



Stellungnahme Nr. 41 Juli 2023

Stellungnahme gegenüber dem BMJ zum EuGH-Vorlageverfahren AGH München, Beschluss vom 20. April 2023 – BayAGH III – 4 – 2021

Mitglieder des Ausschusses Europa

RAuN a.D. Kay-Thomas Pohl (Vorsitzender)

RA Dr. Hans-Joachim Fritz

RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen

RA Marc André Gimmy

RA Andreas Max Haak

RA Dr. Frank J. Hospach

RA Guido Imfeld

RA Maximilian Müller

RAin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens

RA Dr. Christian Lemke

RA Jan K. Schäfer, LL.M.

RAin Stefanie Schott

Prof. Dr. Gerson Trüg

RA Dr. Hans-Michael Pott

RA Andreas von Máriássy

RAuN Dr. Thomas Remmers, Vizepräsident, Bundesrechtsanwaltskammer

RAin Astrid Gamisch, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Ass. jur. Nadja Flegler, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Ass. jur. Frederic Boog, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer Brüssel

Ass. jur. Viliana Ilieva, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer Brüssel

Mitglieder des Ausschusses BRAO

RA Otmar Kury (Vorsitzender)

RAin Christine Bernard

RA Prof. Ingo Hauße

RAuN Jan J. Kramer

RAuN Dr. Marcus Mollnau

RAuN a.D. Kay-Thomas Pohl

RA Rolf G. Pohlmann

RA Jan Schaeffer

RA Dr. Alexander Siegmund
RA Dr. Uwe Wirsching
RA Dr. Christian Zwade

RA André Haug, Vizepräsident, Bundesrechtsanwaltskammer
RA Christian Dahns, Bundesrechtsanwaltskammer
Ass. jur. Nadja Flegler, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer erachtet die unionsrechtliche Verteidigung der in Deutschland geltenden berufsrechtlichen Vorschriften zum so genannten Fremdbesitzverbot vor dem Europäischen Gerichtshof für erfolgsversprechend und zwingend geboten.

Das Ziel der dem Vorlageverfahren zugrunde liegenden Klage ist darauf gerichtet, einem nicht dem anwaltlichen Berufsrecht unterworfenen Kapitalinvestor entgegen dem geltenden deutschen Recht die Beteiligung an einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft zu gestatten.

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer hat die Klägerin hierauf auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Bestimmungen keinen Anspruch. Die Möglichkeit der Beteiligung durch jeden Investor, der sich nicht dem Rechtsstaat und dem Zugang zum Recht verpflichtet fühlt, wird durch das Recht der Europäischen Union nicht nur nicht gefordert, sondern steht einer solchen Beteiligung sogar entgegen.

Die Europäische Union gründet auf der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit, Art. 2 EUV. Eine unabhängige, nur dem Rechtsstaat verpflichtete Rechtsanwaltschaft ist daher nach europäischem Recht zwingend. Ihre Sicherung ist ein nach europäischen Maßstäben hochwertiges Rechtsgut. Dieses Verständnis kommt sowohl in der Grundrechtecharta und Art. 6 EMRK, ganz zweifelsfrei aber auch im Sekundärrecht der Richtlinien zum Rechtsanwaltsberuf, zum Ausdruck. Der Europäische Gerichtshof hat dies ebenfalls in seiner Judikatur zu den Grundfreiheiten und zur Postulationsfähigkeit zum Ausdruck gebracht. Eine Regulierung, die der Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze, zu denen auch die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates, der Zugang zum Recht und das besonders sensible Vertrauensverhältnis eines Mandanten zu seinem Rechtsanwalt¹ gehören, ist zwingend erforderlich.

Die den Zugang zum Recht gewährende Beratung und Vertretung durch den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege muss weiterhin von der Gemeinwohlorientierung geprägt bleiben und nicht von der Profitmaximierung. Eine Fremdbeteiligung kann zu einer strukturellen Konfliktslage führen.

I. Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV

Art. 63 AEUV verbietet alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten untereinander sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern.

Das Regelungsgefüge des § 59 e BRAO a.F. sah im Ergebnis vor, dass nur Anwälte und Angehörige der in § 59a BRAO a.F. genannten Berufe Gesellschafter von Gesellschaften zum Betrieb von Anwaltskanzleien sein können. Vor dem Hintergrund des Gebots der Kapitalverkehrsfreiheit, hindern diese Regelungen auch Anleger aus anderen Mitgliedstaaten, die nicht der Anwaltschaft zugehörig sind, daran, Beteiligungen an diesen Gesellschaften zu erwerben. Die Klägerin hat die Kapitalverkehrsfreiheit in den Fokus ihrer Erwägungen gestellt. Wenn es um eine Berufstätigkeit wie die des Rechtsanwalts geht, sind eher die Niederlassungsfreiheit und die berufliche Freizügigkeit zu betrachten; jedenfalls hat

¹ Die Begriffe Rechtsanwalt, Anwalt, Syndikusanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte und Apotheker werden grundsätzlich als Berufsbezeichnung verwendet, daher wurde auf durchgehende geschlechtsspezifische Formulierung verzichtet. Im Text wird zur besseren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet. Im Übrigen gelten die Aussagen für Frauen und Männer gleichermaßen.

der Gerichtshof bislang nur diese Grundfreiheiten im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Anwalts erörtert. Die von der Klägerin gewählte Verschiebung zeigt, was ihr Verständnis der anwaltlichen Tätigkeit verfolgt, nämlich die – in anderem Zusammenhang durchaus legitimen – Interessen der Kapitalverwertung. Unabhängig von der Frage, ob der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV eröffnet ist, ist eine Beschränkung dieser jedenfalls gerechtfertigt:

Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder – für Unternehmen – des satzungsmäßigen Sitzes anwendbar sind, können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.²

Es gilt mithin im ersten Schritt festzuhalten, dass die nationale Regelung des § 59 e BRAO a.F. ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bzw. des Sitzes Anwendung findet.

Im zweiten Schritt bedarf es der Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die sich vorliegend aus dem Schutz der funktionsfähigen Rechtspflege, der Sicherstellung des Zugangs zum Recht und der Qualitätssicherung der Rechtsberatung ergeben.

Das Ziel, einen sicheren und qualitativ hochwertigen Zugang zum Recht durch qualitative und unabhängige Rechtsdienstleistung zu gewährleisten, ist seit jeher als Rechtfertigung einer Beschränkung anerkannt. Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege wird auch über die nationalen Grenzen hinaus als hohes Schutzgut begriffen. Die Rolle und Bedeutung der Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege und seiner Rechtsschutz vermittelnden Funktion im Gefüge des Rechtsstaates ist essentiell für die Sicherung und Gewährleistung dieses wertvollen Schutzgutes.

Diese Bedeutung der Anwaltschaft ist nicht nur in der Grundrechtecharta, Art. 6 EMRK – der gleichfalls den unabhängigen Rechtsanwalt voraussetzt –, und im Sekundärrecht verankert, sondern wird regelmäßig durch die Rechtsprechung des EuGH in zahlreichen seiner Entscheidungen hervorgehoben: Der Gerichtshof adressiert die Anwaltschaft als „*Mitgestalter der Rechtspflege*“, der in völliger Unabhängigkeit und unter Wahrung des vorrangigen Interesses des Mandanten, rechtliche Unterstützung zu gewähren hat.³ Von immenser Bedeutung sei hierbei, dass der Rechtsanwalt Interessenkonflikte vermeidet und sich in einer unabhängigen Position gegenüber dem Staat aber auch anderen Wirtschaftsteilnehmern und Dritten befindet und sich von diesen nicht beeinflussen lassen darf.⁴

Diese auch vom Gerichtshof anerkannte Rolle des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege und seine herausragende Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates bilden ein hohes Schutzgut,⁵ welches „*vom Feld der allgemeinen Wirtschaftspolitik weit entfernt liegt*“ und dem nationalen Gesetzgeber damit einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt.

Die Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts erfordert die Unabhängigkeit in alle Richtungen und umfasst die Mandantenunabhängigkeit ebenso wie die gesellschaftliche und politische Unabhängigkeit, insbesondere jedoch auch die innere Unabhängigkeit, mit anderen Worten die Unabhängigkeit von seiner eigenen Person und kollidierenden persönlichen und nicht zuletzt auch von ökonomischen

² EuGH, Urt. v. 01.06.1999, Konle, C-302/97, Rz. 40; EuGH, Urt. v. 23.09.2003, Ospelt und Schlössle Weissenberg, C-452/01, Rz. 34; EuGH, Urt. v. 25.01.2007, Vestre Landsret/Festersen, C-370/05, Rz. 26; EuGH, Urt. v. 19.02.2002, Wouters, C 309/99.

³ EuGH, Urt. v. 18.05.1982, AM & S Europe Limited, 155/79; EuGH, Beschl. v. 30.05.2018, Erdmann u. Rossi, T-664/16, Rz. 53; EuGH, Beschl. v. 16.09.2016, Salavrakos/Parlament, T-396/1; EuGH, Urt. v. 14.09.2010, Akzo Nobel/Kommission, C-550/07.

⁴ EuGH, Urt. v. 02.12.2010, Jakubowska/Maneggia, C-225/09, Rz. 59 ff.

⁵ EuGH, Urt. v. 19.02.2002, Wouters, C 309/99.

Interessenlagen. Sie ist Wesensbestandteil eines funktionsfähigen Rechtsstaates und sichert auch dessen Korruptionsfreiheit. Im Ergebnis bedeutet die anwaltliche Unabhängigkeit, frei von Einflussnahme zu sein, welche der Stellung des Rechtsanwalts für eine funktionsfähige Rechtspflege zuwiderlaufen würde.

Besonders grundlegend ist die Sicherung der Unabhängigkeit für das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Mandanten müssen sich darauf verlassen können, dass ihr Rechtsanwalt bzw. die von ihnen gewählte Berufsausübungsgesellschaft ihre Interessen vorbehaltlos und ohne eigene Interessenkonflikte vertritt. Die Unabhängigkeit stellt sicher, dass der Rechtsanwalt unvoreingenommen und ausschließlich im Interesse seines Mandanten handelt. Die Bedeutung der Mandantenunabhängigkeit hat der EuGH nicht nur in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben,⁶ sondern spiegelt sie sich bereits in der Satzung des Gerichtshofs wider, in der das Auftreten vor dem EuGH Syndikusrechtsanwälten aufgrund fehlender Unabhängigkeit von ihrem Arbeitgeber und Mandanten nicht gestattet ist.⁷

Der Schutz der dem Rechtsanwalt zugesprochenen Unabhängigkeit in seiner Rolle als Organ der Rechtspflege ist Sinn, Zweck und Ziel des Regelungsgefüges des § 59 e BRAO a. F.

Die Mitgliedstaaten sind befugt, im Hinblick auf die Gewährleistung einer funktionsfähigen Rechtspflege und der dafür essentiellen Sicherung der Qualität der Rechtsberatung und anwaltlicher Unabhängigkeit die Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, eine Gefahr der Beeinträchtigung dieser Unabhängigkeit zu beseitigen oder zu verringern, da eine derartige Beeinträchtigung geeignet wäre, sich auf das Niveau der Sicherheit und der Qualität der Rechtsberatung und damit auf die Qualität des Zugangs zum Recht für die Bevölkerung auszuwirken.

Bei der Prüfung, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Rechtspflege hinreichend beachtet wurde, ist zu berücksichtigen, dass jeder Mitgliedstaat eigenverantwortlich bestimmen kann, auf welchem Niveau er den Schutz der Rechtspflege gewährleisten will und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten – jedenfalls bis zu einer vollständigen Harmonisierung – ein entsprechender Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, so dass der Umstand, dass ein anderer Mitgliedstaat möglicherweise Vorschriften erlassen hat, die weniger streng sind als die in einem anderen Mitgliedstaat erlassenen, nicht bedeutet, dass Letztere unverhältnismäßig wären. Indem der deutsche Gesetzgeber die Regelung getroffen hat, dass sich nur in der Entität tätige Rechtsanwälte und Angehörige anderer sozietätsfähigen Berufe an einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft beteiligen dürfen, hat er von diesem Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht. In diesem Zusammenhang hat er sich für ein System entschieden, welches seines Erachtens nach ein besonders hohes Schutzniveau für die Rechtspflege, den Zugang zum Recht und insbesondere eine angemessene Rechtsberatung und -vertretung der Bevölkerung gewährleistet.

a. Zu § 59e Abs. 1 S. 1 BRAO a.F.

Nach § 59e Abs. 1 S. 1 BRAO a.F. können Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft nur die in § 59 a BRAO a.F. genannten Berufe sein. Nach alter Rechtslage war der Adressatenkreis beruflicher Zusammenarbeit beschränkt auf Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Mitglieder der Rechtsanwalts- oder Patentanwaltskammer, sowie der nach der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung⁸ inkludierten Ärzte und Apotheker. Die Regel des

⁶ Vgl. dazu auch EuGH, Beschl. v. 9.11.2011, GlaxoGroup/HABM–Farmodiética, T-243/11; EuGH, Urt. v. 02.12.2010, Jakubowska/Maneggia, C-225/09, Rz. 59 ff.

⁷ EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej/Kommission, C-422/11, C-423/11; EuGH, Beschl. v. 30.05.2018, Erdmann u. Rossi, T-664/16, Rz. 54 ff.; EuGH, Beschl. v. 05.09.2013, Client Earth/Rat, C-573/1.

⁸ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 12.01.2016 – 1 BvL 6/13, NJW 2016, 700 (702).

Ausschlusses von Nichtanwältinnen stellt eine Beschränkung dar, weil sie den Betrieb von Anwaltskanzleien der Anwaltschaft vorbehält und die übrigen Wirtschaftsteilnehmer von der Aufnahme dieser selbstständigen Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausschließt. Dem liegt, wie bereits ausgeführt, ein zwingender Grund des Allgemeininteresses zugrunde.

Ein Mitgliedstaat kann im Rahmen seines Wertungsspielraums der Ansicht sein, dass der (Mit-) Betrieb einer Anwaltskanzlei durch einen Nichtanwalt eine Gefahr für die Qualität der Rechtsdienstleistung sowie seiner Unabhängigkeit darstellen kann. Das Recht der Mitgliedstaaten die Fremdbesitzmöglichkeit für Personen, die nicht einem reglementierten Beruf angehören, auszuschließen, hat der EuGH bereits mehrfach als zulässig bestätigt.⁹ Auch das Sekundärrecht (Art. 11 Nr. 5 der Richtlinie 98/5/EG des europäischen Parlaments und des Rates zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde) sieht zum Schutze der Unabhängigkeit der Berufsträger Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit für Berufsausübungsgesellschaften vor, deren Kapital ganz oder teilweise von Nichtanwältinnen gehalten wird.

Unreglementierte Nichtanwältinnen unterscheiden sich von Anwälten regelmäßig dadurch, dass sie keine entsprechende Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung haben. Demnach ist festzustellen, dass sie nicht die gleichen Garantien im Hinblick auf die formulierten Ziele wie Anwälte bieten.¹⁰

b. Zu § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO a.F.

Darüber hinaus legt der AGH die Frage vor, ob die Zulassung zu entziehen ist, wenn ein sozietätsfähiger Gesellschafter nicht mehr in der Gesellschaft beruflich aktiv ist.

Die Bestimmung des § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO a.F. betraf den Fall, dass ein (ursprünglich sozietätsfähiger) Gesellschafter seine Sozietätsfähigkeit nachträglich verliert, z. B. indem er die Zulassung zurückgibt. Die Vorschrift zielte auch auf den Rechtsnachfolger in Erbschaftskonstellationen ab. Die Rechtsanwaltskammer muss in diesen Fällen zwingend die Zulassung entziehen. Allerdings kann sie der betroffenen Berufsausübungsgesellschaft eine Übergangsfrist einräumen, um den gesetzeskonformen Zustand wiederherzustellen. Der Gesetzgeber hat sich an dieser Stelle bewusst gegen einen Automatismus der Zulassungsentziehung entschieden. In § 59h BRAO (alter sowie neuer Fassung) hat er gezielt Übergangszeiten geschaffen. Erst mit Fristablauf und Feststellung eines weiterhin nicht gesetzeskonformen Zustands ist die Zulassung zu widerrufen.

Diese auf die Übergangszeit begrenzte Ausnahme scheint im Hinblick auf beispielsweise die schützenswerten Rechte und Vermögensinteressen der Familienmitglieder eines verstorbenen Rechtsanwalts als gerechtfertigt.

Abseits dieser Ausnahme sichert das Regelungsgefüge des § 59e BRAO a.F. für den Fall der Beendigung der Zulassung des Rechtsanwalts die Übertragung der Gesellschaftsanteile an einen anderen Rechtsanwalt ab und stellt so gleichzeitig sicher, dass das Fremdbesitzverbot nicht umgangen werden kann.¹¹ mit anderen Worten dient das Tätigkeitsgebot der Sicherung der Unabhängigkeit der Berufsausübungsgesellschaft und ihrer Gesellschafterinnen und Gesellschafter.¹²

⁹ EuGH Urt. v. 19.05.2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., C-171/07; EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Kommission/Italien, C 531/06.

¹⁰ In Anlehnung an EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., C-171/07.

¹¹ Vgl. hierzu die Argumentation zu I. c.

¹² *Bormann/Strauß* in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, § 59e BRAO, Rz. 9.

c. Zu § 59e Abs. 2 BRAO a.F.

Der AGH will wissen, ob eine Regelung, die das Stimmrecht von nicht sozietätsfähigen Gesellschaftern einer Rechtsanwalts-gesellschaft (§ 59e Abs. 2 S. 2 BRAO a.F.) bzw. Berufsausübungsgesellschaft (§ 59i Abs. 4 BRAO) ausschließt, im Einklang mit unionsrechtlichen Vorschriften steht. Ziel ist abermals die Vermeidung unabhängigkeitgefährdender Einflussnahme.

So könnte die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet sein, soweit andere Personen, deren Zielsetzung ausschließlich ökonomisch motiviert ist, sich durch Gewinnbeteiligung oder Stimmrecht etc. an der Anwaltskanzlei beteiligen. Das Argument, dass auch der Anwalt das Ziel verfolge, Gewinne zu erwirtschaften, geht insoweit fehl, als dass er als Berufsangehöriger nicht nur wirtschaftliche, sondern allen voran beruflich-fachliche Zwecke verfolgt.¹³

In der Randnummer 37 des Urteils vom 19. Mai 2009 seiner DocMorris-Entscheidungen¹⁴ sowie Randnummer 61 des Urteils vom 19. Mai 2009 in Sachen Kommission gegen Italienische Republik *sub specie* der Kapitalverkehrsfreiheit,¹⁵ schreibt der EuGH:

„Für den Betreiber, der Apotheker ist, lässt sich nicht leugnen, dass er ebenso wie andere Personen das Ziel verfolgt, Gewinne zu erwirtschaften. Als Berufsapotheker ist bei ihm aber davon auszugehen, dass er die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttert.“

Diese Erwägungen lassen sich uneingeschränkt auf die Anwaltschaft übertragen.

Der in einer Kanzlei tätige Rechtsanwalt ist beruflich verfangen – ganz im Gegenteil zu der Person eines exogenen Investors. Das private Interesse an der Gewinnerzielung ist umhüllt von der Ausbildung, der beruflichen Erfahrung sowie der anwaltlich obliegenden Verantwortung. Anders als exogene und berufsfremde Kapitalgeber, riskieren die Angehörigen der freien Berufe im Falle eines Berufsrechtsverstoßes nicht nur ihr eingesetztes Kapital, sondern auch ihre berufliche Existenz.

Dass ein reiner Investor, der nicht über genügend berufliche Kompetenz verfügt, um zu beurteilen, was die Rechtsberatung und -vertretung erfordert, versucht sein könnte, die Mandatsbearbeitung einzuschränken oder wenig rentable Geschäftsbereiche aufzugeben, kann nicht ausgeschlossen werden. Daraus ergäbe sich eine Qualitätsminderung.

Die deutsche Regelung ist notwendig, da sie bewirkt, dass sich der Rechtsanwalt als Eigentümer seiner Kanzlei für seine Entscheidungen bezüglich der Qualität der Dienstleistungen seiner Kanzlei persönlich vor seinesgleichen zu verantworten hat, dass er persönlich allen Rechts- und Verwaltungsvorschriften und allen berufsrechtlichen Regeln für die Ausübung des Anwaltsberufs unterliegt und dass er die Geschäfte seiner Sozietät völlig unbeeinflusst von berufsfremden Dritten führen kann.

Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH eine funktionsfähige Rechtspflege als geringer bedeutsam einstuft als die Bedeutung der Apotheker für die Bevölkerung, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil qualifiziert der EuGH regelmäßig auch die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege als eines der höchsten Schutzgüter

¹³ In Anlehnung an EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., C-171/07.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., C-171/07.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Kommission/Italien, C-531/06.

und verdeutlicht die „grundlegende Aufgabe“, die der Anwaltschaft in einer demokratischen Gesellschaft zukommt:

Dieser besondere Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses wird dadurch gerechtfertigt, dass den Rechtsanwälten in einer demokratischen Gesellschaft eine grundlegende Aufgabe übertragen wird, nämlich die Verteidigung der Rechtsunterworfenen. Diese Aufgabe erfordert, dass es dem Einzelnen möglich sein muss, sich völlig frei an seinen Rechtsanwalt zu wenden, was in allen Mitgliedstaaten anerkannt wird.¹⁶

Bereits Art. 2 EUV manifestiert die Rechtsstaatlichkeit als eine der fünf Grundsäulen der Europäischen Union.

Auch sichert das Sekundärrecht (Art. 201 der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) in der Neufassung vom 25. November 2009) sowie schon längst die ständige Rechtsprechung des EuGH¹⁷ die freie Anwaltswahl des Rechtsschutzversicherten und die unabhängige Beratung seines Anwalts ab. Diese unionsrechtlichen Vorgaben dürfen nicht durch eine Öffnung der Gesellschafterstruktur unterlaufen werden. Mit einer Öffnung zugunsten Dritter wie beispielsweise Rechtsschutzversicherer würden neue Interessengegensätze und Abhängigkeiten des Rechtsanwalts entstehen, die nicht nur eine abstrakte, sondern eine konkrete Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit gegenüber dem Rechtsschutzversicherer begründen. Schließlich würde insbesondere die Beteiligung von Rechtsschutzversicherern an Rechtsanwaltsgesellschaften zu Interessenskollisionen zwischen den Interessen des Mandanten und denjenigen der Rechtsschutzversicherer als Kapitalgeber führen.

Es verbleibt schließlich die Frage der Erforderlichkeit, mithin die Frage nach der Existenz eines anderen, milderem Mittels zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Berufsträger und damit des Schutzes der qualifizierten Rechtsdienstleistung und des Zugangs zum Recht.

Vorgebracht wird an dieser Stelle die Möglichkeit des Ausschlusses von schädlicher Einflussnahme durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung. Hier darf nicht verkannt werden, dass sowohl die Satzung als auch der Gesellschaftsvertrag der Parteiautonomie zugänglich ist – mit anderen Worten nach deutschem Recht kann die Satzung jederzeit abgeändert werden. Zudem existiert die Möglichkeit so genannter „satzungsdurchbrechender Beschlüsse“. Der hohe Wert der Unabhängigkeit kann durch eine der Privatautonomie unterliegende Satzung nicht effektiv und nachhaltig gesichert werden. Darüber hinaus sieht das deutsche Gesellschaftsrecht zwingende Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Kapitaleigner vor.

Der anwaltliche Geschäftsführer ist gegenüber den Gesellschaftern nach § 51a GmbHG auskunftspflichtig. Diese Auskunftspflicht kann durch die Satzung nicht eingeschränkt werden, § 51a Abs. 3 GmbHG. In dem konkreten Vorlagefall soll § 13 der Satzung den Schutz anwaltlicher Verschwiegenheitspflicht durch Einschränkung der Auskunfts- und Einsichtsrechte gewährleisten. Diese Klausel ist jedoch in Anbetracht des § 51a GmbHG unwirksam. § 51a GmbHG setzt die uneingeschränkte Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter voraus. Diese sind zwingend und nicht abdingbar, § 51a Abs. 3 GmbHG. Damit ist § 13 der Satzung lediglich eine Scheinklausel.

¹⁶ Pressemitteilung Nr. 198/22 des EuGH v. 8.12.2022 zum Urte. v. 08.12.2022, Orde van Vlaamse Balies/Vlaamse Regering, C-694/20.

¹⁷ Vgl. dazu EuGH, Urte. v. 07.11.2013, Sneller/DAS, C-442/12; EuGH Urte. v. 26.05.2011, Landesgericht Innsbruck, C-293/10.

Zudem bleibt die Entscheidung über die Person des Geschäftsführers sowie seiner Entlohnung ausschließlicher Gegenstand des Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafter. Spätestens an dieser Stelle kann nicht von einem gleichermaßen effektiven Mittel gesprochen werden.

Mit Blick auf Mehrheitsverhältnisse gilt es, sich von der rechtstheoretischen und zugleich illusorischen Vorstellung zu lösen, dass ein am Kanzleikapital Beteiligter in seiner Einflussmöglichkeit hinreichend beschränkt werden kann. Die Trennung der Kanzleiausrichtung samt berufsrechtlicher Anforderungen von der Kapitalverteilung ist lebensfremd.

Aufgrund dieser Erwägungen ist die BRAK der festen Überzeugung, dass die deutschen Regelungen, nach der sich nichtsozietätsfähige Berufe nicht an Anwaltskanzleien beteiligen dürfen, nicht über das hinausgehen, was zur Gewährleistung eines hohen Niveaus des Rechtsstaats und eines Zugangs zum Recht für die gesamte Bevölkerung erforderlich ist und keine alternativen, weniger eingreifenden und gleich effektiven Instrumente zu ihrer Absicherung existieren.

Die BRAK regt an, dass die Bundesrepublik Deutschland diese aus dem innerstaatlichen Gesellschaftsrecht sich ergebende Rechtslage zum Gegenstand ihres Vortrags macht und so in das Vorabentscheidungsverfahren einbringen möge.

II. Vereinbarkeit mit den Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit

Gemäß Art. 56 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten. Gemäß Art. 57 AEUV sind Dienstleistungen insbesondere auch die freiberuflichen Tätigkeiten.

Gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates verboten. Artikel 15 der Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt regelt Näheres zu den Anforderungen, von denen die Mitgliedstaaten eine Niederlassung abhängig zu machen berechtigt sind.

Eine Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ist danach aus den bereits zur Freiheit des Kapitalverkehrs angeführten Gründen gerechtfertigt. Das Ziel der funktionsfähigen Rechtspflege kann nur unter Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit gewährleistet werden. Dieses Ziel kann auf keine alternative Weise in gleicher Effektivität erreicht werden.

III. Zur Rechtslage *de lege lata* nach der großen BRAO-Reform

Im Rahmen der großen Berufsrechtsreform im Jahre 2022 hat der deutsche Gesetzgeber nach Maßgabe des Artikels 25 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG die sozietätsfähigen Berufe behutsam erweitert. Nichtsdestotrotz wurde unverändert dran festgehalten, dass

„bei reinen Kapitalbeteiligungen die erhebliche Gefahr einer Abhängigkeit von den Kapitalgebern besteht. 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.“¹⁸

Neben der Absicherung der besonderen anwaltlichen Berufspflichten setzt der erforderliche Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit eine Beschränkung der Öffnung für berufsfremde Dritte voraus. Die anwaltliche Unabhängigkeit ist ein wesentliches – statusbildendes – Merkmal des Anwaltsberufs. Gemäß § 1 BRAO sind Rechtsanwälte unabhängige Organe der Rechtspflege. § 3 Abs. 1 BRAO betont, dass der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten ist. Beide Vorschriften werden durch § 2 BRAO ergänzt, nach dem der Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt und seine Tätigkeit kein Gewerbe ist. Dieser Unterscheidung kommt jedenfalls nach deutschem Recht eine grundlegende Bedeutung zu. Die Unterscheidung beruht auf der typisierenden Betrachtung, dass dem freien Beruf eine besondere individuelle Zuordnung der Verantwortlichkeiten gegenüber seinen Klienten und damit der gesamten Gesellschaft entspricht. Diese Unterscheidung zieht sich durch alle Gebiete des deutschen Rechts, zum Beispiel des Steuerrechts und des Bauordnungsrechts. Sie wird von der Rechtsprechung der deutschen Gerichte sehr streng beachtet und keinesfalls im Sinne einer freundlichen Begünstigung, sondern einer strengen Verpflichtung zur Ausgestaltung einer persönlich verantworteten Ausübung der Tätigkeit gesehen.

In seiner Gesetzesbegründung zur großen BRAO-Reform hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass bereits die berufliche Zusammenarbeit mit anderen Berufen für die Wahrung der Unabhängigkeit eine große Herausforderung darstellt. Das BVerfG hat betont, dass sich bei einer Zusammenarbeit mit anderen Berufsträgern eine Beeinträchtigung der beruflichen Unabhängigkeit der einzelnen Partner etwa wegen der Rücksichtnahme auf die Belange anderer zur Vermeidung oder Lösung von Interessenkonflikten oder auf Grund entstehender Machtstrukturen nicht völlig ausschließen lasse.¹⁹ Dies gilt insbesondere dann, wenn den anderen Berufen ein anderes Berufsrecht zugrunde liegt. Daher sei es geboten, die Zusammenarbeit auf solche Berufe zu beschränken, die ebenfalls durch eine unabhängige Berufsausübung gekennzeichnet sind. Für die freien Berufe bildet die Unabhängigkeit ein gemeinsames Strukturprinzip. Freie Berufe haben die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand. Bei einem Zusammenschluss mehrerer freier Berufe kann daher die Wahrung der Unabhängigkeit der einzelnen Berufsträger umgesetzt werden. Demgegenüber kann aber eine Gefährdung der Unabhängigkeit der einzelnen Berufsträger nicht ausgeschlossen werden, wenn die anwaltliche Beratung in Verbindung mit einer rein gewerblichen Tätigkeit erfolgt. Dann stünde nicht die Erbringung einer persönlichen Dienstleistung im Vordergrund, sondern der kaufmännische Vertrieb eines Produkts oder einer standardisierten Dienstleistung. Die Beschränkung auf freie Berufe ist zudem geboten, weil die Berufsausübungsgesellschaft nicht nur Instrument der Berufsausübung der in ihr verbundenen Personen, sondern sie auch selbst Erbringerin rechtsbesorgender Dienstleistungen im Sinne des § 3 BRAO ist. Die zugelassene Gesellschaft unterliegt daher den gleichen Anforderungen und Pflichten wie ein Rechtsanwalt. Zu den wesentlichen Kennzeichen des anwaltlichen Berufs gehört ferner, dass dieser einen freien Beruf und kein Gewerbe ausübt, § 2 Abs. 2 BRAO. Eine gemeinschaftliche Berufsausübung innerhalb der Berufsausübungsgesellschaft, die eine anwaltliche Beratung mit der Ausübung eines rein gewerblichen Berufs verbindet, ist hiermit unvereinbar.

Diese Argumente sind auch auf den Fall übertragbar, dass ein Geschäftsanteil einer Rechtsanwaltsgesellschaft auf eine Person übertragen wird, die keinen freien Beruf ausübt bzw. die nicht die besonderen beruflichen Anforderungen erfüllt, die nach dem deutschen Recht an den Erwerb eines Geschäftsanteils geknüpft sind. Der Bayerische AGH ist in seiner Entscheidung zu Recht davon ausgegangen, dass das Verbot der Drittbeteiligung ein geeignetes Mittel ist, um den Einfluss von Finanzinvestoren auf das operative Geschäft einer Rechtsanwaltsgesellschaft zu verhindern (vgl. Rz. 47). Dieses Verbot ist auch weiterhin erforderlich. Entscheidend gegen Fremdkapital spricht, dass sich

¹⁸ Drs. 19/27670, S. 175.

¹⁹ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 12.01.2016 – 1 BvL 6/13, NJW 2016, 700 (702).

– unabhängig vom Umfang einer Kapitalbeteiligung – die bisherige Struktur, den gleichen Zugang durch eine auch intrinsische Motivation der in einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft tätigen Berufsträger zu sichern, nicht mehr aufrechterhalten lässt.²⁰

IV. Kohärenz und Systematik

Zur in Frage gestellten Kohärenz: Aus der Rechtsprechung des EuGH geht hervor, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie auch tatsächlich dem verfolgten Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.²¹ Die Frage der Kohärenz ist damit gebunden an den als Ziel verfolgten zwingenden Grund des Allgemeininteresses, welches mit dem angestrebten Schutzniveau den Maßstab für die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Form der Kohärenz bildet.

Dieser Schutz und die Regulierung des Einzelanwalts muss sich folgelogisch – zwecks Gewährleistung eines kohärenten Systems – auch auf die anwaltlich tätige rechtliche Einheit erstrecken:

Wenn sich der nationale Gesetzgeber mithin dazu entschließt, eine bestimmte Regulierung der als natürliche Personen agierenden Rechtsanwälte zu schaffen, ist es gerechtfertigt, die Berufsausübungsgesellschaften denselben Regeln zu unterwerfen. Die Herangehensweise, dann auch zu verlangen, dass die Gesellschafter aus dem Kreis der regulierten Personen stammen, ist erforderlich, um ein kohärentes System der Regulierung zu gewährleisten. Hat sich ein Mitgliedstaat entschlossen, die zu sichernden Rechtsgüter mittels einer Regulierung der Gesellschaften zu gewährleisten, ist dies Teil seines Regulierungssystems, das ihm im Rahmen des insoweit nicht harmonisierten Unionsrechts anvertraut bleiben muss.

Der Schritt, die Aufnahme eines nicht regulierten Gesellschafters in eine Rechtsanwaltsgesellschaft auszuschließen, verlässt den Rahmen des kohärenten Regulierungsrahmens nicht. Die Aufnahme nichtsozietätsfähiger Gesellschafter wäre geeignet, eine grundsätzliche Gefahr für das System zur Bewahrung der schützenswerten Rechtsgüter zu begründen. Ein nichtsozietätsfähiger Gesellschafter würde nicht der originären persönlichen Bindung unterliegen, die der nationale Gesetzgeber zur Grundlage seines berufsrechtlichen Systems gemacht hat. Wenn jeder Gesellschafter, ob Einzelperson oder Gesellschaft, einer berufsrechtlichen Überwachung unterliegt, darf unterstellt werden, dass im Zweifel jeder Gesellschafter ein Fehlverhalten innerhalb der Gesellschaft vermeidet. Ein nicht regulierter Gesellschafter ist hiervon nicht bedroht. Der nationale Gesetzgeber, der sein System der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften auf die Gleichbehandlung natürlicher Personen und Gesellschaften stützt, baut auf ein kohärentes System, wenn er die persönliche Bindung auch der einzelnen Gesellschafter fordert. Dann erfordert dieselbe Kohärenz aber auch, dass eine Gesellschaft, die sich an einer Gesellschaft beteiligt, den für Gesellschaften vorgesehenen Bindungen unterliegt. Ob natürliche Person als Gesellschafter oder Gesellschaft als Gesellschafter: Wenn eine originäre Bindung des Gesellschafters an eine berufsrechtliche Regulierung vorgeschrieben wird, ist dies Ausdruck der inneren Logik und der Kohärenz des Systems. Ein anderes Vorgehen ist dem nationalen Gesetzgeber dann verschlossen. Weder kann er anwaltliche Berufsausübungsgesellschaften als tätige Anbieter anwaltlicher Leistungen noch als Gesellschafter von Rechtsanwaltsgesellschaften privilegieren, ohne sein System dem Vorwurf einer Ungleichbehandlung, der fehlenden Kohärenz und nicht zuletzt der Verletzung der Wettbewerbsgleichheit auszusetzen. Der nationale Gesetzgeber handelt mithin innerhalb des ihm eingeräumten Rahmens, wenn er an diesem System festhält.

Nach alledem ist festzustellen, dass das in dem Ausgangsverfahren in Frage gestellte Regelungsgefüge des § 59 e BRAO a.F. geeignet, erforderlich und kohärent ist, eine sichere und qualitativ hochwertige Beratung und Vertretung der Bevölkerung und damit die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu

²⁰ Vgl. hierzu auch *Wolf*, BRAK-Mitt. 2020, 250.

²¹ EuGH, Urt. v. 6.03.2007, *Placanica u. a.*, C-338/04, C-359/04 und C-360/04; EuGH, Urt. v. 17.07.2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06, Rz. 39 f.

gewährleisten. Seine unionskonforme Verteidigung ist nicht nur erfolgsversprechend, sondern vielmehr zwingend geboten.

* * *