

AUFSÄTZE

FÜR EIN MODERNES ANWALTliches GESELLSCHAFTS- UND BERUFSRECHT

DER RICHTUNGSWEISENDE REFORMVORSCHLAG DER BRAK

RECHTSANWALT OTMAR KURY*

Am 27.4.2018 verabschiedete die Hauptversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer ihren Reform- und Gesetzgebungsvorschlag für ein modernes anwaltliches Gesellschaftsrecht. Der Beitrag soll der Anwaltschaft die Erwägungen des BRAO-Ausschusses und der BRAK vorstellen und der Erläuterung der im Mai 2018 publizierten Gesetzestext-Synopse¹ der BRAK dienen.

I. VORBEMERKUNG

Niemand stellt in Frage, dass das anwaltliche Gesellschaftsrecht der umfassenden Reform bedarf. Indessen findet sich kaum ein anderes berufsrechtliches Thema in einem von derart unüberbrückbar widersprüchlichen Rechtsmeinungen und überraschenden Entscheidungen oberster Gerichte geprägten Umfeld wieder. Deshalb scheint es mir geboten, einen genaueren Blick auf jene spezifischen, berufsausübungs-gesellschaftsrechtlichen Fragen zu werfen, die die derzeitige, sehr schnelllebige berufsrechtliche Interessenlage kennzeichnen und die die Reformdiskussion beherrschen.

So besehen gebührt nicht nur den mit der in der Europäischen Union vorangetriebenen Deregulierung erwachsenen Sorgen der deutschen Anwaltschaft eine Anmerkung (1.), sondern auch jenen verfassungs- und europarechtswidrigen gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen, die noch immer Teil des geltenden Rechts nach § 59c ff. BRAO sind (2.). Besondere Beachtung verlangt im Übrigen der rechtmethode Gedanken der Kohärenz, der aus der europäischen und deutschen Rechtsprechung nicht mehr hinweggedacht werden darf (3.).

1. DEREGULIERUNG UND SORGEN

Die über die Anwaltschaft mit Wucht hereingebrochene Deregulierung spielt in der berufsrechtlichen Diskussion seit Jahren eine bedeutende Rolle. Sie wird durch einen Teil der Anwaltschaft als so massiv und bedrohlich empfunden, dass die Konzentration vieler auf jene scheinbar sicheren, noch existenten tradierten Berufsrechtsregelungen verständlich erscheint.

Noch immer fremdelt ein großer Teil der Anwaltschaft mit dem schon im Jahr 2000 eingeführten Gesetz über

die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, jenem EuRAG, in das die verbindlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsrichtlinien aufgenommen wurden, und denen ein guter Teil der Anwaltschaft skeptisch gegenübersteht.

Hinzu tritt eine gelegentlich durchaus überzogene, scharfe Kritik am Berufsrecht, die nicht förderlich sein kann. Von manchen als Flickenteppich geschimpft, wird es von anderen als Bastion der Reglementierung geißelt. Wieder andere verweisen nüchtern auf die Rechtsprechung der Deutschen Obergerichte, die vieles, ja allzu vieles von jenen Rechtsburgen schleifte, in denen sich die Anwaltschaft nicht unwohl gefühlt hatte.

Führte die Entscheidung des BSG zur Frage der Unabhängigkeit der Rechtsanwälte in ständigen Dienstverhältnissen² zunächst zu einem Schock und dann zu dem durch den Gesetzgeber geschaffenen Anwaltstypus des Syndikusrechtsanwalts, so brachen weitere Entscheidungen über die Anwaltschaft herein, mit denen das BVerfG die Regelungen zur Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbH³ oder zur Zulässigkeit von Partnerschaftsgesellschaften zwischen Rechtsanwälten, Ärzten und Apothekern⁴ auf die Probe stellte, und der Anwaltschaft ein weiteres Mal vorgab, wie das Gericht die Verfassung interpretiere.

Trotz aller sorgetragenden Bedenken bleibt die unumstößliche Erkenntnis, dass alleine ein Hinweis auf Gemeinwohlinteressen das derzeit geltende Berufsrecht nicht mehr absichern kann.

2. ZUR VERFASSUNGS- UND EUROPARECHTSWIDRIGKEIT BERUFGESellschaftSRECHTLICHER BESCHRÄNKUNGEN

Niemand darf annehmen, das gesamte berufsrechtliche Gesellschaftsrecht müsse sich nicht zwingend am Maßstab des Europarechts, des Verfassungsrechts und des sich daraus ergebenden Gebots der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Grundfreiheiten der Art. 49, 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG orientieren – und zwar ausnahmslos.

* Der Autor ist Vorsitzender des BRAO-Ausschusses der BRAK und Mitglied der Satzungsversammlung; er war von November 2007 bis April 2018 Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer.

¹ Vgl. BRAK-Stn.-Nr. 15/2018 (Mai 2018), abrufbar unter www.brak.de.

² Vgl. BSG, Urt. v. 3.4.2014 – B 5 RE 13/14 R, BRAK-Mitt. 2014, 265.

³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11 u. 1 BvR 236/12, BRAK-Mitt. 2014, 87.

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, BRAK-Mitt. 2016, 78.

a) EUROPARECHTLICHE REGELUNGEN

Auf der europarechtlichen Ebene zählen die Niederlassungs- und Dienstleistungsrichtlinien zum Primärrecht. Damit hat das deutsche Berufsrecht Art. 49, 56 AEUV zu verinnerlichen und zu beachten.

Art. 49 AEUV gebietet, dass die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nur nach den benannten einschränkenden Bestimmungen möglich ist. Die Vielzahl der zu beachtenden Regeln beeindruckt. Dazu zählt, dass auch die Gründung von Tochtergesellschaften diesen strengen, die Niederlassungsfreiheit sichernden Anordnungen unterworfen ist. Art. 56 AEUV lautet im Nucleus, dass die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der dann aufgeführten, wiederum umfassenden Bestimmungen verboten ist.

Das aus diesen Regelungen abgeleitete sog. Schrankenquartett gebietet, dass deutschen Berufsrechtsregelungen nur dann die Vereinbarkeit mit dem Europarecht zuerkannt wird, wenn sie nicht diskriminierend, aus zwingenden Gründen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt und zur Zielverwirklichung geeignet und nicht überschießend sind.

b) DEUTSCHES VERFASSUNGSRECHT

Auch das Deutsche Verfassungsrecht gibt deutliche Grenzen vor, die die Beschränkung der im Grundgesetz garantierten Berufsfreiheit verbietet. Die Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014⁵ zu § 59e II 1 BRAO, wonach diese Bestimmung wegen der Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit nichtig sei, soweit bei einer Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbH zugunsten einer der beteiligten Berufsgruppen deren Anteils- und Stimmrechtsmehrheit, sowie deren Leitungsmacht und Geschäftsführermehrheit vorgeschrieben werde, zeigt uns auf, worauf wir zu achten haben.

Auch die Entscheidung des BVerfG vom 12.1.2016,⁶ mit der das Sozietätsverbot aus § 59a I 1 BRAO das Grundrecht der Berufsfreiheit verletze, soweit es Rechtsanwältinnen eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit Ärzten oder Apothekern im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft untersage, beschreibt die Rechtslage verpflichtend klar. Auch das BVerfG operiert mit der europarechtlichen Schrankenkontrolle – die, wenn man so will, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spiegelt: Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck zu erreichen.

c) MASSSTAB FÜR EINSCHRÄNKUNGEN DER ANWÄLTlichen BERUFSFREIHEIT

Einschränkungen der Freiheit des freiberuflich tätigen Rechtsanwalts sind an diesen europa- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu messen. Sie sind nur in konkreten, einzelnen Fällen beschränkbar, wobei zur Beschränkung ausschließlich besondere Gemeinwohlgründe anerkannt werden. Zu diesen können die Belange der Rechtspflege, die Sicherung der Qualität von anwaltlichen Dienstleistungen aus zwingenden Gründen des Gemeinwohles und das Interesse am Verbraucherschutz zählen.

3. ZU EINEM MÄCHTIGEN RECHTSGEDANKEN: DER STETS ZU BEDENKENDE GRUNDSATZ DER KOHÄRENZ

Der Begriff der Kohärenz – eine Bestimmung des Primärrechts der EU – hat sich auch in dogmatischer Hinsicht in die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG so weit vorgearbeitet, dass er heute zu den wesentlichen Grundsätzen zählt, dem alle gesetzgeberischen Erwägungen und selbstverständlich auch das anwaltliche Berufsrecht unterworfen sind. Entwickelt wurde der methodische Ansatz in der Rechtsprechung des EuGH. Politische Bedeutung erlangte er über die Verträge von Maastricht, die Säulenstruktur der EU und den Vertrag von Lissabon. Danach kann eine nationale Regelung nur dann im Sinne der sogenannten Schrankenpolitik der Grundfreiheiten zur Erlangung des erstrebten Ziels geeignet, dadurch begründet, aber auch gerechtfertigt sein, wenn gerade dieses Ziel, was erstrebt werden soll, vom Mitgliedstaat in der entsprechenden, zugrundeliegenden Rechtsmaterie in widerspruchsfreier Art – und damit kohärent – verfolgt werde.

Wer nun der Auffassung wäre, deutsche Gesetzgebung sei stets kohärent, irrite. *Hellwig*⁷ hat davon gesprochen, dass das Berufsgesellschaftsrecht in der BRAO in weiten Teilen vor dem Grundgesetz und den europäischen Grundfreiheiten keinen Bestand mehr habe, und sich auch auf die mangelnde Kohärenz bezogen. Man kann das anwaltliche Gesellschaftsrecht an Paradebeispielen deutscher Kanzleien und Sozietäten unter Berücksichtigung dieser Kohärenz-Dogmatik recht hübsch ausleuchten, um festzustellen, wie inkohärent auch die deutsche Gesetzgebung gewesen ist. Zwei Beispiele mögen das belegen:

a) War der Gesetzgeber konsequent und kohärent, als es um das Tätigkeitsgebot in § 59e I 2 BRAO ging, wonach Gesellschafter einer Rechtsanwalts-Gesellschaft dort beruflich tätig sein müssen?

Nein. Wir lassen auf Briefbögen und nach dem Anschein auch solche Berufsträger Sozietätsmitglieder sein, die ihr Büro überhaupt nicht betreten oder vielleicht nur Nachschau halten, ob wirtschaftlich alles bestens steht. Wie viele Kanzleien existieren, in denen „Counsel“ auftreten, und wie viele Bundesminister a.D.,

⁵ BRAK-Mitt. 2014, 87.

⁶ BRAK-Mitt. 2016, 78.

⁷ Vgl. *Hellwig*, AnwBl. 2016, 776 f.

sonstige Honoratioren und Altpartner finden sich auf Briefbögen, die sich in der Rechtsberatung in der Kanzlei überhaupt nicht mehr betätigen? Das zeigt, dass der Gesetzgeber das Erfordernis einer eigenen Mitarbeit nicht ernst nimmt. Dasselbe kann man im Übrigen im Hinblick auf das von einigen angemahnte Fremdkapitalbeteiligungsverbot ansprechen, das sich jedenfalls bei solchen Konstellationen nicht absichern lässt. Auch das Beispiel der Sternsozietät illustriert, dass ein Rechtsanwalt in einer Vielzahl von Sozietäten Mitglied – oder besser: inaktiver Mitverdiener – sein kann.

b) Hat der Gesetzgeber das Verbot der Verbindung von Rechtsanwälten mit Nicht-Anwälten, mit Dritten, so ausgestaltet, dass es durch nichts gefährdet worden wäre? Nein. Er hat das Gegenteil veranlasst. Sein Sündenfall war die Zulassung von Sozietäten mit Wirtschaftsprüfern, Patentanwälten oder Steuerberatern i.S.d. §§ 59e I, 59a I 1 u. 2 BRAO. Ein Blick in das Ausland zeigt, dass solchen Berufen häufig keine Anwaltssozietätsfähigkeit zuerkannt wird.

Kohärenzkontrolle bedeutet mithin, dass sich berufsrechtlich beschränkende Regelungen, die in Art. 12 GG eingreifen würden, durch den nationalen Gesetzgeber nicht begründen oder halten lassen, wenn die Gesetzesmaterie keine Kohärenz, d.h. keine einheitliche Ausrichtung an dem gewollten Ziele erkennen lässt. Damit ist die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zu einem Sturm geworden, dem die Deutsche Anwaltschaft derzeit – pardon – mit ihren in der Rechtsmehrheit vertretenden Auffassungen meist nur ein leichtes Hütchen entgegenhalten kann.

Ein Letztes: In dem aktuellen, relevanten Mitteilungsbericht der Europäischen Kommission vom 10.1.2017, der an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen gerichtet war, heißt es über die Reformempfehlungen für die Berufsreglementierung: „Alle Mitgliedstaaten sollten die Anforderungen hinsichtlich der Rechtsform und Beteiligungen, Unvereinbarkeitsregelungen und multidisziplinäre Einschränkungen prüfen“, wobei ausdrücklich an Deutschland der Hinweis erging, „für mehr Transparenz zu sorgen“.

So liegen die Fakten und Ausgangstatsachen, die für den BRAO-Ausschuss die wesentlichen Gesichtspunkte waren, die die Arbeiten und Erörterungen des Gesetzgebungsentwurfs der BRAK prägen.

II. ZU DEN KONKRETEN REFORMVORSCHLÄGEN DER BRAK

Um es vorweg zu nehmen – eines konnte der BRAO-Ausschuss als immens große Schwierigkeit bei seinen Erörterungen nicht aus dem Wege räumen:

Wer die Modernisierung des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften versucht, wird ständig mit dem hohen Reformbedarf im Recht der Personenge-

sellschaften im klassischen Gesellschaftsrecht konfrontiert. Zu diesem System führte *Hellwig*⁸ aus, dass es antiquiert, inkohärent und nicht mehr praxisgerecht sei, und er sieht Bedarf für eine grundlegende Neuordnung. Der Ausschuss und die BRAK gehen einen vermittelnden, evolutionären Weg, erkennen aber im Hinblick auf die Entscheidungen der Gerichte das europäische Recht und die Regelungen in anderen EU-Mitgliedstaaten die zwingende Notwendigkeit der Vorlage eines richtungweisenden Reformmodells des beruflichen Gesellschaftsrechts.

Meine Darstellung des Reformvorschlags zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht, die im engen Zusammenhang mit der bereits publizierten Gesetzestext-Synopse steht, gliedert sich in neun kleine Kapitel:

1. Die Neufassung der Überschrift des 2. Abschnitts des dritten Teils der BRAO, der die Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts und die berufliche Zusammenarbeit regelt,
2. die Beschreibung des Tatbestandsmerkmals Gesellschafter,
3. die Zulassung neuer Gesellschaften; insbesondere die KG,
4. die Zulassung von Tochtergesellschaften,
5. die Sicherung der Verschwiegenheitspflicht und des Verbots der Wahrnehmung widerstreitender Interessen bei Interessenkollisionen in anwaltskonzernähnlichen Gebilden,
6. die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Konzernstrukturen,
7. Fragen zur Fremdkapitalbeteiligung,
8. Hinweise zu den übrigen Einzelregelungen und
9. die Geltung des EuRAG – zur Umsetzung der Richtlinien.

KAPITEL 1

Zur Benennung des 2. Abschnitts des dritten Teils der BRAO, der bislang mit „Rechtsanwaltsgesellschaften“ überschrieben ist:

Mit der neuen Überschreibung „Berufsausübungsgesellschaften“ wird dem Umstand Rechnung getragen, dass neben den Rechtsanwaltsgesellschaften im 2. Abschnitt nunmehr auch sonstige Berufsausübungsgesellschaften in §§ 59n bis 59o des Entwurfs (nachfolgend nur noch E) geregelt werden. Zur Klarstellung geben u.a. die Überlegungen zum Fremdkapitalbesitzverbot Anlass.

KAPITEL 2

Zum Tatbestandsmerkmal und zum Begriff des Gesellschafters:

Da die Erörterung der Frage, wer in welcher Form Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft sein kann,

⁸ Vgl. *Hellwig*, AnwBl. 2016, 776 f.

keine unlösbaren Probleme aufwirft, betrachte ich den Gesellschafter vor den neuen Gesellschaftsformen – um die Darstellung zu vereinfachen. Nach § 59e E tritt anstelle der verfassungswidrigen Regelungen des § 59a I 1 BRAO die Formulierung „Angehörige sozietätsfähiger Berufe“.

a) Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft sollen Rechtsanwälte, Rechtsanwaltsgesellschaften und Angehörige sozietätsfähiger Berufe sein, die sich – und diese Konkretisierung ist notwendig – in der Gesellschaft zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der beruflichen Befugnisse verbunden haben. Die Beschränkung auf Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, u.Ä. wäre mit der Rechtsprechung nicht mehr zu vereinbaren.

b) Entgegen anderen Auffassungen sind der BRAO-Ausschuss und die BRAK der Meinung, dass das Merkmal der Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Sinne des § 59a BRAO die wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzung zur Anerkennung der Gesellschaftereigenschaft sein muss. Was es im Übrigen zum Tätigkeitsgebot zu sagen gibt, ist bereits zuvor im Zusammenhang mit den überflüssigen gesetzgeberischen Schreibleistungen in § 59e I 2 BRAO erörtert worden.

c) Zur notwendigen Sperrminorität der Gesellschafter, zur Übertragung von Kapitalanteilen und zur Geschäftsführung und Vertretung komme ich im Kapitel zum Thema Fremdkapital zurück, um die wichtigen Zusammenhänge dort hervorzuheben.

KAPITEL 3

Zur Zulassung der RA-G und zur Beteiligung an beruflichen Zusammenschlüssen nach § 59c E; zu den neuen Rechtsformen der Rechtsanwaltsgesellschaften:

a) Zu den ganz wesentlichen Änderungsvorschlägen zählt, dass neben den Kapitalgesellschaften – RA-GmbH und RA-Aktiengesellschaft –, deren Unternehmensgegenstand die unabhängige Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist und die als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen werden können, nunmehr nach § 59c II E auch die Kommanditgesellschaft (KG) zugelassen werden soll, und zwar auch solche KGs, deren Komplementär eine Rechtsanwaltsgesellschaft ist (beispielsweise eine Rechtsanwalts-GmbH).

b) Die Diskussion über die Erweiterung der in § 59c E benannten Gesellschaften nahm im Ausschuss viel Raum ein. Das hängt mit der Entscheidung zusammen, in § 59c II E auch die KG zuzulassen. Mehrere Gründe bedingen diesen Reformvorschlagsteil:

Zum einen beobachten wir eine schwindende Bedeutung der Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, nachdem die Außen-GbR Rechtsfähigkeit erlangt hat. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁹ zeigt, dass beim zentralen Strukturmerk-

mal der Vermögenszuordnung kaum noch inhaltliche Unterschiede zwischen einer gesellschaftsrechtlichen Gesamthand und einer juristischen Person zu erkennen sind. Zum anderen lassen sich die Gesellschaften zwar typisieren, aber die wesentlichen praktischen Bedeutungen zeigen sich letztlich nur noch im Insolvenzrecht und vor allem im Ertragssteuerrecht. Während juristische Personen selbst Steuersubjekte sind, findet bei Personengesellschaften eine transparente Besteuerung auf der Ebene der mitunternehmerisch tätigen Gesellschafter statt. Das zeigen § 1 I KStG versus § 15 I 1 Nr. 2, § 18 I Nr. 1 EStG auf.

Unterschiedliche Argumente waren zu gewichten:

aa) De lege lata kann eine Rechtsanwaltsgesellschaft nicht in der Rechtsform der KG zugelassen werden. Das verbietet § 161 I HGB, da der Gesellschaftszweck einer KG auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtet sein muss. § 2 II BRAO schreibt indessen fest, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts kein Gewerbe ist.

Aus diesem Grunde ist in § 59c II 2 E konstituierend eingefügt, dass die dort genannte Gesellschaft abweichend von § 161 I HGB kein Handelsgewerbe ausübt. Die nach geltendem Recht fehlschlagende Gesellschaftsform würde unter Berücksichtigung der neuen Abweichungsregelung des Reform-Entwurfes zugelassen werden können. Es bedarf dieses Kunstgriffes, der die handelsrechtliche und die berufsrechtliche Zweckbestimmung unterschiedlich definiert.

bb) Für die Zulassung der KG sprechen vor allem zwei Gesichtspunkte:

Zum einen ist die deutsche Gesetzeslage europarechtlich insuffizient und behindert die Freizügigkeit der Rechtsanwälte, die nach der Niederlassungs- und Dienstleistungsrichtlinie geboten ist. So sind Zweigstellen in Deutschland für polnische und niederländische Gesellschaften derzeit – europarechtswidrig – noch nicht möglich. Mit der Zulassung wird zugleich die durch die Kammern gewünschte, begrenzte Sozietätsfähigkeit mit anderen Berufen und damit die eingeschränkte Bedingung, Anteile halten zu können, durch diese Gesellschaftsform unterstützt. Zugleich kann auch der von der Europäischen Kommission geübten Gleichsetzung von Rechtsform und Beteiligungsverhältnissen entgegengewirkt werden. Was Ausländer im Inland dürfen, darf Inländern im Inland im Übrigen nicht verboten werden. Die Anti-Diskriminierungs-Richtlinie macht es daher (zwingend) erforderlich, die KG auch für die deutsche Anwaltschaft zu öffnen.

Zum anderen überzeugt bei der KG die wirksame Beschränkung der Haftung – beispielsweise über eine Anwalts-GmbH als Komplementärin. Die Beschränkung gilt dabei nicht nur für die berufliche, sondern für die gesamte Haftung des Berufsträgers. Damit wird erstmals eine effektive Vermeidung der persönlichen Haftung der Kommanditisten für alle Verbindlichkeiten ermöglicht, wenn als Komplementär beispielsweise eine Anwalts-GmbH gewählt werden würde.

⁹ Vgl. BGHZ 146, 341.

c) Gegen die Einführung der KG, die für Rechtsanwälte wohl nur mit einer GmbH-Komplementärin, nicht aber mit einem persönlich haftenden Gesellschafter attraktiv sein dürfte, sprechen fünf Gesichtspunkte; ein gewichtiger und vier eher durchschnittliche:

- Ob § 59c II 2 E die Fiskalgesetzgebung und Rechtsprechung beeindrucken würde, und solche Gesellschaften nicht der Gewerbesteuerpflicht unterworfen wären, ist eine offene Frage und zugleich eine der offenen Flanken, die für das Einsickern einer gewerbesteuerlichen Veranlagung der Anwaltschaft insgesamt verantwortlich werden könnte.
- Ein weiterer Nachteil, der aber durch die Gestaltung gebleicht werden kann, liegt in der Steuerbelastung bei der KG. Durch die doppelte Besteuerung – auf der Ebene der Gesellschaft, und im Ausschüttungsfall auf der Ebene der Gesellschafter, ergibt sich eine höhere Steuerlast als bei der Kapitalgesellschaft.
- Ebenfalls nachteilig – aber beherrschbar – ist die Bilanzierungspflicht, die an die Stelle der vertrauten Einnahme-Überschussrechnung tritt. Ferner greift die Besteuerung mit der Rechnungsstellung, und nicht nach dem Zuflussprinzip.
- Im Übrigen verlangt die Publizitätspflicht der KG, dass sich jeder Wettbewerber, Mandant und Angestellter eine Vorstellung von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und den Verhältnissen in der Kanzlei bilden können muss.
- Schließlich ist insolvenzrechtlich zu beachten, dass bei Haftungsfällen eventuell Rücklagen zu bilden sind, die wiederum zur bilanziellen Überschuldung und damit zur Insolvenzantragspflicht führen können.

KAPITEL 4

Zur Tochtergesellschaft:

a) Der Ausschuss hat sich einstimmig dafür ausgesprochen, die Beteiligung von Rechtsanwälten an Tochtergesellschaften und Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zuzulassen. Voraussetzung ist, dass Tochtergesellschaft und Zusammenschluss den Anforderungen der §§ 59c ff. E genügen. Anlass für die Einführung einer Tochtergesellschaft ist, dass § 49 I 2 i.V.m. § 54 AEUV – abweichend von Art. 11 der Niederlassungsrichtlinie – auch Tochtergesellschaften als Ausprägung der Niederlassungsfreiheit der nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft, die ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union unterhalten, vorsehen. Damit ist die Beschränkung der Gründung solcher Tochtergesellschaften verboten. Die Versagung einer Tochtergesellschaft wäre de lege ferenda europarechtswidrig.

b) Diese Feststellung ist beseelt von dem Gedanken, wie es im Hinblick auf die Auskunftspflichten in einem konzernähnlichen Gebilde (Mutter – Tochter/Mutter – Enkel) um die Verschwiegenheitspflicht gem. § 203 StGB

und die Interessenkollisionen bestellt ist. Das führt in den Kern des folgenden Kapitels.

KAPITEL 5

Die Sicherung der Verschwiegenheitspflicht und des Verbots der Wahrnehmung widerstreitender Interessen:

Der Ausschuss hat sich im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben, so die Entscheidung des EuGH vom 17.12.2015 zum Thema „Steuerberatung über die Grenze“¹⁰ und den von *Henssler* zum Thema europäische Anwaltsgesellschaften¹¹ publizierten Vorstellungen für die Zulässigkeit von Tochtergesellschaften und konzernähnlichen Strukturen ausgesprochen.

a) Um das im Interesse der Auftraggeber strafrechtlich geschützte, besonders hohe Gut der Vertraulichkeit des Geheimnisses im Sinne der allgegenwärtigen, wertvollen Berufsbildkennzeichnung zu pflegen, hielt der Ausschuss zwingend die Schaffung des § 59m III E für geboten, wonach die Mitglieder der geschäftsführenden Organe, sonstige Vertreter der Gesellschaft sowie die Mitglieder der durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Aufsichtsorgane und anderer Gremien der Rechtsanwaltsgesellschaft zur Verschwiegenheit verpflichtet werden.

Die Bestimmung ist notwendig, weil beispielsweise die Erteilung eines Auftrags an eine Tochtergesellschaft wegen der Auskunftsrechte der Gesellschafter nach § 51a GmbHG es mit sich brächte, dass entsprechende Geheimnisse auch der Muttergesellschaft offenbart werden müssten. Ein Geheimnis wäre schon der Umstand, dass ein Mandatsverhältnis zwischen Tochter und Auftraggeber bestünde. Ein Geheimnis darf aber durch den, dem es zur Verschwiegenheit anvertraut wurde, nicht ohne Ermächtigung des Auftraggebers an einen Dritten – gleichviel ob er selbst als Berufsträger der Verschwiegenheitspflicht unterliefe, oder ob das nicht der Fall wäre – weitervermittelt werden.

Zwar kann § 59m E den Anwendungsbereich des § 203 StGB insoweit nicht ändern, die Bestimmung erzielt aber nach außen mit Wirkung an den Konzerngrenzen die Geheimhaltung innerhalb des Anwaltsunternehmensgebildes. Allerdings ist mehr erforderlich: Hinsichtlich § 59m III E wird in § 203 StGB eine weitere, korrespondierende Harmonisierungsregelung eingeführt werden müssen, um die jetzt gegebene Strafbarkeit – Übertragung von Informationen ohne Zustimmung des Auftraggebers im Konzern – abzuwenden.

Bedacht wurde, dass in § 203 I Nr. 3 StGB die dort aufgeführten Normadressaten um den Gesellschafter ergänzt werden müssen, der damit auch unter die strafbewehrte Verschwiegenheitspflicht fiele.

b) Was das Thema der Interessenkollision angeht, verweist § 59m E für Rechtsanwaltsgesellschaften auf

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2015 – C-342/14, NJW 2016, 857.

¹¹ Vgl. *Henssler*, AnwBl. 2016, 201-207.

die Vorschriften des 3. Abschnitts des 2. Teils und nimmt u.a. § 45 III BRAO in den Kanon der genannten Bestimmungen auf. Damit wird schon das Vorbefassungsverbot – wie bei Sozietäten oder anderen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung Verbundenen – auf die Rechtsanwaltsgesellschaft erstreckt. Diese Erstreckung hält der Ausschuss für genügend, um dem Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen bei auftretenden Kollisionen wirksam entgegenzusteuern.

KAPITEL 6

Zur Aufklärungspflicht bei Konzernstrukturen:

Aufklärungspflichten über Konzernstrukturen, wie sie in § 59c III 2 E aufgenommen wurden, sind ebenso unerlässlich. Zwar wurde zunächst die Auffassung vertreten, eine Aufklärungspflicht über Konzernstrukturen solle man nicht befürworten. Denn sie sei auch in anderen Bereichen des Geschäftslebens oder der freien Berufe nicht anzutreffen. Indessen hat die Entscheidung des BVerG vom 12.1.2016 zur Rechtsanwalt-Arzt-Apotheker-„Wohngemeinschaft“¹² verdeutlicht, dass man stets fragen müsse, wem der Auftraggeber sein Geheimnis anvertraue. Zugleich muss der Rechtsanwalt schon bei der Mandatsanbahnung verdeutlichen, dass das Geheimnis allen anvertraut werde. Die berufsrechtliche Erstreckung der Verschwiegenheitspflicht auf sozietätsfähige Berufe sei möglich, nicht aber auf nicht-sozietätsfähige Berufe.

Im Ergebnis haben wir entschieden, dass es der nunmehr in § 59c III 2 E aufgenommenen Anordnung zwingend bedürfe. Bestehen Beteiligungen, sind alle Gesellschaften und Zusammenschlüsse verpflichtet, auf allen Geschäftsbriefen i.S.v. § 80 AktG, § 35 GmbHG auf die bestehende Beteiligungsstruktur in geeigneter Weise hinzuweisen. Wer sich an die Mahnung des Rates der EU erinnert, die ich zuvor zitierte, wird an dieser – der Transparenz und Rechtsklarheit dienenden – Bestimmung gewiss Gefallen finden.

KAPITEL 7

Neuregelungen, die die sogenannte Fremdkapitalbeteiligung berühren:

Lassen Sie mich jene Überlegungen vorstellen, die im Zusammenhang mit einer Fremdkapitalbeteiligung stehen und die in unterschiedlichen Bestimmungen der Entwurfsfassung Raum erhielten und lebendig werden.

a) § 59c III E, der bereits erörtert wurde, beschränkt die Gesellschafter der Mutter- wie der Tochtergesellschaft auf sozietätsfähige Berufsträger. Wenn sich eine Rechtsanwaltsgesellschaft an einer Tochtergesellschaft oder Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung i.S.v. § 59c III E in zulässiger Weise beteiligt und den entwurfsgemäß geltenden §§ 59c ff. genügt, besteht im Hinblick auf eine Fremdkapitalbetei-

gung, die ungewollt und systemwidrig wäre, kein durchgreifendes Problem.

b) § 59e E regelt de lege lata, dass Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft dort beruflich tätig sein müssen. Der Ausschuss hat in § 59e E anstelle des bisherigen Tätigkeitsgebots die Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung i.S.v. § 59a BRAO zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Gesellschaftereigenschaft gemacht. Das hatte ich bereits angesprochen. Damit korrespondieren Beteiligungen mit der entsprechenden Sozietätsfähigkeit und dadurch ist nach der Auffassung des Ausschusses das Problem gelöst.

c) Die in § 59e II E aufgenommene Anordnung, dass Rechtsanwälten oder Rechtsanwaltsgesellschaften mehr als ein Viertel der Kapitalanteile und der Stimmrechte zustehen müssen, ist eine Absicherungsbestimmung für das damit erstrebte Ziel, wonach Rechtsanwälte den Charakter der Gesellschaft in nennenswerter Weise prägen sollen. Im Übrigen soll durch den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung geregelt werden, dass die Bestimmungen des Berufsrechts durch alle nicht anwaltlichen Berufsträger anerkannt, respektiert und geachtet werden müssen, um Bestrebungen, den prägenden Charakter der Rechtsanwaltsgesellschaft feindlich zu ändern, zu verhindern.

d) Auch die Bestimmung des § 59e V E sichert über die Anordnung, bei der Übertragung von Kapitalanteilen müsse die Zustimmung der Gesellschafterversammlung eingeholt werden, die Entscheidungsfreiheit der Berufsträger, wer künftig in die Sozietät aufgenommen werden soll. Ich hebe ausdrücklich hervor: Erforderlich ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung und nicht etwa die Zustimmung der Gesellschaft. Das macht einen großen Unterschied, weil die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft durchaus andere sein können, als die, die sich bei der Gesellschafterversammlung zeigen.

KAPITEL 8

Knappe Hinweise zu den übrigen Entwurfsregelungen:

Eine gute Zahl der weiteren Entwurfsregelungen, die bisher nicht angesprochen wurden, erschließt sich bei der Durchsicht der der Begründung beigefügten Synopse bereits auch aus dem Vergleich der bestehenden mit der Entwurfsgesetzeslage. Ich lasse deshalb § 59f E – die Regelungen zur Geschäftsführung und Vertretung – unerörtert, weise aber ausdrücklich auf die zu Nr. 2. im 2. Abschnitt der BRAO unter der neuen Überschrift „Berufsausübungsgesellschaften“ in §§ 59n, 59o E angesprochenen, sonstigen Berufsausübungsgesellschaften hin. Solche Berufsausübungsgesellschaften können auf Antrag zugelassen werden, damit sie Postulationsfähigkeit und die Mitgliedschaft in einer Rechtsanwaltskammer erlangen können.

¹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, BRAK-Mitt. 2016, 78.

KAPITEL 9**Zu den der Synopse vorangestellten grundsätzlichen Ausführungen; hier zum Hinweis auf das EuRAG:**

§ 8 IV des EuRAG-Änderungsentwurfs stellt für alle klar, wie im Mitgliedstaat – hier die Bundesrepublik Deutschland – die nach der Niederlassungsrichtlinie 98/5 EG eingeräumte Möglichkeit einer Beschränkung der gemeinschaftlichen Berufsausübung in Deutschland umgesetzt wird. Diese neu gefasste Bestimmung halten wir aus den Gründen der Notwendigkeit einer Klarstellung für geboten.

III. CONCLUSIO

Mit dem ohne Gegenstimmen auf der BRAK-Hauptversammlung angenommen Entwurf des BRAO-Ausschus-

ses bekleidet die BRAK nunmehr eine Führungsposition in der Diskussion, um auch zu verdeutlichen, dass das anwaltliche Berufsrecht, an den Vorstellungen und Überzeugungen der deutschen Anwaltschaft orientiert, weiterentwickelt werden soll und nicht durch die Entscheidungen verschiedenster Gerichte. Da die Materie kompliziert ist, verdient sie die breite Aufmerksamkeit und intensivste Diskussion der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland.

Für die mehrjährige engagierte Arbeit des BRAO-Ausschusses erlaube ich mir, seinen Mitgliedern, Frau Schulze-Althoff und den Herren Dr. Fischer-Zernin, Dr. Haselbach, Kramer, Dr. Mollnau, Pohl, Schaeffer, Dr. Siegmund, Dr. Zwade, Herrn Geschäftsführer Dahns, Frau Geschäftsführerin Buchmann und Herrn Vizepräsidenten der BRAK, Dr. Wessels, im Namen aller meinen vorzüglichen Dank auszusprechen.