

5/2021

Die Fachzeitschrift
für Anwältinnen
und Anwälte



Lesen Sie das
Anwaltsblatt auch
in der App

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

AnwaltsPraxis

Anwältin ade

Jessica Blattner

AnwaltsWissen

Digitaler Zivilprozess:
Wie modern wird er?

AnwaltVerein

150 Jahre DAV: Stimmen
zum Jubiläum

Anzeige

Lieber kurz suchen als lange fluchen.
Der Kanzlei-Software-Check hilft weiter!

anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/apps#panel-der-kanzlei-software-check-hilft-weiter

Deutscher **Anwalt** Verein

AnwaltsPraxis

Porträt

Jessica Blattner: Anwältin ade
Andin Tegen, Hamburg 262

Report

Leben nach Corona: Virtuelle Kanzlei
Henning Zander, Hannover 266

Anwälte fragen nach Ethik

Das leidige Empfangsbekennnis
Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin 271



Gastkommentar

Der Tote von Dresden: Keine schwulen Opfer?
Christian Deker, ZDF-Redaktion Recht und Justiz 274

Kommentar

„Forum Recht“ und der Platz der Anwaltschaft
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Schellenberg, Berlin 275

Digital

Online Recruiting
Janine Ditscheid, Köln 278

Nachrichten 274

Bericht aus Berlin/Brüssel 276

AnwaltsWissen

Digitaler Zivilprozess

Modernisierung des Zivilprozesses
Zusammenfassung der Redaktion zum Schwerpunkt 280

Technischen Fortschritt nutzen
Präsident des OLG Dr. Thomas Dickert, Nürnberg 282

Strukturierter Parteivortrag
Präsident des Landgerichts Dr. Ralf Köbler, Darmstadt 283

Strukturierung von Parteivortrag und Verfahren
Prof. Dr. Reinhard Greger, Universität Erlangen-Nürnberg 284

Die Anwaltschaft ist kein Hilfsorgan der Justiz
Rechtsanwalt Prof. Dr. Volker Römermann, Hamburg 285

Das beschleunigte Online-Verfahren
Vizepräsident des OLG Dr. Guido Christensen, Hamburg 286

Das Online-Verfahren und „Unmet Legal Needs“
Rechtsanwalt Markus Hartung, Berlin 287

Online-Verfahren und Verfahrensgrundsätze
Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Universität Halle-Wittenberg 288

Digitale Verhandlung und Wortprotokoll
Vorsitzender Richter am LG Dr. Hendrik Schultzy, Universität Nürnberg-Fürth 290

Chancen und Risiken einer virtuellen Verhandlung
Prof. Dr. Michael Stürmer, Konstanz 291

Plattform für elektronische Beweismittel
Dr. Jakob Horn, Berlin 292

Elektronische Beweismittel im Zivilprozess
Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Bremen 293

Hybride Regulierung im reformierten Berufsrecht
Prof. Dr. Matthias Kilian, Soldan Institut, Köln 294

Bücherschau: Anwalt und Mandant
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln 296

Haftpflichtfragen

Haftungsfallen der erbrechtlichen Beratung
Syndikusrechtsanwältin Sabrina Schardt, Allianz Versicherungs-AG, München 298

Rechtsprechung

Anwaltsrecht
BGH: Beratung von Kunden des Arbeitgebers; AGH Hamburg: Doppelte Bestrafung wegen Anwaltslüge beim Zinsschaden? 300

Anwaltshaftung
BGH: Elektronischer Fristenkalendar; BGH: Kanzleianweisung kann entlasten; OLG Braunschweig: Versand per beA 301

Anwaltsvergütung
BGH: Prozessvergleich in zweiter Instanz 304

Prozessrecht
BGH: Besorgnis der Befangenheit; BGH: Akteneinsichtsgesuch 304

Rechtsdienstleistungsgesetz
LG Hannover: Kein Legal Tech-Inkasso im Zuckerkartell 305



Hybride Regulierung im reformierten Berufsrecht

BRAO-Reform: Entitäten als neuer Bezugspunkt von Rechten, Pflichten und Sanktionen*

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Die BRAO-Reform führt eine hybride berufsrechtliche Regulierung sowohl der Berufsträger als auch der Entitäten, in denen sie tätig sind, ein. Hiermit gleicht sich das Berufsrecht Regulierungsstandards an, die in bedeutenden internationalen Rechtsdienstleistungsmärkten bereits etabliert sind. In Details weicht die vorgeschlagene Regelung allerdings von internationalen Standards entitätenbezogener Regulierung ab und führt deshalb punktuell zu Inkohärenzen.

I. Ausgangslage

Bereits vor 17 Jahren ist im Anwaltsblatt über Diskussionen des Auslands zur Neuausrichtung der Regulierung von Rechtsdienstleistungsmärkten berichtet worden¹: Weg von der alleinigen Regulierung des Berufsträgers als natürlicher Person und hin zu einer ergänzenden – und insofern „hybriden“ – Regulierung auch der Rechtsdienstleistung oder der auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt agierenden Entitäten.² Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften“³ erreicht diese internationale Entwicklung verspätet Deutschland. Neben die vertraute personenbezogene Regulierung von Berufsträgern soll nach dem Gesetzentwurf in der Fassung des Regierungsentwurfs künftig eine entitätenbezogene Regulierung der Rechtsdienstleistungsunternehmen treten, in denen die Berufsträger ihren Beruf ausüben.⁴ Ihr Herzstück ist § 59e BRAO-E, der die sinngemäße Geltung eines Katalogs Berufspflichten für die Berufsausübungsgesellschaft anordnet und sie zu geeigneten Maßnahmen zur Erkennung und Beseitigung von Verstößen verpflichtet. Das Verfahrens- und Sanktionenrecht wird ange-

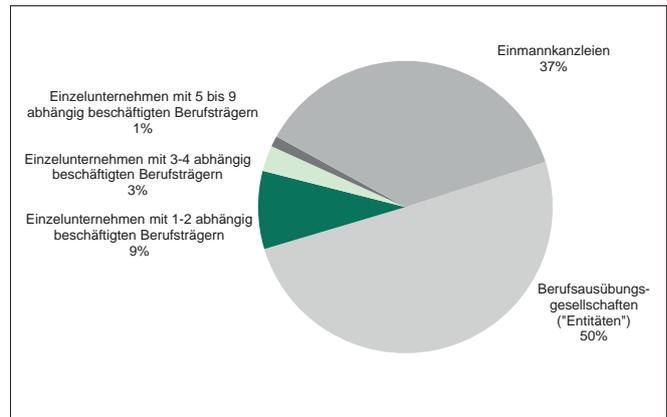


Abb. 1: Verteilung von Rechtsanwälten auf Kanzleitypen (2015) / Nur Rechtsanwälte aus Kanzleien mit bis zu 10 Berufsträgern

passt, um aufsichts- und disziplinarrechtlich auch gegen die Berufsausübungsgesellschaft vorgehen zu können.

Eine solche hybride Regulierung trägt den Realitäten des Rechtsdienstleistungsmarktes Rechnung, der seit Langem nicht mehr von Einzelunternehmen, sondern von Berufsausübungsgesellschaften dominiert wird. Mit rund zwei Dritteln übt die deutliche Mehrheit der marktteilnehmenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte⁵ den Anwaltsberuf mittlerweile gemeinschaftlich aus und bietet Rechtsdienstleistungen nicht als Einzelperson, sondern in Berufsausübungsgemeinschaften an.⁶ Das deutsche Berufsrecht hat diese Markttransformation bislang regulatorisch nicht nachvollzogen, während in wichtigen Rechtsdienstleistungsmärkten wie England, Australien oder Kanada seit Langem auch Entitäten reguliert werden.⁷ Daher ist die vorgeschlagene gesetzliche Neuregelung als überfällig zu begrüßen.

II. Entitätsbegriff

Allerdings nimmt die Neuregelung das international erprobte Konzept der „entity-based regulation“ (EBR) nicht uneingeschränkt auf. Dies gilt zum Beispiel hinsichtlich des Verzichtes auf die Notwendigkeit, für die Entität einen Verantwortlichen designieren zu müssen, welcher der Aufsichtsbehörde für die Einhaltung und gegebenenfalls kanzleiinterne Durchsetzung der berufrechtlichen Pflichten der Entität verantwortlich ist.⁸ Während man dies als Entscheidung rein konzeptioneller Natur einordnen

* Es handelt sich bei dem Beitrag um einen Auszug aus einer längeren Stellungnahme, die der Verfasser als Sachverständiger dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags im Rahmen einer am 14. April 2021 erfolgten öffentlichen Anhörung zum Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften vorgelegt hat.

1 Kilian, AnwBl 2004, 289; später sodann Kilian/Lemke, AnwBl 2011, 800; Kilian, AnwBl 2017, 370.

2 Hierzu bereits Kilian/Koch, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. A 39 ff.

3 BT-Drucks. 19/27670.

4 Zu der wegen des zunehmenden Vordringens nicht-anwaltlicher Rechtsdienstleister mit Blick auf das Kohärenzerfordernis denkbaren Anknüpfung an die Rechtsdienstleistung Kilian, AnwBl Online 2021, 102, 109 ff.

5 Kilian, Anwaltstätigkeit der Gegenwart, Bonn 2016, S. 26 ff.

6 Dass bisweilen höhere Anteile an Einzelanwälten berichtet werden, beruht auf der Tatsache, dass in der statistisch nachgewiesenen Gesamtzahl der niedergelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte eine größere Zahl von nicht-marktteilnehmenden Berufsträgern enthalten ist, z.B. Titularanwälte, Alt-Syndikusanwälte oder aus verschiedenen Gründen den Beruf nicht aktiv ausübende Berufsträger. Sie sind mangels Marktteilnahme in der Regel in einer „pro forma“-Einzelkanzlei organisiert.

7 Zum Ganzen Kilian, AnwBl 2017, 370; ders., AnwBl 2004, 289.

8 Zu solchen „Legal Practice Directors“ oder „Compliance Officers for Legal Practice“ näher Kilian/Lemke, AnwBl 2011, 800,803 ff.; Hellwig, AnwBl 2012, 876 ff.

kann, ist in seinen praktischen Konsequenzen das von internationalen Standards abweichende Verständnis des Begriffs der „Entität“ problematischer. Der Gesetzentwurf versteht unter Entität die kanzleitragende „Berufsausübungsgesellschaft“. Im Ausland ist die Entität hingegen die Kanzlei beliebiger Rechtsform und Größe. Regulatorisch folgt hieraus eine Inkohärenz, soweit eine Kanzlei weder eine Einpersonenzkanzlei noch eine Berufsausübungsgesellschaft ist, sondern ein Einzelunternehmen, in dem mehrere Berufsträger tätig sind. Tatsächlich ist rund ein Viertel der Rechtsanwälte, die ihren Beruf in einzelunternehmerisch geführten Kanzleien ausüben, dort nicht allein, sondern gemeinsam mit weiteren angestellten Rechtsanwälten tätig.⁹ Solche Kanzleien, die in der Zahl der Berufsträger deutlich größer sein können als Kleinsozietäten¹⁰ (Abb. 1), werden von dem neuen, rein gesellschaftsrechtlich basierten Regulierungsansatz nicht erfasst. Dies ist weitgehend unproblematisch, soweit es in den konkreten Regelungen um gesellschaftsrechtliche Anforderungen etwa andere Gesellschafter- und Kapitalstruktur (§ 59i BRAO-E), die Besetzung der Organe (§ 59j BRAO-E) oder um zivilrechtlich verbrämte Fragen der Rechtsdienstleistungsbefugnis (§ 59k BRAO-E) geht. Bei genuin berufsrechtlichen Aspekten bestehen hingegen bei einer unternehmensbezogenen Betrachtung Wertungswidersprüche, wenn Kanzleien identischer Größe und Wirtschaftskraft berufsrechtlich unterschiedlich in Abhängigkeit davon behandelt werden, ob ihr Träger ein Einzelunternehmer oder eine Berufsausübungsgesellschaft ist. Verdeutlichen lässt sich dies an einigen Beispielen:

§ 59o BRAO-E ordnet für Berufsausübungsgesellschaften, die keinen rechtsformbedingten Ausschluss der Haftung und keine Beschränkung der Haftung der natürlichen Personen vorsehen, für die zu unterhaltende Berufshaftpflichtversicherung eine Mindestversicherungssumme von 500.000 Euro für jeden Versicherungsfall an.¹¹ Für ein Einzelunternehmen beträgt sie, auch wenn es sich nicht um eine Einmannkanzlei handelt, aufgrund der rein personenbezogenen Versicherungspflicht lediglich 250.000 Euro. Die unterschiedlichen Versicherungssummen in Abhängigkeit davon, ob zum Beispiel fünf Anwälte in einer GbR soziiert Rechtsdienstleistungen erbringen und damit Haftungsrisiken setzen, oder dies durch fünf Anwälte in einer einzelunternehmerisch organisierten Kanzlei erfolgt, sind nicht ohne weiteres zu erklären.

§ 43a Abs. 4 BRAO-E ordnet die Erstreckung des einen Rechtsanwalt treffenden Tätigkeitsverbots wegen der Vertretung widerstreitender Interessen in derselben Rechtsangelegenheit innerhalb der gesamten Berufsausübungsgesellschaft an („if one lawyer is out, the firm is out“). Nach geltender Rechtslage (§ 3 Abs. 2 BORA) erfolgt die Erstreckung hingegen in Berufsausübungsgemeinschaften gleich welcher Rechts- und Organisationsform, worunter auch einzelunternehmerisch betriebene Kanzleien mit mehreren Berufsträgern fallen. Warum es zum Beispiel einem bei einem Einzelunternehmer angestellten Rechtsanwalt möglich sein soll, auf eigene Rechnung außerhalb des Arbeitsverhältnisses im widerstreitenden Interesse zu einer von seiner Arbeitgeberkanzlei betreuten Rechtsangelegenheit tätig werden zu können, einem Angestellten einer Sozietät hingegen nicht, ist nicht einsichtig (und eröffnet Möglichkeiten der Umgehung des Verbots).

⁹ Die Daten entstammen einer Sekundäranalyse der in Fn. 5 erwähnten Studie.

¹⁰ In 18 Prozent der anwaltlichen Einzelunternehmen sind 2–3 Rechtsanwälte tätig, in 6 Prozent 4–5 Rechtsanwälte und in 2 Prozent 6–10 Rechtsanwälte. 74 Prozent der Einzelunternehmen sind Einmannkanzleien.

¹¹ Zum neuen „Versicherungskonzept“ der BRAO bereits im letzten Heft *Kilian*, AnwBl 2021, 228 f.

§ 31b BRAO-E schafft für (zugelassene) Berufsausübungsgesellschaften entsprechend dem beA ein besonderes elektronisches „Gesellschaftspostfach“. Die Regelung entspricht im Ansatz einem vielfach geäußerten Wunsch aus der Berufspraxis nach einem Kanzleipostfach. Allerdings ist ein Gesellschaftspostfach kein Kanzleipostfach. Damit wird auch an dieser Stelle das Problem praktisch, dass der Gesetzentwurf für an sich kanzleibezogene Probleme nicht an die Kanzlei anknüpft, sondern rein gesellschaftsrechtlich an den Träger der Kanzlei, die Berufsausübungsgesellschaft. Ein Bedürfnis, Kommunikation nicht ausschließlich über individuelle Anwaltspostfächer abzuwickeln, besteht nicht nur in Berufsausübungsgesellschaften, sondern auch in Kanzleien mit mehreren Berufsträgern, die als Einzelunternehmen organisiert sind. Zwar lässt sich für eine Begrenzung der Bereitstellung von elektronischen Postfächern nur für (zugelassene) Berufsausübungsgesellschaften ins Feld führen, dass im elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten Berufsausübungsgesellschaften, nicht aber „Kanzleien“ postulationsfähig sind. Für das Erfordernis einer Zulassung mag ein erleichtertes praktisches Handling durch die Kammern streiten. Gleichwohl stellt sich vor dem Hintergrund, dass elektronische Anwaltspostfächer nicht ausschließlich der besonders geschützten Kommunikation mit den Gerichten dienen, die Frage, ob durch den neu etablierten Entitätsbegriff eine Ungleichbehandlung von Kanzleien identischer Größe in Abhängigkeit von der Beschäftigungsform der in ihr tätigen Berufsträger erfolgen sollte.

Schließlich mag sich ein Gesellschafter einer Zweier-Sozietät auch fragen, warum seiner Berufsausübungsgesellschaft nach § 114 Abs. 2 Nr. 3 BRAO-E bei Berufspflichtverletzungen eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro droht, einer Kanzlei mit deutlich mehr Berufsträgern, deren Träger keine Berufsausübungsgesellschaft, sondern ein Einzelunternehmen ist, hingegen nur eine Geldbuße von maximal 50.000 Euro (§ 114 Abs. 1 Nr. 3 BRAO-E).

III. Ausblick

Während die entitätsbezogene Regulierung, die durch die „große BRAO-Reform“ etabliert werden soll, als solche zu begrüßen ist, führt der von internationalen Standards abweichende Entitätsbegriff zu einer inkohärenten Regulierung der gemeinsamen Berufsausübung von Rechtsanwälten, da die Zusammenarbeit in einer von einem Einzelunternehmen getragenen Kanzlei regulatorisch anders behandelt wird als die Zusammenarbeit in einer Kanzlei, deren Träger eine Berufsausübungsgesellschaft ist. Hier droht künftig das Risiko, dass bei aufsichtsrechtlichen oder anwaltsgerichtlichen Maßnahmen kritisch hinterfragt wird, ob eine rein an dem formalen Kriterium des Rechtsträgers einer Kanzlei festgemachte berufsrechtliche Reaktion bzw. ihr Ausbleiben eine Ungleichbehandlung ist, die tatsächlich gerechtfertigt werden kann.



Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Direktor des Soldan Instituts. Er lehrt und forscht an der Universität zu Köln.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltverein.de