

Kritische Analyse der anwaltlichen Werberestriktion in der Schweiz

unter Berücksichtigung der Regulierung in Deutschland,
England und den USA



FS 2014

betreut durch:

Prof. Dr. Andreas Kellerhals

im Umfang von 24 ECTS

eingereicht von:

Michalis Koumbarakis

████████████████████

████████████████████

████████████████████

██

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis **IV**

Abkürzungsverzeichnis **XIV**

I. Einleitung **1**

- 1. Ziel der Arbeit 1
- 2. Bedeutung der Werbung in der Wirtschaft 2
- 3. Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit 2
 - a) Vom Diener des Rechts zum Marktteilnehmer 2
 - b) Der Begriff Freiberufler und seine normative Qualität 4
 - c) Entwicklungstrends in Bezug auf die Organisation der Anwaltschaft 5
 - d) Konkurrenzsituation auf dem Anwaltsmarkt 6
 - e) Haltung der Rechtssuchenden zur Anwaltswerbung 7
- 4. Ergebnis 9

II. Regulierung der Anwaltswerbung vor Inkrafttreten des BGFA **10**

- 1. Strenge Rechtspraxis unter Berufung auf kantonale Landesregeln 10
- 2. Liberalisierung der SAV Richtlinie ausgelöst durch das Kartellgesetz 11
- 3. Liberalisierungswille des ZAV nach dem UWG-Plus Modell 12
- 4. Ergebnis 12

III. Regulierung der Anwaltswerbung in der Schweiz de lege lata **14**

- 1. Rechtsgrundlagen der Anwaltswerbung 14
 - a) Definition der Anwaltswerbung 14
 - b) Historische Auslegung 14
- 2. Verfassungs- und Kartellrechtskonformität 16
 - a) Wirtschaftsfreiheit 16
 - b) Umstrittenes öffentliches Interesse 16
 - c) Meinungs- und Informationsfreiheit 18
 - d) Kartellrechtskonformität 19
- 3. Stand der Rechtsprechung 20
 - a) Kantonale Rechtsprechung zu Art. 12 lit. d BGFA 20
 - b) Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 12 lit. d BGFA 21
 - c) Kritik der Lehre an der Rechtsprechung 23
 - d) Vergleich mit anderen Freiberuflern 24
- 4. Stand der Lehre 26
 - a) Meinungsstreit über die Schranken der Anwaltswerbung 26
 - aa) UWG-Plus Lösungsansatz 26
 - bb) UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA 27
 - b) Kritische Analyse der Argumente der Liberalisierungsgegner 28
 - aa) Verfälschung des Berufsbildes und Verfall der Standeswürde .. 29
 - bb) Profitstreben und Vertrauen der Klienten 29
 - cc) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr 30
 - dd) Unabhängigkeit der Anwaltschaft 31
 - ee) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege 31
 - ff) Konkurrenzkampf und Qualitätsverlust 32
 - c) Würdigung der Argumente 32
- 5. Ergebnis 33

IV. Kritische Würdigung der Werberestriktion im Rechtsvergleich	37
1. Vergleich zur Werberestriktion in Deutschland	37
a) Gegenüberstellung der Berufsregeln	37
b) Verschiebung in Richtung UWG und Wettbewerbsgerichte	38
c) Tendenz zur Liberalisierung einzelner Werbemittel	40
d) Meinungsstreit über das Verhältnis der BORA zum UWG	41
aa) Argumente für die Aufhebung des § 43b BORA	41
bb) Argumente gegen die Aufhebung des § 43b BORA	43
e) Ergebnis	44
2. Vergleich zur liberaleren Haltung in England	46
a) Zweiteilung des Anwaltsberufes in England	46
b) Vom Werbeverbot zur vollständigen Liberalisierung	47
aa) Solicitors	47
bb) Barrister	48
c) Verbraucher- vor Standesschutz	49
d) Vergleich der zulässigen Werbemittel	49
aa) Preiswerbung	49
bb) Klassische Werbemittel	50
cc) Nicht klassische Werbemittel	51
e) Ergebnis	53
3. Vergleich zur liberaleren Haltung in den USA	56
a) Entwicklung des Berufsrechts	56
b) Vom Werbeverbot zur Liberalisierung	57
aa) Bates v. State Bar of Arizona	57
bb) Folgen der Entscheidung	59
cc) Vergleichbarkeit der Berufsregeln	60
dd) Unterschiedliche Haltungen in der Öffentlichkeit	61
c) Verbraucher- vor Standesschutz	62
aa) Amerikanisches Grundverständnis von Werbung	62
bb) Unterschiedliche Gewichtung der Interessen	62
cc) Jüngste Rechtsprechung des Supreme Court	63
d) Ergebnis	64
4. Ergebnis	66
V. Regulierung der Anwaltswerbung in der Schweiz de lege ferenda	67
1. Tendenz zur Lockerung der Anwaltswerbung im EU-Raum	67
a) Wandel des anwaltlichen Berufsbildes am EuGH	67
b) Entwicklungen im EWR	67
2. Entwurf des SAV zum neuen schweizerischen Anwaltsgesetz	69
a) Jüngste Entwicklungen im Anwaltsrecht	69
b) Unterschiedliche Reaktionen auf den Entwurf	71
3. Herausforderung der Regulierung von Anwaltswerbung im Internet	72
a) Suchmaschinenoptimierung statt Eintrag im Telefonbuch	72
b) Rechtliche Beurteilung der Suchmaschinenoptimierung	73
4. Vorschlag zur Regulierung der Anwaltswerbung de lege ferenda	75
VI. Schlussbemerkung	77

Literaturverzeichnis

ABEL BRIAN/STEVENS ROBERT, *Lawyers and the courts; a sociological study of the English legal system, 1750-1965*, London 1967

AMBERG VINCENTO, *Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten*, *Anwaltsrevue* 3/2002, S. 10 ff.

AICHINGER WILFRIED, *Anwaltswerbung und -marketing*, Europäische Anwaltsvereinigung, Köln 1999

AXMANN MARIO/DEISTER JOCHEN, *Anwaltswerbung in der Praxis - Zulässigkeitsgrenzen und rechtliche Risiken*, *NJW* 2009, S. 39 ff.

BACHMANN VÉRONIQUE/LABBÉ MARC, *Interview mit Herrn Dr. Mirko Ros, Präsident Zürcher Anwaltsverband*, in *dubio* 5/03, Dezember 2013

BAUDENBACHER CARL, *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2001

BAUMGARTNER URS, *Werbeverbot für Anwälte in den USA und in der Schweiz*, *SJZ* 1980, S. 357 ff.

BERNHART CHRISTOF, *Werbung und publizistische Kommunikation im Anwaltsgesetz des Bundes und Grundrechtskonformität*, *AJP* 2005, S. 1177 ff.

BISCHOF ERWIN, *Werbefreiheit für Anwälte, Ärzte und Architekten?*, *Anwaltsrevue* 10/1999, S. 7 ff.

BLACKBORN BILL, *Anwalt und Werbung: Die Erfahrung des englischen Solicitors*, *AnwBl* 1991, S. 366

BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la Profession d'avocat*, Bern 2009

BOLLMANN HANS, *Anwaltskanzleien als Unternehmen*, *NZZ* vom 09.10.2002, S. 15

BOMBA WOLFGANG, *Verfassungsmässigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, dargestellt am Beispiel der Regelung für Rechtsanwälte, Ärzte und Apotheker* in: *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Bd. 917, Berlin 2002

BOON ANDREW/LEVIN JENNIFER, *The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales*, Oxford 1999

BORCK JÜRGEN, *Anwalt und Sozialstaat*, AnwBl. 1988, S. 334 ff.

BORNKAMM JOACHIM, *Die Grenzen anwaltlicher Werbung*, WRP 1993, S. 643 ff.

BRAUN ANTON, *Marketingstrategien und Werbemaßnahmen für Rechtsanwälte*, in: *Anwaltswerbung und -marketing*, DACH-Schriftenreihe 10, Köln/Zürich 1999, S. 1 ff.

BREDOHL CAROLIN, *Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und englischen Anwaltschaft*, Diss. Köln 2010

BREUER STEFAN, *Anwaltliche Werbung, Inhalt und Grenzen*, Diss. Bonn 1994

BROOKS MYLENE, *Lawyer Advertising, Is there really a Problem?*, in: *15 Loyal of Los Angeles Entertainment Law Journal* 1 (1994)

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE, *Bericht der Bundesregierung zur Lage der Freien Berufe*, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen.html> [Stand, 15.05.2014], München 2013 (zit. BMWI)

COMMICHAU GERHARD, *Der Markt anwaltlicher Dienstleistungen*, AnwBl. 1988, S. 314 ff.

DAVID LUCAS/JACOBS RETO, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht, eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für die Lauterkeit in der Werbung*, 5. Aufl., Bern 2012

DAVID LUCAS/REUTTER MARK A., *Schweizerisches Werberecht*, 2. Aufl., Zürich 2001

DÖBBELT SIMON, *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht: eine kritische Analyse unter Berücksichtigung der verfassungs-, europa- und wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen*, Diss. Hamburg 2008

DROLSHAMMER JENS, *Die Situationalität der vernetzten Anwälte – zu Wandel und Wendeltauglichkeit in der International Practice Law*, in: Amstutz Marc (Hrsg.), *Die vernetzte Wirtschaft, Netzwerke als Rechtsproblem*, Symposien zum schweizerischen Recht, Zürich 2004, S. 197 ff.

DUBACH WERNER, *Disziplinarrecht der freien Berufe*, ZSR 1951, S. 1a ff.

EDELKÖTTER FRANK, *Der Anwalt in Deutschland und in England, eine rechtsvergleichende Untersuchung im europäischen Kontext*, in: *Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung*, Band 114, Diss. Münster 2005

EIKENBERRY MARRY, *Lawyer Advertising and Solicitation – Justifying Restrictions on*

Lawyers' Speech, Florida Bar v. Went For It, Inc. 115 S. Ct. 2371 (1995) in: 31 Land & Water Law Review 231 (1996)

EYLMANN HORST, Reglementierung der Werbung in der Berufsordnung – sinnvoll, überflüssig oder unzulässig?, AnwBl. 1996, S. 481 ff.

FELLMANN WALTER, Recht der Anwaltswerbung im Wandel, AJP 1998, S. 175 ff. (zit. FELLMANN, Anwaltswerbung)

FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010 (zit. FELLMANN, Anwaltsrecht)

FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BEARBEITER/IN, BGFA, Art. XX Abs. YY)

FISHER DAVID, Buy one, get one free, NLJ vom 18.12.1998, 1874.

FRIEDRICH PETER, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung, Diss. Zürich 1993

GNOS URS P., Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Anwalts-AG, Reprax 2007, S. 1 ff.

GRUNEWALD BARBARA, Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe, NJW 2002, S. 1369 ff.

GYGI FRITZ, Verfassungsfragen der Werbung, Macht der Werbung?, in: Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht: Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Bern 1986, S. 183 ff.

HAUSER SILVAN, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrechts, Diss. Zürich 2008

HÄRTING NIKO, Anwaltliche Werbung im Internet, AnwBl. 2000, S. 343 ff.

HÄBERLE PETER, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998

HÄNER ISABELLE, Das veränderte Berufsbild des Anwalts und der Anwältin. Neue Entwicklungen in der Rechtsberatung und Rechtsvertretung, in: Ehrenzeller Bernhard/Schaffhauser René/Schwander Yvo (Hrsg.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2003, S. 9 ff.

HANGARTNER YVO, Art. 190 und 192-194 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 2795 ff. (zit. HANGARTNER, St. Galler Kommentar)

HARVEY BRIAN/PERRY DEBORAH, *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, 6th ed., London 2000

HELLWIG HANS-JÜRGEN, *Die Bedeutung zentraler Berufsregeln aus europäischer Sicht*, in: Ehrenzeller Bernhard/Schaffhauser René/Schwander Yvo (Hrsg.), *Das Anwaltsrecht nach dem BGFA*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2003, S. 85 ff.

HALSBURY'S, *Laws of England*, Lord Hailsham of St. Marylebone (Hrsg.), Volume 3 (1), *Barristers*, 4th edition, London 1989

HEFERMEHL WOLFGANG/KÖHLER HELMUT/BORNKAMM JOACHIM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 27. Aufl., München 2009

HEINEMANN ANDREAS, *Reduktion von Komplexität durch Suchmaschinen: Ökonomische Grundlagen und kartellrechtliche Vorgaben*, in: Brandi-Dohrn/Lejeune (Hrsg.), *Recht 2.0, Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt*, Köln 2008, S 13 ff.

HENSSLER MARTIN/PRÜTTING HANS, *Kommentar Bundesrechtsanwaltsordnung*, München 2004

HESS MARKUS/BRECHBÜHL BEAT, *Überregionaler Kanzleizusammenschluss – Ein Erfahrungsbericht*, *Anwaltsrevue* 5/2008, S. 228 ff.

HESS BEAT, *Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern*, *ZBJV* 2004, S. 89 ff.

HOCKE ULRICH, *Werbung für anwaltliche Dienstleistungen*, Diss. Münster 1989

HOFFET FRANZ/NATTER HANS, *Rechtsanwalt – Berufsrecht – Wettbewerb*, *SJZ* 2005, S. 422 ff.

HORNSBY WILLIAM/SCHIMMEL KURT, *Regulating Lawyer Advertising: Public Images and the irresistible Aristotelian Impulse*, in: *9 Georgetown Journal of Legal Ethics* 325 (1996)

JEANNERET VINCENT, *Les Etudes d'avocats en Suisse pourront désormais pratiquer en sociétés de capitaux*, *Jusletter* vom 21.04.2008

JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, *Stämpflis Handkommentar SHK*, Bern 2010 (zit. BEARBEITERIN, *Komm UWG*)

JULIA CHAIN/NICHOLAS BRUCH, *Trends in the Global Legal Services Market*, in: LEO STAUB/CHRISTINE HEHLI HIDBER (Hrsg.), *Management von Anwaltskanzleien. Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Zürich/Basel/Genf 2012

KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Einführung ins europäische Wirtschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2003

KNAAK ROLAND/RITSCHER MICHAEL, Das Recht der Werbung in der Schweiz, Basel 1996

KNORPP KATRIN, Der rechtskonforme Auftritt von Rechtsanwälten im Internet, Diss. Hamburg 2005

KORT MICHAEL, Wettbewerbsrechtliche Fragen der Werbung freier Berufe, GRUR 1997, S. 701 ff.

KLEINE-COSACK MICHAEL, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, München 2004

KLEY ANDREAS, Bemerkung zum BGE 125 II 417 ff., AJP 2000, S. 731 ff.

KRÄMER ANDREAS/MAUER REINHOLD/BRAUN ANTON, Erfolgreiche Anwaltswerbung: Kosten-Nutzen-Zulässigkeit, Köln 1999

LAVOIE CHRISTOPHER, Have You Been Injured in an Accident? The Problem of Lawyer Advertising and Solicitation in: 30 Suffolk University Law Review 413 (1997)

LÜKEN UWE, Die Regulierung der Anwaltswerbung in den USA im Vergleich zu Deutschland, Diss. Bonn 2002

MARTENET VINCENT, L'Indépendance et la publicité des avocats – perspective fédérales et transactionales, AJP 2000, S. 667 ff.

MARTY-SCHMID HELEN, Werbeschranken für Anwälte in den kantonalen Anwaltsgesetzen und Standesregeln, SAV 131/1991, S. 14 ff.

MÄLZER SUSANNE, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der Europäischen Union, Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Bd. 14, Diss. Köln 1995

MEYER ANTON, Freie Berufe und Werbung, AnwBl. 1992, S. 241 ff. (zit. MEYER, Freie Berufe)

MEYER ANTON, Freie Berufe und Werbung, Schriftliche Fassung der Antrittsvorlesung vom 20.06.1991 an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Mainz 1991 (zit. MEYER, Antrittsvorlesung)

MOULTON GEOFFREY, Federalism and Choice of Law in the Regulation of Legal Ethics, 82 Minnesota Law Review 73 (1997), 6.01 n5

MOORE THOMAS, Jon Attorney Advertising in the Wake of Florida Bar v. Went For It, Inc.: A Groundbreaking Maintenance in the Status Quo in: 101 Dickinson Law Review 451 (1997)

MÜLLER RAHEL, Vergleichende Werbung als unlauterer Wettbewerb, Bern 2007

NAGEL KLAUS ANDREAS, Werbeverbot, Baden-Baden 1992

NOBEL PETER, Unabhängigkeit und Organisationsformen im Anwaltsberuf, Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHWANDER YVO (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2003, S. 43 ff.

NUCKELT JANA, Die Regelungssysteme der rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Freien Berufe in Deutschland, England und Wales: Rechtsvergleichende Analyse sowie Harmonisierungsbedarf und Handlungsperspektiven aus europarechtlicher Sicht, Diss. Baden-Baden 2006

PAHUD DE MORTANGES RENÉ/PRÊTRE ALAIN, Anwaltsgeschichte der Schweiz, Ein Grundriss, Zürich 1998

PEPELS WERNER, Marketing, 3. Aufl., München 2000

PATERSON IAIN, FINK MARCEL, OGUS ANTHONY, Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, Research Report from the Institute for Advanced Studies for the European Commission, Vienne 2003, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/prof_services_ihs_part_1.pdf [Stand, 15.05.2014]

PRINZ MATTHIAS, Anwaltswerbung – eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und amerikanischen Rechts, Frankfurt a.M./Bern/New York 1986

PRÜTTING HANNS, Ethos anwaltlicher Berufsausübung, AnwBl. 1994, S. 315 ff.

PFEIFER MICHAEL, Anwaltsgeheimnis im Anwaltswettbewerb, Anwaltsrevue 10/2000, S. 18 ff.

PIETSCH PETER, 17. DACH-Tagung in Nürnberg, SAV 171/1997, S. 18 ff.

POHLMANN KONSTANTIN, Die Beschränkung anwaltlicher Werbung in Berufs- und Wettbewerbsrecht und deren Verhältnis zueinander, Leipzig 2002

RATH MICHAEL, Das Recht der Internet Suchmaschinen, Recht und Neue Medien Bd. 9, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005

ROTHENBÜHLER FRITZ, Freizügigkeit für Anwälte, Diss. Bern 1995

REDEKER KONRAD, Bild und Selbstverständnis des Anwalts heute, AnwBl. 1996, S. 503 ff.

REINLE MICHAEL/OBRECHT MATTHIAS, Markenrechtsverletzungen durch Google Ad-Words, in: sic! 2009, S. 112 ff.

REMMERTZ RENÉ, Anwaltschaft zwischen Tradition und Wettbewerb, Bonn 1996

RICK MARKUS B., Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Bd. 30, Diss. Bonn 1998

RING GERHARD, Wettbewerbsrecht der freien Berufe, Baden-Baden 1989

ROS MIRKO, Anwalt und Werbung – Ein Tabu im Wandel der Zeit, in: FELLMANN WALTER/HUGUENIN JACOBS CLAIRE/POLEDNA THOMAS/SCHWARZ JÖRG (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 307 ff. (zit. ROS, Werbung)

ROS MIRKO, Keine Angst vor Anwälten! Plakatwerbung in der Schweiz, Anwaltsrevue 5/2003, S. 26 ff. (zit. ROS, Projekt)

RÖMMERMANN VOLKER, Das UWG – besser als das anwaltliche Werberecht, AnwBl. 2007, S. 744 ff.

RHINOW RENÉ, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998

SALADIN PETER, Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, Diss. Bern 1969

SALZMANN WOLFGANG, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Freiburg 1976

SCHAUB BERNHARD, Werbung um jeden Preis?, SAV 161/1996, S. 17 ff.

SCHIBLI R. HANS, Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht: Mit besonderer Berücksichtigung der Internet-Werbung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2004

SCHIEBE ROBERT, Anwaltliches Marketing, Vergleich berufsrechtlicher Restriktionen Englands, Deutschlands und Österreichs im europäischen Kontext, Wien 2005

SCHÖNEFELDER HERMANN, Die Grenzen des anwaltlichen Werbeverbots, GRUR 1988, S. 428 ff.

SCHÜTZ ANDREA, Anwaltswerbung in der Schweiz, UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?, Diss. Zürich 2010

SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009

SENN MARCEL, Das Berufsbild des Rechtsanwalts im geschichtlichen Wandel seit der frühen Neuzeit, in: FELLMANN WALTER/HUGUENIN JACOBS CLAIRE/POLEDNA THOMAS/SCHWARZ JÖRG (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 3 ff.

STAEHELIN ERNST, Die anwaltlichen Standesregeln – Genese und Vollzug, LeGes 2006, S. 19 ff. (zit. STAEHELIN, Standesregeln)

STAEHELIN ERNST, Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz, Anwaltsrevue 2/2012, S. 68 ff. (zit. STAEHELIN, Entwurf Anwaltsgesetz)

STRÄULI PETER, Das Berufsbild des Anwalts trägt das Markenzeichen „realitätsfremd“, in: plädoyer 1/13 vom 04. Februar 2013

STREBEL DOMINIQUE, Kasse statt Klasse, in: Beobachter vom 19.08.2005, S. 16 ff.

STUTZER MAJA, Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: DACH-Schriftenreihe 10, Köln/Zürich 1999, S. 79 ff.

SUE INGRID, Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts, Diss. Göttingen 1986

STERCHI MARTIN, Keine Leuchtreklame für Anwaltskanzleien, in: Jusletter 24. Juni 2013

SCHOTT MARKUS, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 25. Januar 2013, 2C_714/2012, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBI 114/2013, S. 277

TAUSCH VOLKER ALBERT, Marketing anwaltlicher Dienstleistungen, Berlin 2004

TERCIER PIERRE, Anwälte und Wettbewerb, SAV 161/1996, S. 3 ff.

THOUVENIN ANDRÉ, Das Anwaltsbüro als Unternehmen, in: FELLMANN WALTER/HUGUENIN JACOBS CLAIRE/POLEDNA THOMAS/SCHWARZ JÖRG (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 71 ff.

THOUVENIN ANDRÉ, Das künftige Berufsbild der Anwälte aus Schweizer Sicht - Abschied vom Einzelkämpfer, der Anwalt als Unternehmer, Mediation als neues Tätigkeitsgebiet, anwaltliche Werbung, in: Das künftige Berufsbild des Anwalts in Europa, DACH-Schriftenreihe 13, Köln 2000, S. 111 ff. (zit. THOUVENIN, Berufsbild)

TSCHECHTSCHER AXEL, Dialektische Rechtsvergleichung, Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 17/2007, S. 807 ff.

VIELI LELIO, Spezialisierung oder bevorzugte Tätigkeitsgebiete – Werbung oder Information, SAV 145/1993, S. 9 ff.

VON FALKENHAUSEN JOACHIM, Die Werbung des Rechtsanwalts nach der Berufsrechtsnovelle, in: Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Liber Amicorum für Hans-Jürgen Rabe, Bonn 1995, S. 15 ff

VON FALKENHAUSEN JOACHIM/HAUSMANN FRIEDRICH LUDWIG, Anwaltswerbung in der Berufsordnung – Welche Schranken setzt das Kartellrecht, AnwBl. 1995, S. 486 ff.

WEBER ROLF H., Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsorings, SMI 1993, S. 213 ff.

WEGMANN ALICE, Der Begriff der aufdringlichen Reklame nach zürcherischem Anwaltsrecht, SJZ 1957, S. 305 ff. (zit. WEGMANN, Anwalt)

WEGMANN PAUL, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969 (zit. WEGMANN, Berufspflichten)

WETTMANN REINHART W./JUNGJOHANN KNUT, Anwaltsforschung Inanspruchnahme anwaltlicher Leistung: Zugangsschellen, Beratungsbedarf und Anwaltsimage; eine Studie der Prognos AG und der INFRATEST Kommunikationsforschung im Auftrag des deutschen Anwaltsvereins, Köln 1989

WINTZER NACHTIGÄLLER CHRISTOPH, Amerikanische und Europäische Wettbewerbsforcierung im Berufsrecht des Rechtsanwalts, Diss. Hamburg 2005

WIRTH SIBYLLE M., Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG, Diss. Zürich 1993

WOLFFERS FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, Diss. Bern 1986

WYDER PETER-RENÉ, Von Leoporellos und Infopodien – Verbandswerbung, eine kleine Auslegeordnung, in dubio 5/2003, S. 206 ff.

WYSS MARTIN, Einführung in das Tagungsthema: Lobbyismus – die unbekannt Seite der Rechtssetzung, in LeGes 3/2013, S. 571 ff.

WOLF KERSTIN, Anwaltliche Werbung: Zulässigkeit und Grenzen, Baden-Baden 2011

ZINDEL GAUDENZ G., Anwaltswerbung, SJZ 1998, S. 440

ZÜRCHER EMIL, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung/am Main
aAnwG-ZH	Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf des Kantons Zürich vom 2.7.1938
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft (Brüssel)
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union (Brüssel)
Abs.	Absatz
AGH	Anwaltsgerichtshof (Deutschland)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
AK	Aufsichtskommission
Anwalt	Anwalt – Das Magazin (eingestellt seit Mai 2004)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Bonn)
AnwG	Anwaltsgesetz/Anwaltsgericht (Deutschland)
AnwG-ZH	Anwaltsgesetz des Kantons Zürich vom 17.11.2003, LS 215.1
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGFA	BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.06.2000, SR 935.61
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte vom 01.11.2001, BRAK-Mitt. 2009 Nr. 2 S. 120 (Deutschland)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959, BGBl. I S. 565 (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, SR 101
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)

bzw.	beziehungsweise
CCBE	Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne
CEPLIS	Conseil Européen des Professions Libérales
CHF	Schweizer Franken
DACH	Kunstwort für Deutschland, Österreich und die Schweiz
DAV	Deutscher Anwaltsverein
Diss.	Dissertation
dt.	deutsch
dUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 01.07.2004, BGBI. I S. 1212 (Deutschland)
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 01.11.1950, SR 0.101
et. al.	Et alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h.L.	herrschende Lehre
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 06.10.1995, SR 251/Kammergericht (Deutschland)

LeGes	Gesetzgebung und Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (Bern)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MedBG	BG über die universitären Medizinalberufe vom 23.06.2006, SR 811.11
MMR	Multimedia und Recht (München)
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Oger	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
S.	Seite
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband (https://www.sav-fsa.ch)
Sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SLK	Schweizerische Lauterkeitskommission
SMI	Schweizerische Mitteilung über Immaterialgüterrechte (Zürich), seit 1997 sic!
sog.	sogenannt
SPC 2001	Solicitors Publicity Code 2001
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSR	Schweizerische Landesregeln vom 10.06.2005
SVA	Schweizerischer Verband für Aussenwerbung
u.a.	unter anderem
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.2
USA	Vereinigte Staaten
usw.	und so weiter
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986, SR 241

ZAV	Zürcher Anwaltsverband (www.zav.ch)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)

I. Einleitung

1. Ziel der Arbeit

Am 25. Januar 2013 hat das schweizerische Bundesgericht entschieden, dass eine 70 Zentimeter hohe Leuchtreklame an einer Fassade mit dem Namen der Kanzlei nicht mehr „objektiv“ und deshalb i.S.v. Art. 12 lit. d BGFA unzulässig sei.¹ Derweilen ist auch in Deutschland Anwaltswerbung auf Informationstafeln² im öffentlichen Verkehrsraum, auf Bussen³, Strassenbahnen⁴ und Taxis⁵ grundsätzlich unzulässig. Die Entscheide sind aber keineswegs in Stein gemeisselt. Seit einem Entscheid des BVerfG aus dem Jahr 2004 ist in Deutschland bspw. Werbung in Strassenbahnwagen erlaubt.⁶

Während Anwälte hierzulande und in Deutschland vor allem Seriosität vermitteln wollen und sich ihr Werberecht erstreiten müssen, gehen die Kollegen in den USA und England beherzter zur Sache. In einem amerikanischen TV Spott bspw. warb der Kanzleigründer Ryan Hamilton für seine Homepage hamlegal.com, indem er sich mit kiloweise Räucherfleisch abbilden liess, frei nach dem Motto „bringin home the bacon“, was sinngemäss soviel heisst wie „die Kohle nach Hause bringen“.⁷ Die englische und auf Scheidungsrecht spezialisierte Kanzlei Brookman Solicitors warb auf Plakaten in Gaststättentoiletten mit der Aufschrift: „All men are bastards“ bei den Damen und „Ditch the bitch“ bei den Herren.⁸ Obwohl in den Medien kritisiert und breit diskutiert⁹, hatten die Kampagnen berufsrechtlich keine Konsequenzen.

Die folgende Arbeit soll die geltende berufsrechtliche Regulierung der anwaltlichen Werbung in der Schweiz unter Bezugnahme auf die Regulierung in Deutschland, England und Amerika kritisch analysieren. Im Rahmen einer sich anschließenden eingehenden Untersuchung soll, aufgrund der Aktualität und hoher zukünftiger praktischer Relevanz, gesondert auf die anwaltliche Werbung im Inter-

¹ BGE 2C_713/2012 vom 25.01.13.

² OLG Hamburg, Entscheid vom 03.04.2001, NJW-RR 2002, S. 1353 ff.

³ AGH Nordrhein-Westfalen, Entscheid vom 23.06.1999, AnwBl. 1999, S. 557 ff.

⁴ OLG Naumburg, Entscheid vom 13.04.2000, NJW-RR 2001, S. 332 ff.

⁵ LG Nürnberg-Fürth, Entscheid vom 01.07.1998, NJW 1999, S. 1410 ff.

⁶ BVerfG, Entscheid vom 26.10.2004, NJW 2004, S. 3765 ff.

⁷ Video abrufbar unter: www.youtube.com/watch?v=d03FI9rt1sY [Stand, 20.05.2014].

⁸ <http://www.marketingweek.co.uk/go-on-ditch-the-bitch-or-bastard/2052697.article> [Stand, 20.05.2014].

⁹ <http://www.thelawyer.com/split-decisions/103597.article> [Stand, 20.05.2014].

net eingegangen werden. Abschliessend soll ein eigener Vorschlag zur Regulierung des anwaltlichen Werbeverbots in der Schweiz de lege ferenda unterbereitet werden.

2. Bedeutung der Werbung in der Wirtschaft

Verschiedene gesetzliche Bestimmungen reglementieren die Werbung. Daraus liesse sich der Schluss ziehen, dass Werbung generell etwas Schlechtes ist, wovor der Konsument geschützt werden muss.¹⁰ Um zu verstehen, welche Bedeutung Anwaltswerbung in einem Wirtschaftssystem hat, ist es erforderlich, zuerst die volkswirtschaftliche Funktion der Werbung zu verstehen. Werbung dient in seiner Hauptfunktion der Absatzförderung.¹¹ Neben diesem rein betriebswirtschaftlich orientierten Zweck, hat Werbung aber auch eine volkswirtschaftliche Bedeutung; Werbung nimmt eine Vermittlerfunktion zwischen Angebot und Nachfrage ein. Sie dient als Informationsquelle des Verbrauchers und schafft damit Markttransparenz. Diese Transparenz führt dazu, dass sich das Angebot an den Kundenbedürfnissen orientiert und ermöglicht es den Konsumenten marktgerechte Entscheidungen zu treffen. Darüber hinaus nimmt sie eine Steuerungsfunktion ein, fördert die Marktmobilität und dient der Qualitätssteigerung und Kostensenkung.¹² Bisher wurden diese positiven Aspekte der Werbung bezüglich der anwaltlichen Werbetätigkeit verkannt. Ein Grund dafür könnte das geschichtliche Berufsbild des Anwalts sein, das nachfolgend näher analysiert wird.

3. Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit

a) Vom Diener des Rechts zum Marktteilnehmer

Da die anwaltlichen Werbebeschränkungen in der Schweiz auf das Berufsbild des Anwalts zurückzuführen sind, werden die wichtigsten historischen Etappen an dieser Stelle kurz aufgegriffen.

Mit Blick auf die Rechtsgeschichte kann gesagt werden, dass sich das Ansehen von Rechtsanwälten und ihre Funktion zwischen dem Staat und der Öffentlichkeit epochenweise verändert hat.¹³ Der Anwaltsberuf genoss dabei nicht immer einen guten Ruf. Bis ins Spätmittelalter war ein Rechtsbeistand ohnehin nur durch Kleriker, sog. „Asega“, und auch bis in die Neuzeit nur durch sog. „Fürsprecher“ als

¹⁰ SALADIN, S. 7.

¹¹ KNAAK/RITSCHER, S. 13; SCHIBLI, S. 5; SALADIN, S. 66.

¹² WIRTH, S. 5; GYGI, S. 185.

¹³ SENN, S. 5 ff.

Mitglieder des Gerichts und als „Diener des Rechts“ möglich.¹⁴ Der Kampf um das eigene Recht schien der Kirche im Mittelalter verwerflich. Von einem Anwaltsberuf im heutigen Sinn kann man mithin auch nicht sprechen. Das Berufsbild des Rechtsbeistands spiegelt sich in der aus dem Mittelalter stammenden Redewendung „ein Jurist ist ein böser Christ“ wider.¹⁵ Mitte des 18. Jh. wurden Juristen gar für die Zunahme der Prozesse verantwortlich gemacht, wodurch es bspw. in Waadt und Bern zum Advokatenverbot kam.¹⁶ Anzumerken ist, dass in dieser Epoche kein Bildungstitel nötig war, um Anwalt zu werden. Dies führte dazu, dass auch unqualifizierte Advokaten prozessieren konnten, woher wohl auch der Begriff „Winkeladvokat“ stammt, der den schlechten Ruf der Anwälte in dieser Epoche widerspiegelt.¹⁷ Erst an der Wende des 20. Jh. wurde durch gesetzgeberische und bildungspolitische Massnahmen sowie durch die Organisation in Berufsverbänden das Ansehen der Anwälte deutlich verbessert.

Trotz den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen findet sich das Berufsbild aus früheren Epochen auch im 21. Jh. wieder. So setzte sich WYDER im Jahr 2003 ausführlich mit dem Berufsimago der Anwälte auseinander und stellte fest, dass sich der Anwaltsberuf auch heute noch zwischen Hochachtung und Verachtung bewegt. Hochachtung, weil die erforderliche Qualifikation respektiert wird und Verachtung, aufgrund der fehlenden Kostentransparenz.¹⁸ Der Einfluss alter Terminologien spiegelt sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der 80er-Jahre, die den Anwalt weiterhin als „Diener des Rechtes“ und „Mitarbeiter der Rechtspflege“ oder „Garant des Rechtsstaates“ bezeichnete.¹⁹ Die neuere Lehre in der Schweiz vertritt die Auffassung, dass diese Terminologien nicht mehr zeitgemäss sind. Dadurch werde nämlich der Anwalt auf seine forensische Arbeit reduziert und darüber hinaus impliziert, dass ein Subordinationsverhältnis gegenüber dem Staat besteht, der gegenüber dem Interesse der Klienten Vorrang hat.²⁰ Die gegenwärtige Rechtsprechung hat sich zu Recht von dieser praxisfernen Anschauung abgewandt.²¹

¹⁴ PAHUD DE MORTANGES/PRETRE, S. 12 f.; ZÜRCHER, S. 1 ff.

¹⁵ PAHUD DE MORTANGES/PRETRE, S. 77 f.

¹⁶ PAHUD DE MORTANGES/PRETRE, S. 65, 80.

¹⁷ ZÜRCHER, S. 21 f.

¹⁸ WYDER, S. 206.

¹⁹ BGE 103 Ia 426 ff., E. 4b; BGE 98 Ia 56 ff, E. 3; BGE 68 I 11 ff., 14 E. 1.

²⁰ ROTHENBÜHLER, S. 65; SCHILLER, S. 387; SCHÜTZ, S. 9.

²¹ BGE 123 I 12 ff.; BGE 119 Ia 374 ff., 375.

Anwälte werden gegenwärtig als Parteivertreter verstanden, die sich durch ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber ihren Klienten auszeichnen.²² Ferner werden Anwälte, sofern nicht als amtliche Verteidiger tätig, in der neueren Lehre als gewinnorientierte Marktteilnehmer anerkannt.²³ Der Anwaltsberuf wird so- dann auch durch die Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV geschützt.²⁴ Im Ergebnis darf die Berufung auf solche Umschreibungen daher keine Rechtfertigung für anwaltliche Werbebeschränkungen darstellen.

b) Der Begriff Freiberufler und seine normative Qualität

Die Einschränkung der Anwaltswerbung wird oft mit der „Freiberuflichkeit“ des Anwalts begründet, die als Gegenstück zur gewerblichen Tätigkeit verstanden wird.²⁵ Allerdings sind der Begriff des Freiberuflers, und insbesondere seine nor- mative Qualität, in der Lehre umstritten.²⁶ Es wird angeführt, dass keine einheitli- che nationale oder internationale Definition des Begriffs „freier Beruf“ existiere, der Begriff auf überkommenen Standesauffassungen beruhe und die Anwaltschaft sich in keinem wesentlichen Punkt mehr von anderen qualifizierten Dienstleistern unterscheide.²⁷

Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, dass sich ein Freiberufler dadurch unterscheide, dass er unabhängig sei und ideelle Leistungen erfülle. Diese Leis- tungen würden persönlich und unabhängig durch einen qualifiziert Ausgebildeten oder schöpferisch Befähigten aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses erbracht.²⁸ Kritisch dazu ist insbesondere SCHÜTZ, welche anführt, dass das Ver- trauensverhältnis bei Freiberuflern nicht ausgeprägter sei als bei anderen Berufen. „Warum soll das einem Dentalhygieniker entgegengebrachte Vertrauen grösser sein als dasjenige gegenüber einem Lehrer oder Kindergärtner, dem man seine Kinder anvertraut?“²⁹ Obwohl Anwälte teilweise immer noch als Freiberufler bezeichnet werden, unterlägen sie grundsätzlich den gleichen Regeln im Steuer-, Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht wie Gewerbetreibende.³⁰ Der Begriff der

²² BGE 106 Ia 100 ff., 105 f. E. 6b.; EuGH, Entscheid vom 21.06.1974, NJW 1975, S. 513 ff., 515.

²³ HAUSER, S. 52 f.; NOBEL, S. 47; PFEIFER, S. 18; SCHÜTZ, S. 25 f.

²⁴ BGE 123 I 12 ff.; BGE 119 Ia 374 ff., 375.

²⁵ BREUER, S. 52 f.

²⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 705; BOMBA, S. 67; RICK, S. 71 f. m.w.H.; SCHÜTZ, S. 13 ff.; BMWI, S. 23.

²⁷ SCHAUB, Werbung, S. 18 f.

²⁸ Vgl. Bundesratsbericht freie Berufe, S. 7; BOMBA, S. 45.

²⁹ SCHÜTZ, S. 15.

³⁰ SCHÜTZ, S. 26.

freien Berufe habe insofern zwar historische Bedeutung stelle aber heute keinen Rechtsbegriff dar und habe somit keine normative Qualität mehr.³¹

Trotz dieses Meinungsstreits in der Lehre ist es Tatsache, dass die fortschreitenden Modernisierungs- und Globalisierungsprozesse, sowie die europäische Integration den Begriff des Freiberuflers aufgeweicht haben.³² Ein Blick auf die Entwicklung in der EU zeigt, dass seit 2002 versucht wird, die Sonderstellung und die wettbewerbshemmenden Reglementierungen der „freien Berufe“ aufzuheben. Die EU-Kommission hat begonnen, die freien Berufe systematisch und ländervergleichend an den EG-Wettbewerbsregeln und am Binnenmarktprinzip zu messen.³³ So zeigt bspw. der jüngste Bericht der deutschen Bundesregierung zur Lage der freien Berufe aus dem Jahr 2013, dass eine Reihe von gesetzlichen Werbebeschränkungen bspw. für Anwälte, Wirtschaftsprüfer und Architekten gelockert oder gar aufgehoben wurden.³⁴ Im Ergebnis ist damit eine Tendenz in Richtung einer Gleichbehandlung der Freiberufler zu anderen Gewerbetreibenden feststellbar.

c) Entwicklungstrends in Bezug auf die Organisation der Anwaltschaft

Seit der Abwendung vom Berufsbild des altruistisch orientierten Freiberuflers haben sich die gesellschaftlichen Umstände weiter entwickelt. Die Zunahme der Regelungsdichte und Komplexität von Sachverhalten, die Globalisierung und Digitalisierung haben zu drei zentralen Entwicklungen im Anwaltsberuf geführt: *erstens* zu einem Trend in Richtung Spezialisierung bspw. als Fachanwalt oder Patentanwalt,³⁵ *zweitens* zu einem Trend zur Grösse durch die Zunahme von Grosskanzleien mit umfassenden Angeboten und international ausgerichteten Mandaten³⁶ und *drittens* zur Bildung neuer Gesellschaftsformen wie der Anwalts-AG³⁷. Ebenso zeichnen sich bei der Nachfrage gewisse Trends ab. So suchen

³¹ Umstritten vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, S. 706; Bundesratsbericht freie Berufe, S. 7 ff.; a.M. BAUMGARTNER S. 361, SCHÜTZ, S. 20f. vgl. zur DE-Lehre: RICK, S. 70 m.w.H.

³² KNORPP, S. 19.

³³ Sog. „Wiener-Studie“ vgl. zur Debatte in HOFFET/NATER, S. 422 ff; KLEINE-COSACK, S. 6.

³⁴ BMWI, S. 23 ff.

³⁵ DROLSHAMMER, S. 212; THOUVENIN, Anwaltsbüro, S. 75. Werbung mit Spezialisierungsangaben ist trotz dieser Tendenz in vielen anderen europäischen Ländern unzulässig vgl. HELLWIG, S. 96.; in Deutschland vgl. BUSSE, AnwBl. 2001, 130 (132).

³⁶ Vgl. HESS/BRECHBÜHL, S. 228 ff.; BOLLMANN, S. 15; HÄNER, S. 14; JULIA CHAIN/NICHOLAS BRUCH, S. 44: Insbesondere grosse Anwaltskanzleien aus den USA und England haben in den letzten Jahren international expandiert.

³⁷ JEANNERET, N. 22: Kanzleien früher vor allem als einf. Gesellschaft organisiert, seit 2006 können Kanzleien sich in den meisten Kantonen auch als AG in das HR eintragen lassen. Vgl. umfassende Darstellung bei DROLSHAMMER, S. 197 ff.; ROS, Werbung, S. 309; Entwicklung in Deutschland vgl. WOLF, S. 20 ff; REDEKER, S. 503 ff.

grosse Konzerne vermehrt nach einem sog. „One-Stop-Shops“, die sie in allen Rechtsfragen umfassend beraten können. Dies begünstigt wiederum das Eindringen anderer Berufe in die Rechtsberatung, womit sich Kanzleien vermehrt zu Beratungsunternehmen entwickeln. Ferner wird insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts die Arbeit des Anwalts zunehmend als standardisierte Dienstleistung betrachtet, die nicht mehr von der persönlichen Beziehung zum Anwalt geprägt ist.³⁸ Diese Entwicklungen zeigen, dass sich der Anwaltsberuf vermehrt den Bedürfnissen der potenziellen Klienten angepasst musste, um auf dem Markt bestehen zu können.

d) Konkurrenzsituation auf dem Anwaltsmarkt

Es ist hilfreich, bei der Analyse der Konkurrenzsituation auf dem Anwaltsmarkt zwischen zwei Märkten zu unterscheiden. Auf dem Markt der forensischen Tätigkeit, der dem Anwaltsmonopol unterliegt, konkurrieren Anwälte nur unter sich. Durch die zunehmende Anzahl von praktizierenden inländischen sowie ausländischen Anwälten, als Konsequenz der Freizügigkeit des BGFA, hat sich folglich auch der Wettbewerb um neue Klienten verstärkt. Ein Indiz dafür ist die Zunahme der SAV Mitglieder; während 2004 noch 7'056 Anwälte beim SAV registriert waren, sind es im Jahr 2014 bereits 9'319 – Tendenz steigend.³⁹

Noch stärker spielt der Wettbewerb auf dem Markt der Rechtsberatung. Dort konkurrieren Anwälte sowohl unter sich, als auch mit der ausserberuflichen Rechtsberatung, worunter bspw. Unternehmensberater, Banken, Versicherungen und Treuhandbüros fallen. Im Unterschied zu Deutschland fällt hierzulande die beratende Tätigkeit nämlich nicht unter das Anwaltsmonopol.⁴⁰ Der Konkurrenzdruck auf dem Rechtsberatungsmarkt hat sich im Wesentlichen aus drei Gründen verstärkt. *Erstens* hat sich der Schwerpunkt der anwaltlichen Arbeit vom forensischen in den nicht-forensischen Bereich verschoben.⁴¹ Die Funktion des Anwalts liegt nicht mehr nur in der Prozessvertretung, sondern vielmehr in der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten. Diese Tendenz bestätigen zwei Erhebungen. Eine Erhebung aus dem Jahr 2000, in der festgestellt wurde, dass nur gut 38 Prozent der Arbeitszeit eines Anwalts für die Rechtsvertretung aufgewendet wird, während die aussergerichtliche Rechtsvertretung und Rechtsberatung etwa die Hälfte ausma-

³⁸ HÄNER, S. 13 ff.

³⁹ Vgl. Mitgliederstatistik SAV 2004-2014, abrufbar unter: Mitgliederstatistik SAV 2004-2014 [Stand 20.05.2014].

⁴⁰ HENSSLER/PRÜTTING, § 3 N. 5.

⁴¹ SCHÜTZ, S. 115.

chen.⁴² Zu einem vergleichbaren Ergebnis kam eine vom ZAV in Auftrag gegebene Untersuchung des Statistischen Amtes des Kantons Zürich vom Februar 2011. Diese hat ergeben, dass 55.8 Prozent aller Anwälte in Zürich ausschliesslich beratend tätig sind und rund 30 Prozent aller Zürcher Anwälte im Wirtschaftsrecht tätig sind. Darüber hinaus sind 57 Prozent der Anwälte als Angestellte tätig gewesen.⁴³ *Zweitens* unterliegt die ausserberufliche Konkurrenz, abgesehen vom Lauterkeitsrecht, keinen weiteren einschränkenden Werbebestimmungen. Daraus folgt ein klarer Wettbewerbsvorteil auf dem wachsenden Markt der Rechtsberatung.⁴⁴ Der Rückgang der Marktanteile der Anwälte war folglich absehbar.⁴⁵ *Drittens* sehen Rechtssuchende den Anwalt eher als Gerichtsvertreter, während die anwaltliche Beratungsfunktion eher unbekannt ist.⁴⁶ Darüber hinaus verstärkt sich die Konkurrenz durch Angebote der Online-Rechtsberatung aus dem In- und Ausland.⁴⁷

Diese Ergebnisse veranschaulichen, dass die Werberestriktionen die optimale Bedürfnisbefriedigung der Klienten verhindern. Insbesondere die Vorzüge der anwaltlichen Beratung, wie namentlich die qualifizierte Ausbildung, das Berufsgeheimnis und die Unabhängigkeit, können nur im Rahmen von Art. 12 lit. d BGFA kommuniziert werden. Durch Anwaltswerbung könnten Anwälte ihre aussergerichtliche Tätigkeit hervorheben und sich insofern von ihrem falschen Bild lösen.⁴⁸

e) Haltung der Rechtssuchenden zur Anwaltswerbung

Um die Haltung der Rechtssuchenden bezüglich der Anwaltswerbung zu analysieren ist unter anderem die deutsche Studie von WETTMANN und JUNGJOHANN aus dem Jahr 1987 interessant. Insgesamt 75 Prozent der Befragten gaben an, dass die Kosten die grösste Hemmschwelle für die Konsultierung eines Anwalts darstellen. Diese Konsumentenunsicherheit führe zu teilweise unrealistischen Vorstellungen über die Anwaltskosten.⁴⁹ Darüber hinaus bestehen Schwellenängste insbesondere beim Vorliegen von dauerhaften sozialen oder geschäftlichen Beziehungen.⁵⁰

⁴² Vgl. SCHILLER, S. 6.

⁴³ Unpublizierte Studie vgl. in AMBERG, S. 140.

⁴⁴ FELLMANN, Anwaltsrecht, N 951 ff.; KRAFT, S. 429; DUBACH, S. 61a ff.

⁴⁵ Vgl. THOUVENIN, Berufsbild, S. 113 f.;

⁴⁶ WOLFFERS, S. 153 f.; SCHÜTZ, S. 116.

⁴⁷ Bspw. Scheidungskonventionen für ca. 750 CHF unter: <http://www.einfache-scheidung.ch> [Stand, 25.03.2014];

⁴⁸ COMMICHAU, S. 218.

⁴⁹ WETTMANN/JUNGJOHANN, S. 21 ff.

⁵⁰ WETTMANN/JUNGJOHANN, S. 22 f.

Oft unterschätzt wird darüber hinaus das Informationsbedürfnis der Rechtssuchenden. An einer Umfrage des Beobachters aus dem Jahr 2005, nach dem Inkrafttreten des BGFA, gaben zwei Drittel der Befragten an über Bekannte und Verwandte einen Anwalt gefunden zu haben.⁵¹ Ein ähnliches Bild ergab die deutsche Studie von WETTMANN und JUNGJOHANN. Danach gaben 36 Prozent der Befragten an über private Empfehlungen von Freunden oder Bekannten einen Anwalt gefunden.⁵² Anwaltliche Werbung hatte zum Untersuchungszeitpunkt bei ca. 80 Prozent der Befragten keinen Einfluss auf die Mandatierung. In die gleiche Richtung gehen die Ergebnisse einer Studie von BROCK. Diese hat ergeben, dass in Deutschland und den USA Rechtssuchende mit höherem sozialem Status eher einen geeigneten Rechtsanwalt finden, als der Durchschnitt der Bevölkerung.⁵³ Die Ergebnisse dieser Befragungen lassen auf die herrschende Intransparenz auf dem Anwaltsmarkt schliessen.

Interessante Ergebnisse liefern auch die Befragungen nach den Imagekampagnen der Berufsverbände für Anwälte wie bspw. die Plakatwerbungen des ZAV mit Slogans wie „Sucht der Staatsanwalt ein stilles Plätzchen für Sie?“ oder „Lässt die Frau Sie durch den Richter grüssen?“ mit dem Zusatz „Kommen Sie lieber, bevor Sie müssen. Ihre Anwältin. Ihr Anwalt“.⁵⁴ Die befragten Passanten befürworteten die Kampagne und gaben an, dass Sie nicht verstünden, weshalb Anwaltswerbung so restriktiv gehandhabt werde.⁵⁵ Auch die Kampagne im April 2011 „Vertrauen ist gut, Anwalt ist besser“ in Inseraten, Kleinanzeigen und Satellitenanzeigen in Kombination mit der Internetplattform „anwaltssuche.ch“ ergab durchwegs positive Rückmeldungen. Ziel dieser Imagekampagne des SAV war es, „zu helfen, Hemmschwellen abzubauen, das Vertrauen in den Anwaltsstand zu festigen und die Bekanntheit für die Rechtsberatung durch den Anwalt zu steigern.“⁵⁶ Es liegt folglich eine deutliche Differenz vor zwischen der Selbsteinschätzung der Rechtsanwälte zur Anwaltswerbung und der Einschätzung der Rechtssuchenden selbst. Im Gegensatz zur Anwaltschaft selbst scheint die Öffentlichkeit der Anwaltswerbung nämlich viel aufgeschlossener zu begegnen. Der ehemalige Präsident des

⁵¹ Nicht mehr zugängliche Studie abgebildet in: MEYER, Freie Berufe, S. 245; STREBEL, S. 16.

⁵² WETTMANN/JUNGJOHANN, S. 26 f.

⁵³ BROCK, S. 334.

⁵⁴ BACHMANN/LABBÉ, S. 210.

⁵⁵ ROS, Plakatkampagne, S. 27.

⁵⁶ Abrufbar unter: <http://www.sav-fsa.ch/Werbekampagne.756.0.html?&L=0> [Stand, 03.04.2014].

ZAV hat diese Diskrepanz wie folgt formuliert: „Der Wurm muss dem Fisch schmecken, nicht dem Fischer.“⁵⁷

Aufgrund dieser Ergebnisse liegt es auf der Hand, dass ein Teil der Lehre kritisiert, dass der schweizerische Gesetzgeber und die Rechtsprechung dem veränderten Konsumentenbild keine Rechnung tragen.⁵⁸ Insbesondere wird konstatiert, dass man von einem schutzbedürftigen Rechtssuchenden ausgeht, der nicht fähig ist, mit Anwaltswerbung umzugehen. SCHÜTZ formulierte zu Recht, dass „durch dieses allzu sehr am Sozialschutz- und Konkurrenzschutzgedanken orientierte Leitbild [...] die Privatautonomie des Konsumenten permanent zurückgedrängt [wird].“⁵⁹

4. Ergebnis

Das Berufsbild des Anwalts, die Organisation der Anwälte, sowie die Bedürfnisse der Rechtssuchenden haben sich durch die gesellschaftliche Entwicklung stark verändert. Anwälte sind keine „Diener des Rechts“ mehr und unterscheiden sich auch kaum mehr von anderen Gewerbetreibenden. Darüber hinaus konnte festgestellt werden, dass die Konkurrenz insbesondere auf dem Markt der Rechtsberatung, aber auch im forensischen Bereich, stark vorgelegt hat. Befragungen haben ergeben, dass die Öffentlichkeit gegenüber Anwaltswerbung offener eingestellt ist, als die Anwaltschaft selbst. Werbung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht ein wichtiges Instrument zur Schaffung von Markttransparenz und dient den Verbrauchern als Informationsquelle. Festzuhalten ist, dass der Markt für anwaltliche Dienstleistung aus Sicht der Rechtssuchenden intransparent ist und mehr Transparenz gewünscht wäre.

Nachfolgend werden die länderspezifischen Entwicklungen in Deutschland England und den USA, ausgehend von einer kritischen Analyse der geltenden Regelung in der Schweiz, schrittweise erarbeitet. Dabei wird hauptsächlich aus der Perspektive der geltenden schweizerischen Werbebeschränkung analysiert, ob mit Blick ins Ausland Argumentationshilfen für das schweizerische Anwaltsrecht gewonnen werden können.

⁵⁷ BACHMANN/LABBÉ, S. 214.

⁵⁸ SCHÜTZ, S. 119 f.; FRIEDRICH, S. 29; KLEINE-COSACK, S. 5.

⁵⁹ SCHÜTZ, S. 119.

II. Regulierung der Anwaltswerbung vor Inkrafttreten des BGFA

1. Strenge Rechtspraxis unter Berufung auf kantonale Standesregeln

Vor Inkrafttreten der geltenden Werbebestimmung in Art. 12 lit. d des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) regelten die kantonalen Anwaltsverbände die Zulässigkeit der Anwaltswerbung in ihren kantonalen Standesregeln. Rechtsstaatlich problematisch war der Umstand, dass die Gerichte sich im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage direkt auf Standesregeln und damit lediglich auf Vereinsrecht stützten.⁶⁰ Die Werbebeschränkungen waren so offen formuliert, dass die Gerichte sich bei der Begründung hauptsächlich auf Vorentscheide stützten. Mehr als die Hälfte der Kantone regelten noch bis vor rund 20 Jahren die Werbebeschränkungen in Standesregeln und verzichteten auf eine Gesetzesbestimmung in den kantonalen Anwaltsgesetzen.⁶¹ Die Beurteilungskriterien haben sich deshalb auch nicht aus der Gesetzgebung, sondern aus der Rechtsprechung herausgebildet.

Der Kanton Zürich übernahm insofern eine Vorreiterrolle, als er im Jahr 1939 als erster Kanton die Standesregeln auf Gesetzesstufe hob.⁶² Nach der damaligen Regelung in § 7 aAnwG-ZH wurde jede „aufdringliche Empfehlung“ untersagt. Bis zur Einführung des Kartellrechts im Jahr 1995 war Anwaltswerbung faktisch verboten.⁶³ Die strenge Praxis der Aufsichtskommission verbot bspw. bereits die Aufführung der Berufsbezeichnung bei juristischen Publikationen, den Hinweis auf die Ferienabwesenheit in Zeitungsinseraten, das Hervorheben von Eintragungen im Telefonbuch mit Balken oder auch nur schon die Erwähnung des Anwalts-titels in einer ausserberuflichen Tätigkeit.⁶⁴

Zu dieser Zeit schützte das BGer die Entscheide der Aufsichtskommission mit Berufung auf ein hohes öffentliches Interesse an der „Würde des Anwaltsstandes“ und dem „Interesse des Publikums“.⁶⁵ Erst in den 80er- und 90er-Jahren wurde das Werbeverbot vor allem in der Deutschschweiz zunehmend gelockert.⁶⁶ Das Bundesgericht sprach sich bereits vor Inkrafttreten des BGFA mit Blick auf die

⁶⁰ WEGMANN, Berufspflichten, S. 247 f..

⁶¹ MARTY-SCHMID, S. 14 ff.

⁶² ROS, Werbung, S. 113.

⁶³ WOLFFERS, S. 147; BOHNET/MARTENET, S. 600; SALZMANN, S. 268.

⁶⁴ Aufstellung der unveröffentlichten Urteile der Aufsichtskommission, in: SCHÜTZ S. 89 ff.

⁶⁵ BGE 96 I 34 f.; BGE 87 I 262 ff., 265, E.1; BGE 68 I 11 ff., 14, E.1.

⁶⁶ BOHNET/MARTENET, S. 676 f.

Handels- und Gewerbefreiheit stets gegen ein absolutes Verbot der Anwaltswerbung aus, liess es aber zu, die Werbetätigkeit von Anwälten besonderen Schranken zu unterwerfen. Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des BGFA hat folgende Leitlinie formuliert: „Kommerzielle Werbemethoden dürfen [...] im Interesse des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und zur Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit und Unabhängigkeit der Anwaltschaft ausgeschlossen werden, während zurückhaltende und sachlich zutreffende Werbung dem Bedürfnis des Publikums nach Information entgegenkommt und dem Anwalt deshalb nicht grundsätzlich verwehrt sein kann.“⁶⁷ Einer der Ersten, der sich kritisch zum strengen Werbeverbot für Anwälte äusserte, war WEGMANN. Er kritisierte bereits 1969 die strenge Rechtspraxis, da sie den Zweck verfolge, die alteingesessenen Anwälte vor der Konkurrenz der Neulinge zu schützen und es neuen Anwälten erschwere, sich einen Kundenstamm aufzubauen.⁶⁸

2. Liberalisierung der SAV Richtlinie ausgelöst durch das Kartellgesetz

Anstoss für die Liberalisierung der Werberestriktionen war das im Jahr 1996 in Kraft getretene Kartellrecht, das u.a. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für Leistungen erheblich beeinträchtigen oder beseitigen, untersagt. Dabei gelten als Wettbewerbsabreden auch abgestimmte Verhaltensweisen oder tatsächlich befolgte Empfehlungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.⁶⁹

Die Lehre wies den SAV darauf hin, dass Standesregeln, die Anwaltswerbung faktisch vollständig untersagen, den Wettbewerb massgeblich beeinflussen und deshalb mit dem Kartellrecht kollidieren. Zwar würden anwaltliche Werbebeschränkungen den Wettbewerb nicht so direkt wie Honorarvorschriften behindern, wären aber zumindest ein indirekte Eingriffe in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage, da Werbung ein Ausdrucksmittel des Wettbewerbs darstelle.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund hat sich der SAV das Ziel gesetzt, die Bestimmung in Ziff. 6 der Richtlinie des SAV aus dem Jahr 1974, welche „jegliche Reklame und jeglichen Kundenfang“ untersagte, zu reformieren. Obwohl sich die Projektgruppe einig war, dass Anwaltswerbung nicht mehr per se verboten sein sollte, wurde die Regulierungskompetenz auf die kantonalen Anwaltsverbände übertragen. Anwalt-

⁶⁷ BGE 123 I 12, E. 2c/aa S. 17; BGE 123 I 201, E.6b, S. 2010; BGE 125 I 417, E. 5b , S. 426 f.

⁶⁸ WEGMANN, Berufspflichten, S. 248.

⁶⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 KG.

⁷⁰ ZINDEL, S. 440 f.; TERCIER, S. 3 ff.; BOVET, S. 32; STUTZER, S. 95.

liche Werbung sollte nach den neuen Richtlinien des SAV innerhalb der eidgenössischen und kantonalen gesetzlichen Schranken unter „Wahrung der Würde des Anwaltsberufs und Respektierung des Berufsgeheimnisses“ erlaubt sein. Es wurde den kantonalen Verbänden überlassen ausführende Vorschriften zu erlassen. Die Kantone hatten aber von der liberalen Haltung der SAV Richtlinie kaum Gebrauch gemacht und in ihren Bestimmungen die SAV Richtlinien wiederholt oder wenige Konkretisierungen zur damalig verpönten Werbung angefügt.⁷¹

3. Liberalisierungswille des ZAV nach dem UWG-Plus Modell

Der Zürcher Anwaltsverband erliess kurz nach der neuen SAV-Richtlinie im Jahr 1998 als einziger Kanton ein sehr liberales und detailliertes Reglement nach dem Modell „UWG-Plus“.⁷² Werbung sollte, im Sinne einer Erweiterung des Lauterkeitsrechts, unter Beachtung der Gebote der Wahrheit, Klarheit, Sachlichkeit und Zurückhaltung sowie des Berufsgeheimnisses grundsätzlich erlaubt sein.⁷³ Damit übernahm der ZAV gesamtschweizerisch eine Vorreiterrolle. Junge Anwälte sollten die Möglichkeit erhalten, sich mit der wachsenden ausserberuflichen Konkurrenz messen und sich auf dem Markt positionieren zu können.⁷⁴ Trotz der liberalen Tendenzen unter Berücksichtigung der Interessen des ZAV waren die Bestimmungen sehr offen formuliert und wurden von der Rechtsprechung in konservativer Weise so ausgelegt, dass Terminologien aus der alten Rechtspraxis einfließen, wodurch der Liberalisierungswille des ZAV stark abgeschwächt wurde.⁷⁵

4. Ergebnis

Anwaltliche Werbebeschränkungen haben ihren Ursprung in Standesregeln und wurden erst Mitte der 40er Jahre in die kantonalen Anwaltsgesetze übernommen. Die früher vorherrschende Vermischung von Standes- und Berufsrecht war im Hinblick auf die Einschränkung der damaligen Handels- und Gewerbefreiheit höchst problematisch, da Standesregeln lediglich Vereinsrecht darstellten und das Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlagen nicht erfüllt war. Die Beurteilungskriterien zur Bestimmung der unbestimmten Rechtsbegriffe bildeten sich durch die Rechtsprechung heraus. Schon früh wurde die restriktive Praxis kritisiert und in der Lehre die Meinung vertreten, dass die Einschränkungen auf einem Konkurrenzschutzgedanken der alteingesessenen Anwälte beruhen. Erst das Kar-

⁷¹ ZINDEL, S. 441 f.

⁷² VI ZAV vom 27.11.1998.

⁷³ ZINDEL, 441 f.

⁷⁴ Interview mit dem ZAV-Präsidenten Reichenberger, in: ISLER, S. 24.

⁷⁵ MARTY-SCHMID, S. 17.

tellrecht brachte eine Liberalisierung des damaligen faktischen Werbeverbots. Der Kanton Zürich galt als liberalster Kanton betreffend der Zulässigkeit von Anwaltswerbung und berücksichtigte bei der Auslegung des Reglements VI ZAV als erster Kanton das Lauterkeitsrecht i.S. der „UWG-Plus“ Methode. Darüber hinaus war er der einzige Kanton, der in der Form des Reglements VI ZAV über detaillierte Richtlinien hinsichtlich der Beurteilung von konkreten Formen der Anwaltswerbung verfügte.

III. Regulierung der Anwaltswerbung in der Schweiz de lege lata

1. Rechtsgrundlagen der Anwaltswerbung

Die Anwaltswerbung ist in Art. 12 lit. d BGFA geregelt, der es Anwälten erlaubt, *Werbung* zu betreiben, solange diese *objektiv* bleibt und dem *Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit* entspricht.

a) Definition der Anwaltswerbung

Um den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung einzugrenzen, ist es erforderlich den Begriff der Werbung i.S.v. Art. 12 lit. d BGFA zu definieren.

Der Begriff der Anwaltswerbung darf nicht zu eng verstanden werden, da sonst der Gehalt der Norm unterlaufen wird.⁷⁶ Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung fällt neben der Werbung im engeren Sinn jede Form der kommerziellen Kommunikation darunter. Damit ist insbesondere all jene Kommunikation zu verstehen, die planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die von einem Anwalt bzw. einer Anwaltskanzlei angebotenen Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.⁷⁷ Damit fallen Marketing, Public Relations, Verkaufsförderung, Verkaufspromotionen, Sponsorings und selbst Briefpapier, welches nur im Schriftverkehr mit Behörden verwendet wird, unter den Begriff der Anwaltswerbung i.S.v. Art. 12 lit. d BGFA.⁷⁸ Anwaltswerbung dient grundsätzlich dem Zweck Mandanten zu gewinnen. Im Gegensatz zur Produktwerbung steht bei der Anwaltswerbung, als Teil der Dienstleistungswerbung, insbesondere das Hervorheben von Spezialgebieten im Vordergrund. Nur wenige anwaltliche Angebote sind derart einzigartig, dass eine Werbung im Einzelfall lohnend erscheint.⁷⁹ Dadurch verschwimmt bei der Anwaltswerbung die in der Wirtschaft getroffene Grenzziehung zwischen der auf ein Einzelprodukt bezogenen Absatzwerbung und der Öffentlichkeitsarbeit, die primär auf ein positives Erscheinungsbild der Kanzlei ausgerichtet ist.⁸⁰

b) Historische Auslegung

Der Gesetzgeber wollte mit dem Erlass des BGFA am 1. Juni 2002 „eine klarere Unterscheidung zwischen allgemeinverbindlichen staatlichen Berufsregeln und

⁷⁶ SCHÜTZ, S. 69.

⁷⁷ BGE 2c_714/2012 vom 5. Januar 2013; BGE 130 II 87 ff., 93; vgl. FELLMANN, BGFA, N. 113 zu Art. 12 BGFA; SALADIN, S. 50; SCHÜTZ S. 69; BERNHART, S. 1180 f.

⁷⁸ So auch BGE 130 II 87 ff., 93; BGer 2A.111/2003; SALADIN S. 50; SCHÜTZ, S. 69; BOHNET/MARTENET, N. 1485 ff.; FELLMANN, BGFA, N. 113 zu Art. 12 BGFA.

⁷⁹ HAUSER, S. 106.

⁸⁰ PEPELS, S. 639 f.

privaten Standesregeln⁸¹ erreichen. Dieser Norm liegt die Anschauung zu Grunde, dass ein gänzlich Werbeverbot weder im öffentlichen Interesse liegt, noch mit dem Kartellrecht vereinbar ist.⁸² Der Gesetzgeber sprach sich mit Art. 12 lit. d BGFA für eine „klare Lockerung des grundsätzlichen Verbots“ aus und begründete dieses Interesse mit der zunehmenden ausserberuflichen Konkurrenz im nicht-forensischen Bereich sowie der Diskriminierung von Anwälten in Kantonen mit restriktiven Werbebeschränkungen. Darüber hinaus betone er die Informationsfunktion der Werbung für Rechtssuchende und das Liberalisierungstendenzen in ganz Europa zu erkennen seien. Ein generelles Werbeverbot wäre weder für Anwälte noch für Klienten zu rechtfertigen zumal ein öffentliches Interesse an einem Werbeverbot kaum noch bestehe.⁸³ Schliesslich führte es aus, dass auf den Begriff der Berufswürde verzichtet werden, da dieser nicht bestimmbar sei.⁸⁴

Auffallend ist, dass die Botschaft versuchte Anwaltswerbung zu rechtfertigen, während es mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit wünschenswert gewesen wäre, die Einschränkung zu rechtfertigen. Weiter ist störend, dass nirgends ausgeführt wird, was unter dem „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“ zu verstehen ist. Auch die Ausführungen zur „Objektivität“ bieten nur wenig Anhaltspunkte, da lediglich erwähnt wird, dass „beispielsweise besondere Kenntnisse, bevorzugte Tätigkeitsbereiche oder Tarife“⁸⁵ beworben werden dürften. Zur Beurteilung der Anwaltswerbung bietet die Botschaft im Ergebnis nur wenig Anhaltspunkte.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisierte in BGE 130 II 270, dass es sich bei Art. 12 lit. d BGFA um eine abschliessende Regelung handelt und die kantonalen Anwaltsgesetze keine darüber hinausgehenden Berufspflichten aufstellen dürfen, da ansonsten der Harmonisierungswille des Gesetzgebers vereitelt werden würde. Kantonale Aufsichtsbehörden dürfen auf ihre bisherige von den lokalen Standesregeln geprägte Rechtsprechung nur noch beschränkt zurückgreifen. Einzig Art. 16 SSR, als gesamtschweizerisches Standesrecht, dürfe zur Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA herangezogen werden.⁸⁶ Danach muss Werbung der *Wahrheit* entsprechen, das *Berufsgeheimnis* wahren und einen *sachlichen Be-*

⁸¹ Botschaft zum BGFA vom 28.04.1999, BBl. 1999, S. 6040.

⁸² BBl. 1999, S. 6056; FELLMANN, Anwaltsrecht, N. 951 ff.; BOHNET/MARTENET, N 1484.

⁸³ Botschaft zum BGFA vom 28.4.1999, BBl. 1999, S. 6056.

⁸⁴ Botschaft zum BGFA vom 28.4.1999, BBl. 1999, S. 6057.

⁸⁵ Botschaft zum BGFA vom 28.4.1999, BBl. 1999, S. 6057.

⁸⁶ BGE 130 II 270 ff; 275, E. 3.1.1.

zug zur beruflichen Tätigkeit aufweisen. Nachfolgend wird untersucht, ob Art. 12 lit. d BGFA und Art. 16 SSR überhaupt mit der Verfassung- bzw. dem Kartellrecht vereinbar sind und insbesondere, durch welche öffentlichen Interessen die Einschränkung gerechtfertigt sein könnten.

2. Verfassungs- und Kartellrechtskonformität

a) Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV gewährleistet die Freiheit der selbstständigen Erwerbstätigkeit in all ihren Ausgestaltungen und erfasst auch die Freiheit der Werbung.⁸⁷ Auch Anwaltswerbung ist von der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV geschützt. Eingriffe sind i.S.v. Art. 94 Abs. 4 BV aus wirtschaftspolizeilichen Gründen zulässig, nicht aber aus wirtschaftspolitisch oder standespolitisch motivierten Gründen, die den freien Wettbewerb behindern, um bestimmte Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen.⁸⁸ Beschränkungen der Werbefreiheit im Monopolbereich, wie dies bei der Anwaltswerbung der Fall ist, hat das Bundesgericht aber als wirtschaftspolizeilich und nicht als wirtschafts- oder standespolitisch motiviert qualifiziert.⁸⁹ Solche polizeilich motivierten Einschränkungen sind zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit im Sinne der Wettbewerbsneutralität wahren.⁹⁰ Art. 12 lit. d BGFA stellt nach Ansicht des Bundesgerichts eine verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar.⁹¹

Grundsätzlich ist eine verfassungsmässige Überprüfung von Art. 12 lit. d BGFA nicht möglich, da es sich beim BGFA um ein Bundesgesetz handelt, das sich aufgrund der Verfassungsgerichtsbarkeit i.S.v. Art. 190 BV der abstrakten Normenkontrolle entzieht.⁹²

b) Umstrittenes öffentliches Interesse

Prüft man Art. 12 lit. d BGFA trotz Art. 190 BV auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung, so ist insbesondere fraglich, ob ein öffentliches Interesse an der be-

⁸⁷ BGE 124 II 223 ff., 231 E. 3.4.3.; BGE 127 II 91 ff., 100 E. 4.; BGE 123 I 201 ff., 209 E. 6.

⁸⁸ BGE 125 I 417 (422) E. 4a.

⁸⁹ BGE 125 417 (422) E. 4b;

⁹⁰ BGE 123 I 201 ff., 209 ff.

⁹¹ BGer 2A.101/2003 vom 13.12.2003; BGE 2C_713/2012 vom 25.01.13.

⁹² RHINOW, N. 2609.

rufsrechtlichen Werberestriktion besteht, und ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenz nicht verletzt ist.

Sowohl vor als auch nach der Einführung des BGFA bejahte die Mehrheit der Lehre das öffentliche Interesse und die Verfassungskonformität der Werbebeschränkung. Begründet wurde dies massgeblich mit dem Vertrauen in die Anwaltschaft und der Auffassung, dass Anwaltswerbung schädliche Nachfrage generieren würde, was die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege beeinträchtigen könnte.⁹³ Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenz wurde nicht als verletzt angesehen, weil die ausserberufliche Konkurrenz, also bspw. Treuhänder, Banken und Versicherungen keine direkte Konkurrenz darstellten, da sie nicht die gleichen Dienstleistungen an dasselbe Publikum anbieten.

Eine andere Meinung vertreten insbesondere KLEY und SCHÜTZ. Sie kritisieren das öffentliche Interesse an der Einschränkung der Anwaltswerbung. Allein der „Standesschutz“ stelle noch kein genügendes öffentliches Interesse dar. Insbesondere versperre die Werberestriktion für neu in den Markt eintretende Anwälte faktisch den Marktzugang, womit eine indirekte Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV vorliege, die nicht durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden könne. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts missachte konsequent das öffentliche Interesse an einer sachlichen Orientierung des Publikums über die angebotenen Dienstleistungen. Werbung gehöre zu einer Marktwirtschaft und die Marktteilnehmer müssen in der Lage sein, Übertreibungen als solche zu erkennen und nicht vor jeder Werbebotschaft „geschützt“ werden.⁹⁴ Diese Argumentation deckt sich auch mit den Folgerungen im ersten Kapitel, wonach sich einerseits das Berufsbild des Anwalts geändert hat und andererseits die Rechtssuchenden gegenüber Anwaltswerbung offener eingestellt sind als die Anwaltschaft selbst. Seit die forensische Tätigkeit nicht mehr im Mittelpunkt der anwaltlichen Tätigkeit steht, ist die ausserberufliche Konkurrenz sehr wohl ein direkter Konkurrent für Kanzleien auf dem Rechtsberatungsmarkt. Zu Recht wird kritisiert, dass das Interesse der Öffentlichkeit, mittels Werbung über anwaltliche Dienstleistungen informiert zu werden, konsequent nicht beachtet werde.⁹⁵ Im Ergebnis ist m.E. trotz

⁹³ BERNHART, S. 1180; vgl. III. 4. b).

⁹⁴ KLEY, S. 733.

⁹⁵ KLEY, S. 733 f.; übernommen in HANGARTNER, St. Galler Kommentar, Art. 190 N. 21; gl.M. SCHÜTZ, S. 124.

der fehlenden Überprüfbarkeit von Art. 12 lit. d BGFA, das öffentliche Interesse nicht eindeutig gegeben. Folgt man dem angeführten neueren Teil der Lehre, so wäre eine Korrektur mittels verfassungskonformer Auslegung nötig.⁹⁶ Auf die Argumente der Liberalisierungsgegner zum öffentlichen Interesse der Werberegulierung in Art. 12 lit. d BGFA wird später noch näher eingegangen.⁹⁷

c) Meinungs- und Informationsfreiheit

Nach der herrschenden bundesgerichtlichen Praxis wird nur in Ausnahmefällen, wenn der ideelle Wert einer Aussage den kommerziellen Aspekt überwiegt, die Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV herangezogen.⁹⁸ Zwar anerkennt die der neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Werbung in den Geltungsbereich von Art. 10 EMRK fallen kann, hält jedoch weiterhin daran fast, dass Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II keinen weitergehenden Schutz als Art. 27 BV aufweisen.⁹⁹

Ein Teil der Lehre kritisiert, dass durch die Nichtanwendung der Meinungsäußerungsfreiheit auf Werbesachverhalte die strengeren Schranken in Art. 16 BV unterlaufen werden würden.¹⁰⁰ Insofern sei das Schutzniveau in der Schweiz nicht mit demjenigen in Europa vergleichbar. Es wird vorgebracht, dass wirtschaftliche Aussagen ebenfalls im öffentlichen Interesse liegen könnten, wenn bspw. Werbung gesundheitliche, politische oder rechtsstaatliche Aspekte thematisiert. Weiter lassen sich ideelle und kommerzielle Aspekte nicht sachlich klar voneinander trennen. Werbung solle deshalb auch anhand des Grundrechts der Meinungsfreiheit überprüft werden. Darüber hinaus solle generell bei der Werbung auch die Informationsfreiheit der Öffentlichkeit berücksichtigt werden. Die Öffentlichkeit habe regelmässig auch ein Interesse an der Information durch Werbung, da sie marktgerechte Entscheidungen erlaube und Konsumentenschutzaspekte erfülle.¹⁰¹ Oder anders gesagt; Anwaltswerbung kann auch im Interesse der Öffentlichkeit liegen.¹⁰² Würde man diesem Teil der Lehre folge, hätte dies die Konsequenz, dass Anwaltswerbung sowohl durch die Wirtschaftsfreiheit wie auch durch die Meinungs- und Informationsfreiheit geschützt wäre.¹⁰³ Die Überprüfung der An-

⁹⁶ SCHÜTZ, S. 125.

⁹⁷ III. 4. b).

⁹⁸ BGE 128 I 295 ff., 308, E. 5a; BGE 123 II 402 ff., 414 E. 5a; BGE IV 211 ff., 216 E. 3b.

⁹⁹ BGE 130 I 369 ff., 375; BGE 123 I 12 ff., 18 E.2e.

¹⁰⁰ KNAAK/RITSCHER, S. 18; WEBER, Grundlagen, S. 215 ff.; DAVID/REUTTER, S. 27 ff.; S. 297 ff.

¹⁰¹ SCHÜTZ, S. 76 f.

¹⁰² So u.a. in den USA und England vertreten; Vgl. IV.

¹⁰³ Entspricht dem DE Lösungsvorschlag von RICK S. 152 f. m.w.H.

waltswerbung mittels der Meinungsäusserungsfreiheit findet in der amerikanischen und europäischen Rechtsprechung stat.¹⁰⁴ Auf die Auswirkung im Fall der Anwendung der Meinungsäusserungsfreiheit auf die Anwaltswerbung, wird beim Vergleich zur Regelung in England und den USA näher eingegangen.

d) Kartellrechtskonformität

Werbung ist ein wichtiger Wettbewerbsparameter, mit dem die angebotenen Dienstleistungen vermittelt werden können. Das Ziel der Anwaltswerbung liegt darin bei den Mandanten eine positive Einstellung hervorzurufen, um die Erteilung von Mandaten und somit den Geschäftserfolg zu erhöhen. Insofern ist grundsätzlich jegliche Einschränkung der Werbemöglichkeiten eine Behinderung des Wettbewerbs. Da sich aber Art. 12 lit. d BGFA als Bundesgesetz der kartellrechtlichen Kontrolle entzieht, bleibt nur die Möglichkeit zu prüfen, ob es sich bei Art 16 SSR, als gesamtschweizerische Landesregel, um eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG handelt.¹⁰⁵

Art. 16 Abs. 2 SSR bestimmt, dass die Anwaltswerbung der Wahrheit entsprechen, das Berufsgeheimnis wahren und einen sachlichen Bezug zur beruflichen Tätigkeit aufweisen muss. Diese Landesregel ist also restriktiver als der Werbepartikel im BGFA, weshalb zu prüfen wäre, ob es sich um eine erhebliche Wettbewerbsabrede handelt und diese rechtmässig ist. Die neuere Lehre vertritt die Auffassung, dass Art. 16 SSR eine unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 KG darstellt.¹⁰⁶ Im Ergebnis führe Art. 16 SSR auf dem Schweizer Dienstleistungsmarkt für Rechtsberatung, Prozessführung und Notariat zu einer abgestimmten Verhaltensweise, die den Wettbewerb durch die eingeschränkte Werbetätigkeit erheblich beeinträchtigt und nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könne.¹⁰⁷ Insofern solle das BGer davon absehen, Art. 16 SSR bei der Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA zu berücksichtigen. An dieser Stelle ist bereits festzuhalten, dass im nachfolgend jüngsten Bundesgerichtsentscheid Art. 16 SSR zwar nicht mehr erwähnt wurde, aber das Kriterium der Sachlichkeit bei der Auslegung weiterhin eingeflossen ist. Mit Blick auf die Einschätzung der neueren Lehre ist dies nicht unproblematisch.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Vgl. IV. 4. c) aa).

¹⁰⁵ BGE 120 II 270 ff.

¹⁰⁶ HAUSER, S. 119; SCHÜTZ, S. 164.

¹⁰⁷ HAUSER, S. 118 ff.; SCHÜTZ, S. 164.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 2C_713/2012 vom 25.01.13.

3. Stand der Rechtsprechung

a) Kantonale Rechtsprechung zu Art. 12 lit. d BGFA

Am umfangreichsten zur anwaltlichen Werbebeschränkung äusserten sich die kantonalen Behörden und Gerichte. Mit Blick auf die Rechtsprechung auf kantonalen Ebene fällt auf, dass die Aufsichtskommission des Kantons Zürich, die Rechtsbegriffe in Art. 12 lit. d BGFA stets liberal angewandt hat. So beurteilte die Aufsichtskommission bspw. die Abgabe von Empfehlungsschreiben an Besucher eines Informationsabends mit einer Offerte für Entschädigungsverfahren¹⁰⁹, ein Communiqué in den Medien gegen Veruntreuungshandlungen eines Gläubigers¹¹⁰, die Nennung der Berufsbezeichnung „RA“ im Zeitungsinserat¹¹¹, den TV-Auftritt eines Anwaltes mit Äusserungen zu einer rechtshängigen Streitsache ohne sachfremde Ziele¹¹² und selbst die Zusendung von Rundschreiben mit Anwaltsvollmacht und Rechnung an Haushalte zur Beschwerdeführung gegen eine Projektierungszone¹¹³ nicht als Verletzung von Art. 12 lit. d BGFA.

Insbesondere drei Punkte fallen bei der Analyse der kantonalen Erwägungen auf. *Erstens* zieht es die Aufsichtskommission vor, den Sachverhalt unter die offene Generalklausel des Art. 12 lit. a BGFA – sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung- zu subsumieren, anstatt sich mit dem Art. 12 lit. d BGFA auseinanderzusetzen. Dies spiegelt die Rechtsunsicherheit mit dieser Norm wider. *Zweitens* verlangt die Aufsichtskommission in einigen Entscheiden bei der Auslegung der „Objektivität“, dass einerseits die lauterkeitsrechtlichen Grundsätze und andererseits darüber hinausgehende Kriterien, insbesondere aus dem damaligen Reglement VI ZAV, dem § 7 Abs. 2 aAnwG und der früheren Rechtspraxis, erfüllt sein müssen. Dazu gehört bspw. das Verbot „reisserischer“, „aufdringlicher“ oder „marktschreierischer“ Werbung sowie der Eigenwerbung durch übermässiges „Sicherherausstellen“. Die Zürcher Rechtsprechung stellte zwar bereits im Jahr 2007 Verbindungen zum UWG her, der Bezug erfolgte aber nur für das Kriterium der „Objektivität“, während das Informationsbedürfnis als weitere Einschränkung verstanden wurde. Selbst den Entscheiden mit lauterkeitsrechtlichem Bezug ist gemein, dass sie immer Bezug auf Kriterien aus der früheren Rechtspraxis neh-

¹⁰⁹ AK ZH, Entscheid vom 06.05.04, E. 2c, ZR 2005, S. 161.

¹¹⁰ Unpublizierter Entscheid vom 03.06.04 (KG030028/U), E. II. 3 vgl. SCHÜTZ, S. 132.

¹¹¹ Unpublizierter Entscheid vom 07.10.04 (KG040025/U), E. III. 2. und 3. vgl. SCHÜTZ, S. 133.

¹¹² Unpublizierter Entscheid vom 02.12.04 (KG040029/U), E. IV. 3. vgl. SCHÜTZ, S. 134.

¹¹³ Unpublizierter Entscheid vom 05.07.07 (KG060011/U), E. III. 1. vgl. SCHÜTZ, S. 135 f.

men. Im Ergebnis folgt die kantonale Rechtsprechung der Aufsichtscommission einer Auslegung im Sinne des „UWG-Plus“.

b) Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 12 lit. d BGFA

Seit Inkrafttreten des Art. 12 lit. d BGFA hat sich das BGer erst in zwei Entscheidungen mit der anwaltlichen Werbebestimmung auseinandergesetzt.¹¹⁴ Zuerst werden diese zwei Entscheide analysiert und anschliessend wird auf die kantonale Rechtsprechung der Aufsichtscommission im Kanton Zürich eingegangen.¹¹⁵

Wenig informativ in Bezug auf Art. 12 lit. d BFA war der BGE aus dem Jahr 2006 in dem eine Werbeaktion eines Basler Anwalts zu beurteilen war. Er hat im Herbst 2004, als bekannt wurde, dass die bei Dieter Behring¹¹⁶ angelegten Kundengelder verloren waren, in Chiffre-Inseraten mit folgendem Wortlaut seine Dienste angeboten: „Geldanlage verloren? Diskrete Einbringung durch Anwaltsbüro in Basel. Einschreibengebühr CHF 1‘000.--. Anwaltshonorar nur im Erfolgsfall gemäss Vereinbarung“. In seiner Erwägung stellte das BGer zwar ausführlich fest, dass das Verbot des Erfolgshonorars verletzt wurde. In Bezug auf die Werbung liess das BGer aber offen, ob lediglich „unlautere bzw. täuschende Werbung“ untersagt, oder wie bis anhin „aufdringliche, marktschreierische Werbung [...]“¹¹⁷ verboten bleibe. Es liess ferner offen, ob bei der Auslegung der „Objektivität“ und dem „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“ nur das UWG oder die ältere Rechtspraxis beizuziehen ist.

Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Entscheids vom 25. Januar 2013 bildete die Frage, ob die von einer Anwaltskanzlei geplante beleuchtete Fassadenanschrift „X Advokatur & Notariat“ am Bürogebäude an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung gegen Art. 12 lit. d BGFA verstosse. Das BGer knüpfte bei der Auslegung der Merkmale der Objektivität und des Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit an die Bundesgerichtspraxis vor Inkrafttreten des BGFA an.¹¹⁸ Nach dieser Rechtspraxis soll Anwaltswerbung „primär Werbung informativer Art sein

¹¹⁴ BGE 2A.98/2006 vom 24.07.06; BGE 2C_713/2012 vom 25.01.13.

¹¹⁵ Dabei liegt der Fokus auf dem Kanton Zürich, da er mit 2‘935 am meisten aktive SAV-Mitglieder aufweist: vgl. Mitgliederstatistik SAV 2004-2014, abrufbar unter: https://www.sav-fsa.ch/fileadmin/user_upload/sav/Mitgliederstatistik/Mitgliederstatistik_2014.pdf [Stand, 25.05.2014].

¹¹⁶ NZZ vom 25. April 2005, Einblick in das System „Behring“, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/articlea135g-1.102281> [Stand: 25.05.2014].

¹¹⁷ BGE 2A.98/2006 vom 24.07.06, E. 4.

¹¹⁸ BGE 2C_713/2012, E. 4.3.

und – über die lauterkeitsrechtlichen Grenzen hinaus – auf reisserische, aufdringliche und marktschreierische Methoden verzichten¹¹⁹. Ferner wurde erstmals zur Begründung des öffentlichen Interesses ein Bezug zum europäischen Recht hergestellt. Danach ist auf europäischer Ebene ein Interesse an einer ordnungsgemässen und qualitativ hochstehenden Ausübung der Anwaltstätigkeit anerkannt.¹²⁰

Damit hat das BGer seine aus dem Entscheid von 2006 offen gelassene Frage zur Anwendung der Rechtspraxis bei der Auslegung des BGFA konkretisiert und verlangt nun ausdrücklich von Art. 12 lit d. BGFA *über das UWG hinausgehende Kriterien*. Es begründet seine restriktive Auslegung damit, dass bei der Anwaltswerbung „nach tradierter Auffassung aus öffentlichen Interessen“¹²¹ engere Grenzen gesetzt seien als sich aus der allgemeinen Rechtsordnung ergeben. Entsprechend könne „der Staat zum Publikumsschutz sowie zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Regeln für eine ordnungsgemässe und qualitativ hochstehende Ausübung der Anwaltstätigkeit aufstellen.“¹²² Anwaltswerbung diene dabei auch ideellen Interessen, indem sie der Klientschaft eine sachgerechte Anwaltswahl erlaube und damit einen Beitrag zum guten Funktionieren der Rechtspflege leiste. Im Ergebnis gewichtet das Bundesgericht das Vertrauen in die Anwaltschaft höher als die Wirtschaftsfreiheit der Anwälte. Es führt aus, dass den kantonalen Behörden bei der Auslegung der „Objektivität“ und dem „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“ ein Beurteilungsspielraum zusteht, der sich den jeweiligen örtlichen und sachlichen Gegebenheiten situationsgerecht anpassen lasse und dabei auch die im Laufe der Zeit gewandelten Anschauungen aufnehmen könne.¹²³

Sodann gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass die geplante Fassadenbeschriftung bei einer Gesamtbetrachtung die erforderliche „Zurückhaltung in gestalterischer Hinsicht“ bzw. die „formale Sachlichkeit“ – vermissen lässt. Insofern sei der den kantonalen Behörden zustehende Ermessensspielraum nicht zu beanstanden.

¹¹⁹ BGE 2C_713/2012, E. 6.2.2.

¹²⁰ BGE 2C_713/2012, E. 5.2.

¹²¹ BGE 2C_713/2012, E. 4.4.

¹²² BGE 2C_713/2012, E. 5.1.

¹²³ BGE 2C_713/2012 vom E. 6.3.2., E. 7.2.

Im Ergebnis berücksichtigt der jüngste Bundesgerichtsentscheid bei der Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA die Rechtspraxis vor Inkrafttreten des BGFA und stellt weiter klar, dass das BGFA über das Lauterkeitsrecht hinausgehende Interessen schützt. Insofern folgt es, wie die kantonale Rechtsprechung dem „UWG-Plus“-Ansatz, der bereits im ZAV-Reglement von 1999 angewendet wurde.

c) Kritik der Lehre an der Rechtsprechung

Der Entscheid vom 15. Januar 2013 wurde von der Anwaltschaft und Aufsichtsbehörde mit Spannung erwartet. Das Bundesgericht hatte sich seit dem Inkrafttreten des BGFA weder dazu geäußert, ob die unter Geltung der früheren kantonalen Anwaltsgesetze und unter Berücksichtigung der Standesregeln der Anwaltsverbände entwickelte Praxis weiterhin angewendet wird, noch welche Bedeutung dem UWG bei der Auslegung der Objektivität zukommt. Die Erwartungen, dass mit Inkrafttreten des BGFA der früheren kantonalen Rechtspraxis keine Bedeutung mehr zukommt und die Vorschriften des UWG genügen würden, wurden aber enttäuscht. Das Bundesgericht hält an der *vor* dem Inkrafttreten des BGFA entwickelten kantonalen Rechtsprechung fest.

Die Kommentare zum Entscheid fielen unterschiedlich aus. SCHOTT kritisiert, dass durch die Berufung auf die Rechtspraxis *vor* Inkrafttreten des BGFA zusätzliche Hürden aufgestellt würden, die nicht normiert sind. Indem das BGer verlangt, dass Anwaltswerbung nur informativer Natur sein darf und reisserische, marktschreierische und aufdringliche Werbung für Anwälte verboten ist, werde der Liberalisierungs- und Harmonisierungszweck des BGFA vereitelt.¹²⁴ Darüber hinaus kritisiert er, dass die *formelle Sachlichkeit* ein Thema des Raumplanungs- und Baurechts sei. Es sei insofern schleierhaft, welche Rechtsgüter mit dem Erfordernis der *formellen Sachlichkeit* überhaupt geschützt werden sollen. Das Gericht nenne zwar als Grund das Vertrauen des Publikums in die freie Anwaltschaft und das öffentliche Interesse an einer *sorgfältigen gewissenhaften Berufsausübung*, stelle aber nicht klar, ob und inwiefern diese Interessen mit der Fassadenwerbung verletzt werden. Im Ergebnis werde damit den kantonalen Vollzugsbehörden eine rechtlich kaum mehr beschränkte Befugnis eingeräumt, Fassadenreklamen aufgrund der fehlenden „Objektivität“ bzw. „Zurückhaltung“ per se zu verbieten.

¹²⁴ SCHOTT, S. 280 f.

SCHOTT argumentiert damit ähnlich wie bereits SCHÜTZ im Jahr 2010. SCHÜTZ weist im Wesentlichen auf zwei Widersprüche hin. *Erstens*, dass der Wortlaut der Bestimmung des Art. 16 Abs. 2 SSR aus dem Zürcher Reglement aus dem Jahr 1998 stammt, welcher wiederum im Zürcher Reglement VI ZAV seinen Ursprung hat. „Falls also bei der Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA die Bestimmung von Art. 16 Abs. 2 SSR miteinbezogen wird – wie es das BGer in Erwägung zieht – so fließt dadurch wiederum indirekt das Reglement VI ZAV und damit früheres kantonales Standesrecht ins BGFA ein.“¹²⁵ Dies zeigt sich auch in der Praxis der Aufsichtskommission, die sich nach wie vor auf die damaligen Reglemente und Terminologien aus der früheren Rechtspraxis stützt.¹²⁶ Die Aufsichtskommission ist mithin der Auffassung, dass ihre damalige Rechtsprechung genügend liberal ausgestaltet war und weitergeführt werden kann. Dies, so SCHÜTZ, widerspricht aber dem Liberalisierungswillen des Gesetzgebers, mit der Schaffung des BGFA eine klarere Unterscheidung zwischen allgemein verbindlichen staatlichen Berufsregeln und privaten Standesregeln zu erreichen.¹²⁷

Zweitens widerspricht diese Vorstellung auch dem bereits erwähnten BGE 130 II 207, der eine klare Trennung zwischen Berufs- und Standesrecht postulierte.¹²⁸ Um diese Widersprüche aufzuheben, verlangt SCHÜTZ deshalb, dass das BGer zukünftig bei der Auslegung des Art. 12 lit. d BGFA, die SSR nicht mehr berücksichtigt. Dafür spricht darüber hinaus auch die bereits festgestellte Kollision mit dem Kartellrecht.¹²⁹

STERCHI hingegen ist der Meinung, dass man die Anwaltswerbung nicht mit der Werbung von Nicht-Anwälten messen sollte. Es wäre nicht im Interesse des rechtssuchenden Publikums, wenn die Werbung i.S. einer „Amerikanisierung“ gelockert werden würde. Es sei bekanntlich schwierig „einen fahrenden Zug zu bremsen, wenn er einmal in voller Fahrt ist“¹³⁰.

d) Vergleich mit anderen Freiberuflern

In seinem jüngsten Entscheid hat das Bundesgericht erwogen, dass sich die Werbeschränkung insofern rechtfertigen lasse, als dass in anderen freien Berufen

¹²⁵ SCHÜTZ, S. 147.

¹²⁶ Insbesondere das Reglement VI ZAV und § 7 Abs. 2 aAnwG.

¹²⁷ Botschaft zum BGFA vom 28.04.1999, BBl 1999, S. 6040; vgl. III 1. b).

¹²⁸ BGE 130 II 270 ff., 275, E. 3.1.1.

¹²⁹ Vgl. II. 2. d).

¹³⁰ STERCHI, S. 5.

Werbebeschränkungen ebenfalls zulässig seien. So nennt es u.a. als Beispiel Art. 40 lit. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe. Diese Werbebeschränkung für Ärzte erlaube auch Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.¹³¹ Damit gibt es implizit zur Kenntnis, dass bei Freiberuflern Werbebeschränkungen im Vergleich zu anderen Gewerbetreibenden eher geboten sind.

Es wurde bereits ausgeführt, dass die normative Qualität des Begriffs „Freiberufler“ umstritten ist und an Bedeutung verloren hat.¹³² An eben dieser Stelle soll jedoch nicht allgemein auf Zweckmässigkeit dieser Unterteilung eingegangen werden.¹³³ Die zentrale Frage lautet vielmehr, inwiefern die Kategorisierung als Freiberufler Einfluss auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von Werbebeschränkungen hat. Der Anwalt unterscheidet sich im heutigen Berufsbild nicht mehr grundlegend von anderen Gewerbetreibenden. Insbesondere stellt das fehlende Gewinnstreben kein geeignetes Abgrenzungsmerkmal mehr dar. Weder im Handels-, noch im Steuer- oder Wettbewerbsrecht findet eine Sonderbehandlung gegenüber anderen Gewerbetreibenden statt. Mit Blick auf die Werbebeschränkung ist insofern eine Abgrenzung der freien Berufe zu den normalen Gewerbetreibenden wenig hilfreich.¹³⁴ Genau so wenig Aussagekräftig ist auch ein Vergleich zu anderen freien Berufen, wie in casu den Ärzten.

Die Regulierung der Werbung bei Medizinalberufen erfolgt unter Berufung auf das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der besonderen Stellung des Arztes im Gesundheitswesen und nicht im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege.¹³⁵ Konsequenterweise sollte sich die Rechtfertigung der durch Werbebeschränkungen vorgenommenen Einschränkungen ausschliesslich am jeweiligen öffentlichen Interesse orientieren und nicht an der Unterteilung in eine bestimmte Berufsgruppe. Argumente, welche nicht dem öffentlichen Interesse dienen, sondern dem Konkurrenzschutz oder der Standesmoral, sollten demzufolge nicht zur Legitimation herangezogen werden.¹³⁶ Nicht zuletzt ist zu erwähnen, dass die WEKO im Jahr 2001 in einer Empfehlung fest-

¹³¹ BGE 2C_713/2012, E.5. vom 25.01.13.

¹³² I. 2. b).

¹³³ Vgl. umfassend dazu: BOMBA, S. 66 ff.

¹³⁴ BOMBA, S. 67; RICK, S. 71; BMWI, S. 23 ff.

¹³⁵ BOMBA, S. 238.

¹³⁶ BOMBA, S. 371.

gehalten hat, dass kantonale Werberestriktionen für die Angehörigen der Gesundheitsberufe überflüssig wären, da bereits das UWG regelt, dass täuschende und irreführende Werbung unzulässig ist. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit ist bereits durch gesetzliche Werberestriktionen für bestimmte problematische Bereiche wie Medikamente, Lebensmittel, Alkohol und Tabak gewährleistet.¹³⁷

Vorbildlich ist an dieser Stelle die Rechtsprechung des BVerfG, das sich bei der Einschränkung von Grundrechten durch Werberegeln strikt am öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit orientiert.¹³⁸ Im Ergebnis zeigen die Einteilung des Anwalts als Freiberufler und der Vergleich mit anderen Freiberuflern keinen Einfluss auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von Werbebeschränkungen.

4. Stand der Lehre

a) Meinungsstreit über die Schranken der Anwaltswerbung

In der Lehre herrscht ein Meinungsstreit darüber, ob sich aufgrund der besonderen Stellung des Anwalts eine engere Beschränkung der Anwaltswerbung durch das BGFA im Sinne eines UWG-Plus-Ansatzes rechtfertigt, oder ob Anwaltswerbung auch alleine dem UWG unterstellt werden könnte.

aa) UWG-Plus Lösungsansatz

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, wonach anwaltliche Werbung unter Berücksichtigung der früheren kantonalen Rechtsprechung zu beurteilen ist, nach der keine erhebliche Liberalisierung erkennbar ist.¹³⁹ Die jüngste Rechtsprechung und einige Lehrmeinungen berücksichtigen bei der Auslegung der Objektivität darüber hinaus lauterkeitsrechtliche Grundsätze und postulieren einen sog. „UWG-Plus“-Lösungsansatz. Danach rechtfertigt die besondere Stellung und Funktion des Anwalts eine über das UWG hinausgehende Beschränkung der Anwaltswerbung.¹⁴⁰ Die Grundsätze des Lauterkeitsrechts¹⁴¹ werden nur auf das Tat-

¹³⁷ Empfehlungen der Wettbewerbskommission nach Artikel 45 Absatz 2 des Kartellgesetzes (KG) vom 5.11.2001 betreffend Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Wallis, RPW 2001, S. 778.

¹³⁸ BVerfG, Entscheid vom 14.7.1987, NJW 1988, S. 191 ff.

¹³⁹ BERNHART S. 150 f.; BOHNET/MARTENET N. 1519; RAMSEYER S. 194; MEIER, Probleme, S. 34; vgl. auch STERCHI S. 5.

¹⁴⁰ FELLMANN, BGFA, N. 115 f. zu Art. 12 BGFA; BOHNET/MARTENET N. 1519; RAMSEYER S. 194; AK ZH, unpublizierter Entscheid vom 05.07.2007 (KG060011/U), E. III. 1; vgl. SCHÜTZ, S. 148.

¹⁴¹ Art. 2 UWG: Anwaltswerbung darf nicht unlauter sein, den Klienten nicht täuschen und den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzen.

bestandsmerkmal der Objektivität beschränkt, während das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit einschränkender verstanden wird.¹⁴² Die engere Beschränkung wird im Wesentlichen mit der besonderen Stellung des Anwalts im Rechtssystem begründet, auf die im nächsten Abschnitt ausführlich eingegangen wird. Eine Aussenseitermeinung vertritt HESS mit der Auffassung, dass das Erfordernis der Sachlichkeit i.S.v. Art. 16 Abs. 2 SSR noch restriktiver als Art. 12 lit. d BGFA zu verstehen ist.¹⁴³

Zu Recht wird kritisiert, dass bei der UWG-Plus Lösung die Frage der praktischen Bedeutung des Art. 12 lit. d BGFA angebracht ist. Schliesslich sei es nicht umstritten, dass der Anwalt dem Lauterkeitsrecht untersteht. Dass der Anwalt bei der Werbetätigkeit die Berufsregeln des BGFA beachten muss, ergibt sich bereits aus dem ersten Satz des Art. 12 BGFA. Insofern müssten Anwälte auch ohne Art. 12 lit. d BGFA objektiv Werbung betreiben. Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit ist so auszulegen, dass Werbung sog. Mindestangaben über Ausbildung, Qualifikation, Tätigkeitsgebiet und Spezialisierung machen sollte. Alles was darüber hinaus noch vom Kriterium Informationsbedürfnis umfasst wird, sollte durch die Werbeadressaten festgelegt werden. Da die Kriterien der Rechtssuchenden aber zahlreich und sehr unterschiedlich sein können, verliert diese Bestimmung an Bedeutung.¹⁴⁴ Weiter gelten die Bestimmungen nicht für alle Anbieter rechtlicher Dienstleistungen, womit die im Anwaltsregister eingetragenen Anwälte im Verhältnis zur ausserberuflichen Konkurrenz benachteiligt werden. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht lasse sich diese Marktzutrittsschranke mit der Würde des Anwaltsstandes nicht rechtfertigen und sei *de lege ferenda* deshalb nicht erforderlich.¹⁴⁵

bb) UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA

Der andere *Teil der Lehre* vertritt die Auffassung, dass zur Beurteilung der Anwaltswerbung das UWG ausreicht.¹⁴⁶ Diese Lehrmeinung bestreitet im Wesentlichen ein über das Lauterkeitsrecht hinausgehendes öffentliches Interesse an der Einschränkung von Anwaltswerbung. Konsequenterweise verfolgt das BGFA

¹⁴² FELLMANN, BGFA, N. 115b zu Art. 12 BGFA: Definiert eigene Voraussetzungen und will Werbung mit massenpsychologischer Wirkung, propagandamässiger Strategie, stupider Wiederholung oder aufdringlicher Beeinflussung verbieten.

¹⁴³ HESS S. 111.

¹⁴⁴ HAUSER, S. 119.

¹⁴⁵ HAUSER, S. 210.

¹⁴⁶ KLEY, S. 734; SCHILLER, N. 1617; SCHÜTZ, S. 409 f.; vgl. auch SCHOTT, S. 409.

mangels anderer öffentlicher Interessen den gleichen Zweck wie das UWG; nämlich den Rechtssuchenden vor Irreführungen und Täuschungen zu schützen. Das UWG eignet sich besser zur Regulierung der Anwaltswerbung, da es sich mit Rechts- und nicht mit Geschmacksfragen befasst.¹⁴⁷ Geschmacksfragen seien dem Markt zu überlassen und nicht durch die Rechtsprechung festzulegen. Das Lauterkeitsrecht biete umfassende und praxisnahe Richtlinien sowie eine konstante Rechtspraxis. Diese verbietet insbesondere überrumpelnde, belästigende, irreführende und täuschende Werbung. Dadurch würde es, im Gegensatz zur unklaren derzeitigen Situation, Rechtssicherheit im anwaltlichen Werbebereich schaffen. Es seien ferner keine Werbemassnahmen denkbar, die nicht durch das UWG gedeckt, aber durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sein könnten. Eine lauterkeitsrechtliche Überprüfung könne sogar strenger ausfallen als eine berufsrechtliche. Nicht zuletzt könne so dem neuen Konsumentenbild Rechnung getragen werden, indem von einem vernünftigen und durchschnittlich begabten Verbraucher ausgegangen wird, anstatt per se von einem tiefen Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit auszugehen. Schliesslich könnte durch die Anwendung des UWG im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern Rechtsgleichheit geschaffen werden.¹⁴⁸ Wie sich noch zeigen wird, unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland insofern, als dass es dort üblich geworden, ist Anwaltswerbung im Rahmen des Lauterkeitsrechts zu prüfen.¹⁴⁹

b) Kritische Analyse der Argumente der Liberalisierungsgegner

Ein Blick in die Lehre zeigt, dass der Darstellung der Gründe, welche für oder gegen eine Liberalisierung sprechen, mehr Aufmerksamkeit gewidmet wird als der Auslegung der Tatbestandsmerkmale. Lehre und Praxis begründen die Regulierung der Anwaltswerbung im Wesentlichen mit der Aufrechterhaltung der Würde des Anwaltsberufes¹⁵⁰ bzw. dem Ansehen des Berufsstandes¹⁵¹, weshalb eine Kommerzialisierung¹⁵² verhindert werden sollte. Ferner soll das Vertrauen in den Anwalt¹⁵³ sowie dessen Unabhängigkeit und Selbstverantwortlichkeit nicht beeinträchtigt werden. Diese Gründe entsprechen dem Schutzzweck des Art. 12 lit. d BGFA und werden nachfolgend kritisch analysiert.

¹⁴⁷ SCHÜTZ, S. 408 f.

¹⁴⁸ SCHÜTZ, S. 409 f.

¹⁴⁹ Vgl. IV. 1.

¹⁵⁰ ROS, Werbung, S. 310 ff.

¹⁵¹ WOLFFERS, S. 149; ROS, Werbung, S. 313, FELLMANN, Anwaltswerbung, S. 176.

¹⁵² WOLFFERS, S. 149 m.w.H.

¹⁵³ WOLFFERS, S. 150; FELLMANN, Anwaltswerbung, S. 176 ff; RING, N. 16.

aa) Verfälschung des Berufsbildes und Verfall der Standeswürde

Die grösste Befürchtung bei der anwaltlichen Werbung sehen die Gegner in der Verfälschung des Berufsbildes und dem Verfall der Standeswürde.¹⁵⁴

Diese Befürchtungen blenden aus, dass die Berufswürde kein statischer, sondern ein dynamischer Begriff ist. Es wurde bereits deutlich, dass sich der Anwaltsberuf und damit auch das Berufsbild verändert haben und es kein einheitliches Berufsbild mehr gibt.¹⁵⁵ Die Anpassung an das gewandelte Berufsbild ist nicht verwerflich, sondern Voraussetzung für die Sicherung der Existenzgrundlage der Anwaltschaft.¹⁵⁶ Auch die Berufung auf die Standeswürde ist praxisfremd, da auch Anwälte Erwerbstätige sind und ihre Existenz durch ein Einkommen sichern müssen. Einen „Anwaltsstand“ als einheitliche Gesellschaftsschicht, die nur durch ethische Motive geleitet wird, gibt es nicht mehr. Es besteht kein Bedürfnis mehr an einem System von Ständen.¹⁵⁷ In Anbetracht der werbenden Konkurrenz, deren Ansehen durch Werbung nicht beeinträchtigt wurde, ist es fraglich, inwiefern die Anwaltschaft durch Werbung an Verantwortungsbewusstsein und Vertrauenswürdigkeit einbüßen würden. Die Befürchtungen einer Flut von aufdringlicher Anwaltswerbung ist, in den Worten von BAUMGARTNER, widersprüchlich, da einerseits die Standeswürde hervorgehoben wird und andererseits davon ausgegangen wird, dass die Liberalisierung der Werbebestimmungen zur hemmungslosen Ausnützung führen würde.¹⁵⁸

bb) Profitstreben und Vertrauen der Klienten

Weiter wird befürchtet, dass durch die Liberalisierung von Anwaltswerbung das Profitstreben im Vordergrund stehen wird und folglich das Vertrauen der Klienten in die Anwaltschaft darunter leiden würde. Der Wettbewerb sollte deshalb nicht mittels Werbung, sondern durch berufliche Tüchtigkeit und qualitativ hohe rechtliche Dienstleistung erfolgen.¹⁵⁹

¹⁵⁴ BERNHART, S. 1180; WEGMANN, Berufspflichten, S. 248; DUBACH, S. 59a; WEGMANN, Anwalt, S. 305.

¹⁵⁵ Vgl. I. 3.; Botschaft zum BGFA vom 28.04.1999, BBl. 1999, S. 6057.

¹⁵⁶ SCHÜTZ, S. 104 f.; deutsche Lehre: MÄLZER, S. 141 f.; NAGEL, S. 81 ff.; RICK, S. 164 f.

¹⁵⁷ SCHÜTZ, S. 105. deutsche Lehre: RICK, S. 195; PFISTER, Marketing, S. 19 f.

¹⁵⁸ BAUMGARTNER, S. 361 f.

¹⁵⁹ DUBACH, S. 59a.; STERCHI, Art. 14 N. 1; WEGMANN, Berufspflichten, S. 248; VON BÜREN, Steuern, S. 354; deutsche Lehre: MÄLZER, S. 143 ff.; STEINER, S. 3; RICK, S. 161 f.

Diese Befürchtung ist widersprüchlich, da aus diesem Blickwinkel fast alle Berufe als untüchtig gelten dürften, die Werbung betreiben. Tüchtigkeit und Werbung stehen nicht im Gegensatz zueinander. Im Gegenteil, wer tüchtig ist, betreibt auch Werbung. Mit Tüchtigkeit kann insofern auch nur jemand werben, der an genügend Mandate kommt und Mandate muss man sich erst irgendwie verschaffen.¹⁶⁰ Auch wird das Vertrauen in die Anwaltschaft nicht beeinträchtigt, da ein Vertrauensverhältnis erst mit Abschluss des Mandatsvertrages zustande kommt. So wurde bspw. bei Banken nicht durch die Werbepaxis, sondern aufgrund der Finanzkrise aufgedeckten Misstände das Vertrauen gemindert. Ein Vertrauensverhältnis wird vielmehr durch die Dienstleistung selbst aufgebaut. Es wird gefordert, dass man sich von der „unterschwellig mitklingenden Vorstellung lösen soll, Werbung sei ein unmoralisches Phänomen, welches das Vertrauen einer ganzen Berufsgruppe beeinträchtigen könnte“.¹⁶¹

cc) Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

Eine weitere Rechtfertigung für berufsrechtliche Restriktionen ist das Argument betreffend Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, das auch im jüngsten Entscheid ins Feld geführt wird.¹⁶² Anwaltswerbung sei zwangsweise irreführend, weil die komplexe juristische Tätigkeit mit einer Werbung gar nicht objektiv dargestellt werden könne. Insofern sei der Publikumsschutz hoch zu werten, da der Verbraucher das erhalten soll, was er sich aufgrund der Werbung erhofft hat und vernünftigerweise erwarten darf.¹⁶³

Unklar ist, weshalb durch Anwaltswerbung der Verbraucher nicht das erhält, was er sich erhofft bzw. erwartet hat. Im Gegenteil verschafft Anwaltswerbung den Rechtsuchenden und Verbrauchern erst die nötige Information, um sich marktgerecht entscheiden zu können.¹⁶⁴ Information stellt insofern den besten Publikumsschutz dar. Es liegt auf der Hand, dass der Publikumsschutz durch Irreführung und Täuschung vereitelt wird. Eine Beschränkung durch berufsrechtliche Werberestriktion ist dazu aber nicht nötig, dazu reichen die Bestimmungen des UWG. Unklar ist insofern, weshalb Anwaltswerbung irreführender sein sollte als Werbung für andere Dienstleistungen und deshalb einen höheren Publikumsschutzes be-

¹⁶⁰ SCHÜTZ, S. 106; WEGMANN, Anwalt, S. 306; SALZMANN, S. 270.

¹⁶¹ SCHÜTZ, S. 108.

¹⁶² BGE 2C_713/2012, E. 5.1.; WINTZER/NACHTIGÄLLER, S. 119 f.

¹⁶³ SUE, S. 65.

¹⁶⁴ SCHÜTZ, S. 111.

darf.¹⁶⁵ Die Rezeption dieser Argumentation im jüngsten Entscheid zeigt, dass weiterhin von einem unmündigen Publikum ausgegangen wird, welches nicht fähig ist, ein Plakat mit der Aufschrift der Kanzlei richtig einzuschätzen. Diese Einschätzung ist aber praxisfremd und entspricht auch nicht dem veränderten Konsumentenbild.¹⁶⁶

dd) Unabhängigkeit der Anwaltschaft

Befürchtet wird sehr oft auch, dass Werbung die „Unabhängigkeit des Anwalts als Organ der Rechtspflege“¹⁶⁷ gefährden könnte. Inwiefern diese gefährdet sein könnte, wird aber meist nicht näher ausgeführt.

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein Anwalt, welcher durch eine Werbemaßnahme zu Klienten kommt, weniger abhängig sein sollte als sein Berufskollege, der mit persönlicher Bindung an Klienten kommt. Im Gegenteil; kommt ein Anwalt durch Werbung zu mehr Klienten, steigert sich dadurch gerade seine wirtschaftliche Unabhängigkeit. Er ist dann auch nicht moralisch verpflichtet, Mandate in Rechtsgebieten anzunehmen, die er nicht beherrscht. Anwälte mit wenigen Aufträgen geraten vielmehr in Versuchung unverhältnismässigen Aufwand zu betreiben, um ein höheres Honorar zu erzielen.¹⁶⁸

ee) Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Darüber hinaus wird oft argumentiert, dass Werbung die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege beeinträchtigt und Anwaltswerbung die Gerichte überlasten wird.¹⁶⁹ Dieser Argumentationslinie wurde auch im jüngsten Bundesgerichtsentscheid gefolgt.¹⁷⁰

Gegen dieses Argument spricht einerseits, dass Anwälte im heutigen Bild Parteivertreter und vorwiegend beratend tätig sind. Anwälte üben weder in ihrer Hauptfunktion eine öffentliche Gewalt aus, noch sind sie Garanten des Rechtsstaates, die die richterliche Beurteilung beeinflussen.¹⁷¹ Andererseits wird das Problem unnötiger Prozesse faktisch nicht durch Anwaltswerbung, sondern vielmehr durch

¹⁶⁵ WINTZER NACHTIGÄLLER, S. 121 f; SCHÜTZ, S. 112.

¹⁶⁶ Vgl. I. 3. e).

¹⁶⁷ FELMANN, BGFA, N. 115 zu Art. 12 BGFA; gl. M. WEGMANN, Berufspflichten, S. 248 f.

¹⁶⁸ SALZMANN, S. 270; BAUMGARTNER, S. 365; PFEIFER, Rechtsanwalt, S. 344.

¹⁶⁹ WINTZER NACHTIGÄLLER, S. 119.

¹⁷⁰ BGE 2C_713/2012, E. 5.1.

¹⁷¹ Vgl. I. 3. a). b).

die Prozesskultur der einzelnen Kanzleien beeinflusst. Kanzleien, die leichtfertig prozessieren und ungesunde Nachfrage generieren, haben aber auf dem Markt ein schlechtes Image, was wiederum zu weniger Aufträgen führt. Insofern reguliert sich der Markt selber. Eine liberale Werbebeschränkung, die sich nach dem UWG richtet, d.h. irreführende oder täuschende Werbung ausschliesst, würde den Gerichtsapparat gar entlasten und Rechtswegbarrieren abbauen. Mandanten würden sich dadurch früher informieren und Rechtsstreitigkeiten könnten dadurch präventiv verhindert werden.¹⁷²

ff) Konkurrenzkampf und Qualitätsverlust

Nicht zuletzt wird befürchtet, dass Anwaltswerbung zu einem stärkeren Konkurrenzkampf unter Anwälten führen wird. Durch die Umwälzung der Werbekosten auf das Honorar würden die anwaltlichen Dienstleistungen verteuert,¹⁷³ so auch die Argumentation im jüngsten Entscheid.¹⁷⁴

Gegen diese Argumentationslinie wird eingewendet, dass es sich de facto um einen Konkurrenzschutz handelt, der verhindert, dass sich insbesondere junge Anwälte, die noch über keine Reputation verfügen, auf dem Markt positionieren können.¹⁷⁵ Aus wirtschaftspolitischer Perspektive wirkt sich eine Intensivierung des Wettbewerbs nämlich leistungsfördernd aus. Bestritten werden auch die höheren Kosten. Beschränkte Werbung führt zu höheren Kosten als vermehrte Werbung. Anwaltswerbung würde den kleinen Kanzleien die Möglichkeit eröffnen, gezielt mit ihren Kostenvorteilen oder öffentlichen Kenntnissen zu werben. Auch eine Qualitätsminderung ist unwahrscheinlich, weil ein Anwalt, der hochqualitative Dienstleistung anbietet, dies unabhängig von der Werbebeschränkung tut. Eventuell würde die Qualität sogar gesteigert, da durch die zu erwartende Automatisierung von Arbeitsläufen die Fehlerquote verhindert werden könnte.¹⁷⁶

c) Würdigung der Argumente

Die Argumente rund den Schutzzweck des Art. 12 lit. d BGFA konnten nicht überzeugen. Hingegen gibt es zahlreiche Gründe die Werberestriktion aufzuheben. Einerseits würde eine verbesserte Marktübersicht im Interesse der Rechtssuchenden liegen, da diese sich leichter informieren und das Angebot auf dem An-

¹⁷² SCHÜTZ, S. 110; BAUMGARTNER, S. 361; deutsche Lehre: MÄLZER, S. 39f; RICK, S. 163 f.

¹⁷³ BAUMGARTNER, S. 361; deutsche Lehre: RICK, S. 165; SALZMANN, S. 132.

¹⁷⁴ BGE 2C_713/2012, E. 5.1.

¹⁷⁵ FELLMANN, Anwaltswerbung, S. 176; WEGMANN, Berufspflichten, S. 248.

¹⁷⁶ SCHÜTZ, S. 113 f.

waltsmarkt miteinander vergleichen könnten. Dies würde dann auch den besten Verbraucherschutz ermöglichen. Durch die verbesserte Markttransparenz könnte ferner das bestehende Informationsdefizit der Rechtssuchenden abgebaut werden. Dies würde wiederum die Hemmungen abbauen einen Anwalt frühzeitig beizuziehen, die Prozesschancen verbessern und folglich die Gerichte entlasten. Der Schutz des Anwaltsstandes rechtfertigt keine Werbebeschränkung mehr, entspricht nicht dem veränderten Konsumentenbild und zwingt darüber hinaus die Anwaltschaft zur versteckten Werbung.

Im Falle der Aufhebung der berufsrechtlichen Werberestriktion wären Anwälte gegenüber der ausserberuflichen Konkurrenz auf dem wachsenden Rechtsberatungsmarkt nicht mehr diskriminiert. Auch würde die Benachteiligung junger Anwälte im Vergleich zur älteren bzw. ausserberuflichen Konkurrenz bei der Aufhebung der Werberestriktion wegfallen.

5. Ergebnis

Der Begriff der Anwaltswerbung i.S.v. Art. 12 lit. d BGFA wird sehr weit ausgelegt. Darunter fallen *de lege lata* alle wesentlichen Werbemassnahmen. Werbung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht ein wichtiges Instrument zu Schaffung von Markttransparenz und dient den Verbrauchern als Informationsquelle.

Die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt *de lege lata* bei der Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA der sog. „UWG-Plus“-Lösung. Danach enthält Art. 12 lit. d BGFA über das Lauterkeitsrecht hinausgehende Einschränkungen. Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe wird weiterhin die Rechtspraxis vor Inkrafttreten des BGFA herangezogen. Insofern hat Art. 12 lit. d BGFA *de facto* zu keiner Liberalisierung der Anwaltswerbung geführt.

Von der Lehre wird m.E. zu Recht kritisiert, dass der jüngste BGE nach wie vor die Rechtspraxis vor Inkrafttreten des BGFA berücksichtigt, durch die veraltetes Ständesrecht einfließt. Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung des BGFA war es, die kantonalen Ständesregeln zu harmonisieren, auf Gesetzesstufe zu heben und die bestehenden anwaltlichen Werbeverbote zu lockern. Durch die Anwendung der alten Rechtspraxis wird der Zweck des Werbeartikels stark abgeschwächt.

Problematisch ist ferner, dass der Entscheid mit Hinweis auf den Ermessensspielraum ein Fehlen der Zurückhaltung in gestalterischer Sicht bzw. die formelle Sachlichkeit beanstandet, ohne zu begründen inwiefern im konkreten Sachverhalt das öffentliche Interesse des „Publikumsschutzes“ und „Treu und Glaube im Geschäftsverkehr“ verletzt wurde. Darüber hinaus fliesst mit dem Erfordernis der „formellen Sachlichkeit“ weiterhin indirekt Art. 16 SSR ein, obwohl dieser kartellrechtlich als unzulässig einzustufen ist.¹⁷⁷ Weiter besteht durch den Ermessensspielraum zugunsten der kantonalen Aufsichtskommissionen gegenwärtig das Risiko, dass durch die durch Berufung auf die lokalen Standesregeln geprägte Rechtspraxis, der Harmonisierungswille des BGFA unterlaufen wird. Dies ist insbesondere auch mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch. Würde bspw. die Aufsichtskommission in Zürich mit Hinweis auf ihren Ermessensspielraum bei einem ähnlichen Plakat die formelle Sachlichkeit nicht beanstanden, während im Kanton Zug ein solches weiterhin verboten bleibt, würde das zur ungewollten Situation kantonal unterschiedlich zulässiger Werbung führen. Ob und wie stark das Bundesgericht zukünftig den Ermessensspielraum der kantonalen Aufsichtsbehörden berücksichtigt, wurde offengelassen.

Ein Blick in die Lehre zeigt, dass der grösste Teil der „UWG-Plus“-Auslegungsmethode folgt, wonach das UWG zur Beurteilung der Anwaltswerbung nicht ausreicht und eine engere berufsrechtliche Beschränkung notwendig ist. Dieser Teil der Lehre zieht nur bei der Auslegung der Objektivität das UWG heran und sieht im Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit eine zusätzliche Schranke. Es wird vorausgesetzt, dass Merkmale der alten Rechtspraxis wie etwa „marktschreierisch“ „reisserisch“ oder „aufdringlich“ erfüllt sein müssen.¹⁷⁸ Wie bereits bei der historischen Auslegung dargelegt, findet sich in der Borschaft keine Ausführung zum Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit.¹⁷⁹ Auch die Lehre äussert sich selten ausgiebig und stützt die Argumente zugunsten der Einschränkung im Wesentlichen auf die Standeswürde der Anwaltschaft und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Die kritische Analyse hat dagegen gezeigt, dass diese Argumente nicht zu überzeugen vermögen. Demgegenüber überzeugen die Argu-

¹⁷⁷ Vgl. III. 2. d).

¹⁷⁸ Vgl. III. 4. c).

¹⁷⁹ III. 1. b).

mente zur Aufhebung der anwaltlichen Werbebeschränkung m.E. mit praxisnahen Ausführungen.¹⁸⁰

Faktisch sind keine Werbemassnahmen denkbar, die dem öffentlichen Interesse derart entgegenstehen, dass sie einer Einschränkung über das UWG hinaus bedürfen. Da der einzig zureichende Grund für anwaltliche Werbebeschränkungen der Schutz vor Irreführung und Täuschung ist, welcher ebenfalls durch das UWG gewährleistet wird, ist Art. 12 lit. d BGFA, welcher über das lauterkeitsrechtlich Geforderte hinausgeht, entbehrlich.

Insbesondere sind die Kriterien der alten Rechtspraxis, die marktschreierische, reisserische und aufdringliche Werbung verbieten, im Grundsatz bereits nach dem UWG untersagt.¹⁸¹ Die Anwendung des UWG auf Anwaltswerbung bietet ferner mehrere prozessrechtliche Vorteile. *Erstens* lässt sich durch den erweiterten persönlichen Anwendungsbereich das Werbeverhalten sämtlicher Anwälte beurteilen, unabhängig davon ob sie unter das BGFA fallen oder nicht. Damit wird die Benachteiligung gegenüber der ausserberuflichen Konkurrenz beseitigt. *Zweitens* würde der sachliche Anwendungsbereich auch auf die Rechtsberatung sowie die Verwaltungsgerichtsbarkeit erweitert. *Drittens* lässt sich die Aufsicht effizienter gestalten, da auch dem SAV und den Anwaltsvereinen Aktivlegitimation zukommen würde. Die lauterkeitsrechtliche Aktivlegitimation für die Aufsichtskommissionen wurde bereits in Deutschland erfolgreich umgesetzt, wie wir im nachfolgenden Blick über die Grenze noch sehen werden. *Viertens* kann dadurch das Problem der Dritthaftung gelöst werden, da mittels UWG direkt gegen den Handlungsstörer, wie bspw. die Presse, vorgegangen werden kann, ohne dass dafür eine konstruierte Dritthaftung des Anwalts über die Generalklausel des Art. 12 lit. a BGFA nötig wäre.

Nicht zuletzt bietet die Beurteilung durch das UWG den Vorteil, dass die Überprüfung der Anwaltswerbung mit Blick auf die Werbeadressaten erfolgt und nicht mittels der strengen Auffassung des anwaltlichen Berufsstandes. Damit wird Anwaltswerbung nicht mehr anhand von Geschmacksfragen beurteilt, sondern als Rechtsfrage. Faktisch bedeutet das mit Blick auf den Sachverhalt im jüngsten

¹⁸⁰ III. 4. c).

¹⁸¹ Art. 3 lit. d UWG: Verbot der sog. Angstwerbung. vgl. dazu DAVID/JACOBS, N. 166; JUNG, Komm. UWG, N. 27 zu Art. 3 lit. b UWG.

Bundesgerichtsentscheid, dass bei der Fassadenwerbung insbesondere geprüft wird, ob die Werbung aus der Sicht der Werbeadressaten nicht täuschend, irreführend resp. aufdringlich ist. Eine Prüfung der Objektivität und des Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit würde wegfallen. Sämtliche anderen Bestimmungen im BGFA, wie bspw. das Verbot des Erfolgshonorars etc., müssten aber auch bei der Anwaltswerbung weiterhin beachtet werden.

Das UWG bietet schliesslich den Vorteil einer umfassenden Rechtsprechung und zahlreicher Richtlinien sowie durch Art. 2 UWG, eine entwicklungsoffene Generalklausel in Bezug auf neues Werbeverhalten. Mit Blick auf die Sanktionierung bietet das Lauterkeitsrecht den Vorteil, dass kein Verschulden vorausgesetzt ist und verschiedene Sanktionsmöglichkeiten offenstehen; insbesondere die vorsorglichen Massnahmen, die in Werbesachverhalten immanent wichtig sind. Diese ermöglichten es den Anwaltsverbänden, bereits bei der Gefahr einer Rechtsverletzung mittels Unterlassungsklage präventiv gegen unlautere Anwaltswerbung vorzugehen. Im Ergebnis ist aus den genannten Gründen deshalb m.E. der Anwendung des UWG auf anwaltliche Werbung den Vorzug zu gewähren.

Dass die Debatte rund um die Anwaltswerbung noch nicht abgeschlossen ist, zeigt die Erwägung des BGer, wonach die berufsrechtliche Werberestriktion lediglich als „nachvollziehbar“ bezeichnet wird.¹⁸² Weniger stark zu gewichten, aber trotzdem erwähnenswert ist die Tatsache, dass der Entscheid mit drei gegen zwei Stimmen ergangen ist.¹⁸³ Nachfolgend wird untersucht, ob sich die Befürchtungen der Gegner der Liberalisierung der Anwaltswerbung im Ausland realisiert haben und welche Schlüsse die Schweiz aus der Regulierung im Ausland *de lege ferenda* ziehen kann.

¹⁸² BGE 2C_713/2012, E. 6.3.

¹⁸³ Vgl. NZZ vom 9. März 2013, S. 14

IV. Kritische Würdigung der Werberestriktion im Rechtsvergleich

1. Vergleich zur Werberestriktion in Deutschland

a) Gegenüberstellung der Berufsregeln

Nach der Grundnorm des § 43b BRAO ist Werbung erlaubt, soweit sie über die *berufliche Tätigkeit* in Form und Inhalt *sachlich* unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines *Auftrags im Einzelfall* gerichtet ist.

Im Vergleich zum schweizerischen Berufsrecht stellt das deutsche Berufsrecht nicht auf „Objektivität“, sondern i.S.v. § 43b BRAO auf „Sachlichkeit in Inhalt und Form“ und auf „Berufsbezogenheit“ ab. Gemeinsam ist den Berufsordnungen, dass sie relativ jung¹⁸⁴ sind, auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und gleichsam versucht wird, Werbung von Information zu trennen. Die Tatbestandsmerkmale decken sich im Wesentlichen, da bei der Auslegung der Objektivität nach Art. 12 lit. d BGFA sowohl das Kriterium der Sachlichkeit, als auch dasjenige der Berufsbezogenheit durch Art. 16 SSR bzw. durch die Rechtspraxis miteinfließen. Insbesondere deckt sich das Erfordernis der Sachlichkeit in Inhalt und Form der Unterrichtung mit der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung des Erfordernisses der formellen Sachlichkeit. Ein wesentlicher Unterschied zur Regelung hierzulande besteht darin, dass die deutsche Gesetzgebung ihre Werbebeschränkung mit §§ 6-10 BORA weitgehend konkretisiert hat. In den Ausführungsbestimmungen befinden sich unter anderem Regeln über Hinweise auf Mandate, Drittwerbung, Angaben zur Berufstätigkeit, Bezeichnungen als Mediator. Diese konkretisierenden Regelungen bieten zwar den Vorteil von mehr Rechtssicherheit, bergen aber auch die Gefahr der fehlenden Dynamik und Kollision mit anderen Normen. Grundsätzlich kann die deutsche Rechtsprechung aber als Orientierungshilfe dienen.

Einzig in zwei Bereichen ist beim Heranziehen der deutschen Rechtsprechung Vorsicht geboten. *Erstens* ist in Deutschland bei der Werbung mit Preisen zusätzlich das Verbot der Gebührenunterschreitung nach § 43 b BRAO zu beachten. Die Schweiz kennt aufgrund der Kartellrechtswidrigkeit keine Zwangstarife mehr und

¹⁸⁴ Auch in Deutschland war Anwaltswerbung bis 1987 praktisch absolut verboten. Erst ein Entscheid des BVerfG erklärte die Standesrichtlinie als ungenügende Rechtsgrundlage für eine Einschränkung des Art. 12 Abs. 1 GG; vgl. EDELKÖTTER, S. 169.

ist mithin bezüglich der Preiswerbung liberaler ausgestaltet.¹⁸⁵ *Zweitens* ist das deutsche Berufsrecht, im Bereich der Direktwerbung, durch das Verbot betreffend das Abzielen auf die Erteilung von Aufträgen im Einzelfall, restriktiver ausgestaltet. Hingegen ist die deutsche Gesetzgebung im Bereich des Erfolgshonorars und der Vermittlungsprovision liberaler als hierzulande. Ein Erfolgshonorar ist zulässig, wenn die finanzielle Lage des Mandanten ein solches notwendig macht, damit dieser seine Rechtsansprüche durchsetzen kann. Das Verbot der Vermittlungsprovision regelt in Deutschland, im Gegensatz zur Schweiz, eine Sonderbestimmung in § 49 b BRAO. Darin wird die Vergütung der Mitwirkung eines Kollegen bei der Bearbeitung eines Auftrages geregelt. Positiv zu bewerten ist, dass der deutsche Gesetzgeber der fortschreitenden Spezialisierung, die eine gemeinsame Mandatsbearbeitung unverzichtbar macht, Rechnung getragen hat, was auch hierzulande wünschenswert wäre.¹⁸⁶

b) Verschiebung in Richtung UWG und Wettbewerbsgerichte

Der grösste Unterschied zur schweizerischen Rechtsprechung ist die Relevanz des dUWG bei der Beurteilung von Anwaltswerbung. Seit dem Entscheid des BVerfG im Jahr 1987¹⁸⁷, in dem die Standesrichtlinien als ungenügende gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Anwaltswerbung qualifiziert wurden, wendeten die deutschen Gerichte das dUWG i.V.m der BRAO an.¹⁸⁸ Die Überprüfung erfolgt aber nicht unmittelbar gestützt auf das dUWG, sondern es wird zunächst eine Verletzung gegen die BRAO festgestellt und mittels § 4 Nr. 11 dUWG ins Wettbewerbsrecht transformiert.¹⁸⁹

Mit Blick auf den Teil der schweizerischen Lehre, der sich für eine Beurteilung der Anwaltswerbung alleine durch das Lauterkeitsrecht ausspricht, kommt Deutschland dieser Vorgehensweise schon sehr nahe. De lege lata profitiert die deutsche Rechtspraxis aufgrund der Transformationsbestimmung, zumindest in prozessualer Hinsicht, bereits von den erwähnten Vorteilen des Lauterkeitsrechts bei der Beurteilung von Anwaltswerbung.¹⁹⁰ Aktivlegitimiert sind neben Anwaltsverbänden auch die Anwaltskammern, da sie i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 dUWG

¹⁸⁵ FELLMANN, BGFA, N. 162 zu Art. 12 BGFA.

¹⁸⁶ HENSSLER/PRÜTTING, § 49 b N. 26.

¹⁸⁷ BVerfG, Entscheid vom 14.7.1987, NJW 1988, S. 191 ff. und BVerfG, Entscheid vom 14.7.1987, NJW 1988, S. 194 ff.

¹⁸⁸ Verbindungsnorm zwischen dUWG und BRAO: § 4 Nr. 11 UWG; BREUER, S. 104.

¹⁸⁹ BGH, Entscheid vom 27.01.2005, GRUR 2005, S. 520 ff., 521.

¹⁹⁰ Vgl. III. 5.

als Verbände zur Förderung selbstständiger beruflicher Interessen qualifiziert werden. Den Anwaltskammern steht in Deutschland folglich die Möglichkeit offen, sowohl berufsrechtlich als auch zivilrechtlich gegen Anwaltswerbung vorzugehen.¹⁹¹ Eine Sperrwirkung zwischen berufsrechtlichem und zivilrechtlichem Urteil besteht dabei nicht.¹⁹² Das Berufs- und das Wettbewerbsrecht stehen unabhängig nebeneinander. Insofern hat die BRAO ihr eigenes Sanktionssystem und eine eigene Gerichtsbarkeit. Das Vorgehen mittels des UWG hat aus prozessrechtlicher Sicht im Vergleich zum Berufsrecht mehrere Vorteile. Erstens ist der lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch effektiver als die berufsrechtlichen Klagemöglichkeiten. Mittels des vorsorglichen Unterlassungsanspruchs kann nämlich Schaden von vornherein verhindert werden.¹⁹³ Zweitens, kann die Berufskammer auch gegen Aussenstehende vorgehen, welche die wettbewerblichen Interessen ihrer Mitglieder beeinträchtigen. In der Praxis wird sodann auch aufgrund der Dringlichkeit gegen berufswidrige Werbung hauptsächlich mittels des dUWG vorgegangen.

In der Schweiz ist eine solche Transformationsnorm oder die direkte Anwendung des UWG auf berufswidrige Anwaltswerbung noch fremd. Das Lauterkeitsrecht wird in der Praxis lediglich i.S. des „UWG-Plus“ als Auslegungshilfe beigezogen. Trotzdem wäre es nach BAUDENBACHER möglich, mittels der Generalklausel in Art. 2 UWG eine Widerhandlung gegen ausserhalb des UWG liegende Bestimmungen lauterkeitsrechtlich zu verfolgen. Dieser Fall tritt dann ein, wenn eine Normverletzung gleichzeitig eine direkte unlautere Wirkung im Wettbewerb entfaltet und dadurch dem Verursacher einen unberechtigten Vorteil verschaffen würde.¹⁹⁴ So hat das Bundesgericht bspw. bei der Verletzung einer Bestimmung im Luftfahrtrecht wegen der unlauteren Auswirkung auf den Wettbewerb die Generalklausel in Art. 2 UWG angewendet.¹⁹⁵ Folglich könnte theoretisch auch in der Schweiz Anwaltswerbung mittels Art. 2 UWG i.V.m. Art. 12. lit. d BGFA beurteilt werden.

¹⁹¹ BGE, Entscheid vom 25.10.2001, NJW 2002, S. 2039 ff.

¹⁹² BGH, Entscheid vom 27.01.2005, GRUR 2005, S 520 ff., 521; vgl. BORNKAMM, S. 654; HE-FERMEHL/KÖHLER/BORNKAMM, § 4 N. 11.58.

¹⁹³ BAUDENBACHER, Art. 9 N.7.

¹⁹⁴ BAUDENBACHER, Art. 2 N. 301 ff.

¹⁹⁵ BGE 4C.388/1997 vom 22.08.1998.

c) Tendenz zur Liberalisierung einzelner Werbemittel

Im Vergleich zur Schweiz zeigt die deutsche Rechtsprechung bei der Auslegung der berufsrechtlichen Werberestriktionen, nicht zuletzt aufgrund der engen Verknüpfung mit dem Lauterkeitsrecht, klare Tendenzen hin zur Liberalisierung verschiedener Werbemittel. Es wird sogar die Meinung vertreten, dass Deutschland im Vergleich zur Schweiz und zu Österreich die liberalste Haltung in Bezug auf anwaltliche Werbung hat.¹⁹⁶ Anstoss dafür war ein Entscheid des BVerfG, welcher festhielt, dass die Wahl des Werbemittels eines Freiberuflers für sich alleine keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung besitze. Durch einen Werbeträger unmittelbar auf eine Gefährdung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität zu schliessen, sei schwer möglich, solange das Werbemittel sich im Rahmen des Üblichen bewege.¹⁹⁷ Eine weitere Reform brachte der BVerfG Entscheid aus dem Jahr 2004, der die „Sachlichkeit der Form“ i.S.v. § 43b BORA nicht mehr restriktiv auslegte und Anwaltswerbung auf Transportmitteln wie bspw. Strassenbahnen erlaubte.¹⁹⁸ Anwaltsplakate in U-Bahnen sind seither gang und gäbe.

Dagegen wird in der hiesigen Rechtsprechung ein Plakat bereits aus Gründen der formellen Sachlichkeit bzw. mangels Zurückhaltung in gestalterischer Hinsicht geahndet, ohne den Inhalt genauer zu prüfen. Viel praxisnaher ist die Auffassung in der deutschen Rechtsprechung, wonach Werbemittel keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung besitzen. Massgebend ist eine umfassende Beurteilung in formeller und materieller Hinsicht. Wegweisend ist hier das UWG, das die konkreten Umstände des Einzelfalls wie den Ort der Werbung, die Situation sowie die Art der Ware oder Dienstleistung berücksichtigt.¹⁹⁹ Dabei schützt das UWG insbesondere vor irreführender, täuschender oder übermässig aggressiver Werbung. Ferner existieren sog. Grundsätze der Blickfangwerbung wonach bspw. Plakatwerbung, da diese nur flüchtig wahrgenommen wird, grundsätzlich kein Kleingedrucktes enthalten darf, da dies sonst irreführend sein könnte.²⁰⁰ Mithin sind m.E. die jüngsten Erwägungen des BVerfG mit Blick auf die Auswirkungen in der Praxis fortschrittlicher als die Erwägungen des Bundesgerichts, in denen unter Berufung auf die Standeswürde weiterhin Geschmacksfragen beantwortet werden.

¹⁹⁶ PIETSCH, S. 20.

¹⁹⁷ BVerfG, Entscheid vom 22.05.1996, NJW 1996, S. 3067 ff., 3070.

¹⁹⁸ BVerfG, Entscheid vom 26.10.2004, NJW 2004, S. 3765 ff.

¹⁹⁹ Vgl. III. 4. a) bb).

²⁰⁰ BAUDENBACHER, Art. 3 lit. b N. 75 f.

Obwohl nach der deutschen Rechtsprechung einige Werbemedien mehr erlaubt sind als in der Schweiz, darf mit Blick auf die berufsrechtliche Werberestriktion „nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass der umfangreichen Kasuistik übergeordnete Prinzipien zugrunde liegen.“²⁰¹ Wie in der Schweiz, wird folglich auch in Deutschland in der Literatur und Rechtsprechung zwar der Begriff der „Würde des Standes“ gemieden, aber der Sache nach ist die Zulässigkeitsprüfung nach wie vor von demselben Geist geprägt.

d) Meinungsstreit über das Verhältnis der BORA zum UWG

Aufgrund der zunehmenden Liberalisierung von Werbemitteln und der vermehrten Anwendung des dUWG auf unlautere Anwaltswerbung, ist in Deutschland die Debatte rund um die Aufhebung der anwaltlichen Werbebeschränkung ausgiebiger geführt worden als hierzulande. Nachfolgend werden wir einen kurzen Blick auf die wichtigsten Argumente im deutschen Meinungsstreit werfen.

aa) Argumente für die Aufhebung des § 43b BORA

Bereits ab 1988 finden sich Autoren, die Anwaltswerbung alleine mit dem Lauterkeitsrecht ahnden wollten. Erstens sei das Lauterkeitsrecht wirksamer und rechtsstaatlich angemessener als die verfassungsrechtlich fragwürdige Anwendung der berufsrechtlichen Werberestriktion und zweites sei eine Differenzierung zwischen Information und Werbung praktisch nicht möglich.²⁰² Hinter dem Erfordernis der „Sachlichkeit“ verstecke sich die Angst vor Werbeauswüchsen nach dem amerikanischen Vorbild und das „marktdefensive Bewusstsein“ eines Standes.²⁰³ Diese Argumentationslinie entspricht im Wesentlichen dem Teil der Schweizer Lehre, der sich für eine Aufhebung des Art. 12 lit. d BGFA ausspricht.²⁰⁴ Darüber hinaus wird die Meinung vertreten, dass § 43b BRAO de lege lata bei verfassungskonformer Auslegung nicht über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgeht und ersatzlos gestrichen werden sollte.²⁰⁵ Ferner ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Markt für juristische Dienstleistungen noch intransparent ist und insofern das Irreführungsverbot bei einer Beurteilung durch das Lauterkeitsrecht im Einzelfall strenger auszulegen ist. Es sollten spezielle Fallgruppen anwaltlicher Werbung gebildet werden, die die Besonderheit der

²⁰¹ EDELKÖTTER, S. 186.

²⁰² SCHÖNEFELDER, S. 431; RING, S. 306; gl.M. RÖMERMANN, S. 747; PRÜTTUNG, S. 320; MEYER, Antrittsvorlesung, S. 25.

²⁰³ MÄLZER, S. 174 ff; TAUSCH, S. 123 ff.

²⁰⁴ III. 4. a).

²⁰⁵ DÖBBELT, S. 354.

Anwaltschaft hinreichend berücksichtigt. Die Fallgruppenbildung im dUWG sei besser geeignet, als eine Vielzahl von Sachlichkeitsgeboten im Berufsrecht und Einzelfallentscheidungen, die „an kleinlichen Abgrenzungen kaum zu überbieten sind“²⁰⁶.

Schliesslich sind §§ 6 – 10 BORA verfassungsrechtlich mit dem Gebot der Erforderlichkeit kaum vereinbar und deshalb verfassungswidrig.²⁰⁷ Werbung sei weder der Grund für eine Ökonomisierung der Anwaltschaft noch für einen ruinösen Wettbewerb, sondern vielmehr ein natürlicher Marktmechanismus, der durch die inländische und ausländische, insbesondere anglo-amerikanische, Konkurrenz ausgelöst wurde. Anwaltswerbung führt zur Umverteilung der Marktanteile und ermöglicht eine Sicherung der Marktposition gegen die ausserberufliche Konkurrenz. Auch die Qualität werde nicht leiden, da Werbung zu einem transparenten Markt führt, der es den Werbeadressaten erlaubt anwaltliche Dienstleistungen besser zu vergleichen.²⁰⁸

Weiter wird argumentiert, dass obwohl sich das dUWG grundsätzlich an Gewerbetreibende richte und § 2 Abs. 1 BRAO regelt, dass Anwaltsberufe kein Gewerbe sind, der Anwaltsberuf nicht so unterschiedlich sei, um ihn speziellen Regeln unterwerfen zu müssen.²⁰⁹ Dieser Teil der Lehre hebt auch den Wandel des Anwaltsberufs hervor und insbesondere den gesteigerten Konkurrenzdruck und das gesteigerte Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit. Es wird gefordert, dass das „Korsett überkommener standesrechtlicher Werbebeschränkungen“ gelockert und nach den Fallgruppen des dUWG beurteilt werden soll.²¹⁰

Wie hierzulande wird ausserdem kritisiert, dass nicht ersichtlich sei, weshalb eine berufsrechtliche Werberestriktion von praktischer Bedeutung wäre, da sich alle in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung vorgesehenen Beschränkungen der Anwaltswerbung aus dem UWG ableiten liessen. Schliesslich sei man in der gewerblichen Wirtschaft auch ohne eine Vielzahl möglicher Widerhandlungen mit Einzelregelungen klargekommen.²¹¹ Dieses Argument lässt sich auch auf die

²⁰⁶ DÖBBELT, S. 356; MÄLZER, S. 174 ff; TAUSCH, S. 123 ff.

²⁰⁷ DÖBBELT, S. 255 ff.

²⁰⁸ DÖBBELT, S. 356 f.

²⁰⁹ NAGEL, S. 103; MÄLZER, S. 218.

²¹⁰ KORT, S. 710.

²¹¹ BORNKAMM, S. 646 f.; EYLMANN, S. 484 f.; VON FALKENHAUSEN, S. 16 f.

schweizerische Werberestriktion übertragen. Durch das Nebeneinander berufsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Werberestriktionen werde die Justiz zusätzlich mit aufsichtsrechtlichen Verfahren belastet, obwohl in der Praxis die Anwaltskammer meist mittels des dUWG gegen unlautere Werbung vorgeht.²¹² Insofern erfülle die berufsrechtliche Werberestriktion seit dem Inkrafttreten des dUWG keine zentrale Rolle. Für die Schweiz kann daraus die Erkenntnis gewonnen werden, im Fall der Aufhebung des Art. 12 lit. d BGFA, klare prozessrechtliche Verhältnisse zu schaffen, um nicht durch parallele berufsrechtliche und zivilrechtliche Verfahren die Justiz unnötig zu belasten.

bb) Argumente gegen die Aufhebung des § 43b BORA

Die Argumente der Gegner richten ihren Fokus auf den unterschiedlichen Schutzzweck zwischen dem Berufs- und Lauterkeitsrecht. Es wird argumentiert, dass die Werbebestimmungen in der BORA der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandat sowie der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Rechtsberatung dienen. Das dUWG hingegen dient nicht einer Vielzahl von Interessen, sondern nur dem Wettbewerb.²¹³

Diese Argumentation deckt sich mit den Argumenten der Liberalisierungsgegner hierzulande, die sich für eine über das UWG hinausgehende Regelung ausspricht.²¹⁴ Es konnte bereits nachgewiesen werden, dass die Werbebeschränkung für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und das Vertrauensverhältnis bzw. die Sicherung der Versorgung der Bevölkerung *nicht* notwendig ist.²¹⁵ Ein Blick in die Vergangenheit des deutschen Anwaltsrecht zeigt darüber hinaus, dass die Befürchtungen unbegründet sind; während der Novellierungsphase der BORA, in der *nur das dUWG* auf Anwaltswerbung angewendet wurde, kam es zu keiner „Verwilderung“ des anwaltlichen Werbeverhaltens.²¹⁶

Aufgrund der Tatsache, dass in Deutschland die Anwendung des UWG bei Anwaltswerbung gang und gäbe ist, wird von den Gegnern auch die Klagebefugnis der Kammern i.S.v. § 13 Abs. 2 Nr. 2 dUWG kritisiert. Nach dieser Regelung

²¹² BRAUN, S. 6, N. 11.

²¹³ BOMBA, S. 97, POHLMANN, S. 251 ff.

²¹⁴ Vgl. III. 4. a).

²¹⁵ Vgl. III. 4. b).

²¹⁶ EDELKÖTTER, S. 190 ff.

sind „Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen“ aktivlegitimiert. Berufskammern sollen aus Gründen des Demokratieprinzips nur öffentliche Interessen, nicht aber gewerbliche verfolgen können. Nur sofern die Berufskammern gegen Widerhandlungen Aussenstehender vorgehen wollen, sollte die Aktivlegitimation gewährt werden.²¹⁷ Darüber hinaus bietet ein Vorgehen nach dem Berufsrecht den Vorteil der mildereren Rügemöglichkeiten wie bspw. die Belehrungen. Eine „Flucht ins Privatrecht“ durch die Berufskammern sei insofern abzulehnen.²¹⁸

Dagegen spricht die Novellierung des dUWG. Der heutige Wortlaut des § 8 Abs. 3 Nr. 2 dUWG geht nämlich über die Bestimmung des alten § 13 Abs. 2 Nr. 2 dUWG hinaus und bejaht die Aktivlegitimation für „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger Interessen“. Seit der neuen Regelung können die Kammern freier Berufe gegen ihre Mitglieder auch auf dem wettbewerbsrechtlichen Weg vorgehen.²¹⁹ Die gewonnene Aktivlegitimation und die Möglichkeit einer vorsorglichen Unterlassungsklage bieten den Kammern im Gegensatz zum Berufsrecht ein effektiveres Mittel, um auf direktem Weg gegen unlautere Werbung vorzugehen.²²⁰

e) Ergebnis

Die deutsche berufsrechtliche Werberestriktion entspricht, mit Ausnahme einiger Sonderfälle, der Regelung hierzulande und kann damit als Orientierungshilfe beigezogen werden. Die Verknüpfung des dUWG mit der BORA wird in Deutschland durch eine Transformationsnorm ermöglicht und bietet vor allem prozessuale Vorteile. Insbesondere die Anwaltskammern und regionale Verbände profitieren von der zusätzlichen Aktivlegitimation und den präventiven Sanktionsmöglichkeiten. Nennenswert ist insbesondere die vorsorgliche Unterlassungsklage. Würde die Schweiz Anwaltswerbung zukünftig auch mittels ihres UWG beurteilen, könnten die kantonalen Verbände und Aufsichtsbehörden auch von den prozessualen Vorteilen des Lauterkeitsrechts profitieren. Darüber hinaus würde dies in Bezug auf das Werberecht der ausserberuflichen Konkurrenz gleich lange Spiesse schaffen. Aus der Erfahrung in Deutschland lässt sich mithin auch die Erkenntnis ziehen, dass ein einheitliches prozessuales Verfahren wünschenswert wäre.

²¹⁷ BOMBA, S. 97; GRUNEWALD, S. 1369 ff.

²¹⁸ EDELKÖTTER, S. 191 ff.

²¹⁹ BGH, Entscheid vom 25.10.2001, NJW 2002, S. 2039 ff.; BVerfG, Entscheid vom 26.10.2004, NJW 2004, S. 3765 ff.

²²⁰ BAUDENBACHER, Art. 9 N. 7.

Die Zulassung vormals verbotener Werbemittel durch die deutsche Rechtsprechung, hat das Werbeverhalten von Anwälten nicht verändert. Der Markt für Anwaltswerbung hat sich selber genügend reguliert. Es kam in Deutschland soweit ersichtlich nicht zu einer Verwahrlosung der Anwaltswerbung. Die Argumentation, wonach die Wahl des Werbemittels für sich alleine keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung besitzt, ist praxisnah und der Berufung auf die Standeswürde vorzuziehen. Darüber hinaus hat der Blick in den Meinungsstreit rund um das Verhältnis der BORA zum dUWG gezeigt, dass ohne weiteres auf die Bestimmung in § 43 b BORA verzichtet werden kann. Dafür spricht auch die Tatsache, dass es in der Novellierungsphase der BORA, in der nur das dUWG angewendet wurde, nicht zu Werbewildwüchsen gekommen ist.

2. Vergleich zur liberaleren Haltung in England

a) Zweiteilung des Anwaltsberufes in England

Charakteristisch für die englische Anwaltschaft und der grösste Unterschied zum schweizerischen Rechtsanwalt ist die Zweiteilung des Anwaltsberufes.²²¹ Diese Zweiteilung hat seinen Ursprung im case law und geht bis ins 13. Jh. zurück. Ein Teil der Anwälte, die sog. Solicitors, kümmerten sich ursprünglich vorwiegend um vorprozessuale und aussergerichtliche Angelegenheiten. Der andere Teil der Anwaltschaft, die sog. Barrister, waren auf materielles Recht, die Prozessführung und die Vertretung vor höheren Gerichten den superior courts spezialisiert, vor denen sie die ausschliessliche Postulationsfähigkeit, das sog. right of audience, innehatten. Die Trennung ging soweit, dass nur solicitors den Kontakt zu Mandanten pflegen durften und nur das Auftreten vor niedrigeren Gerichten erlaubt war.²²² Auf der anderen Seite war es den Barrister untersagt, in direkten Kontakt mit dem Mandanten zu treten.²²³

Ende der 90er-Jahre kam es im Berufs- und Prozessrecht zu zahlreichen Reformen, die die klare Trennung der Aufgabenteilung stark abgeschwächt bzw. abgeschafft haben. In der heutigen Praxis sind, aufgrund von erwachten Verbraucherschutzinteressen, des sich verschärfenden Wettbewerbs um Mandate und der Forderungen der Solicitors nach Erweiterung ihrer Rechte im Verhältnis zu den barristers, eine Reihe von Monopolen und Privilegien auf beiden Seiten der Berufsgruppen gefallen.²²⁴ So wurden die Vorrechte der Barrister durch den Access to Justice Act 1999, wie beispielsweise die Monopolstellung vor Gericht, stark geschmälert. Im Court and Legal Services Act von 1990 wurde den Solicitors, sofern sie über eine Zusatzqualifikation verfügen, die Vertretung ihrer Mandanten vor höheren Gerichten erlaubt.²²⁵ Im Gegenzug wurde dann aber auch das Kontaktverbot der Barrister zu Mandanten mit dem Legal Services Act von 1990 aufgehoben.²²⁶ Dem Council of the Bar²²⁷ wurde das Recht eingeräumt Ausfüh-

²²¹ Im Vereinigten Königreich müssen im Bereich des Berufs- und Standesrechts zwischen verschiedenen Rechtsordnungen unterschieden werden. Einerseits die Rechtsordnung in Schottland und Nordirland, andererseits jene in England und Wales. Aufgrund der Bedeutung des Standortes London steht die Rechtsordnung in England und Wales im Vordergrund.

²²² HALSBURY'S, para. 396 ff.

²²³ HALSBURY'S, para. 358.

²²⁴ EDELKÖTTER, S. 19 ff.

²²⁵ Courts and Legal Services Act 1990, 27 ff.

²²⁶ Courts and Legal Services Act 1990, 61 (1).

²²⁷ Standesorganisation der Barristers, vgl. <http://www.barcouncil.org.uk> [Stand, 25.05.2014].

rungsbestimmungen zu erlassen. Davon hat die Standesorganisation Gebrauch gemacht und barristers nur den Kontakt zu professional clients erlaubt. Ein weiterer bedeutender Vorstoss war die Abschaffung des conveyancing monopoly 1985, wonach nur solicitors berechtigt waren Grundstücksübertragungen durchzuführen. Seither konnte man mit leichteren Zulassungsvoraussetzungen licensed conveyancer werden.²²⁸ Durch die Abschaffung dieses Monopols sind konsequenterweise auch die Preise für die Grundstücksübertragungen deutlich gesunken.²²⁹ Obwohl es gegenwärtig keine den Barristers vorbehaltenen Tätigkeitsgebiete mehr gibt, wird im traditionsbewussten England immer noch an der Zweiteilung festgehalten. Die genannten Reformen im Berufsrecht der Anwaltschaft waren der Beginn tiefer greifender Reformen im Werberecht, der den Marktauftritt der Anwaltschaft erheblich verändert hat.

b) Vom Werbeverbot zur vollständigen Liberalisierung

In England galt bis zum Ende des 20. Jh. ein Werbeverbot für Anwälte. Aufdringliche Werbung galt als unvereinbar mit dem Anwaltsberuf. Das Anwaltsbild als „genteel professions“ einerseits und der Handel und das Gewerbe andererseits galten als unvereinbar.²³⁰ Im Gegensatz zur Regelung in der Schweiz waren die dahinterstehenden Beweggründe nicht unternehmerfeindlich gewesen, sondern es wurde versucht, einen Kompromiss zwischen Anwaltsberuf und kaufmännischer Geschäftsführung des Anwaltsberufs zu schaffen.

aa) Solicitors

Der Fall des Conveyancing Monopols, der bei den Solicitors etwa die Hälfte ihres Einkommens ausmachte, führte bereits 1984 zum Fall des Werbeverbots. Werbung in Presse, Radio und mittels Werbeschreiben an aktuelle oder vormalige Mandanten war nun erstmals erlaubt. Nur Fernsehwerbung war weiterhin unzulässig. Qualitäts- oder Spezialisierungsangaben waren weiterhin unzulässig; Preisangaben erlaubt.²³¹ Das System der zulässigen Einzelfälle wurde aber bereits im Jahr 1987 aufgegeben und durch die Solicitors' Practice Rules 1990 ersetzt, nach der grundsätzlich jede Werbemassnahme möglich war, es sei denn, dass sie ausdrücklich untersagt war. Die nahezu vollständige Annäherung an wettbewerbsrechtliche

²²⁸ Administration of Justice Act 1985.

²²⁹ REMMERTZ, Anwaltschaft, S. 51 ff.

²³⁰ EDELKÖTTER, S. 187.

²³¹ ABEL, S. 191.

Standards erfolgte zuletzt durch die Verabschiedung des derzeit geltenden Solicitors Publicity Code 2001 (SPC).²³²

Der Gesetzgeber wollte mit der Liberalisierung verhindern, dass die ausserberufliche Konkurrenz durch die Werberestriktion einen Wettbewerbsnachteil erleidet. Er wollte damit der Anwaltschaft den Markteintritt im Vergleich zu anderen Rechtsdienstleistern erleichtern und den Anwälten ermöglichen ein zeitgemässes Bild ihres Berufsstandes in die Öffentlichkeit zu tragen. Zentrales Merkmal der neuen Regelung ist, dass der Geschmacksmassstab aufgegeben wurde. Der einzige Massstab zur Bestimmung unzulässiger Werbung ist in Section 1 des Publicity Code 2001 zu finden, der *unrichtige* oder *irreführende Werbung* verbietet, sog. „inaccurate or misleading publicity“.²³³ Damit untersteht die Anwaltswerbung in England de lege lata keinen Beschränkungen mehr, die weiter gehen als die Vorgaben des Wettbewerbsrechts. Ein Blick in die Praxis zeigt, dass die Anzahl der disziplinarischen Verfahren gering sind. In der Einführungsphase, also direkt nach der Zulassung, kam es noch zu zahlreichen Verstössen, die aber noch vor Einführung des SPC 1990 stark zurückgingen.²³⁴

bb) Barrister

Ursprung der Reform der Anwaltswerbung für die Barrister war eine Gesetzesinitiative der Exekutive deren Ziel es war, ein effizientes und preiswertes Rechtsberatungssystem zu etablieren. Aufgrund der Trennung des Berufsstandes, die insbesondere den Kontakt zu Mandanten verbot, fehlte aber das Werbebedürfnis. In einem Regierungsentwurf, den sog. Green Papers²³⁵, wurde gefordert, das Werbeverbot aufzuheben. Im Anschluss hob der Bar Council²³⁶ im Jahr 1989 auch das Werbeverbot für barristers auf. Gegenwärtig unterscheidet sich das Werberecht der Barrister nicht wesentlich von dem der Solicitors. Massgebend bezüglich der Anwaltswerbung ist § 719.1 des Bar Code, der Werbung gestattet, solange sie auch nach den Vorschriften des British Code of Advertising and Sales Promotion zu-

²³² EDELKÖTTER, S. 190; SCHIEBE, S. 19 ff.

²³³ HARVEY/PARRY, S. 345 ff.; vgl. den Wortlaut im Trade Description Act 1968, 21 bzw. im Consumer Protection Act 1987.

²³⁴ FISHER, S. 1874.

²³⁵ Green Papers des Lord Chancellor's Department "The Work and Organisation of the Legal Profession" 1989, Chapter 1, Objectives 1.1.

²³⁶ BREDOHL, S. 61: Nicht gesetzlich verankerte Körperschaft, höchstes Gremium und zugleich Exekutivorgan der englischen „bar“.

lässig ist.²³⁷ Mithin ist auch bei den Barrister grundsätzlich nur *unrichtige* oder *irreführende Werbung* verboten.

c) Verbraucher- vor Standesschutz

Ein tiefer gehender Vergleich zeigt, dass in England die Überzeugung herrscht, dass Werbung auch wertvolle Verbraucherinformationen enthalten kann.²³⁸ Die Tatbestandsmerkmale „misleading“ und „inaccurate“ werden folglich auch nicht mit der Grundhaltung ausgelegt, dass die Standeswürde der Anwaltschaft geschützt werden muss, sondern einzig im Lichte des Verbraucherschutzes. Insofern herrscht in England das Prinzip Verbraucher- vor Standesschutz. Genau umgekehrt ist die Lage hierzulande und in Deutschland, wo mittels der Schranken der „Objektivität“ bzw. der „Sachlichkeit“ weiterhin standesrechtliche Kriterien herangezogen werden und behauptet wird, dass dies im Interesse der Öffentlichkeit geschehe.

Im Vergleich zur Grundhaltung hierzulande vertritt die Law Society die Ansicht, dass innovative Werbung alleine noch nicht geeignet ist, einen Verstoß gegen die Werbebestimmung zu rechtfertigen. Der Hauptgrund für die Liberalisierung der Werbebestimmung war die Abkehr von der alten Tradition hin zum freien Wettbewerb. Die Green Papers formulierten dies wie folgt: „free competition between providers of legal services will, through the discipline of the market, ensure that the public is provide with the most efficient and effective network of legal services at the most economical price.“²³⁹ England hob damit als erstes europäisches Land im Jahr 1984 das anwaltliche Werbeverbot auf.²⁴⁰ Nachfolgend wird untersucht, welche konkreten Werbemittel durch die liberale Werbehaltung in England im Vergleich zur Schweiz und zu Deutschland zulässig sind. Daraus lässt sich dann auch schliessen, welche neuen Werbemittel in der Schweiz durch eine Liberalisierung zugelassen werden würden.

d) Vergleich der zulässigen Werbemittel

aa) Preiswerbung

Ein entscheidender Faktor bei der Liberalisierung der Anwaltswerbung ist die Frage der Zulässigkeit der Preiswerbung. Preistransparenz gehört zur zentralen

²³⁷ EDELKÖTTER, S. 188 ff.

²³⁸ BOON/LEVIN, S. 178.

²³⁹ Green Paper „Contingency Fees“ 1989 N. 571.

²⁴⁰ BLACKBURN, AnwVI 1991, S. 366 ff.

Aufgabe des Wettbewerbsschutzes und erlaubt es der Nachfragerseite Preise miteinander zu vergleichen.²⁴¹ Auch bei den anwaltlichen Dienstleistungen spielt das Preis-Leistungs-Verhältnis eine wichtige Rolle. Trotzdem sind die wenigsten Rechtssuchenden informiert, woraus auch die Furcht vor hohen Kosten resultiert.²⁴² Preiswerbung bietet, insbesondere bezüglich der Erstberatung, ein Mittel, um in diesem Bereich mehr Transparenz zu schaffen.

Eine Umfrage im Jahr 1982 in England ergab, dass nur 2 Prozent der Mandanten sich nach anderen Preisen erkundigen.²⁴³ Erst mit der Lockerung der Werbevorschriften stellte sich die Frage, inwiefern Preiswerbung zulässig ist. Seit dem SPC 2001 ist Preiswerbung in England zulässig, sofern sie nicht unrichtig oder irreführend ist. Auch in Deutschland ist die Nennung von Preisen in anwaltlicher Werbung als sachlich und damit als zulässig qualifiziert worden. Die deutsche Regelung ist aber an Tarife gebunden²⁴⁴, während in der Schweiz kantonale Zwangstarife mit Einführung des Kartellgesetzes aufgehoben wurden. In der Schweiz ist die anwaltliche Preiswerbung nicht separat geregelt und es sind stets Art. 12 lit. e BGFA betreffend das Erfolgshonorarverbot und Art. 12 lit. a BGFA hinsichtlich des Verbots der Vermittlungsprovision relevant. Abgesehen von diesen Bestimmungen ist Preiswerbung auch in der Schweiz zulässig. Möglich ist bspw. Preiswerbung mit Angaben von Stunden- oder Pauschalhonorar²⁴⁵ sowie Kostendächern. Werbung mit Erfolgshonorar ist nach der Praxis jedoch nur den beratend tätigen Anwälten gestattet.²⁴⁶ Im Ergebnis würde bezüglich der Zulässigkeit von Preiswerbung mit der Streichung von Art. 12 lit. d BGFA keine relevante Änderung eintreten, da die übrigen Berufspflichten weitergelten würden.²⁴⁷

bb) Klassische Werbemittel

Blickt man auf die klassischen Werbemittel, wozu alle Print- und Spotwerbung gehören, so ist festzuhalten, dass in allen erwähnten Ländern die üblichen klassischen Werbemittel, wie bspw. Publikationen im Anwaltsverzeichnis, Informationsschriften, Homepages, Inserate, Rundschreiben und Praxisschilder, ohnehin

²⁴¹ VON FALKENHAUSEN/HAUSMANN, S. 486.

²⁴² KRÄMER//MAUER/BRAUN, S. 48 f.

²⁴³ ABEL, S. 190.

²⁴⁴ Vgl. IV. 2. a).

²⁴⁵ BGE 113 Ia 279 ff., 285 E. 4a.

²⁴⁶ SCHÜTZ, S. 312.

²⁴⁷ SCHÜTZ, S. 313: Vertritt die Meinung, dass das Verbot der Vermittlungsprovisionen und Erfolgshonorar fallengelassen und die dazugehörige Werbung als zulässig erachtet werden soll.

bereits erlaubt sind.²⁴⁸ Dagegen ist die Spotwerbung, worunter Radio-, Kino- und Fernsehwerbung fällt, nur in England erlaubt. Trotz der Zulässigkeit wird Anwaltswerbung selten mittels Spotwerbung betrieben.²⁴⁹ Die herrschende Lehre in Deutschland spricht sich für die Zulässigkeit von Spotwerbung für Anwälte aus, sofern sie nicht reklamehaft und marktschreierisch ist.²⁵⁰ Ein Teil der Lehre will, dass in Spotwerbung nur sachliche Informationen und insbesondere keine szenischen Darstellungen übermittelt werden dürfen.²⁵¹ In Deutschland zeichnet sich hinsichtlich dieser Werbemittel, massgeblich durch die Rechtsprechung des BVerfG, eine Liberalisierung ab. In der Schweiz ist bisher noch kein Urteil zur anwaltlichen Spotwerbung ergangen. Spotwerbung und Printwerbung würden nach der Rechtspraxis hierzulande mittels Art. 12 lit. a BGFA beurteilt. Die Rechtsprechung leitet daraus sehr restriktive Voraussetzungen für die Spotwerbung ab. Anwälte dürfen Spotwerbung nicht betreiben um potentielle Klienten auf eine anwaltliche Dienstleistung aufmerksam zu machen.²⁵² Mit Blick auf das Lauterkeitsrecht wären solche Werbemethoden zulässig, da das UWG nicht selektiv bestimmte Werbemedien verbietet. Insbesondere Spotwerbung dient dem Informationsbedürfnis der Rechtssuchenden, da diese der Zeitungen getreten sind.²⁵³ Nach der hier vertretenen Auffassung werden die Rechtssuchenden durch das lauterkeitsrechtliche Irreführung- und Täuschungsverbot auch bei der Spotwerbung ausreichend geschützt.²⁵⁴

cc) Nicht klassische Werbemittel

Nicht klassische Werbemittel sind Kommunikationsmittel, die sich erst in letzter Zeit entwickelt haben. Darunter fällt vor allem das Sponsoring, Corporate Identity, Publikationen, Pressearbeit und das Direktmarketing.²⁵⁵

Sponsoring wird als Imagewerbung in England seit jeher als anerkannte Marketingmethode verstanden. So hat bspw. die englische Kanzlei Addleshaw Goddard

²⁴⁸ PEPELS, S. 640 f.

²⁴⁹ SCHIEBE, S. 206.

²⁵⁰ KILIAN/VOM STEIN, § 14, N. 137.

²⁵¹ VON FALKENHAUSEN, Einzelfragen, S. 89; KOCH; S. 421; SCHEUERL S. 3220; KILIAN/VOM STEIN § 14, N. 142.

²⁵² AK ZH, unpublizierter Entscheid vom 3.6.2004 (KG030028/U), E. II. 3 in: SCHÜTZ, S. 345.

²⁵³ SCHÜTZ, S. 346 f.; gl. M. MÄLZER, S. 720.

²⁵⁴ Vgl. Werbung von Rechtsberater bei Tele Züri : <http://www.steigerlegal.ch/2012/03/28/fernsehwerbung-fuer-rechtsberatung-erreicht-die-schweiz/> [Stand, 01.05.2014].

²⁵⁵ SCHIEBE, S. 206 ff.

die Commonwealth Games im Jahr 2002 als Hauptsponsor unterstützt.²⁵⁶ Hingegen war in Deutschland Sponsoring lange mit der Begründung verboten, dass der Informationsgehalt fehle und das Sachlichkeitserfordernis nicht erfüllt sei. Erst seit 2000 hat das BVerfG Sponsoring für zulässig erachtet.²⁵⁷ Es hat festgestellt, dass massgeblich für die Beurteilung des Werbeverhaltens die Ansicht der Werbeadressaten relevant sei, nicht die Auffassung des Berufsstandes.²⁵⁸ Dagegen ist in der Schweiz nach der geltenden Praxis Sponsoring nur für ganz spezielle Anlässe zulässig. Sofern der sachliche Bezug zur Anwaltstätigkeit fehlt, ist Anwaltssponsoring grundsätzlich als unzulässig einzustufen.²⁵⁹

Insbesondere bei grossen Anwaltskanzleien nimmt die Marke immer mehr Bedeutung ein, da damit Leistungsqualität verbunden wird. Je grösser die Kanzlei desto wichtiger ist die Corporate Identity. Für eine Corporate Identity ist der Kanzleiname, ein Logo und die Verwendung von Slogans relevant. Ein Blick nach England zeigt, dass bereits 1990 Kanzleinamen, Logo und Slogan frei von berufsrechtlichen Einschränkungen gewählt werden konnten. Denkbar ist seither bspw. „Freshfields-Bruckhaus-Deringer“ mit einem Engel als Logo und dem Slogan „building trust in your brand“.²⁶⁰ Deutschland ist der liberalen Haltung in England gefolgt und erlaubt seit Ende des 20. Jh. auch die Führung von Fantasienamen als Kanzleinamen²⁶¹, Logos²⁶² und Slogans²⁶³. In der Schweiz lässt das BGFA offen, ob Fantasiebezeichnungen als Firma bzw. Kanzleilogos und Slogans erlaubt sind. Hier ist die deutsche bzw. englische Regelung durch die direkte Anwendung des Wettbewerbsrecht bzw. der Transformationsnorm effektiver. Im Ergebnis bietet das Lauterkeitsrecht mit Ergänzung des Namens-, Firmen- und Markenrechts und unabhängig von der Rechtsform die adäquatere Lösung, als mögliche Widerhandlungen mit berufsrechtlichen Einzelregelungen zu ahnden.²⁶⁴

Ein weiteres erwähnenswertes Werbemittel ist das Direktmarketing, also die gezielte und unmittelbare Kontaktaufnahme über direkte Ansprache, Briefe, Telefon oder E-Mail. Unproblematisch in allen untersuchten Ländern ist mittlerweile die

²⁵⁶ SCHIEBE, S. 208.

²⁵⁷ BVerfG NJW 2000, 2195.

²⁵⁸ BVerfG NJW 2000, 3195.

²⁵⁹ Bspw. <http://www.ius.uzh.ch/aboutus/alumni.html> [Stand, 25.05.2014]; SCHÜTZ, S. 334.

²⁶⁰ <http://www.freshfields.com/en/global/> [Stand, 25.04.2014].

²⁶¹ OLG Karlsruhe 01.02.2001, dAnwBl 2001, S. 240.

²⁶² BGH, 13.05.1985, NJW 1985, S. 2959.

²⁶³ BVerfG, NJW 2000, S. 1635.

²⁶⁴ EYLMANN, S. 485; HEUSSEN, S. 20; SCHÜTZ, S. 297.

Zusendung von Werbematerial, zu der der Adressat sein Einverständnis gegeben hat bzw. die Zusendung angefordert hat. Hingegen ist in Deutschland Direktmarketing i.S.v. der Erzielung auf ein einzelnes Mandat nach § 43b BRAO grundsätzlich unzulässig. England ist in dieser Hinsicht liberaler. Die gezielte Kontaktaufnahme, d.h. unerbetener Besuch oder cold callings, ist zu aktuellen oder ehemaligen Mandanten, gegenüber Kollegen und bei bestehenden oder anbahnenden Geschäftsverbindungen erlaubt. Vorteil dieser liberaleren Regelung ist, dass sie es den Anwälten ermöglicht sich bei Unternehmen um Aufträge zu bemühen, während hierzulande und in Deutschland solche Direktwerbung als unsachlich angesehen wird. Zu Recht wurde in England erkannt, dass bei Unternehmen die positive Wirkung überwiegt. Nur Privatpersonen sind gemäss dem Publicity Code 2001 vor unerwünschter Kontaktaufnahme geschützt.²⁶⁵

e) Ergebnis

Der Rechtsvergleich hat gezeigt, dass England, im Vergleich zur Schweiz und zu Deutschland, die liberalste Werbebestimmungen hat. Dies obwohl die Haltung der englischen Anwaltschaft zur Werbung ursprünglich eher ablehnender war als in der Schweiz und in Deutschland. Zwar unterscheiden sich die beiden Rechtssysteme, weisen aber trotzdem mit Blick auf das anwaltliche Berufsbild viele Parallelen auf. England richtet sich bei der Beurteilung von Anwaltswerbung hingegen allein nach dem Wettbewerbsrecht und verfolgt den Ansatz der Lehre hierzulande, die eine Beschränkung der Anwaltswerbung alleine mittels des UWG erreichen möchte. Die in der Schweiz und Deutschland vorherrschenden Befürchtungen vor neuartigen Werbemethoden scheinen in England nicht zu existieren. Trotz der tieferen Schranken kam es auch in England nicht zu einer Verwahrlosung der anwaltlichen Werbung. Auch die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege oder die Unabhängigkeit der Anwaltschaft haben nicht unter der Reform gelitten. Insofern sind die Befürchtungen der Lehre, die sich gegen eine Liberalisierung ausspricht, nicht eingetreten.

Dies hängt massgeblich mit der Grundhaltung in England zusammen, die sich mit folgenden Aussagen zusammenfassen lässt: „Wettbewerb statt Tradition“ und „Verbraucher- vor Standeschutz“. Die englische Anwaltschaft hat eine deutlich kommerziellere Einstellung als die Anwaltschaft hierzulande. Während nach dem hiesigen Verständnis staatliche Eingriffe zur Sicherung des Wettbewerbs erlaubt

²⁶⁵ SCHIEBE, S. 223 f.

sind, vertraut England stärker auf die Ordnungskraft des freien weitgehend unreglementierten Wettbewerbs. Die Law Society und der Bar Council verlassen sich insbesondere mehr auf das Ehrgefühl ihrer Mitglieder, ohne die Befürchtung, dass die Werbefreiheit so ausgenützt wird, dass sie dem öffentlichen Ansehen der Anwaltschaft schadet. Im Ergebnis sollte man es der englischen Anwaltschaft gleich tun und mehr auf die Selbstregulierung des Marktes vertrauen. Durch unseriöse Anwaltswerbung baut man sich schliesslich keine neue Klientschaft auf, da der Werbeadressat solche Werbung selbst als ungeeignet erkennt. Insofern könnten sich die Standesgerichte darauf konzentrieren, unlautere Anwaltswerbung zu unterbinden, da nur diese den Verbraucher überfordert.

Der Trend zur Deregulierung der Anwaltswerbung in Deutschland und der Schweiz zeigt sich an der Zunahme der zulässigen Werbemittel. So wurden jeweils von der englischen Praxis für zulässig erklärte Werbemittel später auch in Deutschland und teilweise auch in der Schweiz für zulässig erklärt. Die hierzulande herrschende Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit von Anwaltswerbung hemmt die Professionalisierung der Nutzung unterschiedlicher Werbemittel. Ferner konnte gezeigt werden, dass sich das UWG durch seine Praxisnähe besser zur Beurteilung der klassischen und nicht-klassischen Werbemittel als das Berufsrecht eignet.

Je stärker die europäische Rechtsangleichung voranschreitet, desto geringer wird die Bedeutung rein national ausgerichteter Kanzleien. Es ist keine Frage, ob, sondern wann es zu einer europäischen Vereinheitlichung des Berufsrechts kommen wird. Dies wird bereits gegenwärtig bei der grenzüberschreitenden Rechtsberatung deutlich. Fraglich ist, ob die Harmonisierung der Berufsregeln zu einer Angleichung auf dem niedrigsten Beschränkungslevel führen wird. Rechtsordnungen wie England hätten durch ihre Erfahrungen im Umgang mit Marketinginstrumenten insofern einen komparativen Vorteil. Allerdings sollte die europäische Integration nicht um ihrer selbst Willen erfolgen. NUCKELT formuliert zutreffend: „Rechtsharmonisierung als Rechtsänderung hat nur eine Chance, wenn die Vorteile der Rechtsänderung die Vorteile einer Rechtsbewahrung überwiegen.“²⁶⁶ Obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, sollte sie die Europäisierung nicht als Gefahr für alte Positionen, sondern als Herausforderung zur Entfaltung freiberuf-

²⁶⁶ NUCKELT, S. 246; zur europäischen Entwicklung vgl. V. 1.

licher Tätigkeiten im europäischen Binnenmarkt sehen. Insofern ist es lohnenswert, sich von den anachronistischen Befürchtungen, die der Liberalisierung des Werberechts zugrunde liegen, zu lösen und sich mit Blick auf Deutschland und England den neuen Rahmenbedingungen anzupassen.

3. Vergleich zur liberaleren Haltung in den USA

a) Entwicklung des Berufsrechts

Die ersten berufsrechtlichen Regelungen in den USA stammen aus einer Veröffentlichung von DAVID HOFMANN aus dem Jahr 1835, dessen Leitlinien den Ursprung des anwaltlichen Berufsrechts darstellen und sich auch noch in viel späteren Erlassen wiederfinden.²⁶⁷ Ein Werbeverbot war darin nicht enthalten.²⁶⁸ Alabama war der erste Bundesstaat der Berufsregeln für Anwälte einführt. Diese erlaubten Anwaltswerbung, sofern sie nicht auf die Erzielung einzelner Mandate gerichtet und zurückhaltend erfolgte. Bis 1907 führten zehn weitere Bundesstaaten berufsrechtliche Regelungen nach dem Vorbild von Alabama ein.²⁶⁹

Zu einer Abkehr der damalig offenen Haltung führte erst die von der American Bar Association²⁷⁰ (nachfolgend ABA) aufgestellte Modellregelung die sog. Canons of Professional Ethics von 1908, die Anwaltswerbung als unzulässig einstuft und nur die Verwendung einfacher Karten duldeten.²⁷¹ Diese Modellregeln, die vergleichbar sind mit dem hiesigen Standesregeln, wurden von den Bundesstaaten zum Vorbild für die eigenen Regelungen gemacht, obwohl sie nicht rechtsverbindlich waren. Die ABA hat sich seither zur treibenden Kraft bei der Normierung berufsrechtlicher Verhaltensregeln etabliert.²⁷² Bis heute dienen die Modellregeln in den Bundesstaaten als Grundlage für ein eigenes Standesrecht.²⁷³ Trotz mehrerer Novellierungen der Modellregelungen der ABA, blieb das Werbeverbot unverändert 60 Jahre lang in Kraft. Es wurde damit argumentiert, dass Werbung zur Prozessführung anstachle und das die Anwaltschaft ein freier Beruf kein Gewerbe sei, wörtlich: „a profession, not a trade“.²⁷⁴ Als weiterer Grund wurde in der Interessenlage der Mitglieder des ABA gesehen, die im Wesentli-

²⁶⁷ LÜKEN, S. 37.

²⁶⁸ HOCHE, S. 62 f.

²⁶⁹ LÜKEN, S. 39 ff..

²⁷⁰ Die ABA wurde im Jahr 1878 gegründet, ist eine reine private Vereinigung, ähnlich wie der SAV in der Schweiz und untersteht keiner staatlichen Einschränkung. Sie ist die einzige landesweite Anwaltsvereinigung, deren ursprüngliche Aufgabe es war aus den vorhandenen Regelungen der Bundesstaaten eine einheitliche Kodifikation von Standesregeln zu schaffen. Vgl.: <http://www.americanbar.org> [Stand, 10.04.2014].

²⁷¹ PRINZ, S. 60.

²⁷² MOULTON, S. 73.

²⁷³ LÜKEN, S. 168.

²⁷⁴ HOCHE, S. 73.

chen etablierte Anwälte waren, einen Mandantenstamm hatten und durch Werbung höchstens verlieren konnten.²⁷⁵

Eine erneute Wende kam erst im Jahr 1977 mit dem Entscheid des Supreme Courts im Fall *Bates v. State Bar of Arizona* der die Anwaltswerbung weitgehend liberalisierte. Auf den Entscheid und die zugrundeliegenden Argumente wird im nächsten Abschnitt näher eingegangen. Die heute gültigen Standesrichtlinien in den USA sind die sog. Model Rules of Professional Conduct, die von der ABA verfasst wurden, aber keine rechtliche Bindungswirkung entfalten. Trotzdem sind sie weit verbreitet und werden von den Gerichten beachtet. Sie dienen ferner nach wie vor in den Bundesstaaten als Grundlage für ein eigenes Standesrecht.²⁷⁶

b) Vom Werbeverbot zur Liberalisierung

aa) Bates v. State Bar of Arizona

Die USA übernahmen bei der Liberalisierung der Anwaltswerbung eine Vorreiterrolle. Die bedeutendste Entwicklung für die Anwaltswerbung in den USA stellt die Entscheidung des US Supreme Court *Bates v. State Bar of Arizona* dar.²⁷⁷ Darin wurde das geltende Werbeverbot für Rechtsanwälte als mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung unvereinbar angesehen und deshalb für rechtswidrig erklärt. Mit dem Entscheid wurde erstmals anerkannt, dass Anwaltswerbung der Information und verlässlichen Meinungsbildung diene. Werbeverbote würden den Anreiz zur Preiskonkurrenz verringern und insbesondere für die junge Anwaltschaft eine Hürde darstellen.²⁷⁸ In der Urteilsbegründung wurde dabei auf den *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council Inc.* Bezug genommen, in dem erstmals Wirtschaftswerbung unter den Schutzbereich des ersten Verfassungszusatzes gestellt wurde.²⁷⁹

Eine Mindermeinung (dissenting opinion) im Fall *Bates* vertrat Vorsitzender Richter Burger, Rehnquist und Powell, die im Wesentlichen mit der Besonderheit der anwaltlichen Dienstleistung argumentierte. Anwaltliche Dienstleistungen sei-

²⁷⁵ LÜKEN, S. 41.

²⁷⁶ LÜKEN, S. 168; MOULTON, S. 73: Aufgrund der unterschiedliche Anwendung der Model Rules in den einzelnen Bundesstaaten und der raschen Überarbeitung und Ergänzungen der ABA Model Rules haben sich aber territorial unterschiedlichen Staatenregelungen entwickelt

²⁷⁷ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 – 384 (1977).

²⁷⁸ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 377, 378 (1977).

²⁷⁹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

en nicht standardisierbar haben ein „vastly increased potential for deception“²⁸⁰ und „enhanced difficulty of effective regulation in the public interest“²⁸¹. Dies würde zu nicht wünschenswerten Ergebnissen führen und der Standeswürde schaden.

Die Mehrheit liess sich von diesen Argumenten aber nicht überzeugen. Zwar seien viele anwaltliche Dienstleistungen einzigartig, aber gerade deshalb sei es unwahrscheinlich, dass diese beworben werden würden. Insofern eignen sich nur Routineangelegenheiten zur Werbung, bei der eine Irreführung wohl nur dann gegeben sei, wenn eine Leistung nicht zum beworbenen Preis erbracht würde.²⁸² Zwar könne Werbung den Rechtssuchenden keine ausreichende Grundlage für die Wahl eines Anwalts bieten, allerdings dürfe daraus nicht geschlossen werden, dass die in der Werbung enthaltenen Informationen zurückgehalten werden dürften. Dadurch werde nämlich die Bevölkerung unterschätzt.²⁸³ Insofern sei jede Rechtfertigung einer Werbebeschränkung, die darauf basiere, die Allgemeinheit in Unwissenheit zu belassen, abzulehnen.²⁸⁴

Gegen das Argument der Standeswürde und des potentiellen Imageschaden führt es an, dass durch ein Werbeverbot im Kern verlangt würde, dass der Anwalt vor sich und seinen Mandanten die Tatsache verheimliche, sein Geld im Gericht zu verdienen, was realitätsfremd sei. Vielmehr könne Preiswerbung gar verhindern, dass potenzielle Mandanten aus Angst vor den Anwaltskosten erst gar keinen Anwalt beauftragen.²⁸⁵ Im Ergebnis wurde irreführende, falsche oder illegale Werbung verboten. Hingegen wurden Beschränkungen hinsichtlich Zeit, Ort oder Art und Weise für zulässig erklärt, solange die Regulierung inhaltsneutral bleibe.²⁸⁶ Darüber hinaus wurde darauf hingewiesen, dass Werbung in Rundfunk und Fernsehen besonders geregelt werden könnte.²⁸⁷

²⁸⁰ Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 391 (1977).

²⁸¹ Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 391 (1977).

²⁸² Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 371-372 (1977).

²⁸³ „We suspect the argument rests on an underestimation of the public“ 433 U.S., 375.

²⁸⁴ „In any event, we view as dubious any justification that is based on the benefits of public ignorance.“ 433 U.S., 275.

²⁸⁵ „Since the belief that lawyer somehow are „above“ trade has become an anachronism, the historical foundation for the advertising restraint has crumbled.“ 433 U.S. 371-372 (1977).

²⁸⁶ In re R.M.J., 455 U.S. 191 (1982).

²⁸⁷ Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 383-384.

bb) Folgen der Entscheidung

Trotz der Liberalisierung durch den höchstrichterlichen Entscheid kam es nicht zur Explosion von Anwaltswerbung. Nach einer Umfrage der ABA hatten im März 1978 lediglich 3 Prozent und sogar knapp vier Jahre später nur 13 Prozent der Rechtsanwälte von der Werbemöglichkeit Gebrauch gemacht.²⁸⁸ Die ABA empfand den Entscheid als „tragic disaster for the profession“²⁸⁹ und versuchte, ihren Model Code so restriktiv wie möglich anzupassen. Wie oben aufgeführt, erlaubte der Entscheid Beschränkungen hinsichtlich Zeit, Ort oder Art und Weise der Werbung. Die meisten Staaten übernahmen den von der ABA erarbeiteten sog. regulatorischen Ansatz wonach in einer detaillierten Liste die zulässigen Werbeverhalten aufgeführt wurden. Die übrigen Staaten übernahmen den Richtlinien-Ansatz, wonach generalklauselartige Werbung untersagt wurde, die falsch, betrügerisch oder irreführend sei, wobei die Begriffe näher erläutert wurden.²⁹⁰ In den laufenden Jahren kam es aber zu zahlreichen Modifikationen der regionalen Berufsrechte durch die Rechtsprechung, da werbewillige Anwälte die Beschränkungen anfochten und regelmässig vor dem Supreme Court obsiegten. So wurde in einem Entscheid des Supreme Court im Jahr 1982 die Regulierung in Missouri für verfassungswidrig angesehen, was die ABA veranlasst hat, den regulatorischen Ansatz aufzugeben und dem Richtlinien-Ansatz zu folgen.²⁹¹ Nach fast jeder Entscheidung des Supreme Court wurden stets auch die Model Rules angepasst. Da die Rechtsprechung in den Folgejahren sehr weit ging, sind die Model Rules gegenwärtig sehr liberal ausgestaltet.

Heute unterscheidet die Rechtsprechung des Supreme Court zwischen Werbung sog. Advertising und Direktwerbung, sog. Solicitation. Bundesstaaten dürfen nur potenziell irreführende Werbung regulieren. Der Supreme Court sieht die bundesstaatlichen Regulierungsmassnahmen als verfassungskonform an, solange sie in vernünftiger Weise mit den staatlichen Interessen verbunden sind, Irreführung der Konsumenten zu verhindern. Die Grenze sei erreicht, wenn die Werbebeschränkungen in unnötiger Weise beschwerlich sind.²⁹² Im Wesentlichen nimmt also gegenwärtig der Supreme Court eine Abwägung vor, ob die erhöhten bundesstaat-

²⁸⁸ In American Bar Association Journal, May 78, Vol. 64, Issue 5, S. 673: Is Advertising an Egg? Lawyers May Be More Interested In Solicitation; HOCKE, S. 116.

²⁸⁹ Proceedings of 1977 Annual Meeting of House of Delegates, 102 ABA. Rep. 524-43 (1977).

²⁹⁰ LÜKEN, S. 77 f.

²⁹¹ In re R.M.J., 455 U.S. 191 (1982).

²⁹² Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 471 U.S. 651.

lichen Anforderungen geeignet sind, die Irreführung und Täuschung der Rechtssuchenden zu verhindern.

Während persönliche und telefonische Direktwerbung grundsätzlich unzulässig ist, darf schriftliche Direktwerbung nicht grundsätzlich verboten werden.²⁹³ So ist es Anwälten bspw. erlaubt, bestimmte Personen anzuschreiben, die von einer Zwangsvollstreckungsmassnahme betroffen sind, auch wenn sie vorher noch nie mit der Kanzlei Kontakt hatten.²⁹⁴ Hingegen hat das Gericht aber eine Regulierung, die eine 30-tägige Frist bestimmt, in der Unfallopfer und deren Familien nicht in schriftlicher Form direkt angeworben werden dürfen, für verfassungsmässig erklärt.²⁹⁵ Die neuen höchstrichterlichen Entscheide verknüpfen verbraucherbezogene und berufsbezogene Interessen. Als positiv zu bewerten ist, dass der Verbraucherschutz zum Interesse des Anwaltsstandes erklärt wurde.²⁹⁶

Ein Blick in die Regulierung der einzelnen Bundesstaaten zeigt, dass die Bundesstaaten grundsätzlich ihre Regelungen den ABA Model Rules angepasst haben. Ausnahmen gibt es insbesondere in Iowa und Florida, die besonders restriktive Regelungen aufgestellt haben.²⁹⁷ Ausserdem verfolgen viele Staaten eigene Ansätze, insbesondere im Bereich der Werbung mit Honorar, Tätigkeitsgebieten und elektronischen Medien wie Werbung im Fernsehen oder Internet.²⁹⁸

cc) Vergleichbarkeit der Berufsregeln

Die ABA hat die bundesstaatlichen Regulierungen in drei Modelle eingeteilt. Das strengste, sog. Abolitionist-Modell, besteht nur in Iowa und steht Werbung kritisch gegenüber.²⁹⁹ Etwas liberaler ist das sog. Limited-Educational-Modell, das bspw. in Mississippi und Florida besteht, welches lediglich informative Werbung zulässt und emotionale oder dramatische Anwaltswerbung untersagt. In der Lehre wird angeführt, dass diese beiden Modelle nicht mit der Rechtsprechung des Supreme Court im Einklang stehen.³⁰⁰ Das sog. Consumer-Protection-Modell sei als

²⁹³ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 U.S. 447 (1978); Shapero v. Kentucky Bar Association, 486 U.S. 466 (1988).

²⁹⁴ HOCHE, S. 98 f.

²⁹⁵ Florida Bar v. Went For it, Inc., 115 S. Ct. 2371 (1995).

²⁹⁶ Ohralik v. Ohio State Bar Association, 436 U.S. 447 (1978); Shapero v. Kentucky Bar Association, 486 U.S. 466 (1988).

²⁹⁷ BROOKS, S. 21.

²⁹⁸ LÜKE, S. 388 m.w.H.

²⁹⁹ So wird bspw. Fernsehwerbung generell verboten.

³⁰⁰ LAVOIE, N. 126, 127.

einziges mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einklang und entspreche mithin den ABA Model Rules.³⁰¹

Die Regulierung der Anwaltswerbung in Art. 12 lit. d BGFA und in Deutschland in § 43 b BRAO ist am ehesten mit dem Abolitionist-Modell in Iowa vergleichbar. Zu beachten ist aber, dass Direktwerbung in Deutschland aufgrund des Verbots des Abzielens auf einen Auftrag im Einzelfall sowohl für Rundschreiben wie auch in Form der Direktansprache nur zulässig ist, wenn dies sachlich erfolgt und nicht der konkrete Beratungsbedarf des Adressaten zum Anlass genommen wird.³⁰² Hingegen erlaubt die Schweiz sog. zielgruppenorientierte Werbung.³⁰³ Wie in England wird auch in den USA mit dem Verbraucherschutz argumentiert, statt wie hierzulande und in Deutschland mit der Standeswürde bzw. dem Standeschutz. Nachfolgend wird diese unterschiedliche Anschauung näher beleuchtet.

dd) Unterschiedliche Haltungen in der Öffentlichkeit

Trotz der vorherrschenden offenen Grundhaltung gegenüber Anwaltswerbung gehen die Meinungen auch in den USA auseinander. Im Gegensatz zur Situation in Europa steht der grösste Teil der Anwaltschaft der Möglichkeit Werbung zu betreiben positiv gegenüber. Es sei insbesondere für die ärmere Bevölkerung wichtig, Informationen zu erhalten mit denen sie ihre eigenen Interessen besser verfolgen können. Teilweise geschmacklose Anwaltswerbung sei ein kleiner Preis für die Informationsmöglichkeit, die Anwaltswerbung bietet.³⁰⁴ Hingegen wird auch in den USA von einem Teil der Anwaltschaft die Auffassung vertreten, dass die Anwaltswerbung der Grund für das schlechte Ansehen der Anwaltschaft sei.³⁰⁵ Mit Blick auf diesen Teil der Anwälte ist wie in Europa eine Diskrepanz zur Auffassung der Rechtssuchenden zu erkennen. Eine Befragung nach dem *Bates* Urteil hat ergeben, dass die überwiegende Mehrheit der Befragten der Meinung ist, Werbung sollte für die Anwälte erlaubt sein. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass neu zugelassene Anwälte im Verhältnis zu älteren Berufskollegen eine positivere Einstellung zur Anwaltswerbung hatten.³⁰⁶

³⁰¹ LÜKEN, S. 387 f.

³⁰² WOLF, S. 152, 156.

³⁰³ Vgl. IV. 3. d); FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 165.

³⁰⁴ LÜKEN, S. 23.

³⁰⁵ LÜKEN, S. 24 m.w.H.

³⁰⁶ Übersicht der Befragungsergebnisse in: KRÄMER/MAUER/BRAUN, S. 36.

c) Verbraucher- vor Standeschutz

aa) Amerikanisches Grundverständnis von Werbung

Auch in Amerika wurde Wirtschaftswerbung ursprünglich nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt. Die Abgrenzung zwischen sog. commercial bzw. non commercial speech erfolgte mittels der Frage, ob eine Aussage ein wirtschaftliches Interesse des Werbenden verfolgt. Im Gegensatz zum Grundverständnis hierzulande wird Werbung in den USA auch verfassungsmässig als notwendige Informationsquelle der Bevölkerung angesehen.³⁰⁷ Dieses Grundverständnis von Werbung setzte sich erstmals im Entscheid *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* durch und führte zur Praxisänderung hinsichtlich des Grundrechtsschutzes von Werbung. Der Supreme Court führte in seinen Erwägungen an, dass Werbung in der freien Marktwirtschaft eine veränderte Funktion eingenommen habe. Werbung diene in einer freien Marktwirtschaft dem Informationsfluss und sei deshalb unentbehrlich.³⁰⁸ Im Ergebnis führte der Entscheid zu einer Abwendung der commercial-speech-Doktrin und damit zu einer Anwendung des ersten Verfassungszusatzes auf die Wirtschafts- und damit auch auf die Anwaltswerbung.

Von der Regelung hierzulande unterscheidet sich die Grundhaltung in den USA insofern, als dass von einem *mündigen Konsumenten* ausgegangen wird. Nicht das Recht des Anwalts, Informationen zu verbreiten steht im Vordergrund, sondern das Recht des Rechtssuchenden, Informationen zu erhalten. Diese Auffassung wird bei der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz höchstens am Rande berücksichtigt. Ähnlich wie in der Schweiz ist diesbezüglich auch die Situation in Deutschland. Anwaltliche Werbung ist durch die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Hingegen wird Art. 5 Abs. 1 GG mit Blick auf die anwaltliche Werbung immer noch dahin gehend ausgelegt, dass Wirtschaftswerbung von seinem Schutzbereich grundsätzlich nicht erfasst wird.³⁰⁹

bb) Unterschiedliche Gewichtung der Interessen

Aufgrund der dargelegten unterschiedlichen Grundhaltung zur Werbung in den USA bildet bei der Prüfung der Grundrechtsbeschränkung konsequenterweise nicht der Standes-, sondern der Verbraucherschutz die Grenze der zulässigen An-

³⁰⁷ WINTZIGER/NACHTIGÄLLER, S. 107 ff. m.w.H.

³⁰⁸ *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Council*, 425 U.S. 748, 765 (1976).

³⁰⁹ LÜKEN, S. 162.

waltswerbung. Dieser ist nach dem Supreme Court dort verletzt, wo der Verbraucher nicht mehr an der Verbreitung der Werbung interessiert ist bzw. die Werbung falsch oder irreführend ist. Interessen zum Schutz der Standeswürde flossen bei der Abwägung seit der *Bates* Entscheidung nicht mehr ein. Ferner wurde bei Direktwerbung die Gefahr der Verletzung der Privatsphäre berücksichtigt.³¹⁰

Hingegen bildet in der Schweiz und in Deutschland der Standeschutz die Grenze der zulässigen Anwaltswerbung. Es wird nach wie vor davon ausgegangen, dass zwischen der Anwaltschaft und anderen Gewerbetreibenden klare traditionelle Unterschiede bestehen.³¹¹

cc) Jüngste Rechtsprechung des Supreme Court

Ein jüngerer Entscheid des US Supreme Court zur Anwaltswerbung hat erstmals in Abweichung zur *Bates* Entscheidung die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Werbebeschränkung mit dem Schutz der Würde des Anwaltsstandes begründet.³¹² Dabei ging es um eine berufsrechtliche Vorschrift in Florida, die es Anwälten untersagte, sich während 30 Tagen nach einem Unfall oder Unglück schriftlich zum Zweck der Akquisition bei einem potenziellen Mandanten zu melden. Die Hauptargumente für die Zulässigkeit des Werbeverbots waren im Wesentlichen der Schutz der Privatsphäre der Werbeadressaten und eben erstmals auch die Würde des Anwaltsstandes. Zur Begründung hatte die Anwaltskammer eine Studie angehängt, wonach Anwälte in Florida jährlich 700'000 Direktwerbungen versandt haben, wovon 40 Prozent an Unfallopfer oder Verbliebene gingen. Dabei empfand der Grossteil der Befragten diese Werbemethoden als geschmacklos, irritierend, verärgern oder gar als Verletzung der Privatsphäre.³¹³

Trotzdem wurde der Entscheid in der Literatur nicht als Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung verstanden.³¹⁴ Selbst die ABA hat die Model Rules nicht in Richtung der neuen Entscheidung abgeändert. Die ABA bestritt die Ergebnisse der Studie, da ihre eigene Studie zum gegenteiligen Ergebnis geführt hat, nämlich dass Werbung lediglich einen geringen Einfluss auf das schlechte Ansehen der

³¹⁰ LÜKEN, S. 163.

³¹¹ Vgl. III. 3. a).

³¹² Florida Bar v. Went For It, Inc., 115 S. Ct 2371 (1995).

³¹³ Florida Bar v. Went For It, Inc., 115 S. Ct., 2378; LÜKEN, S. 351; EIKENBERRY, S. 244; HORNSBY/SCHIMMEL, S. 326.

³¹⁴ MOORE S. 478; LÜKEN, S. 369.

Anwaltschaft habe.³¹⁵ Darüber hinaus sei das Datenmaterial der Studie nicht eindeutig und erlaube mehrere Interpretationen. Das Ansehen der Anwaltschaft zu verbessern, sei kein substanzielles öffentliches Interesse.³¹⁶ Ferner hat das Berufungsgericht im Bundesstaat Maryland im Fall *Ficker v. Curran* entschieden, dass ein spekulativer Schaden am Berufsbild des Anwaltes nicht ausreiche, um eine Beschränkung der Werbung zu rechtfertigen.³¹⁷ In der herrschenden amerikanischen Lehre herrscht Einigkeit darüber, dass der Entscheid keine Praxisänderung darstellt.³¹⁸

d) Ergebnis

Im Vergleich zu Europa waren die USA historisch gesehen das erste Land mit einer sehr liberal ausgeprägten Werbepaxis. Die vereinigten Staaten haben in einigen Bereichen des Anwaltsrechts, wie bspw. der Organisation von Anwaltskanzleien, eine Vorreiterrolle eingenommen. Zwar gehen die Entwicklungen der Anwaltschaft im Rechtsvergleich in eine ähnliche Richtung, daraus darf m.E. aber nicht geschlossen werden, dass auch im Bereich der Werberegulierung eine Angleichung erfolgen wird. Die Abwendung von der Argumentationslinie der Standeswürde kam in den USA mit dem *Bates* Urteil. Das Urteil zeigte das unterschiedliche Grundrechtsverständnis von Werbung und die unterschiedliche Gewichtung der Interessen auf. Bei der Umsetzung des *Bates* Urteils ist es aufgrund der offenen Formulierung zu zahlreichen unterschiedlichen Umsetzungsvarianten gekommen. Diesbezüglich gleicht die schweizerische Regulierung dem vergleichsweise restriktiven Abolitionist Modell in Iowa. Seit dem Urteil steht bei der Abwägung der Interessen nicht mehr der Standes-, sondern der Verbraucherschutz im Vordergrund. Diese Argumentationslinie wird sodann auch in England vertreten. Auch in der Schweiz und Deutschland ist eine fortschreitende Deregulierung anwaltlicher Werberestriktionen zu beobachten. Dies zeigt sich u.a. an der Zunahme der zulässigen Werbemittel wie bspw. der zielgruppenorientierten Anwaltswerbung in der Schweiz oder jüngst auch der Zulässigkeit von Werbeplakaten in deutschen Strassenbahnen. Von einer Abwendung der Standeswürde ist man hierzulande, wie der jüngste höchstrichterliche Entscheid gezeigt hat, aber noch weit entfernt.

³¹⁵ Veröffentlicht in: American Bar Association Commission on Advertising, *Lawyer Advertising at the Crossroads* (1995).

³¹⁶ EIKENBERRY, S. 244.

³¹⁷ United States Court of Appeals for the Fourth Circuit vom 23. Juli 1997, 119 F. 3d 1150, 25 Media L. Rep. 2049.

³¹⁸ LÜKEN, S. 373. m.w.H.

Die Rechtsprechung in den USA ist m.E. insofern fortschrittlich, als dass sie den informativen Gehalt der Anwaltswerbung anerkannt hat. Werbung ist danach nicht per se negativ, sondern schafft Markttransparenz und fördert den Informationsfluss auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt. Ferner berücksichtigt die amerikanische Rechtsprechung das Interesse der Öffentlichkeit, über anwaltliche Dienstleistungen aufgeklärt zu werden, sofern dies nicht falsch, irreführend oder täuschend erfolgt. Wie England vertrauen auch die USA auf die Ordnungskraft des freien Wettbewerbs auf dem Markt anwaltlicher Werbung.

Trotz der tieferen Schranken kam es in den USA soweit erkennbar nicht zur Verwahrlosung der anwaltlichen Werbung. Auch die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege oder die Unabhängigkeit der Anwaltschaft haben nicht unter der Reform gelitten. Nach einer empirischen Studie der ABA ist seit der Liberalisierung der Anwaltswerbung der Markt nicht mit Anwaltswerbung überschwemmt worden. Zwei Jahre nach dem *Bates* Urteil betrieben gar nur 7 Prozent der Anwälte Werbung, wobei vor allem jüngere Anwälte und kleine Anwaltskanzleien diese Möglichkeit nutzten.³¹⁹ Ferner ist auch die befürchtete Gebührenexplosion nicht eingetreten und auch die Umsätze der Anwälte sind aufgrund der Liberalisierung nicht eingebrochen. Es konnte gar festgestellt werden, dass die Umsätze der Anwälte stiegen und der Marktzugang für die jungen Anwälte verbessert wurde.³²⁰ Im Ergebnis zeigt der Blick in die USA, dass die Befürchtungen³²¹ der Gegner der Liberalisierung nicht eingetreten sind. Glaubt man den Berichten, so hat die Lockerung der Werberestriktionen die Transparenz erhöht und die Preise gesenkt.³²²

Nicht zuletzt hat auch das US-Prozessrecht einen direkten Einfluss auf das Werbeverhalten der Anwälte. Im Unterschied zum Anwaltsrecht hierzulande ist es in den USA nämlich ohne weiteres erlaubt, ein Erfolgshonorar eine sog. „contingent fee“ zu verlangen.³²³ Diese übersteigt grundsätzlich bei Weitem das hierzulande übliche Anwaltshonorar. Auch die eingeklagte Höhe der Schadensersatzforderungen übersteigt bei Weitem den hierzulande geforderten Schadenersatz. Insofern

³¹⁹ WINTZER/NACHTIGÄLLER, S. 121 f.

³²⁰ WOLFFERS, S. 154; BAUMGARTNER, S. 362 f.; MEYER, Freie Berufe, S. 245; vgl. auch RICK, S. 165: Liberalisierung der Anwaltswerbung hat auch in den Niederlanden, Grossbritannien und Dänemark nicht zu einer Gebührenexplosion geführt.

³²¹ Vgl. III. 4. b).

³²² BAUMGARTNER, S. 361.

³²³ http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_issues_for_consumers/lawyerfees_contingent.html [Stand, 01.04.2014]

wundert es auch nicht, dass aufgrund des hohen finanziellen Anreizes Anwaltswerbung im Wesentlichen auf Privathaushalte zugeschnitten ist und insbesondere im Bereich der „personal injury“ resp. des „wrongful death“ betrieben wird. Konsequenterweise wäre der Anreiz der Anwaltschaft, aggressiv um Kunden zu werben, aufgrund des unterschiedlichen Schweizer Rechtssystems hierzulande viel geringer als in den USA.

4. Ergebnis

Der Rechtsvergleich mit Deutschland, England und den USA hat gezeigt, dass die wesentlichen Liberalisierungsimpulse aus Amerika stammen. Festzuhalten ist, dass sowohl im „common law“ System, als auch im kontinentaleuropäischen Rechtssystem Anwaltswerbung ursprünglich ganz verboten war. Insbesondere der Wandel des anwaltlichen Berufsbildes und die veränderte Nachfrage der Rechtssuchenden hat dazu geführt, dass Werberestriktionen zunehmend dereguliert wurden. Ausgehend vom *Bates* Urteil hat in der Rechtsprechung eine Praxisänderung stattgefunden. Seither ist in den USA und England bei der Prüfung der Grundrechtsbeschränkung nicht der Standes-, sondern der Verbraucherschutz das zentrale Element bei der Interessenabwägung.

Der Rechtsvergleich konnte zeigen, dass die Befürchtungen der Liberalisierungsgegner weder in den USA, in England, noch in Deutschland eingetreten sind. Insbesondere ist es nicht zu einer Verwahrlosung des Anwaltsstandes gekommen. Positiv zu bewerten ist, dass in der jüngeren Rechtspraxis zunehmend von der Argumentation mit der Standeswürde Abstand genommen wird. Hingegen wird hierzulande auch in der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung nach wie vor mit der Standeswürde argumentiert, während die Interessen der Rechtssuchenden aussen vor bleiben. Wie sich die Situation *de lege ferenda* ändert, wird im nachfolgenden Kapitel untersucht.

V. Regulierung der Anwaltswerbung in der Schweiz de lege ferenda

1. Tendenz zur Lockerung der Anwaltswerbung im EU-Raum

Obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, kann es sich auch im Bereich der Regulierung der Anwaltswerbung lohnen auf das Gemeinschaftsrecht zurückzugreifen. Die dort zu gewinnenden Anregungen, Entscheidungspraxen und Argumente können auch hierzulande von Nutzen sein. Nicht zuletzt betrifft die fortschreitende Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen und Harmonisierung der Rechtsordnungen auch die Schweiz, die mit der EU intensiven Handel betreibt.³²⁴

a) Wandel des anwaltlichen Berufsbildes am EuGH

In der früheren Rechtsprechung des EuGH wurden Anwälte vermehrt als „Hilfsperson der Justiz“ oder als „Mitgestalter der Rechtspflege“ bezeichnet.³²⁵ Dieses Berufsbild hat sich seit den Entscheidungen Wouters³²⁶ und Arduino³²⁷ aus dem Jahr 2002 grundlegend geändert. Die Urteile führten zu einer Abkehr von dem Berufsbild des Anwalts als Mitglied der Rechtspflege, hin zu einem dienstleistungsbezogenen Verständnis der Anwaltschaft. Die Urteile sind zu einem Zeitpunkt ergangen, in denen nationale Satzungsrechte der Anwaltskammer zunehmend mit Blick auf das Europäische Wettbewerbsrecht diskutiert wurden. Nationale Berufsverbände müssen bei dem Erlass von Satzungsrecht seither Europäisches Wettbewerbsrecht beachten.³²⁸

b) Entwicklungen im EWR

Der von der Kommission eingeleitete Deregulierungsprozess mit dem Ziel der Verbesserung des Wettbewerbs im Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen und der Harmonisierung der Rechtsordnungen im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungen, führte zu einer Bestandsaufnahme und vielfältigen Rechtfertigungsversuchen zu bestehenden berufsrechtlichen Regelungen. Dabei wurde die Frage aufgeworfen, weshalb bestimmte Berufe Werbereglementierungen, bis hin zu vollständigen Werbeverböten haben, während die gleichen Berufe in anderen Mitgliedsstaaten Dienstleistungen hoher Qualität zu erbringen vermö-

³²⁴ KELLERHALS, S. 1 f.

³²⁵ EuGH, Urt. vom 03.12.1974 – Rs. C-33/74, Slg. 1974, 1299, Tz. 14 (Binsbergen); EuGH, Urt. vom 18.05.1982 – Rs. C-155/79, Slg. 1982, 1575 Tz. 24 (AM&S/Kommission); EuGH, Urt. vom 05.12.1996 – Rs. C-172/96, Slg. 1996, 6401, Tz. 12 (Lopes/Gerichtshof).

³²⁶ EuGH, Urt. vom 19.02.2002 – Rs. C-309/99 (Wouters), vgl. AnwBl. 2002, S. 234 ff.

³²⁷ EuGH, Urt. vom 19.02.2002 – Rs. C-35/99 (Arduino), vgl. AnwBl. 2002, S. 247 ff.

³²⁸ BREDOHL, S. 300.

gen.³²⁹ Dazu hat die Kommission Anfang 2004 den lange erwarteten Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen veröffentlicht, der Teil der wirtschaftlichen Reform war, um die EU zu einem wettbewerbsfähigeren und dynamischeren Wirtschaftsraum zu gestalten.³³⁰ Insbesondere eine Studie³³¹ sorgte für grosses Aufsehen, da sie nachwies, dass aus ökonomischer Sicht eine möglichst geringe Regulierungsdichte bei den Freiberufern anzustreben sei. Die Studie hat allerdings viele Besonderheiten des Rechtsanwaltsberufs nicht beachtet, weshalb die daraus gezogenen Schlussfolgerungen der generellen Deregulierung zu Recht kritisiert wurden.³³²

Relevante Grundlage, mit Blick auf die Regulierung der Anwaltswerbung in der EU, sind die von der CCBE³³³ erlassenen Berufsregeln für grenzüberschreitende Tätigkeiten. Ziel der CCBE ist es, einheitliche Berufsregeln zu schaffen, die die nationalen Berufsrechte ersetzen sollen. Obwohl die CCBE keine formelle Rechtssetzungskompetenz besitzt, haben alle EU-Staaten die europäischen Berufsregeln in nationales Berufsrecht transformiert. Diese Berufsregeln tragen damit der Europäisierung des Anwaltsberufs Rechnung. Der erarbeitete Verhaltenskodex der CCBE findet sich so bspw. als Verweis in § 29 Abs. 1 BORA oder in England im Code of Conduct der englischen Bar sowie in den Solicitors Practice Rules 1990.

Insbesondere der Trend zur Deregulierung und die rasanten Entwicklungen im Bereich der Informationsgesellschaft veranlassten die CCBE, anwaltliche Werbung generell zuzulassen. Mit der Änderung in Art. 2.6 CCBE sollte der Richtlinie 2000/31/EG zum elektronischen Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden.³³⁴ Für grenzüberschreitende Anwaltswerbung im EU-Raum gilt Art 2.6 der Europäischen Berufsregeln. Folgendes wird darin geregelt: “Der Rechtsanwalt darf die Öffentlichkeit über seine Dienste informieren unter der Voraussetzung, dass die Information korrekt und nicht irreführend ist und die Verschwiegenheitspflicht und andere Grundwerte der Anwaltschaft gewahrt bleiben.” Weiter führt

³²⁹ KLEINE-COSACK, S. 7 m.w.H.

³³⁰ KOM (2004) 83 vom 09.02.2004.

³³¹ PATERSON/FINK/OGUS, S. 125 ff.

³³² DÖBBELT, S. 325; WEIL, BRAK Magazin 2003, S. 4.

³³³ Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne: Ein im Jahr 1960 nach belgischem Recht gegründeter Verein und Dachorganisation der Anwaltschaften der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Die CCBE vertritt die Interessen der jeweiligen nationalen Anwaltschaften der EU-Mitgliedsstaaten auf europäischer Ebene.

³³⁴ SCHIEBE, S. 196.

2.6.2 aus: “Persönliche Werbung des Rechtsanwalts über jegliche Art von Medien wie Presse, Radio, Fernsehen, durch elektronische kommerzielle Kommunikation oder auf andere Weise ist insoweit gestattet, als dies den in 2.6.1. gestellten Anforderungen entspricht.”³³⁵ Die kurze Formulierung ähnelt der Berufsregel in England und enthält ausser dem Verbot der Irreführung und den zentralen Berufsregeln keine weiteren berufsrechtlichen Einschränkungen. Ein weiteres Indiz zum Trend der Deregulierung in der EU ist die „CIF“ Entscheidung des EuGH, worin klargestellt wurde, dass die Gesetze der Mitgliedsstaaten, die gegen das EU-Kartellrecht verstossen nicht anzuwenden sind.³³⁶

Zwar werden die anwaltsrechtlichen Kernbereiche, die für die Berufsausübung der Anwaltschaft notwendig sind, weiterhin geschützt werden, fraglich ist aber, ob die berufsrechtlichen nationalen Werbebeschränkungen de lege ferenda noch in den schützenswerten Kernbereich fallen. Die Vorstösse der Europäischen Kommission lassen den Schluss zu, dass es keine Frage sein wird, ob, sondern wann es zu einer europäischen Vereinheitlichung des Berufsrechts kommen wird. In einem solchen Szenario haben jene die besseren Karten, die bereits jetzt Erfahrungen bei der Nutzung von anwaltlichen Werbemitteln machen konnten.

2. Entwurf des SAV zum neuen schweizerischen Anwaltsgesetz

a) Jüngste Entwicklungen im Anwaltsrecht

Der SAV hatte im Juni 2009 beschlossen, die Vorarbeiten für ein schweizerisches Anwaltsgesetz in Angriff zu nehmen, um die Voraussetzungen des Anwaltsberufes und dessen Ausübung gesamtschweizerisch zu vereinheitlichen. Zu diesem Zweck hat der SAV unter der Leitung des alten SAV-Präsidenten Ernst Staehelin ein neues schweizerisches Anwaltsgesetz erarbeitet.³³⁷ Die Vorgabe war es, „Bewährtes aus dem BGFA zu übernehmen, Verbesserungen im Vergleich zum derzeitigen Stand vorzunehmen und sich aufdrängende, neue Themen direkt im Bundesgesetz zu regeln.“³³⁸

³³⁵ Abrufbar unter: http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/Berufsregeln_Mai%202006_090615.pdf [Stand, 03.05.2014].

³³⁶ EuGH vom 09.09.2003, C-198/01, NJW 2004, S. 351.

³³⁷ [Http://www.sav-fsa.ch/Neues-Anwaltsgesetz.1821.0.html](http://www.sav-fsa.ch/Neues-Anwaltsgesetz.1821.0.html) [Stand. 12.03.2013].

³³⁸ STAHELIN, S. 68.

Der SAV hat Mitte Februar 2012 dem Bundesamt für Justiz ein von allen involvierten Seiten unterstütztes „Schweizerisches Anwaltsgesetz“ vorgelegt.³³⁹ Noch im gleichen Jahr, am 4. Juni 2012, hat Nationalrat Karl Vogler eine Motion zum „Erlass eines umfassenden Anwaltsgesetzes“ lanciert. Nachdem der Bundesrat Mitte August 2012 die Annahme der Motion beantragt hat, wurde dies Ende September im Nationalrat und am 14. März 2013 auch im Ständerat angenommen.³⁴⁰ Im vorgelegten Entwurf des SAV wurde auf die Bestimmung zur Anwaltswerbung nach Art. 12 lit. d BGFA verzichtet. „Objektive Werbung dürfte es schon begriffsmässig kaum geben. Die heutige Literatur und Rechtsprechung gehen deshalb davon aus, dass der Vorbehalt der Objektivität in Art. 12 lit. d BGFA auf die Grundsätze des UWG verweise: Anwaltswerbung darf nicht unlauter sein. Deshalb bedarf es keiner separaten Bestimmung zu diesem Thema im Anwaltsgesetz.“³⁴¹ Störend ist aber, dass auf das „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“ nach Art. 12 lit. d BGFA an keiner Stelle eingegangen wurde. Andererseits überraschend ist ferner die sehr liberale Auffassung, dass zur Auslegung der Objektivität nur noch das UWG herangezogen werden soll. Dies entspricht dem Teil der Lehre, der das UWG als ideale Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA sieht. Leider hat es das Bundesgericht verpasst in seiner jüngsten Rechtsprechung diese Entwicklungen im Rahmen des Möglichen zu folgen.³⁴²

Alle anderen Bestimmungen in Art. 12 BGFA sollen grundsätzlich beibehalten werden. Ein weiteres Anliegen ist die Einbindung der nur beratend tätigen Anwälte in die Anwaltsordnung. Das revidierte BGFA soll nicht nur für forensisch, sondern auch für beratend tätige Anwälte gelten. Jede Person die den Anwaltsberuf mit dem Titel „Anwalt“ ausüben will, muss sich registrieren lassen. Begründet wurde dies mit dem Interesse der rechtssuchenden Personen. Diese suchen bei Anwälten Vertrauen und Unabhängigkeit und sollten dies erhalten, unabhängig davon, ob ein Verfahren vor Gericht endet oder nicht. Mit dem SAV-Entwurf würden im Werberecht innerhalb der Anwaltschaft und auch im Vergleich zur ausserberuflichen Konkurrenz gleich lange Spiesse geschaffen. Der SAV-Entwurf möchte ferner ein zentrales Anwaltsregister beim Bund schaffen, die Zulassungs-

³³⁹ Kritisch dazu WYSS, S. 571 f.: Er bezeichnet das Vorgehen des SAV als „Einspeisung eines eigenen Entwurfs“, der unzutreffend vorgibt, im Interessen aller Beteiligten zu stehen.

³⁴⁰ Curia Vista Geschäftsdatenbank Nr. 12.3372. Abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123372 [Stand. 02.05.2014].

³⁴¹ STAEHELIN, S. 69.

³⁴² Vgl. III. 3. c).

voraussetzungen von Anwälten harmonisieren und die zulässigen Gesellschaftsformen von Anwaltskanzleien regeln.³⁴³

b) Unterschiedliche Reaktionen auf den Entwurf

Fraglich ist, ob die beiden Kammern dem Antrag des SAV nachgehen und die Bestimmung in Art. 12 lit. d BGFA streichen werden. Noch finden sich nicht viele Meinungen zum Entwurf des SAV. STERCHI äusserte sich bereits kritisch. Es sei ihm nicht wohl, dass nur noch das UWG als Schranke dienen wird, weil damit faktisch die gleichen Regeln wie für rein kommerzielle Wirtschaftszweige gelten sollen. Mit einer solch radikalen Lösung sei „[...] weder dem rechtssuchenden Publikum noch der Anwaltschaft [...]“³⁴⁴ gedient. Seine Ausführungen sind sehr kurz gehalten und begründen nicht, inwiefern die Rechtssuchenden durch die Streichung des Art. 12 lit. d BGFA Schaden nehmen könnten.

Weitaus kritischer äusserte sich STRÄULI, der das Berufsbild im Entwurf des schweizerischen Anwaltsgesetzes als realitätsfremd bezeichnet hat. Der neue Entwurf berücksichtige nicht, dass die Mehrzahl der Anwälte beratend und nicht mehr forensisch tätig sind und als Angestellte in Kanzleien arbeitet. Er beruft sich dabei massgeblich auf die im ersten Kapitel erwähnte Studie des Statistischen Amtes des Kantons Zürich.³⁴⁵ Vor diesem Hintergrund sei der SAV-Entwurf nicht sachgerecht. Der SAV wolle aus eigenen verbandspolitischen Überlegungen, d.h. im Interesse einer höheren Mitgliederzahl, die auch bloss beratend tätigen Anwälte dem Anwaltsgesetz unterstellen.³⁴⁶ Eine Äusserung zur Aufhebung des Art 12 lit. d BGFA findet sich in seinen Aussagen nicht. AMBERG entgegnet STRÄULIS Argumenten, dass von Zürich nicht auf die gesamte Schweiz Schlüsse gezogen werden dürften. Schliesslich seien die meisten kleinen und mittelgrossen Anwaltsbüros gegenüber den Grosskanzleien schweizweit noch immer in der grossen Mehrheit. Es sei polemisch zu behaupten, der SAV handle allein aus verbandspolitischen Interessen. Vielmehr werde mit dem Entwurf die „unnatürliche Zweiteilung“ der Anwaltschaft in forensische und beratende Anwälte wieder rückgängig gemacht.³⁴⁷

³⁴³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 21. Januar 2013 abrufbar unter: http://www.parlament.ch/sites/kb/2012/Kommissionsbericht_RK-S_12.3372_2013-01-21.pdf [Stand. 02.05.2014] .

³⁴⁴ STERCHI, S. 5.

³⁴⁵ Vgl. I. 3. c)

³⁴⁶ Zitiert in: AMBERG, S. 139 f.

³⁴⁷ AMBERG, S. 139 f.

Blickt man nur auf die Werbefreiheit, zielt der SAV-Entwurf darauf ab, die Zweiteilung der Anwaltschaft aufzuheben und schafft gleich lange Spiesse im Werberecht der Anwaltschaft. Dies ist mit Blick auf die derzeit herrschende Ungleichbehandlung positiv zu bewerten. Ein Blick nach Deutschland zeigt, dass die forensisch tätigen und beratenden Anwälte zu Recht gleichsam dem Berufsrecht unterstellt sind. Hingegen ist aus dem Blickwinkel der derzeit beratend tätigen Anwälte der SAV-Entwurf eine Zunahme staatlicher Regulierung. Wie sich die Anwaltschaft aber zur Aufhebung des Art. 12 lit. d BGFA äussern wird, bleibt allerdings noch abzuwarten. M.E. wird es hier wohl zu einer Kompromisslösung kommen, die den vorgebrachten Liberalisierungsanliegen ebenso Rechnung trägt wie den Befürchtungen einer „Amerikanisierung“.

3. Herausforderung der Regulierung von Anwaltswerbung im Internet

a) Suchmaschinenoptimierung statt Eintrag im Telefonbuch

Wie findet man im Internetzeitalter einen passenden Anwalt? Während Rechtssuchende früher diese Frage noch mit „über das Telefonbuch“ oder mit „über einen persönlichen Kontakt“ beantwortet hätten, hat sich das Internet auch bei Anwälten zu einem selbstverständlichen Kommunikationsmedium und Werbeträger entwickelt.³⁴⁸ Gibt man beim Suchmaschinenbetreiber und Marktführer³⁴⁹ Google bspw. die Wörter „Anwalt“ oder „Rechtsanwalt“ ein, so erscheinen mehrere Anwaltskanzleien und Rechtsberatungsdienste in den Anzeigen und den Suchergebnissen.

Aber nicht nur die Suche eines Anwalts wird über das Internet abgewickelt, sondern auch einzelne anwaltliche Dienstleistungen finden online statt. So wird vermehrt versucht, Standards, die in anderen Bereichen im Internet gesetzt wurden, auch auf anwaltliche Dienstleistungen zu übertragen.³⁵⁰ Darüber hinaus wird sich auch die schweizerische Anwaltschaft vermehrt auf die Konkurrenz der ausländischen Rechtsberatung einstellen müssen.³⁵¹ Suchmaschinen sind das wichtigste

³⁴⁸ Zur Bedeutung von Suchmaschinen in Zahlen: RATH, S. 20 ff.

³⁴⁹ Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission hat Google im EWR einen Marktanteil von über 90 Prozent im Bereich der allgemeinen Online-Suche: Europäische Kommission, COMP/39.740, Google, Pressemitteilung IP/13/371 vom 25.4.2013.

³⁵⁰ Vgl. MÜLLER THOMAS, Tagesanzeiger vom 09.10.2011, abrufbar unter: <http://www.tagesanzeiger.ch/leben/rat-tipsRechtsanwaelte-locken-mit-Gratisangeboten/story/22659778> [Stand, 25.05.2014]; Scheidungskonventionen bei www.oninescheiden.ch; www.erbrechtswetz.ch lockt mit einer kostenlosen telefonischen Erstberatung; Rechtsberatung für Homegate Kunden in Partnerschaft mit der Kanzlei „Prof. Giger & Dr. Simmen“.

³⁵¹ Bspw. bietet eine deutsche Plattform Rechtsberatung im schweizerischen Recht an <http://www.justanswer.de> [Stand. 25.05.2014].

Tor zum World Wide Web und reduzieren dessen Komplexität erheblich. Suchmaschinenoptimierung ist insbesondere für junge und neue Anwälte eine sehr lukrative Werbeform, da sie kontextsensitive Werbung erlaubt.³⁵² Aufgrund der hohen Relevanz des Erstkontaktes wird nachfolgend auf die rechtliche Beurteilung der Suchmaschinenoptimierung näher eingegangen. Auf die Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Ubiquität³⁵³ des Internets, sowie auf die Behandlung anderer digitaler Werbeformen, wie bspw. mittels Domainnamen, Werbemails, Banner- oder Hyperlinksetzung, wird hier nicht eingegangen, da dies den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde.

b) Rechtliche Beurteilung der Suchmaschinenoptimierung

Metatags sind versteckte HTML-Elemente, die Informationen über die zugrundeliegende Webseite enthalten. Viele Suchmaschinen verwenden Metatags von Webseiten zur Indizierung.³⁵⁴ Gut gewählte, massvoll eingesetzte Metatags helfen, dass eine Website aufgrund eines Suchbegriffs mit einer Suchmaschine gefunden wird.³⁵⁵ Das zweite Mittel zur Suchmaschinenoptimierung ist das sog. Keyword Advertising. Dabei handelt es sich um eine Internet-Werbeform, bei der Werbemittel auf den Webseiten abhängig von den individuellen Schlüsselwörtern angezeigt werden. Das bekannteste und im Europäischen Wirtschaftsraum am meisten genutzte Keyword Advertising ist Google AdWords. Werbetreibende können mittels Google AdWords Anzeigen schalten, die sich an den jeweiligen Suchergebnissen orientieren. Genau wie Metatags sind auch AdWords für den Suchmaschinennutzer unsichtbar.

Die wesentliche Problematik bei Werbung mittels Metatags und AdWords liegt darin, dass ein Anwalt die Aufmerksamkeit auf seine Homepage lenken könnte, indem er den Namen eines prominenten Kollegen oder einer grösseren Kanzlei als Metatag oder AdWords verwendet und dadurch bei Eingabe des Begriffs in den Suchergebnissen priorisiert gelistet wird. Diese Problematik wurde allerdings mit Blick auf das BGFA weder in der Literatur noch in der Rechtssprechung behandelt.³⁵⁶ Während auch die Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA nicht weiterführend ist, bietet das Marken- und Lauterkeitsrecht mehr Anhaltspunkte. Im schweizeri-

³⁵² HEINEMANN, S. 13.

³⁵³ Damit gemeint sind Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der weltweiten Abrufbarkeit von Informationen über die Ländergrenzen hinaus.

³⁵⁴ Vgl.: http://www.webopedia.com/TERM/M/meta_tag.html [Stand, 07.05.2014].

³⁵⁵ RATH, S. 60.

³⁵⁶ Einzig dazu SCHÜTZ, S. 360 ff. mit Verweisen ins dt. Recht.

schen Markenrecht ist allerdings noch umstritten, ob durch die Verwendung von Metatags eine Markenrechtsverletzung entstehen kann. Dieser Teil der Lehre verneint den kennzeichenmässigen Gebrauch i.S.v. Art. 13 MSchG.³⁵⁷ Dagegen wurde dies in Deutschland höchstrichterlich bejaht.³⁵⁸ Mit Blick auf das UWG wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass die Verwendung fremder Kennzeichen als Metatag in der eigenen Webseite nicht als Kundenfang oder Absatzbehinderung i.S. von Art. 2 UWG beurteilt werden kann. Die Besonderheit des Abfangens fremder Kunden bestehe darin, dass ein bereits gefasster Kaufentschluss direkt auf das eigene Angebot umgeleitet werde. Ein potenzieller Konsument sei bei der Suche im Internet hingegen meist noch weit vom Kaufentschluss entfernt. Eine Irreführung i.S.v. Art. 3 lit. b UWG sei deshalb abzulehnen.³⁵⁹

Im Gegensatz zum Marken- und Lauterkeitsrecht bietet das BGFA insbesondere bei neuartigen Werbeformen wenig Rechtssicherheit. Insofern ist auch in diesem Bereich Art. 12 lit. d BGFA entbehrlich. Anwaltswerbung sollte nach den gleichen lauterkeits- und markenrechtlichen Regeln erfasst werden, wie diejenige der übrigen Marktteilnehmer. Hinzu kommt, dass es den Anwaltsverbänden allein schon durch den enormen Informationsfluss im Internet nicht möglich ist, alle Werbeverstösse zu ahnden. Ein bereits erwähnter Vorteil des UWG wäre es, dass auch Rechtssuchende unlautere Werbung zur Anzeige bringen könnten.³⁶⁰ Im Vergleich zur jüngsten Rechtsprechung ist es m.E. nicht nachvollziehbar, dass eine 70 Zentimeter hohe Plakatwerbung mit dem Kanzleinamen an der „formellen Sachlichkeit“ und dem „Publikumsschutz“ scheitert, während Werbeeinblendungen bei den Suchergebnissen unproblematisch sind.

³⁵⁷ REINLE/OBRECHT, S. 113, 119.

³⁵⁸ BGH, Entscheid vom 18.5.2006, MMR 2006, S. 812 ff.

³⁵⁹ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 2 N. 119.

³⁶⁰ III. 4. a). bb).

4. Vorschlag zur Regulierung der Anwaltswerbung de lege ferenda

Zentral bei der Regelung der Anwaltswerbung de lege ferenda ist, dass die Anwaltschaft sich vermehrt den Herausforderungen des Marktes stellt und ihn mitgestaltet. Gleichzeitig sollten aber auch die Qualität der anwaltlichen Dienstleistungen laufend verbessert und die neuen Technologien effizient genutzt werden.

Der Rechtsvergleich hat gezeigt, dass die massgeblichen Liberalisierungsimpulse in der Vergangenheit von den USA ausgegangen sind und sich in Europa niederschlagen haben, oder sich noch niederschlagen werden. Dabei konnte weder in den USA noch in England oder Deutschland eine Verwahrlosung der Anwaltschaft festgestellt werden. Vielmehr hat sich der Markt selbst reguliert. Unseriöse Werbemassnahmen bescheren der einschlägigen Anwaltschaft keine neuen Aufträge, da der Werbeadressat solche Werbung selbst als ungeeignet erkennt. Die Regulierung der Anwaltswerbung im Ausland kann der Schweiz als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung wäre eine zeitgemässe Prüfung der verfassungsrechtlichen Einschränkung der Werbefreiheit angebracht. Bei der Einschränkung der Werbefreiheit von Anwälten sollte m.E. nicht mit der Standeswürde oder der überkommenen Rechtspraxis vor Inkrafttreten des BGFA, sondern mit dem tatsächlichen Publikumsschutz argumentiert werden. Geschmacksfragen sind dem Markt zu überlassen und nicht durch die Rechtspraxis festzulegen. Dafür bietet das UWG, im Gegensatz zu Art. 12 lit. d BGFA, die passendere und praxistauglichere Regelung. Insofern ist eine Annäherung an die Werbeformen der gewerblichen Wirtschaft erstrebenswert.

Trotzdem ist eine umfassende Freigabe der Anwaltswerbung auch de lege ferenda nicht wünschenswert. Abgesehen von Art. 12 lit. d BGFA sollen auch zukünftig alle anderen Berufspflichten gelten.³⁶¹ Insbesondere Art. 12 lit. a BGFA, der eine gewissenhafte und sorgfältige Mandatsausübung verlangt, sollte weiterhin als Massstab der anwaltlichen Dienstleistung herangezogen werden. Es konnte festgestellt werden, dass bei einer generellen Zulässigkeit der Anwaltswerbung innerhalb der Schranken des UWG der Wettbewerb erheblich gefördert und der Zweck des Anwaltsrechts dennoch aufrechterhalten wurde. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht könnte die Transparenz im Markt von anwaltlichen Dienstleistungen erhöht

³⁶¹ Darunter fallen insbesondere: Art. 7 BGFA (Registereintrag), Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (Unabhängigkeitsvoraussetzung), Art. 11 BGFA (Berufsbezeichnung), Art. 13 BGFA (Berufsgeheimnis).

und die Entscheidungsfreiheit des Rechtssuchenden vergrössert werden. Das Lauterkeitsrecht bietet umfassende und praxisnahe Richtlinien sowie eine konstante Rechtspraxis. Diese verbietet insbesondere überrumpelnde, belästigende, irreführende und täuschende Werbung. Dadurch könnte, im Gegensatz zur unklaren derzeitigen Situation, Rechtssicherheit im anwaltlichen Werbebereich geschaffen werden. Darüber hinaus bietet das Lauterkeitsrecht prozessuale Vorteile und erlaubt insbesondere die vorsorgliche Unterlassung von unlauteren Werbemassnahmen. Das Vertrauen in den Anwalt sowie dessen Unabhängigkeit und Selbstverantwortlichkeit würden demgegenüber durch eine erhöhte Werbefreiheit kaum ins Gewicht fallen. Im Ergebnis lassen sich Einschränkungen der Anwaltswerbung, im Vergleich zu den übrigen nicht forensisch tätigen Anbietern, nicht rechtfertigen. Damit ist der Entwurf des SAV zum neuen Anwaltsgesetz mit der Streichung von Art. 12 lit. d BGFA, zumindest für den Teil des Werberechts, m.E. zu befürworten. Gerade das Werberecht verdeutlicht nämlich die Verwirrung bei der Unterscheidung zwischen anwaltstypischer und uneigentlicher Anwaltstätigkeit. Um die Ungleichbehandlung zur ausserberuflichen Konkurrenz und Verwirrung aufzuheben sollte man *de lege ferenda* im Sinne des SAV-Entwurf den sachlichen Anwendungsbereich des BGFA sowie das Anwaltsmonopol auf die beratende Tätigkeit ausdehnen. Denn dadurch würde die Schweiz auch im Vergleich zu den in dieser Arbeit verglichenen Ländern über eine vergleichbare Regelung verfügen. Zudem entspricht dies der dargelegten Entwicklung des Anwaltsberufes, bei dem die beratende Tätigkeit der forensischen überwiegt. Schliesslich sind die Rechtssuchenden nicht nur bei Gerichtsprozessen auf qualifizierte Unterstützung angewiesen, sondern auch bei der Rechtsberatung.

VI. Schlussbemerkung

Abschliessend ist festzuhalten, dass der Anwaltschaft durch den ungleichen Zugang zum Beratungsmarkt bereits einige Marktanteile verlorengegangen sind. Banken, Versicherungen, Treuhandgesellschaften und Consulting Firmen haben nicht gezögert bspw. Bereiche der Steuer- und Rechtsberatung, die früher noch den anwaltlichen Dienstleistungen zugerechnet wurden, den Anwälten streitig zu machen. So können bspw. Banken ihre Dienstleistung in Erbschaftsfragen oder Revisionsgesellschaften ihre Beratung zur Gründung einer neuen Aktiengesellschaft anpreisen, während das für Anwälte nur beschränkt möglich ist. Auch die von den Anwaltsverbänden durchgeführten kollektiven Werbemassnahmen können das Problem des ungleichen Marktzugangs nicht lösen. Verwunderlich ist, dass die potenziellen Klienten äusserst liberal gegenüber anwaltlicher Werbung eingestellt sind, während sich die Anwälte trotz der sich verschärfenden Konkurrenzsituation nach wie vor in Zurückhaltung üben. Anwaltswerbung könnte zur besseren Auslastung der einzelnen Anwälte führen und die Hemmungen der Öffentlichkeit abbauen, möglichst frühzeitig einen Anwalt beizuziehen. Erforderlich ist dazu allerdings ein dahingehender Paradigmenwechsel, dass eine Werbestrategie genauso dazu gehört wie die sorgfältige Mandatsausübung. Dies wäre dann auch für das gesamte Berufsbild ehrenvoller als die gegenwärtig verdeckt verwendeten Werbemethoden.