

# ZUR DISKUSSION

## LIEBE PANDORA, ÖFFNE DIE BÜCHSE NICHT!

### ANMERKUNGEN ZUM MINISTERIELLEN ECKPUNKTEPAPIER FÜR EINE NEUREGELUNG DES BERUFSRECHTS DER ANWALTlichen BERUFSÄUSÜBUNGSGESELLSCHAFTEN

RECHTSANWALT OTMAR KURY\*

#### EINLEITUNG

Das am 27.8.2019 durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Thema „Eckpunkte für eine Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe“ publizierte Papier gibt Anlass zu freundlich-zurückweisenden, kritischen und zustimmenden Anmerkungen. Zur Ablehnung und zur Kritik sehe ich mich durch herausragend bewährte, rechtlich überzeugende und für das tradierte, aber auch moderne Berufsbild der Anwaltschaft tragende und prägende Elemente verpflichtet. Die wesentlichen Erwägungen, die mit großer, entschiedener Bestimmtheit im BRAO-Ausschuss der BRAK ihre Bestätigung in einem einstimmigen Votum fanden, lassen sich in sechs Kapiteln vorstellen.

#### KAPITEL I

**Kann es für die deutsche Anwaltschaft im Herbst 2019 eine überzeugende Begründung geben, die im Eckpunkt Nr. 3 vertretene Position der Öffnung des deutschen Rechtsmarktes als verbindliche Grundlage unserer berufsrechtlichen Überzeugung heranzuziehen?**

Nein! Mit dem Selbstverständnis und dem Selbstbewusstsein der deutschen Anwaltschaft sehen wir in jenem am 27.4.2018 durch die BRAK-Hauptversammlung verabschiedeten Reform- und Gesetzgebungsvorschlag das Modell eines modernen Gesellschafts- und Berufsrechts, das in der derzeitigen Diskussion jeden Herausforderungen gewachsen und mit dem europäischen Recht und dem allgegenwärtigen Rechtsgedanken der Kohärenz vollständig vereinbar ist.

Eckpunkt 3 erweckt indessen Erinnerungen an jene griechische Dichtung, nach der die höchste olympische Gottheit Zeus der aus Lehm und zur Strafe der Menschheit erschaffenen ersten Frau eine Büchse schenkte und sie mahnte, jene Büchse stets geschlossen zu halten.

Was aber tat Pandora? Nachdem sie sich vermählt hatte, gab sie sie an Epimetheus weiter, der reichte sie ihr

zurück und sie öffnete die Büchse: Alle Sünden, Untugenden und Laster entwichen... Nun ist das Eckpunktepapier nicht in der griechischen Mythologie erwachsen. Aber es hat mit Pandoras Büchse einiges gemein.

Denn plötzlich öffnet das Ministerium den geordneten Rechtsmarkt, der seine entscheidende Prägung auch durch die Qualifikation der am Grundgesetz orientierten deutschen Anwaltschaft erfährt, der ganzen Welt, zu der auch Diktaturen, Willkür- und Unrechtsregime zählen. Weder wird auf die Verbriefung des Gedankens der Gegenseitigkeit rekurriert, noch erläutert, weshalb im Herbst 2019 alle Türen zum deutschen Rechtsmarkt aufgerissen werden müssten.

1. Berufsrechtspolitik lässt sich zum Themenkreis Eckpunkt Nr. 3 indessen nur mit einer klaren Vorstellung der Rechtspolitik definieren: Wir wollen in Deutschland nur ein Berufsrecht, das sich mit den vorzüglichen Werten der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland verträgt. Dieses Grundgesetz, das durch seine Mütter und Väter im Angesicht entsetzlichen Terrors und – ich hebe hervor – von Leichenbergen verfasst wurde, aber gerade auch deshalb unser Gemeinwesen verklammert, hat Grundsätze festgeschrieben, die in vielen Staaten noch nicht einmal angedacht werden. Neben den Grund- und Menschenrechten erinnere ich an die Regelungen des Rechtes auf Gehör, des Willkürverbotes und – wiederholend – auf die hier sehr weitgehend gelebte Gleichheit der Menschen vor Recht und Gesetz.

2. De facto führt Eckpunkt Nr. 3 dazu, allen ausländischen Gesellschaftsformen aus sämtlichen Staaten die Befugnis zur Rechtsdienstleistung und auch die Postulationsfähigkeit (!) zu verschaffen. Eckpunkt Nr. 3 nimmt keinen Bezug auf § 206 BRAO und unterscheidet nicht zwischen Mitgliedsländern der Welthandelsorganisation und Nichtmitgliedern. Darüber hinaus ist das Recht auf Gegenseitigkeit nicht verbrieft und selbst rudimentäre Regeln dafür, wie hier die Einhaltung der originären, in Drittländern bestehenden Berufspflichten geprüft und sichergestellt werden könnte, fehlen im Ansatz.

Der Gesetzgeber der Bundesrepublik hätte im Fall der durch Eckpunkt Nr. 3 vorgesehenen Öffnung des Rechtsmarktes keine Möglichkeit, eine völkerrechtlich verpflichtende Gegenseitigkeitsregelung zu schaffen, was aus Art. 2 des General Agreement on Trade in Services (GATS) folgt.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Hamburg und Vorsitzender des Berufsrechts-Ausschusses der BRAK und war von 2007–2018 Präsident der RAK Hamburg.

Die Welthandelsorganisation (WTO), Genf, bildet mit der Weltbank und dem IWF eine Verhandlungsgruppe, die sich weltweit der Wirtschafts- und Handelspolitik widmet. Ziel ist der Abbau von Schranken beim Handel und dessen Liberalisierung. Die derzeit 164 Mitglieder, zu denen alle Staaten der EU zählen, haben 1995 ein allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen abgeschlossen, das sog. GATS. Dessen Art. 2 manifestiert eine Meistbegünstigungsklausel. Die untersagt Deutschland die Öffnung des Rechtsdienstleistungsmarktes von der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abhängig zu machen.

Alleine das ist bereits ein gravierender Grund, gegen Eckpunkt Nr. 3 zu votieren.

## KAPITEL II

### Eckpunkt Nr. 3 kann nicht als eine Klarstellung der in §§ 59a, 206 BRAO verbrieften Rechtslage betrachtet werden.

Nach § 206a I BRAO ist ein Angehöriger eines Mitgliedsstaats der WTO, der einen Beruf ausübt, der in Ausbildung und Befugnissen dem deutschen Rechtsanwalt entspricht, berechtigt, sich unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaats zur Rechtsbesorgung auf den Gebieten des Rechts der Herkunftsstaaten und des Völkerrechts in Deutschland niederzulassen, wenn er auf Antrag in die für den Ort seiner Niederlassung zuständige Kammer aufgenommen worden ist. Solche Anwälte sind im Inland sozietätsfähig, auch wenn sie ihre Kanzlei im Ausland unterhalten.

1. Dass über dieses Vehikel gebildeten Berufsausübungsgesellschaften durch §§ 59a, 206 BRAO die Rechtsdienstleistungsbefugnis oder gar die Postulationsfähigkeit verliehen werden würde, lässt sich nicht begründen. Sicher ist auch, dass nach § 2 der Verordnung zur Durchführung von § 206 BRAO die Anwaltschaft der dort nicht genannten Staaten den nach § 206 BRAO beschriebenen Minimalzugang zum deutschen Rechtsmarkt nicht innehaben.

Die tatsächlichen Verhältnisse lassen sich klar beschreiben: WTO-Mitglieder sind 164 Staaten, aber nur 45 Staaten sind in der Durchführungsverordnung zu § 206 BRAO aufgenommen.

2. Beachtet werden muss, dass die WTO-Mitgliedstaaten nach den General Agreements on Trade in Services (GATS) die Dienstleistungssektoren selbst festlegen, die sie dem ausländischen Interessenten öffnen wollen. 1995 hat Deutschland dazu eine Regelung anerkannt und bestimmt, dass für den Teilssektor „Rechtsberatung, Recht des Heimatstaats und Völkerrecht (ohne EU-Recht)“ der Zugang nur vorbehaltlich der Aufnahme in eine Rechtsanwaltskammer nach den Vorschriften der BRAO möglich sei, die eine auf Einzelpersonen und Sozietäten beschränkte Niederlassung erfordert.

In den Verhandlungsprotokollen und den Motiven kann nachgelesen werden, dass Deutschland die Einfuhr von ausländischen Kapitalgesellschaften in den deutschen Rechtsmarkt verhindern wollte und die Frage der forensischen Tätigkeit durch die Länderlistenregelung ohnehin nie erfasst war. Das macht der Begriff „Rechtsberatung“ hinreichend deutlich.

3. Hinzu kommt, dass § 206 BRAO per se keinerlei Regelungen für die sonstigen Anforderungen an das Berufsrecht der Angehörigen aus anderen Staaten kennt; so wird nichts zu den das Berufsbild des deutschen Rechtsanwalts prägenden Elementen gesagt. Das Gesetz schweigt zur Sicherung und Gewährleistung der wichtigsten Elemente

- der Unabhängigkeit,
- der Verschwiegenheitspflicht,
- des Verbots der Wahrnehmung widerstreitender Interessen,
- des Fremdbesitzverbotes gem. § 59e III BRAO und
- der Versicherungspflicht.

Auch daraus folgt, dass das Gesetz die angesprochene „Einfuhr“ entsprechender ausländischer Berufsausübungsgemeinschaften ersichtlich nicht im Sinne hatte.

4. Geboten ist ein Blick in das Rechtsdienstleistungsgesetz, wie die Hanseatische Rechtsanwaltskammer Hamburg in ihrer durch Herrn Präsidenten Dr. Lemke mitverfassten, exzellenten Stellungnahme hervorhob:

§ 3 RDG begründet ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Nur durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung darf selbstständig eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung erbracht werden. Deren Umfang wird durch das Gesetz geregelt. Privilegiert sind die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, nicht aber freiberufliche oder gewerbliche Unternehmen etwa deshalb, weil sich diese eines Rechtsanwalts als Angestellten oder Subunternehmens bedienen, wie der BGH zu einem Fall der „Finanz-Sanierung“ urteilte.<sup>1</sup>

Deshalb regelt § 7 IV PartGG i.V.m. §§ 59c, 59I BRAO die Rechtsdienstleistungsbefugnis und Postulationsfähigkeit von Rechtsanwaltsgesellschaften gesondert. Und nur für die GbR hat der Bundesgerichtshof bislang in einer Einzelfallentscheidung ausgeführt, dass die Rechtsdienstleistungsbefugnis des dort tätigen Berufsträgers auf die GbR durchdringe und durchschlage.<sup>2</sup> Nichts spricht nach meiner Auffassung dafür, dass die Regelungen dieser Einzelfallentscheidung des IX. Zivilsenats nun auch auf Gesellschaften ausländischer Rechtsform anzuwenden wären, wenn deren Länder in der zu § 206 BRAO geführten Liste aufgenommen wurden.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 3242 Rn. 22 – „Finanz-Sanierung“; BGH, NJW-RR 2016, 693 – „Anwalt als Erfüllungsgehilfe eines Unternehmens“.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 9.12.2010 – IX ZR 44/10 Rn. 8.

**CONCLUSIO**

Aus diesen Gründen lehnen wir den Eckpunkt Nr. 3 des Ministeriumspapiers gänzlich ab.

Es kommt nicht in Frage, jeglichen ausländischen Gesellschaftsformen, gleich aus welchen Ländern sie stammen sollten, die Rechtsdienstleistungsbefugnis und Postulationsfähigkeit an die Hand zu geben – schon gar nicht ohne verbürgte Gegenseitigkeit und ohne Rücksicht auf die Tatsache, wie die Einhaltung der Berufspflichten von Gesellschaften mit Sitz im Nicht-EU-Ausland überprüft werden könnte. Eckpunkt Nr. 3 ist letztlich inkohärent und nicht diskriminierungsfrei.

**KAPITEL III**

**Erwägungen, sofern das Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (TiSA) fortgeführt werden sollte:**

Das Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Trade in Services Agreement – TiSA) dient ebenfalls dessen Liberalisierung. Derzeit sind neben den EU-Staaten 23 weitere WTO-Mitglieder an das Abkommen gebunden. All diese Länder sind für mehr als 70 % des weltweiten Handels mit Dienstleistungen verantwortlich. Die Verhandlungen sollen weitergeführt werden. Bestimmte Termine stehen noch nicht im Raum.

Dann, wenn die Runde der Verhandlungspartner erweitert werden sollte und weitere Partner beitreten, kann der Eckpunkt Nr. 3 Anlass zur weiteren Erörterung und möglicherweise auch zur Umsetzung verschiedener Regelungen sein. Sollten die Verhandlungen fortgesetzt werden, muss Eckpunkt Nr. 3 zu den Berufsausübungsgesellschaften aus Drittstaaten im Lichte der Eckpunkte Nr. 11 und Nr. 12 gesehen und der jeweils verwendete Begriff der Berufsausübungsgesellschaften identisch interpretiert werden. Zugleich ist am Prinzip der personalen Verantwortung der einzelnen Berufsträgerinnen und -träger festzuhalten und Berufsausübungsgesellschaften müssen selbst Träger von Berufspflichten und Adressat berufsrechtlicher Sanktionen sein.

Dies ist für weitere Erörterungen von Eckpunkt Nr. 3 im Zusammenhang mit der Fortführung von TiSA eine unbedingte Selbstverständlichkeit.

**KAPITEL IV**

**Zum Fremdbesitzverbot, zum „Fremdkapital“ (Eckpunkte Nr. 6 und Nr. 7):**

Jede Einschränkung des in § 59e III BRAO statuierten Fremdbesitzverbots ist nach der Auffassung des Ausschusses unter Berücksichtigung intensivster und breitester Diskussionen mit strengster Klarheit abzulehnen. Soweit das Eckpunktepapier am Verbot der Fremdkapi-

talbeteiligung festhalten will, ist das die richtige Entscheidung. Darüber hinausgehende Öffnungserwägungen des Ministeriums sind inkohärent und für die Rechtspflege gefährlich.

Unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit den ABS (Alternativ Business Structures) in Großbritannien, nach der Betrachtung der Rechtsverhältnisse in anderen Staaten und im Hinblick auf die Historie des Fremdbesitzverbots gibt es keinerlei Anlass, etwa alternative Finanzierungswege, beispielsweise im Bereich von Legal Tech, zu eröffnen: Das Gift der Inkohärenz in diese so wichtige Regelung des Fremdbesitzverbots einzugießen, kann nicht die Aufgabe der deutschen Anwaltschaft sein, auch wenn schon früher der eine oder andere Sündenfall zu beklagen war. Es gibt auch keinen vernünftigen Grund, das Fremdbesitzverbot wegen etwaigen Finanzierungsbedarfs im Bereich Legal Tech aufzuweichen.

Im Übrigen ist dazu bereits alles gesagt; ich verweise auf den Beschluss der Hauptversammlung vom 27.4.2018 und meine früheren Ausführungen.<sup>3</sup>

**KAPITEL V**

**Eine notwendig-strenge Anmerkung zu Eckpunkt Nr. 9 – interprofessionelle Zusammenarbeit:**

Eckpunkt Nr. 9 dient der Anwaltschaft nicht. Zum einen wird der Begriff des „vereinbaren Berufs“ nicht erläutert, und zum anderen taugt § 7 Nr. 8 BRAO nicht zur Definition „unvereinbarer Berufe“ bei der Bestimmung interprofessioneller Zusammenarbeit.

1. Unvereinbare Berufe sollen solche sein, die für einen Rechtsanwalt – wohlgerne in der Rolle als Nebentätigkeit – nach § 7 Nr. 8 BRAO mit seinem Hauptberuf des Rechtsanwalts unvereinbar wären. Das sind jene Tätigkeiten, die ihn als unabhängiges Organ der Rechtspflege zu desavouieren oder das Vertrauen in ihn oder seine Unabhängigkeit zu gefährden im Stande wären. Ein solches Kriterium ist indessen ungeeignet, um sozietätsfähige Berufe herauszukristallisieren.

Vielmehr sind Kriterien zu finden, die eine Zusammenarbeit des Rechtsanwaltes mit einem anderen Beruf im Interesse des Rechtssuchenden und der Rechtspflege gestatten. Zweifellos gilt das für den Wirtschaftsprüfer, den Steuerberater, nunmehr auch für den Arzt und den Apotheker. Vielleicht gilt das auch noch für einen Ingenieur oder Architekten – aber all diese Fragen sind noch offen.

2. Geboten ist wegen der unbedingten Notwendigkeit, dass die Zusammenarbeit mit Dritten nicht zu einer Aushöhlung des Mandantenschutzes führt, eine restriktive Beurteilung. Erneut rekurriere ich auf

<sup>3</sup> Vgl. Kury, Für ein modernes anwaltliches Gesellschafts- und Berufsrecht, Kapitel VII., BRAK-Mitt. 2018, 165, 170.

- die Verschwiegenheitspflicht,
- das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen und
- die Zeugnisverweigerungsrechte und die Beschlagnahmefreiheit im geordneten Verfahren der Strafjustiz.

Die vom BVerfG wiederholt deutlich gemachte Notwendigkeit der Effizienz einer funktionierenden Strafrechtspflege lässt keinerlei Spielereien zu. Zu bedenken ist, dass viele statusbildende Berufspflichten, wie die Verschwiegenheitspflicht und die unbedingte Parteilichkeit, gar strafbewehrt sind, wie §§ 203 oder 356 StGB belegen.

3. Nach dem Eckpunktepapier könnte ein Lokomotivführer, ein Imker, ein Tattoo-Hautgraveur, ein Friedhofsgärtner oder ein Kunstschmied zur beruflichen Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt geeignet sein, da all diese Tätigkeiten nebenberuflich ausgeübt werden dürften. Anzunehmen, dass solche Berufsträger mit einem Rechtsanwalt zusammenarbeiten sollten, erreichte allerdings nach meiner Auffassung die Grenze der Einfalt. Weder ist ein rechtspolitisches Bedürfnis sichtbar, noch ein Interesse des Rechtsmarkts an derartigen Kooperationen.

Der Ausschuss hat daher nach dem Vorschlag von Herrn Kollegen Pohl, Berlin, § 59a BRAO dem Vorbild des § 44b WPO nachgebildet und vertritt einstimmig die Auffassung, dass diese Neufassung des § 59a BRAO zur beruflichen Zusammenarbeit das einzig Sinnvolle wäre, was sich die Anwaltschaft derzeit erdenken kann. Danach soll § 59a *Berufliche Zusammenarbeit* folgende Fassung erhalten:

*(1) Rechtsanwälte dürfen sich mit Angehörigen anderer freier Berufe, die der Aufsicht einer Berufskammer im Geltungsbereich dieses Gesetzes unterliegen und ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 der Strafprozessordnung haben, insbesondere mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden (Berufsausübungsgesellschaft).*

*(2) § 137 Abs. 1 Satz 2 der Strafprozessordnung und die Bestimmungen, die die Vertretung bei Gericht betreffen, stehen nicht entgegen. Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, dürfen eine solche Verbindung nur bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung eingehen. Im Übrigen richtet sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notar sind, nach den Bestimmungen und Anforderungen des notariellen Berufsrechts. (...)*

## KAPITEL VI

**Zu den Eckpunkten, die mit unserem Reform- und Gesetzesvorschlag zu einem neuen anwaltlichen Gesellschafts- und Berufsrecht korrespondieren, und die begrüßt werden:**

Soweit das Eckpunktepapier Überlegungen und Grundsätze mitteilt, die mit dem Reform- und Gesetzesvorschlag zu einem modernen Gesellschafts- und Berufsrecht der BRAK harmonisieren, verdienen sie die uneingeschränkte Zustimmung. Das gilt namentlich

- für die Intention des Ministeriums, Berufsausübungsgesellschaften der Rechtsanwaltschaft rechtsformneutral zu schaffen,
- für die Absicht des Ministeriums, berufsrechtliche Regelungen zu harmonisieren und damit möglichst einheitliche Ordnungen zu schaffen und
- für Berufsausübungsgesellschaften grundsätzlich den organisatorischen Zugriff zu allen nationalen und europäischen Rechtsformen zu eröffnen.

Darunter fallen selbstverständlich auch die Personenhandelsgesellschaften und – das ist wichtig – die GmbH & Co. KG.

Mit Blick auf den europäischen Wirtschaftsraum und die EU sind diese beiden Gebilde – im Vergleich mit anderen Wirtschaftsräumen und anderen Rechtsordnungen trotz gewisser, unschöner Ausnahmen – in besonderer Weise vom Geist der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit beatmet. Deshalb bejaht der BRAO-Ausschuss auch die Vorstellung des Ministeriums, die Berufsausübungsgesellschaften im genannten Wirtschaftsraum und der EU den allgemeinen Regelungen zu unterwerfen, die sich den Grundfreiheiten verpflichtet fühlen und sich zu Recht auf sie berufen.

Unsere Überlegungen zu den weiteren Eckpunkten des Papiers des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz können in ihrer Gesamtheit in der bereits im Oktober 2019 durch die BRAK veröffentlichten und durch den BRAO-Ausschuss erarbeiteten Stellungnahme Nr. 25/2019 entnommen werden. Die Stellungnahme setzt sich mit allen Eckpunkten des Ministeriums auseinander.

Für die engagierte Arbeit des Ausschusses erlaube ich mir, dessen Mitgliedern, Frau Schulze-Althoff und den Herren Dr. Fischer-Zernin, Dr. Haselbach, Kramer, Dr. Mollnau, Pohl, Schaeffer, Dr. Siegmund, Dr. Zwade, Geschäftsführer Dahns und Vizepräsident Haug, meinen vorzüglichen Dank auszusprechen.