

# Integrität von Rechtsanwälten

Gerhard Förster

(Working Paper WP16-04)

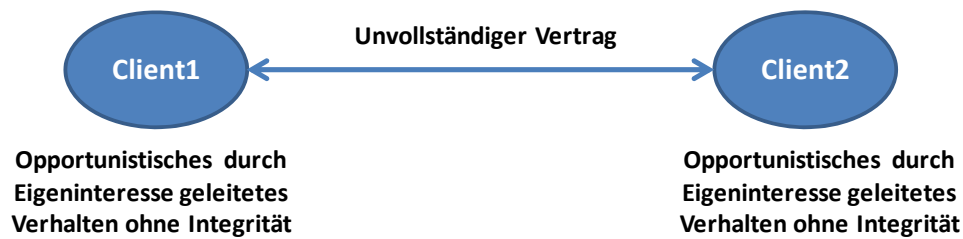
## *Einführung*

In der Abhandlung AH16-06 „Integrität. Eine wirtschaftstheoretische Einführung“ ([www.integrity-art.de](http://www.integrity-art.de)) wird Integrität als Voraussetzung für eine effiziente und funktionsfähige spontane Ordnung oder Katallaxie, wie Hayek sie nannte, definiert, da Integrität die Ineffizienzen unvollständiger Verträge bei opportunistischem Verhalten der Wirtschaftssubjekte heilt. Da aber, so die Ausführungen, Integrität auch fehlt, haben sich evolutorisch sogenannte Integritätssubstitute herausgebildet, die in Form von Institutionen nach Williamson resp. die in Form von Regeln der Hayek'schen Rechtsordnung operieren. Damit ergibt sich aus Sicht der Jensen'schen Integrität eine Zweiteilung, die mit der Zweiteilung von Hayek übereinstimmt. In der Handelsordnung stellt Integrität die oberste aller Regeln des gerechten Verhaltens dar. In der Rechtsordnung operieren Integritätssubstitute im Sinne der Kompensation fehlender Integrität der Wirtschaftssubjekte.

Um die Rechtsordnung als die Summe aller unabdingbaren Integritätssubstitute geht es, wenn man über die Integrität der Anwälte als Rechtsprüfer sprechen will. Danach liegt die Wertschöpfung der Rechtsanwälte darin, die Rechtsordnung durchzusetzen, um damit die Integritätssubstitute durchzusetzen, die die Funktionsfähigkeit der spontanen Ordnung zu gewährleisten, wobei in diesem Bild auf die Differenzierung in Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht verzichtet werden muss. Die folgende Sicht ist somit eine streng ökonomisch ausgerichtete Sicht der Rolle der Rechtsanwälte bei der Durchsetzung der Rechtsordnung und damit der Integritätssubstitute. Damit fungieren Rechtsanwälte als Durchsetzer der Integritätssubstitute quasi als Integritätssubstitute oberster Ordnung, auch wenn die Branche der Lawyer sich so selbst u.U. nicht versteht und auch nicht verstehen will. Damit spielen Rechtsanwälte in der Hayek'schen Katallaxie eine zentrale Rolle. Grund genug, sich mit der Integrität und der Berufsethik dieser Branche auseinanderzusetzen.

Basis ist folgende Grundtransaktion der Katallaxie. Es ist ein nichtklassischer Vertrag zwischen zwei Partnern, die in den folgenden Ausführungen Client1 und Client2 genannt werden sollen.

Dies zeigt folgende Abbildung:



Aus Effizienzgründen muss dafür gesorgt werden, dass Integrität die Ineffizienz des Vertrages heilt. Haben die Parteien keine Integrität, sind Integritätssubstitute einzusetzen. Diese sind in der Rechtsordnung angesiedelt. Rechtsanwälte haben die Aufgabe, in diesem Szenario die Integritätssubstitute durchzusetzen. Dies ist die Ausgangssituation für die weiteren Überlegungen über Integrität und Berufsethik der Anwälte.

### *Anwälte im Prinzipal-Agent-Modell*

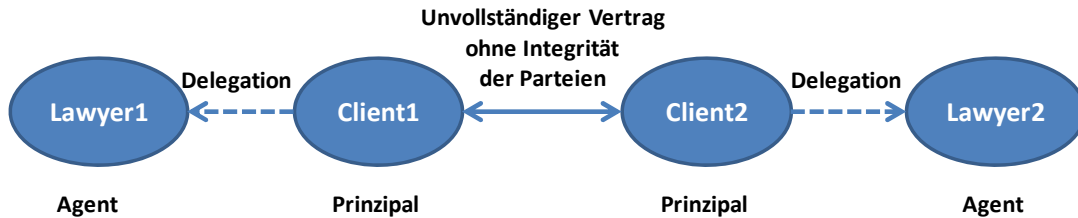
Die Prinzipal-Agent-Theorie hat vor allem die Frage nach Agency Costs in einer vertraglichen Situation zwischen einem Prinzipal und einem Agent im Fokus. Unterstellt man, dass Lawyer Agenten sind, ist wie oben bei Wirtschaftsprüfern die Frage zu stellen, ob Lawyer als Agenten Agency Costs verursachen. Eine tiefe und sehr anschauliche Diskussion des Agency Problems der Lawyer bietet Cohen (1998). Ihm folgend zeigt sich die Komplexität des Agency Problems der Anwälte.

### *Anwälte als Agenten ihrer Kunden*

Der Ausgangspunkt ist ein Vertrag zwischen zwei Partnern, hier Client 1 (C1) und Client2 (C2). Der Kontrakt ist unvollständig und die zwei Parteien handeln opportunistisch auf ihr eigenes Interesse gerichtet. Im Bild der Jensen'schen Integrität haben sie keine Integrität. Im Sinne der Hayek'schen spontanen Ordnung hat die Handlungsordnung keine Integrität.

Zuvor jedoch eine eigentlich selbstverständliche Richtigstellung, wie sie auch Cohen sich vorzunehmen genötigt sieht. Eigeninteresse bedeutet gemäß der Edgeworth-Box, dass jeder Partner das Eigeninteresse hat, sich durch den Tausch zu verbessern. Dieses Eigeninteresse impliziert jedoch nicht, dass die Partner opportunistisch handeln. Cohen (S. 283) zeigt dieses Argument an Hand des Wettbewerbs. „But we distinguish „competition on the merits“ from blowing up a competitor's plant, and joint ventures from price fixing agreements.“ Im Kontext einer fehlenden Integrität heißt Eigeninteresse („self-interests“) stets und nur Opportunismus gegen die Interessen des Anderen, was ja beim Eigeninteresse in der Edgeworth-Box nicht der Fall ist.

Folgende Abbildung zeigt die Prinzipal-Agent-Situation der Anwälte:

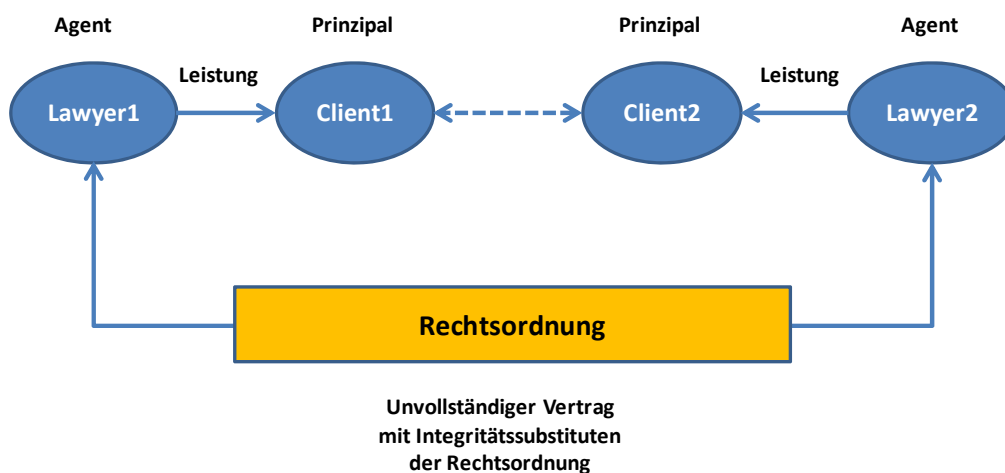


Der Vertrag besteht nach wie vor zwischen den beiden Clients. Diese delegieren die Durchsetzung der Integrität in der Rechtsordnung an die Lawyer, da die Handelsordnung keine Integrität aufweist.

### *Die Wertschöpfung der Lawyer*

Da Integrität der beiden Partner nicht besteht, müssen Integritätssubstitute zum Zug kommen. Diese sind in der Rechtsordnung vorhanden. Die Anwälte transferieren nun einen unvollständigen Kontrakt ohne Integrität der Partner in einen unvollständigen Kontrakt mit Integritätssubstituten der Rechtsordnung.

Dies zeigt folgende Abbildung:



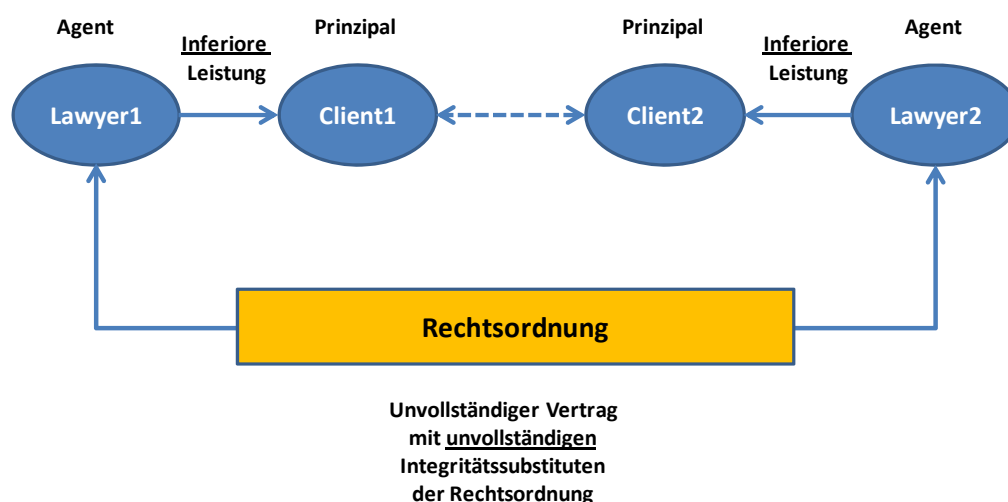
Sind die Integritätssubstitute perfekt, entspricht das Ergebnis einem unvollständigen Kontrakt mit Integrität der Parteien abzüglich der Kosten der Lawyer, also deren Agency Costs, und der Kosten der Rechtsordnung.

## Agency Costs der Lawyer

Kern der Prinzipal-Agent-Theorie sind Agency Costs. Jensen hat in seiner wissenschaftlichen Laufbahn insbesondere die Agency Costs angestellter Manager von Kapitalgesellschaften untersucht und ist am Ende bei der Integrität der Manager „gelandet“ als Lösung des respektiven Prinzipal-Agent-Problems (siehe dazu Förster, 2012). Jedes Prinzipal-Agent-Verhältnis leidet darunter, dass der Agent andere Ziele resp. Interessen verfolgt als sein Prinzipal, obwohl der Prinzipal bei der Delegation der Arbeit seine Ziele explizit vorgibt. Durch die naturgemäße Unvollständigkeit aller Kontrakte aber ist eine Zieldellegation nur unvollständig, so dass Raum für den Agenten bleibt, eigene Interessen auf Kosten des Prinzipals zu verfolgen. Dieses Grundprinzip gilt auch für das Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen Client und Lawyer.

Cohen beschreibt dies folgend: „Lawyers, because of their knowledge of the legal system, have unique opportunities to do harm to their clients through manipulating the licensed violence of that system. That is not to say that lawyers necessarily can do more harm than others, but rather that the nature of the harm is unique and relevant for addressing the agency cost problems that lawyers face.“ (S. 280f) Ökonomisch lässt sich dies mit dem Begriff der Vertrauensgüter („credence goods“) umschreiben. Diese lassen sich ex ante nicht auf ihre Qualität prüfen wie sogenannte Suchgüter („search goods“). Auch ist es für Klienten sehr schwer, ex post aus Erfahrungen auf die Qualität einer erhaltenen Anwalts-Leistung als Vertrauensgut schließen, wie es bei Erfahrungsgütern („experience goods“) möglich ist.

Damit entsteht ein typischer Interessenskonflikt zwischen Lawyer (Agent) und Client (Prinzipal). Dies zeigt folgende Abbildung:



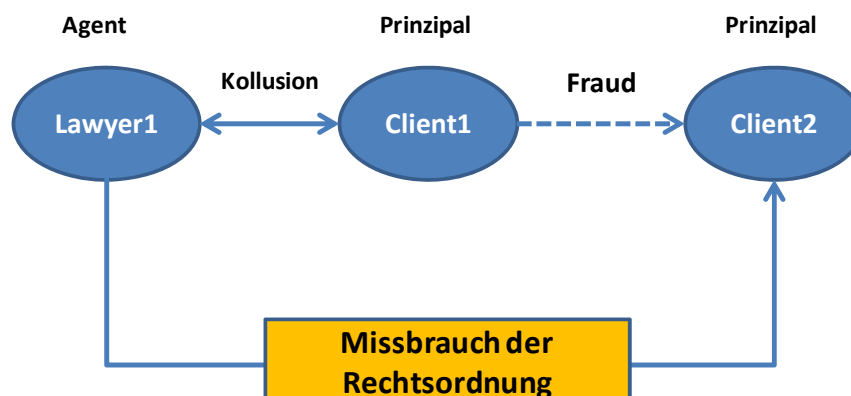
Die inferiore Leistung zeigt sich im Kontext der Lawyer, so Cohen, dass der Lawyer als Agent eine überhöhte Leistung erbringt zu überhöhten Kosten, was der Klient

nicht beurteilen und einschätzen kann. Damit aber überhöht der Lawyer die Agency Costs zu Lasten seines Klienten und zu eigenem opportunistischem Gewinn.

### Das „Gate keeping“-Problem

Neben dem Konflikt zwischen dem Lawyer (Agent) und seinem Klienten (Prinzipal) im Sinne eines Interessens-Konfliktes diskutiert Cohen ein weiteres Agency Cost-Problem. Es ist die Interessens-Kollusion zwischen Lawyer und Klient. Auch hier muss definitorisch erklärt werden, dass es nicht um die Kollusion geht, die Interessen des Klienten im Rahmen der Rechtsordnung durchzusetzen, sondern um die Kollusion der Interessen von Lawyer und Klient zum Schaden eines Dritten außerhalb der Rechtsordnung. „Lawyers' unique ability to do harm is more often recognized in conjunction with a second type of agency cost problem: lawyers colluding with their clients against others. Interestingly, this problem is not typically recognized as an agency problem in the law and economics literature, perhaps because the economic theory of agency does not focus on it. This omission is odd because in agency *law* the problem of principals and agents acting in concert to harm others is widely recognized as an "agency problem"; in fact, if collusion is understood broadly, then this problem arguably includes vicarious liability and contractual authority, the subjects at the very heart of agency law. The problem also plays a prominent role in the law governing lawyers, but is often understood in a limited way, referring to aiding and abetting client wrongdoing or to merely assisting clients to engage in lawful, though socially undesirable, conduct. This limited understanding of the problem of lawyer-client harm to others-what economists refer to as the "gate keeping" problem -may also help explain why the problem is not typically viewed as one of "agency costs." (S. 281)

In Förster (2012) wird die Krise der Torwächter am Beispiel der Rolle der Rating Agenturen in der amerikanischen Subprime Krise diskutiert. Im folgenden Bild wird der analoge Sachverhalt im Kontext von Lawyer vs Client dargestellt:



Der Fall Enron und Arthur Andersen stellt einen analogen Fall dar. Es war der Missbrauch der Prüfungsordnung der Wirtschaftsprüfer zum Schaden der Aktionäre von Enron und zum opportunistischen Nutzen des Enron-Managements. Oben haben wir die Berufsethik der Prüfer im Speziellen und die Berufsethik der Freien Berufe im Allgemeinen als Mittel zur Bekämpfung der Korruption zwischen Prinzipal und Agent zum Schaden eines Dritten beschrieben, wobei im Sinne von Jensen die Berufsethik implizit im Wort enthalten ist, das durch Integrität gegeben wird.

### *Berufsethik der Lawyer*

Cohen beschreibt relevante Aspekte der Berufsethik der Anwälte, die Teil der Rechtsordnung ist. „Suppose, however, we consider the legal rules that prohibit *lawyer* wrongdoing in the assistance of a client's goals, not simply lawyer assistance in the *client's* wrongdoing." For example, lawyers may not "knowingly ... make a false statement of material fact or law to a third person." What is the economic justification for this prohibition? It seems obvious that if there were no such prohibition, then clients would be able to use lawyers to evade the rule that *they* may not knowingly make a false statement of material fact to others, a legal rule that is socially justified, due among other things to the fact that without it people would make wasteful investments in fraudulent activity. The prohibition on client fraud would be rendered completely ineffective, and worse, costs would be even higher than if client fraud were simply permitted. This is because clients would be hiring lawyers to do their lying for them, as well as to protect them against the lies of other lawyers. Similar reasoning explains the prohibitions on lawyers' obstructing access to evidence, falsifying evidence, and bribing a judge or juror or witness, all of which are variations on the general rule of agency law that a principal cannot use an agent to do things that the principal could not lawfully do on his own.“

Die Berufsethik der Freien Berufe soll einerseits die Kunden als Prinzipale gegen inferiore Leistung der Freiberufler als Agenten schützen und gleichzeitig den Freiberufler gegen Korruptionsversuche ihrer Kunden als ihre Prinzipale schützen. Dies gilt auch für die Freien Berufe der Anwälte. Entscheidend für die Berufsethik der Anwälte ist, dass die Rechtsordnung ihre Funktion ausüben kann. Ein Missbrauch der Berufsethik der Anwälte und damit fehlende Integrität der Anwälte schadet der Rechtsordnung und damit der Durchsetzung effizienter Integritätssubstitute, was wiederum der Effizienz der Handelsordnung schadet. Nicht-integere Anwälte verursachen gesamtwirtschaftlichen Schaden. Von der beschädigten Legitimität der Rechtsordnung und den damit verursachten Schäden ist dabei noch gar nicht gesprochen.

## *Opportunismus zum Schaden der Lawyer*

Das Geschäftsfeld der Anwälte hat mit einem ganz anderen Bereich der Ökonomie eine interessante Gemeinsamkeit. Es ist die ökonomische Theorie der Information. Das darin enthaltene Informations-Paradoxon besagt, dass es keinen Markt für Informationen geben kann, da es ante einer Vertragsverhandlung keine Information über das Produkt, sprich die Information, gibt, so dass auch keine Preisverhandlung stattfinden kann. Wird die Information vorab bekannt gegeben, um in Preisverhandlungen einzutreten, ist eine Vertragsverhandlung nicht mehr erforderlich, da die Information damit schon getauscht ist. Ein Informationsmarkt existiert nicht.

Das Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen Lawyer1 und Client1 gegen Lawyer2 und Client2 zur Durchsetzung der Integritätssubstitute der Rechtsordnung ist ein reiner Informationsproduktionsprozess in mehreren Schritten. Im Prinzip kauft jeder Client von seinem Lawyer Information, um sie vor Gericht anzubringen. Da aber dieser Prozess strategisch in einem mehrperiodischen Spiel abläuft, ergibt sich ein analoges Informationsparadoxon. Cohen beschreibt dies folgendermaßen: „Aside from the problems of lawyers acting against their clients' interests and lawyers colluding with their clients against the interests of third parties, there is a third type of "agency problem" that plays a lesser role in professional responsibility and agency law generally, but deserves a brief mention-if only because it is so often ignored. This problem is the collusion of clients and third parties against the lawyer. Although the lawyer generally enjoys an informational advantage over clients and third parties, the lawyer may, in certain circumstances, find himself at a contractual disadvantage. The client and third party (and usually the third party's lawyer), after having received the benefit of the (client's) lawyer's advice, may try to cut the (client's) lawyer out of the deal.“

Warum ist dieser Aspekt so hoch relevant, dass die Berufsethik der Anwälte, hier der US Rechtsordnung, sich diesem Fall widmet? Hier hilft wieder die Analogie mit dem Informationsparadoxon der ökonomischen Theorie der Information. Sollte das Informationsparadoxon dazu führen, dass es einen spezifischen Markt, hier also den Markt für Anwaltsleistungen durch Anwälte als Freiberufler, nicht gibt, dann fällt die Wertschöpfung der Anwälte weg, die die Integritätssubstitute der Rechtsordnung durchsetzen, damit die Ineffizienz der Handelsordnung durch fehlende Integrität der Wirtschaftssubjekte mit hohem gesamtwirtschaftlichem Nutzen geheilt wird.

Cohen diskutiert die berufsethischen Regeln für diesen Fall. „Two seemingly unrelated ethics rules address this problem, at least indirectly. The first is the so-called "no contact" rule. Although this rule is ostensibly directed at protecting a client from being taken advantage of by another client's lawyer, it also protects the absent lawyer from being cut out without his knowledge. The other relevant rule is the prohibition of restrictions on the lawyer's right to practice as part of a settlement. The



purported purpose of this heavily criticized rule is to make legal services available to more people. But another possible purpose for the rule is to prevent the client and the third party from opportunistically taking advantage of the lawyer by depriving the lawyer of one of the ordinary benefits of representation-future business-at a time when the lawyer might be in a vulnerable bargaining position.” (S. 283f)

### *Lawyer-interne Agency Costs*

Cohen schildert als Lösung für das Kollusions-Problem „Lawyer + Client“ eine organisatorische Innovation, die Rechtsanwalts-Firma. Der Grundgedanke ist, dass sich Rechtsanwälte zu großen „Law Firms“ zusammen schließen, die ein hohes Reputationskapital für spezifische Fragen der Rechtsordnung und Branchen aufbauen. Dies führt dazu, so Cohen, dass Clients, die ihren Lawyer bestechen wollen, um etwas ungesetzliches zu machen zum Nutzen des Client aber zum Schaden Dritter nicht damit drohen können, den Anwalt zu wechseln, bis sie einen Anwalt finden, der sich bestechen lässt.

Durch die spezifische Reputation der Law Firm ergibt sich ein sogenanntes „Tying“ der Klienten. Um auch in Zukunft gute Anwaltsleistungen zu erhalten, sind Klienten nicht frei, Bestechungsversuche zu unternehmen, will die Law Firm ihr Reputationskapital bewahren.

Durch die Einführung von Law Firms ergibt sich nach Cohen jedoch ein weiteres Agency Problem. „We have not yet exhausted the potential agency problems that exist in legal representation. Agency problems may be compounded by the fact that clients, their lawyers, and third parties may all have agency problems within themselves. The paradigmatic example of agency costs within the client is, of course, the corporate client, which faces agency costs from not only the managers, whose self-interest gave rise to agency theory in the first place, but also from in-house counsel. The problem, however, is broader than that; it includes problems such as: clients who are agents themselves, as with fiduciaries; clients who are represented by agents, as in class actions or unions; or clients who have contractual relationships with insurance companies under which the insurance company provides the lawyer.“ The paradigmatic agency problem "within the lawyer" is the law firm in which the lawyer practices. Lawyers are agents of their firms as well as of their clients, and difficulty of monitoring poses problems in the lawyer-firm relationship similar to those in the lawyer-client relationship. But again, the problem is broader, for it includes inter-lawyer relationships as well as intra-lawyer (that is, intra-firm) relationships.“ (S. 284)



## *Hohe potentielle Wertschöpfung bei hohen potentiellen Agency Costs*

Fasst man die Überlegungen bezüglich der Integrität der Anwälte zusammen, so ergibt sich ein recht komplexes Prinzipal-Agent-Bild. Dies resümiert auch Cohen: „These multiple agency problems are mainstays of professional responsibility. If law and economics is to seriously engage professional responsibility, then its practitioners must recognize that they are buying into not simply one relationship, but a whole family. This fact has important practical consequences for economic analysis. First, multiple agency problems complicate matters tremendously. Instead of just a concern with lawyers' acting against their clients' interests, lawyers acting with clients against the interests of third parties, and clients acting with third parties against lawyers, each of these possible agency problems can exist in one of the subsidiary relationships. For example, lawyers may collude with another corporate agent against the corporate client's interest, collude with a corporate client against a corporate agent's interests, or become victimized by a corporate client colluding with its agents against the lawyer. Similarly, a lawyer may collude with aligned lawyers against a client, collude with the client against these aligned lawyers, or become victimized by the client colluding with the aligned lawyers. Second, the interaction among these agency problems may be complex; in particular, attempts to mitigate one agency problem may simultaneously exacerbate another. Economic analysis can play a useful role in helping to develop a sense of judgment about which problems are most significant in any given situation.“ (S. 285f)

Cohen fordert als Quintessenz dazu auf, Law and Economics als Methode und Erkenntnisobjekt so zu kombinieren, um eine Sensibilität für das komplexe Prinzipal-Agent-Geflecht der Anwälte als Freiberufler zu schaffen und daraus eine effiziente Berufsethik in der Rechtsordnung für Anwälte zu ermöglichen.

Die Wertschöpfung der Anwälte ist potentiell sehr hoch, da sie die Integritätssubstitute der Rechtsordnung durchsetzen, die wiederum erforderlich sind, da und wenn die Handelsordnung resp. die darin agierenden Wirtschaftssubjekte, Organisationen und Systeme keine Integrität haben.

Die Agency Costs der Anwälte sind aber auch potentiell sehr hoch. Die Wertschöpfung einer guten Berufsethik aber vor allem einer hohen Integrität der Anwälte ist somit ebenfalls sehr hoch. Man kann fast so weit gehen, dass es auch zu der Aufgabe der Anwälte gehören muss, die Berufsethik der Anwälte, die auch Teil der Rechtsordnung ist, durchzusetzen. Die Anwälte prüfen somit nicht nur die Integrität der Nicht-Anwälte sondern ebenso die Integrität der Anwälte selbst, indem sie die Rechtsordnung und die darin enthaltenen Integritätssubstitute als auch die Berufsethik der Anwälte durchsetzen.

## *Künstliche Intelligenz und Anwälte*

Im Working Paper WP16-03 „Die Integrität der Wirtschaftsprüfer“ ([www.integrity-art.de](http://www.integrity-art.de)) wird den Wirtschaftsprüfern empfohlen, durch künstliche ökonomische Intelligenz, wir nannten dabei die künstlichen Dog Whistle Blower, die strafrechtlich nicht relevanten aber ökonomisch schädlichen Fälle von „Betrug“ und Korruption aufzudecken. Zitat: „Betrachtet man das Geschäftsfeld der Auditor strategisch, so zeigen sich neue Aufgaben und Verfahren als mit der Berufsethik der Prüfer konsistent. Man kann den Gedanke so weit fortentwickeln, dass die Branche der Wirtschaftsprüfer zu Vorreitern in der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und vor allem der Korruption weltweit werden sollte, nicht im Sinne der Strafverfolgung sondern im Sinne der Aufdeckung, die insbesondere bei Korruption die „sine qua non“ für eine strafrechtlich effiziente Bekämpfung von Korruption ist. Natürliche Whistle Blower haben enge Grenzen, wie die dramatischen Erfahrungen vieler Whistle Blower zeigen. Künstliche Whistle Blower dagegen sind die Zukunft der Industrie 4.0“.

Diese strategische Ausrichtung auf die Aufdeckung von Betrug und Korruption muss bei den Anwälten noch um die Rechtsverfolgung ergänzt werden. Sie sollten neben den Wirtschaftsprüfern quasi als Rechtsprüfer zu den Vorreitern in der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und vor allem der weltweiten Korruption werden. So kann die künstliche Intelligenz, die sehr oft als Schreckgespenst der Vernichtung wertvoller Arbeitsplätze und somit als Bedrohung der Menschheit dargestellt wird, nicht Human-substitutiv sondern Human-komplementär zum hohen Nutzen unseres effizienten freiheitlich liberalen Wirtschaftssystem und somit zum Nutzen der gesamten Menschheit eingesetzt werden.

### Literatur

Cohen, G. M. (1998): When Law and Economics Met Professional Responsibility, Fordham Law Review, Vol. 67, No. 2, 1998, 273 – 299.

Förster, G. (2012): Die Krise der Torwächter und die Integrität der Manager, Norderstedt, 2012.