, weshalb das anwaltliche Werberecht sich nicht in einem bloßen Verweis auf das allgemeine Wettbewerbsrecht erschöpfen sollte, wie es in § 52

¹⁶¹⁹ Deutlich *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (480), die eine Information hierüber verfassungsrechtlich geboten sieht.

¹⁶²⁰ Ausdrücklich *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (480).

¹⁶²¹ *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 50.

¹⁶²² So *Träger*, in: Weyland, § 43b BRAO Rn. 13.

¹⁶²³ v. *Lewinski*, Berufsrecht, 5. Aufl., S. 240 f. Rn. 40.

¹⁶²⁴ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 31.

¹⁶²⁵ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 41.

¹⁶²⁶ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 43; *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 59.

WPO für die Wirtschaftsprüfer vorgesehen ist.¹⁶²⁷ Nach § 1 UWG dient das Gesetz dem Schutz der Mitbewerber und der Verbraucher. Zwar ist der Mandantenschutz für das BVerfG eine Ausprägung des Verbraucherschutzes, auch wenn der Mandant nicht stets Verbraucher sein muss. § 1 UWG bildet aber die Funktion des Rechtsanwalts nicht ausreichend ab. Es geht um etwas anderes als Marktschutz, sondern es geht in vielen Fällen um die Mitwirkung an der Realisierung von Justizgewähr durch den Staat. Hierfür hat das Werberecht eine wichtige Funktion. Denn es reagiert darauf, dass der Rechtsuchende kaum Kenntnisse des Marktes haben dürfte. Und selbst wenn Rechtsuchende diese Marktkenntnis aufweisen, dann gehören sie typischerweise zu einer bestimmten sozialen Schicht. Die soziale Schicht prägt das Wissen um die Rechtdurchsetzung erheblich. Hier steuert das Werberecht gegen.¹⁶²⁸ Im Ergebnis adressiert die Sachlichkeit das Problem, dass der nun informierte Rechtsuchende durch seine Unterlegenheit gegenüber dem Rechtsanwalt in eine Zwangssituation kommt. „Werbeverbote und Werbeeinschränkungen für Freie Berufe sollen als Teil der Berufsordnung mit dazu beitragen, daß der Berufsstand seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt.“¹⁶²⁹ Diese funktionale Sicht auf Werberestriktionen, die das BVerfG für die Apothekenwerbung feststellte, gilt gleichermaßen für die Rechtsanwälte, deren Funktionen von §§ 1–3 BRAO umschrieben werden. Werberestriktionen sind dann legitim, wenn die Werbung zum Ausdruck bringt, dass die funktionssichernden Pflichten des Berufsträger vernachlässigt werden oder durch die Werbung selbst verletzt werden.¹⁶³⁰

2. Verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen

Die einfachgesetzlichen Aussagen und Wertungen werden durch das Verfassungsrecht gespiegelt. Bestimmte Zwecke scheiden als Motiv für die Regulierung anwaltlichen Werbeverhaltens aus verfassungsrechtlichen Gründen aus (dazu unter a)). Die anwaltliche Werbefreiheit stellt sich vor diesem Hintergrund als Ausprägung einer dienenden allgemeinen anwaltlichen Berufs- und Meinungsfreiheit dar (dazu unter b)). Die Maßstäbe der dienenden Freiheit sind für die Überprüfung von Werberestriktionen besonders geeignet, weil sie die fremdnützige Finalität, anders als eine reine Abwehrperspektive, abbilden können (dazu unter c)).

a) Verfassungsrechtlich legitime Schutzzwecke

Werberestriktionen für Rechtsanwälte, die über jene für Gewerbetreibende hinausgehen, sind auch heute noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, allerdings nicht aus sich selbst heraus.¹⁶³¹ Zwei Ansätze sind denkbar, um anwaltliche Werbung

¹⁶²⁷ Für diese Lösung aber *Henssler*, AnwBl. 2008, 721 (726 f.) sowie *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H96.

¹⁶²⁸ Hierzu aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht instruktiv *Köhler*, Werbeverbot, S. 74 ff.

¹⁶²⁹ BVerfGE 94, 372 (391) – Apothekenwerbung.

¹⁶³⁰ BVerfGE 94, 372 (393) – Apothekenwerbung; zustimmend v. *Lewinski*, in: *Hartung/Scharmer*, § 6 BORA Rn. 43.

¹⁶³¹ A. A. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 168, der als einzig legiti-

zu regulieren: die Interessen der Rechtsuchenden und die Interessen der Rechtspflege.¹⁶³² Im grundrechtlich geprägten Rechtsstaat sind auch die Prozessgrundrechte des Mandanten objektives Recht und Teil der Werteordnung und der Schutz des Mandanten im Allgemeinen nicht schlichter Individualbelang. Plakative Gegenüberstellungen von Individualinteresse als Teil des Verbraucherschutzes und Gemeinwohl greifen deshalb zu kurz.¹⁶³³ Stellt man auf die Interessen der Rechtsuchenden ab, dann ist solche anwaltliche Werbung verfassungsrechtlich problematisch, die irreführend ist (was stets rechtlich untersagt ist, vgl. § 5 UWG) und die um das konkrete Mandat wirbt. Der Mandant muss vor Zwangssituationen geschützt werden und seine Entscheidungsfreiheit erhalten bleiben.¹⁶³⁴ Dabei geht es aber nicht um ein nicht definierbares Vertrauen des Rechtsuchenden in die Anwaltschaft,¹⁶³⁵ sondern aufgrund des Inhalts der Werbung objektiv darum, ob diese auf die Reduzierung des Informationsdefizites zielt.¹⁶³⁶ Deshalb hat der EGMR in *Casado Coca* „le droit de toute personne à recevoir une information sur l’assistance juridique“¹⁶³⁷ betont. Auch der Conseil d’État stellt auf die „bonne information du client“ ab, wobei *bonne information* als normativer Werbebegriff Einfallstor für qualitative Vorgaben sein kann. Gute Informationen für den Klienten sind solche, die seine Rechtsdurchsetzung favorisieren. Daneben tritt ein vom Individuum losgelöster Schutzzweck der Werberestriktionen. Er ist nicht in der Abgrenzung Freiberuflichkeit und Gewerblichkeit und damit in der „kommerziellen Rückgratverkrümmung“ zu suchen. Diese Perspektive hat insb. *Ahrens* im Anschluss an eine vom US-Supreme Court vollzogene Rechtsprechungswende für vorzugswürdig gehalten.¹⁶³⁸ Zustimmung verdient, dass *Ahrens* die Bedeutung überindividueller Betroffenheit betont. Man muss aber bereits zweifeln, ob es im freiheitlichen Rechtsstaat Professionen gibt, denen aus sich heraus eine besondere Dignität zukommt, wie es der US Supreme-Court in *Florida Bar v. Went for It*¹⁶³⁹ erkennen

men Grund für über die Regeln für Gewerbetreibende hinausgehende Werbebeschränkungen die Ressourcenschonung der Justiz anführt, da vermehrtes Werben durch Anwälte zu mehr Gerichtsverfahren führen würde; hingegen zurecht *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (310); auch *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 72.

¹⁶³² Vgl. auch *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 61; deshalb sind Unterschiede zur Benetton-Entscheidung des BVerfG im anwaltlichen Werberecht, die *Deckenbrock/Özman*, Anwaltliches Berufsrecht, S. 116 ausmachen, verfassungsrechtlich fundiert. – Zurecht konnte BVerfG-K, Beschl. v. 1.12.1999 – 1 BvR 1630/98, NJW 2000, 1635 kein verfassungsrechtlich legitimes Beschränkungsmotive für die Werbeaussage „Ihre Rechtsfragen sind unsere Aufgabe“ erkennen. – Die Kammer sah gleichwohl von der Annahme der Verfassungsbeschwerde ab, vgl. § 93a Abs. 2 BVerfGG; Erklärung bei *Jaeger*, AnwBl. 2000, 465 (479).

¹⁶³³ Tendenziell so *Ahrens*, DVBl. 2014, 1096 (1101); *ders.*, NJW 2000, 3188 (3189).

¹⁶³⁴ *Hatje*, Wirtschaftswerbung und Verfassung, S. 119.

¹⁶³⁵ So aber BVerfG-K, Beschl. v. 14.7.2000 – 1 BvR 721/99, NJW 2000, 3195 f. – Sponsoring NDR-Bigband.

¹⁶³⁶ Vgl. auch *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 170.

¹⁶³⁷ EGMR, Urt. v. 24.2.1994 – Nr: 15450/89, Rn. 55 – *Casado Coca/Spanien*.

¹⁶³⁸ *Ahrens*, ZZP 115 (2002), 281 (307 ff.), *ders.*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, S. 187 Rn. 628; *ders.*, DVBl. 2014, 1096 (1100 f.); *ders.*, NJW 2000, 3188 (3188 f.).

¹⁶³⁹ US-Supreme Court, Entsch. v. 21.6.1995 – 115 S. Ct. 2371; umfassend zu dieser Ent-

ließ.¹⁶⁴⁰ Auch wenn das BVerfG nicht abgeneigt ist, Werberestriktionen mit dem Ansehen des Anwaltsstandes und dem Vertrauen der Bevölkerung in das fehlende Gewinnstreben zu begründen,¹⁶⁴¹ so überzeugt diese Perspektive doch nicht.¹⁶⁴² Werbung einzelner Anwälte ist bereits nicht geeignet, ein etwaiges besonderes Vertrauen tatsächlich zu erschüttern. Der Schutz des Berufsbildes als mit der Standeswürde verwandtes Argument als Leerformel ist gleichermaßen ungeeignet;¹⁶⁴³ das Argument ist nicht mehr als ein Zirkelschluss.¹⁶⁴⁴ Zudem genügt bei Rechtsanwälten bereits die allgemeine Festlegung von Berufspflichten (§§ 43, 43a BRAO); weitergehende Vorschriften erscheinen nicht notwendig.¹⁶⁴⁵ Dies hat das BVerfG in seiner Judikatur zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht ausdrücklich erkannt und spezifische Vorschriften als nicht erforderlich und mithin für verfassungswidrig erklärt.¹⁶⁴⁶ Deshalb ist Vorsicht geboten, wenn der Anwaltssenat ausführt, die Werbung mit den sog. „Schocktassen“ drohe die Rolle als „seriöse Sachwalterin der Interessen Rechtssuchender zu beschädigen“.¹⁶⁴⁷ Der Conseil d’État hat sich von der Integrität der Anwaltschaft als (einem) Schutzzweck noch nicht gelöst.¹⁶⁴⁸ Allerdings fällt doch auf, dass der Conseil d’État nicht von der Dignität der Profession spricht. Dies wäre die Terminologie des Berufsrechts und des EGMR¹⁶⁴⁹. Die Grundlage des überindividuellen Schutzzweckes ist deshalb wiederum, wie im Fall der Mandanteninteressen, in der Funktion anwaltlicher Werbung zu suchen. Das BVerfG¹⁶⁵⁰ bildet dies in seiner Judikatur ab, wenn es Werbung, die ein „reklamhaftes Anpreisen“, was „mit der eigentlichen Leistung des Anwalts nichts mehr zu tun hat“, für verfassungsrechtlich problematisch hält, weil sie mit der von § 1 BRAO adressierten Funktion des Rechtsanwalts und dem hierfür notwendigen

scheidung *Lüken*, Die Regulierung der Anwaltswerbung in den USA im Vergleich zu Deutschland, S. 348 ff.; 67 ff. zur wegweisenden Entscheidung *Bates v. State Bar Arizona*, die als legitimes Ziel nur die Unterbindung falscher und irreführender Werbung zuließ.

¹⁶⁴⁰ Zurecht ablehnend *Sue*, Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts, S. 162 ff.

¹⁶⁴¹ BVerfG-K, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765 (3767) – Werbung auf Straßenbahnen; auch BVerfGE 94, 372 (391) – Apothekenwerbung; s. auch *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 73, der auf die Sicherung der Integrität des Berufsstandes abstellt.

¹⁶⁴² Statt vieler hiergegen *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 58 f.; *Köhler*, Werbeverbot, S. 30 ff.; *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 474 (für das ärztliche Berufsrecht).

¹⁶⁴³ So aber noch BVerfGE 76, 192 (207) – Bastille II, wo Werberestriktionen zum Schutz vor Verfälschungen des Berufsbildes legitim sein sollen; später zutreffend BVerfGE 94, 372 (395): „nicht Selbstzweck“; vgl. auch *Hatje*, Wirtschaftswerbung und Verfassung, S. 118; vgl. auch *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H93, H95.

¹⁶⁴⁴ v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 50; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 57 f.

¹⁶⁴⁵ So zurecht v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 44.

¹⁶⁴⁶ BVerfGE 141, 82 (101 ff. Rn. 54 ff.) – Soziierung mit Apothekern.

¹⁶⁴⁷ BGH, Urt. v. 27.10.2014 – AnwZ (Brfg) 67/13, NJW 2015, 72 (73 Rn. 14).

¹⁶⁴⁸ CE, Urt. v. 9.11.2015 – Nr. 384728, Rn. 6. – M. Naim.

¹⁶⁴⁹ EGMR, Urt. v. 24.2.1994 – Nr. 15450/89, Rn. 55 – Casado Coca/Spanien.

¹⁶⁵⁰ BVerfG-K, Beschl. v. 3.5.2015 – 1 BvR 3362/14, NJW 2015, 1438 (1439 Rn. 24) – Anwaltliche Schocktassen.

Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant unvereinbar ist.¹⁶⁵¹ Es geht also um die Rechtspflege und die Funktion, die der Rechtsanwalt in diesem Rahmen erbringt.¹⁶⁵² Der französische Conseil d'État hat dies noch nicht derart ausjudiziert. Es überrascht, dass er die *bonne administration de la justice* nicht als Regulierungsziel adressiert. Der EGMR hatte dies bereits ausdrücklich getan, weil der Rechtsanwalt *auxiliaire de justice* sei.¹⁶⁵³ Hierin liegt der überindividuelle Gemeinwohlbelang der anwaltlichen Tätigkeit, nämlich seine Mitwirkung am *service public de la justice*. Es wäre konsequent, wenn der Conseil d'État das Ziel der Integrität der Anwaltschaft aufgeben würde und das mit Verfassungsrang ausgestattete Ziel der *bonne administration de la justice* zur Grundlage seiner Werberechtsjudikatur machen würde. Damit würde er Missverständnissen, die seine Auffassung in die Nähe der Würde des Anwaltsstandes rücken, vorbeugen und die verfassungsrechtlichen Funktionen in beide Richtungen zutreffend erfassen.

b) Dienende Werbefreiheit

Aus dem Vorgesagten wird deutlich, dass bei der Regulierung der anwaltlichen Werbung der fremdnützig Charakter anwaltlicher Freiheitsentfaltung anerkannt ist. Die grundrechtlich gesicherte Werbefreiheit ist ein besonders markanter Ausschnitt aus einer dienenden Berufsfreiheit – in Deutschland¹⁶⁵⁴ wie in Frankreich.

aa) in Frankreich

Im Schrifttum¹⁶⁵⁵ wurde die Auffassung vertreten, die Anwendbarkeit der Meinungsfreiheit lasse sich nur dann rechtfertigen, wenn im Ergebnis ein funktionaler Charakter der Meinungsfreiheit sichergestellt wird. Die „liberté d'expression publicitaire“ müsse einer (negativen wie positiven) Informationsfreiheit des Rezipienten dienen.¹⁶⁵⁶ Im Ergebnis wird die richterrechtliche Konstruktion der Medienfreiheiten auf eine Werbefreiheit im Rahmen des Art. 11 DDHC übertragen. Geschützt sei dann nur solche Werbung, die den wettbewerbs- und verbraucher-schützenden Vorschriften entspreche und die relevant für den Rezipienten sei, ihn also bei seinen Entscheidungen unterstützt. Der Inhalt der Werbung entscheide

¹⁶⁵¹ So bereits in BVerfG-K, Beschl. v. 4.8.2003 – 1 BvR 2108/02, NJW 2003, 2816 f. – Werben mit sportlichen Erfolgen.

¹⁶⁵² Ausdrücklich wie hier v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 43; *Hatje*, Wirtschaftswerbung und Verfassung, S. 118.

¹⁶⁵³ EGMR, Urt. v. 24.2.1994 – Nr. 15450/89, Rn. 48, 55 – *Casado Coca*/Spanien.

¹⁶⁵⁴ Ausdrücklich wie hier – soweit ersichtlich – nur v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 45; womöglich anders aber *ders.*, in: Hartung/Scharmer, § 6 BORA Rn. 18 in Auseinandersetzung mit K. Wolf. – Auf die grundrechtliche Konvergenz der Interessen beider Akteure, der Berufsfreiheit und der Informationsfreiheit, weist auch *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 470 (am Beispiel des ärztlichen Werberechts) hin.

¹⁶⁵⁵ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 379 ff. Rn. 792 ff. (am Beispiel des Art. 10 Abs. 1 EMRK dargestellt).

¹⁶⁵⁶ S. zu dieser sozialen Funktion *Favoreu et al.*, Droit des libertés fondamentales, S. 703 Rn. 669.

über den Grundrechtsschutz durch Art. 11 DDHC: Dieses Grundrecht „verdient“ sich der Werbende, weil er den Rezipienten aus seiner Situation der Unterlegenheit befreie. Diese „moralisation“¹⁶⁵⁷ der Werbefreiheit rechtfertigt ihren Schutz durch Art. 11 DDHC. Diese Perspektive der Werbefreiheit ist für den Avocat besonders zutreffend. Das Berufsrecht schützt ausdrücklich nur die Werbung, die in Übereinstimmung mit den Berufspflichten erfolgt; der Gesetzgeber geht davon aus, dass nur diese von Interesse für das rechtsuchende Publikum ist und seine Entscheidungen positiv beeinflussen kann. Die Regulierung durch das Dekret der Regierung und das RIN zielen auf die Sicherstellung dieses Ergebnisses. Der normsetzende Staat wird hierbei nicht grundrechtsbegrenzend tätig, sondern gestaltet die Werbefreiheit auf Ebene des Schutzbereichs aus,¹⁶⁵⁸ wie der Conseil d'État indirekt zum Ausdruck gebracht hat, als er eine Zuständigkeit des Gesetzgebers nach Art. 34 Verf. 1958 verneinte. Art. 11 DDHC schützt im Ergebnis finalistisch die Informationsfreiheit und beim Rechtsuchenden kommt noch hinzu, dass diese Informationsfreiheit wiederum selbst Voraussetzung für die Wahrnehmung der Prozessgrundrechte des Art. 16 DDHC ist. Die anwaltsspezifische Werbefreiheit ist auf eine mandantenspezifische Informationsfreiheit ausgerichtet.

bb) in Deutschland

Das Interesse des Rechtsuchenden an anwaltlicher Werbung ist entweder akut oder latent; es aktualisiert sich, wenn ein Problem auftritt und dieses mit rechtlicher Beratung lösbar erscheint. Der Rechtsuchende muss jetzt entscheiden, ob er einen Rechtsanwalt mandatiert und Kriterien für die Auswahlentscheidung festlegen. In diesem Moment kommen Rechtsuchender und anwaltliche Kommunikation in Berührung. Dies ist, wenn man vom Ende eines gerichtlichen Verfahrens, bspw. um eine Forderung gerichtlich durchzusetzen, denkt, ein sehr früher Moment. Es wurde allerdings bereits gezeigt, dass Art. 103 Abs. 1 GG auch jene Tatbestände schützt, die die Entstehung des Grundrechts sichern.¹⁶⁵⁹ So ist durch Art. 103 Abs. 1 GG das Recht auf anwaltlichen Beistand verbürgt, weil nur so Art. 103 Abs. 1 GG sich realisieren kann.¹⁶⁶⁰ Das Verfassungsrecht darf nicht ignorieren, dass es für viele Rechtsuchende Hürden gibt, einen Rechtsanwalt aufzusuchen. Man muss den Rechtsanwalt überhaupt finden und dann auch bestimmte Informationen erlangen, die es einem ermöglichen, sich ihm anzuvertrauen. Deshalb ist auch die Möglichkeit, anwaltliche Werbung zu empfangen, über Art. 103 Abs. 1 GG entstehenssichernd geschützt.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁷ Vgl. deutlich *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 491 Rn. 983.

¹⁶⁵⁸ *Mounir*, La liberté d'expression publicitaire, S. 432 f. Rn. 883 f.: Gesetzgeber als Garant informativer Werbung.

¹⁶⁵⁹ Vgl. hierzu Kap. 3, § 2, A., IV., 3., b), bb), S. 372.

¹⁶⁶⁰ Vgl. *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, S. 56.

¹⁶⁶¹ So auch v. *Lewinski*, in: Hartung/Scharmer, vor § 6 BORA Rn. 42: „Insoweit flankieren die anwaltliche Außendarstellung und Werbung die Effektivität des anwaltlich begleiteten Rechtsschutzes.“

Dieser Rezipientenfreiheit¹⁶⁶² entspricht nur die sachliche Information (vgl. §§ 43b BRAO, 6 BORA). Diesem aus der Informationsfreiheit bzw. Art. 103 Abs. 1 GG folgenden „Anspruch auf umfassende und wahrheitsgemäße Information“¹⁶⁶³ dient die anwaltliche Werbefreiheit¹⁶⁶⁴ und damit einem legitimen Informationsbedarf des Rechtsuchenden im Rechtsstaat.¹⁶⁶⁵

c) *Wirkweise und Konsequenzen der dienenden Werbefreiheit*

§§ 43b BRAO, 6 BORA müssen aber auch mit der Sachbereichsgarantie bzw. den gewährleistungsspezifischen Vorgaben dieser dienenden Werbefreiheit in Einklang stehen. Hieran kann man aufgrund der „abschreckenden Wirkung“ der Vorschriften zweifeln. *Kilian*¹⁶⁶⁶ hat empirisch untersucht, welche Steuerungswirkung § 43b BRAO entfaltet und festgestellt, dass die Vorschrift durch ihren restriktiven Anstrich viele Rechtsanwälte von rechtmäßigen Werbemaßnahmen abhält. In der Altersgruppe der Rechtsanwälte im Alter bis zu 50 Jahren waren es 23 %. In der Perspektive der dienenden Berufsfreiheit wird dies unmittelbar zu einem verfassungsrechtlichen Defizit der Vorschrift, weil sie die Grundrechtsausübung einer Vielzahl von Grundrechtsträgern unterbindet, von der die Mandanten begünstigt werden. Denn die Grundrechtsausübung soll gerade eine bestimmte Grundrechtswirkung in der Gesellschaft hervorrufen, bzw. die Vorschrift sorgt dafür, dass der Grundrechtsträger durch seine Grundrechtsausübung die Grundrechtsgewährleistung nicht mehr aktualisiert. Die offensichtlich abschreckende Wirkung der §§ 43b BRAO, 6 BORA auf die Grundrechtsausübung stellt die institutionelle Seite der anwaltlichen Werbefreiheit in Frage, da die Grundrechtsträger sich mit ihrem Grundrechtsgebrauch zurückhalten. In ihrer jetzigen missverständlichen Formulierung – „Werbung ist dem Rechtsanwalt *nur* erlaubt, *soweit* [...]“ (Hervorhebung nur hier) – sind §§ 43b BRAO, 6 BORA mit den gewährleistungsspezifischen Vorgaben der dienenden Berufsfreiheit nicht vereinbar.¹⁶⁶⁷

¹⁶⁶² Ausdrücklich auf die Informationsfreiheit des Rechtsuchenden als Parameter verfassungsgerichtlicher Kontrolle abstellend *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (481); *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 469, 473 (für das ärztliche Berufsrecht).

¹⁶⁶³ Zur Funktion der dienenden Rundfunkfreiheit in Bezug auf die Rezipienteninformationsfreiheit BVerfGE 57, 295 (321) – FRAG.

¹⁶⁶⁴ Vgl. auch *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 61.

¹⁶⁶⁵ Vgl. *K. Wolf*, Anwaltliche Werbung, S. 62, die die Kommunikation unrichtiger Informationen oder falscher Tatsachenmitteilungen weder von Art. 12 Abs. 1 GG noch von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sieht und so eine enge Schutzbereichslösung andeutet (anders aber S. 61, wo von einem Grundrechtseingriff gesprochen wird); für *Jaeger*, AnwBl. 2000, 475 (480) setzt die Funktionswahrnehmung eine offene Informations- und Kommunikationspolitik voraus.

¹⁶⁶⁶ Wiedergabe der Ergebnisse bei *Kilian*, AnwBl. 2022, 294 f.

¹⁶⁶⁷ Vgl. auch *Kilian*, AnwBl. 2022, 294 (294), der jedoch nicht von der Verfassungswidrigkeit ausgeht, sondern dem Gesetzgeber eine Neufassung empfiehlt. – Anderer Ansatz bei *Krekeler*, Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung, S. 465 ff. der weniger auf die tatsächliche Wirkung der Werberestriktionen abstellt, sondern die geringe Anzahl an noch verbliebenen Restriktionen und die grundrechtsschonende Auslegung durch die Gerichte betont.

Schluss

Kurze Bilanz und Perspektiven des Grundrechtsvergleichs

Nach dem geflügelten Wort von *Pieroth* haben die Franzosen die Bastille erstürmt und die Deutschen die Verwaltungsgerichtsbarkeit und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfunden. Zwar haben die französischen *Avocats* die Massen zum Sturm auf die Bastille aufgewiegelt, doch ihrem Standesrecht wurde ein „Bastille-Moment“, wie ihn die deutsche Anwaltschaft am 14.7.1987 beim BVerfG erlebte, nie zuteil. Das Standesrecht steht weiterhin neben dem staatlichen Recht und vermag sich nicht in die Normenhierarchie zu integrieren. Es wird als privates Recht bewusst missverstanden, was in unpassenden Vergleichen mit arbeitgeberischen Weisungen kulminiert. Es entzieht sich so einer effektiven Kontrolle durch den Richter. Die Erste Zivilkammer der Cour de Cassation hat eine schutzbedürftige strukturelle Minderheit in der Anwaltschaft im März 2022 um diesen „Bastille-Moment“ betrogen, als es das standesrechtliche Verbot des Tragens religiöser Zeichen anstandslos passieren ließ. Wie so oft, sollte der Conseil d'État nicht die zu erwartende vereinheitlichende Regelung im RIN für nichtig erklären, wird also die anwaltliche Freiheit beim EGMR verteidigt. Dass diese Machtlosigkeit der französischen Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber und dem anwaltlichen Standesrecht keine Gottgegebenheit sein muss, zeigt die Arbeit auf, indem sie den Schutz der anwaltlichen Freiheit durch die Grundrechte der DDHC aufzeigt. Auf französischer „Habenseite“ bei der gerichtlichen Kontrolle der Normgeber im Berufsrecht (Parlament, Regierung und Selbstverwaltung) schien auf den ersten Blick also wenig Greifbares zu stehen, während das deutsche BVerfG durch seine Senate und Kammern eine kaum zu erfassende Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG produziert hat. So war der Ausgangsbefund, der durch das geringe Aufarbeiten dieser Materie im französischen Schrifttum bestätigt wurde, während das deutsche Berufsrecht auch wissenschaftlich unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts behandelt wird.

§ 1: Rückblick auf das Ziel des Grundrechtsvergleichs

Was hat der Grundrechtsvergleich zum Thema der anwaltlichen Berufsfreiheit in Deutschland und Frankreich also als Ergebnis geliefert?

A. Gemeinsamkeiten

Das Berufsbild des deutschen Rechtsanwalts und des französischen Avocats mag sich in Nuancen unterscheiden, doch die Zeiten der von deutschen Autoren verfassten, über das französische Recht staunenden Auslandsrechtskunden sind vorüber. Der Gesetzgeber hat ab 1971 einen mit dem deutschen Rechtsanwalt vergleichbaren Beruf geschaffen, der ein tauglicher Gegenstand des Rechtsvergleichs sein kann. Beide Rechtsordnungen kennen zudem den Schutz der wirtschaftlichen freiberuflichen Berufsausübung wie auch den Schutz der anwaltlichen Rede vor Gericht. Der Rechtsvergleich lässt deshalb auch Gemeinsamkeiten beim grundrechtlichen Schutz der anwaltlichen Berufsausübung zu Tage treten. Supranationaler Einfluss begünstigt dies; der EGMR¹⁶⁶⁸ und auch der EuGH kommen vielfach zu vergleichbaren Lösungen wie das BVerfG – der funktionale und spezifische Schutz des Berufsgeheimnisses veranschaulicht dies.¹⁶⁶⁹ Gleichwohl ist der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung in vielen unionsrechtlich geprägten Konstellationen weiterhin *auch* an den deutschen Grundrechten zu messen.¹⁶⁷⁰ Damit bleibt die nationale Konzeption anwaltlicher Berufsfreiheit ein für die Verfassungsgerichte relevantes Thema. Allerdings ist es durchaus bemerkenswert, dass der französische Conseil Constitutionnel¹⁶⁷¹ im Nachgang an die EuGH-Entscheidung *Orde van Vlaamse Balies* u.a ausdrücklich an seiner restriktiven Rechtsprechung zum Schutz des Berufsgeheimnisses festgehalten hat.

I. Funktionalisierung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich die anwaltliche Freiheit in Deutschland wie in Frankreich durch eine ausgeprägte Funktionalisierung auszeichnet. Dies liegt auch daran, dass die anwaltliche Funktion in beiden Rechtsordnungen auf die Mitwirkung an der staatlichen Rechtspflege ausgerichtet ist. Zwar unterscheiden sich beide Rechtsordnungen in prozessualen Details, was die Rolle des Richters in der Verhandlung anbelangt, doch stets kommt dem Anwalt eine entscheidende Funktion beim Verfahren der Rechtsprechung zu. Die Grundrechte des Anwalts erschöpfen sich nicht in der schlichten Abwehr von staatlichen Beeinträchtigungen der Berufsausübungsfreiheit, sondern stehen, was beide Verfassungsgerichte deutlich erkennen lassen, in einer wechselseitigen Beziehung zu den Prozessgrundrechten des Mandanten und der Rechtspflege. Diese Ziele lassen sich in

¹⁶⁶⁸ I. E. so auch *Kirchberg*, BRAK-Mitt. 2018, 279 (284), der allerdings zurecht auch zu Beginn seiner Ausführungen darauf eingeht, dass der EGMR regelmäßig den Anwalt für das öffentliche Vertrauen in die Justiz in die Pflicht nimmt.

¹⁶⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Rn. 28 – *Orde van Vlaamse Balies* u. a.

¹⁶⁷⁰ Am Beispiel des § 43 GwG so differenziert *Kämmerer*, DStR 2020, 2890 (2892); die Frage des Grundrechtsmaßstabs wird, da die von Notaren erhobene Rechtsatzverfassungsbeschwerde nicht die Subsidiarität wahrte, in BVerfG-K, Beschl. v. 9.11.2022 – 1 BvR 161/21 nicht thematisiert.

¹⁶⁷¹ CC, Entsch. v. 19.1.2023 – Nr. 2022-1030 QPC, Rn. 9 – *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre* (Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile).

Deutschland und auch in Frankreich nur durch die freiheitliche Berufsausübung des Anwalts verwirklichen. In beiden Rechtsordnungen bestehen Erfahrungen mit der episodenhaften Abschaffung der freien Anwaltschaft, die dem Gesetzgeber verdeutlichen, dass er auf die Unabhängigkeit desjenigen, der Beistand leistet, nicht verzichten kann, da ansonsten die rechtspflegerische Aufgabe nicht mehr ausreichend gesichert ist. Die private Funktion, die dem berufsfreiheitlichen Grundrecht immanent ist, wird mit einer fremdnützigen Funktion verklammert. Diese steht im Vordergrund.

II. Normprägung

Diese Zuordnung der verschiedenen Belange gehört in die Hände des Gesetzgebers. Das französische Recht hat dies bereits textlich besonders deutlich zum Ausdruck gebracht (Art. 34 Verf. 1958) und der Conseil Constitutionnel zeichnet sich durch eine zurückhaltende Kontrolle aus, wenn der Berufsrechtsgesetzgeber oder die Regierung versuchen, die Grundrechte des Mandanten zu fördern oder sicherzustellen. Aber auch das deutsche BVerfG steht im Berufsrecht regelmäßig vor der Herausforderung, gesetzgeberische Annahmen entweder (zähneknirschend) hinzunehmen oder sich der Gefahr auszusetzen, womöglich übergriffig dessen Einschätzungsprärogative anzutasten. Die Untersuchung hat gezeigt, dass trotz einer fehlenden expliziten textlichen Befugnis zur Ausgestaltung (s. theoretisch aber Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG), Grundrechte unter dem Grundgesetz nicht grundsätzlich der Prägung und Ausgestaltung entzogen sind. Für die anwaltliche Berufsfreiheit hat sich dieser Befund als besonders zutreffend herausgestellt, weil die Berufsfreiheit sich über weite Strecken im Rahmen eines staatlich eingerichteten Rechtspflegesystems vollzieht. Das Mandatsverhältnis ist zudem auf eine (partielle) staatlich gesetzte Vertragsordnung aufgesetzt.

B. Unterschiede

Der Rechtsvergleich konnte auch Unterschiede im Inhalt und Grund anwaltlicher Freiheit ausmachen. Diese Unterscheide sind zwar nicht terminologischer Natur, doch unter dieser Schicht an Begrifflichkeiten brechen sich die grundlegenden Konzeptionen des Verfassungs- und Standesrechts Bahn. Die Grundrechte nivellieren aber zugleich bestehende Unterschiede.

I. Unabhängigkeit und Interessenvertretung

Vielfach wird darauf verwiesen, dass sich das deutsche und französische Berufsrecht zwar nicht in ihrer Konzeption des Anwalts als Rechtspflegeorgan unterscheiden, aber in der Art und Weise, wie das Verhältnis zum Mandanten adressiert wird. Dies ist sicherlich auch richtig. Die Ausrichtung auf die Mandanteninteressen der anwaltlichen Berufsausübung ist zentral für das deutsche Berufsrechtsverständnis. Diese Ausrichtung ist ein Rechtsprinzip, das in möglichst hohem Maße

realisiert werden muss (vgl. § 3 Abs. 1 BRAO). Das französische Recht erfasst die Bindung an den Mandanten über das Standesethos, damit keine rechtliche Gefährdung der Unabhängigkeit vom Mandanten eintritt. Freilich ist dies auf Ebene des Verfassungsrechts nicht entscheidend. Denn in Deutschland ist eine mit der anwaltlichen Berufsausübungsfreiheit verbundene Verfassungserwartung die Realisierung der Prozessgrundrechte, vor allem des Art. 103 Abs. 1 GG und des Art. 19 Abs. 4 GG. Und auch das französische Verfassungsrecht abstrahiert von der komplexen berufsrechtlichen Verknüpfung von *déontologie* und einfachem Recht. Art. 16 DDHC schützt den Anwalt mittelbar, weil die Garantien der durch diese Norm geschützten Grundrechte ein Recht auf anwaltlichen Beistand vorsehen. Dies relativiert die Unterschiede zwischen deutschem und französischem Berufsrecht für diese Studie signifikativ.

II. Grund der Freiheit

Auch ein weiterer Unterschied in der tatsächlichen Erfassung anwaltlicher Freiheit verdient der verfassungsrechtlichen Relativierung. Angesprochen ist die institutionelle Unabhängigkeit der Profession. Zum einen hat die Untersuchung gezeigt, dass das französische Verfassungsrecht, auch wenn es die institutionelle Unabhängigkeit nicht durch die Anerkennung eines ungeschriebenen PFRLR konstitutionalisiert, neben dem einzelnen Anwalt über die objektiven Gehalte gesamthafte Strukturen der Anwaltschaft schützt. Der Gegensatz zwischen der individuellen, grundrechtsvermittelten Freiheit in Deutschland und der Unabhängigkeit des Standes in Frankreich besteht *de constitutione lata* nicht. Der tatsächliche Grund für die unterschiedliche Bedeutung liegt nicht im materiellen Verfassungsrecht, sondern im verfassungsprozessualen Gefüge begründet. Solange dem Conseil Constitutionnel der Zugriff auf Entscheidungen der Cour de Cassation und des Conseil d'État verwehrt bleibt, kann er nicht wie das BVerfG eine grundrechtliche, anwaltsschützende Rechtsprechungsaktivität entfalten. Solange die Stellung der Anwaltschaft innerhalb des Palais (gegenüber Richtern und Staatsanwälten) im rechtspolitischen Diskurs, bspw. im Rahmen von strukturierten Gesprächsforen wie den „*États généraux de la Justice (2022)*“ ausgehandelt wird, kommt den Institutionen der organisierten Anwaltschaft naturgemäß eine große Rolle zu.

C. Ergebnis

Der Grundrechtsvergleich hat sich trotz der fehlenden Grundrechtsdogmatik in Frankreich als ertragreich herausgestellt, weil eine Analyse der Entscheidungen des Conseil Constitutionnel, der Cour de Cassation und des Conseil d'État spezifische Lösungen des französischen Rechts für dieses besondere Grundrechtsverhältnis aufgezeigt hat. Dass eine ausgeprägte Grundrechtsdogmatik diese nicht als Unterbau abstützt, ist insoweit kein Manko. Die Entscheidungen sind nützlich als

Anschauungsmaterial für die Frage nach der Konzeption anwaltlicher Freiheit, die durch das Schrifttum fortgeführt werden kann. Dies sollte versucht werden.

§ 2: Bilanz für das deutsche Verfassungsrecht

Die gewonnenen Erkenntnisse lassen es gerechtfertigt erscheinen, von einer dienenden Freiheit im deutschen Verfassungsrecht zu sprechen. Dieser Begriff, der aus der rundfunkgrundrechtlichen Rechtsprechung bekannt ist, erscheint trotz seines provokativen und widersprüchlichen Gehalts als vorzugswürdig im Vergleich zum „Funktionsgrundrecht“, ist letztlich aber nur ein Etikett für die spezifische Wirkweise eines Grundrechts. Damit wird die Rolle des Rechtsanwalts als Vermittler von Rechtsmeinungen in den grundrechtlichen Schutz aufgenommen. Die Prozessgrundrechte des Mandanten setzen diese Funktion des Rechtsanwalts (nicht unbedingt den konkreten Beruf) voraus. Soweit das Gesetz der Partei ermöglicht, ihre Interessen ohne Rechtsanwalt gerichtlich durchzusetzen, findet dies ihre Rechtfertigung auch im Verfassungsrecht. Besonders deutlich wurde die Funktion des Rechtsanwalts bei der Darstellung zu Art. 103 Abs. 1 GG. Der Grundrechtsgebrauch durch den Rechtsanwalt dient also nicht nur der Persönlichkeitsentfaltung des Berufsträgers im erwerbswirtschaftlichen Bereich und der Schaffung einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage, sondern bezieht sich auf verfassungsrechtlich geschützte Positionen des Mandanten. Treffend ist das Bild *Kämmerers* vom „Dienst an diesen Rechtsgütern“, auch wenn für ihn hieraus keine dienende Berufsfreiheit des Freiberuflers folgen soll.¹⁶⁷² Dazu kommt, dass sich die Berufsausübung im Rahmen eines staatlich organisierten Rechtspflegesystems vollzieht. In BVerfGE 118, 1 hat das Gericht diesen Umstand prominent hervorgehoben und einen Eingriff in den Schutzbereich durch eine Modifikation im RVG verneint. Diese beiden Anomalien der anwaltlichen Grundrechte – Fremdnützigkeit und Normprägung – rechtfertigen eine Neuvermessung des Verhältnisses von subjektiven und objektiven Elementen innerhalb der anwaltlichen Berufsfreiheit. Die objektiven Gehalte der anwaltlichen Berufsfreiheit verstärken nicht die subjektiven Gehalte dieses Grundrechts, sondern vielmehr die subjektiven Gehalte des rechtlichen Gehörs des Mandanten. Die Parallele zur dienenden Rundfunkfreiheit und zu Art. 5 Abs. 3 GG tritt deutlich zu Tage. Dabei gerät die anwaltliche Berufsfreiheit jedoch nicht zu einem fremdbestimmten Grundrecht, die Berufsausübung wird nicht unter einen Moralvorbehalt gestellt. Der Gemeinwohlbezug der Profession hält das Grundrecht frei von jeglicher Standesmoral. Das Grundrecht richtet sich nicht gegen seinen Träger, sondern sichert als dienende Freiheit personale Freiheit und Unabhängigkeit. Was durch die Konstruktion gewonnen wird, sind gewährleistungsspezifische Maßstäbe für die anwaltlichen Grundrechte, die die

¹⁶⁷² *Kämmerer*, Gutachten zum 68. DJT, H32.

Abwägung im Rahmen des Übermaßverbotes strukturieren können.¹⁶⁷³ So kann BVerfGE 117, 163 zum Erfolgshonorar mit einer dienenden Berufsfreiheit deutlich besser erklärt werden, weil es dem Ersten Senat nie auf die Belastung durch das Verbotsgesetz in Person des Rechtsanwalts ankam. Insoweit war, das kommt in den Gründen zum Ausdruck, die Angemessenheit gewahrt. Die einzige Konstellation, auf die das Verbot des Erfolgshonorars Anwendung fand, in der das Gesetz nicht der Angemessenheitsprüfung standhielt, war nicht durch eine besondere Härte in der Person des Berufsträgers begründet, sondern in der des Mandanten. Bereits in BVerfGE 110, 226 zur Geldwäsche wurde der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG von der Funktion des Rechtsanwalts her definiert. Beide Entscheidungen zeigen deutlich, dass die dienende Freiheitskonzeption nicht mit einem Abschmelzen des Grundrechtsschutzes einhergeht, sondern vielmehr Art. 12 Abs. 1 GG und die Prozessgrundrechte des Mandanten zu einem Grundrechtsverbund geschmiedet werden, der dem Gesetzgeber die entscheidenden Leitlinien für das Berufsrecht gibt. Die Arbeit versteht sich somit als Beitrag zur Entwicklung von gewährleistungsspezifischen Vorgaben für den Gesetzgeber. Das Berufsrecht der Freien Berufe und insbesondere jenes der Rechtsanwälte fordert diesen angesichts des Wandels im Realbereich. Die Ausgestaltungsaufgabe nimmt den Gesetzgeber grundrechtlich in die Pflicht, sich dieser Herausforderung zu stellen, die verfassungsrechtlich geforderten Positionen zu erkennen, zu gewichten, einander zuzuordnen und sich zu einer politischen „Vision“ für den Rechtsdienstleistungsmarkt zu bekennen. Der Gesetzgeber muss die Frage entscheiden, wie er sich aus der Sackgasse befreit, in der er sich durch die asymmetrische, Kohärenzprobleme aufwerfende Regulierung begeben hat. Sein gesetzgeberisches Werk¹⁶⁷⁴ ist dann kein Eingriff, sondern Prägung der Funktion der anwaltlichen Grundrechte. Ihm stehen dabei vielfältige Entfaltungsmöglichkeiten für seine gesamthafte Konzeption zur Verfügung – die „Regulatory Sandbox“ kann, wie der Blick auf England und die USA zeigt, bspw. eine davon sein.¹⁶⁷⁵ Die dienende Freiheit verändert also die Rolle des Gesetzgebers. Er wird nicht befreit von seinen grundrechtlichen Bindungen (Art. 1 Abs. 3 GG), sondern ihm wird bei der Verfolgung von verfassungsrechtlich privilegierten Zielen – eben der Förderung der Mandantengrundrechte und der rechtspflegerischen Funktion des Anwalts – im Tausch für die reduzierte Zwecksetzungsbefugnis eine inhaltliche „Elastizität“ zugestanden.

¹⁶⁷³ Allgemein zum Bedürfnis hierfür im Rahmen der Berufsfreiheit *Burgi*, in: BK-GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 50.

¹⁶⁷⁴ Zum Vorschlag eines solchen *Römermann*, in: FS Singer, S. 561 ff.

¹⁶⁷⁵ Spezifisch für das Rechtsdienstleistungsrecht *Krönke/Molinari*, Mehr Sandkastenspiele, RD Editorial 9/2021; Hinweis auch bei *Brechmann*, Legal Tech und das Anwaltsmonopol, S. 101 f.; allgemein verwaltungsrechtsdogmatisch zu diesem Instrument *Krönke*, JZ 2021, 434 ff.

§ 3: Bilanz für das französische Verfassungsrecht

Der Grundrechtsvergleich konnte für das französische Verfassungsrecht dazu beitragen, die unternehmerische Freiheit (*liberté d'entreprendre*) für einen wichtigen reglementierten Beruf zu entwickeln. Eine Schwierigkeit bei der verfassungsrechtlichen Abbildung dieses Berufes besteht sicherlich darin, dass aufgrund der französischen Besonderheiten sich sehr früh ein landesweit einheitliches Bild der Profession herausbildete und durch den Stand über Jahrhunderte fern der staatlichen Regulierung geprägt wurde. Die Beharrenskräfte eines solchen Berufes gegenüber grundrechtlicher Freiheit dürfen nicht unterschätzt werden, weil die Grundrechte zwangsläufig, wie die Entwicklung in Deutschland zeigt, tradierte Konzepte des Standesrechts beseitigen. So ist etwa die Kollegialität innerhalb des Standes, die einen sehr wichtigen Stellenwert im französischen Recht einnimmt, von der Warte der Grundrechte des Berufsträgers wie des Mandanten her zutiefst problematisch.¹⁶⁷⁶ Dies mag auch erklären, weshalb, trotz der Existenz grundrechtlicher Grundlagen für den Schutz des einzelnen *Avocats*, eine verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie zugunsten der Institution „Anwaltschaft“ *de constitutione ferenda* gefordert wird, weil damit der Standesvertretung ein größeres Gewicht bei der interpretatorischen Deutung dieser Vorschrift zukäme. Die damit verbundenen Gefahren für die Grundrechte des einzelnen Verbandsmitglieds liegen auf der Hand. Während der Beruf des Rechtsanwalts eine umfangreiche verfassungsgerichtliche Kasuistik in Deutschland hervorgebracht hat, ist der *Conseil Constitutionnel* – im Rahmen seiner Entwicklung hin zu einem veritablen Verfassungsgericht – am Anfang einer berufsgrundrechtlichen Rechtsprechung der reglementierten Berufe. Lehrreich war der Blick auf die Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel*, weil sie einen klaren Fokus auf die Funktion des Rechtsanwalts legt und ihn vor allem als Garantie begreift, um die Prozessgrundrechte aus Art. 16 DDHC zu schützen. Dieser Fokus kann auch damit zu tun haben, dass die bedeutende Entscheidung zum Recht auf anwaltlichen Beistand im Jahr 1981 zu einer Zeit erging, als das französische Verfassungsrecht die berufliche Freiheit noch überhaupt nicht schützte. Der Schutz des anwaltlichen Berufes ist somit regelmäßig beim *Conseil Constitutionnel* ein indirekter. Konnte man also eine Vernachlässigung der subjektiven Seite anwaltlicher unternehmerischer Freiheit ausmachen, ist der Gesetzgeber, aber auch die Regierung durch den Erlass von Dekreten, um der Prozessgrundrechte willen gehalten, anwaltliche Freiheit zu ermöglichen und zu organisieren. Dieser soziale Kontext prägt die anwaltliche Berufsfreiheit in Frankreich und inspiriert noch heute den Gesetzgeber, die Selbstverwaltung der Anwaltschaft als *contre-pouvoir* gegenüber der Dritten Gewalt zu positionieren: Die Regelungen über sitzungspolizeiliche Ausschlüsse, die Pflichtverteidigung, Kanzleidurchsuchungen und TK-Überwachung sowie über die systemische Kontrolle der Justizvollzugs-

¹⁶⁷⁶ In keinem Bereich sieht *Scharmer*, in: Hartung/Scharmer, § 25 BORA Rn. 13 derart tiefgreifende Veränderungen im Berufsrecht wie im Bereich der kollegialen Pflichten.

anstalten sehen die Intervention des Bâtonniers vor. Die Selbstverwaltung ist zwar nicht von der Verfassung selbst geschützt, doch ist der Gesetzgeber bei der Ausführung anwaltlicher Grundrechte im Rahmen des Art. 34 Verf. 1958 zu ihrem Erhalt und ihrer Betätigungskraft angehalten. Vor große Probleme ist das Berufs- und Verfassungsrecht gestellt, soweit es um den Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses geht, denn es besteht schon keine Einigkeit darüber, dass es grundsätzlich überhaupt vom Verfassungsrecht geschützt sein soll. Es entspricht der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel, dass keine spezifische Vorschrift des Verfassungsrechts die Kommunikation des Anwalts schützt. Nur soweit die Verteidigungsrechte des Mandanten betroffen sind, greift der Schutz durch Art. 16 DDHC. Damit ist die gesamte beratende Tätigkeit des Anwalts nicht unter dem Schutz eines verfassungsrechtlich anerkannten Berufsgeheimnisses, sondern nur unter einem einfachgesetzlichen, das jederzeit derogiert werden kann und wird. Die mit dem staatlichen Eindringen in das Vertrauensverhältnis verbundenen Erschwerungen für die berufliche Tätigkeit unterfallen jedenfalls Art. 4 DDHC, regelmäßig, je nach Mandant, auch dem aus Art. 16 DDHC folgenden „droit au recours effectif“ und je nach Mandant *auch* den Verteidigungsrechten. Keinesfalls sind sie die einzige Grundlage für den verfassungsrechtlichen Schutz. Die Arbeit zeigt insgesamt, dass das französische Verfassungsrecht nicht nur für die für den Status des Richters als Rechtspflegeorgan einen Maßstab für die Regierung und den Gesetzgeber bereitstellt, sondern auch für die Regulierung der Anwaltsprofession. Dieser Maßstab muss heute nicht mehr die institutionelle Unabhängigkeit des Standes sein. Anwaltliche Freiheit wird nicht schlechthin bedingt durch die Selbstverwaltung; sie ist weder alleiniger Grund noch Grenze anwaltlicher Freiheit. Die unternehmerische Freiheit des einzelnen Berufsträgers (Art. 4 DDHC) hat das Potential, wenn die Gerichte sie konsequent entfalten, zu einem echten Paradigmenwechsel im Recht der Freien Berufe zu führen¹⁶⁷⁷ – ganz wie in Deutschland. Zeit für einen französischen Bastille-Beschluss.

¹⁶⁷⁷ S. jüngst nur zur Freiheit, den Beruf des Avocats im Zweitberuf auszuüben, im Ergebnis noch zurückhaltend CC, Entsch. v. 5.8.2022 – Nr. 2022-1008 QPC – M. Frédéric B. (Incompatibilité de la qualité de mandataire judiciaire avec la profession d’avocat); allgemein die Perspektive eines wachsenden Einflusses des Verfassungsrechts auf alle Rechtsgebiete entwickelnd *Favoreu*, in: *Études Hamon*, S. 235 ff. (trotz der verfassungsprozessualen Unterschiede im Vergleich mit Deutschland).

Résumé français de la thèse

La thèse s'intéresse à l'avocat, un acteur crucial du service public de la justice dont le statut juridique, surtout constitutionnel, est largement ignoré par la doctrine française. Les décisions du Conseil constitutionnel sont en effet peu nombreuses, en comparaison de celles rendues par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dont la jurisprudence relative à la profession d'avocat est abondante, jusqu'à guider les grandes directives constitutionnelles propres à cette profession. Le regard comparatif franco-allemand porté sur le sujet se propose d'envisager les droits fondamentaux de l'avocat comme des droits « fonctionnels ».

Après une partie introductive, qui situera le sujet et cette problématique, l'étude présentera l'état du droit constitutionnel allemand et français relatif à la profession d'avocat, en insistant spécialement sur les particularités des droits fondamentaux en jeu: l'avocat est titulaire de libertés économiques, de la liberté d'expression, et il est au service de principes constitutionnels, notamment des garanties procédurales constitutionnelles (§ 2). Après avoir ainsi établi le caractère instrumental de la profession d'avocat pour organiser constitutionnellement la procédure judiciaire, la thèse analysera les conséquences qui en découlent pour les droits fondamentaux de l'avocat, dans leurs dimensions subjective (§ 3), comme objective (§ 4).

§ 1: Introduction

Cerner les contours particuliers du statut constitutionnel de l'avocat en Allemagne et en France suppose de préciser dans une introduction le sujet du point de vue du droit français et allemand, de situer la question de recherche dans le discours doctrinal et contentieux français et allemand et de mettre en évidence l'intérêt d'une comparaison des droits fondamentaux. Ensuite, les fondements historiques du sujet sont brièvement présentés dans la mesure où ils peuvent être pertinents pour l'argumentation.

En Allemagne,¹⁶⁷⁸ selon le § 12 al. 4 de la loi fédérale sur les avocats (*Bundesrechtsanwaltsordnung*, BRAO), l'avocat est un prestataire de services juridiques, inscrit au barreau, et qui, selon le § 4 BRAO dispose de la même formation que le magistrat. A la différence de l'avocat français, dont la forme actuelle du statut date

¹⁶⁷⁸ Cf. introduction, § 1, p. 2 ss.

des réformes de 1971, 1991 et 2011, le statut de l'avocat allemand a été consolidé dès la Loi de l'Empire sur les avocats (*Reichsrechtsanwaltsordnung, RAO*) de 1878. L'avocat allemand jouit, comme son collègue français, d'un monopole judiciaire étendu. Les consultations juridiques sont aujourd'hui réglementées par la Loi sur les prestations juridiques de 2007 (*Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG*), laquelle succède à la Loi sur le conseil juridique (*Rechtsberatungsgesetz, RBerG*) monopolistique de 1935, fruit d'un stratagème funeste pour priver les juristes juifs expulsés du barreau d'une subsistance économique. Le § 3 de la RDG établit un régime d'autorisation préalable pour protéger le justiciable et l'ordre juridique (§ 1 al. 1 phr. 2). Le monopole de l'avocat extra-judiciaire n'existe plus. Le même constat peut certes être fait pour les consultations juridiques et les actes sous seing privé en France (articles 54 et ss. de la loi du 31 décembre 1971); mais la réglementation, très complexe par ailleurs, n'est pas axée sur des professions particulières comme en Allemagne, mais sur la formation – généralement une licence en droit ou un équivalent.

S'agissant des « droits fondamentaux », nous commencerons par situer la notion dans un contexte doctrinal franco-allemand, avant de s'arrêter sur les droits fondamentaux spécifiques de l'avocat. Contrairement aux dispositions régissant les professionnels des médias, les chercheurs ou juges, les constitutions allemande et française ne lui confèrent aucun privilège. Son statut constitutionnel relève ainsi des droits (fondamentaux) économiques et de la liberté d'expression. En raison de la nature de la profession et de son lien direct avec d'autres objectifs constitutionnels, les droits fondamentaux de l'avocat se distinguent néanmoins par rapport à ceux d'autres professionnels. C'est la raison pour laquelle on établit parfois un parallèle avec la liberté du chercheur de l'article 5 al. 3 de la Loi fondamentale allemande (ci-après LF). L'un des axes de la recherche ici présentée tend à considérer les droits fondamentaux des avocats comme un privilège, même si celui-ci reste indirect et fonctionnel. Pour cela, la liberté professionnelle de l'avocat peut éventuellement être appréhendée sous la forme d'une liberté servante. Cette catégorie, traduction française du terme de « *dienende Freiheit* », ressort surtout de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour relative au droit de la radiodiffusion, mais on tente également de transposer cette notion à d'autres droits fondamentaux (de communication).

En droit allemand, cette notion¹⁶⁷⁹ est préférée régulièrement à celle de liberté fonctionnelle. Elle permet, selon la doctrine, de mieux souligner que ce n'est pas seulement la fonction qui est protégée, mais également le titulaire des droits fondamentaux lui-même. L'idée que contient cette notion tend à considérer qu'il y a des fonctions publiques qui ont été détachées de la compétence de l'État et attribuées à la sphère privée, protégée par les droits fondamentaux. Cette « rupture structurelle » entre la liberté et la compétence de l'État peut alors être surmontée par la notion de liberté servante. Elle se caractérise par le fait qu'il n'y aurait pas d'intérêt

¹⁶⁷⁹ Cf. introduction, § 1, B., III., p. 32 ss.

personnel, c'est-à-dire de poursuite de buts privés par la jouissance du droit fondamental, mais que l'attribution du droit fondamental trouve sa raison d'être dans un souci d'indépendance vis-à-vis de l'État. Une liberté servante est un « mandat d'action déterminé » qui ne permet, si tant est qu'il y en ait un, que la poursuite de buts personnels de façon réduite.

Pour *Burmeister*, une liberté servante est donc celle qui garantit « l'exercice sans entrave de facultés dans l'intérêt d'une position constitutionnelle se rattachant au bien commun ou à l'intérêt de la réalisation du droit ou de la liberté de tiers ». Elle se distingue précisément d'une liberté « qui garantit l'exercice sans entrave de pouvoirs dans l'intérêt de l'individu », mais reste en même temps une liberté et doit être distinguée d'une délégation impérative de fonctions publiques à des personnes privées.

En outre, si l'axe choisi dans la thèse met l'accent sur les droits fondamentaux, notamment procéduraux, c'est notamment en raison de l'importance particulière du rôle de l'avocat pour la fonction judiciaire assumée par l'État.¹⁶⁸⁰ Celle-ci légitime en effet un droit exorbitant et riche en obligations. La fonction juridictionnelle est décrite dans l'étude par trois caractéristiques. Tout d'abord, la justice a pour mission de vérifier le respect du droit. Pour cela, les juges sont dotés par la Constitution de garanties institutionnelles permettant une application correcte du droit, telles l'indépendance et l'impartialité du juge, mais également les droits fondamentaux procéduraux du justiciable. L'avocat relève sans difficulté de ces garanties. Au XIX^e siècle, le théoricien du *Rechtsstaat* (État de droit) *Rudolf v. Gneist* rappelait déjà qu'« on n'appréciera jamais assez l'indépendance de l'avocat, qu'en étant profondément imprégné de la souveraineté du droit en tant que réalisation suprême de l'idée de l'État ». Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'assistance d'un avocat protège le justiciable contre les erreurs judiciaires du côté des juges. L'avocat participe ainsi à l'application correcte de la règle de droit. De ce point de vue, il est tout à fait cohérent que le législateur allemand insiste sur la qualification et sur la formation unique des avocats et magistrats ou que le législateur français insiste sur une formation continue des avocats. Ensuite une deuxième caractéristique de la fonction juridictionnelle met l'accent sur le caractère dialogique de la justice: la justice ne se réduit pas à l'application de la règle, elle se réalise au sein d'un débat contradictoire entre les parties, sous les yeux du public dans la salle d'audience. C'est au cours de ce débat que se forment les faits et la règle de droit. Le juge doit décider selon les standards du droit, mais le droit ne peut pas être simplement tiré de la loi, il peut être l'objet d'un débat entre les parties et le juge. « Devant le juge, les positions défendues par les parties forment la thèse et l'antithèse qui rendent possible la synthèse du juge » (*Arndt*). La mission du juge est de décider en droit, son action est privée de tout objectif étranger, contrairement à celle des parties. Pour concourir à ce processus, l'orateur doit être dépourvu d'émotion et compétent en tant que juriste. Les parties sont obligées de transformer leurs ob-

¹⁶⁸⁰ Cf. introduction, § 1, A., III., p. 20 ss.

jectifs non-juridiques en arguments juridiques afin que le juge puisse décider. Cette transformation est opérée par l'avocat – et on perçoit donc son importance pour la réalisation de la fonction juridictionnelle. Enfin, la justice est aussi un procès qui se caractérise par sa neutralité – étant entendu qu'il y a, d'un côté, un tiers neutre qui conduit le débat, de l'autre côté les parties qui occupent une place active dans la procédure en faisant usage de leurs droits fondamentaux procéduraux. Ces deux rôles, du juge neutre et de la partie active, demandent une protection. On retrouve donc l'avocat dans cette troisième caractéristique de la fonction juridictionnelle: sa participation prévient le risque que «la passion et l'ignorance du droit obscurcissent la situation de l'affaire», tel est le constat dressé par les matériaux du code de procédure civile allemande. L'avocat protège ainsi l'objectivité de la justice et contrôle le magistrat du siège au nom de l'État de droit grâce à ses compétences juridiques, aussi importantes que celles du juge. Mais l'avocat ne contrôle pas simplement le juge, il organise aussi le contrôle effectué par le juge en soutenant les parties à exercer leurs droits procéduraux: la sélectivité et la formalité de la procédure juridictionnelle favorisent la participation de l'avocat; le juge ne peut pas se saisir d'office; les parties doivent avoir conscience de leur droit pour le saisir; l'avocat mobilise les parties, présente au juge des faits pertinents et des arguments juridiques permettant une décision objective, parce que le juge ne doit plus s'occuper des émotions des parties. Ces trois caractéristiques justifient que les lois française et allemande décrivent l'avocat comme auxiliaire de justice ou «organe de la justice» (§ 1 BRAO). Il exerce une mission centrale et indispensable dans la procédure juridictionnelle sans être rattaché au pouvoir étatique. Si l'on considère que la justice tend à pacifier des situations litigieuses, la procédure est une valeur en tant que telle, elle légitime la décision du juge, en créant un cadre qui permet à la partie perdante d'accepter un résultat même s'il est perçu comme injuste. L'avocat peut même éviter au préalable la saisine du juge en incitant à la résolution amiable et, en cas de procédure juridictionnelle, il peut expliquer à la partie insatisfaite les motifs ayant conduit le juge à statuer ainsi. Si le juge échoue à expliquer sa décision, l'avocat en tant que représentant de la partie et homme de loi est en position privilégiée d'apporter un éclairage individuel afin que le client puisse accepter d'adapter son comportement à la décision. Sans doute, l'avocat devient-il alors parfois le «souffre-douleur», dès lors qu'un client peut, en ne recherchant pas ses propres fautes, inculper le magistrat, le témoin, mais aussi son avocat. Mais cela n'enlève rien à l'importante fonction de médiation et de translation de l'avocat et des droits procéduraux attachés à la profession.

Après avoir cerné les contours du rôle et des droits de l'avocat, l'étude s'attache à examiner leur réception en droit constitutionnel. Dans ce but, la méthode de droit comparé favorise une approche pragmatique et intégrée.¹⁶⁸¹ La comparaison franco-allemande du statut constitutionnel de la profession d'avocat est en effet intéressante en raison de la fonction assumée par l'avocat. Les deux ordres

¹⁶⁸¹ Cf. introduction, § 3, p. 39 ss.

juridiques conçoivent ce dernier comme un intermédiaire entre le service public et le justiciable, entre la sphère sociétale et la sphère étatique, ce qui se traduit dans sa caractérisation comme libéral et auxiliaire de justice. Une certaine convergence au niveau du droit ordinaire contraste néanmoins avec les différences qui subsistent dans les «dogmatiques» respectives des droits fondamentaux: l'Allemagne possède une dogmatique bien plus ancienne et sophistiquée, qui pourrait inspirer en France. Toutefois, l'importance de la culture constitutionnelle française, qui s'exprime à travers l'organisation des avocats français dans l'Ordre, bouclier traditionnel (même si fragilisé) contre l'État, permet une certaine compensation de la faible protection par les droits fondamentaux. La comparaison ne négligera pas cette dimension de la liberté de l'avocat, importante en France, absente en Allemagne, où le désintérêt pour la «corporation» est très répandu et la liberté avant tout défendue individuellement par le recours constitutionnel devant la Cour.

Ces seules remarques permettent déjà de relever la part primordiale qu'occupent l'histoire et la tradition dans la réglementation des professions libérales.¹⁶⁸² La thèse prend en compte ces aspects, en relevant les éléments indispensables pour comprendre le cadre juridique actuel: l'indépendance, la libéralité et la fonction d'auxiliaire de justice. La démonstration emprunte sa structure à l'historienne *Dolan*, laquelle a identifié les trois «lieux» importants pour la profession: le palais, la cité et le royaume. Le palais symbolise la relation avec les magistrats. Longtemps membre d'un même corps au sein du Parlement, l'avocat est «le premier juge des parties» et la plaidoirie réservée strictement aux causes justes. Il est auxiliaire de justice dans le sens strict du terme, le client occupant une place secondaire derrière la vérité. Dans la Cité aux *xvi^e* et *xvii^e* siècles se développe la libéralité incarnée par la valeur du désintéressement. Dès l'origine, l'argent complique la relation à l'avocat. S'ajoute un combat politique des avocats, qui réclament avec véhémence sous la Régence la libéralisation de l'État et de la société des États. Les avocats trouvent leur allié naturel au Palais, car les Parlements soucieux de leur indépendance s'opposent ouvertement au pouvoir royal. Leur résistance ne peut alors prospérer qu'en concertation avec l'Ordre. L'alliance entre les avocats bourgeois et les magistrats nobles se brise finalement en 1789 lors de la convocation des États-généraux. Le dernier lieu, le royaume, symbolise la relation entre l'avocat et le pouvoir. À l'origine, l'avocat est un avocat d'État, il participe à l'administration de la justice et du royaume, en exerçant souvent le poste de Garde des Sceaux. La mobilité professionnelle marque alors la profession d'avocat du Moyen-Âge. La vénalité des charges ramène l'avocat à son rôle de seul défenseur. Le retour de l'avocat au pouvoir se produit en 1789, mais l'esprit du temps fait perdre tout intérêt à cette profession, l'article 10 de la loi des 16 août et 2 septembre 1790 supprime l'Ordre et la profession dans son ensemble. Une justice sans magistrats professionnels n'a plus besoin de défenseurs professionnels, une justice locale et dispersée sans les grands parlements n'a plus besoin d'un grand Ordre. À l'in-

¹⁶⁸² Cf. introduction, §4, p. 43 ss.

verse, la III^e République, deuxième apogée de la profession, est même dénommée la République des avocats, pour ne citer que les Présidents du Conseil Millerand et Poincaré. Ces seuls exemples permettent de constater combien l'Ordre influe sur la vie politique française.

La comparaison avec l'histoire des avocats allemands est particulièrement éclairante. En raison de son vaste développement doctrinal en langue allemande, le travail se limite à quelques remarques comparatives. En Prusse, la représentation par des avocats est considérée comme « contraire à la nature des choses » : les avocats retardent le cours de la justice. Tels sont les motifs qui conduisent à la suppression progressive de la profession d'avocat en Prusse (1713–1781). Les expériences négatives liées à cette suppression incitent néanmoins à introduire des « conseillers assistants » fonctionnaires et des « commissaires judiciaires ». Pour autant, il ne s'agit pas seulement d'être représenté par un professionnel du droit, il faut aussi que celui-ci soit librement choisi par le justiciable et indépendant de l'État. C'est ce que réclame par exemple avec véhémence Rudolf v. Gneist dans son célèbre manifeste « Freie Advocatur – Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen » (*L'Avocat libre – la première revendication de toutes les réformes judiciaires en Prusse*), encore fondamental et cité par la Cour constitutionnelle fédérale aujourd'hui. Par la suite, dans le cadre de l'unification du droit judiciaire à l'échelle de l'Empire (1871–1918), la profession d'avocat est « refondée », notamment par une loi impériale de 1878. Du point de vue des observateurs français, cette loi reste toutefois un « compromis entre libéralisme et autoritarisme, indépendance corporative et tutelle d'État », notamment en conférant à la justice l'admission au barreau. Ainsi, le cadre de base est posé pour analyser maintenant l'arrangement de l'obligation et de la liberté propre au statut constitutionnel de l'avocat.

§ 2: L'avocat – un titulaire de droits fondamentaux particuliers

Ainsi qu'annoncé dans l'introduction la thèse se penche sur les spécificités de l'avocat, afin de comprendre ce qui le distingue des autres professions. L'ordre juridique, à travers différentes lois, véhicule souvent un « modèle » ou une certaine « image » de cette profession, faisant abstraction de l'individu-sujet. Il s'agit de « l'avocat ». C'est aussi le titre des premiers paragraphes de la Loi fédérale sur les avocats. L'idée de cette technique législative et doctrinale est d'attribuer certaines caractéristiques ou vertus classiques à un certain groupe. On connaît l'image constitutionnelle de l'homme, du « citoyen », du « consommateur », du « juge indépendant nommé à vie » mais aussi celle de « l'avocat ». Le modèle ou l'image oriente la régulation parce qu'elle dépasse le cadre d'une seule loi et élargit la perspective. Cependant, le danger est alors la stagnation du modèle et l'exclusion de l'ordre juridique de toute personne qui ne s'y conforme pas. Pour une image si traditionnelle qu'est celle de l'avocat, le danger est réel et a été illustré par le débat et

la décision de mars 2022 de la Première Chambre civile de la Cour de Cassation autour du port des signes distinctifs: le débat a révélé la confrontation entre un «barreau uni» et la diversité des choix de vie de la société d'aujourd'hui. La Cour constitutionnelle fédérale a rappelé plusieurs fois que l'image de l'avocat ne permet pas en soi de sanctionner un comportement contraire à l'opinion commune du barreau. La connaissance de telles images sensibilise et appelle à une interprétation soucieuse des textes. Mais les images permettent également de s'adapter à des changements importants dans le milieu professionnel.

L'image de l'avocat est marquée par deux leitmotivs: la liberté nécessaire et les obligations et engagements nécessaires envers le client et la justice. La thèse examine la liberté sous les aspects de la libéralité et de l'indépendance (A) et les engagements à travers l'intégration dans le service public de la justice et la défense d'autrui (B). Une fois le statut de l'avocat dégagé, une comparaison avec l'autre acteur central de l'administration de la justice s'impose. En effet, le juge est lui aussi décrit (par la Constitution) comme indépendant dans sa fonction pour l'administration de la justice, tout en étant soumis à des obligations spécifiques garantissant son rôle (C). Après une telle étude de l'image de l'avocat en droit ordinaire et en droit constitutionnel, nous présenterons les principes constitutionnels qui gouvernent l'exercice de la profession d'avocat (D).

A. Une liberté multidimensionnelle

La liberté de l'avocat en Allemagne est attachée au slogan du XIX^e siècle de la *Freie Advokatur*, combat clé de l'histoire des avocats prussiens. Il ne s'agit pas, en tant que tel, d'un terme juridique, mais il englobe plusieurs éléments importants, notamment l'indépendance vis-à-vis de l'État et le statut libéral de la profession. Au niveau constitutionnel, la *Freie Advokatur* est un état, une objectivation de l'exercice des libertés individuelles par les avocats. Le droit allemand comme le droit français considèrent que l'avocat exerce une profession libérale. C'est la conséquence directe de l'abandon de la fonction publique en Allemagne et de l'exercice désintéressé en France pendant des siècles. Néanmoins, pour la présente thèse, la libéralité reste sans intérêt, dans la mesure où nous ignorons largement le droit fiscal et le droit des sociétés. La Cour constitutionnelle qualifie avec raison la libéralité de terme sociologique et le Conseil constitutionnel cherche à bon droit la particularité dans le caractère réglementé, notion européenne. L'élément crucial pour la liberté de l'avocat est finalement davantage l'indépendance, qui a absorbé la libéralité. Dans ce sens, il s'agit de la «Magna Charta» de l'avocat.¹⁶⁸³ La notion est difficile à cerner. Après l'avoir définie, la thèse examinera l'indépendance matérielle et personnelle et s'intéressera aux destinataires de la norme commandant l'indépendance de l'avocat. On peut identifier à ce titre l'État, le client et la société, l'État jouant un rôle prépondérant en tant qu'auteur de la menace. Les règles d'in-

¹⁶⁸³ Cf. chapitre 1, § 2, A.

compatibilité répondent à cette menace. Ici aussi, l'importance de l'Ordre français, en tant que garantie de l'autonomie institutionnelle contraste avec la situation en Allemagne – qui ne connaît pas d'Ordre à la française, mais la corporation. L'adhésion ne constitue pas le socle de la liberté de l'avocat, mais au contraire une atteinte à sa liberté, parce qu'il est privé de la possibilité d'exercer la profession sans être membre de la corporation.

L'indépendance vis-à-vis de l'État doit notamment être assurée pour la défense pénale. Le garde des sceaux Badinter a considérablement contribué à la concrétiser, en faisant voter la loi qui supprime (quasi intégralement) le délit d'audience, d'origine napoléonienne – délit qui permettait à un magistrat du siège, saisi de l'affaire, de sanctionner sur le champ un avocat pour tout manquement à son serment et de priver ainsi l'avocat de son juge naturel qu'est le Conseil de discipline, émanation de l'Ordre. Par la loi Sécurité et Liberté (1981), le législateur a tenté de substituer au délit d'audience un pouvoir spécial du juge lui permettant de faire exclure un avocat qui entrave la sérénité des débats. Cependant, cet « assouplissement » du contrôle étatique sur l'avocat, qui ne liait aucunement l'exclusion de l'avocat de la salle d'audience à un manquement aux obligations professionnelles, a été censuré par le Conseil Constitutionnel sans la moindre hésitation sur proposition du professeur Vedel (1981). Quant à la loi allemande, elle exclut l'avocat du champ d'application personnelle de la police d'audience sous la réserve du droit pénal. Aucun magistrat n'oserait faire évacuer par la force un avocat de la salle d'audience. Il y a en revanche une dimension de la défense pénale, pour laquelle la loi française est beaucoup plus protectrice: la commission d'office. On ne peut ici que critiquer le fait qu'en Allemagne, l'avocat est toujours commis par un juge ou même par le Procureur, jamais par le Bâtonnier, ce qui reste au contraire la règle en France – même si le Conseil constitutionnel a validé à bon droit le pouvoir du président de la Cour d'assises d'entendre les motifs d'empêchement de défendre au nom des droits de la défense et de la bonne administration de la justice. Le Conseil a mis ainsi un terme au débat sur le pouvoir de refus du Président de la Cour d'assises, qui datait du XIX^e siècle. En Allemagne, le juge rompt la commission d'office si la relation entre l'accusé et son avocat est brisée. Cette appréciation donne un important pouvoir d'ingérence dans la défense au juge. La loi allemande permet à ce dernier de commettre des avocats « bienveillants » qui ne cherchent pas la confrontation, même si celle-ci s'imposerait au nom de la défense. Si le juge remplace le commis d'office, la Cour constitutionnelle refuse toute protection par la liberté professionnelle, en considérant qu'il n'y a pas de droit à être commis d'office qui pourrait être violé par la résiliation de la commission d'office. Cette jurisprudence rompant l'unité juridique de la défense entre le défenseur commis d'office et le défenseur de choix est dépourvue d'argument convaincant, parce que le commis d'office est devenu une véritable « spécialisation » des avocats pénalistes.

Pour approcher plus précisément encore la liberté et l'indépendance de l'avocat, la thèse défend la conviction que l'avocat ne doit pas une fidélité à l'État et/

ou un combat actif pour l'ordre constitutionnel.¹⁶⁸⁴ Un exemple de la jurisprudence allemande l'illustre parfaitement: Un avocat communiste n'a pas été admis au barreau pour cause d'indignité; décision du barreau qui a ensuite été confirmée par la chambre des avocats de la Cour de justice fédérale; avant d'être censurée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, laquelle a fait droit au recours et censuré la décision de la chambre des avocats pour violation de la liberté professionnelle (1983). Elle a en effet considéré que la loi ne permettait le refus que dans l'hypothèse où le candidat s'engage activement dans la lutte contre l'ordre constitutionnel d'une manière pénalement répressible (§ 7 Nr. 6 BRAO). On ne peut pas contourner cette disposition en refusant l'inscription pour indignité (§ 7 Nr. 5 BRAO). L'avocat n'est pas dans l'obligation d'adhérer idéologiquement à la Constitution et à l'État. Dans une opinion dissidente, le juge Simon a soutenu la censure, mais va au-delà de l'argument systématique: l'importance de l'indépendance de l'avocat est cruciale et l'avocat n'est pas un fonctionnaire. Il dénonce chaque tentative de rapprochement entre les deux professions juridiques juge et avocat en rappelant leur nature différente. On peut y voir un écho avec la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation de mars 2022, qui a validé l'interdiction de porter les signes distinctifs avec la robe. Elle nous semble rapprocher le statut de l'avocat de celui du magistrat, destinataire naturel de l'obligation de neutralité. L'avocat peut penser ce qu'il veut, il n'est pas lié aux valeurs de la Constitution; mais si son comportement dépasse ce qui est légal, il doit être sanctionné pour violation de la loi ou des obligations déontologiques. L'indépendance de l'avocat se manifeste aujourd'hui à travers son serment. Il a été purgé de toute allégeance aux autorités publiques, aux bonnes mœurs et à la loi en vigueur, grâce au combat de grandes figures du barreau du xx^e siècle, tels le Garde des sceaux Robert Badinter et la députée Gisèle Halimi. Si l'État pouvait décider de l'étendue et du contenu du serment, qui est le véritable fondement des obligations déontologiques en France, il pourrait réguler le comportement de l'avocat. En Allemagne, l'avocat jure encore de maintenir l'ordre constitutionnel, mais la Cour constitutionnelle n'exige pas un engagement actif pour la Constitution ou une adhésion à ses valeurs.

Toutefois, l'indépendance vis-à-vis de l'État ne suffit pas. L'indépendance doit aussi s'imposer vis-à-vis du client. Même si le droit des obligations allemand soumet l'avocat aux directives du client, le droit professionnel (faisant partie du droit public) continue d'exiger l'indépendance de l'avocat envers son client. L'impératif du droit public s'impose par rapport à une directive contractuelle. Dans un tel cas, le contrat doit être résilié. La raison est simple: la fonction de l'avocat exige impérativement une certaine distance avec le client et ses émotions. En France, les obligations de désintéressement et de modération expriment également une relation particulière avec le client, même si la doctrine admet aujourd'hui l'existence d'une relation contractuelle entre l'avocat et le client, rompant avec une longue tradition

¹⁶⁸⁴ Cf. chapitre 1, § 2, A., a., bb, p. 77 ff.

qui considérerait l'engagement de l'avocat comme un sacrifice. Il faut, pour être précis, distinguer l'indépendance envers le client et celle envers «l'objet du mandat», laquelle est qualifiée «d'indépendance morale» par le Conseil d'État français (2004). Il ne s'agit pas de l'indépendance imposée par la loi, parce qu'il n'y a pas de pression extérieure à exclure. L'indépendance morale est un prérequis et exprime simplement le fait qu'il pèse sur l'avocat une obligation de respecter les lois, comme sur chaque professionnel. L'avocat doit également maintenir son indépendance vis-à-vis de la société et des tiers privés, ce qui est important pour la participation financière des tiers à une société d'avocats en tant qu'investissement. La loi allemande est beaucoup plus restrictive en comparaison avec la loi française, qui est souvent invoquée pour justifier une libéralisation du cadre juridique allemand.

L'indépendance de l'avocat est donc multidimensionnelle, en ce qu'elle associe l'Etat, le client et les tiers à leur protection.

B. Une obligation légitimée par la fonction

Les droits allemand et français commandent une obligation canalisée de la liberté de l'avocat dans deux directions: vis-à-vis de l'administration de la justice et vis-à-vis du client. Dans les deux cas, il s'agit de garantir la fonction de l'avocat.

L'avocat est un organe indépendant de l'administration de la justice en droit allemand et un auxiliaire de justice en droit français.¹⁶⁸⁵ La thèse tend ici à démontrer que ce statut se distingue de la notion d'«organe institutionnel», laquelle intégrerait complètement l'avocat dans l'administration de la justice et créerait ainsi un statut équivalent à celui d'un fonctionnaire. En Allemagne, le terme de *Organ der Rechtspflege* (organe de la justice) a une longue histoire et remonte à la jurisprudence de la Cour d'honneur des Avocats de l'Empire de 1883 (*Ehrengerichtshof, EGH*, prédécesseur de la Chambre des avocats à la Cour de justice fédérale) et du Tribunal du Reich (*Reichsgericht, RG*). Il a souvent été invoqué pour discipliner les avocats lorsque leur comportement ne correspondait pas à l'image de l'avocat, mais qu'aucune infraction aux règles professionnelles écrites ne pouvait être constatée. Il a ensuite été utilisé par la Cour de justice fédérale pour exclure les avocats de la défense dans les procédures liées à l'extrémisme de droite et de gauche. Mais la Cour constitutionnelle fédérale y a mis fin en 1973 et a appelé le législateur à créer une base juridique explicite pour l'exclusion du défenseur. Le rôle d'organe de l'administration de la justice suggère un devoir de l'avocat dû envers la justice. § 1 BRAO ne constitue toutefois pas une atteinte aux droits fondamentaux. C'est ce qu'a jugé la Cour constitutionnelle fédérale, laquelle, contrairement à la Cour européenne des droits de l'Homme, n'exige pas que l'avocat s'efforce d'améliorer la réputation de la justice.

Quant au terme français «auxiliaire de justice», il est problématique en ce qu'il saisit insuffisamment le rôle de l'avocat – ce terme générique étant choisi par le

¹⁶⁸⁵ Cf. chapitre 1, § 2, B., I., p. 85 ss.

droit ordinaire pour une multitude de professions proches de la justice (greffier, administrateur de justice etc.). En France, la Cour de cassation voit bien – comme le montre sa décision sur le foulard – dans la notion d'auxiliaire de justice le fondement de limitations des droits fondamentaux, alors que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel déduisent de telles limitations du caractère réglementé de la profession.

Selon la conception défendue ici, ces deux termes doivent être compris comme une description de rôle de l'avocat au sein de la justice. Nous nous appuyons à cet effet sur une compréhension fonctionnelle de la notion allemande d'organe. L'avocat est un organe de l'administration de la justice parce que ses missions sont importantes pour celle-ci, ainsi que démontré plus haut. Une telle approche ne révèle aucune contradiction entre la position d'organe et la partialité. Pour le droit français, cela signifie que l'avocat contribue au service public de la justice en tant qu'auxiliaire de justice. C'est aussi la conception de la notion d'auxiliaire de justice qui se fait le Conseil d'État. Afin d'assurer la continuité du service public, la mise en place de prestations pour les avocats peut par exemple s'avérer nécessaire, même si le Conseil d'État a refusé un tel droit à la fourniture d'articles d'hygiène. La première chambre civile de la Cour de cassation se fonde également plutôt sur une conception fonctionnelle et non statutaire du rôle d'auxiliaire (2022). C'est pourquoi la notion est apparemment limitée à l'activité judiciaire et ne couvre pas toute activité de l'avocat, contrairement à la notion allemande, qui englobe les activités extrajudiciaires et judiciaires.

Ces deux formules expriment en fin de compte uniquement ce que le droit ordinaire manifeste, notamment par des prérogatives de l'avocat en droit procédural, même si le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions qui n'accordaient certains droits qu'à la partie représentée par un avocat.

En droit français, le fait d'agir en faveur du client est conçu comme une fonction sociale, sans qu'il y ait de véritable engagement juridique. Le droit allemand diffère ici.¹⁶⁸⁶ le § 3 BRAO considère l'avocat comme un «représentant des intérêts désigné et indépendant» du client. L'existence d'une relation contractuelle entre l'avocat et son client ne pose alors aucune difficulté en droit allemand – contrairement au droit français – et il existe notamment un droit de direction du client. Dans son manifeste précité, *v. Gneist* constatait déjà que les besoins du public en quête de justice devaient prévaloir. La priorité accordée au client est le principe fondamental du droit professionnel allemand; il est l'organe de l'administration de la justice le plus subjectif. Tout empêchement d'agir en tant que représentant d'un justiciable imputable à l'État se présente donc comme une atteinte à la liberté professionnelle – on saisit ici le lien entre les droits de l'avocat et sa fonction. La relation avec le client en tant que relation juridique est la principale différence entre le droit français et le droit allemand. La loi française du 31 janvier 1971 est réticente à faire une déclaration claire, correspondant au § 3 BRAO, sur la mission de l'avo-

¹⁶⁸⁶ Cf. chapitre 1, §2, B., II., p. 95 ss.

cat. Elle utilise plutôt les termes de « défense », « assistance », « représentation », « plaidoirie » ou « postulation », qui expriment tous un lien différent entre l'avocat et son client. S'il est aujourd'hui admis qu'il existe un mandat de droit civil entre l'avocat et son client, ni la responsabilité délictuelle, ni une relation spéciale de droit public, que l'on essaie de justifier par la participation au service public de la justice, ne régissent leurs obligations et droits réciproques.

C. *L'avocat et le juge: rapprochement ou contraste constitutionnel*

En France, des tentatives ont été faites dans la littérature, notamment par le professeur *Truchet*, pour élaborer un droit professionnel unique pour toutes les professions juridiques et para-juridiques, car elles seraient toutes au service de l'Homme et de la société. En Allemagne également, il a été souligné que le statut juridique des juges et des avocats ne devrait pas être très différent, car ils exercent des activités similaires. C'est ce qui justifie par exemple le fait que la Constitution portugaise aborde les questions relatives à l'avocat dans la partie consacrée à l'organisation judiciaire. Ces deux acteurs sont indépendants dans l'État de droit, même si le juge tient ce statut de la Constitution, alors que pour l'avocat, cela n'est prévu que par une loi ordinaire.¹⁶⁸⁷ Nous remarquons qu'avec le statut de juge de proximité, les deux garanties d'indépendance se rejoignent et interagissent. Un avocat qui est nommé par l'État met en danger son indépendance d'avocat vis-à-vis de celui-ci. Un juge qui exerce également en tant qu'avocat met en péril l'indépendance de la justice vis-à-vis des particuliers. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a créé un privilège de fonction pour le juge comparable à la consécration expresse de l'article 97 LF en se fondant sur l'article 16 DDHC. La proximité entre les deux professions nous permet de reprendre pour l'avocat la structure de la présentation de l'indépendance du juge proposée plus haut et envisageant indépendance matérielle, personnelle et institutionnelle – une indépendance qui doit être préservée vis-à-vis de l'État, des tiers impliqués dans les procédures judiciaires et des tiers extérieurs. Nous concluons que l'indépendance du juge ne doit pas être banalisée et comprise comme un droit de la défense face à toute mesure perçue comme un inconvénient par le juge. L'indépendance des juges n'est pas un droit fondamental subjectif, même si elle peut faire l'objet d'un recours constitutionnel via l'article 33 al. 5 LF (les principes constitutionnels de la fonction publique) et non l'article 97 (garantie d'indépendance du juge). Il ne s'agit pas non plus d'un droit fondamental fonctionnel, mais d'un privilège lié à la fonction au service de la justice. Il en va de même pour la France. Il ne faut pas conclure à un droit fondamental du juge au motif que l'indépendance du juge fait partie, pour le Conseil constitutionnel, des « droits et libertés que la Constitution garantit » tel qu'inscrit à l'article 61-1. La différence entre l'indépendance des juges et celle des avocats réside dans leur origine. L'indépendance du juge est concédée par la puissance publique alors que celle de l'avocat

¹⁶⁸⁷ Cf. chapitre 1, § 3, p. 101 ss.

trouve son origine dans l'usage libre des droits fondamentaux. Toutefois, la liberté de l'avocat peut également, comme celle du juge, être comprise comme un privilège de fonction au sens large. En effet, seul l'exercice indépendant et libre de la profession d'avocat est celui auquel l'État de droit a intérêt. L'indépendance et la liberté professionnelle sont donc étroitement liées. Les dispositions qui garantissent l'indépendance de l'avocat ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux. Tel est le parallèle constitutionnel entre le statut judiciaire et la liberté de l'avocat.

D. *L'avocat en tant qu'« instrument » prévu par la Constitution*

Nous avons décrit le rôle réel de l'avocat pour la justice. Le droit constitutionnel en prend acte et protège directement cette fonction, et donc indirectement l'avocat lui-même. Les règles centrales sont les droits fondamentaux du client en matière de procédure (II.-IV.) et le principe constitutionnel de l'État de droit (I.), ce qui constitue la particularité des libertés de l'avocat.

I. *L'avocat et le Rechtsstaat*

Pour de nombreux auteurs allemands, la profession d'avocat indépendant est protégée par le principe de l'État de droit (*Rechtsstaat*).¹⁶⁸⁸ Cette réflexion suppose au préalable que l'on prenne la pleine mesure du principe de l'État de droit, notamment ce qu'il protège également l'efficacité des poursuites pénales, liée à la paix sociale, même si cette supposition entre en conflit avec le développement des garanties de l'État de droit en faveur de l'accusé. Dans la doctrine française, la notion d'État de droit n'est pas considérée comme un concept juridique, mais comme un slogan (*Jouanjan*). Celui-ci est parfois mobilisé politiquement pour l'avocat, mais il n'est pas pertinent pour une assise constitutionnelle. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, à l'inverse, accorde une place importante à l'efficacité des poursuites pénales et les associe à l'État de droit et censure le cas échéant des garanties procédurales trop généreuses en faveur du mis en cause. La Cour a quand même infléchi sa position en reconnaissant que la procédure pénale vise à protéger également les droits fondamentaux du mis en cause (surtout sa liberté individuelle) – ainsi, non seulement le fait de sanctionner, mais également la manière de sanctionner sont à orienter vers le principe de l'État de droit. Or, l'efficacité de l'État de droit n'est assurée que si elle tient compte des droits fondamentaux dans le cadre d'une procédure juste: partant, ce volet de l'État de droit est apte à intégrer le statut constitutionnel de l'avocat. Si l'État de droit promet des décisions correctes et justes, au-delà de la simple répression à tout prix, l'avocat devient un acteur central pour faire émerger les droits fondamentaux dans la procédure pénale. Pour la Cour, il est le bouclier du justiciable et de sa sphère de liberté face au parquet et au juge, éclairant les deux en fait et en droit afin qu'ils ne commettent pas d'erreur judiciaire nuisible à son client.

¹⁶⁸⁸ Cf. chapitre 1, §4, A., p. 114 ss.

II. *L'avocat et l'accès à l'instance: le recours effectif*

S'ajoute le droit au recours effectif, protégé en Allemagne par l'article 19 al. 4 LF pour ester contre la puissance publique et par l'article 2 al. 1 LF combiné avec le principe de l'État de droit pour l'accès au juge civil. En France, le droit au juge a très tôt été développé par *Favoreu*, qui a proposé un rattachement à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a choisi l'article 16 de la DDHC («garantie des droits») en tant que norme de rattachement. S'ensuit l'interdiction de toutes les «atteintes substantielles au droit des personnes intéressés de former un recours» (1996). Le législateur viole ce droit lorsqu'il n'a pas adopté de règles de procédure suffisantes pour protéger les droits fondamentaux. Cela inclut le droit de se faire assister par un avocat.¹⁶⁸⁹ Une protection juridique efficace signifie une protection juridique en temps utile, une protection juridique de qualité et qui est aussi économiquement raisonnable pour les titulaires de droits. La première condition exige que les délais soient fixés de manière à ce que la personne concernée puisse encore consulter un avocat et que celui-ci puisse exercer un recours si cela s'avère approprié. Les décisions du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle fédérale allemandes sont orientées dans ce sens. La deuxième dimension renvoie au fait que l'accès au juge a un impact sur la qualité de la procédure. C'est pourquoi le Conseil d'État reconnaît un droit à un recours devant une juridiction assurant un respect effectif des droits de la défense et y rattache directement la possibilité de pouvoir consulter un avocat – même pendant un couvre-feu par exemple. Une protection juridique de qualité – et donc l'assistance d'un avocat – ne doit en outre pas dépendre des possibilités économiques du justiciable. Cette idée renvoie au «blocage subjectif-absolu des frais», selon lequel la partie ne peut pas payer les frais du litige. Le droit constitutionnel français et allemand exige en conséquence que les justiciables sans ressources soient mis sur un pied d'égalité avec les justiciables disposant de ressources. C'est également une exigence découlant du principe d'égalité et du principe de l'État social. La gratuité des frais de justice en France ne suffit pas à atteindre cet objectif: c'est pourquoi l'aide juridictionnelle est un élément crucial de l'aménagement législatif de la garantie de protection juridique. En conséquence, il n'est pas opportun de prévoir expressément un droit fondamental à l'aide juridictionnelle, tel que le prévoit l'article 47 al. 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, parce que le droit au recours garantit suffisamment l'aide juridictionnelle.

III. *L'avocat et l'instance (1):*

le droit à un procès équitable et les droits de la défense

La Cour constitutionnelle fédérale allemande déduit du droit à un procès équitable, qui découle selon elle de l'article 2 al. 1 LF (liberté générale d'agir), combiné avec

¹⁶⁸⁹ Cf. chapitre 1, § 4, B., p. 119 ss.

le principe de l'État de droit, le droit à l'assistance d'un avocat.¹⁶⁹⁰ Ce droit, qualifié de droit fondamental procédural « général », peut, grâce à son ancrage dans l'article 2, être invoqué à l'appui d'un recours constitutionnel en protection des droits fondamentaux. Selon l'opinion défendue ici, la solution de la Cour n'est toutefois pas convaincante, car elle crée un droit fondamental de procédure en dehors des textes, dont la délimitation par rapport aux autres garanties explicites est aléatoire et fragile. Le droit à un procès équitable se caractérise par sa flexibilité, parce qu'il n'est pas possible d'en déduire des critères en cas de conflit de principes; ni de l'article 2, ni du principe de l'État de droit. Or, cette flexibilité constitue sa véritable faiblesse, car elle sape les critères stricts de l'article 103 al. 1 LF, le droit d'être entendu, qui semble beaucoup plus protectrice à cause de son ancrage dans la dignité humaine. Le principe de l'État de droit reprend d'une main ce qu'il a donné de l'autre: Il garantit l'assistance de l'avocat, mais en même temps, ce principe exige une administration efficace de la justice, qui pourrait imposer de continuer les débats même en absence du défenseur.

Il n'y pas un besoin constitutionnel pour développer un droit fondamental jurisprudentiel pour protéger le droit à l'assistance d'un avocat: Le droit à être entendu le garantit déjà, comme nous montrons par la suite.

En France, selon une jurisprudence classique, les droits de la défense sont protégés en tant que principe général du droit ou, pour le juge constitutionnel, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République (1976) – avant qu'il ne les rattache, ou plus précisément leur respect, à l'article 16 de la DDHC (1981). L'assistance par un avocat est l'élément central des droits de la défense, même si elle n'est pas l'unique garantie.¹⁶⁹¹ On parle des droits de la défense « renforcés ». L'assistance comprend, selon une jurisprudence récente du Conseil (2021), également la libre communication entre l'avocat et son client, au moins si celui-ci est privé de liberté. Dès sa décision de principe « Sécurité et Liberté » de 1981, le Conseil s'est montré sensible aux conséquences de l'absence d'assistance par un avocat. Cette décision censure sans la moindre hésitation, en conformité avec son rapporteur Vedel, une disposition se substituant au délit d'audience (précité) et qui a permis au président du tribunal d'écarter un avocat au nom de la sérénité des débats. Seul l'article 16 DDHC est choisi comme norme constitutionnelle de contrôle et non pas, comme en Allemagne, la liberté professionnelle de l'avocat. On perçoit déjà une certaine distance entre la garantie objective française et une dimension subjective allemande. Cela n'empêche pas le Conseil français reconnaît très précisément la position propre de l'avocat en matière de droits fondamentaux: la censure se fonde sur les principes contenus à l'article 16 et garantis à la fois à l'accusé comme à l'avocat. Si cette décision prenait en compte un moment crucial de la procédure avec l'audience orale, le Conseil constitutionnel a complété sa jurisprudence en 2010 grâce à la QPC et sous l'impulsion de la Cour EDH, en imposant

¹⁶⁹⁰ Cf. chapitre 1, §4, C., I., 3., p. 131 ss.

¹⁶⁹¹ Cf. chapitre 1, §4, C., I., 1 et 2, p. 124 ss.

le respect du droit à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue, notamment pour tenir compte de l'importance de cette étape pour la procédure ultérieure. Le Conseil n'est toutefois pas resté cohérent, puisqu'il a jugé conforme à la Constitution le fait qu'un policier puisse demander au Procureur de faire évacuer des locaux un défenseur gênant, de sorte qu'un avocat d'office doive être désigné (2011).

Le Conseil d'État a également développé très tôt un droit d'assistance par l'avocat. Mais ce qui est remarquable, c'est son raisonnement. En effet, il a développé ce droit à partir du droit professionnel des avocats. Pour le Conseil d'État, la « loi fondamentale de l'avocat » confère des droits aux avocats, mais également, par ricochet, par les droits de la défense, aux justiciables eux-mêmes. La juridiction administrative suprême française reprend ainsi la conception de la loi allemande (§ 3 BRAO). La loi française du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat se présente comme le substrat des droits de la défense. Le lien entre les droits de l'avocat et du justiciable est clairement dégagé par le Conseil d'État français. Une analyse des décisions des juridictions suprêmes conduit toutefois à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu. En garde à vue, l'assistance d'un avocat peut être retardée de 48 ou 72 heures pour certaines infractions liées au terrorisme ou au banditisme. Pour le Conseil Constitutionnel, il s'agit d'une simple modalité du droit de l'assistance qui ne touche pas à son noyau. Si le Conseil protège très fortement le droit à l'assistance d'un avocat, il n'en va pas de même pour le libre choix de l'avocat concret. Le Conseil Constitutionnel a censuré, mais seulement sur le fondement d'aspects formel, une loi qui prévoyait une commission d'office obligatoire en matière de terrorisme. Cette décision pourrait dévaloriser considérablement le droit à l'assistance d'un avocat. Toutefois, les droits de la défense ne peuvent pas être le seul fondement constitutionnel de l'assistance effective d'un avocat, car le champ d'application de cette disposition ne couvre que des situations très limitées, certes très importantes. Le Conseil exige la présence d'une situation dans laquelle le justiciable subit une contrainte et fait face à une procédure le mettant en cause pour violation d'une loi. De plus, l'assistance de l'avocat doit être indispensable. La perquisition, l'audition libre, le défèrement devant le Procureur ou les procédures administratives ne répondent pas à cela. D'autres droits fondamentaux du justiciable doivent être pris en considération.

IV. L'avocat et l'instance (2):

le droit à être entendu et le principe du contradictoire

Cette étude considère que l'article 103 al. 1 LF est la norme centrale qui illustre la fonction de l'avocat pour la procédure et pour le justiciable en Allemagne.¹⁶⁹² Nous partons du principe que seul celui qui connaît le droit et sa signification peut exercer son droit à être entendu. L'étude s'oppose à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, selon laquelle l'article 103 al. 1 LF ne confère

¹⁶⁹² Cf. chapitre 1, § 4, C., II., 1., p. 133 ss.

pas le droit à être entendu par un avocat (depuis 1959). La conception du droit fondamental à être entendu suggère cependant le contraire:

La garantie constitutionnelle de l'article 103 LF assure le droit à être informé de la matière du procès et de s'exprimer, et impose au tribunal l'obligation de tenir compte de cet exposé. Le droit à être entendu est directement lié à la garantie de la dignité humaine selon une jurisprudence constante de la Cour en plaçant le justiciable en position de sujet et non d'objet de la procédure. En même temps, l'article 103 al. 1 LF est un principe objectif dirigeant la procédure entière et permettant au juge de réunir les faits du litige.

Il est de jurisprudence constante que, bien que le droit d'être entendu confère également le droit de s'exprimer sur des questions juridiques, le tribunal n'a pas l'obligation constitutionnelle de mener un débat juridique avec les parties. La Cour constitutionnelle fédérale estime que le juge est seul compétent pour connaître le droit lorsque les parties lui fournissent les faits (*iura novit curia*). Nous pensons que cela est trop réducteur et ne tient pas compte de la complexité de la détermination du droit. La justice est un processus de dialogue. Le droit fondamental à être entendu exige de mettre les parties sur un pied d'égalité et non seulement de respecter, comme standard minimum, leur position de sujet.

Le droit français adopte à ce sujet une conception différente, plus conforme à notre conception de la nature de la procédure juridictionnelle. Le Conseil d'État a par exemple annulé un décret permettant à un juge de soulever un moyen de droit d'office; le principe s'applique même en contentieux administratif (art. R611–7 CJA). Le droit ordinaire allemand a reconnu la justesse de ce point de vue en reconnaissant en substance, au § 139 al. 2 du code de procédure civile (*ZPO*) et au § 104 de la loi sur la juridiction administrative (*VwGO*), l'obligation d'un entretien juridique. Il nous semble que l'obligation de procéder à un entretien juridique relève du droit constitutionnel objectif: pour la Cour constitutionnelle fédérale, la fonction de l'article 103 al. 1 LF consiste à organiser la « clarification du fondement réel de la décision ». Mais comme les parties peuvent également présenter des arguments juridiques, la norme porte globalement sur l'équité de la décision. Toutefois, le tribunal ne peut prendre une telle décision que s'il sait ce qu'il doit prendre en compte dans le processus. Or, comme le droit naît d'un dialogue, le tribunal ne peut prendre une décision appropriée qu'à travers une discussion juridique avec les parties. Celles-ci peuvent se prévaloir de cette obligation objective selon la *Schutznormtheorie*, parce que le bénéficiaire de l'obligation est tout à fait identifiable et le contenu du droit subjectif très précis dans le cadre de l'article 103 al. 1 LF: seul l'entretien juridique permet au juge de satisfaire aux exigences constitutionnelles. Le législateur répond par les codes de procédure à cette exigence constitutionnelle et chaque violation de la loi ordinaire entraîne aussi la violation du droit fondamental.

Par conséquent, nous estimons qu'il existe un droit constitutionnel à un entretien juridique. Cette solution reflète mieux les spécificités et la nature de la procédure juridictionnelle que celle de la Cour Constitutionnelle fédérale. La consé-

quence impérative de la reconnaissance d'un droit à un entretien juridique est le droit à l'assistance d'un avocat. La Cour constitutionnelle et certains auteurs répondent par la négative, car, après de longues discussions, la Loi fondamentale ne contient finalement pas de garantie explicite dans le cadre de l'article 103. Nous attirons toutefois l'attention sur le fait que seule une garantie pénale était réellement en jeu avant 1949, dont le refus ne peut pas être un argument décisif pour rejeter une garantie globale. Il n'y a pas d'autres arguments et la jurisprudence est autoréférentielle. En même temps, la décision sur le droit à un procès équitable (1974) montre que la Cour constitutionnelle fédérale invoque l'argument selon lequel la partie est dépassée par les événements d'une procédure et ne se penche pas sur la menace particulière de l'action pénale sous laquelle se trouve l'accusé. Cette idée est toutefois généralisable à toute procédure judiciaire. Le droit d'être entendu n'est effectif que pour les personnes compétentes en droit, qui sont les seules à pouvoir décrypter la logique et le langage de la procédure. Le droit est trop compliqué et devient de plus en plus impénétrable pour les non-juristes. L'article 103 al. 1 LF interdit d'empêcher le justiciable, pour des raisons de fait ou de droit, de faire usage de son droit d'être entendu. Cela conduit à reconnaître, malgré l'opposition de la Cour constitutionnelle, un droit à l'assistance d'un avocat.

Le droit français actuel ne connaît pas expressément de droit fondamental de ce type, contrairement à la Déclaration des droits de la Constitution de 1791 et à l'article 14 de la Constitution française du 24 juin 1793, qui l'avait consacré explicitement pour la première fois. Le droit français connaît néanmoins le principe du contradictoire dans les codes de procédures, qui est aussi reconnu en tant que garantie par le Conseil constitutionnel.¹⁶⁹³ La délimitation par rapport aux droits de la défense n'est pas simple; dans de nombreux cas, le principe du contradictoire est compris comme une garantie partielle ou encore comme un corollaire. Nous rejoignons au contraire la position selon laquelle il s'agit d'une garantie autonome qui découle de l'article 16. Elle a un champ d'application autonome, qui va au-delà des droits de la défense, et exprime une idée proprement égalitaire, puisqu'elle cible la position des parties. Certes, historiquement, le droit d'être entendu est précisément celui qui ne suppose pas l'avocat, mais le Conseil a dépassé les dogmes des années 1790/1793 et protège non seulement la possibilité, mais aussi l'organisation de la présentation des faits et arguments. Parce que le principe du contradictoire implique traditionnellement non seulement des droits mais aussi des obligations pour la partie, l'avocat est une garantie indispensable pour concilier les deux composantes. Seule la partie représentée par un avocat peut satisfaire à ces exigences tout en faisant valoir efficacement son droit. La dimension objective du principe du contradictoire est donc également considérée comme le fondement constitutionnel pour le ministère obligatoire de l'avocat devant certaines juridictions. Le principe du contradictoire s'avère ainsi être un fondement solide pour un droit à l'avocat.

¹⁶⁹³ Cf. chapitre 1, § 4, C., II., 2., p. 141 ss.

Plusieurs dispositions des droits constitutionnels, allemand comme français, accordent au justiciable le droit d'être assisté et représenté par un avocat. Ce droit partiel se présente comme un élément constitutif des exigences constitutionnelles en matière d'administration de la justice. Le droit constitutionnel pose donc une attente concrète quant à l'exercice libéral de la profession d'avocat. En ce sens, l'avocat est bien un titulaire particulier de droits fondamentaux, qui dépassent ses seuls droits subjectifs, même si cette dimension est importante, notamment en Allemagne. Tel est l'objet de notre § 3.

§ 3: Les droits subjectifs de l'avocat

Dans le chapitre 2 de la thèse, nous avons observé que les droits fondamentaux économiques et la liberté d'expression revêtent une importance pour l'avocat. La liberté d'association est également pertinente dans certains cas de figure, mais elle n'a pas de poids propre dans la jurisprudence de la Cour qui privilège, lorsqu'elle contrôle les dispositions régissant les formes et modes d'organisation des sociétés d'avocat, la liberté professionnelle. Dans un premier temps, il convient de décider de ce qui se passe lorsque plusieurs normes consacrant des droits fondamentaux englobent thématiquement le comportement de l'avocat.¹⁶⁹⁴ Nous rejetons en particulier l'idée selon laquelle la délimitation n'a finalement plus d'importance, car les actes de l'État doivent toujours être appréciés à l'aune des mêmes critères, et spécialement du principe de proportionnalité, qu'il s'agisse de la liberté professionnelle ou de la liberté d'expression. Ainsi, la question de la concurrence des normes se réduirait à celle de savoir laquelle est l'axe du contrôle. Toutefois, dans le cadre de l'exercice de la profession d'avocat, il nous semble que l'on devra s'en tenir à une différenciation entre les libertés. En outre, la garantie spécifique de chaque droit fondamental revêt une importance décisive pour l'opération du contrôle de proportionnalité. Il convient donc plutôt de déterminer très soigneusement le contenu de garanties de l'avocat, libertés économiques d'abord (A), liberté que l'on appellera « rhétorique » ensuite (B).

A. Les libertés économiques

Tout d'abord, il faut écarter des positions radicales qui mettent en doute l'applicabilité générale de la liberté professionnelle pour l'avocat: 1) La position d'organe de l'administration de la justice, dont seul l'État en tant que personne morale peut raisonnablement être le détenteur, insinuerait une telle position, car les entités de l'État n'ont pas de droits fondamentaux. Nous avons cependant vu que la notion *Organ der Rechtspflege* ne doit pas être appréhendée de manière institutionnelle, mais fonctionnelle. 2) La Cour constitutionnelle fédérale lie étroitement les parti-

¹⁶⁹⁴ Cf. chapitre 2, § 1, p. 146 ss.

culiers au respect des droits fondamentaux lorsqu'ils prennent la succession d'une fonction de l'État, c'est-à-dire lorsqu'ils exercent une mission qui était auparavant exercée par l'État, ce qui, *a contrario*, excluait les droits fondamentaux, parce que le privilège et l'obligation découlant des libertés fondamentales ne se confondent jamais. Certes, les avocats étaient autrefois des fonctionnaires, mais l'État a ici délibérément effectué un changement de principe et adopté des règles spécifiques pour protéger le justiciable.

Malgré la confirmation de l'applicabilité des droits fondamentaux à l'avocat, un certain nombre de questions dogmatiques se soulèvent en droit constitutionnel allemand. À cet effet, hormis une solution radicale, des glissements progressifs ont été adoptés par la Cour constitutionnelle fédérale pour les droits fondamentaux des avocats. C'est surtout la figure dogmatique de la « profession liée à l'État » qui est importante en Allemagne.¹⁶⁹⁵ Cela renvoie à l'idée que certaines professions se présentent comme des « semi-fonctionnaires » parce que la loi régleme très rigoureusement les professionnels et brouille ainsi la frontière entre le fonctionariat et l'exercice libéral. La Cour constitutionnelle fédérale a repris cette catégorie et a ainsi détaché certaines dimensions d'une profession de la liberté professionnelle et les a soumises à la règle du statut des fonctionnaires de la Loi fondamentale. Dans un premier temps, cette catégorie s'appliquait aux pharmaciens et aux notaires, avant que la deuxième chambre, dans un *obiter dictum* (1974) ne procède également à une telle qualification pour l'avocat. La Cour a précisément justifié cette décision par le statut d'organe de l'administration de la justice prévu par la loi ordinaire. Cette jurisprudence de la deuxième chambre, compétente en matière de procédure pénale, qui conduit à l'application de l'article 33 LF (principes inhérentes au statut des fonctionnaires) à la place de la liberté professionnelle de l'article 12 LF, doit être contestée pour de nombreuses raisons. En effet, la catégorie de la profession liée à l'Etat est le résultat d'une analyse du droit ordinaire en vigueur au XIX^e siècle, telle que notamment proposée par le juriste allemand *Triepel* et elle ne présente aucune pertinence en termes de droits fondamentaux. En outre, en réglemant une profession de manière de plus en plus restrictive, cela conduirait le législateur à être de moins en moins lié aux droits fondamentaux. Le parallèle par analogie avec l'article 33 LF et ainsi le statut des fonctionnaires est en outre historiquement incorrecte. La première chambre, compétente pour les professions libérales, n'a d'ailleurs pas explicitement entendu s'en tenir à la jurisprudence de la deuxième chambre. On relèvera du reste que cette absence d'accord entre les chambres illustre la difficulté de la question.

Nous constatons en outre que, au niveau de l'applicabilité générale des droits fondamentaux, l'avocat ne se distingue pas des autres professionnels. La relation de la profession avec l'intérêt général et la mission publique n'est pas déterminante à ce point.

¹⁶⁹⁵ Cf. chapitre 2, § 2, A., I., 2., a., p. 152 ss.

Notre thèse met en revanche l'accent sur la détermination du contenu et de l'étendue de la garantie (*Gewährleistungsgehalt*) de l'exercice de la profession d'avocat dans le cadre de l'article 12 LF (protégeant le choix et l'exercice d'une profession).¹⁶⁹⁶ Cette question se situe entre celle du champ thématique du droit fondamental (*Schutzbereich*) et ses possibilités de limitation (*Schranken*). Pareille figure dogmatique repose sur l'idée qu'il n'est pas nécessaire à la protection effective des droits fondamentaux que tout acte professionnel soit, en soi, couvert par la protection des droits fondamentaux. Alors que le *Schutzbereich* résulte d'une observation factuelle et est descriptif, le *Gewährleistungsgehalt* filtre de manière normative les potentiels actes à accomplir. Le postulat de départ est la « fragilité historique » ou le sens téléologique de la liberté à laquelle doit répondre un droit fondamental spécifique. Les actes qui ne correspondent pas à ces paramètres sont écartés de la garantie. En particulier, la Cour a jugé que la liberté professionnelle ne protège pas contre les réglementations de la concurrence, mais garantit uniquement la participation au marché dans le cadre de celles-ci. Ce n'est que dans une décision très spécifique que la première chambre (2007) a également procédé implicitement à une détermination normative du *Gewährleistungsgehalt* de la liberté professionnelle de l'avocat. Nous effectuons une analyse approfondie de la décision et concluons que la Cour (au moins les juges qui portent la décision) ne considère pas les facteurs inhérents à l'exercice de la profession d'avocat, tels que l'organisation du système de protection juridique, comme une diminution de la substance des droits fondamentaux de l'avocat. La Cour reconnaît comme *Gewährleistungsgehalt* ce qui est communément connu sous le slogan de la « Freie Advokatur », cette liberté de l'avocat que nous avons déjà rencontré plus haut. Ainsi, c'est avant tout l'exercice indépendant de la profession qui est protégé par la garantie; seul l'avocat décide des choix stratégiques et matériels de la défense. Cette conception de la liberté professionnelle de l'avocat a d'autres conséquences. Nous sommes notamment d'avis que l'imposition d'obligations professionnelles, par exemple en matière de formation continue, ne constitue pas une atteinte à la substance des droits fondamentaux de l'avocat.

Par ailleurs, l'obligation de secret professionnel de l'avocat est particulièrement intéressante.¹⁶⁹⁷ D'un côté, elle donne des droits à l'avocat vis-à-vis de l'État; de l'autre, elle est un devoir vis-à-vis du client et sert la confiance du public dans la profession. La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que ce devoir participait à la protection du droit fondamental de la liberté professionnelle. Cela semble contradictoire, car une obligation devrait participer la protection d'un droit fondamental privé et non pas plutôt le limiter. On peut être tenté de désigner le secret professionnel de l'avocat comme une obligation constitutionnelle fondamentale. Cette catégorie n'existe cependant plus sous l'empire de la Loi fondamentale. Il est certainement judicieux, contrairement à l'avis de la majorité de la doctrine, de

¹⁶⁹⁶ Cf. chapitre 2, § 2, A., II., p. 159 ss.

¹⁶⁹⁷ Cf. chapitre 2, § 2, A., II., 2., b), bb), p. 170 ss.

ne pas voir d'atteinte aux droits fondamentaux dans le fait que l'avocat soit tenu au secret professionnel. Ce qui constitue une atteinte aux droits fondamentaux, c'est l'intervention extérieure de l'État dans les arcanes. Les intérêts du client sont une limite absolue de la liberté de l'avocat, de sorte que l'exploitation des secrets du client, par exemple à des fins publicitaires, ne peut pas être couverte par le droit fondamental. L'avocat doit au contraire préserver les intérêts de son client dans toutes les situations. Sans secret professionnel, il n'y a pas d'exercice de la profession d'avocat. C'est pourquoi il serait contraire à la liberté professionnelle que le législateur abroge ces dispositions, car il méconnaîtrait alors le contenu de la garantie contenue dans le droit fondamental. Ce type de scénario se produit régulièrement ces derniers temps pour lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment d'argent ou le lobbying. Dans tous les cas, l'avocat est contraint de divulguer aux autorités publiques des informations couvertes par le secret. C'est précisément ce qui fragilise la confiance des justiciables et compromet les conditions d'exercice de la profession. Cela justifie la protection de l'avocat par la liberté professionnelle.

Pour finir, nous pensons qu'il n'est pas possible pour l'avocat de mobiliser sa position juridique subjective tirée de la liberté professionnelle pour se défendre contre les obligations déontologiques, qui sont des conditions à fin d'exercer cette profession. Si le contenu de la garantie (*Gewährleistungsgehalt*) est concerné, il existe un droit subjectif négatoire. Mais même dans ce cas, la défense par l'avocat de sa liberté professionnelle individuelle remplit aussi la mission de protéger l'exercice de la profession structurelle de tous les avocats.

En France, la liberté d'entreprendre est une création prétorienne issue de la garantie générale de liberté tirée de l'article 4 de la DDHC. Elle s'inscrit, au sens large, dans la tradition de la liberté de commerce et d'industrie d'inspiration révolutionnaire. Cette dernière n'était toutefois pas adaptée aux professions réglementées; elle pouvait être écartée par une loi ordinaire. La délimitation des deux libertés économiques est délicate. La liberté d'entreprendre est traditionnellement comprise comme un terme générique et une référence constitutionnelle, tandis que la liberté du commerce reste attachée au droit administratif. Au moins depuis 2018, le Conseil d'État contrôle également les décrets concernant une profession réglementée à l'aune de la liberté d'entreprendre. La Première chambre civile de la Cour de cassation accorde également à la liberté d'entreprendre la valeur de droit fondamental constitutionnel.

Bien que les prérequis d'un droit fondamental économique attribué à l'avocat soient donc réunis, on peut observer – en comparaison avec l'Allemagne – une certaine réticence de la part de la jurisprudence de contrôler les lois touchant à la profession sous le visa de la liberté d'entreprendre.¹⁶⁹⁸ Cela est d'autant plus surprenant que le Conseil constitutionnel a souligné sans ambiguïté, notamment par rapport à la Cour constitutionnelle fédérale, l'applicabilité des libertés économiques à la profession de notaire, qualifiée légalement non pas en tant que profes-

¹⁶⁹⁸ Cf. chapitre 2, §2, B., II, p. 180 ss.

sion libérale, mais en tant qu'officier public. La retenue vis-à-vis de la profession d'avocat s'explique par le fait que le client est ici très fortement visé et que l'ordre constitutionnel lui attribue des positions très puissantes en matière de droits fondamentaux. Le Conseil d'État, quant à lui, raisonne souvent en termes de service public, auquel l'avocat participe (bien qu'à titre libéral). La conception individuelle des droits fondamentaux de l'article 4 contraste en outre avec la conception de l'autonomie de l'Ordre, dont la liberté de l'avocat est traditionnellement supposée dériver (« liberté concédée, liberté partagée »).

Mais il est également tout à fait possible de démontrer que la profession d'avocat bénéficie d'une protection à toutes les étapes de l'activité professionnelle: accès à la profession, exercice de la profession et cessation de l'activité professionnelle. Il convient par exemple de mentionner les restrictions locales à la postulation. Selon l'avis défendu ici, des interrogations d'ordre constitutionnel se posent. Ces dispositions ne semblent pas répondre à un objectif d'intérêt général admissible. Les décisions de justice précédentes n'ont pas encore examiné la question sous l'angle des droits fondamentaux de l'avocat, mais ont plutôt abordé la question de la conformité avec le libre choix de l'avocat. Or, celle-ci ne pose absolument aucun problème, car en fin de compte, seule la postulation est concernée, et non la plaidoirie. Les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale sur les restrictions à la postulation peuvent fournir une inspiration pour le Conseil constitutionnel.

Selon nous, la particularité de la liberté de l'avocat dans le cadre de l'article 4 DDHC est qu'elle présente une interdépendance particulière avec le droit ordinaire. La liberté de l'avocat ne ressemble pas à une liberté naturelle, pré-légale, mais elle dépend de l'ordre juridique dans son ensemble et se réalise dans le cadre de celui-ci. Une protection contre la loi du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat est conceptuellement un défi; la notion de liberté publique semble plutôt lui correspondre. Le contrôle du juge existe bel et bien dans le cadre du champ d'application de la loi du 31 décembre 1971, y compris sur la base de l'article 4 DDHC. C'est pourquoi la liberté de l'avocat n'est certes pas exclue par l'importance du droit ordinaire, mais elle est néanmoins empreinte de celui-ci.

B. La liberté « rhétorique »

L'avocat est le représentant d'une profession rhétorique, dans le sens où le choix de ses mots peut et doit être tranchant et incisif dans certaines circonstances.¹⁶⁹⁹ L'activité de l'avocat se déroule dans le cadre d'une procédure concrète, mais elle peut en même temps concerner des questions sociétales et éveiller ainsi l'intérêt du public et des médias et donc engager certains aspects de la liberté d'expression. L'affaire *Ottan c. France* (2018) portée devant la Cour EDH le rappelle aisément.

Le droit constitutionnel allemand nécessite ici une délimitation entre la liberté professionnelle et la liberté d'expression. Nous avons tendance à penser qu'il y a

¹⁶⁹⁹ Cf. chapitre 2, § 3, p. 193 ss.

une concurrence idéale entre les deux droits fondamentaux. Aucune garantie doit céder par principe: Plus la dimension institutionnelle de l'activité est en jeu, plus la liberté professionnelle est susceptible d'être affectée. Si l'aspect créatif et communicatif est plus prononcé, c'est la liberté d'expression qui est au premier plan. En France, en l'absence de recours constitutionnel et d'un contrôle concret sur les juges pénales et ordinales sur le modèle allemand, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative à l'article 11 DDHC n'est pas riche d'enseignements. Les lois abstraites et générales, qui doivent être concrétisées par l'interprète, comme les textes sur les avocats, portent rarement atteinte à la liberté d'expression par elles-mêmes. Ainsi, c'est plutôt la jurisprudence de la Cour EDH sous le visa de l'article 10 de la CEDH qui protège effectivement la parole de l'avocat.

Une prise de position qui répond à l'exigence de modération bénéficie d'une protection constitutionnelle accrue. Notre présentation de la liberté d'expression de l'avocat en tant que liberté «rhétorique» s'oriente vers les différentes relations personnelles de l'avocat: avec le tribunal, avec le client et avec la partie adverse, avant d'examiner les particularités des interventions médiatiques.

En ce qui concerne les relations avec le tribunal, il convient de signaler la législation française prévoyant une immunité. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est fonctionnellement axé sur le rôle dans la procédure, c'est-à-dire que les déclarations qui ne sont pas appropriées pour remplir le rôle de défenseur dans la procédure ne sont pas couvertes par cette disposition, et ce selon une jurisprudence constante. La protection est limitée au prétoire, c'est-à-dire localement. La Cour de cassation n'a pas voulu combler cette lacune de protection par une analogie, mais s'est montrée structurellement indifférente à la question de la protection des droits fondamentaux pour des propos tenus en dehors du prétoire. Elle n'a d'ailleurs procédé que tardivement à une interprétation conforme à la Convention (article 10 CEDH). Cette démarche permet ainsi d'éviter une incompétence négative du législateur. La Cour constitutionnelle fédérale allemande adopte une lecture de la liberté d'expression générale très généreuse afin de rappeler aux tribunaux pénaux et aux tribunaux d'honneur, dans un grand nombre de cas, que la «lutte pour le droit» autorise des mots et des figures de style tranchants. Ce n'est pas l'honneur du juge qui est en jeu, mais la critique d'une institution, de sorte que les limites de la sanction sont repoussées. Nous mettons en lumière le fait que l'interprétation de la liberté d'expression est dictée par les droits fondamentaux procéduraux du justiciable, ce qui permet à la Cour d'opérer un renforcement de cette liberté. La teneur fonctionnelle de cette large liberté d'expression se révèle ainsi. Le droit français et le droit allemand ne se distinguent pas sur ce point.

Les conflits avec le client et leur pertinence pour la liberté d'expression sont moins évidents. En effet, pour que l'avocat puisse remplir son rôle, il doit être indépendant de son client; mais en Allemagne, il est soumis aux instructions du client et sert à défendre ses intérêts. La Constitution protège le droit d'exprimer sa propre opinion, par conséquent la contrainte d'exprimer une opinion particulière constitue une ingérence. Ce n'est toutefois pas le cas si l'auteur de l'expression peut s'en

distancier. Un avocat ne peut justement pas s'en distancier, car il sort alors de son rôle de représentant d'intérêts. Dans un tel cas, la liberté d'expression consiste en un droit de résilier le mandat ou de voir son motif d'empêchement être admis en cas de commission d'office.

La liberté d'expression dans les relations avec l'avocat adverse est caractérisée en France par la collégialité; une notion que le droit allemand ne connaît plus et qu'il soumet toujours à la réserve de la défense des intérêts.

Pour la licéité constitutionnelle des déclarations médiatiques, il faut tenir compte des points suivants: la fin de la procédure constitue bien une césure temporelle, car il ne s'agit plus de l'exercice du droit d'être entendu devant le tribunal. Il se peut néanmoins qu'une déclaration soit encore sous l'influence de la procédure et poursuive d'autres objectifs procéduraux.

Les droits subjectifs fondamentaux de l'avocat sont très fortement protégés lorsque leur jouissance coïncide avec l'intérêt du client. Le droit constitutionnel français ne protège pas les droits fondamentaux lorsque ceux-ci entrent en conflit avec ceux du client. Cela tient au fait que les droits fondamentaux sont plutôt appréhendés sous leur dimension objective en France. Il s'agit là d'une différence avec la doctrine majoritaire en Allemagne. Mais il est aujourd'hui reconnu en Allemagne comme en France, que les droits fondamentaux se caractérisent par un faisceau d'éléments à la fois subjectifs et objectifs.

§ 4: La dimension objective de la liberté de l'avocat

A. Les droits fondamentaux de l'avocat en France – des droits objectifs au service de la fonction

En France, l'accent est mis sur les fonctions de la liberté de l'avocat: une dimension objective qui appelle le législateur à une mise en œuvre.

La doctrine de l'institution est intéressante pour comprendre l'importance de la dimension objective des droits fondamentaux en droit français.¹⁷⁰⁰ Même si les droits fondamentaux n'ont pas été au centre de la doctrine du Doyen de Toulouse *Hauriou*, il peut être intéressant de voir des liens avec sa pensée de l'institution. La multiplicité des actes accomplis par les titulaires des droits fondamentaux conduit à une actualisation permanente de l'institution, qui est ainsi forgé par les titulaires des droits fondamentaux. L'idée que l'on peut ici retenir de l'institution entend le droit fondamental comme un droit «vivant» de sa mise en œuvre par son titulaire. L'institution n'a donc pas nécessairement besoin de la jouissance individuelle des droits fondamentaux, mais elle risque de disparaître si précisément un nombre important des titulaires de droits fondamentaux se désintéresse de sa jouissance et de l'institution. Cela ne s'oppose pas à ce que le socle de la liberté reste éminemment

¹⁷⁰⁰ Cf. chapitre 3, § 1, A., I., p. 213 ss.

subjectif, dès lors que ce sont précisément les nombreux actes individuels d'exercice de la liberté qui définissent l'institution: l'institution est alors le cadre (objectif) dans lequel s'exerce le droit subjectif et sans lequel ce droit ne peut souvent pas être mis en œuvre. Le droit fondamental en tant qu'institution n'est pas immuable, mais connaît une constante mutation à la faveur d'adaptations dues à l'évolution des conditions de vie réelles, sur la base desquelles se fait l'usage individuel de la liberté. Le législateur est appelé à édicter des normes qui vont assurer le maintien de l'institution et réagir aux changements du milieu social.

Cette théorie nous permet de saisir les éléments objectifs et les responsabilités du législateur. Si l'on élargit le raisonnement à la pratique du droit, on peut étudier la jurisprudence du Conseil constitutionnel:¹⁷⁰¹ Dans le cadre de la protection des droits fondamentaux développée de manière prétorienne, il a en effet développé deux droits fondamentaux fonctionnels: la liberté de communication et l'indépendance de l'enseignant-chercheur. La jurisprudence développée en la matière nous semble particulièrement intéressante pour les conclusions et enseignements que l'on pourrait en tirer en matière de droits fondamentaux de l'avocat, entendus dans la dimension fonctionnelle que l'on défend ici. Ceux-ci sont destinés à réaliser un objectif et non à garantir un quelconque pouvoir de décision autonome privé.

En ce qui concerne la liberté des médias, le Conseil constitutionnel estime expressément que les destinataires ne sont pas les opérateurs de radiodiffusion, mais les récepteurs. Le droit fondamental de l'article 11 ne présente sans doute qu'un degré moyen de précision, de sorte que le Conseil, par le biais de l'article 34, appelle le législateur à déterminer et concilier les intérêts conflictuels en jeu lors de la radiodiffusion.

La dimension finaliste de la liberté conduit à un impératif d'effectivité par le biais de la concrétisation d'un régime pluraliste des médias. Cet objectif à valeur constitutionnelle est l'instrument sur lequel se fonde le rôle interventionniste du législateur, en ce sens qu'il lui est prescrit ce qu'il doit faire pour protéger le droit fondamental et le rendre effectif pour les individus, tout en lui laissant une certaine marge de manœuvre, bien que «canalisée». Il n'y a pas de conflit entre deux positions constitutionnelles distinctes au sens classique du terme, dans lequel on tente d'établir une concordance pratique, selon la terminologie allemande. En effet, la liberté des médias et le principe de pluralisme sont deux composantes de l'article 11 de la DDHC; ils émanent donc de la même source. Les lois qui visent à garantir le pluralisme ne restreignent pas cette liberté. Nous rejoignons les auteurs qui reconnaissent dans cette liberté fonctionnelle des médias une déclinaison de la liberté publique. Les éléments subjectifs sont saisis par le biais de la liberté d'expression, lorsqu'il s'agit de la mise en forme du contenu du programme de radiodiffusion.

Un parallèle peut être établi avec l'indépendance du professeur d'université. Un PFRLR protège institutionnellement leur indépendance en prescrivant des règles d'organisation et de procédure, tandis qu'un droit subjectif est garanti par la liberté

¹⁷⁰¹ Cf. chapitre 3, § 1., A., II., 2., p. 219 ss.

d'expression. *Beaud* a souligné la dimension fonctionnelle de ce « droit fondamental composite », dans la mesure où il constitue une condition préalable au service public de l'enseignement supérieur. Ces besoins du service public ne restreignent pas la liberté, ils la renforcent.

Ces deux droits fondamentaux illustrent particulièrement bien le fait que les droits fondamentaux assument une fonction sociale. Dans les deux cas, cette fonction est même primordiale. Le constat est toutefois d'ordre général. La fonction sociale est plus ou moins prononcée par rapport au pouvoir d'action autonome privé selon le droit fondamental concerné.

Les droits fondamentaux de l'avocat se caractérisent eux-mêmes par une fonction sociale particulièrement avancée.¹⁷⁰² Cela était visible dès la doctrine du XIX^e siècle, se reflète encore aujourd'hui dans l'action du législateur – par exemple lorsqu'il a récemment accordé un droit de contrôle des lieux de privation de liberté au Bâtonnier. Le droit adopté par la profession d'avocat le formule comme tel: « Dans une société fondée sur le respect de la justice, l'avocat remplit un rôle éminent. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. L'avocat doit veiller au respect de l'État de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés. » L'ordre juridique conçoit la profession d'avocat comme un véritable contre-pouvoir face au Garde des Sceaux, à l'autorité judiciaire mais aussi face aux intérêts privés puissants. La liberté de l'avocat n'est donc aucunement celle qui assure uniquement la subsistance économique du titulaire du droit, mais celle qui protège une fonction dépassant l'individu.

Dans ce sens, les trois juridictions concernées ont orienté leur jurisprudence dans ce sens et ont fonctionnalisé les droits fondamentaux des avocats.¹⁷⁰³ L'admission de juristes étrangers au barreau français a donné l'occasion au Conseil constitutionnel en 2016 de se pencher sur la liberté d'entreprendre. Les dispositions litigieuses (très complexes et issues de plusieurs textes) prévoyaient certaines obligations de preuve de connaissances juridiques. Après avoir mentionné la liberté d'entreprendre de l'avocat, le Conseil Constitutionnel passe immédiatement à l'article 16 de la DDHC, garantie du justiciable. En effet, en raison du monopole (significatif) de cette profession, le législateur doit garantir une qualité particulière pour le justifier face à l'article 16. Il doit déterminer des garanties pour l'article 16 comme pour l'article 4, « des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le respect de la liberté d'entreprendre et le respect des droits de la défense garantis par l'article 16 ». Le contrôle du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur est donc discret. Il incombe au législateur de concilier les exigences des deux droits fondamentaux. Pour la Cour de cassation, on peut signaler sa décision de principe sur le foulard de l'avocate de mars 2022. Nous sommes très critiques sur le résultat de cette décision et considérons qu'elle n'est pas fondée. Mais ce qui est convaincant, c'est la direction fonctionnelle des

¹⁷⁰² Cf. chapitre 3, § 1, A., III., 1., p. 231.

¹⁷⁰³ Cf. chapitre 3, § 1, A., III., 2., p. 233 ss.

droits fondamentaux de l'avocat vers la réalisation de l'article 16 DDHC. La Cour de cassation affirme l'applicabilité de principe des droits fondamentaux, même dans un contexte judiciaire. Pour la Cour de cassation, la liberté de l'avocat n'est pas de nature à conférer une protection au titre des droits fondamentaux à des actes préjudiciables pour le client. La question de savoir si, dans le cas présent, la Cour de cassation aurait dû conclure différemment en appliquant ce standard, n'a pas à être développée ici dans le cadre du résumé. Les positions de l'avocat en matière de droits fondamentaux ne sauraient structurellement s'imposer contre celles du client; il en va autrement lorsqu'il y a convergence d'intérêts. C'est ce que montre notre analyse de l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État (avril 2021) ayant suspendu partiellement le couvre-feu sur demande du Conseil de l'ordre du barreau de Montpellier et d'une ordonnance du Tribunal administratif de Cergy-Pointoise (décembre 2020) suspendant la décision d'un préfet qui ne permettait de se faire accompagner par un avocat à la préfecture que dans des cas limités. Si le Conseil d'État ne se prononce pas sur la liberté d'entreprendre invoquée, il considère implicitement, comme le tribunal administratif, que la liberté d'entreprendre de l'avocat est celle qui tend à la réalisation des droits processuels fondamentaux de l'article 16 de la DDHC. C'est le propre de la liberté de l'avocat, son essence même, d'être exposée aux antagonismes et de les concilier. La liberté individuelle et l'intérêt général sont intrinsèquement liés à la liberté d'entreprendre. La liberté de l'avocat revêt ainsi des traits fonctionnels.

En découle la deuxième originalité des droits fondamentaux de l'avocat. Il incombe au législateur d'assurer cette fonctionnalité.¹⁷⁰⁴ Le droit constitutionnel français ne connaît certes pas de distinction nette entre l'atteinte et l'aménagement du droit fondamental. Cependant, l'article 34 confère au législateur la mission d'assurer l'exercice effectif des droits fondamentaux. La conciliation des différentes positions constitutionnelles est sa principale responsabilité, ce qui est difficilement transposable à un modèle allemand. Le législateur, dans la mesure où il est compétent, est tenu d'épuiser sa compétence afin de ne pas encourir le risque de commettre une incompétence négative. Dans le droit des prestations juridiques, les juridictions ont toutefois affirmé la compétence du législateur de manière relativement restreinte. Celui-ci n'est compétent que pour les lignes directrices; pour le reste, il peut déléguer sa compétence au gouvernement. Cela concerne la portée du monopole des avocats et la définition des obligations professionnelles. La question tend toutefois à se compliquer si l'on prend aussi en compte les droits fondamentaux du client. Ceux-ci peuvent fonder des obligations de légiférer. Ainsi, le législateur n'est pas nécessairement tenu de réglementer les conditions d'accès en vertu de la liberté professionnelle de l'avocat, mais il doit le faire afin d'empêcher les conseils juridiques dépourvus de compétence, en vertu de l'article 16. Un besoin d'aménagement découle également de l'article 4 DDHC, et pas seulement de l'article 34. Certes, le Conseil constitutionnel s'est éloigné d'un droit fondamental

¹⁷⁰⁴ Cf. chapitre 3, § 1, B., p. 252 ss.

qui se veut accessoire au droit ordinaire. Mais en dehors d'un noyau, le législateur dispose d'une grande latitude dans la création de normes.

Nous devons à présent énoncer les standards auxquels le législateur est soumis lors de l'aménagement des droits fondamentaux des avocats. À la place d'un effet cliquet, c'est-à-dire d'une interdiction de régression, le Conseil constitutionnel a tendance à privilégier un effet plancher. Il ne s'agit pas d'un contrôle au regard du principe de proportionnalité, mais il impose au législateur de prévoir des garanties légales.

Le Conseil constitutionnel connaît des lois qui remettent en cause un droit fondamental et d'autres qui le mettent en œuvre. Seules ces dernières font l'objet d'un contrôle de proportionnalité se rapprochant de la dogmatique allemande. Il y a des lois qui réglementent l'exercice de la profession d'avocat et promeuvent des objectifs constitutionnels: principalement les droits fondamentaux du client découlant de l'article 16 de la DDHC et l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. Ces finalités écartent l'applicabilité du principe de proportionnalité. Par contre, pour le Conseil constitutionnel, il est applicable lorsque le législateur poursuit des objectifs d'intérêt général sans rapport avec l'exercice de la profession d'avocat. De telles dispositions mettent en cause le droit fondamental et ne le mettent pas en œuvre, puisqu'elles rendent plus difficile pour un avocat de conseiller et de représenter son client, voire interdisent ces activités. La mise en œuvre concrète du contrôle n'est certes pas suffisamment approfondie pour que des standards de référence puissent être élaborés.

Dépassant les critères généraux qui s'appliquent à toute législation touchant aux droits fondamentaux, il convient également de noter l'existence de standards spécifiques pour les droits fondamentaux des avocats.¹⁷⁰⁵ 1) Le législateur doit assumer sa responsabilité due en matière d'infrastructure pour l'administration de la justice. Nous faisons ici référence au déni de justice tel que le concevait Louis Favoreu. Le droit au juge qu'il a prôné trouve son corollaire dans le droit à l'avocat. 2) En même temps, la question ne porte pas sur la profession d'avocat elle-même, mais sur la fonction qu'elle assume au profit du justiciable et de l'administration de la justice – le libellé avocat n'est pas déterminant. C'est pourquoi la liberté d'entreprendre de l'avocat n'est pas un vecteur de simple dérégulation, mais est strictement axée sur les fonctions que l'avocat assume dans l'État de droit.

Le législateur dispose d'institutions traditionnelles dans le droit professionnel des avocats pour réaliser ces exigences constitutionnelles. 1) Nous pensons que l'avocat est engagé par les droits fondamentaux de son client. À la différence de la dogmatique allemande des droits fondamentaux, il n'existe pas en France de réticence conceptuelle fondamentale à admettre la liaison des particuliers par les droits fondamentaux, comme l'a souligné *Beaud*. Tant les décisions du Conseil constitutionnel que celles de la Cour de cassation révèlent que l'avocat est lié, tout comme le juge, par les droits fondamentaux. Le droit ordinaire ne véhicule que partielle-

¹⁷⁰⁵ Cf. chapitre 3, § 1, B., IV., p. 274 ss.

ment cette obligation de respecter les droits fondamentaux. Au demeurant, il s'agit d'une œuvre du juge. 2) De plus, le droit français opte pour une réglementation dense en imposant une multitude d'obligations professionnelles. Elles déploient leurs effets dans la vie professionnelle comme dans la vie privée. La liberté et le devoir sont indivisibles. Les devoirs professionnels sont souvent appréhendés comme le pilier ou la conséquence de la liberté de l'avocat. 3) La dogmatique en matière de protection constitutionnelle du secret professionnel est jusqu'à présent insuffisamment avancée.¹⁷⁰⁶ Selon notre point de vue, une protection étendue, englobant la défense comme le conseil, s'impose constitutionnellement. La solution déficiente du Conseil constitutionnel concentré sur les droits de la défense mérite d'être abandonnée au profit d'une double consécration du secret professionnel. Nous proposons, parce qu'il s'agit d'une condition essentielle de la pratique professionnelle, de retenir également la liberté d'entreprendre. Sans secret, il n'y a pas d'exercice de la profession, comme le reconnaît à bon droit la Cour constitutionnelle fédérale qui le rattache à l'article 12 de la LF (liberté professionnelle). L'autre pilier doit être le droit de recours. Le juge des référés du Conseil d'État a souligné l'importance de la relation de confiance entre l'avocat et son client pour l'effectivité de la protection juridictionnelle. En effet, ces deux droits fondamentaux constituent un socle fort pour le secret professionnel et dispensent de délimiter la défense et le conseil. Cette solution reconnaît l'ambivalence du secret professionnel en tant que devoir de l'avocat et droit du client. Mais elle ne nie pas la réalité selon laquelle l'État, en s'immisçant dans cette relation, porte également atteinte à l'épanouissement professionnel de l'avocat. Cet intérêt doit également être reconnu par les droits fondamentaux. 4) Une autre garantie fondamentale pour l'aménagement des droits fondamentaux de l'avocat est l'autonomie de l'Ordre.¹⁷⁰⁷ Nous prenons acte du fait que la doctrine française a tendance à déduire la liberté individuelle de l'avocat de la liberté collective de l'Ordre. Les défis contemporains auxquels fait face la liberté de l'avocat ne semblent toutefois pas pouvoir être contrés de cette manière. L'Ordre est conçu pour l'activité judiciaire et ne prévoit pas de garanties suffisantes pour un champ d'action élargi. Le législateur contourne, en régulant l'activité de conseil, systématiquement l'Ordre. Le risque que l'avocat devienne «l'auxiliaire du pouvoir exécutif» est réel. L'Ordre français ne saurait être compris que par ceux qui comprennent son ancrage dans le milieu social, son caractère institutionnel (*Hauriou*). En raison de sa légitimité dans le milieu social, le législateur est tenu de respecter son indépendance institutionnelle. Les droits fondamentaux de l'avocat sont méconnus si le législateur prive l'Ordre d'un noyau dur de fonctions. Le législateur est tenu, en vertu du droit positif, d'associer le Bâtonnier aux mesures d'enquête visant les avocats. Il s'agit d'une garantie protectrice de la liberté, qui semble également s'imposer constitutionnellement en raison du rôle privilégié du Bâtonnier et de l'Ordre. Par contre, la pérennité du privilège de juridic-

¹⁷⁰⁶ Cf. chapitre 3, § 1, B., IV., 3., p. 296 ss.

¹⁷⁰⁷ Cf. chapitre 3, § 1, B., IV., 4., p. 314 ss.

tion de l'Ordre, le faisant échapper au contrôle du Conseil d'État, vivement remise en question par le professeur Bioy il y a peu, est une question de politique judiciaire dont la réponse n'est pas évidente.

*B. La liberté professionnelle de l'avocat en Allemagne –
une liberté « servante » à aménager*

La liberté professionnelle de l'avocat peut éventuellement être appréhendée sous la forme d'une liberté servante. Cette catégorie, traduction française du terme de «dienende Freiheit», ressort surtout de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour relative au droit de la radiodiffusion, mais on tente également de transposer cette notion à d'autres droits fondamentaux (de communication).

Avant que nous n'examinions cela en profondeur, il convient de préciser que la Loi fondamentale autorise une telle perception fonctionnelle des droits fondamentaux et qu'elle n'est pas prisonnière d'une théorie libérale.¹⁷⁰⁸ Nous soutenons que la Loi fondamentale n'exclut par principe ni les théories institutionnelles (*Häberle* suivant le Doyen de Toulouse *Hauriou*), ni les théories fonctionnelles (*Scholz*) des droits fondamentaux. Bien au contraire, une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale montre que la pensée institutionnelle et fonctionnelle des droits fondamentaux est très présente, justement en ce qui concerne les droits fondamentaux des avocats. Les théories sont proches de l'idée de liberté servante, mais se distinguent également de celle-ci. De manière générale, les droits fondamentaux de l'avocat comportent des éléments subjectifs et objectifs. Cela ne les distingue pas des autres droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle fédérale a décrit la composante objective en citant la «Freie Advokatur», élevant ainsi un concept historique au rang d'élément du droit fondamental afin de renforcer la dimension subjective.

Comme en France, la liberté des médias est le prototype du droit fondamental fonctionnel, ou, comme le qualifie la Cour constitutionnelle fédérale, du droit fondamental servant.¹⁷⁰⁹ Nous nous efforçons de systématiser la jurisprudence abondante et la vaste doctrine. La liberté de communication sert à la libre formation de l'opinion des citoyens, qui est une condition préalable de la démocratie, et à leur liberté d'information. Elle est au service d'un processus de communication entre différents acteurs, dont le pouvoir tant étatique que privé doit se tenir à l'écart. Les médias l'initient et l'entretiennent. Ils jouissent à cet effet de la liberté de radiodiffusion, en aucun cas pour leurs objectifs d'intérêt privé et lucratif (arrêt de principe: BVerfGE 57, 295). La liberté servante des médias est très largement dominée par les éléments objectifs, mais elle protège en tant que droit subjectif justement la liberté programmatique, c'est-à-dire tout ce qui concerne la transmission d'opinions et d'informations. Il y a une certaine convergence avec la jurisprudence

¹⁷⁰⁸ Cf. chapitre 3, § 2, A., II., p. 338 ss.

¹⁷⁰⁹ Cf. chapitre 3, § 2, A., III., p. 349 ss.

constitutionnelle française. Nous assistons au même dialogue transfrontalier dans la dogmatique des libertés académiques. Cette liberté est aussi souvent interprétée comme une liberté fonctionnelle en France (*Beaud*) comme en Allemagne: d'abord, en raison du statut de fonctionnaire du professeur, mais également parce que sa liberté est nécessaire pour que la recherche soit bénéfique économiquement, culturellement et socialement à l'ensemble de la communauté. L'article 5 al. 3 de la Loi fondamentale est alors souvent compris comme une liberté servante. Les éléments objectifs revendiquent une défense de la science libre de la part de l'État. Ils expriment une décision fondamentale de la Constitution. Selon une thèse convaincante de *Kaufhold* la liberté d'enseignement dans l'enseignement supérieur ne cherche pas non plus à permettre à l'enseignant de s'épanouir, mais est destinée aux étudiants. Même pour la liberté des arts, *Marsch* a récemment défendu une conception fonctionnaliste pour la démocratie: comme l'art ne peut pas être défini, sa fonction est à placer sous la protection du droit fondamental. Néanmoins, l'art est particulièrement attaché au titulaire des droits fondamentaux. Pour en tenir compte, il faut considérer que la fonction de l'art est de préserver la démocratie de la paralysie.

Si l'ordre constitutionnel comprend donc des droits fondamentaux fonctionnels, il y a lieu d'examiner si les droits fondamentaux des avocats en font partie.¹⁷¹⁰ Le «service pour le bénéfice des droits du client» (*Kämmerer*) est constitutif pour la profession l'avocat et forme l'essentiel de sa liberté professionnelle. Si l'on se penche sur la conception de la loi ordinaire, le § 3 BRAO se révèle intéressant. Il conjugue, par le truchement de ses différents alinéas, le droit de l'avocat de conseiller et de représenter sans entrave et celui du client d'être représenté et conseillé, pour aboutir à un principe objectif selon lequel l'avocat est le représentant désigné du client. Les libertés de l'avocat assurent la participation du citoyen au droit. Son exercice permet de réaliser l'État de droit (§ 1 al. 2 BORA). Le droit ordinaire consacre donc une liberté servante de l'avocat. C'est ainsi que s'expliquent les querelles dogmatiques avec des dispositions qui ne promeuvent pas la fonction, mais qui y portent atteinte, parce qu'elles privilégient les intérêts de la partie adverse ou les poursuites pénales. Elles représentent une anomalie et nécessitent donc une réflexion particulièrement rigoureuse (sur le plan constitutionnel).

Afin de vérifier si cette conception du droit ordinaire trouve également à se déployer au niveau constitutionnel, nous livrons à l'analyse des décisions rendues jusqu'à présent par la Cour constitutionnelle fédérale.¹⁷¹¹ Dans sa décision de principe 1974 par laquelle elle a reconnu un droit à l'assistance d'un avocat, la Cour constitutionnelle fédérale a fait droit non seulement à un recours constitutionnel du témoin privé d'assistance, mais aussi à celui de l'avocat pour violation de la liberté professionnelle. À l'instar du Conseil d'État français, la Cour constitutionnelle fédérale concentre la liberté professionnelle de l'avocat sur l'exercice des droits fondamentaux en matière de procédure.

¹⁷¹⁰ Cf. chapitre 3, § 2, A., IV., p. 358 ss.

¹⁷¹¹ Cf. chapitre 3, § 2, A., IV., 2., p. 361 ss.

Le contrôle des lois relatives à la pénalisation du défenseur pour blanchiment d'argent et à l'accès aux données de connexion des avocats montre également une approche fonctionnelle des droits fondamentaux. La liberté professionnelle est interprétée de telle sorte qu'elle comprend avant tout la défense des intérêts du client. Une loi qui y porte atteinte se révèle particulièrement problématique parce qu'elle anéantit la confiance des justiciables dans la profession elle-même. L'argument de l'effet dissuasif («chilling effects») est très présent. Il ne se rapporte toutefois pas à la position juridique de l'avocat particulier, mais à celle du client et à l'intérêt général de l'État de droit. La décision relative à l'interdiction des honoraires de résultat n'est pas moins significative. La Cour constitutionnelle fédérale considère que celui-ci est inapproprié et donc contraire à la liberté professionnelle de l'avocat, car l'interdiction dissuade le client (!) de lancer une action en justice pour réaliser son droit. La Cour ne s'interroge pas si les intérêts de l'avocat sont mis en balance avec l'intérêt général, mais confronte finalement les intérêts du client avec l'intérêt général, au lieu de procéder à la confirmation de la constitutionnalité de la loi en vertu de la liberté professionnelle de l'avocat (ce que le lecteur aurait attendu).

Nous devons cependant préciser si la totalité de l'exercice de la profession d'avocat est caractérisée ou non par une liberté servante.¹⁷¹² Certes, la notion d'organe de l'administration de la justice englobe l'activité judiciaire ainsi que l'activité extrajudiciaire. Toutefois, nous avons souligné le caractère instrumental de l'exercice de la profession par les droits fondamentaux du client en matière de procédure. Ceux-ci n'ont, par exemple, aucun rapport avec l'élaboration des contrats. Nous rejetons un critère de différenciation formel selon lequel les droits fondamentaux procéduraux devraient être temporellement applicables pour que la liberté professionnelle soit fonctionnelle. Au lieu de cela, nous nous référons à *Kloepfer* et à son modèle, qui place sous la protection d'un droit fondamental tout ce qui est déterminant pour la «naissance» du droit fondamental. Ce principe concerne également le droit d'être entendu. Il protège tous les actes qui sont indispensables pour que le justiciable puisse finalement être entendu, y compris le fait de consulter un avocat et d'être assisté par lui. Lorsque la liberté professionnelle de l'avocat concourt, ou concourt potentiellement à l'avenir, à l'émergence du droit d'être entendu, elle est ainsi fonctionnelle. Le recouvrement des créances par l'avocat y est donc également inclus. En revanche, la rédaction de contrats n'est pas soumise à cette règle. Il conviendra d'exiger un élément litigieux, qui pourrait en principe donner lieu à une future procédure judiciaire.

La liberté professionnelle servante ne niera pas l'intérêt du professionnel à ce droit fondamental. Les éléments objectifs ne s'autonomisent pas; la liberté reste personnelle et imprégnée de l'indépendance de l'avocat. Contrairement à une intégration institutionnelle dans l'administration de la justice, le principe de liberté n'est pas contesté et le droit fondamental n'est pas soumis à une quelconque moralité. Par l'usage qu'il fait de ses droits fondamentaux, l'avocat exerce certes un rôle

¹⁷¹² Cf. chapitre 3, § 2, A., IV., 3., p. 370 ss.

en tant que titulaire de droits fondamentaux, mais il ne suit pas, dans l'exercice de ce rôle, les instructions d'une partition préétablie. L'ordre constitutionnel cherche précisément, au nom de la fonction, à garantir l'exercice indépendant et libre de la profession. Telle est la leçon historique de la Prusse. D'autre part, nous ne pensons pas que la fonction pour l'administration de la justice et les droits fondamentaux du client se réduise à un simple réflexe. Elle ressort directement du cadre constitutionnel. La liberté professionnelle des avocats a, comme une médaille, deux faces. Elle garantit une grande liberté et justifie comme corolaire des devoirs et obligations exorbitantes afin que la fonction soit assurée.

Une liberté professionnelle ainsi comprise ne confère certes pas de droits subjectifs à des prestations vis-à-vis des pouvoirs publics, mais elle fonde néanmoins une obligation de droit objectif.¹⁷¹³ Le financement par l'État assure la subsistance économique de nombreux avocats. Comme l'État régleme strictement le financement par le client et les investisseurs, il est tout particulièrement sollicité pour garantir un niveau de frais approprié. Toutefois, le droit fondamental ne fixe pas de prescriptions précises, mais impose un niveau approprié globalement (et non pour chaque avocat individuellement). L'obligation de prestation est complétée par une obligation de protection. Le client, des tiers ou l'avocat lui-même sont susceptibles de constituer une menace pour l'indépendance de l'avocat.

Nous déduisons du caractère servant de la liberté professionnelle que l'article 19 al. 3 LF, qui confère le statut du titulaire des droits fondamentaux aux groupements allemands, doit être interprété de manière à ce que les cabinets exerçant sur le territoire national bénéficient des droits fondamentaux, même si leur siège social se trouve dans un pays étranger non européen. Il convient toutefois de ne pas inclure l'ordre des avocats dans le cercle des titulaires de droits fondamentaux. Il est vrai qu'une caractéristique typique des libertés servantes est qu'elles sont exceptionnellement conférées aux personnes morales de droit public. Il ne s'agit toutefois que d'une corrélation et non d'une causalité.

Nous sommes conscients que des objections seront soulevées contre une liberté servante. Nous pensons cependant qu'aucune d'entre elles n'est valable, qu'il s'agisse des objections dogmatiques d'ordre général ou des objections liées à la spécificité de la profession d'avocat.

Les droits fondamentaux fonctionnels rendent souvent nécessaire un aménagement législatif.¹⁷¹⁴ Cependant, cette démarche ne constitue en aucun cas une condition *sine qua non*. La première étape consiste à reconnaître que ce n'est pas seulement le droit fondamental qui a besoin d'être aménagé, mais surtout son interdépendance avec d'autres droits fondamentaux. Nous partons d'une classification souvent retenue: il y a un aménagement législatif constitutif, un aménagement contournant et un aménagement concrétisant.

En transposant ces considérations à la liberté professionnelle de l'avocat, nous arrivons à la conclusion qui suit: elle est en grande partie déterminée par la loi, ce

¹⁷¹³ Cf. chapitre 3, § 2, A., IV., 6., p. 385 ss.

¹⁷¹⁴ Cf. chapitre 3, § 2, B., p. 404 ss.

qui implique que le législateur doit l'aménager.¹⁷¹⁵ Certes, la Cour constitutionnelle allemande a atténué la réserve de réglementation de la liberté professionnelle dès sa décision *Pharmacies*, mais il n'en reste pas moins que la liberté contractuelle en général est construite par le législateur. En revanche, ce dernier contourne la liberté en décidant des conséquences découlant du fait que la liberté professionnelle de l'avocat se rattache à l'administration de la justice et aux droits fondamentaux du client en matière de procédure, qui sont eux-mêmes influencés par la loi. Le législateur concrétise finalement la liberté des avocats par l'autonomie institutionnelle et la juridiction de ceux-ci. Le défi de distinguer une loi d'aménagement d'une loi d'intervention est alors mis en exergue. Contrairement à la France, cette distinction est reconnue, mais néanmoins extrêmement délicate. Ni la gravité, ni un critère temporel (la première loi aménageant le droit fondamental, la prochaine loi le restreint parce qu'elle modifie un droit acquis), ne nous paraissent probants. Les lois réalisant le profil de la profession déduit de la LF – défenseur et organe de l'administration de la justice – sont, selon l'opinion défendue ici, un aménagement. Les lois doivent réaliser l'objectif de la norme, c'est-à-dire remplir les prescriptions de la LF elle-même. Un aménagement engendre un droit exceptionnel de la profession. On est en présence d'une ingérence notamment lorsqu'il s'agit de réaliser des valeurs constitutionnelles qui ne sont pas inhérentes à la profession, mais qui entrent réellement en collision, avant tout une répression pénale efficace.

Après le développement de la nature de la discrétion législative en droit constitutionnel allemand, les standards communs et spécifiques aux avocats sont dégagés.¹⁷¹⁶ Les lois d'aménagement doivent notamment être cohérentes. Cela implique un véritable enjeu pour le droit professionnel des avocats, puisque les différences de régimes subsistant entre les différentes professions réglementées soulèvent des questions. L'applicabilité du principe de proportionnalité aux lois d'aménagement est une question controversée. En tout état de cause, la loi doit être appropriée pour remplir sa fonction. Selon notre conception, la nécessité de la mesure prise par le législateur est aussi à apprécier. Les avis diffèrent sur l'adéquation. On peut laisser ouverte la question de savoir si l'on peut parler d'adéquation ou non, mais les critères spécifiques du droit fondamental en question doivent être respectés. Le législateur est lié au contenu spécifique de la garantie. Ceci est essentiellement le caractère fonctionnel qui doit être préservé. Nous nous interrogeons en outre sur l'impératif pour le législateur de protéger spécifiquement une certaine conception de la profession d'avocat. La profession elle-même n'est pas institutionnalisée par la Loi fondamentale, mais la fonction qu'elle assume en vertu de la Constitution impose néanmoins une limite au législateur. Ainsi, le législateur est libre de supprimer la profession d'avocat, mais il doit quand même garantir une défense des intérêts indépendante et compétente. Contrairement à la France, le droit constitutionnel allemand ne protège pas de manière absolue l'autonomie du barreau. Ainsi,

¹⁷¹⁵ Cf. chapitre 3, § 2, B., I., 3., p. 410 ss.

¹⁷¹⁶ Cf. chapitre 3, § 2, B., IV., p. 431 ss.

il n'est pas exclu que la régulation soit transférée à une autorité administrative indépendante et que le barreau soit relégué à la défense des intérêts des avocats face à la politique. La conception actuelle est toutefois également constitutionnelle.

C. La liberté publicitaire des avocats en Allemagne et en France

La liberté fonctionnelle de l'avocat que nous avons développée pour le droit constitutionnel allemand et français est mise en exergue dans ses implications. Nous utiliserons comme exemple le régime juridique de la publicité des avocats.¹⁷¹⁷ Nous retraçons l'évolution de cette matière particulière, dans laquelle le principe de liberté ne s'est imposé que lentement par rapport à la dignité de la profession et à la tradition libérale. Nous cherchons d'abord à savoir quel droit fondamental est applicable: la liberté d'expression ou la liberté professionnelle. Pour les deux ordres juridiques, nous constaterons qu'une réponse univoque ne peut être obtenue, en particulier s'agissant de la publicité d'avocat. La liberté professionnelle est néanmoins nettement prépondérante. Le droit de la publicité des avocats tend à combler un déficit d'information du justiciable. La publicité est, sous l'empire d'un droit fondamental fonctionnel, tout ce qui fournit une information utile au justiciable et lui permet de décider s'il veut faire valoir son droit par l'intermédiaire d'un avocat. Cela comprend un très grand nombre d'informations, donc également des informations privées, dès lors que de telles informations sont généralement plus utiles au justiciable, qui ne peut pas mesurer la compétence juridique. Parce que la liberté de l'avocat répond à l'intérêt du justiciable et à l'administration de la justice, seuls ces deux objectifs peuvent restreindre la liberté de publicité. La dignité ou le prestige de la profession sont donc écartés. Lorsque le Conseil d'État français évoque l'intégrité de la profession d'avocat comme justification des restrictions, il ne faudrait pas y voir un recours à la dignité de la profession. Nous proposons de substituer la terminologie à celle de la bonne administration de la justice. Le droit de la publicité doit donc, pour des raisons constitutionnelles, se conformer à la fonction. Il contribue à la liberté fondamentale d'information du justiciable qui est une condition de la réalisation des droits fondamentaux en matière de procédure. Comme c'est souvent la publicité qui guide vers un avocat et que c'est ainsi que le droit d'être entendu se réalise, la liberté de publicité est nécessaire à l'émergence du droit d'être entendu. La publicité qui, du fait de son contenu et de sa présentation, n'est pas susceptible de répondre à un besoin d'information, n'est pas protégée par le droit fondamental.

Par conséquent, si le droit de la publicité en vigueur dissuade les avocats de faire de la publicité licite, l'Allemagne disposant à ce sujet de données empiriques, le cadre actuel constitue donc un aménagement dysfonctionnel des droits fondamentaux de l'avocat.

¹⁷¹⁷ Cf. chapitre 3, § 3, p. 452 ss.

Literaturverzeichnis

Hinweis: Alle Internetquellen sind zuletzt am 14.7.2022 abgerufen worden.

- A. P.*: Une avocate, accordéoniste, peut jouer dans la rue sans pour autant déshonorer la profession d'avocat, *AJ pénal* 2003, S. 26.
- Abegg, Julius Friedrich Heinrich*: Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses mit besonderer Berücksichtigung des Preussischen Rechts, Königsberg 1835 (Nachdruck Goldbach 1996).
- Ader, Henri/Damien, André/Wickers, Thierry/Bortoluzzi, Stéphane/Piau, Dominique*: Règles de la profession d'avocats 2022/2023, 17. Aufl. Paris 2022.
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Anwaltssponsoring vor dem BVerfG, *NJW* 2000, S. 3188–3189.
- ders.*: Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung – Erfordernis und Grenzen der Staatsintervention aus Gemeinwohlgründen, *ZZP* 115 (2002), S. 281–320.
- ders.*: Wissenschaft – Justiz – Anwaltschaft: Wes Brot ich ess, des Lied ich sing?, *DVBl.* 2014, S. 1096–1101.
- ders.*: Berufsrecht der Rechtsanwälte, Köln 2017.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte, 9. Aufl. Frankfurt/Main 2020.
- Alland, Denis/Rials, Stéphane* (beide Hrsg.): Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, in: Dictionnaire de la culture juridique).
- Alternativer Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart, Neuwied 2011 (zitiert als *Bearbeiter*, in: AK-GG).
- Anschütz, Gerhard*: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. Berlin 1933.
- Appleton, Jean*: Profession d'avocat. Organisation – Règles et usages – Technique professionnelle, 2. Aufl. Paris 1928.
- Arnauld, Andreas v.*: Justizministerium und Organisationsgewalt – Die Zusammenlegung von Justiz- und Innenministerium als Problem des Verfassungsrechts, *AöR* 124 (1999), S. 658–688.
- Arndt, Adolf*: Das rechtliche Gehör, *NJW* 1959, S. 6–8.
- ders.*: Anm. zu BayVerfGH, 15. 5.1962, Vf. 139- VI-61, *JZ* 1963, S. 65–67.
- ders.*: Anm. zu BGH, Urt. v. 16.1.1967 – AnwSt(R), *NJW* 1967, S. 1331–1332.
- Arnold, Rainer*: Ausgestaltung und Begrenzung von Grundrechten im französischen Verfassungsrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel, *JöR n. F.* 38 (1989), S. 197–216.
- Assier-Andrieu, Louis*: Les Avocats. Identité, culture et devenir, Paris 2011.
- Attal, Michel*: La personnalité des ordres professionnels, in: Bioy, Xavier (Hrsg.), La personnalité juridique, Actes de colloques de l'IFR Nr. 14, Toulouse 2013, S. 115–123.
- Aubin, Gustav*: Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österreichischen Rechte, Karlsruhe 1906.

- Audubert, Victor*: La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel: un principe réellement tout puissant?, *Revue des droits de l'homme*, Nr. 18, 2020.
- Austermann, Philipp/Schwarz, Kyrrill-Alexander* (beide Hrsg.): Lobbyregistergesetz, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Austermann/Schwarz).
- d'Avout, Louis*: La liberté d'entreprendre au bâcher, *D.* 2014, S. 1287–1292.
- Badinter, Robert*: L'avocat bâillonné, *Le Monde* v. 15.1.1981, S. 1.
- Badura, Peter*: Die Verfassungsbindung des Rundfunkgesetzgebers, Frankfurt/Main 1980.
- ders.*: Gleichgewichtige Vielfalt im dualen System des Rundfunks, *JA* 1987, S. 180–187.
- ders.*: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?, in: *Jhrb. Bitburger Gespräche* 2007/I, München 2008, S. 9–19.
- ders.*: *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4. Aufl. Tübingen 2011.
- Baer, Susanne*: Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (beide Hrsg.), *Methoden der Rechtswissenschaften*, Baden-Baden 2004, S. 223–251.
- dies.*: „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 2006.
- dies.*: Die Zukunft der Anwaltschaft – ein Blick von außen, *AnwBl.* 2013, S. 491–496.
- dies.*: *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. Baden-Baden 2021.
- Bakir, Lauren*: Port de signes distinctifs par les avocats: une décision attendue, *Dalloz Actualité* v. 23.5.2022.
- Balz, Manfred*: Zur Reform des französischen Insolvenzrechts, *ZIP* 1983, S. 1153–1175.
- Barbou, Marie*: L'art de plaider en défense aux assises: analyse dialogique et argumentative d'une technique sociale du sentiment: le cas de l'affaire Courjault, thèse Conservatoire national des arts et métiers 2017.
- Bäuerle, Michael*: *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, Baden-Baden 2001.
- Baur, Fritz*: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, *AcP* 153 (1954), S. 393–412.
- Beaud, Olivier*: *Les libertés universitaires à l'abandon*, Paris 2010.
- ders.*: Kommentar zum Beitrag von Christoph Gusy über die Grundrechtsbindung Privater, in: Masing, Johannes/Jestaedt, Matthias/Capitant, David/Le Divellec, Armel (alle Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Dokumentation des 6. Treffens des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, Tübingen 2015, S. 113–134.
- ders.*: Le secret professionnel des avocats faiblement protégé. En quoi est-ce un problème, *D.* 2021, S. 2081.
- Beaussonie, Guillaume*: Le secret professionnel „de la défense et du conseil“ dans la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, *Gaz. Pal.* v. 22.2.2022, Nr. 6, S. 70.
- Béchillon, Denys de*: Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 49, 2015.
- Beck'scher Online-Kommentar zur Berufsordnung der Rechtsanwälte*: hrsg. v. Römermann, Volker, Stand: 36. Edition München Juni 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BO-RA).
- Beck'scher Online-Kommentar zur Bundesnotarordnung*: hrsg. v. Görk, Stefan, Stand: 3. Edition August 2020 München (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BNotO).
- Beck'scher Online-Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung*: hrsg. v. Römermann, Volker, Stand: 16. Edition München August 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BRAO).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Epping, Volker/Hillgruber, Christian, Stand: 51. Edition München Mai 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-GG.).

- Beck'scher Online-Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz*: hrsg. v. Grunewald, Barbara/Römermann, Volker, Stand: 22. Edition München Juli 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-RDG).
- Beignier, Bernard*: Le rouge et le noir, JCP G 2018, S. 1336.
- Bergel, Jean-Louis*: Du concept de déontologie à sa consécration juridique, in: Bergel, Jean-Louis (Hrsg.), *Droit et déontologies professionnelles*, Aix-en-Provence 1997, S. 10–24.
- Berka, Walter*: *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Wien, New York 1982.
- Berliner Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Höfling, Wolfram, begr. v. Friauf, Karl-Heinrich, Stand des Gesamtwerks: 54. ErgLfg. Berlin 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BlnK-GG).
- Berlit, Uwe*: Richterliche Unabhängigkeit und Organisation effektiven Rechtsschutzes im „ökonomisierten“ Staat, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Schütz, Carsten (beide Hrsg.), *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Die Verwaltung Beiheft 5, Berlin 2002, S. 135–177.
- Bernzen, Anna K.*: *Gerichtssaalberichterstattung*, Tübingen 2020.
- Bertrand, Thomas*: Libertés économiques, in: Mouton, Stéphane/Carpentier, Mathieu (beide Hrsg.), *Projet QPC 2020: L'effet utile des décisions QPC*, Toulouse 2021, S. 41–55.
- Bethge, Herbert*: *Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe. Berufliche Teilhabe an Staatsfunktionen oder Verstaatlichung berufsgrundrechtsgeschützter Tätigkeiten*, Diss. Köln 1968.
- ders.*: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München 1977.
- ders.*: *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, NJW 1982, S. 2145–2150.
- ders.*: *Freiheit und Gebundenheit der Massenmedien*, DVBl. 1983, S. 369–377.
- ders.*: *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Staat 24 (1985), S. 351–382.
- ders.*: *Die verfassungsrechtliche Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag von ARD und ZDF*, Baden-Baden 1996.
- ders.*: *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57 (1998), S. 7–52.
- Bettermann, Karl-August*: *Grenzen der Grundrechte*, 2. Aufl. Berlin, New York 1976.
- ders./Neumannn, Franz L./Nipperdey, Hans-Carl*: *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Grundrechtsschutz und Rechtspflege, Dritter Band, Zweiter Halbband*, Berlin 1959 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: *Die Grundrechte III. 2.*).
- ders./Neumannn, Franz L./Nipperdey, Hans-Carl*: *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Die Grundrechte in der Welt, Erster Band, Zweiter Halbband*, Berlin 1967 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: *Die Grundrechte I. 2.*).
- Beulke, Werner*: *Der Verteidiger im Strafverfahren*, Frankfurt/Main 1980.
- ders.*: *Beschwerdebefugnis des Pflichtverteidigers bei Aufhebung seiner Bestellung. Zu BGH, Beschl. v. 18.8.2020 – StB 25/20, JZ 2021, S. 403–409.*
- Bickenbach, Christian*: *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, Tübingen 2014.
- Bienvenu, Jean-Jacques*: *Note sous Conseil Constitutionnel, Décision Nr. 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984*, AJDA 1984, S. 689–692.
- Bigwood John*: *L'obligation de vérité et de la déférence envers les autorités de l'Ordre*, in: *Pourquoi Antigone?*, Liber amicorum Edouard Jakhian, Brüssel 2010, S. 5–15.
- Bioy, Xavier*: *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6. Aufl. Issy-les-Moulineaux 2020.
- ders.*: *La conscience voilée de l'avocat*, AJDA 2022, S. 1056–1063.
- Bizeau, Jean-Pierre*: *Pluralisme et démocratie*, RDP 1993, S. 513–542.
- Blanc, Emmanuel*: *La nouvelle profession d'avocat. Commentaire de la loi du 31 décembre 1971 et des décrets des 21 avril, 9 juin, 13 juillet et 25 août 1972*, Paris 1972.

- Blanchard, Bernard*: Un avocat n'est pas nécessairement „indigne“ parce qu'il joue de la musique dans la rue, D. 2004, S. 2825.
- Bockel, Alain*: Le pouvoir discrétionnaire du législateur, in: Conac, Gérard/Maisl, Heribert/Vaudiaux, Jacques (alle Hrsg.), Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon, Paris 1992, S. 43–59.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Organ, Organisation, Juristische Person, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 269–306.
- ders.*: Verfassungsfragen der Richterwahl, Berlin 1974.
- ders.*: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529–1538.
- ders.*: Grundrechte als Grundsatznormen, Staat 29 (1990), S. 1–31.
- ders.*: Organisationsgewalt und Gesetzesvorbehalt, NJW 1999, S. 1235–1236.
- ders.*: Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Staat 42 (2003), S. 165–192.
- ders./Wieland, Joachim*: Die Rundfunkfreiheit – ein Grundrecht?, AfP 1982, S. 77–85.
- Boehme-Neßler, Volker*: Die Öffentlichkeit als Richter? – Litigation-PR als Herausforderung für das Recht, ZRP 2009, S. 228–231.
- Bogdany, Armin v./Bast, Jürgen* (beide Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundlagen, 2. Aufl. Berlin Heidelberg 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: v. Bogdany/Bast, EuRVerfR).
- ders./Cassese, Sabino/Huber, Peter M.* (alle Hrsg.): Ius Publicum Europaeum, Band 5, Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, Heidelberg 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: IEP V).
- ders./Cruz Villalón, Pedro/Huber, Peter M.* (alle Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band 1, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg 2007 (zitiert als *Bearbeiter*, in: IEP I, § [Land]).
- Böhm, Nicolas*: Effektive Strafverteidigung und Vertrauen, Baden-Baden 2021.
- Bohnert, Benoît/de Schotten, Katia*: Der Grundsatz iura novit curia im Verwaltungsprozess, NVwZ 2020, S. 1245–1250.
- Bohnhorst, Torsten*: Das Institut der Pflichtverteidigung im deutsch-US-amerikanischen Rechtsvergleich, Hamburg 2016.
- Boigeol, Anne*: De l'idéologie du désintéressement chez les avocats, Sociologie du travail 1981, S. 78–85.
- Boissavy, Matthieu*: Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire: les dispositions sur le secret professionnel de l'avocat sont-elles contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme?, Gaz. Pal. v. 14.12.2021, Nr. 44, S. 24.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Stand des Gesamtwerks: 210. ErgLfg. Heidelberg 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BK-GG).
- Bonnet, Baptiste/Ferron, Julie*: Le port de signes religieux par les avocats, JCP G 2018, S. 781.
- Bonnet, Julien/Gahdoun, Pierre-Yves*: La déconstruction des libertés universitaires par le Conseil constitutionnel, AJDA 2021, S. 553–560.
- Borner-Kaydelle, Emmanuelle et al.*: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2011, S. 281–303.
- Bötticher, Eduard*: Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?, ZZP 51 (1926), S. 201–232.
- Boucobza, Isabelle*: La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie, Paris 2005 (zugleich thèse Paris X-Nanterre).

- dies.*: QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice, *Revue des droits de l'homme*, Nr. 20, 2021.
- Bougrab, Jeanette*: L'aide juridictionnel, un droit fondamental, *AJDA* 2001, S. 1016–1024.
- Braud, Phillipe*: La notion de liberté publique en droit français, Paris 1968 (Nachdruck Nachdruck Issy-les-Moulineaux 2015) (zugleich thèse Rennes).
- Brechmann, Bernhard*: *Legal Tech und das Anwaltsmonopol*, Tübingen 2021.
- Briand, Luc*: Le statut constitutionnel de l'avocat, *Gaz. Pal.* v. 28.5.2013, Nr. 148, S. 7.
- Brigant, Jean-Marie*: Contribution à l'étude de la probité, Aix-en-Provence 2012 (zugleich thèse Paris I).
- ders.*: Les barbares, le traître et la délicatesse: fin de la saga française, *Gaz. Pal.* v. 11.10.2014, Nr. 284, S. 19.
- Brohm, Winfried*: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 30 (1971), S. 245–306.
- Brugger, Winfried*: Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie, *JZ* 1987, S. 633–640.
- Bumke, Christian*: *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchung über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*, Baden-Baden 1998.
- ders.*: Universitäten im Wettbewerb. Zweiter Bericht, *VVDStRL* 69 (2009), S. 407–456.
- ders.*: Ausgestaltung von Grundrechten, Tübingen 2009.
- ders.*: Menschenbilder des Rechts, *JöR n. F.* 57 (2009), S. 125–148.
- ders.*: Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, *AöR* 114 (2019), S. 1–80.
- ders.*: Abstrakt-generelle Hinweise des Gerichts – (k)eine judikative Handlungsform, *NJW* 2021, S. 1366–1370.
- Burgi, Martin/Krönke, Christoph*: Die ausgleichspflichtige Indienstnahme, *VerwArch* 2018, S. 423–453.
- Burmeister, Joachim*: Der Rundfunk unter der Herrschaft der technischen Entwicklungen, in: *EMR-Dialog „Duale Rundfunkordnung – Ausweg aus der Kompetenzkrise/Medienmarkt und Menschenwürde“*, München 1992, S. 38–68.
- ders.*: „Dienende“ Freiheitsgewährleistungen – Struktur und Gehalt eines besonderen Grundrechtstypus, in: *Burmeister, Joachim* (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit*, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 835–873.
- Busch, Sylvia*: *Die Entstehung der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten von 1793/95*, Frankfurt/Main 1999.
- Busse, Felix*: Von Schwierigkeiten der Anwaltschaft mit der Freiheit der Advokatur, *AnwBl.* Online 2021, S. 190–201.
- Byule, Jean-Pierre*: L'immunité du plaidoirie, in: *Pourquoi Antigone?*, *Liber amicorum Edouard Jakhian*, Brüssel 2010, S. 29–39.
- Cabrol, Valérie*: *Déontologie et droit. Contribution à l'étude des rapports entre ordres normatifs*, Toulouse 2000 (zugleich thèse Toulouse 1).
- Cadiet, Loïc* (Hrsg.): *Dictionnaire de la Justice*, Paris 2004 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitrags-titel, in: *Dictionnaire de la Justice*).
- Canaris, Claus Wilhelm*: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, *JZ* 1987, S. 993–1004.
- Capdepon, Yannick*: *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris 2012 (zugleich thèse Bordeaux IV).
- Carcassonne, Guy/Guillaume, Marc*: *La Constitution introduite et commentée*, 4. Aufl. Paris 2017.

- Carré de Malberg, Raymond*: Contribution à la Théorie générale de l'État, Gesamtausgabe der zweibändigen Ausgabe von 1920 und 1922 (Nachdruck Paris 2003).
- Carrère, Thibault*: Le droit constitutionnel de l'avocat, RFDC 2019, e19–e43.
- Cassuto-Teytaud, Patricia*: La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile, Rapport de la Cour de Cassation 2002, Deuxième partie: Études et documents, Études sur le thème de la responsabilité, abrufbar unter https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/juridiques_devant_6113.html.
- Castets-Renard, Céline* (Hrsg.): Étude du Laboratoire de droit international et européen rattaché à l'IRDEIC, Université Toulouse 1 Capitole, sur l'évolution des règles professionnelles et déontologiques des professions juridiques et judiciaires. Mission Droit et Justice, März 2011.
- Champeil-Desplats, Véronique*: Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Paris 2001 (zugleich thèse Paris X).
- dies.*: La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, Revue de droit du travail, 2007, S. 19–25.
- dies.*: Des „libertés publiques“ aux droits fondamentaux: Effets et enjeux d'un changement de nomination, JP, Nr. 5, 2010, S. 1–16.
- dies.*: Le Conseil Constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques, JP, Nr. 7, 2012, S. 1–22.
- dies.*: Les actions associatives pour la défense des droits et libertés que la constitution garantit devant le Conseil constitutionnel, Revue des droits de l'homme, Nr. 20, 2021.
- Charpenel, Yves/Rousseau, Dominique/Soulez-Larivière, Daniel*: Le statut du parquet (Discussion), Constitutions 2011, S. 295–304.
- Chazal, Jean-Pascal*: Propriété et entreprise: le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, D. 2014, S. 1101–1106.
- Chevallier, Jacques*: Constitution et communication, D. 1991, chr. S. 247–256.
- Chikouche, Adèle*: Le permis de communiquer étendu aux avocats collaborateurs et avocats salariés, Gaz. Pal. v. 26.7.2022, Nr. 25, S. 22.
- Classen, Claus Dieter*: Die Ableitung von Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Freiheitsrechten – ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsrecht sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention, JöR n. F. 36 (1987), S. 29–48.
- ders.*: Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule: zur Bedeutung von Art. 5 Absatz 3 GG für außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung, Tübingen 1994.
- ders.*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1996.
- ders.*: Laïcité und Religionsfreiheit in Frankreich, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 62 (2017), S. 111–151.
- ders.*: Staatsrecht II, München 2018.
- ders.*: Französisches Grundrechtsverständnis: kaum Dogmatik, objektiv-rechtliche Traditionen, subjektiv-rechtliche Perspektiven, JöR n. F. 68 (2020), S. 213–240.
- ders.*: Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl. Baden-Baden 2021.
- Coelln, Christian v.*: Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, Tübingen 2005.
- Cohen, Alain Gérard*: Chronique constitutionnelle et parlementaire: La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution, RDP 1963, S. 745–756.
- Cornils, Matthias*: Die Ausgestaltung von Grundrechten, Tübingen 2005.
- ders.*: Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl. 2011, S. 1053–1061.

- Cornu, Gérard*: Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, in: Études offertes à Pierre Bellet, Paris 1991, S. 84–100.
- ders./Association H. Capitant* (beide Hrsg.): Vocabulaire juridique, 12. Aufl. Paris 2018.
- Couillerot, Jérôme*: Une liberté singulière et plurielle: la liberté publique de l'enseignement, RFDA 2019, S. 909–920.
- Creifelds*: hrsg. v. Weber, Klaus, Rechtswörterbuch, 26. Aufl. München 2021.
- Cresson, Ernest*: Abrégé des usages et règles de la profession d'avocat, Tome 1, 3. Aufl. Paris 1907.
- Crozé, Hervé*: Au-delà du droit processuel: Pour une théorie juridique de la décision, in: Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand, Paris 2003, S. 125–139.
- Dahs, Hans*: Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers, NJW 1975, S. 1385–1392.
- Daigre, Jean-Jacques*: De la compabilité des divers missions de l'avocat conseil avec son statut, JCP E, 1996, supplément Nr. 2, S. 16–23.
- Dalloz*: Répertoire de Droit civil, Paris 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, Rép. dr. civ.).
- Dalloz*: Répertoire de Droit pénal et procédure pénale, Paris 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, Rép. dr. pén.).
- Dalloz*: Répertoire de Procédure civile, Paris 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, Rép. pr. civ.).
- Damien, André*: La déontologie de l'avocat hors prétoire, in: Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Toulouse 1981, S. 253–272.
- Dareau, François*: Traité des injures dans l'ordre judiciaire, Paris 1775.
- Dargent, Laurent/Callé, Pierre* (*Bearbeiter*): Code de procédure pénale annoté 2022, Paris 2022.
- Darsonville, Audrey*: Le Conseil constitutionnel rassure partiellement les avocats, Constitutions 2012, S. 316–319.
- Debaets, Emile/Jacquino, Nathalie*: Droit constitutionnel. Janvier 2017–décembre 2017, D. 2018, S. 1344–1354.
- Debbash, Charles*: La liberté de communication audiovisuelle en France, RIDC 1989, S. 305–312.
- Decheix, Pierre*: Un droit de l'homme mis à mal: le secret professionnel, D. 1983, S. 133–138.
- Deckenbrock, Christian*: Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot widerstreitender Interessen, Köln 2009.
- ders.*: Erweiterung anwaltlicher Informationspflichten gegenüber Dritten. Wirksame Bekämpfung unseriöser Inkassos oder Eingriff in das anwaltliche Mandatsverhältnis?, ZRP 2020, S. 173–176.
- ders./Henssler, Martin*: Rechtsdienstleistungsgesetz und Einführungsgesetz zum RDG, 5. Aufl. München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Deckenbrock/Henssler).
- ders./Özman, Lena*: Anwaltliches Berufsrecht, Hagen 2022.
- Deckers, Rüdiger*: Die Anwaltschaft in besonderer Verantwortung. Die Rolle des Strafverteidigers gestern und heute, BlnAnwBl. 2021, S. 304–310.
- Delvolvé, Pierre*: Droit public de l'économie, 2. Aufl. Paris 2021.
- Derfler, Sophie*: Trigger-Warnungen. Hochschulen zwischen Grundrechten und Identitätspolitik, Baden-Baden 2021.
- Derieux, Emmanuel*: Les principes du droit de la communication dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Légipresse 1997, S. II-49–55.
- ders.*: Droit des médias, 8. Aufl. Issy-les-Moulineaux 2018.

- Desaulnay, Olivier*: L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, Paris 2009 (zugleich thèse Pau et Pays de l'Adour).
- Deubner, Karl G.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 29.4.1980 – 2 BvR 1441/79, NJW 1980, S. 1945–1946.
- Dierlamm, Alfred*: Anm. zu BVerfG Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17: Rechtmäßige Durchsuchung einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei, BRAK-Mitt. 2018, 204.
- Dietlein, Johannes*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.
- Döbbelt, Simon*: Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, Hamburg 2008.
- Dolan, Claire*: Hervé Leuwers, L'invention du barreau français, 1660–1830. La construction nationale d'un groupe professionnel, Paris, Éditions de l'EHESS, 2006, 446 p. Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2010, S. 230–232.
- Dolderer, Michael*: Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 2000.
- Domat, Jean*: Les quatre livres du droit public, Paris 1697 (Nachdruck Caen 1829).
- Dombek, Bernhard*: Die Annäherung der Anwaltschaft an das Gemeinwohl, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch, Peter/Villiger, Mark (alle Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 365–375.
- Dörr, Dieter*: Faires Verfahren. Gewährleistungen im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kehl am Rhein, Straßburg 1984.
- ders.*: Die Freiheit von Forschung und Lehre und das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen, in: Geis, Max-Emanuel/Winkler, Markus/Bickenbach, Christian (alle Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 289–297.
- Drago, Guillaume*: La constitutionnalité de la contribution pour l'aide juridique mise en question, Gaz. Pal. v. 12.4.2012, Nr. 103, S. 8.
- Dreier, Horst*: Dimension der Grundrechte, Hannover 1993.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel, Art. 1–19 GG), 3. Aufl. Tübingen 2018.
- van Drooghenbroeck, Sébastien*: L'avocat et les signes convictionnels – quelques réflexions à la lumière du droit européen des droits de l'homme, in: Pourquoi Antigone?, Liber amicorum Edouard Jakhian, Brüssel 2010, S. 503–529.
- Duguit, Léon*: Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1920 (Nachdruck Paris 1999).
- Duhamel, Olivier/Tusseau, Guillaume*: Droit constitutionnel et institutions politiques, 4. Aufl. Paris 2016.
- Dürig, Günter* (Begr.)/*Herzog, Roman* (vormals Hrsg.)/*Scholz, Rupert* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Stand des Gesamtwerkes: 97. ErgLfg. München Januar 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: [Maunz/]Dürig/Herzog/Scholz).
- Dussart, Marie-Laure*: Privilège d'exercice et liberté d'entreprendre, D. 2015, S. 1166–1171.
- dies.*: Réforme des professions juridiques réglementées, AJDA 2015, S. 2188–2192.
- Dütz, Wilhelm*: Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht. Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit, Bad Homburg 1970.
- Eberhard, Harald*: Nichtterritoriale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtliche Parameter autonomer Verwaltung, Wien 2014.
- Eckertz-Höfer, Marion*: Organ der Rechtspflege oder Core Values?, NJW 2013, S. 1580–1581.
- Edelmann, Bernard*: Publicité et dignité humaine, D. 1996, S. 617.

- Ehlers, Dirk/Lechleitner, Marc*: Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern. Rechtsstellung der Rechtsanwaltskammern und der Bundesrechtsanwaltskammer in der Verfassungs- und Verwaltungsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 2006.
- Eifert, Martin*: Das Neue Steuerungsmodell – Modell für die Modernisierung der Gerichtsverwaltung, *Verwaltung* 30 (1997), S. 75–96.
- Eisenmann, Charles*: Droit public, Droit privé, RDP 1952, S. 903–979.
- Encinas de Munagorri, Rafael*: Les sources positives de la déontologie, RTD Civ. 2007, S. 67–72.
- Engel, Christoph*: Grundrechtskonjunkturen, JZ 2022, S. 593–599.
- Engelmann, Christoph/Brunotte, Nico/Lütken, Hanna*: Regulierung von Legal Tech durch die KI-Verordnung, RDi 2021, S. 317–323.
- Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard* (beide Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 3, Berlin 1984 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, in: Erler/Kaufmann, HRG III, Sp.).
- Esmein, Adhémar*: Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 7. von Nézard, Henry überarbeitete Aufl. Paris 1921.
- Eylmann, Horst/Vaasen, Hans-Dieter* (Begr.)/Frenz, Norbert/Miermeister, Uwe (Hrsg.): Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz, 4. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Eylmann/Vaasen).
- Fallon, Damien*: Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable à propos de la décision du Conseil Constitutionnel 2010–10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et A., RFDC 2010, S. 265–280.
- ders.*: L’abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux, Toulouse 2014 (zugleich thèse Toulouse 1).
- Fau, F.*: Le secret professionnel de l’avocat, Carcassonne 1912 (zugleich thèse Toulouse 1).
- Favoreu, Louis*: Du déni de justice en droit public français, Paris 1965 (zugleich thèse Paris).
- ders.*: 1977, année charnière: Le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux, RDP 1978, S. 801–870.
- ders.*: Le droit constitutionnel jurisprudentiel, RDP 1989, S. 399–503.
- ders.*: L’influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit, in: Conac, Gérard/Maisl, Heribert/Vaudiaux, Jacques (alle Hrsg.), Itinéraires, Études en l’honneur de Léo Hamon, Paris 1992, S. 235–244.
- ders.*: Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, in: Gouverner, administrer et juger, Liber amicorum Jean Waline, Paris 2002, S. 513–521.
- ders./Gaïa, Patrick/Ghevontian, Richard/Pfersmann, Otto/Roux, André/Scoffoni, Guy/Mestre, Jean-Louis*: Droit constitutionnel, 24. Aufl. Paris 2021.
- ders./Gaïa, Patrick/Roux, André/Le Bot, Olivier/Pena, Annabelle/Scoffoni, Guy*: Droit des libertés fondamentales, 8. Aufl. Paris 2021.
- Fischer, Thomas*: Kein Beschwerderecht gegen Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung (Fall Ernst), Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.8.2020 – StB 25/20 (OLG Frankfurt/Main), StV 2020, S. 818–821.
- Flécheux, Georges*: Le droit d’être entendu, in: Études offertes à Pierre Bellet, Paris 1991, S. 149–165.
- Flichy, Hubert/Genty, Antoine*: La multipostulation pour tous, Gaz. Pal. v. 5.4.2014, Nr. 95, S. 9.
- Fohlen, Claude*: La filiation américaine de la Déclaration des droits de l’homme, in: Mitterand, François/Poher, Alain/Fabius, Laurent/Badinter, Robert/Long, Marceau/Drai, Pierre (alle Comité de patronage), La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Ses origines et sa pérennité, Paris 1990, S. 21–29.

- Foulquier, Norbert*: Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856–1929), JP, Nr. 2, 2009, S. 1–31.
- Fourre, Jean/Puybasset, Michèle*: Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 1964, S. 19–30.
- Fraisse, Régis*: L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 44, 2014.
- Friedlaender, Adolf/Friedlaender, Max*: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, 3. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1930.
- Fries, Martin*: Recht als Kapital, AcP 221 (2021), S. 108–138.
- Friesenhahn, Ernst*: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma zum 75. Geburtstag, Tübingen 1950, S. 21–69.
- ders.*: Über den Anwaltseid im Rahmen der neueren Entwicklung des politischen Eides, in: Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus (alle Hrsg.), in: Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984, Band 2: Staatsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 569–587.
- Frischen, Hermann*: Das Ventôse-Gesetz – Inhalt und Auswirkungen auf das deutsche Notariat, RNotZ 2003, S. 1–7.
- Fromont, Michel*: L'évolution du droit public allemand en 1968: Les réformes universitaires en Allemagne et leur constitutionnalité, RDP 1969, S. 621–639.
- ders.*: République Fédérale d'Allemagne: Les événements internationaux, législatifs et jurisprudentiels survenus en 1972 et 1973, RDP 1975, S. 109–164.
- ders./Gaillet, Aurore*: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als Garant der einheitlichen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Eine Betrachtung aus französischer Perspektive, in: Canik, Pascale/Kley, Andreas/Schulze-Fielitz, Helmut/Waldhoff, Christian/Wiederin, Ewald (alle Hrsg.), Streitsache Staat, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, im Auftrag der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e. V., Tübingen 2022, S. 895–910.
- Frowein, Jochen Abraham*: Reform durch Meinungsfreiheit, AöR 105 (1980), S. 169–188.
- Gabarda, Olivier*: L'intérêt d'une bonne administration de la justice, RDP 2006, S. 153–183.
- Gaede, Karsten*: Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007.
- Gahdoun, Pierre-Yves*: La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Paris 2008 (zugleich thèse Paris I).
- ders.*: La limitation de la liberté contractuelle par la notion de cadre légal, D. 2015, S. 779–783.
- Gaïa, Patrick et al.*: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2017, S. 465–518.
- ders./Ghevoitian, Richard/Mélin-Soucramanien, Ferdinand/Oliva, Éric/Roux, André/Favoreu, Louis/Philip, Loïc*: Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel, 19. Aufl. Paris 2018 (zitiert als: GDCC, Nr.).
- Gaier, Reinhard*: Berufsrechtliche Perspektiven der Anwaltstätigkeit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, BRAK-Mitt. 2006, S. 2–7.
- ders.*: Die Angemessenheit anwaltlicher Vergütung als Grundrechtsproblem. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch die Regelung der Anwaltsvergütung?, AnwBl. 2010, S. 73–78.
- ders.*: Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Organisation der Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 2012, S. 142–145.

- ders.*: Recht und Moral. Die Bastille-Beschlüsse und die Ethikdiskussion in der Anwaltschaft, in: Bruns, Alexander et al. (alle Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 1. Teilband: Deutsches Recht, Tübingen 2013, S. 17–23.
- ders.*: Anwaltliche Berufsfreiheit – Art. 12 GG als Garant einer unabhängigen starken Anwaltschaft, in: Gaier, Reinhard/Wolf, Christian (beide Hrsg.), 25 Jahre Bastille-Entscheidungen. Quo vadis Anwaltschaft, Köln 2015, S. 124–132.
- ders./Wolf, Christian/Göcken, Stephan* (alle Hrsg.): Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. Köln 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gaier/Wolf/Göcken).
- Gaillet, Aurore*: L’individu contre l’État. Essai sur l’évolution des recours de droit public dans l’Allemagne du XIX. siècle, Paris 2012 (zugleich thèse Strasbourg/Freiburg im Breisgau).
- dies.*: La loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil Constitutionnel, Société Droit Religion, 2012, S. 47–71.
- dies.*: La grenouille française et le bœuf allemand (I) – Propos franco-allemands sur les droits fondamentaux et les Grundrechte, in: Cossalter, Philippe/Witz, Claude (beide Hrsg.), Soixante ans d’influences juridiques réciproques franco-allemandes. Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand, Université de la Sarre, Paris 2016.
- dies.*: La Cour constitutionnelle fédérale. Reconstruire une démocratie par le droit (1945–1961), Paris 2021.
- dies./Hochmann, Thomas/Marsch, Nikolaus/Vilain, Yoan/Wendel, Mattias*: Droits constitutionnels français et allemand, Issy-les-Moulineaux 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Droits constitutionnels français et allemand).
- Galletti, Florence*: Existe-t-il une obligation de bien légiférer?, RFDC 2004, S. 384–417.
- Gamper, Anna*: Verfassungsvergleichung und gemeineuropäischer Verfassungsstaat, ZÖR 63 (2008), S. 359–383.
- Garapon, Antoine*: Magistrats-avocats, des relations sans règle du jeu, Les Cahiers de la Justice 2020, S. 449–459.
- Garçon, Emile*: Code pénal annoté, Tome Premier, Art. 1–405, Paris 1901–1905.
- Gardenat, Louis*: Traité de la profession d’avocat, Paris 1931.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: Die Lehrfreiheit – Wiederentdeckung oder Rückbau, WissR 40 (2007), S. 67–93.
- ders.*: Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009.
- ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, JZ 2010, S. 952–955.
- Gaudemet, Yves*: L’indépendance des professeurs d’Université, principe commun des droits constitutionnels européens, D. 1984 chr. S. 125–127.
- ders.*: Les bases constitutionnelles du droit universitaire, RDP 2008, S. 680–700.
- ders.*: De l’intérêt général à la déontologie, in: Cartier-Bresson, Anémone/Collet, Martin/Dubreuil, Charles-André/Larzul, Tanneguy/Van Lang, Agathe/Vautrot-Schwarz, Charles (alle Comité d’Organisation), L’intérêt général, Mélanges en l’honneur de Didier Truchet, Paris 2015, S. 225–232.
- ders.*: Les professions juridiques. Service public et déréglementation/Synthèse générale. La réforme des professions juridiques réglementées et la Constitution, Les Petites Affiches v. 7.4.2015, S. 12.
- ders.*: La déontologie un pouvoir masqué, RDP 2021, S. 895–906.
- Geiger, Willi*: Die Unabhängigkeit des Richters, DRiZ 1979, S. 65–69.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.
- Genevois, Bruno*: La jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1986, Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1988, S. 411–464.

- ders.*: Principes fondamentaux, principes généraux, RFDA 1998, S. 477–494.
- Gerhold, Maximilian*: Blick nach Frankreich: Ausgangssperre und Anwaltskonsultation. Verteidigung der Justizgrundrechte und Systemrelevanz der Anwaltschaft, AnwBl. Online 2021, S. 163–166.
- ders.*: Constitutionnaliser le secret professionnel de l’avocat: pourquoi le Conseil constitutionnel pourrait s’inspirer de la Cour de Karlsruhe, Jus Politicum Blog v. 26.10.2022, <https://blog.juspoliticum.com/2022/10/26/constitutionnaliser-le-secret-professionnel-de-lavocat-pourquoi-le-conseil-constitutionnel-pourrait-sinspirer-de-la-cour-de-karlsruhe-par-maximilian-gerhold/>.
- Gersdorf, Hubertus*: Grundzüge des Rundfunkrechts, München 2003.
- Gierke, Otto [v.]*: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868.
- Glindemann, Jan*: Anwalts-GmbH und das Bundesverfassungsgericht: Ende der Diskriminierung? Erste Überlegungen zur Neuordnung des Berufsrechts nach dem Beschluss des BVerfG, AnwBl. 2014, S. 214–220.
- ders.*: Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe. Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und französischen Rechts, Tübingen 2019.
- Gneist, Rudolf [v.]*: Freie Advocatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen, Berlin 1867.
- ders.*: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. Berlin 1879 (Nachdruck Darmstadt 1966).
- Gohin, Olivier*: La liberté d’expression dans l’enseignement supérieur: Le cas des universitaires, Politeia 2006, Nr. 10, S. 125–138.
- Grabenwarter, Christoph* (Hrsg.): Enzyklopädie Europarecht, Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. Baden-Baden 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in EnzEuR II).
- Grahl, Christian*: Die Abschaffung der Freien Advokatur unter Friedrich dem Großen. Prozeßbetrieb und Parteibeistand im preußischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781, Göttingen 1993.
- Grampp, Pauline*: Libertés académiques et autonomie des universités en Allemagne, thèse Strasbourg 2018.
- Grewe, Constance*: Das deutsche Grundgesetz aus französischer Perspektive, JöR n. F. 58 (2010), S. 1–14.
- Grimm, Dieter*: Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit, Frankfurt/Main 1972.
- ders.*: Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: Hassemer, Winfried/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Limbach, Jutta (alle Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 39–76.
- ders.*: Verfassungsrechtliche Perspektiven einer dualen Rundfunkordnung, Rundfunk und Fernsehen 1987, S. 25–35.
- ders.*: Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis, recht 1988, S. 41–50.
- ders.*: Schutzrecht und Schutzpflicht. Zur Rundfunkrechtsprechung in Amerika und Deutschland, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (alle Hrsg.), Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festgabe für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 529–539.
- ders.*: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1697–1705.

- ders.*: Stufen der Rechtsstaatlichkeit. Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft, JZ 2009, S. 596–600.
- Groß, Thomas*: Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Schütz, Carsten (beide Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, Die Verwaltung Beiheft 5, Berlin 2002, S. 217–234.
- Gruber, Joachim*: Rechtsfragen bei der Einschaltung französischer Anwälte. Eine Einführung in deutsch-französische Rechtsbeziehungen, ZVglRWiss 107 (2008), S. 1–31.
- Guinchard, Serge*: Le procès équitable, droit fondamental?, AJDA 1998 spéc. 07/08.
- ders.*: Rapport introductif, in: Haut Conseil des professions du droit et de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Les règles déontologiques au service des usagers du droit, Paris 2013, S. 11–20.
- Guinchard, Serge/Chainais, Cécile/Delicostopoulos, Constantin S./Delicostopoulos, Ionnis/Douchy-Oudot, Mélina/Ferrand, Frédérique/Lagarde, Xavier/Magnier/Véronique/Ruiz Fabri, Hélène/Sinopoli, Laurence/Sorel, Jean-Marc*: Droit processual. Droit commun et droit comparé du procès équitable, 11. Aufl. Paris 2021.
- ders./Varinard, André/Debard, Thierry*: Institutions juridictionnelles, 15. Aufl. Paris 2019.
- Gundel, Jörg*: Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtecharta, ZHR 180 (2016), S. 323–357.
- ders.*: Der Schutz der – in der EMRK nicht normierten – Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des EGMR und seine Konsequenzen für das Unionsrecht, DVBl. 2020, S. 1042–1050.
- Gurlit, Elke/Zander, Sebastian*: Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Anwaltsgeheimnisses, BRAK-Mitt. 2005, S. 4–7.
- Gusy, Christoph*: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.
- Guyomar, Mattias/Collin, Pierre*: Quel est le juge compétent pour déterminer si le Conseil national des barreaux dispose d'un pouvoir réglementaire en matière de déontologie?, AJDA 2001, S. 847–850.
- Häberle, Peter*: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL (30) 1972, S. 44–131.
- ders.*: Berufs-„ständische“ Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, DVBl. 1972, S. 909–913.
- ders.*: Effizienz und Verfassung, AöR 98 (1973), S. 625–635.
- ders.*: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297–305.
- ders.*: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. stark erweiterte Aufl. Heidelberg 1983.
- ders.*: Die Freiheit der Wissenschaften im Verfassungsstaat, AöR 110 (1985), S. 329–363.
- ders.*: Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913–919.
- ders.*: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. stark erweiterte Aufl. Berlin 1998.
- ders.*: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Tübingen, JöR n.F. 1 (1951/2010).
- Habscheid, Walter J.*: Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, NJW 1962, S. 1985–1991.
- Hahn, Erich J. C.*: Rudolf von Gneist (1816–1895): ein politischer Jurist in der Bismarckzeit, Frankfurt/Main 1995 (bereits teilw. Diss. Yale University 1971).
- Hailbronner, Kay*: Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, Hamburg 1979.
- Hain, Karl-E.*: Ockham's Razor – ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik?, JZ 2002, S. 1036–1045.

- ders.*: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?, in: *Jhrb. Bitburger Gespräche* 2007/I, München 2008, S. 21–35.
- ders./Poth, Hans-Christian*: Ausgestaltung und Beschränkung der „dienenden“ Rundfunkfreiheit, *JA* 2010, S. 572–575.
- Halpérin, Jean-Louis et al.*: *Avocats et notaires en Europe. Les professions judiciaires et juridiques dans l’histoire contemporaine*, Paris 1996.
- Hamon, Léo*: Note sous Conseil d’État, décision du 23 mars 1962, *D.* 1962, S. 402–404.
- Hartmann, Bernd J.*: Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte, *JZ* 2016, S. 18–26.
- Hartmann, Fanny*: Constitutionnalité du droit de présentation: un courte victoire pour le notariat, *Les Petites Affiches* v. 9.12.2014, Nr. 245, S. 12.
- Hartung, Wolfgang*: Sanktionsfähige Berufspflichten aus einer Generalklausel?, *AnwBl.* 2008, S. 782–783.
- ders./Scharmer, Hartmut* (Begr.): *Berufs- und Fachanwaltsordnung BORA/FAO*, 8. Aufl. München 2022 (zitiert als *Bearbeiter*, in: *Hartung/Scharmer*).
- Hassemer, Winfried*: Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, *StV* 1982, S. 275–280.
- ders.*: Die Anwaltschaft und die Freiheit, *AnwBl.* 2008, S. 413–421.
- Hatje, Armin*: *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, Baden-Baden 1993.
- Haulbert, Marine*: La prise en compte dans le contrôle de constitutionnalité des lois des garanties légales des exigences constitutionnelles, *Titre VII*, Nr. 8, 2022, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-prise-en-compte-dans-le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-des-garanties-legales-des>.
- Hauriou, Maurice*: *Précis de droit administratif*, 2. Aufl. Paris 1893.
- ders.*: *Principes de droit public*, Paris 1910 (Nachdruck Paris 2010).
- ders.*: *Précis de droit constitutionnel*, 1. Aufl. Paris 1923 sowie 2. Aufl. Paris 1929 (Nachdruck 2. Aufl. Paris 2015).
- ders.*: *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. D’après les notes d’arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, Tome Troisième, Paris 1929.
- ders.*: *La théorie de l’institution et de la fondation*, erneut abgedruckt in: *Hauriou, Maurice*, *Aux sources du droit: le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Paris 1933, S. 89–128.
- Heinrichs, Philipp*: *Freiheit der Advokatur. Die Singularzulassung beim Bundesgerichtshof im Wandel der Zeit*, Baden-Baden 2021.
- Heitzer, Sonja/Kaufhold, Ann-Katrin*: *Managervergütung, Mindestlohn, Mietpreisbremse. Vergütungsregelungen als Steuerungsinstrumente in einer sozialen Marktwirtschaft*, *Staat* 60 (2021), S. 353–386.
- Hellwig, Hans-Jürgen*: *Unterschiede nationaler Berufsrechte. Notwendigkeit von Kollisionsnormen und Harmonisierung*, *BRAK-Mitt.* 2002, S. 52–59.
- ders.*: *Das Konzept des anwaltlichen Berufsbilds. Worauf die Anwaltschaft eine Antwort finden muss – und warum Standesrichtlinien nicht helfen*, *AnwBl.* 2008, S. 644–653.
- ders.*: *Die Dienstleistungsfreiheit in der EU lässt auch das Werben um Mandate zu*, *AnwBl.* 2011, S. 492–494.
- ders.*: *Die Kompetenz der Satzungsversammlung – eine Erwiderung*, *AnwBl.* 2014, S. 819–820.
- ders.*: *Keine Gefahr für das Gemeinwohl: Die interprofessionelle Sozietät*, *AnwBl.* 2014, S. 606–610.
- Hendler, Reinhard*: *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, Köln 1984.
- Hennette-Vauchez, Stéphanie/Roman, Diane*: *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Paris 2020.

- Henrichfreise, Sabine*: Frankreichs Anwaltschaft im Wandel, Köln 1991.
- Henrion, Hervé*: L'article préliminaire du Code de procédure pénale: vers une „théorie législative“ du procès pénal?, Archives de politique criminelle, 2001, S. 13–52.
- Henssler, Martin*: Verfassungsrecht. Anwaltliches Berufsrecht. Zum Widerruf der Anwaltszulassung früherer inoffizieller Mitarbeiter des Staatssicherheitsdienstes, JZ 1996, S. 677–681.
- ders.*: Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl. 2001, S. 525–533.
- ders.*: Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZP 115 (2002), S. 321–355.
- ders.*: Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit, ZIP 2002, S. 1053–1060.
- ders.*: Die Anwaltschaft zwischen Berufsethos und Kommerz, AnwBl. 2008, S. 721–728.
- ders.*: Das französische Recht der Anwaltsgesellschaften, NJW 2010, S. 1425–1427.
- ders.*: Der Beitrag der Kammern zur Wertediskussion – dargestellt am Beispiel der Kammern der Freien Berufe, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2011, S. 13–22.
- ders.*: DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht. Gesetzentwurf zur Reform des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl. Online 2018, S. 564–604.
- ders.*: Grundfragen anwaltlicher Verschwiegenheit, AnwBl. 2019, S. 216–226.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 6. 2020 – AnwZ (Brfg) 23/19 (AGH Hamm), JZ 2021, S. 212–216.
- ders./Kilian, Matthias*: Die Neuregelung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz, NJW 2002, S. 2817–2821.
- ders./Prütting, Hanns*: Bundesrechtsanwaltsordnung, 5. Aufl. München 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Henssler/Prütting).
- Herdegen, Matthias/Poscher, Ralf/Masing, Johannes/Gärditz, Klaus Ferdinand* (alle Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB VerFR).
- Hermes, Rolf*: Die grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten zu ihren originären Trägern in der verfassungsrechtlichen Ordnung von Staat und Gesellschaft, Diss. Köln 1996.
- Herzog, Roman*: Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (alle Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin, New York 1987, S. 1415–1428.
- Hesse, Hans-Albrecht*: Der Einzelne und sein Beruf: die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht, AöR 95 (1970), S. 449–474.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995.
- Heubel, Horst*: Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, Berlin 1981.
- Heusch, Andreas*: Kammern ohne allgemeinpolitisches Mandat, GewArch. 2022, S. 218–220.
- Heuschling, Luc*: État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, Paris 2002 (zugleich thèse Paris I).
- Hochhuth, Martin*: Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, Tübingen 2007.
- Hochmann, Thomas*: Typologie des effets horizontaux, in: Hochmann, Thomas/Reinhardt, Jörn (beide Hrsg.), L'effet horizontal des droits fondamentaux, Paris 2018, S. 119–148.
- ders.*: Un succès d'exportation: la conception allemande du contrôle de proportionnalité, AJDA 2021, S. 805–809.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (beide Hrsg.), Hamburg – Deutschland – Europa, Festschrift für H. P. Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 385–407.
- ders.*: Über Privilegien und Verantwortung. Justiz zwischen Autonomie und Anomie, AnWB. 1992, S. 2–9.
- ders.*: Enge oder weite Gewährleistung der Grundrechte?, in: Bäuerle, Michael/Hanebeck, Alexander/Hausotter, Carola/Mayer, Matthias/Mohr, Jörg/Mors, Michael/Preedy, Kara/Wallrabenstein, Astrid (alle Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstages von Bruno Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53–76.
- ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (alle Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: Grundlagen VerwR I).
- ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (alle Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 3: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: Grundlagen VerwR III).
- Höfing, Wolfram*: Offene Grundrechtsinterpretation, Berlin 1987.
- ders.*: Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neuen Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Muckel, Stefan (Hrsg.), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Wolfgang Rübner, Berlin 2003, S. 332–343.
- Holz, Ines*: Der aktive Gesellschafterkreis anwaltlicher Berufsausübungsgesellschaften, Baden-Baden 2021.
- Hommerich, Christoph/Kilian, Matthias/Jackmuth, Heike/Wolf, Thomas*: Quersubventionierung im RVG: Fiktion oder Wirklichkeit, AnWB. 2006, S. 406–407.
- Huber, Peter M.*: Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe, JZ 2003, S. 290–297.
- Hubert, Patrick/Castan, Adrien*: Droit constitutionnel et liberté de concurrence, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 49, 2015.
- Hufen, Friedhelm*: Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, Baden-Baden 1982.
- Huffmann, Helga*: Kampf um freie Advokatur, Essen 1967.
- Ipsen, Hans-Peter*: Verfassungsfragen zur Handwerksordnung, DVBl. 1956, S. 358–363.
- Irriger, Ullrich*: Genossenschaftliche Elemente bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Münster 1991.
- Isensee, Josef*: Wer definiert die Freiheitsrechte, Heidelberg, Karlsruhe 1980.
- ders.*: Anmerkung zu VerfGH NW, Ur. v. 9.2.1999 – VerfGH 11–98, JZ 1999, S. 1113–1117.
- ders./Kirchhof, Paul* (beide Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB StR I).
- ders./Kirchhof, Paul* (beide Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren, Band 5, 2. Aufl. Heidelberg 2000 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB StR V).
- ders./Kirchhof, Paul* (beide Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, Band 8, 3. Aufl. Heidelberg 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB StR VIII).
- ders./Kirchhof, Paul* (beide Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Grundrechtslehren, Band 9, 3. Aufl. Heidelberg 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB StR IX).

- Jaeger, Renate*: Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, *AnwBl.* 2000, S. 475–482.
- dies.*: Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz, *NJW* 2004, S. 1–7.
- Jahn, Matthias*: Sitzungspolizei contra „Konfliktverteidigung“? Zur Anwendbarkeit der §§ 176 ff. GVG auf den Strafverteidiger, *NStZ* 1998, S. 389–393.
- Janneau, Benoît*: „Juridicisation“ et actualisation de la Déclaration des Droits de 1789, *RDP* 1989, S. 635–663.
- ders.*: Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit, *NJW* 1982, S. 1833–1840.
- ders.*: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 110 (1985), S. 363–397.
- ders.*: Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ordnung des Rundfunks und sein Verhältnis zu anderen Medien – auch unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung – zu regeln?, München 1986.
- ders.*: Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, *NJW* 2011, S. 1393–1398.
- ders./Pieroth, Bodo* (beide Begr.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 17. Aufl. München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth).
- Jellinek, Georg*: La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, *RDP* 1902, 385–400.
- Jestaedt, Matthias*: Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, Berlin 1993.
- ders.*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999.
- Jèze, Gaston*: Les principes généraux du droit administratif. Le fonctionnement des services publics. Tome 3, Paris 1926 (Nachdruck Paris 2011).
- Joly-Hurard, Julie/Vanoni, Julia*: La déontologie du magistrat, 4. Aufl. Paris 2020.
- Jouanjan, Olivier*: Présentation, in: Jouanjan, Olivier (Hrsg.), *Figures de l’État de droit. Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne*, Strasbourg 2001, S. 7–52.
- ders.*: Une origine des „droits fondamentaux“ en Allemagne: le moment 1848, *RDP* 2012, S. 766–784.
- Julien, Jérôme*: Histoire de robe, *Gaz. Pal.* v. 16.3.2004, Nr. 76, S. 2.
- Kahl, Wolfgang*: Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 GG – zugleich ein Beitrag zu den Grundrechtskonkurrenzen, Tübingen 2000.
- ders.*: Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsbereich, *Staat* 43 (2004), S. 167–202.
- ders.*: Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, *AöR* 131 (2006), S. 579–620.
- ders./Ludwigs, Markus*: Handbuch des Verwaltungsrechts, Band 3, Heidelberg 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: *HdB VerwR III*).
- Kämmerer, Jörn Axel*: Privatisierung, Tübingen 2001.
- ders.*: „Organ der Steuerrechtspflege“: Steuerberater im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, *DStR-Beih* 2019, S. 47–53.
- ders.*: Freiheit und Staatsgebundenheit der Notare, *NJW* 2006, 2727–2734.
- ders.*: Gutachten H zum 68. Deutschen Juristentag: Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, München 2010.
- ders.*: Verschwiegenheit von Steuerberatern – ein grundrechtlich geschütztes Gut, *DStR* 2020, S. 2890–2896.
- Kannowski, Bernd*: Anwaltstaktik und Anwaltsethik im Mittelalter, *NJW* 2008, S. 713–719.

- ders.*: Die Ritter der Gerichte an der Schwelle von der mündlichen zur schriftlichen Rechtskultur, in: DAV (Hrsg.), *Anwälte und ihre Geschichte*, Tübingen 2011, S. 5–22.
- Kaprik, Lucien*: *Les Avocats. Entre l'État, le public et le marché: XIII.–XX. siècle*, Paris 1995.
- Kapsa, Bernhard*: Die Regel „*minima non curat praetor*“ im Lichte des Verfassungsrechts, in: Pfeiffer, Gerd/Bürgermeister, Udo/Roth, Gerald (alle Hrsg.), *Der verfaßte Rechtsstaat*, Festgabe für Karin Graßhoff, Heidelberg 1998, S. 165–184.
- Karpenstein, Ulrich/Sangi, Roya*: Lobbyregistergesetz – auch für die Anwaltschaft, GmbHR 2021, R160–R161.
- Kaufhold, Ann-Katrin*: *Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht*, Berlin 2006.
- dies.*: Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht, NJW 2010, S. 3276–3279.
- Kerléo, Jean-François*: Déontologie et exemplarité, JP, Nr. 28, 2022, S. 143–167.
- Kern, Eduard*: Selbstverwaltung der Gerichte? Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen, AöR 79/n. F. 40 (1953/1954), S. 87–91.
- ders.*: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München, Berlin 1954.
- Kerstges, Tim*: Inkassodienstleistung: Erfolg für LexFox (wenigermiete.de), AnwBl. Online 2020, S. 24–27.
- ders.*: Die Rolle des Rechtsanwalts bei der Wahrheitsfindung im Prozess. Inwiefern ist der Rechtsanwalt verpflichtet, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken?, GVRZ 2021, S. 10 Rn.
- ders.*: *Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm*, Tübingen 2023.
- Kiener, Regina*: *Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001.
- Kiessling, Friedrich/Safferling, Christoph*: *Staatsschutz im Kalten Krieg. Die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF*, München 2021.
- Kilian, Matthias*: *Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwaltes*, Köln 2003.
- ders.*: Die Regulierung von Beratungsmärkten. Die Reformdiskussion in Großbritannien und ihre Bedeutung für das deutsche Recht, AnwBl. 2004, S. 389–394.
- ders.*: Das künftige Erfolgshonorar für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer – Für und Wider der gesetzgeberischen Gestaltungsalternativen, BB 2007, S. 1061–1068.
- ders.*: Das Fremdbeteiligungsverbot im Spannungsfeld von Berufs-, Gesellschafts- und Unionsrecht. Die Kohärenzanforderungen in der Dogmatik des EuGH als Reformherausforderung, AnwBl. 2014, S. 111–117.
- ders.*: Niedrige Gegenstandswerte in der anwaltlichen Mandatspraxis, AnwBl. 2014, S. 1004–1006.
- ders.*: Die Anwaltsgerichtsbarkeit: eine Standortbestimmung – historisch und vergleichend, AnwBl. 2015, S. 278–286.
- ders.*: Fortbildung als Element eines kohärenten Berufsbildungskonzepts, AnwBl. 2016, S. 273–278.
- ders.*: Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche, DStR-Beih 2019, S. 38–47.
- ders.*: Das anwaltliche Werberecht *de lege ferenda*. Wie stark steuert die Werbevorschrift des § 43b BARO. Marketingaktivitäten von Anwältinnen und Anwälten?, AnwBl. 2022, S. 294–295.
- ders./Koch, Ludwig*: *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. München 2018.
- Kirchberg, Christian*: Zulassung zur Anwaltschaft durch die Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 1996, S. 90–92.

- ders.*: Anwaltschaft heute – Anspruch und Wirklichkeit, BRAK-Mitt. 2006, S. 7–11.
- ders.*: Zum Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare. Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BRAK-Mitt. 2007, S. 74–77.
- ders.*: Grundgesetz und Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 2009, S. 95–103.
- ders.*: Die Anwaltsgerichtsbarkeit nicht auszehren, AnwBl. 2015, S. 44.
- ders.*: Anmerkung zu BVerfG Beschl. v. 5.3.2015 – 1 BvR 3362/14, BRAK-Mitt. 2015, S. 147–148.
- ders.*: Die Anwaltschaft in der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, BRAK-Mitt. 2018, S. 279–284.
- Kirchhof, Paul*: Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Heidelberg 2005, S. 1–18.
- Kissel, Otto Rudolf (Begr.)/Mayer, Herbert (Bearbeiter)*: Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. München 2021.
- Klausser, Nicolas*: Qui plaide quoi? Étude sur les principaux avocats investis dans la QPC et leur influence sur la production d'un certain droit constitutionnel, Revue des droits de l'homme, Nr. 20, 2021.
- Kleinsang, Michael*: Das Ventöse-Gesetz und die Gesetzgebungsgeschichte des Notariats im Deutschland des 19. Jahrhunderts, RNotZ 2003, S. 8–17.
- Klein, Friedrich*: Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, Breslau 1934.
- Klein, Oliver*: Fremdnützigere Freiheitsgrundrechte, Baden-Baden 2003.
- Kleine-Cosack, Michael*: Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, Baden-Baden 1986.
- ders.*: Verfassungswidriges Standesrecht. Notwendigkeit einer Ersetzung der Standesrichtlinien durch ein grundgesetzkonformes Berufsrecht, NJW 1988, S. 164–174.
- ders.*: Widerruf der Zulassung: Vom Vermögensverfall zur Unzuverlässigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zulassungswiderruf – BRAO ändern, AnwBl. 2011, S. 204–208.
- ders.*: Zweitberufsfreiheit für alle rechts- und steuerberatenden Berufe, NJW 2018, S. 3273–3278.
- ders.*: Maulkorb für die Kammern. BVerwG bejaht Austrittsverpflichtung aus Dachverband bei Kompetenzüberschreitung, AnwBl. Online 2021, S. 7–9.
- ders.*: Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA und FAO, 9. Aufl. München 2022.
- Kloepfer, Michael*: Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970.
- ders.*: Verfassungsrecht, Band 2, München 2010.
- ders.*: Verfassungsrecht, Band 1, München 2011.
- ders./Quast, Fabian*: Fortbildung durch Rechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt. 2007, S. 2–8.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung, Tübingen 1997.
- ders.*: Recht und Ethos der Freien Berufe, JZ 2010, S. 844–852.
- ders.*: Freie Berufe im Wandel – Digitalisierung als Herausforderung für eine künftige Regulierung freiberuflicher Tätigkeit, in: Juristische Studiengesellschaft, Jahresband, Heidelberg 2020, S. 105–132.
- ders.* (Hrsg.): Handbuch des Kammerrechts, 3. Aufl. Baden-Baden 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB KammerR).
- ders.*: Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Abgrenzung freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeiten, GewArch. 2021, S. 302–307.
- ders.*: Das zweite DIHK-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und seine Folgen, NVwZ 2021, S. 345–350.

- ders.*: Allgemeine und besondere Dienstpflichten aus dem Blickwinkel des Bundes- und Landesverfassungsrechts, NVwZ 2022, S. 1159–1165.
- ders./Goltz, Ferdinand*: Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung in der EU, Baden-Baden 2004.
- Koch, Thorsten*: Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, Tübingen 2000.
- Köhler, Stefan A.*: Das Werbeverbot für Rechtsanwälte und Steuerberater, Baden-Baden 1988.
- König, Tassilo-Rouven*: Sektorale Datenschutzkontrolle bei Rechtsanwälten: die Stellung von Berufs- und Datenschutzaufsicht bei der Kontrolle der mandatsbezogenen Datenverarbeitung de lege lata und de lege ferenda, München 2015.
- Kopp, Ferdinand O.*: Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 106 (1981), S. 604–632.
- Kötz, Hein*: Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik: RabelsZ 54 (1990), S. 203–216.
- Krach, Tillman*: 130 Jahre „Grundgesetz der Anwaltschaft“, NJOZ 2008, S. 2628–2639.
- Kraft, Ingo*: Die Verantwortung des Verwaltungsrichters für Ermittlung und Auslegung nationalen sowie europäischen Rechts. Iura novit curia im Verwaltungsprozessrecht – eine deutsch-französische Vergleichsskizze, NVwZ 2020, S. 1229–1234.
- Krämer, Achim*: Der Rechtsanwalt – ein „staatlich gebundener Vertrauensberuf“, NJW 1975, S. 849–853.
- ders.*: Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, NJW 1995, S. 2313–2317.
- Kramer, Sören*: Die Zurückweisung von Rechtsanwälten und deren zwangsweise Entfernung aus dem Sitzungssaal, Diss. Bielefeld 2000.
- Krekeler, Sebastian*: Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung. Verfassungsrechtliche Grenzen des ärztlichen Berufsrechts, Baden-Baden 2021.
- Krenc, Frédéric*: Les perquisitions et saisies chez l’avocat au crible de la Convention européenne des droits de l’homme, in: Pourquoi Antigone?, Liber amicorum Edouard Jakhian, Brüssel 2010, S. 283–307.
- Krönke, Christoph*: Sandkastenspiele – „Regulatory Sandboxes“ aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 2021, S. 434–443.
- ders./Molinari, Valesca*: Mehr Sandkastenspiele, RD Editorial 9/2021.
- Krynen, Jacques*: L’État de justice (France XIII^e–XX^e siècle), Tome 1, L’idéologie de la magistrature ancienne, Paris 2009.
- ders.*: L’État de justice (France XIII^e–XX^e siècle), Tome 2, L’emprise contemporaine des juges, Paris 2012.
- Kucharski, Florian*: Der unverteidigte Beschuldigte im Strafverfahren, Göttingen 2017.
- Kühne, Hans-Heiner*: Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen Öcalan, JZ 2003, S. 670–674.
- Kühne, Jörg-Detlef*: 150 Jahre Revolution von 1848–49 – ihre Bedeutung für den deutschen Verfassungsstaat, NJW 1998, S. 513–518.
- ders.*: Umbruch der Anwaltschaft: Beginn der Selbstorganisation – Deutschland und Frankreich, in: DAV (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, Tübingen 2011, S. 123–140.
- Kulick, Andreas*: Horizontalwirkung im Vergleich, Tübingen 2020.
- Kull, Edgar*: Dienende Freiheit – dienstbare Medien?, in: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 663–673.
- Kunig, Philip*: Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986.
- Kunze, Martina*: Der Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege – eine rechts-historische und rechtsdogmatische Untersuchung, Bonn 2018.
- Laband, Paul*: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 3, 5. Aufl. Tübingen 1913.

- Lachmayer, Konrad*: Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte, JRP (18) 2010, S. 166–175.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit, AöR 131 (2006), S. 643–667.
- ders./Gostomzyk, Tobias*: Rundfunkfreiheit und Rechtsdogmatik – Zum Doppelcharakter des Art. 5 I 2 GG in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, S. 1145–1153.
- Lafaix, Jean-François*: L’effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté, in: Hochmann, Thomas/Reinhardt, Jörn (beide Hrsg.), L’effet horizontal des droits fondamentaux, Paris 2018, S. 23–42.
- Lamarque, Marie*: L’avocat et l’argent (1790–1972), thèse Bordeaux IV 2016.
- Landry, Daniel*: Que reste-t-il des principes essentiels de la profession d’avocat, Gaz. Pal. v. 5.10.2013, Nr. 278, S. t1.
- ders.*: Communication de l’avocat et démarchage, Gaz. Pal. v. 28.2.2015, Nr. 59, S. 8.
- Laukemann, Björn*: Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 2010.
- Laurent-Bonne, Nicolas*: Le droit de présentation des notaires: un privilège digne d’un autre temps, D. 2015, S. 252–255.
- ders.*: La réforme du notariat par la loi Macron: entre révolution manquée et libéralisme administré, in: Marcou, Gérard/Blanc, François/Delion, André/Vidal, Laurent (alle Hrsg.), La réforme des professions réglementées. Actes du colloque du 26 octobre 2015, Paris 2017, S. 23–36.
- Laurich, Jutta*: Die Anwaltschaft in Frankreich, in: DAV (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, Tübingen 2011, S. 1069–1096.
- Laval, Nathalie*: La bonne administration de la justice, Les Petites Affiches v. 12.8.1999, Nr. 160, S. 12.
- Le Béguet, Gilles*: La République des avocats, Paris 2003.
- Le Cannu, Paul/Robine, David*: Droit des entreprises en difficulté, 8. Aufl. Paris 2020.
- Le Mao, Caroline*: Parlement et Parlementaires. Bordeaux au Grand Siècle, Seyssel 2007.
- Le Pourhiet, Anne-Marie*: Droit constitutionnel, Paris 2020.
- Lemaire, Jean* (Hrsg.)/*Payen, Fernand/Duveau, Gaston* (Begr.): Les règles de la profession d’avocat et les usages du barreau de Paris, 3. Aufl. Paris 1975.
- Lenz, Christofer/Diers, Rahel*: Gleiche Würdeanforderungen an Bewerberinnen wie an zugelassene Rechtsanwälte, AnwBl. Online 2018, S. 128–131.
- ders./Gerhold, Maximilian*: Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen: Für eine Rückkehr zum Verfassungstext, DVBl. 2021, S. 980–987.
- Lerche, Peter*: Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341–372.
- ders.*: Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZZZ 78 (1965), S. 1–31.
- ders.*: Werbung und Verfassung, München 1967.
- ders.*: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. um eine Einleitung des Autors erweiterte Aufl. Goldbach 1999.
- Lestrade, Éric*: Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Paris 2015 (zugleich thèse Bordeaux IV).
- Letteron, Roselie*: Libertés publiques, 9. Aufl. Paris 2012.
- dies.*: Secret professionnel: le rêve perdu des avocats, in: Liberté, Libertés chéries v. 26.10.2021, <http://libertescheries.blogspot.com/2021/10/secret-professionnel-le-reve-perdu-des.html>.

- dies.*: Pas de signes religieux sur la robe des avocats, in: Liberté, Libertés chéries v. 6.3.2022, <http://libertescheries.blogspot.com/2022/03/pas-de-signes-religieux-sur-la-robe-des.html>.
- Leuwers, Hervé*: L'invention du barreau français (1660–1830). La construction nationale d'un groupe professionnel, Paris 2006 (zitiert als: *Leuwers, L'invention du barreau français, S.*).
- Lewald, Walther*: Freie Advokatur, die wir meinen, NJW 1947, S. 2–4.
- Lewinski, Kai v.*: Rechtslehrer als Berater und Vertreter in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, in: Römermann, Volker (Hrsg.), Anwaltschaft und Berufsrecht, Festschrift für Wolfgang Hartung, München 2008.
- ders.*: Rechtswidrigkeit, Anwaltstätigkeit und die Einheit der Rechtsordnung, wistra 2020, S. 481–486.
- ders.*: Medienrecht, München 2020.
- ders.*: zu Möller, (Ehren-?)Titel „Justizrat“, BRAK-Mitt. 2021, 363 ff., BRAK-Mitt. 2022, S. 39.
- ders.*: Berufsrecht der Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte, 4. Aufl. Baden-Baden 2017 und 5. Aufl. Baden-Baden 2022.
- ders./Gerhold, Maximilian*: Fürsorgeeinrichtungen für Rechtsanwälte, AnwBl. Online 2023, S. 198–203.
- Libchaber, Rémy*: Déontologie et droit étatique, RTD Civ. 1998, S. 218–220.
- Linck, Joachim/Baldus, Manfred/Lindner, Joachim/Poppenhäger, Holger/Ruffert, Matthias* (alle Hrsg.): Die Verfassung des Freistaates Thüringen, Baden-Baden 2013.
- Lindner, Josef Franz*: Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit, DÖV 2003, S. 185–192.
- ders./Möstl, Markus/Wolff, Heinrich Amadeus*: Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. München 2017.
- Lingibé, Patrick*: Le décret du 30 juin 2022 – volet discipline: simple réforme ou changement de paradigme pour la profession d'avocat, Gaz. Pal. v. 26.7.2022, Nr. 25, S. 8.
- Löhr, Silke*: Prozeßgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 2012.
- Löhner, Dimitri*: La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, thèse Pau 2013.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.
- Luchaire, François*: Note sous Conseil constitutionnel, décision du 13 décembre 1985, D. 1986, S. 346–351.
- ders.*: La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Paris 1987.
- ders.*: La lecture actualisée de la déclaration de 1789, in: Conseil Constitutionnel, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris 1989, S. 214–240.
- ders.*: Brèves remarques sur une création du Conseil Constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle, RFDC 2005, S. 675–684.
- ders./Conac, Gérard/Prétot, Xavier* (alle Hrsg.): La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires, 3. Aufl. Paris 2009.
- Luhmann, Niklas*: Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl. Frankfurt/Main 2013 (Erstauffl. Frankfurt/Main 1983, Erstaufl. München 1969).
- Lüken, Uwe*: Die Regulierung der Anwaltswerbung in den USA im Vergleich zu Deutschland, Köln 2002.
- Lutzhöft, Niels*: Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union, Tübingen 2012.

- Lyon-Caen, Arnaud*: L'avocat devant le juge administratif et l'État de droit: Un mineur en voie d'émancipation, in: L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris 1996, S. 473–487.
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003.
- Magnus, Robert*: Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, französischen und englischen Rechts, Tübingen 2010.
- Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent/Gautier, Pierre-Yves*: Droit des contrats spéciaux, 11. Aufl. Paris 2020.
- Mangoldt, Herrmann v. (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (beide Fortf.)/*Hubert, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (beide Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1–3., 7. Aufl. München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck).
- Mann, Thomas*: Anwaltliche Fortbildung und Berufsfreiheit, AnwBl. 2016, 284–288.
ders.: Entwicklungslinien des Berufsrechts der Freien Berufe im 21. Jahrhundert, GewArch. 2021, S. 346–351.
- ders./Schnuch, Franziska*: Verbot des kommerziellen gerichtlichen Masseninkassos durch Legal-Tech-Anbieter – ein Verstoß gegen Art. 12 GG?, NJW 2019, S. 3477–3482.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen 1994.
- Marcangelo-Leos, Philie*: Pluralisme et audiovisuel, Paris 2004 (zugleich thèse Aix-Marseille III).
- Marsch, Nikolaus*: Kunst unter Druck: Zu Zweck und Reichweite des grundrechtlichen Schutzes von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, insbesondere in der Drittwirkungsdimension, JZ 2021, S. 1129–1138.
- Martens, Wolfgang*: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL (30) 1972, S. 7–38.
- Martin, Raymond*: La crise du contradictoire entre juge et avocat, Gaz. Pal. v. 8.8.1978, Doctr. S. 419–420.
ders.: De la contradiction à la vérité judiciaire, Gaz. Pal. v. 30.4.1981, Doctr. S. 209–210.
ders.: L'avocat et la délicatesse de l'honneur, Gaz. Pal. v. 1.8.2000, Nr. 214, S. 2.
ders.: L'avocat, auxiliaire de justice, in: Fricero, Natalie/Taormina, Gilles/Zavaro, Michel (alle Hrsg.), La justice civile au vingt et unième siècle, Mélanges Pierre Julien, Aix-en-Provence 2003, S. 268–274.
ders.: Déontologie de l'avocat, 11. Aufl. Paris 2013.
- Mastor, Wanda*: L'épreuve de la comparaison en droit. Réaction et adresse aux jeunes comparatistes, Les Cahiers de la méthodologie juridique (RRJ), 2020, S. 1425–1438.
ders.: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Paris 2021.
- Mathieu, Bertrand*: La liberté d'expression en France: de la protection constitutionnelle aux menaces législatives, RDP 2007, S. 231–259.
- Mayen, Thomas*: Die Freiheit der Advokatur im Spiegel des Verfassungsrechts – zugleich ein Appell an die Anwaltschaft, sich treu zu bleiben im Wandel, AnwBl. 2011, S. 405–413.
- Meindl, Thomas*: La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, Paris 2003 (zugleich thèse Montpellier 1).
- Meinel, Florian*: Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der der Großen Koalition – Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, Staat 60 (2021), S. 43–97.
- Mélin-Soucramanien, Ferdinand/Mathieu, Bertrand/Machelon, Jean-Pierre/Rousseau, Dominique/Philippe, Xavier* (alle Hrsg.): Les Grandes Délibérations du Conseil Constitutionnel 1958–1986, 2. Aufl. Paris 2014.
- Melleray, Fabrice*: Le Conseil constitutionnel au secours de la loi relative aux libertés et responsabilités des universités, D. 2010, S. 2335–2338.
ders.: Droit de la fonction publique, 5. Aufl. Paris 2020.

- Mendes-Constante, Jorge*: Les droits fondamentaux du justiciable. Étude de droit constitutionnel de droit européen en France et en Portugal, thèse Aix-Marseille III 2002.
- ders.*: Les principes constitutionnels et l'organisation juridictionnelle – L'exemple du Portugal, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 14, 2003.
- Merger, Charles*: Le secret professionnel, Paris 1895 (zugleich thèse Paris).
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Entwicklung und Grundlagen, Band 1, Heidelberg 2004 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR I).
- ders./ders.* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Allgemeine Lehren I, Band 2, Heidelberg 2006 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR II).
- ders./ders.* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, Band 7, Halbband 2, Heidelberg, Zürich/St. Gallen 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR VII/2).
- ders./ders.* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren II, Band 3, Heidelberg 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR III).
- ders./ders.* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Einzelgrundrechte I, Band 4, Heidelberg 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR IV).
- ders./ders.* (beide Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Band 5, Heidelberg 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB GR V).
- Meßerschmidt, Klaus*: Gesetzgebungsermessen, Berlin 2002.
- Mestre, Jean-Claude*: Note sous Conseil d'État, décision du 8 novembre 1963, D. 1964, S. 493–497.
- Mestre, Jean-Louis*: Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, D. 1984, chr. S. 1–8.
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven* (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. Baden-Baden, Wien, Bern 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Meyer/Hölscheidt).
- Michl, Fabian*: Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, Tübingen 2018.
- ders.*: Das Sondervotum zum Apothekenurteil. Edition aus den Akten des Bundesverfassungsgerichts, JöR n. F. 68 (2020), S. 323–408.
- Milburn, Philip*: L'Honoraire de l'Avocat au Pénal: Une Économie de la Relation Professionnelle, Droit et Société, 1994, S. 175–198.
- ders.*: Réponse au commentaire de Joel Moret-Bailly, Droit et Société, 1995, S. 186–187.
- Millard, Eric*: Hauriou et la théorie de l'institution, Droit et Société 1995, S. 381–412.
- Möller, Mirko*: (Ehren-?)Titel „Justizrat“, BRAK-Mitt. 2021, S. 363–366.
- Mollion, Grégory*: Les garanties légales des exigences constitutionnelles, RFDC 2015, S. 257–289.
- Mollnau, Marcus*: Wann, wenn nicht jetzt? – Eine Rechtsanwaltskammer muss sich zur NSA-Affäre äußern!, BRAK-Mitt. 2014, S. 174–179.
- Molloy, François-Etienne*: Règles sur la profession d'avocat, Paris 1842.
- Montalivet, Pierre de*: Les objectifs de valeur constitutionnelle, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 20, 2006.
- Moortel, Benoît van de*: Accordéontologie de l'avocat ou l'art et la manière d'être digne (à propos de CA Bordeaux, 3 juin 2003), Gaz. Pal. v. 2.10.2003, Nr. 275, S. 3.
- Moret-Bailly, Joël*: A propos de la déontologie des avocats. Réaction à l'article de Philip Milburn, Droit et Société, 1995, S. 183–185.

- ders.*: Déontologie des professions judiciaires et juridiques, in: Bergel, Jean-Louis (Hrsg.), *Droit et déontologies professionnelles*, Aix-en-Provence 1997, S. 113–150.
- ders.*: L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie?, *D.* 2005, S. 2857–2861.
- ders.*: Linéaments d'un droit des professions, De l'intérêt général à la déontologie, in: Cartier-Bresson, Anémone/Collet, Martin/Dubreuil, Charles-André/Larzul, Tanneguy/Van Lang, Agathe/Vautrot-Schwarz, Charles (alle Comité d'Organisation), *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris 2015, S. 423–433.
- ders.*: Qu'est-ce que la déontologie, in: Beignier, Bernard/Villacèque, Jean (beide Hrsg.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, 2. Aufl. Issy-les-Moulineaux, 2016, S. 55–84.
- ders./Noto-Jaffeux, Nelly*: La spécificité de la déontologie de la profession d'avocat au regard de celles des autres professions du droit, *Les Cahiers de la Justice* 2020, S. 469–481.
- ders./Truchet, Didier*: Pour une autre déontologie des juristes, Paris 2014.
- ders./Truchet, Didier*: *Droit des déontologies*, Paris 2016.
- Mössner, Jörg Manfred*: Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, *AöR* 99 (1974), S. 193–242.
- Motulsky, Henri*: Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: Le respect des droits de la défense en procédure civile, in: *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Tome 2: Droit privé*, Paris 1961, S. 175–200.
- ders.*: Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre, *D.* 1972, S. 91–102.
- Mounir, Nabil*: La liberté d'expression publicitaire: réflexions critiques, thèse Limoges 2020.
- Münch, Ingo v./Kunig, Philipp*: *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Aufl. München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, GG).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*: Band 5, §§ 263–358 StGB, hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, red. Hefendehl, Roland/Hohmann, Olaf, 3. Aufl. München 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-StGB).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*: Band 3/2, GVG, EGGVG, EMRK, EGStPO, EGStGB, ZSHG, StrEG, JGG, G10, AO, hrsg. v. Knauer, Christoph, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-StPO).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*: Band 1, §§ 1–354, hrsg. v. Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 6. Aufl. München 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-ZPO).
- Muhlmann, Géraldine*: Le gros mot de contre-pouvoir, *Pouvoirs* 2006, S. 55–77.
- Muller, Etienne*: La singularité des libertés économiques, in: *Défendre les libertés publiques, Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, Paris 2021, S. 389–401.
- Müller, Friedrich*: *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl. Berlin 1990.
- Müller-Terpitz, Ralf*: Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen, *JZ* 2020, S. 1080–1087.
- Nadal, Jean-Louis*: La liberté de parole du ministère public, *Gaz. Pal. v.* 20.10.2008, Nr. 355, S. 5.
- Nasom [-Tissandier], Hélène*: Recherche sur la notion juridique de profession, thèse Paris X 1999.
- Niemöller, Martin/Schuppert, Gunnar Folke*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, *AöR* (107) 1982, S. 387–497.
- Nierhaus, Michael*: Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? – Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG, *AöR* 116 (1991), S. 72–111.

- Nioré, Vincent*: Le secret profession de l'avocat: un chef d'œuvre en péril?, JCP G 2014, S. 1942–1943.
- Noack, Erwin*: Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung in der Fassung vom 21. Februar 1936, 2. Aufl. Leipzig 1937.
- Noto-Jaffeux, Nelly*: Le conflit d'intérêt chez les avocats, Paris 2014.
- dies.*: L'indépendance de l'avocat, Aix-en-Provence 2022 (zugleich thèse St. Étienne).
- Oehme, Hannes*: L'indépendance de l'audiovisuel public à l'égard des institutions publiques, Paris 2019 (zugleich thèse Toulouse 1/Freiburg im Breisgau).
- Oppermann, Thomas*: Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz, in: Vogel, Klaus/Tipke, Klaus (beide Hrsg.), Verfassung – Verwaltung – Finanzen, Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, S. 393–409, Köln 1972.
- Ordre des Avocats de Paris*: Code de Déontologie, Règlement Intérieur du Barreau de Paris (RIPB) et Textes complémentaires internes et européens, 10. Aufl. Paris 2021.
- Orif, Vincent*: La consécration de l'obligation de discrétion du défenseur syndical, Gaz. Pal. v. 25.7.2017, Nr. 299, S. 3.
- Ostler, Fritz*: Die Rechtsanwaltschaft heute und morgen, BayVBl. 1976, S. 193–201.
- ders.*: Zum Erfordernis der Verfassungstreue des Rechtsanwalts, BayVBl. 1978, S. 527–531.
- Papier, Hans-Jürgen*: Pressefreiheit zwischen Konzentration und technischer Entwicklung, Staat 18 (1979), S. 422–440.
- ders.*: Das anwaltliche Berufsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BRAK-Mitt. 2005, S. 50–55.
- Pausch, Alfons*: Die Geschichte der steuerberatenden Berufe im deutschen Kaiserreich von 1871 bis 1918, Stbg 1977, S. 179–184.
- ders.*: Die historische Dimension des steuerberatenden Berufes, StB 1984, S. 129–137.
- Pech, Laurent et al.*: Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 2012, S. 563–614.
- Pestke, Axel*: Der Rechtsanwalt in öffentlich-rechtlichen Verfahren: Verwaltungs-, Sozial- und Steuerrecht sowie Verfassungsrecht, Baden-Baden 1989.
- Pez, Thomas*: La „Loi Macron“ respecte-t-elle les libertés et droits fondamentaux, in: Marcou, Gérard/Blanc, François/Delion, André/Vidal, Laurent (alle Hrsg.), La réforme des professions réglementées. Actes du colloque du 26 octobre 2015, Paris 2017, S. 85–108.
- Pflüger, Frank*: Äußerungsfreiheit des Anwalts bei öffentlichkeitswirksamen Mandaten, AnwBl. 1999, S. 638–643.
- Philip, Loïc*: La décision sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981, RDP 1981, S. 651–685.
- Philip-Gay, Mathilde* (Hrsg.): Rapport final de recherche: La Laïcité dans la Justice, rapport 217.03.15.34, Lyon 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, Titel, in: La Laïcité dans la Justice, S.).
- Philippi, Klaus Jürgen*: Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971.
- Piau, Dominique*: Du (triple ...) régime du contrôle des avocats par la DGCCRF à un nécessaire droit commun de la protection du secret professionnel de l'avocat, Gaz. Pal. v. 14.2.2017, Nr. 7, S. 14.
- ders.*: Costume professionnel et principe d'égalité: nulle distinction ne saurait être admise, Gaz. Pal. v. 12.4.2022, Nr. 12, S. 21.
- Pieroth, Bodo/Trenkel, Christian*: Die Gesetzgebungsgeschichte von Singular- und Simultanzulassung, AnwBl. 1998, S. 240–244.
- Pimienta, Louis*: Le secret professionnel de l'avocat, Paris 1937 (zugleich thèse Paris).
- Pinat, Cathie-Sophie*: Le discours de l'avocat devant la Cour de Cassation. Étude de théorie de droit, thèse Montpellier 2015 (zitiert nach dem Manuskript).
- Pohlreich, Erol*: Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, Tübingen 2016.
- Pommerening, Júlia*: Der Rechtsanwalt in Portugal, Baden-Baden 2022.
- Ponthoreau, Marie-Claire*: Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), Paris 2010

- Pontier, Jean-Marie*: Les limites du pouvoir réglementaire du Conseil national des barreaux, AJDA 2015, S. 319–323.
- Pradel, Jean*: Les principes constitutionnels du procès pénal, Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 14, 2003.
- Prélot, Pierre-Henri*: Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880, RDP 2012, S. 464–485.
- Priet, François*: L'incompétence négative du législateur, RFDC 1994, S. 59–85.
- Prütting, Hans*: Die Unabhängigkeit als konstitutives Merkmal rechtsberatender Berufe, AnwBl. 2013, S. 683–687.
- ders.*: Anwalt und Gericht im Zusammenspiel seit 1850, AnwBl. 2018, S. 662–664.
- Puech-Coutouly, Lionel*: Droit et déontologie des professions libérales, Toulouse 2005 (zugleich thèse Toulouse 1).
- Quaas, Michael*: Der Senat für Anwaltssachen des BGH: eine – verfassungswidrige – Fehlkonstruktion, DVBl. 2016, S. 1228–1235.
- Raabe, Marius*: Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Baden-Baden 1998.
- Ramacioti, Suzel*: Laïcité et droit privé, Paris 2022 (zugleich thèse Paris II).
- Raschel, Evan*: Épilogue de l'affaire Morice: la consécration de la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire, D. 2017, S. 434–439.
- Redeker, Konrad*: Der Anwaltseid – unzulässig und überflüssig, DVBl. 1987, S. 200–203.
- ders.*: Freie Advokatur – heute, NJW 1987, S. 2610–2616.
- ders.*: Rechtsgespräch, NJW 2007, S. 343–344.
- Regourd, Serge*: Droit de la communication audiovisuelle, Paris 2001.
- ders.*: La loi du 5 mars 2009 et le nouveau service public de la télévision: une régénération controversée, Légipresse 2009, S. 29–35.
- Reifner, Udo*: Gewerkschaftliche Orientierung von Anwälten in Frankreich, Kritische Justiz 9 (1976), S. 258–270.
- ders.*: Die freie Advokatur und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1984, S. 1151–1155.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997.
- Remmert, Barbara*: Die verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtlichen Grundlagen des Übermaßverbotes, Heidelberg 1995.
- Rennert, Klaus*: Plädoyer für eine Berufungsgerichtsbarkeit für die verkammerten Berufe. 20 Thesen für eine Neuordnung der Berufungsgerichtsbarkeit, AnwBl. 2016, S. 533–534.
- Renoux, Thierry*: Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, Paris 1984 (zugleich thèse Aix-Marseille III).
- ders.*: Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français, in: Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome Premier, Brüssel 1992, S. 307–324.
- ders.*: Le statut des magistrats, garant de la démocratie, Les Petites Affiches v. 18.6.2003, Nr. 121, S. 4–12.
- ders.*: Les juges de proximité: du mythe à la réalité, RFDC 2003, S. 547–566.
- ders.*: L'autorité judiciaire, un service public?, Les Cahiers de la Justice 2017, S. 331–346.
- ders.*: Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs, D. 2018, S. 953–961.
- ders./de Villiers, Michel/Magnon, Xavier* (alle Hrsg.): Code Constitutionnel Ed. 2019, 10. Aufl. Paris 2020.
- Reuß, Herrmann*: Anm. zu BVerwG, Urt. v. 10.5.1955 – BVerwG I C 143/53, NJW 1955, S. 1535.

- Revet, Thierry/Laurent, Julien/Chaffois, Benoît/Boërio, Charles/Moya, Kévin*: Déontologie de la profession d'Avocat, 4. Aufl. Paris 2021.
- Ribeyre, Cédric*: Note: Conformité à la Constitution de l'obligation faite à l'avocat commis d'office de faire approuver par le président de la cour d'assises ses motifs de refus ou d'empêchement, JCP G 2018, S. 771.
- Rick, Markus B.*: Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwaltes, Bonn 1998.
- Ring, Gerhard*: Absolutes Verbot der Kundenakquise für französische Wirtschaftsprüfer europarechtswidrig, DStR 2011, S. 1635–1636.
- Rittner, Fritz*: Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962.
- Rivero, Jean*: La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in: René Cassin: Amicorium Discipulorumque Liber, Bd. 3, Paris 1971, S. 311–322.
- ders.*: Les „principes fondamentaux reconnus par les lois de la République“: une nouvelle catégorie constitutionnelle, D. 1972, chr. S. 265–268.
- ders.*: Note sous Conseil constitutionnel, décision du 23 juillet 1975, AJDA 1976, S. 44–47.
- ders.*: Note sous Conseil constitutionnel, décision du 23 novembre 1977, AJDA 1978, S. 565–569.
- ders.*: Libertés publiques, Tome 1, 9. Aufl. Paris 2003.
- Rixen, Stephan*: Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, Tübingen 2005.
- Robert, Jacques*: La liberté, in: Mitterand, François/Poher, Alain/Fabius, Laurent/Badinter, Robert/Long, Marceau/Drai, Pierre (alle Comité de patronage), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines et sa pérennité, Paris 1990, S. 161–170.
- Roblot-Troizier, Agnès*: La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Nr. 40, 2013.
- Röhl, Klaus F.*: Rechtssoziologie, Köln 1987.
- ders.*: Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick, Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), S. 1–34.
- Roller, Steffen*: Rechtsanwälte als Richter?, ZRP 2006, S. 1–3.
- Römermann, Volker*: Die anwaltliche Unabhängigkeit – Entmythologisierung eines Core Value, NJW 2019, S. 2986–2990.
- ders.*: BRAO-Reform 2021 im PraxiscHECK: Wie groß wird sie?, AnwBl. Online 2020, S. 588–618.
- ders.*: Anwaltliche Core Values: Eine Abrechnung, AnwBl. Online 2021, S. 297–312.
- ders.*: Rechtsdienstleistungsmarkt von morgen. Konsequenzen aus der Entschließung des Deutschen Bundestages vom 11. Juni 2021, in: Tölle, Antje G. I./Benedict, Jörg/Koch, Harald/Klawitter, Stephan/Paulus, Christoph G./Pretz, Friedrich (alle Hrsg.), Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen. Festschrift für Reinhard Singer zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, S. 561–576.
- Roser, Sebastian*: Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant am Beispiel des Steuerrechts, München 2021.
- Rossen [-Stadtfeld], Helge*: Freie Meinungsbildung durch Rundfunk, Baden-Baden 1988.
- Rousseau, Dominique*: L'article 28 – Un CSM sans tête et sans pouvoirs nouveaux, Les Petites Affiches v. 14.5.2008, Nr. 97, S. 80.
- ders.*: L'avocat, acteur constitutionnel, Gaz. Pal. v. 10.7.2018, Nr. 25, S. 3.
- ders./Gahdoun, Pierre-Yves/Bonnet, Julien*: Droit du contentieux constitutionnel, 12. Aufl. Issy-les-Moulineaux 2020.
- ders./Pavia, Marie-Luce/Dubut, Thomas*: Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Frankreichs, in: Iliopoulos-Strangas, Julia (Hrsg.), Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon: eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts, Baden-Baden 2010, S. 249–324.

- Roussel, Sophie/Nicolas, Charline*: Décider par le hasard est-ce décider au hasard?, AJDA 2018, S. 1212–1217.
- Ruck, Silke*: Rundfunkrechtliche Ausgestaltungs- und Schrankengesetze, AöR 117 (1992), S. 543–565.
- Rücker, Simone*: Rechtsberatung. Das Rechtsberatungswesen von 1919–1945 und die Entstehung des Rechtsberatungsmisbrauchsgesetzes von 1935, Tübingen 2007.
- Rückert, Joachim*: Die deutsche Nationalversammlung 1848/49 und die Advokaten, AnwBl. 2014, S. 982–990.
- Rudloff, Séverine*: Droits et libertés de l’avocat dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme, Brüssel 1995.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001.
- ders.*: Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), S. 197–239.
- Rüping, Hinrich*: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976.
- Rüpke, Giselher*: Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, München 1995.
- ders.*: Das Anwaltsgeheimnis auf dem Prüfstand des Strafrechts – ein quasi-datenschutzrechtliches Missverständnis zu § 203 StGB, NJW 2002, S. 2835–2838.
- ders.*: Datenschutz, Mandatsgeheimnis und anwaltliche Kommunikationsfreiheit, NJW 2008, S. 1121–1125.
- Rupp, Hans Heinrich*: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), S. 212–242.
- ders.*: Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL 27 (1969), S. 113–139.
- ders.*: Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), S. 161–201.
- ders.*: „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interpendenz“ der Grundrechte, JZ 2001, S. 271–277.
- Rusteberg, Benjamin*: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen 2009.
- ders.*: Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung, in: Vesting, Thomas/Korioth, Stephan/Augsberg, Ino (beide Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen 2014, S. 87–107.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. München 2022.
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz, 8. Aufl. München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG).
- Salzmann, Wolfgang*: Das besondere Rechtsverhältnis von Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Fribourg 1976.
- Salzwedel, Jürgen*: Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1963), S. 206–263.
- Sangi, Roya*: Impfpriorisierung der Anwaltschaft – Impfcode per beA?, Anwaltsblatt.de v. 14.4.2021, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/anwaltspraxis/impfpriorisierung-der-anwaltschaft-impfcode-per-bea>.
- Sauvé, Jean-Marc*: Le pouvoir normatif du Conseil national des barreaux au prisme de la jurisprudence du Conseil d’État, 25 ans du Conseil national des barreaux, Cercle des armées, 5.7.2017, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d’État, <https://www.conseil-État.fr/actualites/discours-et-interventions/le-pouvoir-normatif-du-conseil-national-des-barreaux-au-prisme-de-la-jurisprudence-du-conseil-d-État>.
- Savatier, Jean*: La profession libérale: étude juridique et pratique, Paris 1947 (zugleich thèse Poitiers.)
- Savy, Robert*: La constitution des juges, D. 1983, chr. S. 105–110.

- Schack, Haimo*: Waffengleichheit im Prozess, ZZZ 129 (2016), S. 393–416.
- Schautes, Dirk*: Anwaltliche Unabhängigkeit. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Berufsrechts, Köln 2005.
- Schellenberg, Martin*: Pluralismus: Zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien, AöR 119 (1994), S. 427–449.
- Scheuner, Ulrich*: Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DÖV 1956, S. 65–70.
- ders.*: Diskussionsbeitrag, Das Verwaltungsverfahren, Auszug aus der Aussprache, VVDStRL 17 (1959), S. 216–245.
- ders.*: Voraussetzungen und Form der Errichtung öffentlicher Körperschaften, in: Conrad, Herrmann/Jahrreiß, Herrmann/Mikat, Paul/Mosler, Herrmann/Nipperdey, Hans Carl/Salzwedel, Jörg (alle Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin 1967, S. 797–821.
- Schlink, Bernhard*: Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457–468.
- Schlosser, Peter*: Exotisches aus Frankreich – Zum Erscheinen der 4. Auflage von Raymond Martins Deontologie de l’Avocat, AnwBl. 2000, S. 679–681.
- ders.*: Anwaltsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, NJW 2002, S. 1376–1381.
- Schmidt, Thorsten Ingo*: Grundpflichten, Baden-Baden 1999.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Verfahrensfehler als Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG, DÖV 1987, S. 1029–1037.
- Schmitt Glaeser, Walter*: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Schluß), AöR 97 (1972), S. 276–298.
- Schmitt, Carl*: Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, Tübingen 1950.
- Schmitter, Georges*: L’incompétence négative du législateur et les autorités administratives, Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1989, S. 137–176.
- Schmitt-Leonardy, Charlotte*: Justizkritik durch Anwälte: Zwischen Meinungsfreiheit und Pönalisierung, AnwBl. 2016, S. 528–532.
- Schmitz, Julia*: La théorie de l’institution du doyen Maurice Hauriou, Paris 2013 (zugleich thèse Toulouse 1).
- Schneider, Rolf*: Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter* (beide Hrsg.): Verwaltungsrecht, VwGO und VwVfG, Stand: 41. ErgLfg. (VwGO) und 1. ErgLfg. (VwVfG) München Juli und August 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider, VerwR).
- Scholz, Rupert*: Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971.
- ders.*: Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Teil 1, AöR 100 (1975), S. 80–130.
- ders.*: Rezension zu Häberle, Peter, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, AöR 110 (1985), S. 127–134.
- Schönberger, Christoph*: État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl, in: Jouanjan, Olivier (Hrsg.), Figures de l’État de droit. Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne, Strasbourg 2001, S. 177–191.
- ders.*: Rechtsberatungsgesetz und Berufsfreiheit, NJW 2003, S. 249–256.
- ders.*: Der „German Approach“, in: *ders.* (Hrsg.), Der „German Approach“ – Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, Tübingen 2015, S. 1–54.
- Schrameck, Olivier*: Quelques observations sur le principe du contradictoire, in: L’État de droit, Mélanges en l’honneur de Guy Braibant, Paris 1996, S. 473–487.
- Schulte-Kellinghaus, Thomas*: Die Ressourcengarantie für die Dritte Gewalt. Verfassungsrechtliche Forderungen zur Gewährleistung einer unabhängigen Rechtsprechung, ZRP 2006, S. 169–172.

- Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan* (alle Hrsg.): Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. Baden-Baden 2020, S. 1867–1898 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: HdB EuR).
- Schwabe, Jürgen*: Die Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
- Scillato de Ribalsky, Luca*: L'avocat face à la justice du 21^e siècle, thèse Aix-Marseille III 2020.
- Sénac, Charles-Édouard*: Y a-t-il encore place pour la découverte de nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République?, Titre VII, Nr. 8, 2022, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/y-a-t-il-encore-place-pour-la-decouverte-de-nouveaux-principes-fondamentaux-reconnus-par-les-lois-de>.
- Sériaux, Alain*: Tenues vestimentaires dans l'espace judiciaire: quelle place pour la liberté religieuse, D. 2022, S. 1165–1170.
- Sicard, Frédéric/de La Ferté-Sénectère, Aymard*: De l'indépendance de l'avocat en droit constitutionnel français, JCP G 2015, S. 1834–1839.
- Siegrist, Hannes*: Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz (18.–20. Jahrhundert), Erster Halbband, Frankfurt/Main 1996.
- Simon, Dieter*: Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975.
- Singer, Reinhard*: Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014 für das Berufsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater, DStR-Beih 2015, S. 11–19.
- ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, DStR 2016, S. 991–992.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 9.7.2020 – IX ZR 289/19, JZ 2021, S. 205–209.
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatsbestimmungen, Tübingen 1997.
- ders.*: Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaates: Europäisierung und Internationalisierung eines staatsrechtlichen Leitbegriffes, in: Magiera, Siegfried/Sommermann, Karl-Peter (beide Hrsg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa. Forschungssymposium anlässlich der Emeritierung von Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. rer. pol. Detlef Merten, Berlin 2007, S. 75–89.
- Spielmann, Dean*: Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Pourquoi Antigone?, Liber amicorum Edouard Jakhian, Brüssel 2010, S. 439–461.
- Sponchiado, Lucie*: De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe, RFDC 2013, S. 951–974.
- Staben, Julian*: Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, Tübingen 2016.
- Starck, Christian*: Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1987, S. 237–246.
- ders.*: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021–1030.
- ders.*: Die Rechtswissenschaft in der Zukunft, in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (alle Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 567–583.
- Starke, Christian Paul*: Verbraucherschutz und Grundgesetz, Tübingen 2021.
- Steinbach, Armin*: Gesetzgebung und Empirie, Staat 54 (2015), S. 267–289.
- ders.*: Rationale Gesetzgebung, Tübingen 2017.
- Steinke, Ronen*: Pflichtverteidiger für alle!, DRiZ 2021, S. 326.
- ders.*: Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich: die neue Klassenjustiz, Berlin 2022.
- Stephan, Frederic*: Was bleibt vom Recht der freien Berufe übrig? – Die EU-Verhältnismäßigkeitsrichtlinie und ihre Auswirkungen, DVBl. 2022, S. 820–829.
- Stern, Klaus*: Anwaltschaft und Verfassung, München 1980.

- ders.*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Band 3, 1. Halbband, München 1984 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: StR III/1).
- ders.*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Die einzelnen Grundrechte, Band 4, 1. Halbband, München 1984 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: StR IV/I).
- ders.*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Band 3, 2. Halbband, München 1994 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: StR III/2).
- ders.*: Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, S. 241–249.
- ders./Becker, Florian* (beide Hrsg.): Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes in ihren europäischen Bezügen, 3. Aufl. Köln 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stern/Becker).
- Stober, Rolf*: Die Berufsfreiheit der freien Berufe, NJW 1981, S. 1529–1534.
- ders.*: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NVwZ 1982, S. 473–479.
- Stolleis, Michael*: Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.
- Stone, Adrienne/Schauer, Frederick* (beide Hrsg.): The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, Beitragstitel, in: Oxford HdB Freedom of Speech).
- Stürner, Rolf*: Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, JZ 1986, S. 1089–1095.
- ders.*: Rechtspflege durch unabhängige Organe oder Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtspflege, JZ 2017, S. 905–918.
- ders./Bormann, Jens*: Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe? Kritische Gedanken zur Deregulierung des Berufsrechts und zur Aushöhlung anwaltlicher Unabhängigkeit, NJW 2004, S. 1481–1492.
- Sue, Ingrid*: Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts, Göttingen 1986.
- Sur, Bernard/Sur, Olivier*: Une Histoire des avocats en France, 2. Aufl. Paris 2014.
- Sutter, Gérald*: Utilité et limites des objectifs de valeur constitutionnelle sur le plan contentieux, Titre VII, Nr. 8, 2022, abrufbar unter: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/utilite-et-limites-des-objectifs-de-valeur-constitutionnelle-sur-le-plan-contentieux>.
- Taillefait, Antony*: Droit de la fonction publique, 8. Aufl. Paris 2018.
- Taupitz, Jochen*: Die Standesordnung der Freien Berufe, Berlin, New York 1991.
- ders.*: Anwaltsrecht und Anwaltsethik – komplementär und dennoch defizitär? Wie Ethik, Recht und Ethik-Kodex zusammenhängen und was die Anwaltschaft von den Ärzten lernen kann, AnwBl. 2015, S. 734–738.
- Teboul, Gérard*: Usages et coutume dans la jurisprudence administrative, Paris 1998.
- Tettinger, Peter J.*: Anmerkung zu BVerfG, 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80. Zur Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (GG Art. 12 Abs. 1; BRAO § 7 Nr. 6), JZ 1983, S. 605–606.
- ders.*: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), S. 92–133.
- ders.*: Fairneß und Waffengleichheit, München 1984.
- ders.*: Berufsgrundrechtliche Aspekte des Wettbewerbs in den Freien Berufen, BRAK-Mitt. 1986, S. 54–61.
- Théron, Julien*: Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification, D. 2010, S. 2246.
- Timbal, Clément/Castaldo, André/Mausen, Yves*: Histoire des institutions publiques et faix sociaux, 12. Aufl. Paris 2009.

- Touzeil-Divina, Mathieu*: La constitutionnalité de la LRU n'implique pas nécessairement le respect de l'indépendance des universitaires, *Gaz. Pal.* v. 9.9.2010, Nr. 252, S. 14.
- ders.*: La réinvention napoléonienne des costumes juridiques, in: Lentz, Thierry (Hrsg.), *Napoléon et le droit. Droit et justice sous le Consulat et l'Empire*, Paris 2017, S. 169–182.
- ders.*: Et si l'université entraine – vraiment – dans la Constitution?, *Les Petites Affiches* v. 30.12.2020, Nr. 261, S. 6.
- Tremeau, Jérôme*: La réserve de loi. Compétence législative et Constitution, Paris 1997 (zugleich thèse Aix-Marseille III).
- Triepel, Heinrich*: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, Band 2, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1911, Aalen 1974, S. 1–85.
- Troper, Michel*: L'interprétation de la déclaration des droits. L'exemple de l'article 16, *Droits* 8 (1989), S. 111–122.
- ders.*: Le concept d'État de droit, *Droits* 15 (1992), S. 51–63.
- Truchet, Didier*: Vers un droit commun de la communication, *RFDA* 1987, S. 347–355.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, Tübingen 1994.
- Tschentscher, Axel*: Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- ders.*: Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *JZ* 2007, S. 807–816.
- Tusseau, Guillaume*: Les normes d'habilitation, Paris 2006 (zugleich thèse Paris X).
- ders.*: Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel – Jurisprudence étrangère, *RFDA* 2020, S. 1147–1170.
- Uwer, Dirk*: Das Anwaltsgeheimnis im außer-berufsrechtlichen Regulierungszugriff, *AnwBl.* Online 2019, S. 327–332.
- ders.*: Das Lobbyregistergesetz und die Anwaltschaft: ein legislatives Missverständnis, *AnwBl.* 2021, S. 600–604.
- ders.*: Digitalisierung und Zugang zum Recht. Die Bundesrechtsanwaltskammer und das Dilemma der Selbstreferenzialität, *ZdW* 2021, S. 157–162.
- ders./van Ermingen-Marbach, Ralf*: Bundesverfassungsgericht: Kein Vertraulichkeitsschutz für interne Untersuchungen? Die „Jones Day“-Entscheidungen des BVerfG und ihre Bedeutung für alle Anwältinnen und Anwälte, *AnwBl.* 2018, S. 470–474.
- Vedel, Georges*: Observations sous Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, Préfet de Guyanne, Conseil d'État, Ass., 17 avril 1953, *Falco et Vidailiac, JCP G II*, 1953, Nr. 7598.
- Vidal-Naquet, Ariane*: Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Paris 2007 (zugleich thèse Paris I).
- dies.*: L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nr. 46, 2015, S. 7–20.
- Villacèque, Jean*: Avocat tête nue ou couverte, *Gaz. Pal.* v. 6.10.2020, Nr. 34, S. 41
- Vincent, François*: De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, *AJDA* 1965, S. 564–576.
- Volkman, Uwe*: Veränderung der Grundrechtsdogmatik, *JZ* 2005, S. 261–271.
- Vollkommer, Max*: Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, Köln 1984.
- Vofßkuhle, Andreas*: Rechtsschutz gegen den Richter, München 1993.
- ders.*: Das „Produkt“ der Justiz, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Schütz, Carsten (beide Hrsg.), *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Die Verwaltung Beiheft 5, Berlin 2002, S. 34–52.
- ders./Sydow, Gernot*: Die demokratische Legitimation des Richters, *JZ* 2002, S. 673–682.
- Wachsmann, Patrick*: Note sous Conseil Constitutionnel, décision Nr. 86-217 DC du 18 septembre 1986, *AJDA* 1987, S. 111–114.

- ders.*: De la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général, AJDA 1991, S. 382–388.
- ders.*: L'image de la profession d'avocat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Mélanges en hommages à Louis Edmond Pettiti, Brüssel 1998, S. 761–785.
- ders.*: Les droits fondamentaux, sans le vouloir, ni le savoir, in: Mathieu, Bertrand (Hrsg.), 1958–2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris 2008, S. 563–569.
- ders.*: Libertés publiques, 9. Aufl. Paris 2021.
- ders.*: L'exigence d'exemplarité des élus locaux: le point de vue d'un déontologue, JP, Nr. 28, 2022, S. 119–132.
- Wahl, Rainer*: Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401–409.
- ders.*: Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem, Freiburger Universitätsblätter, Heft 95, 26. Jahrgang, 1987, S. 19–35.
- ders./Masing, Johannes*: Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553–563.
- Wais, Hannes*: Anwaltliche Prozessfinanzierung unter dem Einfluss der Digitalisierung, JZ 2022, S. 404–413.
- Wasilewski, Rainer*: Streitverhütung durch Rechtsanwälte, Köln 1990.
- Weißler, Adolf*: Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905.
- Weitzel, Albert/de Salvia, Michel*: L'avocat et la Convention européenne des droits de l'homme, in: Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome Troisième, Brüssel 1992, S. 1445–1462.
- Wendel, Luisa*: Welche Grundrechte führen zum Erfolg?, JZ 2022, S. 668–679.
- Wendt, Rudolf*: Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AÖR 104 (1979), S. 414–474.
- Wieland, Felix*: Französisches Rechtsleben, DJZ 1906, S. 1173–1180.
- Wieland, Joachim*: Die Freiheit des Rundfunks. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG, Berlin 1984.
- Wimmer, Raimund*: Wer gibt das neue anwaltliche Berufsrecht? – Zur Kompetenzverteilung zwischen Gesetz- und Satzungsgeber, NJW 1989, S. 1772–1776.
- Winkler, Christian*: Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, Berlin 2014.
- Wittreck, Fabian*: Anwälte als Richter über Richter. Anmerkungen zur jüngsten Novellierung des Richtergesetzes und der Neubesetzung der Richterdienstgerichte, NJW 2004, S. 3011–3015.
- ders.*: Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- ders.*: Empfehlen sich Regelungen zur Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?, NJW-Beil. 2022, S. 60–62.
- Wolf, Christian*: Maltez v. Lewis – ein Lehrstück für den deutschen Anwaltsmarkt, in: Bachmann, Birgit/Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar/Heß, Burkhard/Nelle, Andreas/Wolf, Christian (alle Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 1121–1139.
- ders.*: Freiheit des Rechtsanwalts – Grundrecht des rechtlichen Gehörs, in: Hufen, Friedhelm (Hrsg.), Verfassungen. Zwischen Recht und Politik, Festschrift Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 414–428.
- ders.*: Zugang zum Recht durch Liberalisierung des Berufsrechts bei Erfolgshonorar und Fremdkapital, BRAK-Mitt. 2020, S. 250–258.
- Wolf, Kerstin*: Anwaltliche Werbung, Baden-Baden 2011.
- Wolf, Manfred*: Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren, ZZZ 99 (1986), S. 361–406.

- Wolff, Hans J./Bachof, Otto* (beide Begr.)/*Stober, Rolf/Kluth, Winfried*: Verwaltungsrecht II, München 2010.
- Zuck, Rüdiger*: Verfassungsrechtliche Vorfragen anwaltlicher Selbstdarstellung, in: 25 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer. Eine Schrift zum 1.10.1984, München 1984, S. 85–98.
- ders.*: Die notwendige Reform des anwaltlichen Berufs- und Standesrechts, NJW 1988, S. 175–181.
- ders.*: Berufsrecht und Berufsmoral, JZ 1989, S. 353–357.
- ders.*: Postulationsfähigkeit und Anwaltszwang, JZ 1993, S. 500–508.
- ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, JZ 2007, S. 684–686.
- ders.*: Die Reduktion des Schutzgehaltes der Grundrechte durch den Ersten Senat. Erörtert anhand der Entscheidung zur RVG-Streitwertbegrenzung, JZ 2008, S. 287–295.
- ders.*: Organ der Rechtspflege – ein anwaltlicher Zuruf, NJW 2013, S. 1582–1583.
- ders.*: Das verfassungsrechtliche Fundament der prozessualen Waffengleichheit, EuGRZ 2020, S. 1–10.
- Zweigert, Konrad*: Der Jurist in Frankreich und Deutschland, in: Ferid, Murad (Hrsg.), Festschrift für Hans G. Ficker, Frankfurt/Main, Berlin 1967, S. 498–507.
- ders.*: Zur inneren Unabhängigkeit des Richters, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (beide Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 711–723.

Sachverzeichnis

- Anwaltliche Berufsfreiheit, *siehe* Berufsfreiheit
- Anwaltliche Meinungsfreiheit, *siehe* Meinungsfreiheit
- Anwaltlicher Beistand, *siehe* contradictoire, droits de la défense, Effektiver Rechtsschutz, Recht auf ein faires Verfahren, Rechtliches Gehör, Waffengleichheit
- Anwaltliche Selbstverwaltung, *siehe* Ordre
 - Anwaltsgerichtsbarkeit 452
 - Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) 428
 - Grundrechtsfähigkeit 400
 - Informationshandeln 402
 - Interessenvertretung 402, 451
 - Verfassungsmäßigkeit 450
 - Vergleich mit dem Ordre 322
- Anwaltliche Unabhängigkeit 71, 245, 292
 - Begriff 71
 - Berufsfreiheit 113, 149, 160
 - Definitionskompetenz 383
 - dienende Freiheit 375, 381
 - Gesellschaftsunabhängigkeit 84
 - Gewährleistungsinhalt 160
 - Grundrechtsausgestaltung 439
 - Institutionelle Garantie 30
 - institutionelle Unabhängigkeit in Frankreich 183, 315
 - Mandantenunabhängigkeit 81, 366
 - Meinungsfreiheit 207
 - persönliche Unabhängigkeit 72
 - sachliche Unabhängigkeit 72
 - Schutzpflicht 392, 394
 - Staatsunabhängigkeit 72
- Ausgestaltung, *siehe* Grundrechtsausgestaltung
- Avocat 4, 40
 - Funktion, *siehe* Rechtsprechung
 - Monopol 5
 - soziale Funktion 231
 - Status 286, 336
- Avoué 5, 40, 48, 87, 189, 259
- Badinter, Robert 60, 74, 80, 333
- Barreau, *siehe* Ordre
- Bastille-Entscheidungen 16, 416
- Bâtonnier, *siehe* Ordre
- Berufsbild 67, 442
- Berufsfreiheit
 - Abschreckungseffekte 343
 - Abwehrrecht 33
 - anwaltliche Berufsfreiheit 32, 349
 - Anwendbarkeit 149
 - Ausgestaltung 370, 410
 - Ausgestaltung der anwaltlichen Berufsfreiheit 406, 437
 - Berufsgeheimnis 171
 - Berufspflicht 423
 - Bestimmtheitsgebot 432
 - Bezug zum rechtlichen Gehör 362, 371, 373
 - Definitionskompetenz 383
 - dienende Freiheit 370, 375
 - Doppelcharakter 348
 - Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 428
 - Erfolgshonorar 365
 - Folgerichtigkeit 433
 - Fremdnützigkeit 362, 364, 370, 376, 439
 - Gewährleistungsinhalt 158
 - gewährleistungsspezifische Vorgaben 438
 - Grundrechtseingriff 424
 - Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen 395
 - Indienstnahme 156
 - institutionelle Grundrechtstheorie 342
 - Konkurrenzschutz 441
 - Leistungsansprüche 386

- Leistungspflicht 388
- Organ der Rechtspflege 150, 441
- Privilegien und Pflichten 377
- Rechtsprechung des BVerfG 361
- Reichweite einer dienenden Freiheit 370
- Sachbereichsgarantie 438
- Schutzanspruch 387
- Schutzpflicht 391
- staatlich gebundener Beruf 152
- Verfassungserwartung 376
- Vertragsfreiheit 412
- Berufsgeheimnis
 - Berufsfreiheit 171, 423
 - Gewährleistungsinhalt 174
 - Schutzdimensionen 170
- Berufspflicht 168, 291
 - disziplinarischer Überhang (Frankreich) 293
 - Fortbildungspflicht 169, 436
 - Frankreich 286
 - Grundrechtseingriff 167
 - Interessenwahrungspflicht 176
 - Verschwiegenheit, *siehe* Berufsgeheimnis
- Berufsrecht
 - déontologie 11
 - Ethik 19
 - Parlamentsgesetz 14
 - Satzung 15
 - Wechselseitiger deutsch-französischer Einfluss 40
- Berufsständische Selbstverwaltung, *siehe* Anwaltliche Selbstverwaltung
- bonne administration de la justice 76, 143, 189, 232, 244, 272, 273, 464
- Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), *siehe* Anwaltliche Selbstverwaltung
- Conseil des barreaux européens (CCBE) 45, 172
- Conseil national des barreaux (CNB) 18, 335
- contradictoire, *siehe* Rechtliches Gehör
 - Abgrenzung zu den droits de la défense 142
 - Anwaltlicher Beistand 143
 - Obliegenheit 141
- DDHC 61
- Ausführung durch den Gesetzgeber 62
- Einfluss in Deutschland 61
- Funktionsgrundrechte 219
- Grundrechtsbindung des Gesetzgebers 62
- objektive Tradition 213
- soziale Funktion der Grundrechte 218
- Subjektivismus 214
- théorie de l'institution 216
- Défenseur des Droits 441
- déontologie, *siehe* Berufsrecht
- Deutscher Anwaltsverein (DAV) 58, 110, 428
- dienende Freiheit
 - Abgrenzung zum staatlich gebundenen Beruf 376
 - Amtsstatus 353
 - Begriff 33, 337
 - Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) 358
 - Forschungsfreiheit 353
 - institutionelle Grundrechtstheorie 341
 - Interessenwahrungspflicht 358, 381
 - Kunstfreiheit 356
 - Lehrfreiheit 355
 - Leistungsansprüche 386
 - Meinungsfreiheit 204
 - Privilegien und Pflichten 352
 - Rechtsanwalt 33, 155, 358, 361, 370, 373, 375, 377, 403
 - Richterliche Unabhängigkeit 111
 - Rundfunkfreiheit 33, 350
 - Werberecht 464
 - Wissenschaftsfreiheit 33
- droits de la défense 124
 - Abgrenzung 125
 - Anwaltlicher Beistand 126
 - Anwendungsbereich 124
 - Einfluss der EMRK 128
 - Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel 127
 - Rechtsprechung des Conseil d'État 126
- Effektiver Rechtsschutz 120
 - Rechtswahrnehmungsgleichheit 122
 - Vorfeldschutz 121
- EGMR 9, 128, 142, 198, 204, 207, 210, 244, 303, 453, 462, 464, 468
- Eid 78

- EMRK 8, 37, 138, 142, 198, 206, 242, 294, 303
- Erfolgshonorar 365, 389
- Beschränkungen 365
 - Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 428
- État de droit, *siehe* Rechtsstaatsprinzip
- EuGH 8, 45, 181, 303, 468
- Fortbildungspflicht, *siehe* Berufspflicht
- Freiberuflichkeit
- Begriff 68
 - Berufsfreiheit 70
 - Eid 79
 - liberté d’entreprendre 180
 - Organ der Rechtspflege 87
 - reglementierte Profession 69
- Freie Advokatur 439
- Geschichte 58
 - Gewährleistungsinhalt 166
 - objektiv-rechtliche Bedeutung 349
 - Wert 349
- funktionale Grundrechtstheorie 344
- anwaltliche Berufsfreiheit 345
- Funktionsgrundrecht, *siehe* dienende Freiheit
- Funktionstüchtige Strafrechtspflege 117, 304
- Gesellschaftsrecht, *siehe* Organisationsfreiheit
- Gesetzgeberische Zuständigkeit (Frankreich) 254
- Pflicht zur Rechtsetzung (incompétence négative) 257
 - Rechtendienstleistungsrecht 259
 - Rechtsetzung der berufsständischen Selbstverwaltung 258
- Gewährleistungsinhalt, *siehe* Berufsfreiheit
- Berufsfreiheit des Rechtsanwalts 162
 - Berufsgeheimnis 174
 - beschränkte Vertragsfreiheit 166
 - Entwicklung 158
 - Freie Advokatur 165, 168
 - Rechtsprechung 161
- Gewährleistungsverantwortung 389
- Gneist, Rudolf [v.], *siehe* Freie Advokatur
- GRCh, *siehe* Unionsrecht
- Grundpflicht 34, 172, 352
- Grundrechtsausgestaltung 370
- Abgrenzung zum Grundrechtseingriff 419
 - Angemessenheit 436
 - anwaltliche Berufsfreiheit 406
 - anwaltliche Selbstverwaltung 419
 - Berufsbild 442
 - Bestimmtheitsgebot 432
 - Bezugspunkt 406
 - dienende Freiheit 439
 - Einrichtungsgarantie 446
 - Einschätzungsprärogative 427
 - Erforderlichkeit 435
 - Folgerichtigkeit 433
 - Gesellschaftsrecht 419
 - Gesetzgeberisches Ermessen 425
 - Grundrechtsvorbehalt 431
 - Justizgrundrechte 417
 - Kategorien der Ausgestaltungsbedürftigkeit 407
 - Konkretisierung 409
 - Konstituierung 407
 - Konturierung 408
 - Optimierungsgebot 440
 - Organisationsvorschriften 450
 - Rechtsschutzsystem 415
 - Regelungsvorbehalt 411
 - Rundfunkfreiheit 406
 - Sicherheitspflicht 415
 - Übermaßverbot 435
 - Vertragsfreiheit 412
- Grundrechtsausgestaltung (Frankreich)
- Gesetzgeberische Zuständigkeit 254
- Grundrechtseingriff (Frankreich)
- Abgrenzung zur Ausgestaltung 252
- Grundrechtstheorie 337
- Doppelcharakter der Grundrechte 347
 - funktionale Grundrechtstheorie 344
 - institutionelle Grundrechtstheorie 338
 - verfassungsmäßige Grundrechtstheorie 345
- Hauriou, Maurice 214, 218, 226, 232, 320, 321, 338
- Horizontale Grundrechtswirkung (Frankreich) 275
- Avocat 277
 - Grundlagen 276

- Indemnität 205
- Indienstnahme, *siehe* Berufsfreiheit; *siehe* Pflichtverteidigung
- Inkassodienstleistung 360
- Insolvenzverwalter 87, 175, 185, 374, 387
- institutionelle Garantie 338, 381, 446, 448
- institutionelle Grundrechtstheorie 338
 - Abschreckungseffekte 343
 - anwaltliche Berufsfreiheit 342
 - dienende Freiheit 341
 - Einfluss 338
 - Konsequenzen 338
 - Kritik 339
- Institutsgarantie 111, 338, 412, 446
- Interessenwahrungspflicht 21, 95, 174
 - dienende Freiheit 176, 358, 381
 - Konflikt mit der Mandantenunabhängigkeit 81, 385

- Kappungsgrenze 163, 343
- Kunstfreiheit 356
 - Abwehrrecht 357
 - dienende Freiheit 357

- Lehrfreiheit
 - Abwehrrecht 355
 - dienende Freiheit 355
 - Sachbereichsgarantie 356
- Leistungsansprüche 386
 - derivative 386
 - Vergütung des Rechtsanwalts 386
- Leistungspflicht, *siehe* Berufsfreiheit
 - Beziehung zum Werberecht 389
 - Maßstab 389
 - Resubjektivierung 390
 - Vergütung des Rechtsanwalts 388
- liberté de la communication audiovisuelle, *siehe* Rundfunkfreiheit
 - Ausgestaltung 221
 - DDHC 220
 - Fremdnützigkeit 224
 - soziale Funktion 222
- liberté d’entreprendre 31, 177
 - Abstimmung mit den Justizgrundrechten 269
 - Abstimmung mit der bonne administration de la justice 271
 - anwaltliches Grundrecht 182
 - Ausgestaltungsbedürftigkeit 262
 - Ausgestaltungsmaßstäbe für die anwaltliche Freiheit 273
 - Ausschluss aus der Anwaltschaft (radiation) 192
 - Ausschluss der Anwendbarkeit des Art. 6 DDHC 181
 - Berufsausübung als angestellter Anwalt 190
 - Berufszugang (Zulassung zur Anwaltschaft) 184
 - Eingriff in die anwaltliche Freiheit 272
 - Funktionsgrundrecht 233
 - Gesetzesabhängigkeit des Grundrechts 195
 - Grundrechtsbindung des Gesetzgebers 178
 - Grundrechtsförderung 267
 - grundrechtskonforme Auslegung 191, 192
 - Historie, Entwicklung und Verankerung 177
 - Honorarvereinbarung 190
 - liberté publique 195
 - Niederlassungsfreiheit 181
 - Notar 180
 - Ordre 314
 - Pflichtverteidigung 186
 - Postulationsbeschränkungen 187
 - Rückschrittsverbot (effet cliquet) 265
 - secret professionnel, *siehe* secret professionnel
 - Strafbarkeit des Anwalts 191
 - tatsächliche Bedeutung 182
 - Verhältnismäßigkeit einer Grundrechtsförderung 268
 - Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes 268
 - Verhältnis zur liberté de commerce et de l’industrie 178
 - Zweitberufsfreiheit 185
- liberté publique 127
 - anwaltliche Freiheit 195
 - Kategorie 29
 - liberté de la communication audiovisuelle 226
 - Verfassungsrang 30
- LobbyRG 432

- Mandantenschutz 423

- Meinungsfreiheit
- Abgrenzung zur Berufsfreiheit 198
 - dienende Freiheit 204, 205
 - gegenüber dem Gericht 202
 - Indemnität durch einfaches Gesetz (Frankreich) 205
 - Kollegialität 209
 - Medienäußerungen von Rechtsanwälten 210
 - Sachlichkeit 200
 - Schutzergänzung 204
- Meldepflichten 46, 424
- Notar, *siehe* Staatlich gebundener Beruf
- Anwaltsnotar 152
 - droit de présentation 180
 - Freiberuflichkeit 70, 180
 - liberté d’entreprendre 180
 - vorbeugende Rechtspflege, *siehe* Organ der Rechtspflege
- öffentliche Aufgabe 34, 92, 155, 337, 380
- Ordre, *siehe* Anwaltliche Selbstverwaltung; *siehe* déontologie
- Anwaltsgerichtsbarkeit 330
 - Bâtonnier 231, 331
 - Beseitigung 53
 - Funktion 232, 316
 - Genossenschaftsprinzip 321
 - Geschichte 50
 - Unabhängigkeit 106, 183, 315
 - Verfassungsrechtliche Verankerung 323
 - Vergleich mit der Rechtsanwaltskammer 322
- Organ der Rechtspflege 23
- Begriff 85
 - Geschichte 88
 - Verfassung 90, 363, 441
 - vorbeugende Rechtspflege 371
- Organisationsfreiheit 31
- Ausgestaltung 271, 419
 - Einschätzungsprärogative 429
 - Grundrecht 31
 - Schutzpflicht 392
 - Unabhängigkeit 84
- OVC 222, 223, 305, 311
- Parlamentsvorbehalt 431
- Patentanwalt 443
- Pflichtverteidigung
- Indienstnahme 156
 - Unabhängigkeit vom Staat 75
- PFRLR 31, 229, 255, 308
- Voraussetzungen 308
- Pressefreiheit 348
- Privileg 30, 33, 93, 105, 112, 114, 219, 352, 357, 381
- Prozessfinanzierung 389
- Quersubventionierung 440
- RDG 7, 21, 341, 385, 433
- Recht auf ein faires Verfahren 131
- Ableitung 131
 - Anwaltlicher Beistand 131
 - Anwendungsbereich 132
- Rechtliches Gehör
- Anwaltlicher Beistand 134, 137
 - Constitution du 26 juin 1793 133
 - Doppelcharakter 134
 - Entstehenssicherung 372
 - Entstehungsgeschichte 9, 138
 - Rechtsgespräch 135, 136
 - Teilgewährleistungen 134
- Rechtsanwalt, *siehe* Berufsbild
- Funktion, *siehe* Rechtsprechung
 - Monopol 5
 - Status 286
- Rechtsanwaltskammer (RAK), *siehe* Anwaltliche Selbstverwaltung
- Rechtsgespräch, *siehe* Rechtliches Gehör
- Rechtsprechung, *siehe* Organ der Rechtspflege
- Akzeptanz durch anwaltliche Mitwirkung 26
 - Legitimation durch anwaltliche Mitwirkung 27
 - Mitwirkung des Rechtsanwalts 21, 22, 24
 - vorbeugende Rechtspflege 22
- Rechtsstaatsprinzip 114
- État de droit 115
 - Funktionstüchtige Strafrechtspflege 117
 - Institutionalisierung der Rechtsanwaltschaft 114
- Rechtswahrnehmungsgleichheit, *siehe* Effektiver Rechtsschutz

- Richterliche Unabhängigkeit 103, 353
 - Funktionsprivileg 105, 111
 - Gesellschaftsunabhängigkeit 109
 - Institutsgarantie 111
 - Paralle zur anwaltlichen Unabhängigkeit 112
 - persönliche Unabhängigkeit 105
 - sachliche Unabhängigkeit 104
 - Staatsunabhängigkeit 107
- Robe 236, 237, 238, 239, 242, 244
- Rundfunkfreiheit 348, 350, 438
 - Abwehrrecht 351
 - Ausgestaltung 351, 406
 - Doppelcharakter 351
 - Informationsfreiheit 351
 - Verfassungsvergleich 227
- Schutzanspruch 387
- Schutzpflicht 392
- secret professionnel, *siehe* Berufsgeheimnis
 - droit au recours 313
 - droits de la défense 300
 - Entwicklung 297
 - Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Vertraulichkeit der Korrespondenz 303
 - liberté d’entreprendre 313
 - PFRLR 308
 - Verfassungsrecht 300, 304, 307
- Selbstverwaltung, *siehe* Anwaltliche Selbstverwaltung
- Singularzulassung beim BGH in Zivilsachen 22, 387
 - Wahlausschuss 449
- Staatlich gebundener Beruf, *siehe* Berufsfreiheit; *siehe* Organ der Rechtspflege; *siehe* dienende Freiheit
 - Begriff 152
 - Rechtsanwalt 153
 - Status 286
 - Steuerberater 92, 150, 391, 443
- théorie de l’institution 214
- Übermaßverbot 435
 - Angemessenheit 436
 - Erforderlichkeit 435
 - Geeignetheit 435
- Umgehungsverbot 360
- Unabhängigkeit, *siehe* Richterliche Unabhängigkeit; *siehe* Anwaltliche Unabhängigkeit
- Unionsrecht 45
 - GRCh 8, 303
- Verbraucherschutzrecht, *siehe* Unionsrecht
- Verfassungserwartung 35, 354, 376
- Vergütungsvereinbarung 368, 389, 414
- Verhältnismäßigkeitsprinzip, *siehe* Übermaßverbot
- Vertragsfreiheit 371, 412
 - Ausgestaltung 412
 - Privatautonomie 413
- Waffengleichheit 144, 368
 - Anwaltlicher Beistand 145
- Werberecht 453
 - Begrenzungen 461
 - dienende Freiheit 464
 - Funktion 459
 - Meinungsfreiheit 455
 - Sachlichkeit 460
- Wissenschaftsfreiheit 353
 - Lehrfreiheit 355
 - Verfassungserwartung 354