

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaft sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe**

**Sachverständigenanhörung am 14. April 2021 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages**

**Stellungnahme von**

**Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln**

**I. Grundsätzliche Bewertung des Reformvorhabens**

**1. Die zentrale Bedeutung des Reformprojektes für den Rechtsdienstleistungsmarkt**

Die Bundesregierung hat mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaft sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe die seit langem überfällige Reform des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater in Angriff genommen. Sie wird aus anwaltlicher Sicht zu Recht als die „große BRAO-Reform“ bezeichnet und ist im Grundsatz nicht nur uneingeschränkt zu begrüßen, sondern aus einer Vielzahl von Gründen sogar ein absolut unverzichtbares Reformprojekt dieser Legislaturperiode. Die Reform muss im Interesse der deutschen Rechtsanwaltschaft, der deutschen Patentanwälte und der deutschen Steuerberater ebenso wie im Interesse des rechtsuchenden Publikums unbedingt noch in diesem Sommer zum Abschluss gebracht werden.

Der Verfasser dieser Stellungnahme befasst sich seit 30 Jahren mit dem Berufsrecht der Gesellschaften der Freien Berufe und speziell der Anwaltsgesellschaften. Als Berufsrechtler und Gesellschaftsrechtler hat er in dieser Zeit nicht nur die Rechtsfortbildung auf diesem Gebiet, etwa durch die von der Rechtsprechung aufgegriffene Forderung nach der Zulassung der Rechtsanwalts-GmbH, vorangetrieben, das Rechtsgebiet wissenschaftlich in Handbüchern, Kommentierungen und einer Vielzahl von Beiträgen aufgearbeitet und eine nicht mehr überschaubare Anzahl von Anfragen aus der Praxis der Berufsausübungsgesellschaften aller Größe und Ausrichtung beantwortet, sondern immer wieder konkrete Reformvorschläge unterbreitet. Das gilt insbesondere für den von ihm 2018 erarbeiteten und vom Deutschen Anwaltverein im Wesentlichen aufgegriffenen<sup>1</sup> Gesetzesvorschlag zur Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts.<sup>2</sup> Ziel dieses rechtspolitischen Vorschlags war es, den jahrzehntelangen Reformstau in diesem vielschichtigen Rechtsgebiet durch ein in sich stimmiges Gesamtkonzept aufzubrechen und zugleich dem BMJV eine Grundlage zu bieten, auf dem die sehr anspruchsvolle Detailarbeit des Ministeriums aufbauen konnte. Mit der Einladung als Sachverständiger schließt sich für den

---

<sup>1</sup> DAV-Stellungnahme Nr. 8/2019, AnwBl Online 2019, 257 ff.

<sup>2</sup> Henssler, AnwBl Online 2018, 564 ff.

Verfasser, der bereits bei der letzten „großen“ BRAO-Reform des Jahres 1994 als Sachverständiger im Rechtsausschuss aufgetreten ist, in gewisser Weise der Kreis seiner rechtspolitischen Aktivitäten auf dem Gebiet des Berufsrechts.

Das BMJV hat auf der Grundlage der geschilderten Vorarbeiten einen exzellenten Gesetzesvorschlag erarbeitet, der insgesamt zu Recht als großer Wurf bezeichnet wird. Das schließt angesichts der Komplexität der Materie selbstverständlich nicht aus, dass es in zahlreichen Detailfragen Diskussionsbedarf gibt. Die nur ganz vereinzelt geäußerte grundsätzliche Kritik an dem Reformprojekt erweist sich dagegen, das sei ausdrücklich betont, als absolut substanzlos, zumal sie den Beweis schuldig bleibt, weshalb nun ausgerechnet das aus gesellschaftsrechtlicher Sicht längst überholte, inkohärente, verfassungswidrige, in sich widersprüchliche und zudem in vieler Hinsicht lückenhafte und damit Rechtsunsicherheit schaffende derzeitige Regelungskonzept bewahrenswert sein sollte. Der Regierungsentwurf kann für sich in Anspruch nehmen, in einem stimmigen Gesamtkonzept sowohl für kleinere Rechtsanwaltsgesellschaften klare Verbesserungen zu bringen als auch der fortgeschrittenen Internationalisierung der Rechtsdienstleistungsmärkte Rechnung zu tragen und die deutsche Anwaltschaft in einem sich national wie international verschärfenden Wettbewerb durch zahlreiche, insgesamt sehr moderate Reformschritte zu stärken.

## **2. Die überzeugenden Eckdaten des Reformgesetzes**

Der Verfasser dieser Stellungnahme hat bereits umfassend im Schrifttum zu dem seinerzeitigen Referentenentwurf Stellung genommen<sup>3</sup> und auch konkrete Verbesserungsvorschläge<sup>4</sup> unterbreitet, die bereits teilweise in den Regierungsentwurf<sup>5</sup> eingeflossen sind. Auf diese umfangreiche Stellungnahme wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Nur im Überblick hervorgehoben seien daher die durchweg positiv zu bewertenden zentralen Eckdaten des Reformvorschlages, nämlich:

- In sich geschlossene, vollständige Neuregelung des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften in §§ 59b ff. BRAO-E sowie der Steuerberatungsgesellschaften und der Patentanwaltsgesellschaften
- Umsetzung der „Organisationsfreiheit für die Anwaltschaft“ unter Einbeziehung aller nationalen und EU-Rechtsformen sowie der Handelsgesellschaften
- Verzicht auf Mehrheitserfordernisse im Kreis der Gesellschafter und Organmitglieder
- Beibehaltung des Gebots der aktiven Mitarbeit als zentralem Wesenselement der Berufsausübungsgesellschaft
- Klare Regelung von Rechtsdienstleistungsbefugnis und Postulationsfähigkeit
- Eigene Berufspflichten der Berufsausübungsgesellschaft mit korrespondierenden Verfahrensrechten

---

<sup>3</sup> Henssler, AnwBl Online 2021, 69 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur Henssler AnwBl-Online 2021, 51 ff. (zur Referendarproblematik).

<sup>5</sup> Vgl. die Neuregelung in § 43a Abs. 5 BRAO-E.

- Grundsätzliche Zulassungspflicht unter Ausklammerung von monoprofessionellen und traditionellen multiprofessionellen (Steuerberater, WP, Patentanwälte) Personengesellschaften unter gleichzeitiger Eröffnung der Möglichkeit einer freiwilligen Zulassung durch alle Berufsausübungsgesellschaften
- Eingeschränkte Zulässigkeit von Konzernstrukturen/mehrstöckigen Gesellschaften
- Überzeugende Vorgaben für den Namen der Rechtsanwaltsgesellschaft
- Eigene Versicherungspflicht der Gesellschaft unter gleichzeitiger Gewährung von Erleichterungen hinsichtlich der Versicherungspflicht für kleinere Gesellschaften
- Liberalisierung von Gründung und Ausgestaltung der zugleich legaldefinierten Bürogemeinschaft
- Europarechtskonforme Gleichstellung der EU-Anwaltsgesellschaften
- WTO-konforme Regelung der außereuropäischen Auslandsgesellschaften unter gleichzeitiger strikter Beaufsichtigung durch die Rechtsanwaltskammern und Unterwerfung unter das deutsche Berufsrecht
- Akribische Detailarbeit in Verfahrensfragen; Kammerfragen etc.

Vor dem Hintergrund dieses überzeugenden Gesamtkonzeptes werden im Folgenden einige ausgewählte Einzelfragen aufgegriffen, wobei ein Schwerpunkt auf die umstrittenen Regelungen gelegt wird.

## **II. Die Neuregelung des Verbots der Vertretung widerstreitende Interessen in § 43a Abs. 4 BRAO-E**

### **1. Zutreffende Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf**

Zu den sehr kontrovers diskutierten Änderungsvorschlägen des ursprünglichen Referentenentwurfs zählt die – außerhalb des eigentlichen Regelungsgegenstands (Berufsrecht der „Berufsausübungsgesellschaften“) liegende – Neuregelung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen. Der ursprüngliche Referentenentwurf stellt neben den bislang schon von § 43a Abs. 4 BRAO erfassten Interessenwiderstreit (künftig § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BRAO-E) gleichberechtigt solche Fälle, in denen ein Rechtsanwalt von einem Mandanten außerhalb einer Tätigkeit in derselben Rechtssache vertrauliche Informationen erhalten hat (§ 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BRAO-E). Die Vorschrift war auch vom Verfasser<sup>6</sup> als zu weit kritisiert worden, wobei sich seine Kritik auf die sozietätsweite Erstreckung des Verbots und die fehlende Möglichkeit einer Einwilligung der Mandanten in die Mandatsbearbeitung bezog.

Die Fassung des Regierungsentwurfs trägt diesen Bedenken Rechnung. So ist die Sozietätsklausel, deren Aufnahme in die BRAO grundsätzlich zu begrüßen ist, ausdrücklich auf das Verbot des § 43a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BRAO-E beschränkt worden. Sie darf selbstverständlich, insofern ist den weiterhin geäußerten Bedenken zuzustimmen, auch nicht über die Hintertüre der etwas unklaren Formulierung in § 59e Abs. 1 BRAO-E (sinngemäße Anwendung des gesamten § 43a BRAO-E), wieder eingeführt werden. Außerdem greift nach § 43a Abs. 4 S. 4 BRAO-E

---

<sup>6</sup> Henssler, AnwBl Online 2021, 69, 77

das Tätigkeitsverbot nicht, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit des Rechtsanwalts nach umfassender Information in Textform zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sicherstellen.

## 2. Zutreffende Reformregelung

Soweit nunmehr auch die im Regierungsentwurf verbliebene Fassung kritisiert bzw. mit einem Fragezeichen<sup>7</sup> versehen worden ist, überzeugen die vorgetragenen, nur sehr allgemein gehaltenen Argumente nicht. Die Kritik übersieht, dass das geltende Recht insoweit durchaus eine seit langem bekannte Gesetzeslücke aufweist. Nach geltendem Recht darf ein Rechtsanwalt außerhalb derselben Rechtssache zwar das sensible Vorwissen, das er aus einem Vormandat hat, nicht in einem zweiten Mandat offenbaren. Insoweit greift die auch strafrechtlich nach § 203 StGB sanktionierte Verschwiegenheitspflicht des § 43a Abs. 2 BRAO. Verlautbart er sein Vorwissen dagegen nicht, sondern verwendet er es in anderer, zB prozesstaktischer Weise, zum Nachteil seines Erstmandanten, so liegt weder eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht noch ein Verstoß gegen das Prävarikationsverbot vor. Der Verfasser hat schon vor 20 Jahren auf dieses Defizit hingewiesen.<sup>8</sup> Die aktuelle ablehnende Stellungnahme von Ausschüssen der BRAK geht auf das Kernproblem des **Ausnutzens sensibler Informationen zum Nachteil des Erstmandanten** nicht ein. Es sei aber darauf hingewiesen, dass in dem Diskussionspapier des Präsidiums der BRAK aus dem Jahre 2010 ausdrücklich festgehalten wurde: „Bei für die Mandatsführung relevanten Kenntnissen aus dem früheren oder parallel geführten Gegnermandat ist die Mandatsübernahme abzulehnen“.<sup>9</sup> Diese Stellungnahme stützt damit die Fassung des Regierungsentwurfs.

Angesichts der evidenten zu Lasten der Mandanten gehenden Schutzlücke spricht vieles für eine Angleichung an die strengeren Regelungen, wie sie sich in ausländischen Rechtsordnungen finden. Gemäß Rule 1.7(a)(1) der US Model Rules of Professional Conduct (MRPC) darf der *lawyer* einen Mandanten grundsätzlich nicht vertreten, wenn er zeitgleich einen anderen (*concurrent*) *client* mit entgegengesetzten Interessen (*adverse interests*) betreut.<sup>10</sup> Ob es sich

---

<sup>7</sup> Der Bundesrat lehnt die Regelung nicht pauschal ab, sondern regt eine ausführliche Diskussion dieser Thematik an. Allerdings sind die Probleme seit 20 Jahren bekannt, so dass die ohnehin sehr moderate Erweiterung, die im Grunde eine ethische Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, nicht aufgeschoben werden sollte.

<sup>8</sup> Henssler in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a, Rn. 201a; ders. bereits NJW 2001, 1521, 1522 f.

<sup>9</sup> Veröffentlicht in BRAK-Mitt. 2011, 58, 60.

<sup>10</sup> Rule 1.7 MRPC lautet: „Conflict Of Interest: Current Clients

(a) Except as provided in paragraph (b), a lawyer shall not represent a client if the representation involves a concurrent conflict of interest. A concurrent conflict of interest exists if:

- (1) the representation of one client will be directly adverse to another client; or
- (2) there is a significant risk that the representation of one or more clients will be materially limited by the lawyer's responsibilities to another client, a former client or a third person or by a personal interest of the lawyer.

(b) Notwithstanding the existence of a concurrent conflict of interest under paragraph (a), a lawyer may represent a client if:

- (1) the lawyer reasonably believes that the lawyer will be able to provide competent and diligent representation to each affected client;
- (2) the representation is not prohibited by law;
- (3) the representation does not involve the assertion of a claim by one client against another client represented by the lawyer in the same litigation or other proceeding before a tribunal; and
- (4) each affected client gives informed consent, confirmed in writing.

insoweit um dieselbe Rechtssache handelt, ist ohne Bedeutung. Selbst in sog. *unrelated matters* besteht bei gleichzeitiger Vertretung ein Tätigkeitsverbot. Dieser – im Verhältnis zum deutschen Recht striktere – Ansatz wird zum einen mit der Notwendigkeit begründet, vertrauliche Mandanteninformationen zu schützen. Für Interessenkonflikte in zeitlich aufeinander folgenden Mandanten sieht Rule 1.9 MRPC eine eigenständige Regelung vor.<sup>11</sup> Danach darf ein Anwalt einen *client* dann nicht vertreten, wenn er zuvor in derselben oder einer hinreichend verwandten Angelegenheit (*same or a substantially related matter*) bereits eine andere Person vertreten hat und wenn die Interessen der beiden Mandanten entgegengesetzt sind.

Entsprechende strengere Regelungen sind durchaus keine anglo-amerikanische Besonderheit. Insbesondere sehen sogar die CCBE Regeln in 3.2.3. vor: „Der Rechtsanwalt darf ein neues Mandat dann nicht übernehmen, wenn die Gefahr der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bezüglich der von einem früheren Mandanten anvertrauten Information besteht oder die Kenntnis der Angelegenheit eines früheren Mandanten dem neuen Mandanten zu einem ungerechtfertigten Vorteil gereichen würde. Dem entsprechen u.a. die Berufsregeln der spanischen (Art. 12.C.4 Código Deontológico de la Abogacía Española) und französischen (Art. 4.1 Règlement Intérieur National de la profession d’avocat) Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (BT-Drs. 19/27670, S. 352).

Mit dem Regierungsentwurf erscheint es daher an der Zeit, das deutsche Berufsrecht an internationale Standards anzupassen und Schutzlücken zu schließen. Eine Überforderung der Praxis ist, wie die ausländischen Vorbilder zeigen, nicht zu befürchten. Sie liegt schon deshalb nicht nahe, weil das Tätigkeitsverbot nur dann greift, wenn sich – für den Rechtsanwalt erkennbar – die Verwendung des sensiblen Vorwissens zum Nachteil des früheren Mandanten auswirken würde. Allein die Vorteilhaftigkeit für den neuen Mandanten hindert die Mandatsannahme nicht. Jedenfalls ist die Regelung, die auf den „Widerspruch zu den Interessen“ des früheren Mandanten abstellt, unter Berücksichtigung des Normzweckes in diesem engen Sinne zu verstehen. In der Anwaltschaft sollte Konsens bestehen, dass die Übernahme des Mandates in solchen Fällen ethisch indiskutabel und für das Ansehen der Anwaltschaft höchst schädlich ist.

---

<sup>11</sup> Rule 1.9 MRPC hat folgenden Wortlaut: „*Client-Lawyer Relationship*”

(a) A lawyer who has formerly represented a client in a matter shall not thereafter represent another person in the same or a substantially related matter in which that person's interests are materially adverse to the interests of the former client unless the former client gives informed consent, confirmed in writing.

(b) A lawyer shall not knowingly represent a person in the same or a substantially related matter in which a firm with which the lawyer formerly was associated had previously represented a client

(1) whose interests are materially adverse to that person; and

(2) about whom the lawyer had acquired information protected by Rules 1.6 and 1.9(c) that is material to the matter; unless the former client gives informed consent, confirmed in writing.

(c) A lawyer who has formerly represented a client in a matter or whose present or former firm has formerly represented a client in a matter shall not thereafter:

(1) use information relating to the representation to the disadvantage of the former client except as these Rules would permit or require with respect to a client, or when the information has become generally known; or

(2) reveal information relating to the representation except as these Rules would permit or require with respect to a client.

### 3. Die Vorbefassung als Referendar

Zu begrüßen ist, dass sich der Regierungsentwurf unter Abweichung vom Referentenentwurf detailliert der Referendarthematik annimmt und sie in § 43a Abs. 5 sowie § 45 Abs. 1 und 2 BRAO-E einer überzeugenden Lösung zuführt. Die Regelung ermöglicht es einerseits den Ausbildungskanzleien, weiterhin Referendare auch in größeren, komplexen und längerfristig angelegten Mandaten einzusetzen, ohne befürchten zu müssen, dass der Referendar die erworbenen Kenntnisse nach Abschluss seiner Ausbildung in einer anderen Kanzlei verwendet. Auf der anderen Seite werden durch den Verzicht auf die Sozietätserstreckung des Tätigkeitsverbotes (Unanwendbarkeit von § 43a Abs. 4 S. 2 BRAO-E gemäß § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO-E) auch die künftigen Berufschancen der Referendare, die in Großkanzleien eine Ausbildungsstange absolvieren, nicht unzumutbar eingeschränkt. Bedauerlich bleibt, dass die ebenfalls regelungsbedürftige Tätigkeit von wissenschaftlichen Mitarbeitern, Praktikanten etc. in Anwaltsgesellschaften nicht angesprochen wird.<sup>12</sup>

### III. Einzelfragen des Berufsrechts der Berufsausübungsgesellschaften

#### 1. Die Erweiterung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe

##### a. Der Alternativvorschlag des Bundesrates

Zum Kernbereich der spezifisch die Berufsausübungsgesellschaften betreffenden Reform zählt zweifellos die Neufassung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe in § 59c BRAO-E. Der Regierungsentwurf behält insoweit die Fassung des Referentenentwurfs bei und erlaubt über die schon nach dem geltenden Recht zulässigen Verbindungen hinausgehend als begrenzte Neuerung auch die gemeinschaftliche Berufsausübung

- mit Personen, die in der Berufsausübungsgesellschaft einen freien Beruf nach § 1 Absatz 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes ausüben, es sei denn, dass die Verbindung mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege, nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann.

Obwohl diese Öffnung deutlich hinter derjenigen für alle nach § 7 Nr. 8 BRAO vereinbaren Berufe zurückbleibt, wie sie anlässlich der Einführung des RDG noch von Seiten der Bundesregierung vorgeschlagen wurde,<sup>13</sup> ist selbst diese kleine Lösung der Kritik ausgesetzt. Der Bundesrat (BT-Drucks. 19/27670 S. 362 ff.)<sup>14</sup> will stattdessen eine Zusammenarbeit nur mit ausgewählten Berufen erlauben, nämlich nur mit

- Personen, die selbständig tätig sind als Apotheker, Architekten, Ärzte, beratende Volks- und Betriebswirte, hauptberufliche öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, Ingenieure, Psychologen, Psychotherapeuten, Tierärzte, Zahnärzte,

<sup>12</sup> Dazu *Henssler AnwBl-Online* 2021, 51 ff.

<sup>13</sup> BT-Drucks 16/3655 und 16/6634; *Uwer AnwBl Online* 2019, 20, 24 hält diesen aus guten Gründen nach wie vor für „bestehend aktuell“.

<sup>14</sup> In diese Richtung geht auch die Stellungnahme der BRAK Stellungnahme 11/2021 S. 5.

- und mit Personen, die der Berufsaufsicht einer Berufskammer eines freien Berufes unterliegen und ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 der Strafprozessordnung haben.

**b. Die Verfassungswidrigkeit des restriktiven Regelungsvorschlags des Bundesrates und vergleichbarer Vorschläge**

Diese – willkürliche – Auswahl aus dem Kreis der Freien Berufe ist evident verfassungswidrig. Spätestens seit der Entscheidung des BVerfG<sup>15</sup> sollte es eine Selbstverständlichkeit sein, dass jeder Ausschluss eines bestimmten Berufes nicht nur durch Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und außerdem geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein muss, sondern dass außerdem bei einer Differenzierung zwischen vergleichbaren Berufen der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten ist. Eine willkürliche Ungleichbehandlung einzelner Freier Berufe führt damit zur Verfassungswidrigkeit der Regelung.<sup>16</sup> Jedem mit der Materie vertrauten Berufsrechtsexperten werden aber spontan viele verwandte Berufe einfallen, die mit den im Regelungsvorschlag genannten unmittelbar vergleichbar sind. Erwähnt seien etwa selbstständig tätige Datenschutzbeauftragte, sozialwissenschaftlich ausgebildete Berufsbetreuer, Kunsthistoriker oder Versicherungsmathematiker, mit denen etwa die Zusammenarbeit in einer datenschutzrechtlich, sozialrechtlich, kunst-/restitutionsrechtlich oder auf die betriebliche Altersversorgung spezialisierten Kanzlei praktisch bedeutsam und ganz im Interesse des beratenen Mandanten ist. Die Liste lässt sich nahezu beliebig fortsetzen.

Besonders anschaulich lässt sich die Unbrauchbarkeit des Regelungsvorschlags des Bundesrates am Beispiel der European Patent Attorneys verdeutlichen, die in der Begründung des Regierungsentwurfs zu Recht ausdrücklich als sozietätsfähige Berufe aufgeführt werden (BT-Drucks. 19/27670 S. 189). Grundlage ihrer Befugnisse in Deutschland ist das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ), ein autonomes völkerrechtliches Abkommen, das neben den europäischen Verträgen steht, und daher auch für das Vereinigte Königreich durch den Brexit unberührt geblieben ist.<sup>17</sup> Nach Artikel 134 EPÜ sind primär die in der beim Europäischen Patentamt zu diesem Zweck geführten Liste eingetragenen European Patent Attorney (EPA) berechtigt, Personen in Verfahren vor dem Europäischen Patentamt zu vertreten. Sie sind außerdem berechtigt, zur Ausübung ihrer Tätigkeit als zugelassene Vertreter einen Geschäftssitz in jedem Vertragsstaat zu begründen. Ihnen steht damit ein Niederlassungsrecht auch in Deutschland zu. Sämtlich EPA sind Pflichtmitglieder im Europäischen Patentinstitut (epi), als der offiziellen Berufsvereinigung aller ca. 12.600 European Patent Attorneys, davon ca. 4.600 in Deutschland, und unterliegen strengen eigenen Standes- und Berufsregeln. Das epi ist zwar keine Kammer im Sinne einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, es ist aber ein offizielles auf völkerrechtlicher Grundlage eingeführtes Organ mit kammerähnlichen Befugnissen. Berufsrechtsverstöße werden mit (vorübergehendem) Ausschluss aus der beim Europäischen Patentamt geführten Liste sanktioniert und führen damit zu einem Tätigkeitsverbot. Selbst nach

---

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2016, 700.

<sup>16</sup> Im Ergebnis ebenso *Wittmann*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 14. April 2021, S. 5 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu bereits *Henssler*, AnwBl Online 2021, 69, 79.

den denkbar strengsten Anforderungen (dazu sogleich unter c.) handelt es sich somit um Angehörige eines Freien Berufs. Es wäre verfassungsrechtlich schlicht unvertretbar, ihnen die Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten und Patentanwälten zu verweigern, wenn auf der anderen Seite eine ganz unpräzise als beratende Volkswirte umschriebene, in keiner Weise berufsrechtlich erfasste und Berufspflichten unterworfenen Personengruppe als sozietätsfähig angesehen würde.

Die These, die (patent-)anwaltliche Zusammenarbeit mit ihnen könne mit dem Beruf des Rechtsanwalts/Patentanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege, unvereinbar sein oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden, entbehrt jeder Grundlage. Jedenfalls gibt es nach der Rechtsprechung des BVerfG keine Gemeinwohlbelange, die ein entsprechendes Rechtsanwälte/Patentanwälte treffendes Zusammenschlussverbot rechtfertigen könnten. Die Zusammenarbeit ist ganz im Gegenteil aufgrund der sich ideal ergänzenden Tätigkeitsbereiche sowohl aus Sicht der betroffenen Berufsgruppen als auch aus Sicht der zu betreuenden Mandanten und damit zur Stärkung des Innovationsstandorts Deutschlands sinnvoll und geboten. Es wäre blamabel, wenn Deutschland, das sich rühmt, im Land den Sitz des Europäischen Patentamts zu haben, die Arbeit der EPA auf diese Weise erschweren und ihnen den Zugang zur passenden Infrastruktur verweigern würde.

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zu Recht darauf hingewiesen, dass Sachgründe für die Ausklammerung anderer Freier Berufe nicht ersichtlich sind. Die generelle Schwäche der Gegenansicht zeigt sich bereits daran, dass von ihr kein einziges Beispiel für einen Freien Beruf genannt wird, bei dem eine Zusammenarbeit aus anwaltlicher Sicht problematisch sein könnte. Wenn es überhaupt solche Beispiele geben sollte, könnte es sich allenfalls um atypisch gelagerte Fälle im Grenzbereich der Freiberuflichkeit handeln. Solche atypischen Fälle werden aber durch die im Entwurf vorgesehene Einschränkung, nämlich die Vereinbarkeit mit der Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege und der fehlenden Gefährdung des Vertrauens in die anwaltliche Unabhängigkeit, ausgeschlossen.

Zusammenfassend gilt: Personen, die einerseits die Anforderungen an die Freiberuflichkeit erfüllen und andererseits auch die beiden zusätzlich vom Gesetz aufgebauten Hürden überwinden, können schlicht nicht verfassungskonform von der Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten und Patentanwälten ausgeschlossen werden, wenn man gleichzeitig die vom Bundesrat genannten Berufe als sozietätsfähig einstuft.

### **c. Die Anknüpfung am Begriff des Freien Berufes**

Von Seiten des Bundesrates wird sehr pauschal behauptet, dass der Begriff des Freien Berufes in § 1 Abs. 2 PartGG nicht hinreichend konturiert sei. Der Einwand der Konturlosigkeit geht zunächst schon deshalb fehl, weil er allenfalls einen Anlass bieten könnte, die Formulierung in § 1 Abs. 2 PartGG zu schärfen. Er rechtfertigt es jedoch nicht, die Gruppe der Freien Berufe nun willkürlich in zwei Kategorien, nämlich die aus anwaltlicher Sicht bedenklichen und die unbedenklichen und damit sozietätsfähigen, zu unterteilen. Der Verfasser beschäftigt sich über das von ihm geleitete „Europäische Zentrum für Freie Berufe“ der Universität zu Köln seit vielen Jahren mit der Entwicklung des Freien Berufes und empfindet den im vorliegenden Kontext unsubstantiierten Vorwurf aus einer Vielzahl von Gründen als höchst problematisch. Zwar



trifft es zu, dass die Gruppe der Freien Berufe heterogen ist. Falsch ist dagegen, dass es keine gemeinsame Klammer zwischen ihnen geben würde. Diese Gemeinsamkeiten betreffen aber genau diejenigen Kriterien, die vorliegend maßgeblich sind, wenn man denn überhaupt bestimmte (konkret: gewerbliche) unternehmerische Tätigkeiten von der Sozietätsfähigkeit ausschließen will. Diese gemeinsamen Merkmale finden sich nicht nur im nationalen Recht, sondern auch im europäischen Recht.

Als zentrale charakterisierende Merkmale lassen sich unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EuGH, der in seinem Urteil vom 11.10.2001<sup>18</sup> auch auf nationale Gepflogenheiten abgestellt hat, nennen

- die Gemeinwohlbindung der Dienstleistung,
- die hohe Qualifikation bzw. – so der EuGH – der ausgesprochen intellektuelle Charakter
- die fachlich und wirtschaftlich unabhängige Aufgabenwahrnehmung, die der EuGH mit einem Hinweis auf die „große Selbstständigkeit“ zum Ausdruck bringen möchte,
- das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, das mit der Erwartung der Einhaltung gewisser ethischer Standards verbunden ist,
- die Zurückstellung des Interesses maximaler Gewinnerzielung.<sup>19</sup>

Der Bundesverband der Freien Berufe (BFB) nennt vier hervorstechende Merkmale,<sup>20</sup> nämlich (1) Professionalität, d.h. hochqualifizierte Freiberufler helfen, beraten und vertreten neutral und fachlich unabhängig, (2) Gemeinwohlverpflichtung, d.h. die Sicherung der Gesundheitsvorsorge, der Rechtsordnung und der Kultur liegen im Interesse aller Bürger, (3) Selbstkontrolle, da Patienten, Mandanten und Klienten persönliche Betreuung auf neuestem Kenntnisstand erwarten, die durch hohe ethische Standards und ihre strenge Selbstkontrolle garantiert sind, und (4) die Eigenverantwortlichkeit, da Freiberufler mehrheitlich selbstständig tätig sind, 10,9 Prozent des Bruttoinlandsprodukts erwirtschaften und über drei Millionen Mitarbeiter beschäftigen.

Die genannten Kriterien rechtfertigen zwar sicherlich keine generelle Sonderstellung der Freien Berufe, insbesondere nach Ansicht des Verfassers keine eigenständigen, für sie reservierten Gesellschaftsformen. Die Freiberuflichkeit fasst als soziologische Wortschöpfung aber doch eine Gruppe sich ähnelnder Berufsbilder zusammen<sup>21</sup> und kennzeichnet auch aus der Sicht des BVerfG einen Sachverhalt, der aus einer bestimmten (vergleichbaren) gesellschaftlichen Situation erwachsen ist.<sup>22</sup> Entscheidend ist vorliegend die Ähnlichkeit in punkto Unabhängigkeit, Qualifikation, ethischer Standards und Gemeinwohlbindung, die eine Zusammenarbeit auch aus der Sicht der Mandanten unproblematisch erscheinen lässt und eine Gefährdung der an-

---

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 11.10.2001 – C 267/99, ECLI:EU:C:2001:534 = Slg 2001, I-7467 – *Adam*.

<sup>19</sup> Zum Ganzen *Henssler*, Verhandlungen des 71. DJT in Essen, Bd. II/1, O 53, 64 ff.

<sup>20</sup> <https://www.freie-berufe.de/freie-berufe/profil/> (zuletzt abgerufen am 9.4.2021).

<sup>21</sup> Vgl. *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, S. 209; *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, Freiburger Antrittsvorlesung, Tübingen, 1962, S. 8.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 10, 354, 364 = NJW 1960, 619, 620.

waltlichen Grundwerte durch die Zusammenarbeit grundsätzlich ausschließt. Zu der soziologischen Einbindung des Rechtsanwalts in den Typus der Freien Berufe und die ihn kennzeichnenden Merkmale bekennt sich die BRAO ausdrücklich, indem sie im Grundlagenteil (§ 2 Abs. 1 BRAO) als Wesenselement des Anwaltsberufs seine Einstufung als Freier Beruf hervorhebt; die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer hat dieses Verständnis mit § 1 Abs. 1 BORA unterstrichen. Die anderen Freien Berufe sind damit grundsätzlich wesensverwandt.

Das Argument der Konturlosigkeit und damit der fehlenden Wesensverwandtschaft der einzelnen Freien Berufe ist ein rechtspolitisch höchst gefährliches Argument, weil es den Schluss nahelegt, dass auch bei vielen gewerblichen Tätigkeiten das Verbot eines Zusammenschlusses kaum zu rechtfertigen ist, wenn denn der Rechtsanwalt selbst – verfassungsrechtlich abgesichert – diese Tätigkeiten als Zweitberuf ohne Beeinträchtigung des Ansehens der Anwaltschaft und der Interessen der Mandanten ausüben darf. Der Verfasser, der seit langem in Brüssel für die kontinentaleuropäische Idee der Freiberuflichkeit eintritt, empfindet diese Aufspaltung der Freien Berufe in aus anwaltlicher Sicht „gute“ und „schlechte“ Berufe und die damit verbundene Entwertung der Freiberuflichkeit als sehr unglücklich. Letztlich ist sie ein rechtspolitischer Tiefschlag für alle Befürworter der Freiberuflichkeit in Europa.

#### **d. Europarechtliche Bedenken gegen den Vorschlag des Bundesrates**

Auch europarechtliche Probleme drängen sich bei dem Zwei-Stufen-Modell (zum einen abschließender Katalog bestimmter Freier Berufe und zum zweiten Einbeziehung aller verkammerter Berufe) auf: Wie verhält es sich etwa mit Angehörigen von Freien Berufe aus Mitgliedsstaaten der EU, die zwar hierzulande verkammert sind, bei denen jedoch der Heimatstaat keine Verkammerung kennt, sondern etwa eine staatliche Aufsicht nebst strenger Regulierung? Soll ihnen deshalb die Zusammenarbeit mit einer Anwaltsgesellschaft verwehrt und damit massiv in ihre Niederlassungsfreiheit eingegriffen werden? Die EU-Kommission steht auf dem Standpunkt, dass Berufskammern zwar zulässig, aber gerade nicht notwendig sind, um eine effektive Berufsaufsicht über regulierte Berufe sicherzustellen. Vielmehr gibt es aus ihrer Sicht gleichwertige Alternativmodelle.

Das Abstellen auf eine Kammeraufsicht entlarvt sich bei näherer Betrachtung ohnehin als Scheinargument. Die Kammern anderer Berufe sind nämlich ersichtlich nicht dazu berufen, nun gerade das Berufsrecht der anwaltlichen und steuerberatenden Berufe durchzusetzen und die Interessen dieser Berufsstände zu vertreten. Sie bieten daher keine Gewähr, dass die von ihnen beaufsichtigten Berufsträger sich aus anwaltlicher Sicht berufsrechtskonform verhalten und die Grundpflichten der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater achten. Mit der auch vom Verfasser in seinem Gesetzesentwurf präferierten Lösung muss eine effektive und verfassungskonforme Regelung daher anders anknüpfen, indem die berufsfremden Gesellschafter und die Gesellschaft selbst den Berufspflichten der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater unterworfen und Pflichtverstöße gegenüber der Gesellschaft sanktioniert werden. Damit ist den berechtigten Belangen der (Patent-)Anwaltschaft und der Steuerberater hinreichenden Genüge getan, einer Aufsicht der Sozietätspartner durch eine fremde Berufskammer bedarf es nicht.

## 2. Die Öffnung für mehrstöckige Strukturen / Konzernverbindungen

Ausdrücklich zu begrüßen ist die Regelung in § 59i Abs. 1 BRAO, die abweichend vom geltenden Recht die Möglichkeit eröffnet, sich als zugelassene Berufsausübungsgesellschaften an einer anderen Berufsausübungsgesellschaft zu beteiligen. Der Entwurf greift auch insoweit einen Vorschlag des Verfassers aus seinem Reformentwurf auf (vgl. den weitgehend inhaltsgleichen § 59b Abs. 3 BRAO des Entwurfs *Henssler/DAV*).<sup>23</sup> Die Öffnung gilt auch für EU-Gesellschaften, die damit Anteile an einer verbundenen deutschen Regionalgesellschaft halten dürfen. Damit werden zugleich Anreize geschaffen, für den deutschen Beratungsmarkt nicht nur eine rechtlich unselbstständige Zweigniederlassung zu gründen, sondern eine – den deutschen Mandanten vertraute – deutsche Rechtsform zu wählen. Wenig glücklich erscheint, dass sich die EU-Auslandsgesellschaft nur für diese Beteiligung einem Zulassungsverfahren unterziehen und damit Pflichtmitglied in einer deutschen Kammer werden muss. Sowohl Mutter- als auch Tochtergesellschaft sind somit beide zulassungspflichtig und Pflichtkammermitglied, und zwar selbst dann, wenn die Muttergesellschaft von der durch § 59m BRAO-E iVm § 29a BRAO eröffneten Möglichkeit Gebrauch macht, in Deutschland keine eigene Kanzlei zu unterhalten. Nach dem in Bezug genommenen § 29a Abs. 2 BRAO befreit die Rechtsanwaltskammer einen Rechtsanwalt – und damit entsprechend auch eine Rechtsanwaltsgesellschaft – von der Kanzleipflicht des § 27 BRAO bzw. § 59m BRAO-E, sofern diese ihre Kanzleien ausschließlich in anderen Staaten einrichten. Voraussetzung ist lediglich, dass keine überwiegenden Interessen der Rechtspflege entgegenstehen, was im Regelfall unproblematisch sein dürfte, wenn die Gesellschaft in Deutschland lediglich eine Beteiligung halten möchte. Auch wenn der Wunsch nach einer gewissen Kontrolle der Auslandsgesellschaft nachvollziehbar ist, so werden die Gesellschaften im Ergebnis vermutlich doch den deutlich unbürokratischeren Weg über eine unselbstständige Zweigniederlassung vorziehen.

Komplett verschlossen bleibt dagegen nach § 207a Abs. 2 BRAO-E, der ausdrücklich § 59i Abs. 1 BRAO-E von der Verweisung ausnimmt, die Beteiligungsmöglichkeit für Auslandsgesellschaften aus Staaten außerhalb der EU/EWR.<sup>24</sup> Die Beteiligung deutscher Anwaltsgesellschaften an internationalen Kanzleiverbänden wird damit unnötig erschwert, wenn man das Zulassungserfordernis für die Auslandsgesellschaften berücksichtigt. Der DAV<sup>25</sup> hat in seiner Stellungnahme zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Regelung nicht mit der ausschließlichen Kompetenz der EU für Außenhandelsabkommen und dem deutsch-amerikanischen Handels-, Schifffahrts- und Freundschaftsvertrag von 1954 vereinbar sein dürfte.

## 3. Für kleinere Gesellschaften herabgesetzte Mindestversicherungssumme (§ 59c BRAO-E)

Ausdrücklich zu begrüßen ist die auf eine Mio. EUR herabgesetzte Mindestversicherungssumme für kleinere Gesellschaften nach § 59o Abs. 3 BRAO-E. Der Regierungsentwurf weicht insoweit von § 59o Abs. 3 BRAO-E des Referentenentwurfs ab, als nicht mehr auf den Umsatz

---

<sup>23</sup> Eingehend zu diesem Konzept *Glindemann*, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, 2019, S. 179 ff., 348 ff.

<sup>24</sup> So ausdrücklich Vgl. dazu BT-Drucks. 19/27670 S. 240.

<sup>25</sup> Stellungnahme Nr.: 18/2021 vom Februar 2021, S. 10 f.

der Gesellschaft abgestellt wird, sondern nur noch auf die Personenzahl („nicht mehr als 10 Personen“). Das ist zwar ungenauer, dafür aber als eindeutiges Kriterium für die Praxis leichter zu handhaben. Der Verfasser hatte in seinem Gesetzesvorschlag daher auch alternativ beide Varianten als mögliche Gestaltungen aufgegriffen. Wichtig ist, dass es nach der überarbeiteten Fassung zum Ausgleich nicht mehr auf die Anzahl der Gesellschafter, sondern auf die Anzahl der Personen ankommt, die zur Ausübung ihres anwaltlichen oder sozietätsfähigen Berufs in der Berufsausübungsgesellschaft tätig sind. Die Herabsetzung der Mindestversicherungssumme vermeidet zudem, wie die an ihr geäußerte Kritik verkennt, mit der Angleichung an § 67 Abs. 2 S. 1 StBerG und § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 WPO iVm § 323 Abs. 2 S. 1 HGB die Schwierigkeiten, die sich derzeit bei interprofessionellen Rechtsanwalts- und Steuerberatungsgesellschaften aus den unterschiedlichen berufsrechtlichen Vorgaben ergeben.

#### **4. Die Regelung der ausländischen Rechtsanwaltsgesellschaften / Ergänzung des § 59b Abs. 2 BRAO-E**

Sehr zu begrüßen ist zunächst, dass auch der Bundesrat die überzeugende Neuregelung der ausländischen Rechtsanwaltsgesellschaft in § 207a BRAO ausdrücklich als „im Grundsatz sachgerecht“ gewürdigt hat (BT-Drucks. 19/27670, S. 369) und sich damit zur Internationalisierung des deutschen anwaltlichen Berufsrechts bekennt. Er distanziert sich damit zu Recht von der verfehlten und von falschen Fakten ausgehenden Kritik an dem Reformvorschlag, die verkennt, dass sich schon derzeit selbstverständlich Rechtsanwälte aus allen Staaten der WHO in Deutschland niederlassen können. Es gibt damit schon derzeit völlig unproblematisch Anwaltsgesellschaften von etwa chinesischen Rechtsanwälten in Deutschland. Selbstverständlich können derzeit auch Rechtsanwälte aus Staaten der WHO nach § 59a Abs. 2 Nr. 1 iVm § 206 BRAO die Mehrheit an deutschen Anwaltsgesellschaften halten, ohne dass diese Gesellschaften<sup>26</sup> einer Kammeraufsicht unterliegen würden.<sup>27</sup> Die Neuregelung, die alle in- wie ausländischen Rechtsanwaltsgesellschaften einem Zulassungsverfahren und einer Kammeraufsicht unterwirft, verbessert damit die Kontrolle der Einhaltung des deutschen Berufsrechts, etwa der anwaltlichen Unabhängigkeit, in solchen Gesellschaften.

Nicht zum Anlass für eine Änderung genommen hat die Bundesregierung<sup>28</sup> zu Recht die zusätzlich geäußerte Prüfbitte des Bundesrates (BT-Drucks. 19/27670, S. 369), in § 207a BRAO-E einen Gegenseitigkeitsvorbehalt aufzunehmen. Eine solche Einschränkung wäre mit der Meistbegünstigungsklausel gem. Art. II (1) General Agreement on Trade in Services (GATS) nicht vereinbar. Die Bundesregierung hat zu Recht darauf hingewiesen, dass – der Verfasser erinnert sich noch gut an die damalige Diskussion – aus gutem Grund schon 1994<sup>29</sup> auf entsprechende Gegenseitigkeitsklauseln in § 206 Abs. 2 S. 1 BRAO und § 10 Abs. 2 Nr. 3 WPO unter Verweis auf Art. II (1) GATS verzichtet wurde.

In den aktuellen Diskussionen um den Regierungsentwurf ist allerdings deutlich geworden, dass das Verhältnis zwischen § 59b Abs. 2 BRAO-E und § 207a BRAO-E nicht ganz eindeutig

---

<sup>26</sup> Nur die Rechtsanwälte selbst müssen nach § 206 BRAO in Deutschland niedergelassen und Kammermitglied sein.

<sup>27</sup> Dazu *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59a, R. 97 ff.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 19/27670, S. 380.

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/7655 (neu), S. 7 f., 341.

ist. Der Katalog der in § 59b Abs. 2 BRAO-E erwähnten Rechtsformen ist ersichtlich nicht abschließend zu verstehen, sondern soll bezieht sich nur auf solche Berufsausübungsgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben. Unberührt bleibt die nach allgemeinen Grundsätzen zulässige Möglichkeit jeder ausländischen Gesellschaft, habe sie ihren Sitz nun innerhalb oder außerhalb der EU, in Deutschland eine rechtlich unselbstständige Zweigniederlassung zu unterhalten und auf diese Weise als ausländische Rechtsform in Deutschland tätig zu werden. Die berufs- und rechtsdienstleistungsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Betätigung richtet sich nach § 207a BRAO-E. Dieses Verständnis eines Nebeneinanders von § 59b Abs. 2 und § 207a BRAO-E berücksichtigt freilich nicht, dass durchaus auch Berufsausübungsgesellschaften, die ihren Registersitz außerhalb der EU haben, aufgrund von Staatsverträgen oder internationalen Abkommen ihren Verwaltungssitz in Deutschland unterhalten können. Hierzu zählt etwa der Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 29. Oktober 1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, möglicherweise aber auch der Vertrag zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich vom 24. Dezember 2020. Jedenfalls wird ein entsprechendes Verständnis des Abkommens diskutiert. Will man nicht entsprechend dem Vorschlag des DAV<sup>30</sup> § 59b Abs. 2 BRAO-E komplett streichen und die Zusammenarbeit in jeder in Deutschland gesellschaftsrechtlich zulässigen Rechtsform erlauben, was allerdings die Handelsgesellschaften nicht erfassen und damit neue Probleme aufwerfen würde, so empfiehlt sich eine Ergänzung des § 59b Abs. 2 Nr. 3 BRAO-E um einen Buchstaben c) „auf Grund eines Staatsvertrages oder internationalen Abkommens berechnete Gesellschaften“.

## 5. Die Regelung der Bürogemeinschaft in § 59q BRAO-E

Zu den begrüßenswerten Neuerungen des Reformgesetzes zählt auch die Regelung der Bürogemeinschaft in § 59q Abs. 1 BRAO-E. Die Vorschrift enthält zum einen die überfällige Legaldefinition der Bürogemeinschaft und verzichtet für sie auf die Beschränkungen, die das Gesetz für Berufsausübungsgesellschaften kennt. Der Entwurf geht ersichtlich von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Bürogemeinschaft und ihrer freien Gestaltbarkeit hinsichtlich Rechtsform und Gesellschafterkreis aus. Dementsprechend enthält er auch keine Beschränkung auf natürliche Personen unter Ausschluss von Personengesellschaften und Juristischen Personen. Eine solche vor dem Hintergrund der Gesamtregelung schlicht systemwidrige Einschränkung hätte schon aus verfassungsrechtlichen Gründen mit der hinreichenden Bestimmtheit angeordnet werden müssen.

Der Verfasser hatte vor dem Hintergrund seines eigenen ausdrücklich für die Beteiligung von Gesellschaften geöffneten Vorschlags (vgl. § 59a Abs. 4 iVm § 59b Abs. 3 BRAO des Entwurfs *Henssler*) zunächst Zweifel, ob nicht aus der Formulierung „Rechtsanwälte können sich ...“ der falsche Schluss gezogen werden könnte, dass die Beteiligung von Gesellschaften ausgeschlossen sein sollte. Bei näherer Betrachtung der Gesamtregelung, nach der sich gemäß § 59i BRAO-E ja sogar an einer Berufsausübungsgesellschaft Gesellschaften beteiligen dürfen, hält er diese Zweifel nicht mehr aufrecht. Eine Klarstellung in der Begründung der Beschlussemp-

---

<sup>30</sup> Vgl. Stellungnahme Nr.: 18/2021 vom Februar 2021, S. 10 f.

fehlung wäre gleichwohl wünschenswert. Die Zulässigkeit der Beteiligung von Berufsausübungsgesellschaften der Steuerberater und Rechtsanwälte an Bürogemeinschaften wird durch den Umstand gestützt, dass der BGH schon bislang eine Bürogemeinschaft (GbR) zwischen einer Einzelanwältin und einer in der Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft geführten Steuerberatungsgesellschaft nicht beanstandet hat.<sup>31</sup> Der BGH kam zu diesem Ergebnis auf der Grundlage der identischen Gesetzesformulierung im derzeitigen § 59a Abs. 1 BRAO („Rechtsanwälte dürfen sich ...“), auf die der bisherige § 59a Abs. 3 BRAO für die Bürogemeinschaft verweist. Der Entwurf will, daran kann überhaupt kein Zweifel bestehen, keine Einschränkung der Zusammenschlussmöglichkeit in einer Bürogemeinschaft, sondern hat die redaktionelle Gestaltung des neuen § 59q BRAO in Kenntnis dieser Rechtsprechung, auf die in der Begründung verwiesen wird,<sup>32</sup> gewählt.

Im Ergebnis steht damit fest, dass sich an Bürogemeinschaften selbstverständlich auch Berufsausübungsgesellschaften beteiligen dürfen. Sogar eine Bürogemeinschaft eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters mit einem gewerblichen Unternehmen wäre nicht zu beanstanden.

## **6. Die Regelung des Aufsichtsrats einer Berufsausübungsgesellschaft**

Nach § 59j Abs. 1 BRAO-E können nur Rechtsanwälte oder Angehörige eines der in § 59c Abs. 1 BRAO-E genannten Berufe Mitglieder des Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans einer zugelassenen Berufsausübungsgesellschaft sein. Der Verfasser<sup>33</sup> hatte hier eine Klarstellung angeregt, dass mitbestimmungsrechtliche Vorgaben durch diese berufsrechtlichen Bestimmungen unberührt bleiben. Das Berufsrecht kann insoweit mitbestimmungsrechtliche Vorschriften nicht verdrängen. Für die Steuerberatungsgesellschaften und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ist seit langem anerkannt, dass sich die Besetzung ihrer Aufsichtsräte nach den Mitbestimmungsgesetzen richtet. Im Interesse der Rechtsklarheit wäre es gleichwohl sehr zu begrüßen, wenn der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz in einen Satz des § 59j Abs. 1 BRAO-E die Ergänzung „Mitbestimmungsrechtliche Vorschriften bleiben unberührt“ aufnehmen würde. Auch ein Hinweis in der Gesetzesbegründung dürfte wohl genügen.

## **IV. Reformbedarf im Recht der Patentanwälte**

Für Novellierung der PAO gelten im Grundsatz die Ausführungen unter I. – III. entsprechend. Im Folgenden sei nur ergänzend auf einige Besonderheiten hingewiesen.

### **1. Die klare Öffnung der Sozietätsfähigkeit für Europäische Patentanwälte**

Besonders wichtig ist die schon angesprochene Klarstellung der Sozietätsfähigkeit von European Patent Attorneys (EPA) naturgemäß für Patentanwaltsgesellschaften.<sup>34</sup> Die Gesetzesbegründung erwähnt die EPA zwar nur im Kontext des § 59c Abs. 1 BRAO-E, nicht dagegen erneut in den Erläuterungen zur Parallelvorschrift des § 52c PAO-E. Allerdings weist der Regierungsentwurf zu den Gründen für die parallele Ausweitung der sozietätsfähigen Berufe unter

<sup>31</sup> BGH NJW 2003, 3548, 3549.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 19/27670, S. 203.

<sup>33</sup> Henssler, AnwBl Online 2021, 69, 79.

<sup>34</sup> Vgl. dazu bereits Henssler, AnwBl Online 2021, 69, 79.

Einbeziehung der Angehörigen der Freien Berufe auf die Erläuterungen zu § 59c BRAO-E in Artikel 1 Nummer 23. Für den – wie ausgeführt wurde – nicht ernsthaft diskussionswürdigen Fall, dass sich der Bundestag hier für eine restriktivere Lösung entscheiden sollte, müssten E-PAs in jedem Fall als sozietätsfähig eingestuft werden. Ausdrücklich zu begrüßen ist auch, dass unter Erweiterung der bisherigen Rechtslage künftig – entsprechend der Rechtslage bei Rechtsanwälten – Patentanwälte eine Berufsausübungsgesellschaft auch mit ausländischen Patentanwälten eingehen können, die nach § 157 BRAO-E berechtigt wären, sich in der Bundesrepublik Deutschland niederzulassen. Eine Zusammenarbeit mit britischen UK-PA ist damit auch nach dem Brexit unproblematisch zulässig.

## **2. Der Verzicht auf die Gegenseitigkeit in § 157 PAO-E**

Die zu begrüßende Vorschrift des § 157 PAO-E<sup>35</sup> ist grundsätzlich der ebenfalls neu gestalteten Regelung in § 206 BRAO nachgebildet, der allerdings zwischen WTO Staaten und sonstigen Staaten unterscheidet und das Gegenseitigkeitserfordernis nur für Berufe aus solchen Staaten vorsieht, die nicht Mitgliedstaaten der WHO sind. Wohl aufgrund eines redaktionellen Versehens ist versäumt worden, das Erfordernis der Gegenseitigkeit in § 157 PAO-E für Berufe aus Staaten der WHO zu streichen. Das Gleiche gilt für § 159 Abs. 1 Nr. 6 PAO-E, auch hier sollte auf das Gegenseitigkeitserfordernis für Gesellschaften aus Staaten der WHO verzichtet werden. Die Bundesregierung hat die entsprechende Überprüfung in ihrer Gegenäußerung bereits angekündigt (BT-Drucks. 19/27670, S. 380).

## **3. Die Verkürzung der Frist für das Inkrafttreten von § 157 PAO-E**

Die Patentanwaltskammer hat als fürsorgliche Berufskammer angesichts der unmittelbar bevorstehenden Neuregelung darauf verzichtet, gegenüber UK Patent Attorneys (UK PA), die aufgrund ihrer durch die europäischen Grundfreiheiten verbürgten Befugnisse bislang Kammermitglied waren, den Widerruf der Zulassung auszusprechen. Da die PAO bislang kein Pendant zu § 206 BRAO kennt, gibt es für UK Patent Attorneys bis zum Inkrafttreten des Reformgesetzes auch keine Auffangregelung, die derjenigen für UK Solicitors vergleichbar wäre. Künftig sieht § 157 Abs. 1 PAO-E die überfällige Angleichung an § 206 BRAO vor. Danach dürfen Angehörige solcher ausländischer Berufe, die in der Rechtsverordnung nach § 157 Abs. 2 PAO-E aufgeführt sind, sich zur Rechtsbesorgung auf dem Gebiet des Patentrechts des Herkunftsstaats in der Bundesrepublik Deutschland niederlassen, wenn sie nach dem Recht des Herkunftsstaats befugt sind, den Beruf im Herkunftsstaat auszuüben, und auf Antrag in die Patentanwaltskammer aufgenommen wurden. UK-PA können daher weiterhin Kammermitglieder und in Deutschland niedergelassen sein.

Es bietet sich an, diese Regelung unmittelbar am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft zu setzen, eine dreizehnmonatige Hängepartie ist weder der Patentanwaltskammer noch den UK PA zuzumuten.

## **V. Die Reform des Rechts der Syndikusrechtsanwälte**

---

<sup>35</sup> Dazu bereits eingehend Henssler AnwBl Online 2021, 69. 79.

Nach Mitteilung des BMJV ist aus dem parlamentarischen Raum an das Ministerium die Bitte herangetragen worden, durch eine Gesetzesänderung eine (geringfügige) Drittberatung durch Syndikusrechtsanwälte für deren nichtanwaltliche Arbeitgeber zu ermöglichen, soweit die Arbeitgeber selbst rechtsdienstleistungsbefugt sind. Hintergrund dieser Forderung ist die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH, nach der eine Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten eines Kunden des Arbeitgebers keine Tätigkeit in Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers darstellen soll, selbst wenn sich der Arbeitgeber im Einklang mit dem RDG zu einer Beratung des Kunden verpflichtet hat.<sup>36</sup> Nur in den in § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 bis 3 BRAO genannten besonderen Fällen der Drittberatung könnten Tätigkeit für die Kunden den Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers gleichgestellt werden.<sup>37</sup> Die Rechtsprechung führt zu dem rechtspolitisch absurden Ergebnis, dass der Arbeitgeber in den nicht von § 46 Abs. 5 S. 2 BRAO erfassten Sachverhalten seine vertraglich geschuldete Rechtsdienstleistung nur durch nicht als Syndikusrechtsanwälte zugelassene Mitarbeiter erbringen kann,<sup>38</sup> und er ausgerechnet denjenigen Mitarbeitern, welche die beste Gewähr für eine optimale Beratung und Betreuung der Kunden bieten, die Mitwirkung verwehren muss.

Der Hinweis des BGH, der Syndikusrechtsanwalt müsse eben auf seine Zulassung verzichten und als einfacher Unternehmensjurist tätig werden, geht aus verfassungsrechtlicher Sicht fehl, da er die unterschiedliche Behandlung der beiden Berufe ersichtlich nicht rechtfertigt. Warum sollte es für einen Unternehmensjuristen mit 2. Juristischem Staatsexamen zu einer Einschränkung seiner Rechtsdienstleistungsbefugnisse führen, wenn er aufgrund seiner Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nun Kammermitglied wird, einer Kammeraufsicht unterliegt und gesetzlich in besonderer Weise zu fachlicher Unabhängigkeit verpflichtet ist? Die Missbrauchsrisiken sind doch in diesem Fall sogar evident reduziert und seine Eignung als Rechtsberater ist auch aus Verbrauchersicht sogar deutlich verbessert. Von den vom BGH<sup>39</sup> behaupteten „höheren Gefahren für die fachliche Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit“ kann im Verhältnis zu einem Assessor keine Rede sein. Im Schrifttum ist, auch vom Verfasser dieser Stellungnahme, die Rechtsprechung daher vielfach auf Ablehnung gestoßen<sup>40</sup> und eine Korrektur durch den Gesetzgeber gefordert worden.<sup>41</sup> Den Gegnern der hier befürworteten Reform missfällt in Wahrheit die nicht mehr umkehrbare Öffnung des RDG für bestimmte nicht-anwaltliche Dienstleistungen. Sie verkennen, dass diese Öffnung des RDG für Nichtanwälte aus Sicht des einheitlich zu verstehenden Anwaltsberufs noch viel gravierender wird, wenn nun ausschließlich nicht-anwaltliche, und damit berufsrechtlich nicht gebundene Personen diese Rechtsdienstleistungen erbringen können.

---

<sup>36</sup> Zuletzt BGH, Urteil v. 22. 6. 2020–AnwZ (Brfg) 23/19 = JZ 2021, 209; zuvor bereits BGH NJW 2018, 3100 Rn. 39 ff.; Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 58/17, BeckRS 2018, 30038 Rn. 11.

<sup>37</sup> BGH NJW 2018, 3100 Rn. 56, 60 ff.; Urt. v. 15.10.2018 – AnwZ (Brfg) 58/17, BeckRS 2018, 30038 Rn. 12; NJW-RR 2020, 443 Rn. 13.

<sup>38</sup> Wolf, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, § 46 Rn. 86; vgl. auch Remmert, BRAK-Mitt. 2020, 264, 270.

<sup>39</sup> BGH v. 2.7.2018 – AnwZ (Brfg) 49/17, NJW 2018, 3100 Rn. 93.

<sup>40</sup> Huff BRAK-Mitt. 2020, 123 ff.; Römermann, EWiR 2020, 527, 528; Henssler/Deckenbrock DB 2016, 215, 220; Henssler/Deckenbrock NJW 2016, 1345, 1348; Henssler JZ 2021, 212, 215; Kilian WuB 2021, 149, 152.

<sup>41</sup> Für eine Lösung de lege ferenda Freundorfer, NJW 2020, 2970; Henssler JZ 2021, 212, 215.



Die besondere Stellung des Syndikusrechtsanwalt, insbesondere sein eingeschränktes Recht auf Verschwiegenheit,<sup>42</sup> folgt, für jeden Kunden erkennbar, unmittelbar aus dem Gesetz (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Ein Hinweis auf die Gesetzeslage ist grundsätzlich nicht erforderlich. Sieht man gleichwohl die Gefahr einer Irreführung der Kunden, wenn etwa die Syndikusrechtsanwältin im vom BGH entschiedenen Fall im Schriftverkehr als solche unterzeichnet und auftritt, obwohl ihr das Gesetz das Zeugnisverweigerungsrecht verwehrt, dann könnte man allenfalls einen entsprechenden Hinweis der Syndikusrechtsanwältin auf ihren vom „normalen“ Rechtsanwalt abweichenden Sonderstatus verlangen. Ein kompletter Ausschluss aus dem für den Arbeitgeber ja zulässigen Betätigungsfeld und die damit verbundene erhebliche Einschränkung seiner Berufsausübung lässt sich dagegen verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

## **VI. Zusammenfassung und Ausblick**

1. Die Anwaltschaft steht angesichts des massiven Einflusses der Digitalisierung auf ihre Tätigkeitsfelder und dem damit verbundenen Aufkommen neuer Dienstleistungen vor enormen Herausforderungen. Der Rechtsdienstleistungsmarkt wird in den nächsten 10 Jahren massiven Veränderungen unterworfen sein.
2. Das Reformgesetz bringt vor diesem Hintergrund eine wichtige, allerdings auch längst überfällige verfassungskonforme Anpassung des anwaltlichen Berufsrechts an die aktuellen Herausforderungen, die sich für Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater auf den Rechtsdienstleistungsmärkten bei einem sich verschärfenden Wettbewerb stellen.
3. Es begnügt sich gleichwohl mit insgesamt sehr moderaten und gut durchdachten Mindestreformen und lehnt weitergehende, durchaus erwägenswerte Schritte, wie etwa die Öffnung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe für alle nach § 7 Nr. 8 BRAO vereinbaren Berufe oder eine begrenzte Öffnung für die reine Kapitalbeteiligung nicht aktiver Gesellschafter (24,9 %) ab.
4. An die Politik richtet sich die Bitte, diese unverzichtbaren Reformschritte nunmehr möglichst zügig umzusetzen.

Köln, den 10. April 2021

Prof. Dr. Martin Henssler

---

<sup>42</sup> Dazu *Henssler* in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 46c, Rn. 9 ff.