



Dr. Mark Orthmann, LL.M., Berlin

## **Eigenständige Informationsansprüche für den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege?**

*Haben Rechtsanwälte einen eigenständigen, d.h. von einem konkreten Mandat unabhängigen Informationsanspruch gegenüber Behörden? Der Beitrag erläutert eingangs, warum der Rechtsanwalt nicht nur in seiner Rolle als Vertreter von seinem Mandanten abgeleitete Rechte, sondern als Organ der Rechtspflege auch eines eigenständigen Informationsanspruches bedarf. Sodann wird aufgezeigt, dass für das Kartellrecht mit guten Argumenten ein eigenständiger Informationsanspruch aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und dem Effektivitätsgrundsatz ableiten lässt. Weiter wird erörtert, ob dieses Ergebnis auf das Beihilfenrecht übertragen werden kann. Schließlich werden Überlegungen zu einem rechtsgebietsübergreifenden Ansatz angestellt, die mit dem Appell an die Anwaltschaft enden, sich auch ohne Mandat selbstbewusst als Organ der Rechtspflege mit ihren Informationensuchen an die Behörden zu wenden.*

S. 53

- HFR 5/2015 S. 1 -

### **1 A. Ein Informationsanspruch für den Rechtsanwalt ohne Mandat?**

#### **I. Der Rechtsanwalt als Vertreter seiner Mandanten**

Nimmt ein Rechtsanwalt Akteneinsicht oder verlangt er Auskunft von einer Behörde, so tut er dies in aller Regel für seinen Mandanten. Teilweise ist die Zwischenschaltung eines Rechtsanwalts sogar erforderlich, etwa im Fall der Einsicht in Akten eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach § 406e Abs. 1 S. 1 StPO (ggf. i.V.m. § 46 Abs. 3 S. 4 2. Hs. OWiG). Aber kann ein Rechtsanwalt auch wenn er (noch) nicht mandatiert ist, vergleichbare Informationsansprüche gegen deutsche und europäische Behörden, d.h. Ansprüche auf Dokumenten- und Informationszugang sowie Auskunfts- und Akteneinsichtsansprüche, geltend machen?

- 2 Natürlich steht auch dem Rechtsanwalt der allgemeine Informationsanspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG und den entsprechenden Landesgesetzen zur Verfügung. Das IFG erweist sich jedoch oft als stumpfes Schwert. Zum einen ist der Anwendungsbereich beschränkt. Zum anderen gelten weitreichende Ausnahmen. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 IFG gehen Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen mit Ausnahme des § 29 VwVfG und des § 25 SGB X vor. Ist der Informationszugang spezialgesetzlich einer bestimmten Gruppe vorbehalten, etwa den von einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit Verletzten, die mittels ihres Rechtsanwalts ihr Einsichts- und Auskunftsrecht ausüben können, § 406e Abs. 1 S. 1 StPO (ggf. i.V.m. § 46 Abs. 3 S. 4 2. Hs. OWiG), so kann ein unbeteiligter Rechtsanwalt nicht über § 1 Abs. 1 S. 1 IFG Informationen aus der Akte erlangen.<sup>1</sup> Selbst wenn der Anwendungsbereich des IFG eröffnet ist, geht der Anspruch auf Grund der weitreichenden Ausnahmetatbe-

<sup>1</sup> Denn das IFG tritt hinter spezielle Informationsansprüche zurück, und zwar unabhängig davon, ob diese in persönlicher oder sachlicher Hinsicht enger oder weiter gefasst sind, siehe *Burholt*, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf das Akteneinsichtsrecht in Kartell- und Fusionskontrollverfahren, BB 2006, 2201, 2202; *Kugelmann*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NJW, 2005, 3609, 3611. Beschränkt die StPO (ggf. i.V.m. OWiG) den Zugang zu den Verfahrensakten auf den Verletzten, kann ein Nichtverletzter sich nicht auf § 1 Abs. 1 S. 1 IFG berufen.

stände der §§ 3-6 IFG oft ins Leere.<sup>2</sup> Das IFG bietet daher dem unmandatierten Rechtsanwalt keinen den Informationsrechten mandatierter Rechtsanwälte vergleichbaren Anspruch. Ähnliches gilt für das Recht auf Zugang zu Dokumenten der EU-Organe aus Art. 2 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1049/2001 (sog. TransparenzVO). Zwar besteht der Anspruch nach der TransparenzVO unbeschadet spezialrechtlicher Regelungen.<sup>3</sup> Aber die Ausnahmetatbestände sind auch in der TransparenzVO weiter gefasst als dort.<sup>4</sup> Allein mit Hilfe der Jedermannsrechte aus dem IFG oder der TransparenzVO kommt der Rechtsanwalt also nicht weit.

S. 54

- HFR 5/2015 S. 2 -

### 3 II. Der Rechtsanwalt im Dienste der Rechtsordnung

Es stellt sich mithin die Frage, ob einem (noch) nicht mandatierten Rechtsanwalt vergleichbare Informationsansprüche gegenüber Behörden zustehen wie demjenigen Rechtsanwalt, der als Vertreter seines Mandanten agiert. Ein solches Zugeständnis an die (noch) nicht mandatierten Rechtsanwälte soll nicht im eigennützlichen Interesse des Rechtsanwalts an der Akquise neuer Mandate stehen. Vielmehr ist die Zwischenschaltung eines Rechtsanwalts zum einen aus Gründen des Datenschutzes angezeigt, zum anderen würde ein Beitrag zur flächendeckenden Durchsetzung der Rechtsordnung geleistet.

- 4 Zunächst qualifiziert sich der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege nicht nur durch seine fachliche Kompetenz, sondern auch durch seine berufsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit, § 43a Abs. 2 S. 1, 2 BRAO. Wie wichtig der Schutz von personenbezogenen Daten sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist, zeigen die weitreichend ausgestalteten Ausnahmetatbestände in den Informationsfreiheitsgesetzen. Selbst das überaus weitreichende Hamburger Transparenzgesetz (HmbTG) erklärt in § 1 Abs. 1 den Schutz personenbezogener Daten zum Grundsatz. Trotz sprachlicher Präzisierungen im Vergleich zur Vorgängerregelung bleibt das Schutzniveau zu Gunsten von personenbezogenen Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in der Sache hoch.<sup>5</sup> Ein über die Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze hinausgehender, also schrankenloser Anspruch jeden Bürgers auf Zugang zu jenen Informationen ist in Anbetracht des grundrechtlich verbürgten<sup>6</sup> Datenschutzes nicht denkbar. Hingegen böte nach Auffassung des Verfassers die berufsrechtlich verankerte Verschwiegenheitspflicht ausreichend Gewähr dafür, dass die dem Rechtsanwalt in seinem Handeln als Organ der Rechtspflege bekannt gewordenen personenbezogenen Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht an die Öffentlichkeit gelangen.
- 5 Weiter wäre die Gewährung eines mandatsunabhängigen Informationsanspruches ein Fortschritt für die meist nichtsahnenden Betroffenen und darüber hinaus ein Beitrag zur flächendeckenden Durchsetzung der Rechtsordnung. Denn die Unzulänglichkeit von Rechtsschutz im Einzelfall stellt eine individuelle Lücke dar und führt auch insgesamt zu einer Ineffizienz des Rechtsschutzsystems.<sup>7</sup> Rechtsanwälte können und sollen Hilfestel-

<sup>2</sup> Dies legt am Beispiel von Fusions- und Kartellverfahren ausführlich dar *Burholt* (Fn. 1), BB 2006, 2201, 2207ff.

<sup>3</sup> So z.B. im Verhältnis zur VO (EG) Nr. 1/2003 (KartellverfahrensVO) EuG T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 31 = NZKart 2013, 505 = BeckRS 2013, 81716.

<sup>4</sup> Während Art. 4 VO (EG) Nr. 1049/2001 (TransparenzVO) eine Unmenge von Ausnahmeregelungen enthält, muss z.B. im Rahmen der Akteneinsicht für Verfahrensbeteiligte nach Art. 27 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 (KartellverfahrensVO) i.V.m. Art. 15 VO (EG) Nr. 773/2004 (DurchführungsVO) lediglich auf Geschäftsgeheimnisse Rücksicht genommen werden und der Ausschluss von internen Dokumenten, insbesondere der zwischenbehördlichen Korrespondenz, vom Einsichtsanspruch beachtet werden.

<sup>5</sup> *Schnabel*, Das neue Hamburgische Transparenzgesetz – Informationsregister, Datenschutz und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NordÖR 2012, 431, 434f.

<sup>6</sup> Die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst, BVerfG Urteil vom 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u. a. Ls. 1 = BVerfGE 61, 1 = BVerfG NJW 1984, 419; der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird durch das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet, BVerfG Beschluss vom 14. 3. 2006, 1 BvR 2087/03 u.a., Rn. 81 = NVwZ 2006, 1041, 1042.

<sup>7</sup> *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess, S. 143.

lung bei komplexen Verfahren und der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen geben. Der Rechtsanwalt sollte die Funktion haben, Rechtsschutzlücken und strukturelle Ungleichgewichte in der Rechtsordnung aufzuspüren, diese der Öffentlichkeit zu präsentieren und die Betroffenen zu überzeugen, ihre Rechte durchzusetzen. Hierzu benötigt er in erster Linie Informationen aus behördlichen Akten und zwar nicht nur in den Fällen, in denen der Staat die Interessen Privater beeinträchtigt, sondern auch dann, wenn Private die Urheber von Rechtsverletzungen sind. In diesen Fällen finden sich für die Betroffenen wertvolle Informationen in den Akten der Behörden, so z.B. im Kartellrecht,<sup>8</sup> im Beihilfenrecht,<sup>9</sup> im Vergaberecht, ebenso im Umweltrecht, im Baurecht und in anderen Bereichen, in denen staatliche Aufsicht ausgeübt wird. Deshalb stellt sich die Frage nach einem eigenständigen, d.h. von einem konkreten Mandat unabhängigen, Informationsanspruch des Rechtsanwalts, der über das sehr bescheidene Recht aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG oder Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO hinausgeht.

S. 55

- HFR 5/2015 S. 3 -

## 6 B. Begründungsansätze in einzelnen Rechtsgebieten

### I. Kartellrecht

Für das Kartellschadensersatzrecht konnte der Verfasser nach eingehender Untersuchung bereits einen eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege gegenüber der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden bejahen<sup>10</sup> Dies ergibt sich aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz des Kartellgeschädigten aus Art. 47 der EU-Grundrechtecharta<sup>11</sup> bzw. dem Justizgewährungsanspruch als Ausfluss des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips<sup>12</sup> sowie dem Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>13</sup> Es wäre ein Verstoß gegen eben jene Prinzipien, wenn es einem Rechtsanwalt verwehrt würde, in Ausübung seiner Funktion als Organ der Rechtspflege Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden zu nehmen und Beweisstücke zu besichtigen, um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln.<sup>14</sup> Deshalb sind EU-Sekundärrecht und deutsches Recht so auszulegen, dass dem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch mit einem mindestens dem Recht der Kartellgeschädigten vergleichbaren Umfang zusteht.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Im Ergebnis ist festzustellen, dass dem Rechtsanwalt zwar auch nur Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO Zugang zu den Dokumenten der Kommission gewährt. Aber wie der Verfasser an anderer Stelle ausgeführt hat, verschafft dem Rechtsanwalt seine Stellung als Organ der Rechtspflege auf Ebene der Versagungstatbestände erhebliche Vorteile: „Die TransparenzVO schützt gemäß Art. 4 Abs. 2 1. und 3. Spiegelstrich die geschäftlichen Interessen und den Zweck von Inspektions-, Untersuchungs- und Auditaktivitäten. Im Gegensatz zum Antrag auf Dokumentenzugang eines Einzelnen wird im Falle des Rechtsanwalts regelmäßig das öffentliche Interesse an einer effektiven privaten Kartellrechtspflege überwiegen, dessen Potential unter gleichzeitiger, größtmöglicher Wahrung der Vertraulichkeit nur der unabhängige Rechtsanwalt zur Entfaltung

<sup>8</sup> Ausführlich *Orthmann*, Der Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens aus der Perspektive des Rechtsanwalts; Dissertation, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, publiziert am 29.10.2014, verfügbar unter: <http://edoc.hu-berlin.de/docviews/abstract.php?id=41018> (25.08.2015), S. 37ff. (Meinungsstand in der Literatur) und 44ff. (Analyse) jeweils mwN.

<sup>9</sup> *Soltész*, Ryanair und Tierkörperbeseitigung - Wendepunkt für beihilferechtliche Konkurrentenklagen?, EuR 2012, 60, 65.

<sup>10</sup> Grundlegend *Orthmann*, (Fn. 8), S. 107ff., 225.

<sup>11</sup> *Orthmann*, (Fn. 8), S. 140ff.

<sup>12</sup> *Orthmann*, (Fn. 8), S. 185ff.

<sup>13</sup> *Orthmann*, (Fn. 8), S. 161ff.

<sup>14</sup> *Orthmann*, (Fn. 8), S. 161, 169, 172, 187f.

<sup>15</sup> *Orthmann*, (Fn. 8), S. 161, 176, 187.

bringen kann.“<sup>16</sup> Und weiter zur deutschen Rechtslage: „Gegenüber den deutschen Kartellbehörden kann er sich auf § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG berufen. Hiernach steht ihm ein Recht auf Auskunft aus den kartellbehördlichen Akten zu (Abs. 1). Da er regelmäßig wird darlegen können, dass dies zur Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche nicht ausreicht, steht ihm daneben ein Anspruch auf Akteneinsicht zu (Abs. 2). Entgegen des eigentlichen Wortlautes, aber noch im Rahmen zulässiger Auslegung, kann der Anspruch nur versagt werden, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen der von Auskunft oder Akteneinsicht betroffenen oder anderen Personen entgegenstehen, § 475 Abs. 1 S. 2 StPO oder soweit Beeinträchtigungen der Ermittlungstätigkeit, erhebliche Verzögerungen oder eine konkrete Gefahr für ein anderes Bußgeldverfahren drohen, § 477 Abs. 2 S. 1 StPO (jeweils i.V.m. § 49b OWiG). In der Regel werden diese entgegenstehenden Interessen das Interesse an der Durchsetzung der Kartellschadensersatzansprüche nicht überwiegen. Die europarechtlichen und grundgesetzlichen Vorgaben machen § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG schließlich zu einer gebundenen Entscheidung, denn die Anspruchsgewährung darf nicht im Ermessen der Behörde stehen.“<sup>17</sup>

S. 56

- HFR 2/2015 S. 4 -

Zu beachten ist, dass die Begründung des eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts und dementsprechend die gebotene Auslegung von europäischem Sekundärrecht und deutschen Gesetzen auf dem besonders ausgeprägten Durchsetzungsdefizit des Kartellrechts fußt. Das Fehlen eines eigenständigen Informationsanspruches wäre ein Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz, weil es ohne ihn zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsschutzlücke bei der Verfolgung von Verletzungen des Rechts auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung kommt.<sup>18</sup> Die Rechtsschutzlücke besteht im Kartellschadensersatzrecht auf Grund der stark ausgeprägten Informationsasymmetrie zwischen Schädiger und Geschädigtem,<sup>19</sup> der weit verbreiteten Unkenntnis vom Schaden oder dem Ersatzanspruch<sup>20</sup> und der Phänomene des rationalen Desinteresses<sup>21</sup> und der Streuschäden.<sup>22</sup> Es geht also um einen Ausgleich konkreter tatsächlicher Nachteile bei der Rechtsdurchsetzung mit rechtlichen Mitteln, wie es zum Beispiel auch mit Hilfe der Prozesskostenhilfe geschieht.<sup>23</sup> Ebenso knüpft die Feststellung, dass das Fehlen eines eigenständigen Informationsanspruches ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz wäre, an die besondere Situation bei der Durchsetzung des Kartellschadensersatzanspruches, für dessen Wirksamkeit die Mitgliedstaaten sich aktiv<sup>24</sup> einsetzen müssen. Der Mitgliedstaat muss die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches mittels Gewährung eines eigenständigen Informationsanspruches für den Rechtsanwalt befördern, weil es gemäß Rechtsprechung des EuGH dem Verbraucher nicht zumutbar ist, dass er „regelmäßig und ins Blaue hinein Nachforschungen anstellt, ob er nicht Opfer kartellrechtswidrigen Verhaltens geworden ist und dann Rechtsdurchsetzungskosten (Rechercheaufwand, Anwaltshonorare und Gerichtsgebühren) auf sich nimmt, die in keinem Verhältnis zum erwarteten Schadensersatz stehen.“<sup>25</sup>

## 9 II. Beihilfenrecht

Lässt sich mittels des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und des Effektivitätsgrundsatzes auf Grund der bestehenden Durchsetzungsdefizite im Kartellrecht ein eigenständiger Informationsanspruch für den Rechtsanwalt begründen, fällt die Übertragung

<sup>16</sup> Zusammenfassend Orthmann (Fn. 8), S. 226.

<sup>17</sup> Zusammenfassend Orthmann (Fn. 8), S. 226.

<sup>18</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 151ff.

<sup>19</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 31ff. mwN.

<sup>20</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 108f. mwN.

<sup>21</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 109f. mwN.

<sup>22</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 110ff. mwN.

<sup>23</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 159f. mwN.

<sup>24</sup> Zur Ableitung von positiven und negativen Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten aus dem Effektivitätsgrundsatz Orthmann, (Fn. 7), S. 161f. mwN.

<sup>25</sup> Orthmann, (Fn. 8), S. 167f.

jener Argumentation auf andere, selbst eng verwandte Rechtsgebiete, wie etwa das Beihilfenrecht, trotz einiger Parallelen schwer.

S. 57

- HFR 5/2015 S. 5 -

- 10 In der Rs. *Courage* stellte der EuGH klar, dass jedermann, dem durch kartellrechtswidriges Verhalten ein Schaden entstanden ist, hierfür auch Ersatz fordern können muss. Ohne diese Möglichkeit wäre die praktische Wirksamkeit des in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochenen Kartellverbots beeinträchtigt.<sup>26</sup> Die Gewährung privater Kartellschadensersatzklagen ist also notwendiger Teil des effektiven Rechtsschutzes gegen Kartellrechtsverstöße. Dabei steht auch im Beihilferecht die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche nicht nur im Interesse des Einzelnen. Laut *Werner* lässt sich die Feststellung des EuGH in der Rs. *Courage*, Schadensersatzansprüche seien notwendig zur Aufrechterhaltung des effektiven Rechtsschutzes, ohne weiteres auf das Beihilfenrecht übertragen.<sup>27</sup> Dem ist zuzustimmen und darüber hinaus festzustellen, dass auch im Beihilfenrecht effektiver Rechtsschutz mittels Schadensersatzklagen nicht nur im Interesse des Einzelnen steht, sondern darüber hinaus dem Beihilfenrecht insgesamt zur praktischen Wirksamkeit verhilft. Tatsächlich bemängelt die EU-Kommission im Falle von Verstößen gegen das Beihilfenrecht ein Fehlen von Schadensersatzprozessen.<sup>28</sup> Und ähnlich wie im Kartellrecht werden Beweisprobleme auf Grund der bestehenden Informationsasymmetrien für das Ausbleiben von Schadensersatzprozessen verantwortlich gemacht.<sup>29</sup> Zudem spräche für eine Übertragung des Argumentationsansatzes, dass das Beihilfenrecht Teil der Wettbewerbsregeln ist und mit den Vorschriften von Art. 101 und 102 AEUV zielidentisch ist.<sup>30</sup>
- 11 Lässt sich in Anbetracht dieser Parallelen die rechtliche Argumentation übertragen? Der Effektivitätsgrundsatz scheint hier nicht weiterzuhelfen. Gemäß dem Effektivitätsgrundsatz darf „eine unionsrechtliche Rechtsposition nicht durch die Anwendung nationalen Rechts praktisch unmöglich oder wesentlich erschwert werden.“<sup>31</sup> Gemäß der Entscheidung des EuGH in der Rs. *SFEI* ist eine Schadensersatzhaftung des Beihilfeempfängers nicht im Unionsrecht verankert.<sup>32</sup> Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz greift zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Beihilfeempfänger also nicht. Der Staatshaftungsanspruch, entwickelt aus der *Francovich*-Rechtsprechung,<sup>33</sup> ist hingegen im Unionsrecht verankert. Seine volle und praktische Wirksamkeit hat der Mitgliedstaat damit zu gewährleisten. Den Mitgliedstaat ereilt aber erst dann eine Pflicht zum Eingreifen, wenn der Einzelne trotz zumutbarer Anstrengungen an der Rechtsdurchsetzung gehindert ist. Jeder Unionsbürger ist aufgerufen, sich aktiv um den Schutz seiner Rechte zu bemühen und muss hierfür sogar bereit sein, erschwerte Wege zu beschreiten, etwa durch inzidente Geltendmachung seiner Unionsrechte.<sup>34</sup> Von professionellen Wirtschaftsteilnehmern wird ein hohes Niveau an Rechtskenntnissen und schnelles Handeln erwartet.<sup>35</sup> Anders als dem Endverbraucher ist es dem Wettbewerber also zuzumuten, Nachforschungen anzustellen. Dies sehen auch *Bungenberg/Motzkus* so und schlagen vor: „Als Möglichkeit, geringer Informationsdichte zu entgegnen, bie-

<sup>26</sup> EuGH C-453/99 – *Courage*, Rn. 26 = Slg. I 2001, 6297 = EuZW 2001, 715 = WuW 2001, 1121.

<sup>27</sup> *Werner* in: in Münchner Kommentar Kartellrecht, Bd. 3 Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 108 AEUV, Rn. 170.

<sup>28</sup> *Europäische Kommission*, Study on the enforcement of State aid rules at national level, 2006, Update 2009, S. 4 a.E. verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/enforcement\\_study\\_2009.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf) (25.08.2015).

<sup>29</sup> *Soltész*, (Fn. 9), EuR 2012, 60, 65; *Werner* (Fn. 28), Art. 108 AEUV, Rn. 159; *Bungenberg/Motzkus* in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, Länderbericht D, Rn. 149.

<sup>30</sup> Kartell- und beihilferechtliche Vorschriften haben zum Ziel, den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen: *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 3 (Kartellrecht); *Cremer* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 107, Rn. 1 (Beihilfenrecht).

<sup>31</sup> *Vedder* in: *Vedder/Heintschel EU-Kommentar*, Art. 4, Rn. 27; *Hatje* in: *Schwarze EU-Kommentar*, Artikel 4 EUV, Rn. 36.

<sup>32</sup> EuGH C-39/94 – *SFEI*, Rn. 74f. = Slg. I 1996, 3547 = EuZW 1996, 564 = WM 1996, 2278.

<sup>33</sup> EuGH C-6/90 – *Francovich* = Slg. I 1991, 5357 = NJW 1992, 165 = NVwZ 1992, 157.

<sup>34</sup> *Kulms*, *Der Effektivitätsgrundsatz*, S. 98ff.

<sup>35</sup> *Kulms*, (Fn. 35), S. 100f.

ten sich daher abstrakte, ggf. zyklisch wiederkehrende Anfragen seitens der Konkurrenten mittels Formschriften an einen größeren Kreis in Frage kommender Behörden an mit der Abfrage, ob und an wen in einem bestimmten Zeitraum Förderungen ausgegeben wurden.“<sup>36</sup> Die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt in Beihilfesachen wäre somit (noch) kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz.

S. 58

- HFR 5/2015 S. 6 -

- 12 Mit der gleichen Erwägung ist auch ein Verstoß gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes abzulehnen. Durch die Gewähr einer unionsrechtswidrigen Beihilfe ist der Wettbewerber zwar in seinem Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung verletzt. Die Rechtsschutzmöglichkeiten sind aber nicht derart eingeschränkt, wie dies bei einem unwissenden Endverbraucher in Kartellfällen ist, der auf Grund von Streuung nur einen sehr kleinen Schaden erleidet und für den es wirtschaftlich unvernünftig wäre, einen eigenen Schadensersatzprozess zu führen. Bei den Geschädigten im Beihilferecht handelt es sich um Unternehmen, deren Rechtsschutzzugang auf Grund des Informationsgefälles zwar auch erschwert ist, aber nicht so grundlegend und erheblich, sodass es schwer fällt, (schon) einen Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz zu bejahen.
- 13 Festzustellen ist also, dass der Ansatz zur Begründung eines eigenständigen Informationsanspruches für den Rechtsanwalt zur Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche sich nicht ohne weiteres auf das Beihilfenrecht übertragen lässt.

#### 14 C. Übergeordneter Ansatz: das Organ der Rechtspflege

Ein allgemeiner, rechtsgebietsübergreifender Informationsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber Behörden kann sich nur aus seiner Stellung als Organ der Rechtspflege ergeben. Auf Grund des Gemeinwohlbezugs<sup>37</sup> seines Berufs werden dem Rechtsanwalt nicht nur Pflichten und Einschränkungen auferlegt, sondern auch Rechte zugewiesen.<sup>38</sup>

- 15 Der Rechtsanwalt trägt über das einzelne Mandatsverhältnis eine Verantwortung für die Durchsetzung der Rechtsordnung.<sup>39</sup> Er agiert nicht einseitig nur im Interesse seines Mandanten, sondern ist zugleich Organ der Rechtspflege.<sup>40</sup> Ähnlich wie eine freie Presse Wächter der Demokratie ist, ist die unabhängige<sup>41</sup> Anwaltschaft Wächter der Rechtsordnung. So lässt sich auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8. März 1983 deuten, in dem es ausführt: „Die Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen und seine Anerkennung als ein vom Staat unabhängiger freier Beruf kann als ein wesentliches Element des Bemühens um rechtsstaatliche Begrenzung der bestehenden Macht angesehen werden, das der Verfassungsgeber vorgefunden und in seinen Willen aufgenommen hat.“<sup>42</sup> Der Rechtsanwalt ist auf Grund seiner Stellung in der Rechtsordnung aufgerufen, Hilfestellung bei komplexen Verfahren und der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen zu geben. Der Rechtsanwalt ist Vertreter kraft überlegener Sachkunde und somit auch fachlich geeignet, Rechtsschutzlücken und strukturelle Ungleichgewichte in der Rechtsordnung aufzuspüren, diese der Öffentlichkeit zu präsentieren und Betroffene zu überzeugen, ihre Rechte durchzusetzen. Diese Beobachtungs- und Informationsfunktion für die gesamte Gesellschaft zur Aufdeckung und Schließung von Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungslücken lässt

<sup>36</sup> Bungenberg/Motzkus in: (Fn. 30), Länderbericht D, Rn. 149.

<sup>37</sup> Dieser Gemeinwohlbezug ergibt sich aus der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege, siehe Hellwig, Das Konzept des anwaltlichen Berufsbilds, AnwBl. 2008, 644, 651.

<sup>38</sup> Mann, Was bleibt heute vom Freien Beruf? - Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, AnwBl. 2010, 551.

<sup>39</sup> Vossebürger in: Feurich BRAO, § 1, Rn. 6; Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 80.

<sup>40</sup> Mann (Fn. 39), 551.

<sup>41</sup> Der Rechtsanwalt ist gemäß § 1 BRAO ein *unabhängiges* Organ der Rechtspflege.

<sup>42</sup> BVerfGE 63, 266 = BVerfG NJW 1983, 1535, 1536.

sich aus der Effektivität und Funktionalität der gesamten Rechtsordnung entwickeln.

**S. 59**

- HFR 5/2015 S. 7 -

- 16 Für die Vertreter der Institutionenökonomik steht fest: ineffektiver Rechtsschutz ist ökonomisch ineffizient.<sup>43</sup> Der Zugang zum Rechtsschutz und die Durchsetzung der materiellen Rechte soll die ökonomisch sinnvolle Zuordnung, wie sie durch die Zivilrechtsordnung geschieht, aufrechterhalten.<sup>44</sup> Können Rechte nicht zu vertretbaren Kosten und ohne Ansehen der Person durchgesetzt werden, kommt es zu Fehlanreizen und damit Wohlstandsverlusten.<sup>45</sup> Deshalb ist es aus wirtschaftlicher Perspektive wünschenswert, optimalen Rechtsschutzzugang zu gewährleisten. Dies kann mit einem allgemeinen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt erreicht werden.
- 17 Aber ist diese ökonomische Erkenntnis auch ein Rechtsprinzip? Gibt es eine Regelung, welche das Postulat, Ansprüche seien zum Wohle der Rechtsordnung durchzusetzen und der Rechtsstaat habe daher dafür zu sorgen, dass Ansprüche flächendeckend durchgesetzt werden können, in eine rechtlich verbindliche Form gießt?
- 18 Soweit ersichtlich, ist diese Frage bisher nicht geklärt. Vielleicht lässt sich doch, zumindest für den Anwendungsbereich des Unionsrechts, auf den Effektivitätsgrundsatz zurückgreifen, wenn man den Fokus vom einzelnen Anspruchsinhaber nimmt. Neben seinem individualrechtlichen Einschlag wird dem Effektivitätsgrundsatz nämlich Bedeutung für die objektive Rechtsordnung zuteil.<sup>46</sup> Zunächst einmal dient er im Verfassungsverbund der EU zur Absicherung, dass EU-Recht nicht durch Anwendung nationalen Rechts konterkariert wird. Die wirksame Ausübung von Unionsrechten darf nicht durch die Mitgliedstaaten unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden.<sup>47</sup> Dies geschieht nicht nur im Namen desjenigen, der sich konkret auf das in Rede stehende Recht berufen will,<sup>48</sup> sondern auch zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung an sich.<sup>49</sup> Mit Festschreibung<sup>50</sup> des Effektivitätsgrundsatzes wurde also die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung zum Rechtsprinzip erhoben. Und da eine Rechtsordnung nur dann eingehalten werden kann, wenn die in ihr enthaltenen Einzelrechte flächendeckend durchgesetzt werden, verlangt der Effektivitätsgrundsatz gleichsam jene flächendeckende Durchsetzung. Sieht man demnach im Effektivitätsgrundsatz die rechtliche Verkörperung des institutionenökonomischen Postulats für das Unionsrecht, bedingt der Effektivitätsgrundsatz daher in dessen Anwendungsbereich einen allgemeinen, eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt.

**S. 60**

- HFR 5/2015 S. 8 -

- 19 Dem Einwand, mit dem Zugeständnis an einen allgemeinen, eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt werde man mit Kanonen auf Spatzen schießen, ist entgegenzutreten. Sicherlich bestehen nicht überall derart große Rechtsschutzlücken, dass die Ausstattung der Rechtsanwälte mit zusätzlichen Rechten zwingend erforderlich ist. Nur: An Hand welcher Maßstäbe kann dies beurteilt werden? In Bezug auf das Beihilfenrecht fällt es schon schwer, abzugrenzen, ab welcher Schwelle die Rechtsdurch-

<sup>43</sup> Dimde, (Fn. 7), S. 153; Sauerland, Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherrechtsschutzes in der EU, S. 60.

<sup>44</sup> Dimde, (Fn. 7), S. 95, 149.

<sup>45</sup> Dimde, (Fn. 7), S. 146ff., 150, 153; zu den wirtschaftlichen Effizienzverlusten am Beispiel von Kartellen Pustlauk, Wohlfahrtsverluste durch Kartelle und deren Kompensation durch Schadensersatzklagen, EWeRK 2011, 128f.

<sup>46</sup> So z.B. hinsichtlich der vollen und praktischen Wirksamkeit der Kartellvorschriften EuGH C-453/99 – Courage, Rn. 26f. = Slg. I 2001, 6297 = EuZW 2001, 715 = WuW 2001, 1121.

<sup>47</sup> Vedder (Fn. 32), Art. 4, Rn. 27; Hatje (Fn. 32), Artikel 4 EUV, Rn. 36.

<sup>48</sup> Zur Abgrenzung des Effektivitätsgrundsatzes vom Recht auf effektiven Rechtsschutz Orthmann, (Fn. 8), S. 163 mwN.

<sup>49</sup> Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet dazu, die dem Einzelnen zustehenden Rechte zu sichern und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, siehe von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 4, Rn. 75.

<sup>50</sup> Ausführlich zur Genese von Art. 4 Abs. 3 EUV und den Vorgängervorschriften siehe von Bogdandy/Schill (Fn. 50), Art. 4, Rn. 50ff.

setzung nur einfach erschwert oder schon erheblich erschwert ist. Wie oft ist eine Beurteilung anzupassen? In Bezug auf welche Betroffenen wird die Beurteilung abgegeben? Auf Grund dieser Unsicherheiten wäre es wünschenswert, wenn dem Rechtsanwalt ein rechtsgebietsübergreifendes, eigenständiges Informationsrecht zustünde. Die Zeit wird zeigen, in welchen Lebensbereichen die Bürger weitgehend selbstständig ihre Rechte durchsetzen können und in welchen die Hilfe des Rechtsanwalts angezeigt ist.

#### 20 **D. Ein Aufruf zur Rückbesinnung**

Bei gebotener Auslegung stellt das geltende Recht dem Rechtsanwalt eigenständige Informationsansprüche gegen die Europäische Kommission und die deutschen Kartellbehörden zur Verfügung. Das Instrument zur Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Erhöhung der Chancen, Kartellschäden geltend zu machen, steht damit zur Verfügung. Es bleibt zu hoffen, dass das damit verbundene Potential in Zukunft ausgeschöpft wird.

21 Über das Kartellrecht hinaus ist ein eigenständiger Informationsanspruch für den Rechtsanwalt rechtlich nicht einfach zu begründen. Ein übergeordneter Ansatz kann aber aus dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz entwickelt werden.

22 Wünschenswert wäre eine gesetzliche Verankerung eines eigenständigen Informationsanspruches. Dies wäre ein gewichtiger Schritt hin zur Verfestigung des Bildes vom Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege, welcher wacht, informiert und aktiv auf die Schließung von Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungslücken hinwirkt.

23 Bis dahin bleibt der Rechtsanwalt gehalten, seine bereits bestehenden eigenständigen Informationsansprüche im Kartellrecht selbstbewusst auszuüben und darüber hinaus sich auch in anderen Rechtsbereichen vorzuwagen. Denn der Rechtsanwalt muss auch mit seinem Handeln zu einem Umdenken beitragen. Die Funktion des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege mag vielleicht etwas in Vergessenheit geraten sein. Daher ist es Zeit für eine Rückbesinnung auf diese Funktion. Die Tätigkeit im Dienste der Rechtsordnung steht dabei in keinem Widerspruch zum unternehmerischen Dasein des Rechtsanwalts. Wie auch die sich liberalisierende Haltung des BGH zum Werberecht der Rechtsanwälte zeigt,<sup>51</sup> gehört es durchaus zum Bild des Rechtsanwalts, aktiv auf Betroffene zuzugehen. Die Interessen an der Mandatsgewinnung und der flächendeckenden Durchsetzung von Ansprüchen zum Wohle der Rechtsordnung gehen auch bei der Ausübung von Informationsansprüchen gegenüber Behörden Hand in Hand.

*Zitierempfehlung:* Mark Orthmann, HFR 2015, S. 53 ff.

---

<sup>51</sup> BGH Urteil vom 13. November 2013 I ZR 15/12 = BGH NJW, 2014, 554; siehe auch OLG Düsseldorf 20 U 105/02 = OLG Düsseldorf NJW 2003, 362.