

Anwalts blatt



Deutscher**Anwalt**Verein

2/2014

Februar



Aufsätze (Schwerpunkt Sozietätsrechtstag)

Henssler: PartGmbH	96
Prütting: BGB-Gesellschaft	107
Kilian: Fremdbesitzverbot	111
Deckenbrock: Berufsausübungsgemeinschaft	118
Diller: Risikomanagement	130
Chab: Haftungsfall Sozietät	137
Passmore: Legal Market in England and Wales	140

Magazin

Sozietätsrechtstag	160
Risch: Rechtsschutzversicherung	164

Aus der Arbeit des DAV

DAV-Forum Menschenrechte	168
--------------------------	-----

Rechtsprechung

BGH: Freie Anwaltswahl	185
BVerfG: (Anwalts-)Notarinnen und Kinder	189

Als Anwältin
liebe ich es,
Prozesse zu
gewinnen. Auch
die internen.

DATEV Anwalt classic pro ist jeden Tag ein Gewinn. Denn das Kanzleisystem unterstützt Ihre internen Prozesse und ist damit die perfekte Basis für Ihren Kanzleierfolg. Natürlich alles in bewährter DATEV-Qualität – schon ab 49 Euro monatlich. Mehr Infos unter Tel. 0800 3283872.

www.datev.de/anwalt



Zukunft gestalten. Gemeinsam.

A Aufsätze

Editorial

- M 35** Langsam Patt kommt auch zur Stadt
Edith Kindermann, Bremen
Rechtsanwältin und Notarin,
Herausgeberin des Anwaltsblatts

Nachrichten

- M 38** Fort mit Mord!
Christian Bommarius, Berlin
- M 40** Beschuldigtenrechte:
Wie viel harmonisieren?
Dorothee Wildt, Brüssel
- M 42** Nachrichten
- M 52** Stellenmarkt des Deutschen
Anwaltvereins
- M 58** Bücher & Internet
- M 62** Deutsche Anwaltakademie
Seminar kalender

Schlussplädoyer

- M 64** Nachgefragt, Comic,
Mitglieder-Service
- 192** Fotonachweis, Impressum

Sozietätsrechtstag

- 96** Die PartGmbH – großer Wurf
oder (zu) kleine Lösung?
Prof. Dr. Martin Henssler, Köln
- 107** Rechtsverwerfungen bei der
BGB-Gesellschaft – und die
Folgen für Sozietäten
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln
- 111** Das Fremdbeteiligungsverbot
im Spannungsfeld von Berufs-,
Gesellschafts- und Unionsrecht
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln
- 118** Das allgemeine Berufsrecht der
Berufsausübungsgemeinschaft
Dr. Christian Deckenbrock, Köln
- 130** Risikomanagement
in der Anwaltskanzlei –
ein verdrängtes Thema?!
Rechtsanwalt Dr. Martin Diller, Stuttgart
- 137** Haftungsfall Sozietät –
und wie Anwälte die Fallen
enttarnen können
Rechtsanwalt Bertin Chab, München
- 140** What is happening to the
regulation of the legal market
in England and Wales?
Crispin Passmore, London

Anwaltsrecht

- 146** Frankreich und England:
Neues wagen bei pro bono
sowie Aus- und Fortbildung
Dokumentationszentrum für Europäisches
Anwalts- und Notarrecht (Universität Köln)
- 147** Der Syndikusanwalt und das
Zusammenspiel
von Sozial- und Berufsrecht
Rechtsanwalt Jan Horn, Berlin
- 150** Die relative Bedeutung
der Fachanwaltsgebiete in
Gegenwart und Zukunft
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln
- 153** Bücherschau: Sozietätsrecht
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

M Magazin

Report

- 156** Gehälter und
Einstellungschancen
Der Report aus Anwaltsblatt Karriere zum
Bank- und Kapitalmarktrecht, zum Straf-
recht und zu den regionalen Topkanzleien
- 160** Sozietätsrechtstag des Insituts
für Anwaltsrecht Köln:
Die Welt dreht sich weiter –
an der Anwaltschaft vorbei?
Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Anwalt digital

- 162** Drachen für das Vorzimmer
Martin Dommer, Köln

Kommentar

- 164** Rechtsschutzversicherung –
falsa demonstratio?
Rechtsanwältin Monika Maria Risch, Berlin

Gastkommentar

- 165** Es muss nicht immer
Liebe sein
Harald Martenstein,
Tagesspiegel

Anwälte fragen nach Ethik

- 167** Ausnutzen eines Rechenfehlers
des Gerichts
DAV-Ausschuss Anwaltliche Berufsethik

Das Fremdbeteiligungsverbot im Spannungsfeld von Berufs-, Gesellschafts- und Unionsrecht

Die Kohärenzanforderungen in der Dogmatik des EuGH als Reformherausforderung*

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

Die Unabhängigkeit des Anwalts gehört zu den Kernwerten des Berufsrechts. Das Anwaltsrecht in Deutschland geht daher von einem strikten Verbot der Fremdbeteiligung an Anwaltsgesellschaften aus. Doch ein Blick auf die Berufsrechte in anderen Ländern Europas und der Welt zeigt: Vieles ist im Fluss und auch die Anwaltswelt modernisiert sich. Der Autor untersucht, ob und inwieweit das deutsche Berufsrecht bei den Fremdbeteiligungsverboten heute noch vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) bestand hätte. Sein Fazit: Ein Eingriff in die europäischen Grundfreiheiten wird der EuGH vermutlich nicht als gerechtfertigt ansehen, weil das deutsche System nicht kohärent ist – sprich aufgrund der eigenen Widersprüche gar nicht die Ziele erreichen kann, die ihm zugeschrieben werden. Gesetzgeber und auch Anwaltschaft sind gefordert, ein modernes Berufsrecht zu schaffen.

I. Einleitung

Eine Beteiligung Berufsfremder am Kapital einer Gesellschaft, deren Zweck die vergesellschaftete Ausübung eines regulierten freien Berufs ist, erlaubt das Berufsrecht der regulierten freien Berufe von jeher allenfalls mit starken Einschränkungen¹. Das Berufsrecht beansprucht regelmäßig Vorrang vor allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien zur Habilität von Gesellschaftern. Insbesondere mit Blick auf die Apotheker und die Rechtsanwälte ist es in den vergangenen Jahren aber zu einer Diskussion über die Zukunft des Fremdbeteiligungsverbots gekommen, wenngleich diese in der Anwaltschaft bislang eher verhalten und hinter verschlossenen Türen geführt wird. Anstoß hierfür war kein rechtspolitischer Impetus, sondern wie so häufig im deutschen Berufsrecht der Einfluss von Entwicklungen jenseits der deutschen Grenzen. Das Fremdbeteiligungsverbot im deutschen Apothekenrecht stand im Jahr 2009 auf dem Prüfstand der europäischen Richter in Luxemburg², das anwaltliche Berufsrecht sieht sich seit 2012 – bislang weitgehend ratlos – dem Phänomen anwaltlicher Berufsausübungsgesellschaften englischer Provenienz gegenüber, an denen sich Berufsfremde unbeschränkt beteiligen können³.

Diese so genannten „Alternative Business Structures“ sind freilich nur die Spitze eines berufsrechtlichen Eisbergs, der in Deutschland noch etwas verschwommen am Horizont wahrgenommen wird. Sechs Siebtel eines Eisbergs befinden sich bekanntlich unterhalb der Wasseroberfläche, so dass verbreitet übersehen⁴ wird, dass die Beteiligung Berufsfremder an anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften international weiter fortgeschritten ist als häufig angenommen wird.

Schottland ist dem englischen Beispiel bereits mit einem abgeschwächten ABS-Modell gefolgt⁵ – das seinerseits auf australischen Vorbildern beruht⁶. Die als eher konservativ bekannte Law Society Hongkongs plant für diesen wichtigen asiatischen Rechtsdienstleistungsmarkt die Einführung von ABS⁷. Auch in den USA nehmen die Versuche, das Fremdbeteiligungsverbot anzugreifen, zu⁸. Die vor allem im Verbraucherschutzrecht aktive Kanzlei *Jacoby & Myers* hat in den Bundesstaaten New York, Connecticut und New Jersey Klage gegen die berufsrechtlichen Normen erhoben, die ihr Fremdbeteiligungen verwehren⁹.

Die in Deutschland festzustellende starke Fixierung der berufspolitischen Diskussion auf das Phänomen ABS verdeckt zudem häufig, dass weniger weitreichende Fremdbeteiligungsmöglichkeiten, die gleichwohl weit über das in Deutschland Bekannte hinausreichen, in europäischen Rechtsordnungen, die revolutionärer Umbrüche in Berufsrechtsfragen im Allgemeinen eher unverdächtig sind, längst existieren. Beispiele hierfür sind das französische¹⁰, spanische¹¹ oder schweizerische Recht. So können sich in Teilrechtsordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft seit 2006 ohne jegliche Einschränkung Berufsfremde an Anwaltskapitalgesellschaften beteiligen, solange ihre Beteiligung 25 Prozent nicht übersteigt¹². Last but not least wird auch gerne übersehen, dass in vielen Rechtsordnungen Fremdbeteiligungsverbote kein grundsätzliches, sondern allenfalls ein relatives Problem sind – nämlich überall dort, wo es keine umfassenden Rechtsdienstleistungsmonopole und damit keine zwingende Unterwerfung von Rechtsdienstleis-

* Schriftliche und um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrages auf dem Sozietätsrechtstag 2013 des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln am 8. November 2013.

1 Grundsätzlich hierzu etwa *Köbler*, Die Beteiligung Berufsfremder an Arztpraxen, Apotheken und anderen Heilberufsunternehmen, 2011; *Chertkova*, Das Fremdbesitzverbot im deutschen Apothekenrecht, 2012; *DWS* (Hrsg.), Fremdbesitz im Recht der Steuerberater und anderer Freier Berufe, 2010; *Wende*, Das Fremdbesitzverbot in den freien Berufen, 2012.

2 EuGH Rs. C-171/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a. / J. Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171, hierzu näher unten IV 2 a).

3 Hierzu ausführlich *Passmore*, AnWB 2014, 140 [in diesem Heft] sowie *Kilian/Lemke*, AnWB 2011, 800 ff.

4 Sehr instruktiv in diesem Kontext zum Unterschied zwischen Übersehen und Unsichtbarkeit *Blumenberg*, Quellen, Ströme, Eisberge – Beobachtungen an Metaphern, Berlin 2012.

5 Vgl. <http://www.lawscot.org.uk/members/legal-reform-and-policy/abslicensed-providers>.

6 Hierzu bereits *Kilian*, NZG 2004, 71 ff.

7 Vgl. *Hall*, Law Society Gazette vom 13.9.2013. Nicht zu unterschätzen ist, dass diese Entwicklung ersichtlich ein Modellversuch für eine spätere Ausweitung auf die Volksrepublik China sein soll, die sich über die gegenwärtig entstehende Sonderwirtschaftszone Qianhai vollziehen würde, vgl. *The Law Society of Hong Kong* (Hrsg.), Study Report On The Development of the Legal Profession in Qianhai, Hongkong 2012, S. 4.

8 In einer ersten Reaktion ist deshalb mittlerweile erlaubt worden, dass Honorare mit Anwälten aus anderen Jurisdiktionen geteilt werden, auch wenn dieses Mitglied einer Gesellschaft mit berufsfremden Gesellschaftern sind, vgl. ABA Formal Opinion 464 vom 19.8.2013 (Division of Legal Fees With Other Lawyers Who May Lawfully Share Fees With Nonlawyers).

9 *Jacoby & Myers LLP v. Presiding Justices*, 488 F. App'x 526 (2d Cir. 2012) (No. 12-1377). Geltend gemacht wird ein Verstoß gegen den ersten und vierzehnten Verfassungszusatz sowie gegen die sog. Dormant Commerce Clause. *Jacoby & Myers* expandiert gegenwärtig auch nach England und strebt dort eine Lizenz als ABS an.

10 Vgl. hierzu etwa *Henssler*, NJW 2010, 1425 ff.

11 *Kilian/Bubrowski*, RIW 2007, 669.

12 Grundlegend *Sennhauser*, Vom Anwalt zur Anwaltskapitalgesellschaft, Bern 2013, S. 93 ff.

tern unter ein Berufsrecht gibt, das ein Fremdbeteiligungsverbot kennt. Ihm kann entgehen, wer auf den Anwaltstitel verzichtet – in manchen Rechtsordnungen hängt hiervon wenig mehr ab als die Möglichkeit der Übernahme von PKH-Mandanten und/oder die Auftretungsbefugnis vor obersten Gerichten.

Vor dem Hintergrund dieser internationalen Entwicklungen¹³ wird sich die Frage nach der Zukunft des Fremdbeteiligungsverbots im Berufsrecht der Rechtsanwälte über kurz oder lang stellen. Nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge wird eine grundsätzliche Befassung mit dem Geltungsanspruch des Fremdbeteiligungsverbots in zwei Szenarien notwendig werden: Denkbar ist, dass eine Berufsausübungsgesellschaft, an der Berufsfremde beteiligt sind, unter Hinweis auf primär- und sekundärrechtliche Gewährleistungen des Unionsrechts in Deutschland dienstleistend oder niedergelassen tätig wird. Klärungsbedürftig wird dann – primär für die Rechtsanwaltskammern als Aufsichtsbehörden – auf einfachgesetzlicher Ebene, welchen Betätigungen einer solchen Gesellschaft das Rechtsdienstleistungsrecht entgegensteht und in welchem Umfang BRAO und EuRAG auf eine solche im EU-Ausland ansässige Gesellschaft uneingeschränkt Anwendung finden können¹⁴. Ebenso denkbar ist, dass es zu einer Überprüfung kommt, ob das Fremdbeteiligungsverbot des anwaltlichen Berufsrechts mit den europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist – eine vergleichbare Überprüfung hat der EuGH bereits für das Berufsrecht der griechischen Optiker und der deutschen Apotheker vorgenommen.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, wie der EuGH das Fremdbeteiligungsverbot des deutschen Berufsrechts im Lichte seiner bisherigen Rechtsprechung voraussichtlich am Maßstab des europäischen Primärrechts messen würde – ohne dass hiermit eine Aussage verbunden sein soll, ob ein solches Ergebnis berufs- oder rechtspolitisch wünschenswert wäre. Der Beitrag zeichnet zum besseren Verständnis zunächst die berufsrechtlichen Determinanten des Fremdbeteiligungsverbots im nationalen Berufsrecht auf, um sodann die bisherige Kasuistik des EuGH zu Fremdbeteiligungsverboten nachzuzeichnen. Ein weiterer Abschnitt analysiert, wie die berufsrechtlichen Vorschriften angesichts der Dogmatik des EuGH zu den Grundfreiheiten zu bewerten sind, bevor einige Schlussfolgerungen den Beitrag beschließen.

II. Berufsrechtliche Determinanten des Fremdbeteiligungsverbots

Wer sich auf die Suche nach einem Fremdbeteiligungsverbot im anwaltlichen Berufsrecht macht, wird nicht ohne weiteres fündig – eine explizite Regelung dieser Frage findet sich in der BRAO nicht. Das Fremdbeteiligungsverbot folgt vielmehr aus dem Zusammenspiel verschiedenen berufsrechtlicher Grundsätze, die in der Summe zu dem führen, was schlagwortartig als Fremdbeteiligungsverbot bezeichnet wird.

1. Das Verbot inaktiver Sozietätszugehörigkeit

Einer Fremdbeteiligung an Anwaltssozietäten steht zunächst das Verbot einer inaktiven Sozietätszugehörigkeit entgegen, das Sozien einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft treffen soll. Ein solches Verbot, positiv gewendet als „Gebot der aktiven Mitarbeit“ bezeichnet, wird seit jeher § 59a Abs. 1 BRAO¹⁵ entnommen. In dieser Vorschrift wird der Zusam-

menschluss in einer Sozietät gestattet – aber nicht zu einem beliebigen Zweck, sondern nur „zur gemeinschaftlichen Berufsausübung“. Es ist keine Besonderheit des anwaltlichen Berufsrechts, sondern ein die Freien Berufe schlechthin prägender allgemeiner Rechtsgedanke¹⁶. Rechtsformspezifisch ist dieser Gedanke seit 1994 in § 1 Abs. 1 PartGG für die PartG und die PartGmbH formuliert. Dort heißt es, dass die Partnerschaft eine Gesellschaft ist, in der sich Angehörige Freier Berufe „zur Ausübung ihrer Berufe“ zusammenschließen. Der Gesetzgeber hat für Rechtsanwälte das Gebot der aktiven Mitarbeit erstmals 1999 bei der Regelung der Rechtsanwalts-gesellschaft mbH explizit, das heißt deutlicher als in § 59a Abs. 1 BRAO, formuliert: § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO bestimmt, dass die Gesellschafter einer Rechtsanwalts-gesellschaft mbH „in der Rechtsanwalts-gesellschaft beruflich tätig sein“ müssen.

2. Das Verbot der Assoziierung mit Berufsfremden

Ergänzend zum Verbot einer inaktiven Zugehörigkeit zu einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft verhindert auch die Beschränkung des Kreises zulässiger Gesellschafter (§ 59a BRAO) einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft Kapitalbeteiligungen beliebiger Personen. Rechtsanwälte dürfen sich nach § 59a Abs. 1 BRAO ausschließlich mit Angehörigen der Steuerberater- und Wirtschaftsprüferberufe sowie Patentanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Die neuerdings formulierte Überlegung, dass die Norm nur den Zusammenschluss zur gemeinsamen Berufsausübung beschränke, nicht aber den Zusammenschluss zu sonstigen Zwecken – wie etwa der Finanzierung einer anwaltlichen Tätigkeit – ist zwar zutreffend¹⁷. Von jeher ist unbestritten, dass sich Rechtsanwälte mit Nicht-Anwälten zu beliebigen anderen – insofern außerberuflichen – Zwecken zusammenschließen können. Es entsteht dann aber keine Berufsausübungsgesellschaft, die Anwaltsverträge schließen und vor allem Honorare für Rechtsdienstleistungen vereinnahmen kann. Diese fallen nur in der Sozietät im Sinne von § 59a BRAO an, die ihre Honorare mit Nicht-Anwälten nicht teilen darf. Diese verschleiern Konstruktionen, die wirtschaftlich die Gewinne der Sozietät partiell bei der „Finanzierungsgesellschaft“ ankommen lassen, mögen denkbar sein, hätten es aber schwer, den Stempel einer unzulässigen Umgehung eines berufsrechtlichen Verbots zu vermeiden.

¹³ Auf nationaler Ebene ist insbesondere die Monopolkommission eine Verfechterin der begrenzten Zulässigkeit von Fremdbeteiligungen, vgl. 16. Hauptgutachten, BT-Drs. 16/2460, S. 412.

¹⁴ Entsprechende Betrachtungen mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen finden sich bei Keller, BRAK-Mitt. 2012, 17 ff., Hellwig, AnwBl 2012, 876 ff. und Weill, BRAK-Mitt. 2013, 54 ff.

¹⁵ § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO: „Rechtsanwälte dürfen sich mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden.“

¹⁶ Zum Ganzen umfassend Wende, aaO (Fn. 1).

¹⁷ So insbesondere Hellwig, AnwBl 2012, 876, 878.

3. Das Verbot des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen

Neben dem Verbot der inaktiven Sozietätszugehörigkeit und dem Verbot der Assoziierung mit Berufsfremden ist eine weitere Rückzugslinie die Berufspflicht des Rechtsanwalts zur Unabhängigkeit, aus der ein Verbot des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen folgt. Das Verbot der externen Kapitalbeteiligung ist letztlich primär eine Konkretisierung der Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit¹⁸. Das Postulat der anwaltlichen Unabhängigkeit hat nach deutschem Rechtsverständnis zwei Stoßrichtungen – nicht nur die Staatsunabhängigkeit, sondern auch die Unabhängigkeit von Dritten¹⁹ (im Schrifttum bisweilen als „privatrechtliche Unabhängigkeit“ bezeichnet²⁰). Daher muss der Rechtsanwalt von allen Bindungen absehen, die seine Unabhängigkeit gefährden²¹. Eine Gefährdung der Unabhängigkeit wird gemeinhin dann angenommen, wenn für den Rechtsanwalt bei der Führung einer Sache ihn betreffende wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag für das „Ob“ und „Wie“ der Mandatsbearbeitung geben können²². Hinsichtlich eines Zusammenschlusses mit externen Geldgebern, die rein wirtschaftliche Interessen verfolgen, wird im Schrifttum ein einem solchen Zusammenschluss entgegenstehendes Verbot verbreitet auch auf § 43a Abs. 1 BRAO gestützt²³.

4. Fremdbeteiligungsverbote und nationales Verfassungsrecht

Jenseits der Ebene des einfachen Rechts hatte das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit an der Verfassungskonformität eines Sozietätsverbots – und damit auch einer rein kapitalmäßigen Beteiligung durch berufsfremde Personen – keinen Zweifel: In einer Steuerberater betreffenden Entscheidung aus dem Jahr 1982 haben die Verfassungswächter betont, dass aus den berufsrechtlichen Geboten der unabhängigen, eigenverantwortlichen und verschwiegenen Berufsausübung ein Verbot der Vergesellschaftung mit berufsfremden, keiner berufsrechtlichen Aufsicht unterliegenden Personen zu entnehmen sei²⁴. Dem Ermessen des Gesetzgebers sei es, so das BVerfG, überlassen, wie er die Gefährdung der Unabhängigkeit durch eine Freigabe von weitergehenden Sozierungsmöglichkeiten gegen damit etwa verbundene Vorteile eines erweiterten Dienstleistungsangebots abwäge. Beschränkungen der Vergesellschaftungsmöglichkeiten würden insbesondere die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Berufsträgers gewährleisten, so dass sie im Interesse einer geordneten Rechtspflege liege und damit dem Allgemeinwohl dienen²⁵. In jüngerer Vergangenheit hat der BFH diese Sichtweise bekräftigt.²⁶

III. Fremdbeteiligungsverbote im Lichte des Unionsrechts

1. Dogmatische Grundlagen

Bei einer Überprüfung des Fremdbeteiligungsverbots auf der Ebene des Unionsrechts ist die zentrale Frage, ob durch berufsrechtliche Fremdbeteiligungsverbote die Grundfreiheiten des AEUV in *unzulässiger* Weise beschränkt werden.

Eine Beschränkung der Grundfreiheiten liegt bei der Existenz eines solchen berufsrechtlichen Verbots unzweifelhaft vor: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stehen

Art. 49, 56 AEUV jeder nationalen Maßnahme entgegen, die geeignet ist, die Ausübung der durch den AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen²⁷. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten folgt insbesondere aus Regelungen, die eine selbstständige grenzüberschreitende Betätigung erlaubnispflichtig machen und sie bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorbehalten, die zuvor festgelegte, an die Erteilung der Erlaubnis geknüpfte Anforderungen erfüllen. Fremdbeteiligungsverbote, die den Betrieb von Rechtsdienstleistungsunternehmen Rechtsanwälten (und anderen befugten Rechtsdienstleistern) vorbehalten und alle anderen Wirtschaftsteilnehmer von der Aufnahme dieser selbständigen Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausschließen, sind daher ohne Weiteres eine Beschränkung der Grundfreiheiten. Die europarechtliche Diskussion – so sie denn in Deutschland überhaupt ernsthaft geführt wird – konzentriert sich daher auf die Frage, ob diese Beschränkung im Rahmen der Schrankendogmatik der Grundfreiheiten²⁸ gerechtfertigt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn Fremdbeteiligungsverbote – ohne aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren

- (1.) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, sie
- (2.) geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie
- (3.) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist²⁹.

18 Geschützt werden soll zudem die eigenverantwortliche und verschwiegene Berufsausübung, vgl. BVerfG NJW 1982, 2487.

19 BT-Drucks. III/120, S. 48. Die Wahrung der Unabhängigkeit ist nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege und berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden durch ihre berufliche Tätigkeit zu einer funktionierenden Rechtspflege beitragen können, BVerfG NJW 2007, 979, 980; BVerfG 2003, 2520.

20 Kline-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 15. Gaier/Göcken/Wolf-Zuck, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 43a Rn. 12, unterscheidet zwischen der status- und der handlungsbezogenen Pflicht zur Unabhängigkeit und verankert sie in § 1 BRAO (Status) einer- und § 43a Abs. 1 BRAO (Handlung) andererseits.

21 So die Formulierung der Vorläuferregelung zu § 43a Abs. 1 BRAO in § 40 RichtIRA („Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden können“). Eine Übernahme der Formulierung in die BORA wurde von der Satzungsversammlung erwogen, aber verworfen, vgl. Gaier/Göcken/Wolf-Zuck, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 43a Rn. 27.

22 Vgl. etwa BVerfG NJW 2007, 979, 980.

23 Vgl. Wende, aaO, S. 66 ff. m.w.N. Kritisch mit Blick auf die Beschränkung auf bestimmte freie Berufe Gotzens, Die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Angehörigen anderer freier Berufe, 1998, S. 171 f. sowie grundsätzlich zweifelnd Quodbach, Grenzen der interprofessionellen Zusammenarbeit für Rechtsanwälte, 2002, S. 120 ff.

24 BVerfG NJW 1982, 2487.

25 BVerfG NJW 1982, 2487, ebenso BVerfG NJW 1989, 2611, 2612 zu Sozietätsverböten im Notarrecht.

26 BFH BeckRS 2011, 94383.

27 EuGH Rs. C-19/92 (Kraus) = Slg. 1993, I-1663, Rz. 32, Rs. C-299/02 (Kommission/Niederlande) = Slg. 2004, I-9761, Rz. 15; Rs. C-171/07 (Apothekerkammer des Saarlands u.a.) = Slg. 2009, I-4171 Rz. 22.

28 Hierzu grundlegend Ehlers, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7; Kinsgreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 AEUV Rn. 9 ff.

29 Beispielhaft EuGH Rs. C-169/07 (Hartlauer) = Slg. 2009, I-1751, Rz. 44.

2. Die Rechtfertigung von Fremdbeteiligungsverboten in der Rechtsprechung des EuGH

Zur Rechtfertigung von berufsrechtlichen Fremdbeteiligungsverboten hat sich der EuGH bislang zweimal geäußert:

a) „Griechische Optiker“

2005 beurteilte der EuGH das in Griechenland geltende Fremdbesitzverbot für Optiker³⁰. Er sah in diesem Verfahren das Verhältnismäßigkeitserfordernis als nicht gewahrt an, weil die mit dem Verbot verfolgten legitimen Ziele auch durch weniger schwerwiegende Eingriffe als durch ein Totalverbot erreicht werden könnten. Das Gericht wies lapidar in einem Satz³¹ darauf hin, dass weniger einschneidende Maßnahmen ohne weiteres denkbar seien: So könne der Gesetzgeber bestimmen, dass in jedem Optikergeschäft als Arbeitnehmer oder als Gesellschafter diplomierte Optiker anwesend sein müssen und eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten sei³².

b) „Doc Morris“

Anders war hingegen das Ergebnis in dem in Deutschland vielbeachteten Verfahren „Doc Morris“, das 2009 entschieden wurde³³. Im Verfahren „Doc Morris“³⁴ ging es um das Fremdbeteiligungsverbot im deutschen Apothekenrecht³⁵. Der EuGH erklärte es für zulässig. Die Rechtsanwälte – und auch andere freie Berufe – schauen seitdem ein wenig ratlos nach Brüssel, denn sie müssen sich die – von Hellwig anschaulich formulierte³⁶ – Frage stellen, ob sie mehr Optiker oder mehr Apotheker sind. In Deutschland besteht wohl eine gewisse Neigung, das *Doc Morris*-Urteil für maßgeblicher zu halten – immerhin ist es zeitlich jünger, betrifft das deutsche Recht unmittelbar und behandelt einen Beruf, der anders als der Anwaltsberuf sogar Bezüge zu einer gewerblichen Tätigkeit hat und der trotzdem wohlwollend beurteilt wurde³⁷. Zweifel, ob eine solche Einschätzung zutreffend ist, sind aber angebracht. Zentrale Argumente, die aus Sicht des EuGH für die Zulässigkeit eines Fremdbeteiligungsverbots im Apothekenrecht sprechen, greifen im Falle der Rechtsanwälte bei richtigem Verständnis der Entscheidung wohl nicht:

Zum einen rechtfertigte der EuGH das Fremdbeteiligungsverbot im Apothekenrecht mit dem Schutz des finanziellen Gleichgewichts der Sozialversicherungssysteme, die durch die falsche oder nicht notwendige Einnahme von Arzneimitteln unnötig belastet würden³⁸. In den erheblichen Kosten, die der Pharmabereich verursacht, und der Begrenztheit der finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, sah der EuGH zentrale Gründe dafür, warum Mitgliedstaaten die mit dem Einzelhandelsvertrieb der Arzneimittel betrauten Personen in Fragen der Modalitäten ihrer Vermarktung und ihres Gewinnstreben strengen Anforderungen unterwerfen dürfen³⁹. Vergleichbare Argumente lassen sich bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen schwerlich ins Feld führen – schon gar nicht in Zeiten, in denen der Staat alles dafür tut, die Kostendeckungsquote der Justiz zu erhöhen⁴⁰ und die – seit einigen Jahren ohnehin rückläufigen – Aufwendungen für die staatliche Kostenhilfe zu verringern⁴¹.

Zum anderen ging es im Verfahren *Doc Morris* um den Allgemeinwohlgrund der Volksgesundheit. Die zu beurteilende Tätigkeit, die Abgabe von Arzneimitteln an Laien, könne, so der EuGH, aufgrund der therapeutischen Wirkun-

gen von Medikamenten, wenn diese ohne Grund oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen⁴². Dem insofern angesprochenen Schutz der Volksgesundheit, der Beschränkungen der Grundfreiheiten grundsätzlich rechtfertigen kann, kommt europarechtlich die denkbar höchste Bedeutung zu. Zwar ist sowohl der Schutz der Rechtspflege als auch der Verbraucherschutz als zwingender Allgemeinwohlgrund anerkannt. Insbesondere der Schutz der Rechtspflege fällt aber in der Relevanz deutlich ab. Er ist weder primärrechtlich geschützt noch findet er in der Dienstleistungsrichtlinie als Sekundärrechtsakt explizite Erwähnung als zwingender Allgemeinwohlgrund. Auch der Verbraucherschutz kann nicht so leicht wie die Volksgesundheit zur Rechtfertigung von Beschränkungen herangezogen werden. Darüber, ob beide im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie (DL-RL) für eine Rechtfertigung gänzlich irrelevant sind, wie insbesondere Hellwig vertritt⁴³, lässt sich trefflich streiten. Dieser insbesondere auch in der Satzungsversammlung lebhaft ausgetragene Diskurs⁴⁴ kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. In jedem Falle neigt der EuGH dazu, so etwa im Verfahren *Cipolla*⁴⁵, berufsrechtliche Vorschriften sehr kritisch darauf zu überprüfen, ob nicht alternative Vorschriften im Hinblick auf die Organisation, auf Qualifikationen, die Berufsethik, die Aufsicht und die Haftung ausreichen können, um die Zielsetzungen des Verbraucherschutzes und des ordnungsgemäßen Funktionierens der Rechtspflege zu erreichen⁴⁶.

Hinzu kommt, dass Fremdbeteiligungsverbote sekundärrechtlich mittlerweile als besonders problematisch gebrandmarkt worden sind: Art. 15 Abs. 2 lit. c) RiLi 2006/123/EG verlangt von den Mitgliedstaaten eine Überprüfung von „Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen“ darauf, ob sie durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und ggf. verhältnismäßig sind. Nach dem Handbuch der Kommission zur Umsetzung der Richtlinie⁴⁷ zählen hierzu auch Anforderungen, die eine spezifische Qualifikation verlangen, um Gesellschaftskapital halten zu können. Explizit darauf hingewiesen wird, dass „Mitgliedstaaten mitunter im Hinblick auf

30 EuGH Rs. C-140/03 (Kommission ./ Griechenland) = Slg. 2005, I-3177.

31 „Im vorliegenden Fall genügt die Feststellung, dass...“, EuGH aaO (Fn. 30), Rz. 35.

32 EuGH aaO, (Fn. 30), Rz. 35.

33 EuGH Rs. C-171/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a. ./ Saarland u.a.) = Slg. 2009, I-4171. Hierzu etwa Martini, NJW 2009, 2012 ff.; Herrmann, EuZW 2009, 413 ff.; Singer, DStR 2010, 78 f.

34 Das eigentlich nicht so heißt, weil *Doc Morris* nicht Partei, sondern nur Beteiligter war.

35 Zu diesem Problem ausführlich Chertkova, Das Fremdbesitzverbot im deutschen Apothekenrecht, 2012.

36 Hellwig, AnwBl 2011, 77, 80; kritisch zu diesem Bild Weil, BRAK-Mitt. 2013, 54, 57.

37 So etwa Wende, aaO (Fn. 1), S. 193 ff.; Weil, BRAK-Mitt. 2013, 54, 57; Ewer, AnwBl 2009, 657, 659; Singer, DStR 2010, 78, 79.

38 EuGH aaO (Fn. 35), Rz. 33.

39 EuGH aaO (Fn. 35), Rz. 33.

40 Hierzu Kilian, AnwBl 2014, [demnächst].

41 Hierzu Kilian, AnwBl 2014, 46.

42 EuGH aaO (Fn. 35), Rz. 32.

43 Hellwig, AnwBl 2011, 77, 82; ders., AnwBl 2012, 876, 883.

44 Vgl. die abweichende Stellungnahme zum Bericht des Unterausschusses Normenscreening der 4. Satzungsversammlung v. 24.2.2009, Nr. 6 ff. von Benckendorff, Scharner und Westenberger.

45 EuGH Rs. C-94/04 (*Cipolla*) = Slg. 2006, I-11421, Rz. 61 ff.

46 EuGH aaO (Fn. 45), Rz. 69.

47 Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Brüssel 2007.

bestimmte, durch Mitglieder eines reglementierten Berufes ausgeübte und über eine Gesellschaft durchgeführte Tätigkeiten [verlangen], dass sich das gesamte Kapital oder ein maßgeblicher Teil dieses Kapitals direkt im Besitz von Vertretern des betreffenden Berufes befindet.“⁴⁸

c) Zwischenbilanz

Die bei der Beurteilung von Fremdbeteiligungsverboten im anwaltlichen Berufsrecht für die Rechtfertigung einer Beschränkung heranzuziehenden Gemeinwohlgründe hätten im Falle einer Befassung des EuGH mit dieser Frage voraussichtlich nicht das Gewicht wie der im Verfahren *Doc Morris* maßgebliche Gemeinwohlgrund der Volksgesundheit⁴⁹. Rechtsdienstleistungen dürften aus Sicht des EuGH zudem nicht – auch wenn Juristen dies naturgemäß gerne anders sähen – den vom Gericht konstatierten „ganz besondere[n] Charakter der Arzneimittel [haben], deren therapeutische Wirkungen sie substanziell von den übrigen Waren unterscheiden“⁵⁰. Die *Doc Morris*-Entscheidung spricht daher nicht dafür, dass Fremdbeteiligungsverbote des anwaltlichen Berufsrechts eine ähnlich wohlwollende Beurteilung in Luxemburg erfahren würden wie das deutsche Apothekenrecht. Zumal gilt, dass selbst die Volksgesundheit keine *carte blanche* bei der Schaffung berufsrechtlicher Regelungen ist: Auch im Verfahren „Griechische Optiker“ ging es um Fragen der Volksgesundheit, gleichwohl legte der EuGH einen strengen Maßstab an. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der Präsident der 5. Kammer des EuGH, der deutsche Rechtsprofessor *Thomas von Danwitz*, sowohl bei einem Vortrag vor dem Verein für Wirtschaftsrecht im Juni 2010 in Köln als auch im Rahmen der Diskussion der Abteilung Berufsrecht auf dem 68. Deutschen Juristentag in Berlin im September 2010⁵¹ jeweils beiläufig davor warnte, in der Entscheidung *Doc Morris* eine Absolution des EuGH für berufsrechtliche Fremdbeteiligungsverbote zu erblicken.

3. Fremdbeteiligungsverbote und Kohärenzkontrolle

a) Das Kohärenzerfordernis

Die Entscheidung *Doc Morris* ist noch aus einem anderen Grund von Interesse, der in der bisherigen Diskussion ein wenig zu kurz kommt, aber perspektivisch zum zentralen Hebel der Klärung vieler berufsrechtlicher Fragestellungen auf der Ebene des Unionsrechts werden könnte: Der EuGH nahm in der Entscheidung *Doc Morris* eine bereits aus früheren Verfahren bekannte „Kohärenzkontrolle“ vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine nationale Regelung nur dann im Sinne der Schrankendogmatik der Grundfreiheiten zur Zielerreichung, also zum Schutz der geltend gemachten Allgemeininteressen, geeignet und hierdurch gerechtfertigt sein, wenn die Erreichung des vom Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels in der fraglichen Rechtsmaterie in kohärenter und systematischer Weise angestrebt wird⁵². Dieses Kohärenzerfordernis ist ein relativ neues Kriterium in der Rechtsprechung des EuGH, das seit circa zehn Jahren dogmatisch die traditionelle Schrankensystematik ergänzt⁵³. Es wurde zunächst in Verfahren entwickelt, in denen es um staatliche Glücksspielverbote ging, findet sich aber mittlerweile allgemein in vielen Entscheidungen zu Beschränkungen der Grundfreiheiten. Über das Bundesverwaltungsgericht hat es im Jahr 2010 auch Einzug in Deutschland gehalten⁵⁴.

Kohärenz verlangt eine konzeptionelle Stimmigkeit von Einzelmaßnahmen zur Verhinderung unabgestimmter, widersprüchlicher Maßnahmen⁵⁵. Das Kohärenzerfordernis untersagt es einem Mitgliedstaat, der eine Rechtfertigung für eine die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahme geltend macht, sich darauf zu berufen, eine Tätigkeit aus einem bestimmten Grund zu beschränken, obwohl er sie gleichzeitig – möglicherweise verdeckt – duldet oder sogar fördert.

b) Kohärenz und apothekenrechtliches Fremdbeteiligungsverbot

Bei der Untersuchung des deutschen Apothekenrechts erkannten die Luxemburger Richter durchaus einige Relativierungen des Fremdbeteiligungsverbots, etwa durch die Möglichkeit einer – freilich zeitlich eng begrenzten – Fortführung einer Apotheke durch Erben des Apothekers, des Betriebs von internen Apotheken durch Krankenhäuser oder die Möglichkeit der Errichtung von bis zu drei Filialen einer Apotheke⁵⁶. Sie erkannten aber billigenswerte Gründe für diese Relativierungen und betonten die relativ strengen zeitlichen und umfangmäßigen Grenzen der Relativierung des Verbots.

c) Kohärenz und anwaltsrechtliches Fremdbeteiligungsverbot

Eine für die Zukunft des Fremdbeteiligungsverbots der Rechtsanwälte entscheidende unionsrechtliche Frage ist demnach, ob das Fremdbeteiligungsverbot die neben die Schrankenprüfung tretende Kohärenzkontrolle unbeschadet überstehen würde. Deutliche Zweifel sind angebracht, wenn man sich das Bild vergegenwärtigt, dass sich dem EuGH bei der Kohärenzkontrolle des deutschen Berufsrechts der Anwälte bieten würde.

aa) Kohärenz des Verbots des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen

Solche Zweifel ergeben sich zunächst mit Blick auf die Kohärenz des Verbots des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen. Vergleicht man, welche Bindungen des Rechtsanwalts im Laufe der Jahrzehnte als unabhängigkeitsgefährdend angesehen worden sind, wird deutlich, dass sich ein Anschauungswandel vollzogen hat, der heutzutage mancherlei Bindungen des Rechtsanwalts erlaubt, die in der Vergangenheit als unvorstellbar erschienen⁵⁷:

Lange Zeit war es unzulässig, den Rechtsanwaltsberuf in Anstellung auszuüben, weil das Direktionsrecht des Arbeit-

48 Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 40.

49 Ähnlich *Hellwig*, AnwBl 2011, 77, 80.

50 EuGH aaO (Fn. 35), Rz. 31.

51 Dokumentiert in DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages 2010 Berlin, Band II/2, München 2011, S. Q107.

52 EuGH Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica u.a.), Slg. 2007, I-1891, Rz. 53, 58; Rs. C-500/06 (Corporación Dermoeástica), Slg. 2008, I-5785, Rz. 39 f., Rs. C-169/07 (Hartlauer) = Slg. 2009, I-1751, Rz. 55.

53 Grundlegend hierzu *Lippert*, EuR 2012, 90, 91; *Talos/Strass*, WBl. 2013, 481 ff.

54 BVerwG NVwZ 2011, 549; NVwZ 2011, 554.

55 Vgl. *Lippert*, EuR 2012, 90, 92.

56 EuGH aaO (Fn. 35), Rz. 43 ff.

57 Umfassend zum Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit, seiner Entwicklung und seinen Verästelungen *Schautes*, Anwaltliche Unabhängigkeit, 2005.

gebers die Unabhängigkeit des angestellten Rechtsanwalts gefährdete⁵⁸. Heute ist der angestellt tätige Rechtsanwalt, der bisweilen irreal wirtschaftliche Zielvorgaben seines Arbeitgebers erreichen muss, um in Anstellung zu überleben oder gar zum Partner aufzusteigen, allgemein akzeptierte Selbstverständlichkeit. Vereinbarungen, die die Vergütung des Rechtsanwalts vom Erfolg seiner Bemühungen abhängig machen, wurden bis in die jüngste Vergangenheit als berufsrechts- beziehungsweise sittenwidrig eingestuft, weil sie, so die communis opinio, zu einer Orientierung des Rechtsanwalts an seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen statt den Interessen der Rechtspflege führen sollen⁵⁹ – seit 2008 sind nun selbst quota litis-Vereinbarungen, die dem Rechtsanwalt als Vergütung einen Teil des Prozesserlöses zubilligen, erlaubt. Die Abhängigkeit von einigen wenigen Großmandanten, an deren Wohlwollen das Überleben einer Kanzlei hängt, Abkommen zwischen Rechtsanwälten und Rechtsschutzversicherern, der unregulierte Preiswettbewerb um Mandate, all' dies wird, wenn überhaupt, bestenfalls mit einem gewissen Unbehagen beobachtet, aber als wohl mittlerweile unvermeidlich berufsrechtlich nicht unterbunden.

Vertraut wird darauf, dass sich der Rechtsanwalt in solchen latent unabhängigkeitsgefährdenden Konstellationen selbstbewusst gegen externe Einflüsse behauptet und seine Berufspflichten nicht zu Gunsten wirtschaftlicher Erwägungen vernachlässigt. Das Berufsrecht hat in den zurückliegenden Jahrzehnten die Verwurzelung des Unabhängigkeitspostulats in gewisser Weise neu akzentuiert und von einer äußeren, das heißt an rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen ansetzenden Unabhängigkeit hin zu einer inneren Unabhängigkeit verschoben, die mit rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen nicht inkompatibel sein muss. Das BVerfG selbst gibt dem Berufsträger einen entsprechenden Vertrauensvorschuss, wenn es formuliert, dass das Berufsrecht nicht von dem Ansatz getragen sein dürfe, dass der Rechtsanwalt sich bietende Möglichkeiten eines Berufsrechtsverstoßes auch nutze⁶⁰. Realistischerweise müssen wir uns wohl eingestehen: So beifallheischend sich das häufig bemühte Argument liest, dass Fremdbeteiligungen im Interesse der Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit unterbunden werden müssen, so angreifbar ist es aus Sicht des EuGH, wenn das Berufsrecht das Verbot des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen nicht mehr systemisch, sondern nur noch punktuell abbildet.

bb) Kohärenz des Verbots der inaktiven Sozietätszugehörigkeit

Nicht viel günstiger präsentiert sich die Kohärenz des Verbots der inaktiven Sozietätszugehörigkeit (oder anders gewendet, des Gebots der aktiven Mitarbeit). Es steht zwar auf dem Papier, aber in der Praxis wird es von den Berufsangehörigen nicht mehr konsequent gelebt und von den Rechtsanwaltskammern nicht konsequent durchgesetzt. Jeder kennt Rechtsanwälte, die für Sozietäten lediglich schmückende Zierde auf Kanzleischild oder Briefbogen sind, weil ihr Weg sie nur sehr gelegentlich über die Kanzleischwelle führt. Die Gründe hierfür können mannigfaltig sein – hier der verdiente Seniorpartner, auf dessen klangvollen Namen im Gesellschafterkreis niemand verzichten möchte, dort der Studienfreund, der als Syndikus ausschließlich in einem Unternehmen tätig ist und dem man in der Sozietät eine berufliche Heimat als Rechtsanwalt bietet. Der Politiker, der in Berlin seine berufliche Heimat gefunden hat

und im Wahlkreis als werbewirksamer Sozius Objekt der Begierde vieler Kanzleien war, der höhere Ruhestandsbeamte, der einer Verwaltungsrechtskanzlei durch bloße Anwesenheit auf dem Briefbogen zusätzliches Gewicht verleiht. Viele dieser Rechtsanwälte erfüllen das Gebot der aktiven Mitarbeit nicht, eben weil sie nicht oder nur in verschwindend geringem Maße in der Sozietät tätig sind. Dies schließt nicht aus, dass sie die Früchte der Arbeit der anderen Sozien nicht zum Teil genießen können, auch wenn dies in der Praxis eher unüblich ist. Fälle, in denen Rechtsanwaltskammern die aktive Ausübung des Anwaltsberufs von soziierten Kammermitgliedern in ihrer Sozietät überprüft haben, sind jedenfalls dem Verfasser nicht bekannt – und schon gar nicht sanktionsbedrohte Aufforderungen, einen festgestellten berufsrechtswidrigen Zustand zu beenden. Letztlich gilt hier dasselbe wie bei Titularanwälten in Einzelpraxis – jeder weiß, dass es sie gibt, obwohl es sie berufsrechtlich nicht geben dürfte.

Auch dem Gesetzgeber selbst ist es mit dem Gebot der aktiven Mitarbeit nicht mehr sonderlich ernst: Er hat im Jahr 2007 durch die Aufhebung des Verbots der Sternsozietät Rechtsanwälten Mehrfachmitgliedschaften in Sozietäten ermöglicht und die Zahl dieser Mehrfachmitgliedschaften auch nicht zahlenmäßig begrenzt⁶¹. Theoretisch ist eine Beteiligung an einer solchen großen Zahl von Sozietäten möglich, dass in jeder der Sozietäten nur in sehr geringem Maße der Beruf ausgeübt werden kann. Vielfache Mehrfachbeteiligungen sind, genaue empirische Erkenntnisse zu dieser Frage gibt es nicht, wohl eher nicht verbreitet. Beispiele aus dem Bereich der Steuerberatung zeigen allerdings, dass Vielfachbeteiligungen nicht so exotisch sind, wie sie auf den ersten Blick anmuten. Der Gesetzgeber hat das Gebot der aktiven Mitarbeit in der Sozietät durch die Aufhebung des Verbots der Sternsozietät also stark relativiert. Aus Sicht des EuGH dürfte dies den Anforderungen an eine konsistente Regelung nicht mehr genügen, hat er doch in der Apothekerentscheidung die Relativierung der Fremdbeteiligung durch die Zulässigkeit von Filialen wohl nur deshalb passieren lassen, weil ihre Zahl auf drei begrenzt war.

cc) Kohärenz des Verbots der Assoziierung mit Berufsfremden

Die Erosion des Verbots der Assoziierung mit Berufsfremden ist noch nicht so weit fortgeschritten wie jene des Verbots der inaktiven Sozietätszugehörigkeit und des Verbots des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen. Sollte sich der EuGH einmal näher mit diesem Verbot befassen, wird er aber möglicherweise bereits die gegenwärtige, für unselbstverständliche Rechtslage bei einer Außenbetrachtung für ungewöhnlich halten: Das Verbot der Assoziierung mit Berufsfremden gilt im deutschen Berufsrecht von jeher nicht für Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Patentanwälte – Berufe, die in vielen anderen Rechtsordnungen keineswegs sozietätsfähig sind und deren Vergesellschaftung mit Rechtsanwälten als systemfremd angesehen wird.

⁵⁸ Immerhin wurde noch 2002 von einem Arbeitgeberanwalt die Zulässigkeit einer Anstellung gerichtlich in Zweifel gezogen, LAG Düsseldorf NZA-RR 2002, 567.

⁵⁹ Hierzu BVerfG NJW 2007, 979.

⁶⁰ BVerfG AnwBl 2003, 521: „Das anwaltliche Berufsrecht beruht auch nicht auf der Annahme, dass eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwidriges Handeln zur Folge hat.“

⁶¹ Vgl. Laschke, AnwBl 2009, 546.

Davon einmal abgesehen, bröckeln auch die Ränder des Verbots in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung: Im Zuge der Reform des Rechtsdienstleistungsrechts hatte das Bundesjustizministerium vorgeschlagen, die Möglichkeiten interprofessioneller Berufsausübung für Rechtsanwälte radikal zu erweitern⁶². Alle Berufe, die ein Rechtsanwalt zulässigerweise nach § 7 Nr. 8 BRAO als Zweitberuf neben dem Anwaltsberuf ausüben darf, sollten de lege ferenda auch sozietätsfähig sein. Wer sich ein wenig mit § 7 Nr. 8 BRAO beschäftigt hat, weiß, dass dies fast alle Berufe gewesen wären. Im Gesetzgebungsverfahren ist dieser Vorschlag in letzter Minute gekippt worden. Dass er im Raume stand, erschwerte aber eine überzeugende Darlegung, warum die Begrenzung der sozietätsfähigen Berufe auf die verkammerten Beratungsberufe aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erforderlich ist.

Eine Änderung des Status Quo könnte gleichwohl demnächst ins Haus stehen, wenngleich sie nicht in Berlin, sondern in Karlsruhe veranlasst würde: Beim BVerfG ist ein Vorlageverfahren nach Art. 100 GG anhängig, in dem es um die Eintragung einer Sozietät zwischen einem Rechtsanwalt und einer Apothekerin und Ärztin in das Partnerschaftsregister geht. Dieser Eintragung steht u.a. § 59a Abs. 1 BRAO entgegen. Der BGH hat Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Vorschrift und das Verfahren dem BVerfG vorgelegt⁶³. Das BVerfG wird zu entscheiden haben, ob jedenfalls eine Vergesellschaftung von Rechtsanwälten mit Angehörigen anderer verkammerter Berufe, die einem ähnlichen Berufspflichtenprogramm wie Rechtsanwälte unterliegen, verfassungsrechtlich zulässig sein muss. Gewichtige Gründe lassen sich für die Sichtweise ins Feld führen, dass zumindest die verkammerten Freiberufe in toto sozietätsfähig sein müssen⁶⁴.

IV. Ausblick

Die vorstehenden Überlegungen zeigen auf, dass die Unionsrechtsfestigkeit des Fremdbeteiligungsverbots des deutschen Berufsrechts keineswegs gewiss ist. Angesichts der skizzierten Unwägbarkeiten ist eine zentrale Herausforderung für die Berufspolitik, eine Entscheidung zu treffen, ob sich das deutsche Berufsrecht für die Idee von Fremdbeteiligungen öffnen oder auf dem Status Quo beharren sollte. Der deutschen Rechtstradition entspricht es, dass sich das anwaltliche Berufsrecht „evolutionär“ entwickelt. Während es in England häufig zu revolutionären Umbrüchen kommt, weil dort Berufsrecht in Ermangelung von mit Deutschland vergleichbaren Verfassungstraditionen intensiv politisch gestaltet wird, bleiben in Deutschland viele Entscheidungen dem Bundesverfassungsgericht oder dem Bundesgerichtshof überlassen. Dies bringt eine hohe Verlässlichkeit, aber auch eine gewisse Behäbigkeit und ein Hinterherhecheln hinter internationalen Entwicklungen mit sich: Überörtliche Sozietäten, Erfolgshonorare, Anwaltskapitalgesellschaften, haftungsoptimierte Personengesellschaften gab es etwa in England längst, bevor sie in Deutschland Realität wurden.

Mancher Vorsprung lässt sich nie mehr aufholen – man denke an die Größennachteile deutscher Wirtschaftskanzleien im Wettbewerb mit Londoner Sozietäten oder die den Rechtsstandort Deutschland nicht schmückende Nutzung der Rechtsform LLP gerade durch jene Kanzleien, die besonders im Lichte der Öffentlichkeit stehen. Gestaltungsaufgaben der Rechtsprechung zu überlassen, bringt aus Sicht der Betroffenen Risiken mit sich, weil letztlich das Heft des Handelns, die Möglichkeit der Mitgestaltung aus der Hand gegeben wird. Angesichts der Erfahrungen der zurückliegenden 20 Jahre sind Zweifel, ob ein bloßes Zuwarten beim Thema „Fremdbeteiligungen“ zielführend ist, durchaus angebracht. Wer das Sozietätsrecht nicht gestaltet, sondern lediglich verwaltet, weiß nie, was er am Ende bekommt. Das „Schreckgespenst“ ABS sollte von einer ergebnisoffenen Diskussion über die Zukunft des § 59a BRAO nicht abhalten – denn die ABS steht für eine Extremposition in Sachen Fremdbeteiligung. Die Beispiele anderer Rechtsordnungen geben Anregungen, wie weniger weitreichende Konzepte einer Fremdbeteiligung aussehen können, die einerseits eine Liberalisierung des Sozietätsrechts mit sich bringen und andererseits dem Geltungsanspruch von Grundpositionen des Anwaltsrechts Rechnung tragen.



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

⁶² Details bei Hommerich/Kilian, NJW 2007, 2308, 2312 f.

⁶³ BGH NJW 2013, 2674.

⁶⁴ Vgl. Kilian/Glindemann, BRAK-Mitt. 2011, 303 f.