
Juridicum – Schriften zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Reihe herausgegeben von
R. Wilhelmi, Konstanz, Deutschland

In der Buchreihe erscheinen Abhandlungen aus dem gesamten Unternehmensrecht sowie dem privaten und öffentlichen Wirtschaftsrecht. Die Reihe ist bewusst breit zugeschnitten und bezieht sowohl dogmatische als auch grundlagenorientierte Fragestellungen ein, etwa rechtstatsächlicher, rechtshistorischer oder rechtsvergleichender Art. Sie umfasst insbesondere Forschungsarbeiten aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht sowie Regulierungsrecht.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/15663>

Carina Klaus

Berufs- und lauterkeitsrechtliche Grenzen der Anwaltswerbung

Aktueller Stand und Perspektiven

 Springer

Carina Klaus
Jena, Deutschland

Zugl.: Dissertation, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2018

ISSN 2522-588X ISSN 2522-5898 (electronic)
Juridicum – Schriften zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
ISBN 978-3-658-24200-8 ISBN 978-3-658-24201-5 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-24201-5>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat die vorliegende Arbeit im Januar 2018 als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Volker Michael Jänich für die Betreuung meiner Dissertation sowie den inhaltlichen und organisatorischen Freiraum, den er mir bei der Bearbeitung des Themas gelassen hat. Ihm und Herrn Prof. Dr. Christian Alexander danke ich zudem für die zügige Begutachtung meiner Dissertation.

Für die wertvollen Anregungen, zahlreichen Diskussionen und die Lektüre des Manuskripts bin ich Frau Kerstin Otto, Herrn Manuel Homburg, Herrn Ralf Böhm und Herrn Stephan Boon zu großem Dank verpflichtet.

Danken möchte ich auch meinen Freunden, die mich vom Beginn bis hin zur Abgabe der Dissertation begleitet haben, mit mir Gedanken diskutierten, mich anspornten, aber auch die notwendige Ablenkung boten. Erwähnen möchte ich hierbei insbesondere Dr. Elise Kleinsorgen, Isabelle Weigel, Leslie Stevens, Ph.D., Dr. Dominik Sorber, Martin Bönsch und Tom Weigel.

Mein innigster Dank gilt meiner Familie für ihre unerschöpfliche Hilfe und ihren stetigen Beistand. Hervorheben möchte ich meinen Vater Josef Klaus, der immer an mich geglaubt hat und mich bestärkt hat, meinen Weg zu gehen, meine Schwester Anita Klaus, meine Großeltern Marianne und Lorenz Rohowsky und meinen Partner Frank Stopfel.

Ich widme diese Arbeit meiner Familie, die mich bei all meinen Vorhaben ermutigt und in jeder Hinsicht selbstlos unterstützt hat.

Carina Klaus, Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
1 Die Geschichte des anwaltlichen Werberechts in Deutschland	17
1.1 18. Jahrhundert bis zum 01.07.1878	17
1.2 Die Rechtsanwaltsordnung vom 01.07.1878	21
1.3 Die Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21.02.1936	25
1.4 Nach 1945	26
1.5 Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987	33
1.5.1 Überblick	33
1.5.2 Der zweite Beschluss vom 14.07.1987 zum standesrechtlichen Werbeverbot	34
1.5.2.1 Sachverhalt	34
1.5.2.2 Die Erwägungen des BVerfG	35
1.6 1994 Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte	39
1.7 Stellungnahme	44
2 Begriffsbestimmungen	49
2.1 Begriff der Regulierung	49
2.2 Begriff des Rechtsanwalts	49
2.3 Begriff der Werbung	51
2.3.1 Der Werbungsbegriff aus betriebswirtschaftlicher Sicht	52
2.3.2 Der Werbungsbegriff nach der Rechtsprechung	54
2.3.2.1 Gezielte Werbung und werbewirksames Verhalten	56
2.3.2.2 Verhalten, das nicht unter den Werbungsbegriff des § 43b BRAO fällt	59
2.3.3 Abweichende Definitionsansätze in der Literatur	60
2.3.3.1 Das Kriterium des Verdrängungswettbewerbs	60
2.3.3.2 Maßnahmen mit werbewirksamen Folgen	61
2.3.3.3 Das Kriterium der Informationsübermittlung	63

2.3.4	Ergebnis.....	64
2.4	Begriffe des UWG	66
2.4.1	Begriff der „geschäftlichen Handlung“ i. S. d. UWG und Werbung i. S. d. § 43b BRAO.....	66
2.4.2	Begriff der Werbung i. S. d. UWG und der Werbungsbegriff des § 43b BRAO	68
2.4.3	Ergebnis.....	70
3	Verhältnis der die anwaltliche Werbung regulierenden Normen zueinander	71
3.1	Verhältnis der berufsrechtlichen Normen zueinander.....	71
3.2	Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Berufsrecht	74
3.2.1	Berufsrechtlicher Werbeverstoß und dessen Berücksichtigung im UWG.....	75
3.2.2	Berufsrechtlich ausdrücklich erlaubtes Werbeverhalten und dessen Bewertung im UWG	77
3.3	Zusammenfassung	83
4	Wesentliche Unterschiede zwischen wettbewerbs- und berufsrechtlicher Verfolgung unzulässiger anwaltlicher Werbung.....	85
4.1	Rechtsweg.....	85
4.1.1	Wettbewerbsverfahren	85
4.1.2	Berufsrechtliches Verfahren.....	86
4.2	Rechtsfolgen und Sanktionen.....	90
4.2.1	Wettbewerbsrechtliche Rechtsfolgen	90
4.2.2	Berufsrechtliche Sanktionen.....	93
4.3	Anspruchsinhaber und Verfolgungsberechtigter.....	97
4.3.1	Anspruchsberechtigte der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche	97
4.3.2	Verfolgungsberechtigte von berufsrechtlichen Verstößen	98
4.4	Kosten	99
4.4.1	Wettbewerbsverfahren	99
4.4.2	Berufsrechtliches Verfahren.....	100
4.5	Auswertung der Gegenüberstellung.....	101
5	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Regulierung von Anwaltswerbung.....	105
5.1	Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsfreiheit.....	107
5.1.1	Schutzbereich	107
5.1.2	Eingriff in den Schutzbereich.....	108
5.1.3	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	109

5.1.3.1	Gesetzesvorbehalt	109
5.1.3.2	Drei-Stufen-Theorie.....	110
5.1.3.3	Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls.....	111
5.1.3.4	Zusammenfassung	183
5.1.4	Ergebnis.....	185
5.2	Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG: Meinungsäußerungsfreiheit	186
5.2.1	Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.....	187
5.2.1.1	Rechtsanwalt als Grundrechtsträger.....	187
5.2.1.2	Begriff der Meinung	188
5.2.1.3	Wirtschaftswerbung.....	191
5.2.2	Eingriff in den Schutzbereich.....	193
5.2.3	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	194
5.2.4	Ergebnis.....	198
5.3	Art. 14 Abs. 1 GG: Eigentumsfreiheit	199
5.4	Art. 2 Abs. 1 GG: Allgemeine Handlungsfreiheit.....	201
5.5	Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichheitsgrundsatz	202
5.5.1	Vergleichsgruppe: Wirtschaftsprüfer	206
5.5.2	Vergleichsgruppe: alle anderen Dienstleister	211
5.5.3	Ergebnis.....	213
5.6	Grundrechtskonkurrenz.....	213
5.7	Ergebnis	217
6	Unionsrechtliche Vorgaben für die Regulierung von Anwaltswerbung.....	221
6.1	Art. 24 RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie)	223
6.1.1	Vorrang des primärrechtskonformen Art. 24 RL 2006/123/EG vor den Grundfreiheiten	224
6.1.2	Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen.....	225
6.1.2.1	Anwendungsbereich.....	225
6.1.2.2	Begriffsbestimmungen.....	226
6.1.3	Inhalt	229
6.1.3.1	Art. 24 Abs. 1 RL 2006/123/EG	229
6.1.3.2	Art. 24 Abs. 2 RL 2006/123/EG	231
6.1.3.3	Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	232
6.1.3.4	Relevante Unterschiede bei der Verhältnismäßigkeits- prüfung im Vergleich zu den in dieser Arbeit gewonnenen nationalen Grundsätzen?	234
6.2	Konsequenzen des Art. 24 RL 2006/123/EG für § 43b BRAO	241
6.2.1	Richtlinienkonforme Auslegung	241
6.2.2	Erfordernis der Umsetzung	242

6.2.3	Überprüfung der Einhaltung der Vorgaben von Art. 24 RL 2006/123/EG	242
6.2.4	Ist das deutsche Verfassungsrecht noch von Relevanz für die Beurteilung anwaltlicher Werbebeschränkungen?	244
6.3	Ergebnis	249
7	Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Regulierung von Anwaltswerbung durch die Rechtsprechung	251
7.1	Sachlichkeitsgebot des § 43b BRAO	252
7.1.1	Berufsbezogenheit	253
7.1.1.1	Auslegung vor der <i>Sponsoring</i> -Entscheidung des BVerfG im Jahr 2000	253
7.1.1.2	Auslegung nach der <i>Sponsoring</i> -Entscheidung des BVerfG im Jahr 2000	255
7.1.1.3	Zusammenfassung	259
7.1.2	Sachlichkeit der Form	261
7.1.2.1	Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft	261
7.1.2.2	Unzumutbare belästigende Werbung	268
7.1.2.3	Werbegeschenke und Gewinnspiele	272
7.1.2.4	Ungeeignete Begriffe zur Ausfüllung der Unsachlichkeit der Form	274
7.1.2.5	Zusammenfassung	277
7.1.3	Sachlichkeit des Inhalts	278
7.1.3.1	Irreführende Werbung	279
7.1.3.2	Vergleichende Werbung	412
7.1.3.3	Dem Beweis nicht zugängliche Werbeaussagen	450
7.1.3.4	Herabsetzende und anschwärzende Werbung	469
7.1.3.5	Gefühlsbetonte und übertrieben anlockende Werbung	473
7.1.3.6	§ 6 Abs. 2 S. 2 BORA: Hinweise auf Mandate und Mandanten	479
7.1.3.7	Ergebnis	483
7.2	Verbot der Einzelfallmandatswerbung gemäß § 43b BRAO	485
7.2.1	Sinn und Zweck	485
7.2.2	Entwicklung der Auslegung von Einzelfallmandatswerbung in Rechtsprechung und Literatur seit Inkrafttreten von § 43b BRAO am 03.09.1994	488
7.2.2.1	Verbot von gezielter Werbung um Praxis	488
7.2.2.2	Verbot der Mandatswerbung bei Beratungsbedarf	489
7.2.2.3	Grundsätzliche Zulässigkeit von Einzelfallmandatswerbung	493

7.2.2.4	Bewertung.....	498
7.2.3	Vergleich mit den Unlauterkeitstatbeständen des UWG	505
7.2.3.1	§ 7 UWG.....	506
7.2.3.2	§ 4a UWG.....	507
7.2.3.3	Zusammenfassung	512
7.2.4	Ergebnis.....	513
7.2.5	Einschub: Das BDSG als Beschränkung von Anwaltswerbung	517
7.3	Mitwirkung an Drittwerbung	521
7.4	Zusammenfassung	525
8	Endergebnis mit Reformvorschlag	531
8.1	Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse	531
8.2	Streichung oder Abänderung des § 43b BRAO?	536
8.3	Reformvorschlag.....	543
8.3.1	Änderungen in der BRAO	543
8.3.2	Begründung	543
8.3.3	Änderungen in der BORA.....	547
8.3.4	Begründung.....	550
Thesen	561
Literaturverzeichnis	565