

IPA WORKING PAPER

1/2020

HERAUSGEGEBEN VON:

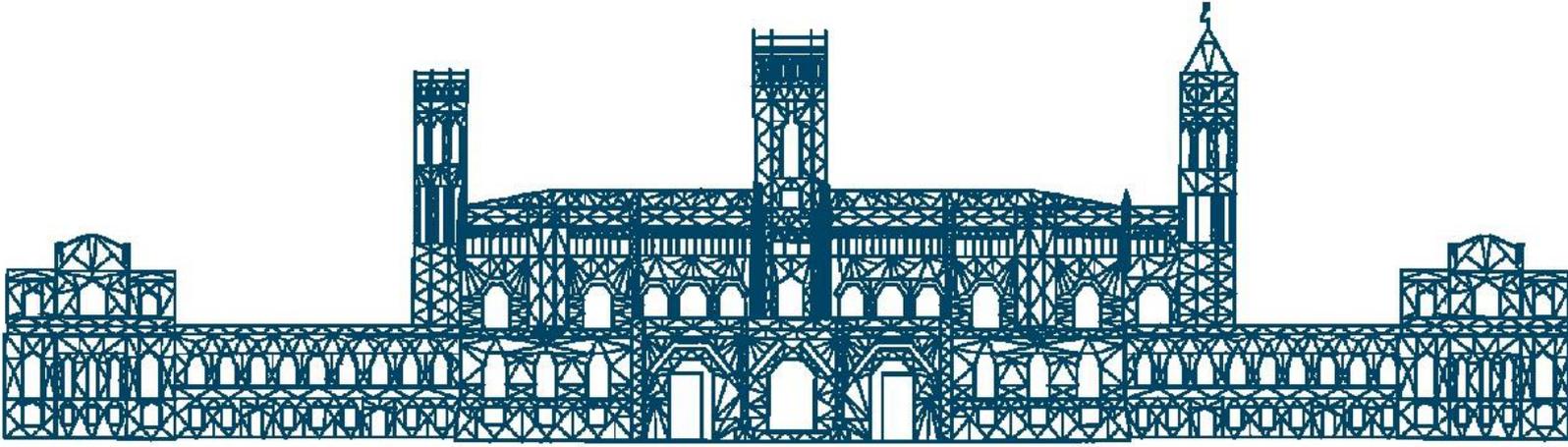
Professor Dr. Christian Wolf

STELLUNGNAHME ZUM REFERENTENENTWURF DES GESETZES
ZUR NEUREGELUNG DES BERUFSRECHTS DER
ANWÄLTICHEN UND STEUERBERATENDEN
BERUFSÄUSSERUNGSGESELLSCHAFTEN SOWIE ZUR
ÄNDERUNG WEITERER VORSCHRIFTEN IM BEREICH DER
RECHTSBERATENDEN BERUF

Professor Dr. Christian Wolf, Christian Denz, Lissa Gerking

IPA Institut für Prozess- und
Anwaltsrecht

11
102
1004
Leibniz
Universität
Hannover



IMPRESSUM

Herausgeber und V.i.S.d.P.
Professor Dr. Christian Wolf
Institut für Prozess- und Anwlatsrecht
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
lg.zpr@jura.uni-hannover.de

Redaktion
Institut für Prozess- und Anwlatsrecht

Erscheinungstermin
Dezember 2020

Stellungnahme zum Referentenentwurf

I. Einleitung

Mit dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe hat das BMJV eine weitgehende Tekturverschiebung des anwaltlichen Berufsrechts eingeläutet. Der Entwurf will künftig die sozietätsfähigen Berufe deutlich erweitern¹ und zugleich der Gesellschaftsform keine bestimmende Bedeutung für Berufsausübungsgesellschaften mehr zuweisen.

Mit den geplanten Neuregelungen greift der Referentenentwurf tief in einen ohnehin schon stark fragmentierten und hochsensiblen Markt ein. Die Regulierung des Anwaltsmarktes ist nicht die Regulierung irgendeines Marktes, vielmehr bestimmt der Anwaltsmarkt ganz entscheidend mit, welche Steuerungsfähigkeit die Politik auf sehr vielen Gebieten hat oder verliert. Gesetzliche Regelungen, sei es im Bereich des Immobilien- und Mietrechts, des Kaufrechts, des Kapitalanlegerrechts, des Arbeitsrechts, des Bauplanungs- und Umweltrechts, um nur einige Beispiele zu nennen, müssen vor Gericht „verhandelt“ werden. M.a.W. die abstrakten gesetzlichen Regelungen müssen durch die Gerichte auf den konkreten Sachverhalt angewendet werden. Zwar müssen die Gerichte den jeweiligen Rechtsstreit entscheiden, jedoch nehmen Rechtsanwälte auf das Ergebnis durch ihre Tätigkeit erheblichen Einfluss. *Braun* weist zutreffend darauf hin, dass § 78 ZPO die Funktion zukommt, die unterschiedlichen Befähigungen der Parteien zum Ausgleich zu bringen.² Der durch § 78 ZPO angestrebte Ausgleich der faktischen Ungleichheit der Parteien in der Person des jeweiligen Rechtsanwalts bricht jedoch zusammen, wenn sich die Ungleichheit in der Person des Rechtsanwalts fortsetzt.³

In den Worten von *Crouch*: „*Unser Rechtssystem wiederum fußt auf der Gleichheit aller vor dem Gesetz, doch können sich manche Bürger und Unternehmen sehr, sehr teure Rechtsanwälte leisten. Und wenn das bei Strafsachen und vor Zivilgerichten keine Folgen hätte, müßten diese teuren Anwälte ja schon längst vom Markt verdrängt worden sein.*“⁴ Bestätigt wird die Aussage von *Crouch* von *Markus Hartung*. Großkanzleien entscheiden die Frage der Mandatsannahme nach strategischen und wirtschaftlichen Entscheidungsparametern. Regelmäßig würden internationale Großsozietäten nicht für Verbraucher und Privatpersonen arbeiten. Der Interessenkonflikt würde sowohl von der Großkanzlei als auch von den jeweiligen Mandanten nicht mandats-, sondern mandantenbezogen verstanden. Gegen DAX 30 geht man nicht vor, unabhängig von der aktuellen Mandatsbeziehung.⁵

Die gleiche Beobachtung machte *Volkert Vorwerk*: „*Bedeutsam ist eine weitere Beobachtung, die man im Rahmen der Auseinandersetzung der Erwerber [der Käufer von sogenannten Schrottimmobilien im*

¹ Die Horn-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entfaltet über den entschiedenen Fall des Zusammenschlusses einer Ärztin und Apothekerin mit einem Rechtsanwalt in Form der Partnerschaftsgesellschaft hinaus gerade keine Bindungswirkung, vgl. *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, S. 162.

² *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, S. 380.

³ *Wolf*, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63 (85).

⁴ *Colin Crouch*, Die bezifferte Welt, 2017, S. 186.

⁵ *Hartung*, NJW 2020, 1772 (1774).

Rahmen eines Strukturvertriebs] mit Badenia hat machen können und die die Rechtspolitik wird zur Kenntnis nehmen müssen. Kein einziger Erwerber ist von einer großen deutschen Anwaltskanzlei vertreten worden. Die Vertretung der Erwerber übernommen haben im wesentlichen kleine und mittlere Kanzleien. Jene Kanzleien haben nach Einwerbung der Mandate ihr Personal alsdann häufig aufgestockt. Ganz anders das Bild auf Seiten der beteiligten Banken; sie haben ihre Vertretung in einer einzigen größeren süddeutschen Kanzlei gebündelt. Die Abschaffung anwaltlicher Strukturen, die auch einkommensschwachen Bevölkerungsgruppen die Chance gegeben hätten, sich hoch spezialisierter, forensisch tätiger Anwälte zu bedienen, hat sich daher auch in den Streitigkeiten über Schrottimmobilien für jene einkommensschwachen Bevölkerungsschichten höchst negativ ausgewirkt.“⁶

Die an der Columbia Law School in New York lehrende *Katharina Pistor* widmete in ihrem Buch „The Code of Capital – How the law creates wealth and inequality“ den *law firms* als den *Masters of the Code* ein eigenes Kapitel, in dem sie die zentrale Rolle beschreibt, wie die *law firms* durch rechtliche Regelungen das Kapital schaffen und für eine ungleichmäßige Verteilung des Wohlstands sorgen.⁷

Bernd Ziesemer, der frühere Chefredakteur des Handelsblatts, schreibt in seiner Kolumne in *Capital*: „Kanzleien wie *Freshfields* testen heute für ihre Kunden aus, was gerade noch geht. Sie bremsen ihre Banken- und Konzernklientel nicht, sondern stacheln sie im Gegenteil oft noch an. Inzwischen ähneln sie eher den angelsächsischen Investmentbanken, mit denen sie in den letzten 25 Jahren ganz groß geworden sind. Die Spitzenjuristen der Kanzleien verdienen oft Millionen, *Freshfields* macht so viel Umsatz wie ein mittelständisches Industrieunternehmen. Die Regenmacher der Großkanzleien sprechen neue Kunden ähnlich aggressiv an wie Investmentbanker – und locken genau wie diese mit fertigen Konzepten, die angeblich viel Geld sparen sollen.“⁸

Diese Entwicklung drückt sich auch in den Kanzleiumsätzen aus. Der durchschnittliche Umsatz je Berufsträger betrug über alle Berufsträger laut der STAR Untersuchung 2018 244 000 Euro.⁹ Der Umsatz der Kanzlei mit dem größten Umsatz je Berufsträger 1 196 000 Euro,¹⁰ also nahezu das Fünffache des durchschnittlichen Umsatzes aller Kanzleien. *Pistor* hat die Einkommensentwicklung der *Masters of the Code* in den USA aufgezeichnet. Von durchschnittlich \$ 3 400 000 pro *law firm* im Jahr 1984 zu \$ 40 000 000 in 2006.¹¹ Für Deutschland lässt sich eine ähnliche Entwicklung nachweisen.¹²

Kurz: Es geht um die Frage, ob die Konzentration der juristischen Wissens- und Könnensmacht in den Händen weniger Kanzleien, die diese juristische Wissens- und Könnensmacht vor allem nach dem Prinzip der Ertragsstärke des Mandats zur Verfügung stellen, Rückwirkungen auf den gleichen Zugang zum Recht für alle hat.

Angesprochen ist damit die Funktion des **Anwaltsrechts als Marktordnungsrecht**. Grundsätzlich folgt der Wettbewerb einem anderen Maßstab und damit einem anderen Marktordnungsrahmen als das gemeinwohlorientierte Handeln des Staates. Im Wettbewerb ist das Handeln der Marktteilnehmer gedanklich allein durch deren Gewinnstreben motiviert. Der inneren Logik des Marktmechanismus

⁶ *Vorwerk*, Schrottimmobilien – Die Geschichte von einem, der auszog das Fürchten zu lernen, 2008, S. 16.

⁷ *Pistor*, The Code of Capital, 2019, S. 188 ff.

⁸ *Ziesemer*, *Capital* vom 2. Dezember 2019 online <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/cum-ex-skandal-rechtsanwaelte-als-gierige-investmentbanker>.

⁹ *Genitheim*, STAR 2018, Abs. 3.1.1.

¹⁰ JUVE, Heft 10 2020, S. 38.

¹¹ *Pistor*, The Code of Capital, S. 162.

¹² *Wolf*, in: Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Bd. 16, 2008, S. 6.

entspricht es, dass der Vertragspartner alleine nach dessen Preisangebot und nicht nach dessen Bedarf ausgewählt wird.¹³ Den Leistungsanbieter trifft dabei keine Verantwortung für eine flächendeckende universelle Versorgung.¹⁴ Im Gegensatz hierzu orientiert sich der Grundsatz des Gemeinwohls am Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Erfolgsverantwortung.¹⁵ Rechtsanwälte sind dem Gemeinwohlprinzip verpflichtet, weil ohne sie ein Rechtsstaat nicht denkbar ist. Mit der Chiffre des „Freien Berufs“ soll diese Paradoxie, einerseits der Gemeinwohlverpflichtung und andererseits nicht der staatlichen Kontrolle und Bevormundung zu unterliegen, also nicht Teil des Staates zu sein, aufgelöst werden.

Das BMJV befindet sich in der misslichen Situation, dass zwar diejenigen, die eine weitere Liberalisierung der Berufsausübungsgesellschaften ablehnen, ihre Position ausführlich darlegen,¹⁶ sich jedoch diejenigen, die für eine Öffnung der Berufsausübungsgesellschaften sowohl hinsichtlich des Kreises der sozietätsfähigen Berufe als auch hinsichtlich der Gesellschaftsformen zumeist mit dem Hinweis begnügen, es sei die Schaffung eines modernen oder zeitgemäßen anwaltlichen Berufsrechts erforderlich.¹⁷ Die Begriffe „modern“ oder „zeitgemäß“ sind jedoch ziemlich unterbestimmt, wie es *Klaus Christian Köhnke* formuliert. Ein chiffrierter Ausdruck einer bestimmten Einstellung zur Gegenwart.¹⁸ Mithin ein ideologieanfälliger Begriff mit dem sich alles oder nichts begründen lässt.

Für eine fundierte rechtswissenschaftlich-rechtspolitische Beurteilung des Entwurfes bedarf es eines Beurteilungsmaßstabs bzw. einer Diskussion über einen gemeinsamen Beurteilungsmaßstab. Sollen im Sinne einer Struktur- und Rechtsindustrieförderpolitik die Bedingungen für eine weitere Vermachtung der juristischen Könnens- und Wissensmacht weiter gestärkt werden? Sollen die Arbeitsbedingungen der *Masters of the Code (Pistor)* ausgebaut und weiter verbessert werden? Oder will man, wie *Corinna Budras* es in der FAZ formuliert hat, die Arbeitsbedingungen der Rechtsanwälte, die in kleinen Kanzleien sitzen und Tag für Tag den Rechtsstaat ein bisschen besser machen, schützen und verbessern?¹⁹

Der Beurteilungsmaßstab, wie der Anwaltsmarkt zu organisieren ist, muss zunächst ein verfassungsrechtlicher sein.²⁰ Der Ausgangspunkt der Überlegungen darf aber dabei nicht alleine in einer verkürzten Betrachtung der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts liegen. Vielmehr liegt stets eine tripolare Konstellation zwischen dem Rechtsschutz suchenden Bürger, dem Rechtsanwalt und dem Staat vor.²¹

Der gleiche Zugang zu Gericht kann den Parteien aus **subjektiv-absoluten** und **objektiv-relativen Gründen** versperrt sein.²² Eine **subjektiv-absolute Kostensperre** liegt vor, wenn die Parteien nicht über

¹³ *Kirchhof*, Gemeinwohl und Wettbewerb, 2004, 8.

¹⁴ Blanke/Scherzberg/Wegner/Blanke/Thumfart, Dimension des Wettbewerbs, 2010, 14 ff.; *Kirchhof*, Gemeinwohl und Wettbewerb, 2004, 18.

¹⁵ *Kirchhof*, Gemeinwohl und Wettbewerb, 2004, 8.

¹⁶ *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 ff; *Bormann*, ZZPInt 8 (2003) S. 3; *Stürner*, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 273, *Wolf/Gerking*, BRAK-Mitt. 2020, 185 ff.; *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, S. 162 ff. und *Wolf*, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, 63, 163 ff.

¹⁷ Im DAV/Hensler-Entwurf werden die Schlagworte „Quersubventionierung“, „Prozesskostenhilfe“ oder „Zugang zum Recht“ auf 41 Seiten kein einziges Mal benutzt, Begriffe wie „zeitgemäß“, „aktuell“ oder „jüngst“ hingegen jeweils fünf bis sieben Mal verwandt.

¹⁸ *Köhnke*, Begriff und Theorie der Moderne, 2019, S. 25.

¹⁹ FAZ <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2020-11-28/20a99e144cf5347226359a05029057e3/?GEPC=s10>.

²⁰ Hierzu: *Wolf*, in: BRAK-Mitt. 2020, 250 ff.

²¹ *Wolf*, in: FS Hans-Peter Schneider, 2008, S. 414 (416 ff.).

²² Hierzu ausführlich *Wolf*, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, (163 ff.).

die Mittel verfügen, den Prozess zu finanzieren. Soweit die eigenen finanziellen Mittel daher nicht ausreichen, müssen der Partei entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden.²³ Dies ist verfassungsrechtlich durch Art. 3 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip auf nationaler²⁴ und auf europäischer Ebene in Art. 6 EMRK²⁵ und Art. 47 GRCh abgesichert. Auf einfachgesetzlicher Ebene wird diese verfassungsrechtliche Verpflichtung durch das Institut der Prozesskosten- und Beratungshilfe sowie der Pflichtverteidigung umgesetzt.

Die **objektiv-relative Kostensperre** liegt vor, wenn das Ziel zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg derart außer Verhältnis steht, dass die Anrufung der Gerichte nicht mehr sinnvoll erscheint. Verfassungsrechtlich ist dieser Grundsatz auf nationaler Ebene im Rechtsstaatsprinzip verortet. Wörtlich führte das BVerfG hierzu aus: „Mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungspflicht ist es nicht vereinbar, den Rechtsuchenden durch Vorschriften über die Gerichts- und Anwaltsgebühren oder deren Handhabung mit einem Kostenrisiko zu belasten, das außer Verhältnis zu seinem Interesse an dem Verfahren steht und die Anrufung des Gerichts bei vernünftiger Abwägung als wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll erscheinen läßt.“²⁶ Auf der Ebene des Europarats ist dieses Prinzip in Art. 6 EMRK und Protokoll Nr. 1 Art. 1 der EMRK verortet.²⁷ Einfachgesetzlich wird diese verfassungsrechtliche Verpflichtung durch die im RVG angelegte Quersubventionierung verwirklicht. Zwischen der Art der Erledigung und dem Gewinnstreben des Rechtsanwalts bestand eine gewisse Entkoppelung.²⁸ Der Gewinn sollte das Ergebnis, nicht das Ziel der anwaltlichen Tätigkeit sein.

Voraussetzung, um die subjektiv-absolute und die relativ-objektive Kostensperre durch Prozesskostenhilfe und Quersubventionierung überwinden zu können, ist aber, den Anwaltsmarkt durch das Berufsrecht als Marktordnungsrecht so zu organisieren, dass sich die Rechtsanwälte insgesamt an der Aufgabe eines vom Streitwert losgelösten Zugangs zum Recht als Solidargemeinschaft beteiligen. M.a.W., dass die Belastungsgerechtigkeit besteht.²⁹ Schon heute ist dies in weiten Bereichen nicht mehr der Fall.³⁰ Es steht zu befürchten, dass die in dem Referentenentwurf vorgesehenen weiteren Liberalisierungsschritte die Situation weiter verschärfen werden. Weder der Referentenentwurf noch der von *Henssler* verfasste DAV-Entwurf diskutieren die Rückwirkungen der geplanten Neuregelungen auf die Frage des Zugangs zum Recht. Nach Stichworten wie Zugang zum Recht, Quersubventionierung und Prozesskostenhilfe sucht man vergeblich.

²³ BVerfGE 2, 336 ff.; BVerfGE 56, 139 ff.

²⁴ BVerfGE 81, 347 ff.

²⁵ EGMR, Urt. v. 15.2.2005 – 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich*; EGMR (V. Sektion), Entsch. v. 8.12.2009 – 54193/07 *Herma/Deutschland*.

²⁶ BVerfGE 85, 337.

²⁷ EGMR, Judgement 18.7.2013, *Klauz v. Croatia* (Application no. 28963/10) und EGMR Judgement 18.2.2020, *Cernius and Rinkevicius v. Lithuania* (Applications Nos. 73579/17 and 4620/18).

²⁸ *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007, S. 23.

²⁹ Hierzu ausführlich *Wolf* in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, 168 ff.

³⁰ *Wolf*, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63 (169).

II. Hauptkritikpunkte

1. Vernachlässigung der Bedeutung des unternehmerischen Sagens

Rechtliche Regelungen sind in Unternehmen nur von denjenigen am Ende durchsetzbar, die die entsprechende Leitungsmacht haben und gleichzeitig auch persönlich für diese unterlassene Durchsetzung verantwortlich gemacht werden können. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft ist von dem Gedanken getragen, dass „kollektive Werte und Ziele des Verbands, sich prägend auf das Verhalten von Verbandsmitgliedern auswirken und im Einzelfall bis hin zu einer „kriminellen Verbandsattitüde“ gehen können.“³¹ Dies muss umso mehr gelten, wenn in einem Unternehmen ganz unterschiedliche Kulturen zusammenkommen. Auch wenn die Möglichkeit der Berufsausübungsgesellschaft lediglich auf Angehörige der freien Berufe im Sinne von § 1 Abs. 2 PartGG beschränkt ist, geht sie jedoch weit über den nach § 3 Abs. 1 BerHG definierten Personenkreis hinaus. Prozesskostenhilfe, Pflichtverteidigung und Beratungshilfe sind konstitutive Elemente des Berufsrechts der Rechtsanwälte. Hinzukommt die in der Gebührenordnung verortete Quersubventionierung. Dies erfordert eine unternehmerische Kultur, die vom Ideal der Gemeinwohlorientierung geprägt ist und nicht vom Ideal der Profitmaximierung.

Die Frage, wie der Rechtsanwalt als Minderheitsgesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft sein Berufsrecht gegenüber dem Gestaltungsanspruch der Mehrheitsgesellschafter durchsetzen soll, thematisiert der Referentenentwurf nicht hinreichend.

Die Frage, wie andere Berufsträger, die nicht originäre Mitglieder der Rechtsanwaltskammer sind, darauf verpflichtet werden können, jedenfalls ihren unternehmerischen Gestaltungsspielraum nicht so einzusetzen, dass die Rechtsanwälte ihren Berufspflichten nicht mehr nachkommen können, gleicht der Quadratur des Kreises. Der Entwurf sucht die Lösung durch die Kammermitgliedschaft der Berufsausübungsgesellschaft und ihrer Organe in den Kammern (§§ 59f ff. BRAO-E) und die Erstreckung der Berufsaufsicht und der anwaltsgerichtlichen Maßnahmen auf die Berufsausübungsgesellschaft und ihre Organe (§§ 59b ff., 118c ff. BRAO-E). Auch aus der Sicht des Entwurfs bleibt aber die reale Gefahr bestehen, dass die Gestaltungsmacht der übrigen nichtanwaltlichen Gesellschafter zu Verstößen gegen das anwaltliche Berufsrecht führen. Deshalb will der Entwurf in § 59d Abs. 5 BRAO-E durch eine Satzungsbestimmung den Ausschluss der Gesellschafter vorsehen, die schwerwiegend oder wiederholt gegen die Pflichten der BRAO oder der Berufsordnung verstoßen haben.

Der Entwurf will die anwaltlichen Gesellschafter besserstellen und ihnen nicht zumuten, durch Kündigung ihrer Gesellschafterstellung die Zusammenarbeit mit der Gesellschaft zu beenden. Vielmehr sollen die sich berufsrechtswidrig verhaltenden nichtanwaltlichen Gesellschafter die Berufsausübungsgesellschaft verlassen müssen (S. 190 der Entwurfsbegründung). Wie dies ökonomisch gehen soll, wird hingegen nicht beantwortet. So heißt es wörtlich allgemein zur Abfindungsproblematik von Gesellschaftern bei *Strohn*:³² „Soll etwa ein zu 50 % beteiligter Gesellschafter wegen gesellschaftsschädigenden Verhaltens ausgeschlossen werden, müsste ihm nach allgemeinen Grundsätzen alsbald eine Abfindung in Höhe von 50 % des Unternehmenswerts gezahlt werden. Die Bereitstellung eines so hohen Betrages wäre in wirtschaftlich angemessener Weise oft nicht möglich. Jedenfalls bliebe der Gesellschaft, auch wenn die Stammkapitalziffer dadurch nicht unterschritten würde, kaum noch genug Vermögen, um das Unternehmen in dem bisherigen Umfang

³¹ S. 52 der Begründung des Regierungsentwurfs.

³² MüKoGmbHG/*Strohn*, 3. Aufl. 2018, § 34 GmbHG Rn. 221.

fortführen zu können. Die Folge wäre eine Beendigung oder doch erhebliche Einschränkung der Geschäftstätigkeit, sofern nicht ein neuer Gesellschafter gefunden wird oder die übrigen Gesellschafter neues Kapital einschießen.“

Der BGH hat entschieden, dass der Abfindungsausschluss im Fall der Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters sittenwidrig und nicht grundsätzlich als Vertragsstrafe zulässig ist.³³ Ob es möglich ist, durch einen solchen satzungsmäßigen Verzicht einen Abfindungsanspruch zu ermöglichen, ist offen. Ohne eine entsprechende gesetzliche Bestimmung ist jedoch § 59d Abs. 5 BRAO-E jeglicher Wirkmächtigkeit beraubt. Deshalb wird hier der Vorschlag unterbreitet, für § 59d BRAO-E einen Absatz 6 zu schaffen, der einen Abfindungsausschluss vorsieht (Änderungsvorschlag s. III. 4. b) auf S. 17 f.).

2. Maßnahmen gegen nichtanwaltliche Gesellschafter

Der Entwurf geht davon aus, dass die Berufsausübungsgemeinschaft als solche die Rechtsdienstleistung erbringt (§ 59k BRAO-E). Allerdings darf die Rechtsdienstleistung selbst nur durch Personen erbracht werden, in deren Person die Rechtsdienstleistungsbefugnis besteht. Die nichtanwaltlichen Gesellschafter sind nicht verpflichtet, sich auf Dienstleistungen zur Unterstützung der anwaltlichen Rechtsdienstleistung im Sinne von § 43d BRAO-E zu beschränken, sondern können nach § 59c Abs. 2 S. 2 BRAO-E daneben ihren jeweiligen nichtanwaltlichen Beruf ausüben. Weiter verzichtet der Entwurf vollständig auf eine bestimmte Beteiligungshöhe der anwaltlichen Gesellschafter, S. 197 der Begründung. Lediglich ein Gesellschafter muss Rechtsanwalt sein. Aus der Perspektive des Referentenentwurfs genügt dies, um die anwaltlichen *core values* abzusichern, weil die Organe der Berufsausübungsgemeinschaft für die Einhaltung des Berufsrechts verantwortlich sind, § 59e BRAO-E. Zwar verpflichtet der Entwurf die Berufsausübungsgesellschaft „*durch geeignete gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen sicherzustellen, dass die Berufsausübungsgemeinschaft für die Erfüllung der Berufspflichten sorgen kann*“, § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO-E. Sowohl der Gesetzestext als auch die Begründung schweigen dazu, welche Satzungsbestimmungen getroffen werden müssen.

Schon rein ökonomisch werden die Handlungsoptionen des anwaltlichen Gesellschafters – unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung – nicht sehr groß sein, wenn aus dem Geschäftsbereich der nichtanwaltlichen Gesellschafter 10 000 000 Euro im Jahr erwirtschaftet werden und aus dem Bereich des anwaltlichen Gesellschafters lediglich 100 000 Euro. Der Entwurf schließt eine solche Konstellation nicht aus, vielmehr ermöglicht er gerade ein solche Konstellation, indem er nicht die Rechtsdienstleistung als den eigentlichen Unternehmenszweck definiert und die in der Berufsausübungsgemeinschaft zusammengeschlossenen Gesellschafter auf eine Unterstützungstätigkeit aus ihrem jeweiligen Berufsfeld beschränkt. Deshalb wird vorgeschlagen, dass die nichtanwaltlichen Gesellschafter auf die Rechtsdienstleistung unterstützende Tätigkeit beschränkt werden sollen (Änderungsvorschläge s. III. 5. a) auf S. 19 ff.).

Aber auch rechtlich ist der Schutz der anwaltlichen *core values* sehr schwach ausgeprägt. Die Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten kann in einer Berufsausübungsgesellschaft von drei unterschiedlichen Personengruppen erfolgen, nämlich den anwaltlichen Gesellschaftern der Berufsausübungsgesellschaft, den nichtanwaltlichen Mitgliedern der Berufsausübungsgesellschaft und den Organmitgliedern. Die anwaltlichen Gesellschafter sind an das anwaltliche Berufsrecht gebunden, sie unterliegen der Berufsaufsicht der Kammern und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren, die

³³ BGH, NZA 2014, 820.

anwaltsgerichtliche Maßnahmen gegen den einzelnen Rechtsanwalt verhängen können. Neben diesen können anwaltsgerichtliche Maßnahmen gegen die Berufsausübungsgesellschaft treten, § 113 Abs. 5 BRAO-E, § 59e Abs. 3 BRAO-E.

Auch die Berufsausübungsgemeinschaft und ihre Organe, unabhängig von der Frage, ob diese Rechtsanwälte oder sonstige Personen im Sinne von § 59 Abs. 1 BRAO-E sind, unterliegen der Kammeraufsicht und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren. Dabei tritt an die Stelle des Ausschlusses aus der Rechtsanwaltschaft bezüglich der Berufsausübungsgesellschaften der Verlust der Rechtsdienstleistungsbefugnis, § 114 Abs. 2 Nr. 5 BRAO-E, und bei den nichtanwaltlichen Geschäftsführern und Aufsichtsorganen die Aberkennung der Eignung, als Geschäftsführer oder Aufsichtsorgan für eine Berufsausübungsgemeinschaft tätig werden zu können, § 59j Abs. 5 BRAO-E.

Die im Entwurf vorgesehenen Maßnahmen gegen Berufsrechtsverstöße von nichtanwaltlichen Gesellschaftern, soweit sie nicht Organe der Berufsausübungsgesellschaft sind, beschränken sich daher auf den in der Satzung vorzusehenden Ausschluss aus der Gesellschaft, der jedoch nicht bei jeder Verletzung der Berufspflichten greifen soll. Jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die nichtanwaltlichen Gesellschafter die stärksten Umsatzträger sind, bedarf es einer zusätzlichen Absicherung. Deren Berufsrechtsverstöße, zudem sie die berufsrechtswidrige Verbandsattitüde schaffen, bleiben für sie selbst sanktionslos. Hier sollte man zumindest über einen Ordnungswidrigkeitstatbestand nachdenken, der akzessorisch zu dem im anwaltsgerichtlichen Verfahren ausgestattet ist (Änderungsvorschläge s. III. 4. b) S. 17 f.).

3. Indirektes Fremdkapital

Der Entwurf spricht sich zwar zutreffend gegen Fremdkapital aus. Wörtlich heißt es in der Begründung des Entwurfs: *„Bei reinen Kapitalbeteiligungen besteht die erhebliche Gefahr einer Abhängigkeit von externen Dritten. Diese Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit kann überdies nicht nur durch das Stimmrecht vermittelt werden, sondern auch durch die wirtschaftliche Stellung rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Die Besorgnis einer Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit entfällt nicht bei Minderheitsbeteiligungen. Denn auch eine kapitalistische Minderheitsbeteiligung kann in einer Gesellschaft einen erheblichen Einfluss vermitteln. Dies gilt insbesondere in Gesellschaften mit vielen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, bei denen das Kapital stark verteilt ist. Eine solche Kapitalstruktur ist jedoch gerade für Rechtsanwaltskanzleien häufig kennzeichnend.“* (S. 180 des Referentenentwurfs).

Aus der Formulierung „zur gemeinschaftlichen Berufsausübung“ wurde bisher der – allerdings bestrittene³⁴ – Schluss gezogen, dass der Gesellschafter aktiv in der Gesellschaft tätig sein muss. Der Entwurf verzichtet aber auf eine nähere Ausgestaltung der aktiven Mitarbeit. Dies wird vielmehr in § 59b Abs. 1 BRAO-E den Gesellschaftern überlassen (S. 180 des Referentenentwurfs).

Danach ist denkbar, dass ein Berufsträger einer der in § 1 Abs. 2 PartGG angesprochenen Berufe aufgrund seiner Kapitalbeteiligung 90 % Gesellschaftsanteile hält, dem gegenüber stehen 10 % Kapitalanteil anwaltschaftlicher Gesellschafter, die aber 90 % des Unternehmensertrags erwirtschaften. Der Entwurf bemüht sich zwar in § 59i Abs. 2 BRAO-E, die Gesellschafterstruktur abzusichern, indem die Übertragung der Gesellschaftsanteile an die Zustimmung der

³⁴ BeckOK-BRAO/Römermann, § 59a BRAO Rn. 7; § 59e BRAO Rn. 3, 17.

Geschafterversammlung gebunden ist, aber auch hier wird das Problem nicht adressiert, dass die anwaltlichen Gesellschafter lediglich Minderheitsgesellschafter sind oder sein können.

Um eine aktive Mitarbeit der Gesellschafter sicherzustellen, wird vorgeschlagen, die Formulierung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 und 4 EstG in § 59c BRAO-E als Absatz 3 zu übernehmen. Damit wird auch die Grundidee des Gesetzesentwurfs, die Zusammenarbeit auf freiberufliche Tätigkeiten zu beschränken, zusätzlich abgesichert (Änderungsvorschläge s. III. 5. b) auf S. 21 f.).

In § 59i Abs. 2 BRAO-E müsste die Veräußerung der Gesellschaftsanteile an die Zustimmung der anwaltlichen Gesellschafter gebunden werden (Änderungsvorschläge s. III. 5. c) auf S. 22).

4. Inkohärenz mit § 46c Abs. 2 BRAO und § 5 RDG

Im Gegensatz zu dem nach § 4 BRAO zugelassen Rechtsanwalt darf der Syndikusrechtsanwalt seinen Arbeitgeber nach außen nur eingeschränkt vertreten, § 46c Abs. 2 BRAO. Die Regelung kann für die künftig sozietätsfähigen Berufen umgangen werden, wenn die Berufsausübungsgesellschaft überwiegend nichtanwaltschaftlich tätig wird und der Rechtsanwalt nur einen kleinen Gesellschaftsanteil hält. Macht ein Sachverständigenbüro seinen Syndikusrechtsanwalt zu einem Gesellschafter, der 0,1 % der Gesellschaftsanteile hält, sieht der Entwurf kein Vertretungsverbot der Gesellschaft vor. Gleichzeitig könnte über den Rechtsanwalt nun die vollständige rechtliche Schadensabwicklung erfolgen, was als Nebenleistung nach § 5 RDG bislang nicht möglich wäre.

Als Lösung würde sich anbieten, § 59c Abs. 2 S. 2 BRAO-E zu streichen oder ein eigenes Vertretungsverbot der Berufsausübungsgesellschaft durch die Rechtsanwälte der Gesellschaft zu begründen und § 5 RDG für entsprechend anwendbar zu erklären (Änderungsvorschläge s. III. 5. a) auf S. 20 f.).

5. Absicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht

Die Sicherung des gleichen und gleichwertigen Zugangs zum Recht ist ein wesentliches Anforderungskriterium an das anwaltliche Berufsrecht als Marktordnungsrecht. Zwar wird durch das Zusammenspiel von RVG, BRAO, BerHG und RDG bereits heute der streitwertunabhängige Zugang zum Recht als anwaltliche *core values* begründet.³⁵ Um die Bedeutung dieser Verpflichtung zu verdeutlichen, empfiehlt es sich, diese in § 43a BRAO neben den anderen *core values* ausdrücklich aufzuführen. Im Kern geht es dabei nur um eine Verdeutlichung der sich aus § 1 und 2 BRAO ergebenden Verpflichtung. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 2 der BRAO:

„Das Wesen des freien Berufes erschöpft sich aber nicht darin, daß seine Angehörigen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Staat oder zu einem Auftraggeber stehen. Vielmehr liegt die Eigenart des freien Berufes vornehmlich darin begründet, daß seine Angehörigen sich nicht vom Streben nach Gewinn bestimmen lassen dürfen (vgl. Feuchtwanger: Die freien Berufe, S. 17 ff.). So werden die Handlungen und Unterlassungen eines Anwalts, der von der ethischen Aufgabe seines Berufes erfüllt ist, von dem Motiv geleitet sein, das Recht zu verwirklichen. Von diesem idealen Streben her gesehen übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf aus.“³⁶

Gerade weil der Referentenentwurf die Berufsausübungsgesellschaften für andere Berufe öffnen will, die nicht der Verpflichtung des § 3 BerHG unterliegen, macht es zunächst Sinn, diese Verpflichtung

³⁵ Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2019, § 1 BRAO Rn. 62 ff.

³⁶ BT-Drs. 3/120, S. 49.

noch einmal ausdrücklich bei § 43a BRAO zu verorten. Die Sicherung des gleichen Zugangs zum Recht muss in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat eine unser Staatswesen konstituierende Aufgabe sein. Recht wird käuflich, wenn Recht zu bekommen eine Frage des Geldes wird.³⁷ „Es ist ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen grundsätzlich zu verwehren. Die Parteien werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dies bedingt zugleich, daß der Staat Gerichte einrichtet und den Zugang zu ihnen jedermann in grundsätzlich gleicher Weise eröffnet. Daher ist es geboten, Vorkehrungen zu treffen, die auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu Gericht ermöglichen.“³⁸

Rechtsanwälte verwirklichen, indem sie sich an der Prozesskostenhilfe, der Beratungshilfe und der Pflichtverteidigung beteiligen, die Überwindung der subjektiv-absoluten und der objektiv-relativen Kostensperre.³⁹ Allerdings besteht die Belastungsgleichheit schon längst nicht mehr, weil insbesondere die ertragsstarken Anwälte sich der Aufgabe des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht in weiten Bereichen entziehen.

Hinzu kommt, dass bei juristischen Personen die Frage aufgeworfen werden kann, ob der Vorstand solche Mandate annehmen darf, die von vornherein nicht auf einen Ertrag gerichtet sind. Aus der Perspektive des Gesellschaftsrechts ist nämlich fraglich, in welchem Umfang der Vorstand einer AG bzw. entsprechend der Geschäftsführer einer GmbH ohne gegen seine nach § 76 AktG bestehende Verpflichtung zu verstoßen, die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren, Geschäfte tätigen darf, die von vornherein nicht auf einen Unternehmensgewinn abzielen. Zwar müssen sich nicht alle Maßnahmen auch bilanziell einem Unternehmensgewinn zuordnen lassen. Die Grenze zu dem, was dem Vorstand einer Aktiengesellschaft erlaubt ist, dürfte jedoch überschritten sein, wenn Spenden und Sponsoring von vornherein nicht auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens bezogen sind.⁴⁰ Notwendig ist daher sowohl im Gesetz als auch in der Satzung der Berufsausübungsgesellschaften die entsprechende Verpflichtung aufzunehmen und zu regeln.

Der Satzungsversammlung sollte es überlassen werden, wie die Anforderungen im Einzelnen zu erfüllen sind, wie die ehrenamtliche Tätigkeit für die Rechtsanwaltskammern und die BRAK einzubeziehen ist. Auch könnte ein Ausgleich zwischen denjenigen Kanzleien, die sich an der Aufgabe beteiligen, einen streitwertunabhängigen Zugang zum Recht sicherzustellen, und denjenigen, die sich dieser Aufgabe entziehen, durch eine Umlagenfinanzierung sichergestellt werden. Dabei wäre es denkbar, dass die Kanzleien, die keinen Beitrag zum streitwertunabhängigen Zugang zum Recht leisten, in einen Fonds zugunsten derjenigen Kanzleien einzahlen, die diese Verpflichtung erfüllen. Am einfachsten wäre es, sich hierbei einer Anleihe am österreichischen Modell zu bedienen und die Kanzleien zu verpflichten, einen zusätzlichen Beitrag an die berufsständischen Versorgungswerke zu leisten, die zu einer pauschalen Erhöhung aller Ansprüche führt. Hierzu wird ein Änderungsvorschlag für § 43a und § 59a BRAO-E gemacht (Änderungsvorschläge s. III. 1. b) auf S. 14 f.).

³⁷ Wolf, BRAK-Mitt. 2018, 162 (162).

³⁸ BVerfGE 81, 347.

³⁹ Wolf, in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, 163 ff.

⁴⁰ Wolf/Gerking, BRAK-Mitt. 2020, S. 192.

III. Die Regelungen im Detail

1. Die anwaltlichen Grundpflichten

Für § 43a BRAO werden zwei Änderungen vorgeschlagen. Die erste Änderung bezieht sich auf die konkrete Neufassung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen (siehe a)). Die zweite Änderung bezieht sich auf die Absicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht (siehe b)). Beide Änderungen ziehen Folgeänderungen im Bereich der Satzungscompetenz (unter c)) und im Bereich der Berufsausübungsgesellschaften nach sich (siehe 4.)

a) § 43a Abs. 4 BRAO-E: Konkretisierung der Vertretung widerstreitender Interessen

Es ist zu begrüßen, dass der bisher eher konturlose § 43a Abs. 4 BRAO eine nähere Ausgestaltung erfährt. Dennoch sollte sowohl eine Implikation des Korrektivs der entgegenstehenden Belange der Rechtspflege, der Ergänzung eines nichtanwaltlichen Tätigkeitsverbots als auch des Textformerfordernisses in den § 43a Abs. 4 BRAO-E übernommen werden:

Änderungsvorschläge:

§ 43a Grundpflichten

(1) - (3) [...]

(4) *Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er*

1. eine andere Partei in derselben Rechtssache bereits im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten hat oder

2. in Ausübung seines Berufs von einer anderen Partei eine für die Rechtssache bedeutsame vertrauliche Information erhalten hat.

Das Tätigkeitsverbot nach Satz 1 gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf in einer Berufsausübungsgesellschaft mit einem Rechtsanwalt ausüben, der nach Satz 1 ausgeschlossen ist oder in einer Berufsausübungsgemeinschaft mit einem Angehörigen eines anderen Berufs im Sinne des § 59c Absatz 1, dem ein Tätigwerden bei einer entsprechenden Anwendung des Satz 1 untersagt wäre. Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 2 bleibt bestehen, wenn der Rechtsanwalt, der nach Satz 1 ausgeschlossen ist, die Berufsausübungsgesellschaft verlässt. Die Sätze 2 und 3 finden keine Anwendung, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit des Rechtsanwalts nach umfassender Information in Textform schriftlich zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit gegenüber der in gemeinsamer Berufsausübung verbundenen Person des Rechtsanwalts sicherstellen und Belange der Rechtspflege der Vertretung nicht entgegenstehen. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots nach Satz 2 erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung des Mandanten offenbart werden. Die Sätze 1 bis 5 gelten entsprechend für ein Tätigwerden des Rechtsanwalts außerhalb des Anwaltsberufs, wenn für ein anwaltliches Tätigwerden ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1 bestehen würde. Zudem ist es dem Rechtsanwalt untersagt, für Mandanten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war,

außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen beruflichen Befassung tätig zu werden. Das Verbot nach Satz 7 gilt nicht, wenn der ehemalige Mandant vor Tätigkeitsbeginn qualifiziert belehrt wurde oder 3 Jahre nach der anwaltlichen Tätigkeit vergangen sind.

Begründung:

aa) Kenntnismöglichkeit

Innerhalb der Konkretisierung des § 43a Abs. 4 BRAO-E werden zwei Fälle kodifiziert, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt aufgrund vorliegender widerstreitender Interessen unzulässig ist. Dabei bezieht sich § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BRAO-E auf den eher als unproblematisch zu qualifizierenden Fall der Vertretung einer anderen Partei in derselben Rechtssache, wie sie bisher schon unter § 43a Abs. 4 BRAO verboten ist.⁴¹ § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BRAO-E weitet das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auf für eine Rechtssache bedeutsame, vertrauliche Informationen aus, die der Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufes von einer anderen Partei „erhalten hat“.

Sollte der Rechtsanwalt sensible Informationen für die Rechtssache der Gegenpartei erhalten haben, geht damit wohl eine vergleichbare Gefährdung für ein faires Verfahren einher, wie bei der Vertretung zweier Mandanten mit unterschiedlichen Interessen. Kein Wort verliert der Entwurf jedoch darüber, was unter „erhalten hat“ bzgl. der bedeutsamen, vertraulichen Informationen zu verstehen ist, § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BRAO-E. Die Fallbeispiele auf S. 166 des Entwurfs geben nur bedingt Aufschluss über die Reichweite der Formulierung. Unter dieser Formulierung kommen sowohl die reine Möglichkeit der Kenntniserlangung, z.B. durch einen Aktenzugang, als auch die konkrete Kenntnis der Informationen in Betracht. Die tatsächliche Kenntnis der bedeutsamen Informationen wird dem Rechtsanwalt nur schwer nachweisbar sein. Deshalb wäre geboten, ausdrücklich auf die reine Möglichkeit der Kenntniserlangung abzustellen. Dabei müssen auch solche Informationen unter § 43a Abs. 4 S. 2 BRAO-E fallen, welche der Rechtsanwalt durch einen nichtanwaltlichen Berufsträger derselben Berufsausübungsgesellschaft erhalten hat. Es sind durchaus Fälle denkbar, bei denen beispielsweise ein Arzt innerhalb der gemeinsamen Berufsausübungsgesellschaft für die andere Partei in der Vergangenheit ein Gutachten erstellt hat. Dann sollte der Rechtsanwalt aufgrund einer naheliegenden Kenntnismöglichkeit von Daten innerhalb der Berufsausübungsgesellschaft nicht für die Gegenseite prozessieren dürfen.

bb) Einwilligung in die Doppelvertretung

§ 43a Abs. 4 S. 4 BRAO-E enthält eine Ausnahme für Berufsausübungsgesellschaften. Diesen ist durch die Einwilligung des Mandanten eine Doppelvertretung gestattet, sofern sie umfassend informiert sind und durch „geeignete Vorkehrungen“ die Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sichergestellt ist. Damit erfolgte eine teilweise Implementierung des § 3 Abs. 2 S. 2 BORA.

⁴¹ Zu den Tatbestandsvoraussetzungen: Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, 3. Aufl. 2019, § 43a BRAO/§ 3 BORA, Rn. 5 ff.

(1) *Korrektiv: Belange der Rechtspflege*

Die BORA statuiert für den Fall der Einwilligung in die Doppelvertretung das notwendig zu prüfende Korrektiv der entgegenstehenden Belange der Rechtspflege.⁴² Es erscheint nicht sinnvoll, die Belange der Rechtspflege als Korrektiv zur Zustimmung im neuen Gesetzesentwurf außen vor zu lassen. Das Einverständnis kann, wenn überhaupt, nur das anwaltliche Vertrauensverhältnis zum Mandanten wahren.⁴³ Der Schutzzweck des Doppelvertretungsverbots geht jedoch über diesen Aspekt hinaus. Insbesondere soll auch die unabhängige, verschwiegene und geradlinige Anwaltsvertretung geschützt werden.⁴⁴ Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen die genannten Schutzgüter durch die Vertretung betroffen sind und der Mandant trotzdem in die Vertretung eingewilligt hat. Hierunter sind vor allem die Fälle zu fassen, in denen z.B. Rechtsanwälte derselben Berufsausübungsgemeinschaft ihre Mandanten gegeneinander in einem streitigen Verfahren vor Gericht oder einer Verwaltungsbehörde vertreten.⁴⁵ Das Vertrauen in die Gradlinigkeit der anwaltlichen Vertretung wäre in erheblichem Umfang tangiert, da es kaum vorstellbar ist, dass zwei Anwälte derselben Berufsausübungsgesellschaft gegensätzliche Belange ihrer Mandanten mit allen Mitteln und ohne Rücksicht auf die Sozietätsinteressen vor Gericht vertreten.⁴⁶ Es ist nicht haltbar, die Rechtmäßigkeit solcher Vertretungsformen allein von der subjektiven Komponente der Einwilligung des Mandanten abhängig zu machen. Nicht zuletzt, da die subjektive Sphäre des Mandanten erheblichen Beeinflussungen ausgesetzt sein kann und eine Überprüfung der objektiven Belehrung durch denselben Rechtsanwalt ohne allgemeingültige Vorgaben nur schwerlich gelingen kann.

(2) *Textformerfordernis*

Zur Schaffung von allgemeingültigen Vorgaben ist ein Textformerfordernis der Belehrung in § 43a Abs. 4 S. 4 BRAO-E zu ergänzen. In § 43a BRAO-E ist die Übernahme der Textform-Regelung unterblieben. Bisher ist die Textform auch in § 3 Abs. 2 S. 3 BORA lediglich als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass es dem Anwalt freistand, den Mandanten schriftlich zu belehren.⁴⁷

Das Textformerfordernis sollte nun in die Regelung der BRAO mit aufgenommen werden. Mit einem zwingenden Textformerfordernis kann sichergestellt werden, dass die betroffenen Mandanten hinreichend über die Konsequenzen und Gefahren einer Doppelvertretung informiert und sich so stärker über die Bedeutung ihrer Einwilligung bewusst werden können.⁴⁸ Das Textformerfordernis erfüllt aber nicht nur eine hinreichende Warnfunktion, sondern bietet dem Rechtsanwalt auch eine Beweiserleichterung. So ist schon unter der Soll-Vorschrift des § 3 Abs. 2 S. 3 BORA dem Rechtsanwalt dringend zu empfehlen, die Belehrung und die Einverständniserklärung schriftlich festzuhalten.⁴⁹ Mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Textform würden zudem keine Streitigkeiten über den Umfang und Inhalt der Belehrung und des Einverständnisses mehr entstehen.

⁴² So auch Hartung/Scharmer/v. Falkenhausen, 7. Aufl. 2020, § 3 BORA Rn. 120 ff.

⁴³ So wohl auch Henssler/Prütting, 5. Aufl. 2019, § 3 BORA Rn. 21.

⁴⁴ Satzungsversammlung BRAK-Mitt. 2006, 212 (214); Quaas, NJW 2008, 1697 (1698).

⁴⁵ Begründung des Ausschusses 4 der Satzungsversammlung BRAK-Mitt. 2006, 212 (215).

⁴⁶ Hartung/Scharmer/v. Falkenhausen, 7. Aufl. 2020, § 3 BORA Rn. 122.

⁴⁷ Kleine-Cosack, 8. Aufl. 2020, § 3 BORA Rn. 22.

⁴⁸ So auch BeckOK-BORA/Römermann/Praß, 29. Edition Stand: 01.06.2020, § 3 BORA Rn. 38.

⁴⁹ Hartung/Scharmer/v. Falkenhausen, 7. Aufl. 2020, § 3 BORA Rn. 113.

cc) Ergänzung des nichtanwaltlichen Tätigkeitsverbots

Der Gesetzesentwurf geht bei § 43a Abs. 4 S. 6 BRAO-E bisher nur von einem Tätigkeitsverbot bei einem Interessengegensatz in einem Drei-Personen-Verhältnis bei einer nichtanwaltlichen Nachbefassung aus. Gleichwohl kann ein anwaltliches Sonderwissen aus dem Mandat auch auf die zweitberufliche Befassung im Verhältnis zum ehemaligen Mandanten erheblichen, den *core values* widersprechenden, Einfluss haben, ohne dass ein Interessengegensatz vorliegen muss. Namentlich, wenn Mandatsinformationen dazu genutzt werden, um eine zweifelhafte Akquise an dem ehemaligen Mandanten innerhalb der zweitberuflichen Tätigkeit zu betreiben. Diese Informationen unterliegen auch nicht der Verschwiegenheitspflicht, da diese Berufspflicht nicht in Bezug auf sich selbst als Rechtsanwalt gelten kann; es gibt keine Verschwiegenheit „gegen sich selbst“. Insbesondere besteht eine Missbrauchsgefahr, wenn der Berufsträger seine Zulassung zurückgegeben hat bzw. zurückgeben musste.

Informationen könnten z.B. missbräuchlich genutzt werden, wenn der Rechtsanwalt im Rahmen eines Scheidungsmandates von der schlechten finanziellen Lage seines Mandanten und dessen Eigentum an einem Original Yves Klein Bild erfährt und derselbe Rechtsanwalt nach Mandatsbeendigung in seiner zweitberuflichen Befassung als Galerist dem ehemaligen Mandanten jenes Bild abkaufen will. Es darf nicht die Annahme entstehen, dass der Rechtsanwalt die im Mandat erlangten sensiblen Informationen – hier die schlechte finanzielle Lage des Mandanten und dessen Eigentum an einem künstlerisch bedeutsamen Original – nutzt, um dadurch in seiner nichtanwaltlichen Tätigkeit als Galerist die Preise zu drücken.

Gleichviel würde sich die Möglichkeit einer solchen Vorgehensweise negativ auf das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant auswirken. Die Verhütung dieses Wissenstransfers vom anwaltlichen Mandat in das nichtanwaltliche Mandat wurde bisher durch den § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO geregelt. Insofern muss an dieser Stelle der Regelungsgedanke des § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO mit aufgenommen werden. Den schon gegen § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken kann mit einer zeitlichen Begrenzung des Tätigkeitsverbots und mit einer qualifizierten Belehrung des ehemaligen Mandanten in die nichtanwaltliche Nachbefassung entgegnet werden. In der qualifizierten Belehrung sollte auf das ehemalige Mandatsverhältnis hingewiesen werden und der Rechtsanwalt versichern, dass er gewährleistet, keine sensiblen Informationen aus dem Mandatsverhältnis für die nichtanwaltliche Nachbefassung zu nutzen. Dies ist zur Sicherstellung des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt bzw. Freiberufler und Mandant wichtig, damit letzterer von der Wahrung seiner persönlichen Informationen bzw. Mandatsgeheimnisse ausgehen kann.

dd) Gemeinschaftliche Berufsausübung

In § 45 BRAO-E wird ein dem § 43a Abs. 4 S. 1 BRAO-E ähnliches Tätigkeitsverbot durch § 45 Abs. 2 S. 1 BRAO-E erstreckt auf Rechtsanwälte innerhalb einer Berufsausübungsgemeinschaft mit anderen Rechtsanwälten (Nr. 1) und Freiberuflern (Nr. 2). Weshalb eine dementsprechende Regelung nicht in die Formulierung von § 43a Abs. 4 S. 2 BRAO-E aufgenommen wurde, sondern lediglich auf andere Rechtsanwälte Bezug genommen wird, erschließt sich nicht. Für einen umfassenden Schutz der (potentiellen) Mandatsinteressen ist es unerheblich, woher die Kenntnismöglichkeit innerhalb der Berufsausübungsgesellschaft rührt. Der Rechtsanwalt könnte sonst die Informationen eines Rechtsanwaltskollegen aus einem Mandat zwar nicht nutzen, die seines Wirtschaftsberaterkollegen

hingegen schon. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine solche Differenzierung geboten ist, zumal sie die Informationsrechte der Mandanten und das Vertrauensverhältnis stark beeinflusst. Insbesondere, da die Berufsausübungsgemeinschaft selbst den anwaltlichen Grundpflichten verpflichtet ist, muss sich das Doppelvertretungsverbot auch auf nichtanwaltliche Berufe innerhalb derselben Berufsausübungsgesellschaft erstrecken.

**b) § 43a Abs. 7 BRAO-E: Integration der Berufspflicht des streitwertunabhängigen
Zugangs zum Recht**

Änderungsvorschläge:

**§ 43a
Grundpflichten**

(1) – (6) [...]

(7) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, Zugang zum Recht unabhängig vom Streitwert sicherzustellen.

Begründung: Zur Begründung bereits II. 5. auf S. 8 ff.

c) § 59a BRAO-E: Folgeänderung für die Satzungscompetenz

Änderungsvorschläge:

**§ 59a BRAO-E
Satzungscompetenz**

(1) [...]

(2) Die Berufsordnung kann im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes näher regeln:

1. die allgemeinen Berufspflichten und Grundpflichten:

a) Gewissenhaftigkeit,

b) Wahrung der Unabhängigkeit,

c) Verschwiegenheit,

d) Sachlichkeit,

e) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen *inkl. des § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 2,*

f) sorgfältiger Umgang mit fremden Vermögenswerten,

g) Kanzleipflicht und Pflichten bei der Einrichtung und Unterhaltung von weiteren Kanzleien und Zweigstellen,

h) Sicherstellung des Zugangs zum Recht unabhängig vom Streitwert, inkl. der Bürogemeinschaft (§ 59q BRAO);

2. [...]

Begründung: Zur Begründung bereits II. 5. auf S. 8 ff.

2. § 45 BRAO-E: Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung

Änderungsvorschlag:

§ 45

Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung

(1) [...]

(2) Ein Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf ausüben in einer Berufsausübungsgesellschaft

1. mit einem Rechtsanwalt, der nach Absatz 1 nicht tätig werden darf, oder
2. mit einem Angehörigen eines anderen Berufs im Sinne des § 59c Absatz 1, dem ein Tätigwerden bei einer entsprechenden Anwendung des Absatzes 1 untersagt wäre.
3. *wenn er in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen Tätigkeit im Sinne des § 59c Abs. 1 Satz 1 bereits beruflich tätig war; dies gilt nicht, wenn die berufliche Tätigkeit beendet ist.*

Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1 bleibt bestehen, wenn der Rechtsanwalt, der nach Absatz 1 nicht tätig werden darf, die Berufsausübungsgesellschaft verlässt. Die Sätze 1 und 2 finden in den Fällen, in denen das Tätigkeitsverbot auf Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder auf Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 Nummer 3 beruht, keine Anwendung, wenn die betroffenen Personen der Tätigkeit nach umfassender Information durch den Rechtsanwalt zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Verhinderung einer Offenbarung vertraulicher Informationen sicherstellen. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbotes erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheit unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung der betroffenen Person offenbart werden.

Begründung:

Die Einschränkungen des Tätigkeitsverbots bei nichtanwaltlicher Vorbefassung in § 45 BRAO-E lassen zu weite Spielräume offen. Die Neufassung ermöglicht die anwaltliche Vertretung einer Gesellschaft, bei der derselbe Rechtsanwalt Geschäftsführer ist. Dies würde der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und seiner Stellung als Interessenvertreter in allen Rechtsangelegenheiten entgegenstehen. Diese Möglichkeit würde es Rechtsanwälten erlauben, durch Gesellschaften eigene Mandate zu generieren, beispielsweise als „Abmahnanwalt“ mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen. Eine vergleichbare Problematik kann entstehen, wenn er für die Berufsausübungsgesellschaft selbst tätig wird. Hierzu der Formulierungsvorschlag in § 45a BRAO-E.

3. § 45a BRAO-E: Vertretung der nichtanwaltlichen Gesellschafter der Berufsausübungsgesellschaft

Änderungsvorschlag:

§ 45a

Vertretung der nichtanwaltlichen Gesellschafter der Berufsausübungsgesellschaft

Der Rechtsanwalt darf die nichtanwaltlichen Gesellschafter der Berufsausübungsgesellschaft nicht vertreten

1. vor den Landgerichten, Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof in zivilrechtlichen Verfahren und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sofern die Parteien oder die Beteiligten sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen oder vorgesehen ist, dass ein Schriftsatz von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muss, und

2. vor den in § 11 Absatz 4 Satz 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes genannten Gerichten.

3. In Straf- oder Bußgeldverfahren, die sich gegen die Berufsausübungsgesellschaft oder dessen Mitarbeiter richten, dürfen die Rechtsanwälte nicht als deren Verteidiger oder Vertreter tätig werden.

§ 59c Abs. 2 BRAO-E ermöglicht in der Fassung des Referentenentwurfs, dass der ganz überwiegende Geschäftsbetrieb die nichtanwaltliche Tätigkeit ist. Für die Rechtsdienstleistungsbefugnis nach § 59l BRAO-E genügt ein für die Berufsausübungsgesellschaft tätiger Rechtsanwalt. Daher wäre es möglich, dass ein großes Sachverständigenbüro seinen als Syndikusrechtsanwalt angestellten Rechtsanwalt zum Partner mit 0,1 % Gesellschaftsanteil macht, dessen faktische Einflussmöglichkeit sich gegenüber dem des Syndikusrechtsanwalts nicht ändert. Daher müssen die Einschränkungen der Vertretungsbefugnis des Syndikusrechtsanwalts in § 46c Abs. 2 BRAO auch hier gelten.

Eine so gelagerte Besserstellung eines Rechtsanwalts innerhalb einer interprofessionellen Berufsausübungsgemeinschaft gegenüber einem Syndikusrechtsanwalt lässt sich kaum verfassungsrechtlich legitimieren. Deshalb wird empfohlen, § 59l Abs. 2 BRAO-E durch die Schaffung des § 45a BRAO-E entsprechend einzuschränken.

4. Absicherung des anwaltlichen Berufsrechts in den Berufsausübungsgesellschaften

a) § 59b BRAO-E: Verpflichtung der Leitungsorgane auf die anwaltlichen Grundpflichten

Änderungsvorschläge:

§ 59b

Berufsausübungsgesellschaften

(1) Rechtsanwälte dürfen sich zur gemeinschaftlichen Ausübung ihres Berufs in Berufsausübungsgesellschaften verbinden.

(2) Für Berufsausübungsgesellschaften zulässige Rechtsformen sind

1. Gesellschaften nach deutschem Recht einschließlich der Handelsgesellschaften,
2. Europäische Gesellschaften und
3. nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zulässige Gesellschaften.

(3) Die vertretungsberechtigten Gesellschafter und die Mitglieder der Geschäftsführungsorgane sind verpflichtet, sämtliche Daten, die für die Eintragung in die Verzeichnisse nach § 31 Absatz 4 erforderlich sind, unverzüglich der zuständigen Rechtsanwaltskammer zu übermitteln. Tatsachen, die eine Änderung oder Löschung der eingetragenen Daten erforderlich machen, sind ebenfalls unverzüglich der zuständigen Rechtsanwaltskammer mitzuteilen.

(4) Im Gesellschaftsvertrag ist die Verpflichtung der Leitungsorgane auf die anwaltlichen Grundpflichten aus § 43a Absatz 1-7 ausdrücklich zu regeln.

Begründung:

Die hier vorgeschlagene Änderung dient der zusätzlichen Absicherung der anwaltlichen *core values* insbesondere im Hinblick auf den streitwertunabhängigen Zugang zum Recht (vgl. II. 5. auf S. 8 f.).

b) § 59d BRAO-E: Konkretisierung der Berufspflichten bei der beruflichen Zusammenarbeit

Änderungsvorschläge:

§ 59d

Berufspflichten bei beruflicher Zusammenarbeit

(1) - (4) [...]

~~(5) Im Gesellschaftsvertrag ist der Ausschluss von Gesellschaftern vorzusehen, die in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten, die in diesem Gesetz oder in der Berufsordnung nach § 59a bestimmt sind, verstoßen. Die Berufsausübungsgesellschaften müssen den Zugang zum Recht unabhängig vom Streitwert in ihrer beruflichen Zusammenarbeit sicherstellen. § 59a Absatz 2 Nummer 4 gilt entsprechend.~~

(6) Im Gesellschaftsvertrag ist der Ausschluss von Gesellschaftern vorzusehen, die in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten, die in diesem Gesetz oder in der Berufsordnung nach § 59a bestimmt sind, verstoßen.

(7) Für den Fall des Absatzes 6 muss der Gesellschaftsvertrag einen Abfindungsausschluss vorsehen.

(8) Für Gesellschafter, die Angehörige eines in § 59c Absatz 1 genannten Berufs sind, stellt eine Verletzung der in Absatz 1 bis 3 genannten Pflichten eine Ordnungswidrigkeit dar. Die Ordnungswidrigkeit kann nur verfolgt werden, wenn im anwaltsgerichtlichen Verfahren ein entsprechender Berufsrechtsverstoß durch die Berufsausübungsgesellschaft festgestellt wurde.

(9) § 62 GmbHG und § 396 AktG sind auf Berufsausübungsgesellschaften mit der Maßgabe anwendbar, dass die Auflösung auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft durch den Anwaltsgerichtshof erfolgt.

Begründung:

§ 59d Abs. 5 BRAO-E soll die Verpflichtung der Sicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht noch einmal für die Berufsausübungsgesellschaft als Ganzes betonen. Dies ist notwendig, weil in den Absätzen 2 und 3 jeweils eine Einzelverweisung auf die anwaltlichen *core values* in § 43a BRAO-E vorgenommen wurde und die Verpflichtung, den streitwertunabhängigen Zugang zum Recht zu sichern, die Berufsausübungsgesellschaft als Ganzes trifft. Die Verpflichtung, ertragschwache oder defizitäre Mandate anzunehmen, wirkt sich auf den Gewinnanteil aller Gesellschafter aus.

§ 59d Abs. 6 BRAO-E entspricht § 59d Abs. 5 BRAO-E der Entwurfsfassung. Um die Berufspflichten am Stück zu regeln, musste die Sanktionsnorm durch die Einführung von § 59d Abs. 6 BRAO-E zu Absatz 6 werden.

§ 59d Abs. 7 BRAO-E stellt sicher, dass ein Ausschluss auch vollzogen werden kann. Bei einer hohen Abfindungszahlung würde es sonst kaum zu einem Gesellschafterausschluss kommen können (s. II. 1. auf S. 5 f.).

Die Verpflichtung von anwaltlichen Gesellschaftern und Berufsausübungsgesellschaft lässt eine Lücke für nichtanwaltliche Gesellschafter. Für diese wird lediglich in § 59d Abs. 2 BRAO-E die Verschwiegenheitspflicht kodifiziert. Sie sind ansonsten persönlich nicht an die Berufspflichten gebunden, können aber bei einem schwerwiegenden oder wiederholten Pflichtenverstoß gegen eben jene Berufspflichten aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Diese *ultima ratio* als einzige Handhabe gegen faktische Berufspflichtverstöße von nichtanwaltlichen Gesellschaftern zu haben, dürfte zur flächendeckenden Durchsetzung anwaltlicher Berufspflichten nicht ausreichen. Um neben der Berufsausübungsgesellschaft auch eine persönliche Verantwortlichkeit für nichtanwaltliche Gesellschafter zur Einhaltung der Berufspflichten zu erreichen, ist deshalb als milderes Mittel die Sanktionierung im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit als § 59d Abs. 8 BRAO-E geeignet und erforderlich.

Zur Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit ist die strikte Akzessorietät des Ordnungswidrigkeitstatbestandes an die Feststellung eines Berufsrechtsverstoßes im anwaltsgerichtlichen Verfahren erforderlich.

Gleichfalls ist zur Absicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit zwingend erforderlich, dass die Entscheidung über die Auflösung der GmbH nicht nach § 62 GmbHG durch eine Behörde bzw. der AG nach § 396 AktG nicht durch eine Entscheidung des Landgerichts auf Antrag der obersten Landesbehörde erfolgen darf, sondern nur im anwaltsgerichtlichen Verfahren.

c) § 59f BRAO-E: Anpassung der Zulassung von Berufsausübungsgemeinschaften

Änderungsvorschlag:

**§ 59f
Zulassung**

(1) Berufsausübungsgesellschaften bedürfen der Zulassung durch die Rechtsanwaltskammer. Von der Zulassungspflicht ausgenommen sind Personengesellschaften ohne Haftungsbeschränkungen, denen als Gesellschafter und als Mitglieder der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ausschließlich Rechtsanwälte oder Angehörige eines in § 59c Absatz 1 Nummer 1 genannten Berufs angehören. Unberührt von Satz 2 bleibt der freiwillige Antrag auf eine Zulassung.

(2) Die Zulassung ist zu erteilen, wenn

- 1. die Berufsausübungsgesellschaft, die Gesellschafter und die Mitglieder der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane die Voraussetzungen der §§ 59b, 59c, des 59d Absatz 5 bis Absatz 7 und der §§ 59 und 59j erfüllen,*
- 2. [...]*

Begründung:

Die Anpassung war erforderlich aufgrund der Änderungen in § 59d BRAO-E.

5. Einschränkung der interprofessionellen Zusammenarbeit

Der Entwurf ermöglicht die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit den in § 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO-E genannten Personen und gestattet diesen, gleichzeitig neben der auf die Rechtsberatung bezogenen Tätigkeit ihrem nichtanwaltlichen Beruf nachzugehen. Diese Erweiterung wird nachfolgend vorgeschlagen einzugrenzen. Die Vorschläge beziehen sich sowohl auf den Kreis der sozietätsfähigen Berufe als auch auf die Möglichkeit der nichtanwaltlichen Tätigkeit und deren Anforderungen.

a) § 59c BRAO-E: Beschränkung der sozietätsfähigen Berufe auf verkammerte Berufe

Änderungsvorschlag:

§ 59c

Berufsausübungsgesellschaften mit Angehörigen anderer Berufe

(1) Die Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung in einer Berufsausübungsgesellschaft im Sinne des § 59b ist Rechtsanwälten auch gestattet

1. mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, Mitgliedern der Patentanwaltskammer, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern,

2. mit Angehörigen von Rechtsanwaltsberufen aus anderen Staaten, die nach dem Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland oder nach § 206 berechtigt wären, sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes niederzulassen,

3. mit Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern anderer Staaten, die einen Beruf ausüben, der in der Ausbildung und den Befugnissen den Berufen nach der Patentanwaltsordnung, dem Steuerberatungsgesetz oder der Wirtschaftsprüferordnung entspricht und die mit Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern oder vereidigten Buchprüfern im Geltungsbereich dieses Gesetzes ihren Beruf gemeinschaftlich ausüben dürfen,

*4. mit Personen, die in der Berufsausübungsgesellschaft einen **verkammerten, regulierten** Freien Beruf im Sinne des § 1 Absatz 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes ausüben, es sei denn, dass die Verbindung mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege, nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann; eine Verbindung kann insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn in der anderen Person ein Grund vorliegt, der bei einem Rechtsanwalt nach § 7 zur Versagung der Zulassung führen würde.*

(2) Unternehmensgegenstand der Berufsausübungsgesellschaft nach Absatz 1 ist die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten. ~~Daneben kann die Ausübung des jeweiligen nichtanwaltlichen Berufs treten.~~

§ 59e

Berufspflichten der Berufsausübungsgemeinschaft

(1) [...]

~~(2) Werden in der Berufsausübungsgesellschaft auch nichtanwaltliche Berufe ausgeübt, so gilt Absatz 1 nur, soweit ein Bezug zur Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten besteht.~~

(3) [...]

Begründung:

Eine weitere Abkehr von der bisherigen Linie des Berufsrechts ist die Öffnung der sozietätsfähigen Berufe. Nach § 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO-E kann ein Rechtsanwalt mit Personen, die nach § 1 Abs. 2 PartGG einen freien Beruf ausüben, in einer Berufsausübungsgesellschaft gemeinschaftlich tätig werden. Damit wird der Kreis der sozietätsfähigen Berufe weder auf einen Bezug zur Rechtsanwendung begrenzt noch auf Berufe beschränkt, die verkammert sind, über eine Berufsordnung verfügen und eine eigene Berufsgerichtsbarkeit haben. Auch der Gemeinwohlbezug ist nicht mehr Voraussetzung für die Sozietätsfähigkeit. Insbesondere ist künftig auch ein Zusammenschluss mit Berufen möglich, welche nicht der Verpflichtung zur Beratungshilfe nach § 3 BerHG unterliegen. Die einzige gesetzliche Einschränkung findet sich im selben Absatz in § 59c Abs. 4 BRAO-E, in dem es heißt, dass solch ein interprofessioneller Zusammenschluss dann nicht zulässig ist, wenn „die Verbindung mit dem Beruf des Rechtsanwaltes, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann“.

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰ zur interprofessionellen Zusammenarbeit von Ärzten/Apothekern und Rechtsanwälten im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft (bzgl. § 59a BRAO) sind keine Erweiterungen für die interprofessionelle Berufsausübung über die entschiedene Konstellation hinaus zu entnehmen. Daher ist es verfassungsrechtlich möglich, aufgrund der überragenden Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit für den Rechtsstaat, die interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften enger zu fassen.

Auch ein praktisches Bedürfnis für den Zusammenschluss mit allen freien Berufen besteht nicht.⁵¹ Zwar ist grundsätzlich zu begrüßen, dass eine weitergehende Öffnung der sozietätsfähigen Berufe nun unterblieben ist. Um die Kohärenz sicherzustellen, scheint eine Beschränkung auf die verkammerten Berufe sinnvoll zu sein. Diese Einschränkung spiegelt sich auch in den berufsständischen Versorgungswerken wider. Auch hier kann es zu Friktionen mit interprofessionellen Sozietäten kommen, von denen ein Teil Gesellschafter einem Versorgungswerk nicht angehören können.

Unabhängig von der Frage, wie weit man den Kreis der sozietätsfähigen Berufe zieht, sollte die Berufstätigkeit auf den Rechtsanwaltsberuf bezogen sein, also auf Unterstützungstätigkeiten i.S.v. § 43e BRAO beschränkt werden. Eine Ausweitung der sozietätsfähigen Berufe läuft Gefahr, dass gegenüber den Strafverfolgungsbehörden Einschränkungen des Zeugnisverweigerungsrechts und des Beschlagnahmeverbots erfolgen.

⁵⁰ Beschl. v. 12.01.2016 – 1 BvL 6/13.

⁵¹ Nach einer Studie des Soldan Instituts würden sich nur drei Prozent der Rechtsanwälte zu einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft zusammenschließen wollen. Hierzu *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, 162.

Zusätzlich spricht für die Streichung von § 59c Abs. 2 S. 2 BRAO-E der § 5 Abs. 1 S. 1 RDG. Nach diesem können nichtanwaltliche Gesellschaften als Nebentätigkeit Rechtsdienstleistungen erbringen. Sofern sich beratende freie Berufe, die ihre Rechtsdienstleistungsbefugnis bisher auf diesen Erlaubnistatbestand gestützt haben, mit Rechtsanwälten in Form einer Berufsausübungsgesellschaft zusammenschließen, deren erklärter Unternehmensgegenstand die „Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten“ ist (§ 59c Abs. 2 BRAO-E), kommt es zu einem Widerspruch zwischen lediglich erlaubter „Nebentätigkeit“ und erklärtem Hauptzweck. Dies würde gesellschaftsrechtlich eine Möglichkeit begründen, die Rechtsdienstleistungsbefugnis beratender freier Berufe über § 5 Abs. 1 RDG hinaus auszuweiten.

Zwar versucht der Gesetzesentwurf, entsprechende Interessen der Allgemeinheit und der Rechtssuchenden durch gesellschaftsinterne Verpflichtungen abzusichern. Tatsächlich wird jedoch immer diejenige Sparte einer Gesellschaft das letzte Wort haben, die für ein Gros der Gewinne zuständig ist. Sofern dies nicht die rechtsberatende Tätigkeit, sondern beispielsweise die steuerberatende ist, ist es ökonomisch unrealistisch anzunehmen, dass dennoch die Rechtsanwälte Wege gehen könnten, die eine geringere wirtschaftliche Ausrichtung für die Gesamtgesellschaft bedeuten.

Die Streichung von § 59e Abs. 2 BRAO-E ist eine Folgeänderung der hier vorgeschlagenen Regelung in § 59c Abs. 2 S. 2 BRAO-E.

b) § 59c BRAO-E: Sicherstellung der tatsächlichen Berufsausübung

Änderungsvorschlag:

§ 59c

Berufsausübungsgesellschaften mit Angehörigen anderer Berufe

(1) [...]

(2) [...]

(3) Die Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft müssen freiberuflich im Sinne von § 18 Abs. 1 EStG tätig sein. Dabei können sich die Gesellschafter der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedienen; Voraussetzung ist, dass der jeweilige Gesellschafter auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen.

Begründung:

Zur ausführlichen Begründung der Änderungsvorschläge (s. II. 3. auf S. 7 f.). Zu begrüßen ist, dass eine Ermöglichung einer Fremdkapitalbeteiligung keinen Einzug in den Gesetzesentwurf gefunden hat. Ein solches hätte insbesondere Probleme in Bezug auf die anwaltliche Unabhängigkeit verschärft und dadurch Konflikte bei den Rechtsanwälten zur Einhaltung der Berufspflichten auslösen können.

Der Änderungsvorschlag sichert die Umgehung des Fremdkapitalverbots ab. Ohne die Regelung würde die Gefahr bestehen, dass ein Gesellschafter nur formal einen Gesellschaftsanteil hält, ohne selbst nennenswert freiberuflich in der Berufsausübungsgesellschaft tätig zu werden und sich sein Beitrag in erster Linie auf eine kapitalistische Beteiligung beschränkt.

c) § 59i BRAO-E: Sicherung der Gesellschafterstruktur bei Anteilsveräußerung

Änderungsvorschlag:

§ 59i

Gesellschafter- und Kapitalstruktur von Berufsausübungsgesellschaften

(1) [...]

(2) Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen muss an die Zustimmung der **anwaltlichen Gesellschafter Gesellschafterversammlung** gebunden sein. Bei Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien müssen die Aktien auf Namen lauten.

(3) – (5) [...]

Begründung:

Laut Gesetzesbegründung soll die Vorschrift des § 59i BRAO-E die anwaltlichen Gesellschafter davor schützen, ohne ihr Zutun mit nicht-sozietätsfähigen Personen gesellschaftlich verbunden zu werden (S. 199 der Begründung). Dies kann die Bestimmung aber nicht leisten, wenn die anwaltlichen Gesellschafter nicht die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung stellen. Daher muss die Übertragung der Gesellschaftsanteile an die Zustimmung der anwaltlichen Gesellschafter gebunden werden.

6. § 114 BRAO-E: Geldbußen gegen Berufsausübungsgesellschaften

Änderungsvorschlag:

§ 114

Anwaltsgerichtliche Maßnahmen

(1) [...]

(2) Anwaltsgerichtliche Maßnahmen sind bei Verfahren gegen Berufsausübungsgesellschaften

1. Warnung,
2. Verweis,
3. Geldbuße bis zu 10 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes bis zu fünfhunderttausend Euro,
4. Verbot, auf bestimmten Rechtsgebieten für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren als Vertreter oder Beistand tätig zu werden,
5. Aberkennung der Rechtsdienstleistungsbefugnis.

(3) [...]

Begründung:

Des Weiteren wurden in § 114 Abs. 2 BRAO-E mögliche anwaltsgerichtliche Maßnahmen gegen Berufsausübungsgesellschaften kodifiziert. Als solches ist eine Spiegelung des § 114 Abs. 1 BRAO nur denklogisch bei einer Angleichung von Rechten und Pflichten der Berufsausübungsgesellschaften an Rechtsanwälte. Bei einem maximalen Jahresumsatz der großen Berufsausübungsgesellschaften von über 400 000 000 Euro⁵² ist jedoch fraglich, ob die vorgesehene Höchstsumme von 500 000 Euro in § 114 Abs. 2 Nr. 3 BRAO-E ausreicht, um auch diese entsprechend zu sanktionieren.

Der Median des durchschnittlichen Umsatzes aller Rechtsanwaltskanzleien beträgt 110 000 Euro.⁵³ Demnach wäre für die Mehrzahl der Berufsausübungsgesellschaften eine Geldbuße bis 500 000 Euro – die fast 500 % des Gesamtumsatzes ausmacht – mehr als hinreichend spürbar; bei den 20 umsatzstärksten Berufsausübungsgesellschaften mit Umsätzen von über 100 000 000 Euro beträfe eine entsprechende Geldbuße lediglich 0,5 % des Umsatzes. Bei einer Kanzlei wie Freshfields mit einem Umsatz von sogar 453 500 000 Euro⁵⁴ wären es nur noch 0,11 %.

Letztlich führt dies zu einer Ungleichbehandlung in der Anwaltschaft. De facto liefe eine solche Geldbuße bei bestimmten Berufsausübungsgesellschaften grundsätzlich ins Leere, sodass man sich zwangsläufig für eine angemessene Sanktion anderer Maßnahmen bedienen oder gar zur *ultima ratio*, einem Zulassungswiderruf, greifen müsste. Dies gilt es zu verhindern. Um eine angemessene Geldbuße festzusetzen, könnte sich der Betrag an den Umsätzen der Berufsausübungsgesellschaft orientieren. Die genaue Ausgestaltung kann an den Entwurf des BMJV zum Verbandssanktionsrecht angelehnt werden. Der § 9 VerSanG-E statuiert genau diesen Fall einer angemessenen Sanktionierung umsatzstarker Wirtschaftsunternehmen. Die Orientierung an dem Umsatz in § 9 Abs. 2 VerSanG-E erscheint auch bei Berufsausübungsgesellschaften sinnvoll.

⁵² JUVE Oktober 2020, Umsätze 2019/2020, S. 34 ff.

⁵³ STAR 2018 Abb. 4.1.1.

⁵⁴ JUVE Oktober 2020, Umsätze 2019/2020, S. 34 ff.

7. § 207a BRAO-E: Ausländische Berufsausübungsgesellschaften

Änderungsvorschlag:

§ 207a

Ausländische Berufsausübungsgesellschaften von Rechtsanwälten

(1) Eine Berufsausübungsgesellschaft, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der Welthandelsorganisation hat, darf über eine Zweigniederlassung in der Bundesrepublik Deutschland Rechtsdienstleistungen nach den Absätzen 3 und 4 erbringen, wenn

- 1. ihr Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist,*
- 2. sie nach dem Recht des Mitgliedstaates ihres Sitzes zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen befugt ist,*
- 3. ihre Gesellschafter Rechtsanwälte oder Angehörige eines der in § 59c Absatz 1 Nummer 1 und 2 genannten Berufe sind, wenn die Voraussetzungen für die Berufsausübung den Vorschriften dieses Gesetzes im Wesentlichen entsprechen und*
- 4. sie durch die für den Ort ihrer Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer zugelassen ist.*

(2) [...]

Begründung:

Der neu einzuführende § 207a BRAO-E würde durch den Gesamtverweis auf u.a. §§ 59b und 59d BRAO-E sämtliche Berufspflichten umfassen, die somit auch von ausländischen Berufsausübungsgesellschaften einzuhalten wären.

Problematisch ist die Kombination der Ausweitung der interprofessionellen Zusammenarbeit mit ausländischen Berufsausübungsgemeinschaften, die in § 207a Abs. 1 Nr. 3 BRAO-E vorgesehen ist. Gerade nach den Wirecard-Skandalen sollte die Überlegung angestellt werden, ob sich ausländische Wirtschaftsprüfer oder – ebenfalls unter die in § 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO-E fallend – beratende Volks- und Betriebswirte mit Rechtsanwälten zusammenschließen sollten.

Zusätzlich ergibt sich ein erhebliches Qualifikationsproblem dahingehend, welche Berufe innerhalb aller WTO-Staaten zu den freien Berufen zu zählen sind. Diese müssten zudem eine Absicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit in den jeweiligen Rechtsordnungen verankert haben. Ein dem § 43a Abs. 1 Nr. 5 WPO angelehnte Einschränkung sollte deshalb in jedem Fall in § 207a BRAO-E ergänzt werden.

Entsprechend der Problematik bei nationalen Berufsausübungsgesellschaften hinsichtlich des § 59d Abs. 5 BRAO-E kann eine Überprüfung der Durchsetzung des Ausschlusses von Gesellschaftern, die in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Berufspflichten verstoßen, kaum erfolgen, sodass insbesondere für ausländische Berufsausübungsgesellschaften über eine Öffnung der sozietätsfähigen Berufe nachzudenken ist.

8. § 190 BRAO-E: Stimmgewichtung in der Hauptversammlung

Durch die neue, breit differenzierte Stimmgewichtung für die Hauptversammlung in § 190 Abs. 1 BRAO-E von einer Stimme für Kammern bis zu 1 000 Mitgliedern und neun Stimmen bei mehr als 20 000 Mitgliedern wird das Ungleichgewicht der Kammerinteressen nicht verbessert, sondern verlagert. Obwohl die jetzige Regelung nicht den Mehrheitsinteressen der Rechtsanwälte Geltung trägt, könnten sich durch die neue Regelung einige wenige mitgliederstärkste Kammern regelmäßig zusammen gegen strukturell bedingte, anders gelagerte Interessen der kleineren Kammern durchsetzen.

Die Anwaltsdichte in den ehemaligen ostdeutschen Bundesländern ist deutlich geringer als die in den restlichen Ländern. Dies spiegelt sich auch in der Größe der jeweiligen Rechtsanwaltskammern wider.

Nach § 190 Abs. 1 BRAO-E sähe eine Stimmverteilung unter Zugrundelegung der Zahlen aus der Mitgliederstatistik der BRAK zum Jahr 2019⁵⁵ wie folgt aus:

Rechtsanwaltskammer	Mitgliederanzahl	Stimmenzahl auf HV
BGH	40	1
Bamberg	2.637	2
Berlin	14.495	7
Brandenburg	2.214	2
Braunschweig	1.707	2
Bremen	1.852	2
Celle	5.842	4
Düsseldorf	12.881	7
Frankfurt	19.408	8
Freiburg	3.481	3
Hamburg	10.846	6
Hamm	13.615	7
Karlsruhe	4.620	3
Kassel	1.738	2
Koblenz	3.243	3
Köln	12.946	7
Mecklenburg-Vorpommern	1.444	2
München	22.269	9
Nürnberg	4.778	3
Oldenburg	2.706	2
Saarbrücken	1.433	2
Sachsen	4.623	3
Sachsen-Anhalt	1.613	2
Schleswig	3.795	3
Stuttgart	7.738	5
Thüringen	1.872	2
Tübingen	2.007	2
Zweibrücken	1.391	2
Insgesamt	167.234	103

Für eine Stimmmehrheit bedarf es demnach bei gleichbleibender Mitgliederverteilung 52 Stimmen. Die sieben größten Kammern München, Frankfurt, Berlin, Hamm, Köln, Düsseldorf und Hamburg

⁵⁵ https://brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2020/mitgliederstatistik_2020.pdf.

würden somit allein schon auf 51 Stimmen kommen. Die Kammern vereinen zwar mit 106.460 Mitgliedern auch den Großteil der Rechtsanwälte; wollten aber Kammern wie Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen oder Sachsen Interessen vertreten, die sich insbesondere auf ihre geografische Lage im ehemaligen ostdeutschen Bundesgebiet beziehen, hätten sie gemeinsam gerade einmal 11 Stimmen und wären somit massiv auf das Wohlwollen anderer, größerer Kammern angewiesen, um diese durchzusetzen.

Zu einem Ausgleich der Interessen nach Proportionalität und Relevanz könnte eine dem Bundesrat entsprechende Angleichung der Stimmen für die Rechtsanwaltskammern vorgenommen werden, vgl. Art. 51 GG. Dies würde dazu führen, dass auch die Interessen der kleineren Kammern Gehör finden könnten, ohne dass die Interessen der deutlichen Mehrheit der Rechtsanwälte gefährdet würden. Die diesem Vorbild entsprechenden genauen Mitgliedergrenzen für die Anzahl von 3 oder mehr Stimmen sollten die Proportionalität der Rechtsanwaltszahlen bestmöglich berücksichtigen.

Das Institut für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) der Leibniz Universität Hannover fasst die Forschungs- und Lehraktivitäten der Juristischen Fakultät auf den Gebieten des Prozessrechts, des Rechts der freien Berufe und des Anwaltsrechts zusammen.

Darüber hinaus bündelt und koordiniert es die anwaltsorientierte Lehre. Zwischen den hauptamtlichen Universitätsprofessoren und der Rechtsanwaltschaft findet ein intensiver Dialog über alle Fragen der anwaltsorientierten Lehre statt. Dies stellen der Institutsbeirat, der Förderverein für die anwaltsorientierte Juristenausbildung sowie die Rechtsanwaltskammer Celle, mit der die Fakultät ein Kooperationsabkommen zur anwaltsorientierten Juristenausbildung geschlossen hat, sicher.

Die anwaltsorientierte Lehre schlägt sich auch in den Publikationsaktivitäten des Instituts nieder. So gibt Professor Dr. Christian Wolf die Juristischen Arbeitsblätter (JA) mit heraus, welche sich insbesondere der anwaltsorientierten Ausbildung verschrieben haben.

Darüber hinaus entsteht am Institut eine Buchveröffentlichung zur Anwaltsklausur im Zivilrecht (Carl Heymanns Verlag). In der Forschung beschäftigt sich das IPA mit dem Prozessrecht und dem Anwaltsberufsrecht. Im Bereich des Prozessrechts knüpft das Institut bewusst an die ursprünglich auch in Deutschland vertretene wissenschaftliche

Praxis an, die Verfahrensordnungen nicht den einzelnen dogmatischen Hauptdisziplinen zuzuordnen, sondern als eigenständiges Fach neben die drei dogmatischen Grunddisziplinen zu stellen.

Im Anwaltsrecht legt das Institut Wert darauf, aktuelle Entwicklungen in einen breiteren Zusammenhang zu stellen. Zudem wird die anwaltsorientierte Juristenausbildung in Hannover zum Gegenstand verschiedenster wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht. So wird regelmäßig in Publikationen das Thema „Anwaltsklausur“ aufgegriffen.

Im April 2019

