



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Positionspapier  
der Bundesrechtsanwaltskammer  
zum Thema  
**Europarechtskonforme Beschränkungen  
für die Zulassung zum Beruf des Rechtsanwalts**

**Konsequenzen aus DocMorris**  
(EuGH C-531/06, C-171/07 und C-172/07)

erarbeitet vom  
**Ausschuss "Deregulierung und Wettbewerb" der Bundesrechtsanwaltskammer**

Rechtsanwalt u. Avocat JR Heinz Weil, Vorsitzender, Paris  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Mailänder, Stuttgart (*Berichterstatter*)  
Rechtsanwalt JR Dr. Norbert Westenberger, Mainz  
Rechtsanwalt u. Notar Dr. Henning Hübner, Bremerhaven  
Rechtsanwalt Rainer Funke, Hamburg  
Rechtsanwalt Dr. Eckart Brödermann, Hamburg  
Rechtsanwalt Dr. Fritz-Eckehard Kempfer, München  
Rechtsanwalt Dr. Cornelius Fischer-Zernin, Hamburg  
Rechtsanwalt u. Notar Kay-Thomas Pohl, Berlin

Rechtsanwalt Stephan Göcken, BRAK, Berlin  
Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher, BRAK, Brüssel  
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Eichele, BRAK, Berlin

---

Oktober 2010

Die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) stellt die folgenden Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts auf:

Der Einzelanwalt kann nur unter Nachweis seiner Qualifikation (Befähigung zum Richteramt, Eingliederungsvoraussetzung für europäische Rechtsanwälte oder Eignungsprüfung) zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden (§ 4 BRAO). Zusammenschlüsse von zugelassenen Anwälten bedürfen keiner gesonderten Zulassung, es sei denn, sie sind als juristische Personen organisiert; diese können für sich die Zulassung beantragen, jedoch nur dann, wenn die Geschäftsanteile und die Stimmrechte mehrheitlich wieder zugelassenen Rechtsanwälten und daneben anderen sozietätsfähigen Berufsträgern zustehen (§ 59 e (1) und (2) BRAO) und die Gesellschaft in der Mehrheit von Rechtsanwälten geschäftsführend gelenkt wird (§ 59 f BRAO).

Diese deutschen Kernbestimmungen für den Zugang zum freien Beruf des Rechtsanwalts sind wiederholt nach Maßstäben des europäischen Gemeinschaftsrechts und dort insbesondere nach der Niederlassungs- (Artikel 49 AEUV – vormals Artikel 43 EG) und der Kapitalverkehrsfreiheit (Artikel 63 AEUV – vormals Artikel 56 EG) in Frage gestellt worden. Ursprüngliche durch Verlautbarungen aus der Kommission geschürte Bedenken und Zweifel verflüchtigen sich aber in Anbetracht der Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, der mit erheblichem zeitlichem Verzug, aber nicht zu spät, mit dem Subsidiaritätsgebot ernst macht und den Mitgliedsstaaten wachsende Eigenverantwortung und Wertungsspielräume für berufsrechtliche Regelungen insbesondere bei den freien Berufen zuweist.

Die beiden am 19. Mai 2009 entschiedenen Apothekerfälle (C-531/06 Kommission ./. Italien und C-171 und 172/07 Doc Morris) sind Marksteine für die Rückbesinnung auf mitgliedstaatliche Regelungskompetenz. Sie lassen sich für das anwaltliche Berufsrecht überzeugend ein- und umsetzen und weisen den argumentativen Weg zur Vereinbarkeit der nationalen berufsrechtlichen Vorgaben mit gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten.

## **1. Vergleichbare Ausgangslage**

Rechtsanwälte unterliegen – wie Apotheker – nationalen berufsrechtlichen Regelungen, vornehmlich nach der BRAO in Verbindung mit Berufs- und Fachanwaltsordnungen sowie zur Öffnung für Berufsträger aus anderen Eu-Mitgliedsstaaten oder den EWR-Ländern nach dem EURAG. Sie bilden zusammen mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht insbesondere der

---

Niederlassungsrichtlinie (vom 16.02.1998 – 98/51 EG) und den Dienstleistungsrichtlinien (vom 22.03.1977 – 77/249/EWG und vom 12.12.2006 – 2006/123/EG) den rechtlichen Rahmen. Danach ist auch für Aufnahme und Ausübung des Berufs des Rechtsanwalts maßgeblich, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für den Erlass organisationsrechtlicher Vorschriften unberührt lässt, soweit Richtlinien nicht entgegenstehen und die primärrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu den Verkehrsfreiheiten Beachtung finden.

## **2. Rechtspflege als hohes nationales Rechtsgut**

In den Apothekerfällen sind „Gesundheit und Leben von Menschen“ als geschützte Güter von höchstem Rang herausgehoben worden. Im Vergleich zu diesen die Würde des Menschen prägenden Werten muss sich die „Ordnung der Rechtspflege“ mit der Gewährleistung des Zugangs zum Recht etwas zurücknehmen; zumindest ist ihr ein hoher Rang schon deshalb zuzugestehen, weil die nach Art. 6 EUV auch in der Gemeinschaft geltenden Grundrechte der EU-Charta vom 07.12.2002 (besonders Art. 47) nur in einem geordneten Rechtswesen gewährleistet werden können. Folgerichtig bleiben Ausgestaltung, Sicherung und Stellenwert der Rechtspflege im staatlichen Gefüge dem mitgliedstaatlichen Regelungsermessen mit einem deutlichen Wertungsspielraum vorbehalten. Davon machen die Mitgliedsstaaten gerade auch bei der berufsrechtlichen Regelung der Rechtsanwälte oder der entsprechenden Berufsträger in anderen Ländern verschiedenartigen Gebrauch. Durchgängig wird dabei dem Rechtsanwalt eine eigenständige Funktion als Teil, Gehilfe oder eben, wie in der BRD, als „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) zugewiesen.

## **3. Prüfungsrahmen**

Damit ist der gemeinschaftsrechtliche Prüfungsrahmen vorgegeben. Grenzen für nationalrechtliche Regelungen für den Rechtsanwaltsberuf ergeben sich dann allein aus den vertraglichen Gewährleistungen der Integrationsfreiheiten. Dabei hat sich als Leitlinie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs herausgebildet, dass die Grundtatbestände der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV/ex Artikel 43 EG), der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV/ex Art. 49 EG) und der durch die Beteiligungsbeschränkung gleichfalls angesprochenen Kapitalver-

---

kehrsfreiheit (Art. 63 AEUV/ ex Art. 56 EG)<sup>1</sup> stets formal streng als einschlägig eingestuft werden und allen nationalen Maßnahmen entgegengehalten werden, die die Inanspruchnahme dieser Grundfreiheiten durch Gemeinschaftsangehörige „behindern oder weniger attraktiv machen“ (Urteile vom 31.03.1993 – Kraus – Slg. 1993, I – 1663 und vom 14.10.2004 – Kommission/Niederlande – Slg. 2004, I – 9761). Da sich aus den deutschen berufsrechtlichen Regelungen ergibt, dass nur dort zugelassene Rechtsanwälte zur Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten qualifiziert sind und dass Investoren aus anderen Mitgliedstaaten sich mit Beteiligungen an Rechtsanwaltsgesellschaften zurückzuhalten haben, um Rechtsanwälten zumindest die Mehrheit von Kapital- und Stimmrechtsmacht zu lassen, und sich auch nicht als Unterbeteiligte einbringen können, ist zu erwarten, dass diese Regelungen als Beschränkungen im Sinne der Artikel 43 EG und 63 AEUV/ex Abs. 1, 56 Abs. 1 EG eingestuft werden.

#### 4. Gerechtfertigte Beschränkungen

Es stellt sich dann in der üblichen Systematik der Rechtsprechung zum mitgliedstaatlichen Berufsrecht des Gerichtshofs die Folgefrage, ob und bis zu welchem Ausmaß derartige Beschränkungen durch die mit ihnen verfolgten Zielsetzungen gerechtfertigt sein können. Das dafür vom Gerichtshof eingesetzte Prüfungsschema erscheint bereits als Schrankenquartett standardisiert: (1) Fehlen jeder Diskriminierung; (2) zwingender Grund des Allgemeininteresses; (3) zur Erreichung des Ziels geeignet und kohärent sowie (4) erforderlich. Das Ergebnis solcher mehrstufigen Prüfung führt beim Rechtsanwalt – vergleichbar demjenigen für die Apotheker – dazu, dass die Zugangsbestimmungen zum Beruf des Rechtsanwalts durch die mit ihnen verfolgten Ziele, den Rechtsanwalt als verantwortliches Organ in die Rechtspflege mit einzubinden, gerechtfertigt sind.

- (1) Die Zugangsbestimmungen sind in jeder Hinsicht und insbesondere im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit der Bewerber *diskriminierungsfrei*. Für europäische Rechtsanwälte wird dieser Zugang noch besonders durch das EuRAG geöffnet.
- (2) Schutz und Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtsordnung sind zwingend wichtige Anliegen des Allgemeininteresses. Das ist zum Prüfungsmaßstab des Gemeinschaftsrechts für Wettbewerbs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in

---

<sup>1</sup> Mit Rücksicht auf die Bezugnahmen im Sekundärrecht der Gemeinschaft und auf die Zitierweise des Europäischen Gerichtshofs in den einschlägigen Entscheidungen werden die Vertragsbestimmungen nachfolgend nach der Nummerierung im EG-Vertrag („EG“) bezeichnet.

---

der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein ums andere Mal bereits festgestellt worden (Urteile vom 19.02.2002 – Wouters – Slg. 2002, I – 1653 und – Arduino – Slg. 2002, I – 1561 und vom 05.12.2006 – Cipolla – Slg. 2006, I – 11421 sowie Beschluss vom 05.05.2008 – Hospital Consulting – (C-386/07).

- (3) Entscheidend für die Vereinbarkeit von Berufszugangsbeschränkungen mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten ist dann die Eignung der für die Zielsetzung eingesetzten Maßnahmen. Dabei dürfte für die Abwägung unstrittig sein, dass die Rechtspflege und das Gerichtswesen, in die der Rechtsanwalt als Berufsträger eingebunden ist (vgl. die Aufgabenzuweisung in der ZPO), keine zureichende Förderung gewinnen, solange nicht Sachkunde, Erfahrung, Verschwiegenheit, Unabhängigkeit und Orientierung an Allgemeininteressen, wie sie für das Berufsbild des Rechtsanwalts prägend sind, gewährleistet werden. Dem Rechtsanwalt obliegen Pflichten aus dem Sonderrecht seines Berufsstandes, die geboten sind, um ihm im Kampf um das Recht die unabhängige und auch seinem Mandanten gegenüber eigenständige Position, zu wahren (zuletzt Urteil vom 14.09.2010 – Akzo/Akcros – C 550/07 P – Tz. 42). Diese Unabhängigkeit darf auch nicht durch die Absicht zur Gewinnerzielung gefährdet werden und bleibt dadurch im Vergleich zum gewerblich tätigen Apotheker noch strenger geschützt. Nur für den Anwalt geltende Vorschriften zur Vermeidung von Interessenkonflikten, zur Verhinderung von Parteiverrat und zur verlässlichen Geheimhaltung garantieren seinen gemeinnützigen Beitrag zur Rechtsfindung. Er ist außerdem der berufene Vertreter, die rechtsuchenden Mitbürger über Chancen und Risiken ihrer Rechtsverfolgung aufzuklären und durch die gesetzlichen Gebührenrahmen davon abgehalten, sie zu übervorteilen. Wiederum in großer Nähe zu den nicht allein von Gewinnsucht getriebenen Apothekern ist es auch die Funktion des Rechtsanwalts, durch verantwortliche Beratung der Rechtsuchenden einer Verschwendung ihrer finanziellen Mittel und auch derjenigen des Staates bei der Verfolgung aussichtsloser Klagen oder Rechtsmittel entgegenzuwirken. Dabei muss der Rechtsanwalt eine eigene Gewinnerzielungsabsicht nicht als für seine berufliche Tätigkeit wesensfremd unterdrücken. Seine Berufspflichten gebieten ihm aber, Beratungs- oder Prozesskostenhilfe zu leisten, Gebührenkappung hinzunehmen oder als Pflichtverteidiger zur Verfügung zu stehen und dadurch maßgeblich zur Garantie des von Kostensperren befreiten Zugangs zum Recht beizutragen; darf er dafür Schutz durch Beschränkungen beim Zugang zum Beruf erwarten. Zugleich hindern die anwaltlichen Berufspflichten, Mandate nur aus wirtschaftlichen Gründen und ohne Rücksicht auf berufliche Kenntnisse und Erfahrungen zu übernehmen und zu betrei-

---

ben. Das Scheitern im Beruf eines diese aus dem Ethos oder der Sitte des Berufsstandes vorgegebenen Pflichten verleugnenden, verantwortungslos handelnden Rechtsanwalts wäre unausweichlich. Daraus folgt weiter der Zwang zu Sachlichkeit, Verantwortung und Augenmaß bei der Berufsausübung, alles Vorzüge, die einer geordneten Rechtspflege zugute kommen. Die Beschränkungen des Zugangs zum Beruf des Rechtsanwalts, dem berufsordnungsgemäß vielfältige Pflichten und Rücksichtnahmen bei der Berufsausübung auferlegt sind, erweisen sich danach als unausweichlich geeignet, zum gesellschaftspolitisch hohen Ziel einer geordneten Rechtspflege beizutragen.

In seinen jüngeren Entscheidungen hat der Gerichtshof dem Eignungstest jeweils noch einer *Kohärenzkontrolle* mit der Fragestellung nachgeordnet, ob die eingesetzten Beschränkungen auch konsequent und systematisch an der Zielsetzung orientiert sind und keine bedenklichen Ausnahmen zulassen (vgl. die jüngsten Vorlageentscheidungen zum deutschen Sportwetten- und Lotteriemonopol vom 8. September 2010- Rs. C 316/07 u.a.). In dieser Hinsicht erweist sich das nationale Ordnungsrecht für die Rechtsanwälte dem Schutzziel noch strikter und mit weniger Ausnahmen verpflichtet, als dies für das Apothekenrecht festzustellen war. Während Apotheker ihren Betrieb auch an Nichtapotheker zur übergangsweisen Führung vererben dürfen und sich Zeit für eine Weiterveräußerung nehmen dürfen, ist dies den Rechtsanwälten verwehrt. Rechtsanwaltserben können in der hinterlassenen Kanzlei nur tätig werden, wenn sie selbst als Anwälte zugelassen sind. Auch das 'Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen' vom 12.12.2007 eröffnet keine zielwidrige Abkehr vom Grundsatz der einer geordneten Rechtspflege wegen praktizierten Zugangskontrolle zum Rechtsanwaltsberuf. Die Ablösung des vormaligen Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes durch dieses Rechtsdienstleistungsgesetz erlaubt neue sehr eingeschränkte Berufsmöglichkeiten nur außerhalb der Organisation des Gerichtswesens – etwa beim Inkasso oder der Rentenberatung – und verlangt deshalb keine Abstriche an der Funktion des Rechtsanwalts, der neben den beamteten oder ehrenamtlichen Richtern vor allem im gerichtlichen Verfahren seinen Beitrag zu leisten vermag und verpflichtet ist.

- (4) Schließlich misst der Gerichtshof noch in einem Folgeschritt die Erforderlichkeit der als geeignet befundenen beschränkenden Maßnahme. Damit soll einem Übermaßverbot für Beschränkungen entgegengewirkt werden. Um insoweit jedoch Raum für nationale Regelungspräferenzen zu lassen und sich nicht selbst zum bestimmenden

Organ für das Niveau eines dem Grunde nach anerkannten, im Allgemeininteresse liegenden Schutzes aufzuschwingen, versteht sich der Gerichtshof zunehmend dazu, den Mitgliedstaaten ausreichend weiten eigenen Wertungsspielraum zuzugestehen und nur dort einzugreifen, wo Beschränkungen offenbar über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Dieser Wertungsspielraum wird umso großzügiger bemessen, je höherrangig das mit den eingesetzten Maßnahmen verfolgte oder auch nur geschützte Ziel ist. Dabei ist es für den Gerichtshof aus eigenem Selbstverständnis naheliegend, den Beitrag des in beruflicher Verantwortung handelnden Rechtsanwalts zum Gerichtswesen und seiner Bedeutung im Rahmen der Rechtspflege hochzuachten. Es darf deshalb festgehalten werden, dass die Zugangsbeschränkungen in der BRAO zum Beruf des Einzelanwalts oder zum Status des Gesellschafters einer eigenständig rechtsfähigen Rechtsanwalts-gesellschaft zweckgerecht und nicht überzogen sind.

## **5. Abgrenzung zu anderen Berufsregelungen**

In den Apothekerfällen hat der Gerichtshof noch eine Vergleichsprüfung mit dem Optikerfall (Urteil vom 21.04.2005 – Kommission/Griechenland – Slg. 2005, I – 3177) angestellt, bei dem der Betrieb eines Optikergeschäfts gleichfalls nur der Führung eines anerkannten Optikers vorbehalten worden war, was ihm nicht länger gerechtfertigt erschien. Zur Abgrenzung hat der EuGH dabei einmal mehr auf die Höchstwertigkeit des geschützten Rechtsguts auf Leben und Gesundheit verwiesen, darüber hinaus aber den Gedanken entwickelt, dass berufsrechtliche Beschränkungen umso weiter gehen dürfen, als Kunden, Patienten oder Mandanten kein eigenes oder jedenfalls kein ausreichendes Beurteilungsvermögen für die von den Berufsträgern erbrachten Leistungen haben. Das gilt für Vertrieb und Anwendung pharmazeutische Produkte ähnlich wie für rechtsanwaltliche Dienstleistungen, die nur von Fachkollegen, nicht aber von den Leistungsempfängern nach ihrer Wertigkeit eingestuft werden können. Der durch die Zugangsregelungen angestrebte höhere Grad der Befähigung und Verantwortung der Berufsträger dient dabei der Kompensation der damit verbundenen Beschränkungen.

## **6. Fazit**

Die unerwartete Deutlichkeit, mit der der EuGH die Beschränkungen beim Zugang zum Beruf des Apothekers gutgeheißenen und den Mitgliedsländern einen großzügigen Wertungsspiel-

raum für die Bestimmung des jeweiligen Schutzniveaus eingeräumt hat, liefert guten Grund und schlagkräftige Argumente, den in der BRAO und ihren Nebengesetzen über Jahre der Anpassung geläuterten Schutz des Berufsstands der Rechtsanwälte gegen Angriffe der Brüsseler Verwaltung oder den Import anders gearteter Berufsrechte, wie sie sich in anderen EU-Mitgliedsstaaten, in denen der Anwaltsberuf sehr viel weniger gerichtsbezogen organisiert ist, herausgebildet haben (z.B. in Großbritannien – Clementi-Report), zu festigen. Das Justizministerium und die Selbstorganisationen der deutschen Rechtsanwaltschaft dürfen sich daher in ihrer Politik der Sicherung des Berufsstandes des Rechtsanwalts durch dessen gleichzeitige Einbindung in einen am Allgemeininteresse der geordneten Rechtspflege ausgerichteten Pflichtenkreis bestätigt sehen. Sie werden sich aber zugleich bewusst bleiben müssen, dass Trends zu zunehmender Liberalisierung der der Rechtsberatung und Prozessvertretung zuzurechnenden Tätigkeiten für das Allgemeinziel einer kontrollierten Rechtspflege kontraproduktiv sind und die zwingende Kohärenz der Berufsregelungen gefährden können.

---